CARLOS SANTIAGO NINO

Fundamentos de derecho constitucional

Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional

4ª reimpresión

EDITORIAL ASTREA
BUENOS AIRES - BOGOTÁ
2013

1ª edición, 1992.
1ª reimpresión, 2000.
2ª reimpresión, 2002.
3ª reimpresión, 2005.
4ª reimpresión, 2013.

© Editorial Astrea
de Alfredo y Ricardo Depalma srl
Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires
www.astrea.com.ar - info@astrea.com.ar

ISBN: 950-508-377-7

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
IMPRESO EN LA ARGENTINA

PRÓLOGO

A partir de 1986, mi intervención desde la función pública en la discusión sobre la reforma constitucional –como coordinador del Consejo para la Consolidación de la Democracia– me permitió tener muy interesantes discusiones con juristas, filósofos y politólogos. En tales discusiones advertí que el tema constitucional era enfocado por ellos desde perspectivas diferentes y sin mayor comunicación entre sí, de modo que las conclusiones a las que llegan son a veces sistemáticamente diversas. Los juristas lo encaran desde lo que Hart denomina "el punto de vista interno", que parte de ciertas premisas normativas, fundadas aparentemente en el derecho positivo, para llegar a conclusiones justificatorias. Los politólogos adoptan "el punto de vista externo", que toma en cuenta la interacción causal entre el funcionamiento institucional y otros procesos sociales. Los filósofos políticos se ocupan de los valores que justifican la adopción de ciertos mecanismos de decisión y de sus limitaciones en función de ciertos derechos, y cómo tales valores se reflejan o no en las instituciones vigentes. Cada uno de estos enfoques ignora los otros, y producen así una visión parcial, y a veces distorsionada, del fenómeno constitucional.

Surgió así la idea de hacer convergir estos tres enfoques en el análisis del derecho constitucional, con especial referencia al argentino, pero poniéndolo en un marco comparativo. No obstante que el análisis requería cierta abstracción, la naturaleza de sus conclusiones implicaba al mismo tiempo propuestas y toma de posiciones de carácter eminentemente pragmático. El estudio mismo fue concebido como un aporte al desarrollo de la práctica constitucional argentina que se proponía estudiar.

El trabajo está dirigido, pues, a constitucionalistas, filósofos y politicológos. No obstante, hay partes que podrán concernir más a unos que a otros. En especial, el apartado B del capítulo I puede bien ser obviado por todo aquel a quien no le interese tanto el problema filosófico de la relevancia de las normas jurídicas en el razonamiento práctico y desee partir de una toma de posición sobre este

problema, como la que se formula en el apartado C de ese mismo capítulo.

Este libro fue hecho posible gracias a la ayuda generosa de una segunda beca de la Fundación J. Simon Guggenheim, que obtuve en el año 1989.

Discutí este trabajo con mucha gente, que me ha hecho un aporte invalorable de ideas. Sin excluir a otros, me gustaría mencionar a mis compañeros del Centro de Estudios Institucionales. También debo expresar mi agradecimiento a colegas de la Facultad de Derecho de la Universidad del Yale con quienes discutí algunos de los problemas tratados aquí, como los profesores Owen Fiss, Bo Burt y Bruce Ackerman. Asimismo, las discusiones con estudiantes de mis cursos sobre estos temas en las Universidades de Buenos Aires y de Yale han sido invalorables.

Roberto Saba ha hecho un trabajo sumamente importante de búsqueda de algunos materiales bibliográficos y judiciales, y de preparación del índice analítico. También han ayudado con aportes de materiales Roberto Gargarella, Carlos Balbín, y Hernán Gullco. Jorge O. Zunino, Antonio R. Vega, Mariano Barañao y Eduardo Martínez han realizado un valioso trabajo de edición.

CARLOS SANTIAGO NINO

ÍNDICE GENERAL

Prólogo IX

Capítulo Primero

EL SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN

A) Introducción: el constitucionalismo en contexto

§ 1. La Constitución como la "carta de navegación" del país .. 1
§ 2. Sentidos mínimo y pleno de "constitucionalismo" 2
§ 3. El peso variable de las dos caras del constitucionalismo en diversas regiones 4
§ 4. Conexión entre el constitucionalismo y el contexto socioestructural 7
§ 5. Dimensiones de este estudio 9
§ 6. Cuestiones metodológicas 11

B) Aparente irrelevancia de la Constitución

§ 7. Introducción 14
§ 8. Relevancia de la Constitución concebida normativamente en relación a los ideales del constitucionalismo 17
§ 9. Relevancia de la Constitución concebida descriptivamente como práctica social 21
§ 10. Relevancia de la Constitución bajo un concepto mixto que la concibe como práctica emergente de un procedimiento legítimo 32
§ 11. Conclusión 34

APÉNDICE PARA IUSFILÓSOFOS

1. Diferentes tesis atribuidas al positivismo jurídico ... 36
a) Escepticismo ético ... 36
b) Positivismo ideológico ... 36
c) Formalismo jurídico ... 37
d) Positivismo conceptual ... 37
2. Diferentes tesis atribuidas al iusnaturalismo ... 37
a) Iusnaturalismo mínimo ... 37
b) Iusnaturalismo intermedio ... 37
c) Iusnaturalismo pleno ... 37
d) Iusnaturalismo máximo ... 37
3. Diferentes conceptos de derecho ... 37
a) Descriptivo sistemático ... 37
b) Descriptivo realista ... 37
c) Normativo judicial amplio ... 38
d) Normativo judicial restringido ... 38
e) Normativo "de lege ferenda" ... 38
f) Mixto ... 38
4. Diferentes conceptos de norma jurídica ... 39
a) Acto linguístico ... 40
b) Práctica social ... 40
c) Texto ... 40
d) Proposición normativa ... 40
5. Problemas de la regla de reconocimiento para individualizar un orden jurídico en un momento dado .. 40
6. Problemas de la regla de reconocimiento para individualizar al orden jurídico a través del tiempo ... 42

C) Cómo tomarse la Constitución en serio

§ 12. La Constitución como límite convencional a la democracia ... 44
§ 13. La Constitución y las convenciones ... 47
§ 14. Constitución e identificación comunitaria ... 49
§ 15. Las convenciones y el razonamiento práctico ... 54
§ 16. Las convenciones y la actitud interpretativa ... 57
§ 17. La Constitución y la catedral ... 63
§ 18. Hacia un modelo de racionalidad para la práctica constitucional ... 66

D) La interpretación constitucional

§ 19. Anatomía de una convención ... 77

§ 20. Distintos pasos de la aplicación de normas constitucionales 81
a) Determinación del material jurídico relevante 81
b) Hallazgo del material jurídico relevante 82
c) Asignación de sentido a los materiales relevantes .. 82
d) Descubrimiento del sentido de los materiales relevantes 83
e) La inferencia de consecuencias lógicas de los materiales interpretados 83
f) Superación de las indeterminaciones 84
g) Subsunción del caso individual en la norma 84
§ 21. Interpretaciones subjetiva y objetiva de la Constitución 85
§ 22. Indeterminaciones constitucionales 89
a) Semánticas 90
1) Vaguedad 90
2) Ambigüedad 91
b) Sintácticas 92
c) Pragmáticas 93
d) Indeterminaciones lógicas 94
1) Lagunas 94
2) Contradicciones 96
3) Redundancias 97
§ 23. La dogmática constitucional 98
§ 24. Convenciones interpretativas 103

E) Una visión de las vicisitudes del constitucionalismo argentino

§ 25. Necesidad de reconstruir nuestra práctica constitucional 106
§ 26. Dualismo y ajuridicidad en la práctica constitucional argentina 110
§ 27. Posibilidades de reconstrucción 152

F) La superación de los déficits del liberalismo constitucional argentino

§ 28. Introducción 157
§ 29. Los principios inherentes al liberalismo 162
§ 30. El desafío de la fraternidad 178
§ 31. El desafío de la igualdad 186

§ 32. El desafío de la democracia 194
§ 33. Conclusión 211

Capítulo II

HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL ARGENTINA EN MATERIA DE DERECHOS Y GARANTÍAS

A) Los derechos en general y los derechos a la vida, a la integridad corporal y a la libertad de movimientos en especial

§ 34. Introducción 215
§ 35. Derecho a la vida, a la integridad psicofísica y a la libertad de movimientos 221
a) Atentados masivos contra la vida y la integridad de la persona 223
b) La pena de muerte 232
c) El aborto 236
d) Trasplantes de órganos y eutanasia 248
e) Restricciones a la libertad de movimientos 254

B) Libertad de expresión, de conciencia y de educación

§ 36. Derecho a la libre expresión de ideas 260
§ 37. La libertad de conciencia y de cultos 280
§ 38. Derecho a una educación liberal 293

C) El bien de la privacidad, la intimidad y la reunión y asociación con otros

§ 39. Derecho a la privacidad 304
§ 40. Derecho a la intimidad 327
§ 41. El bien de la reunión y asociación con otros 335

D) Los bienes públicos, económicos y sociales

§ 42. El derecho a bienes colectivos. El medio ambiente 349
§ 43. Derechos económicos 354
a) Subsistema de control de recursos 354
b) Subsistema de intercambio de recursos 365

§ 44. Derechos sociales 397

E) Igualdad y discriminación

§ 45. El principio de igualdad 411
§ 46. Discriminaciones legítimas e ilegítimas 419
§ 47. Tratamiento jurídico de la igualdad y la discriminación 426

F) Las garantías, restricciones y suspensión de los derechos

§ 48. La idea del debido proceso 445
§ 49. Reconocimiento jurídico de las garantías procesales .. 457
§ 50. Restricción y suspensión de derechos y garantías 481

Capítulo III

LA ORGANIZACIÓN DEL PODER

A) Actual organización del poder en la Argentina

§ 51. Introducción 497
§ 52. El hiperpresidencialismo argentino en contexto 504
a) Las variedades del gobierno democrático 504
b) Breve examen comparativo de regímenes de gobierno 509
c) Formación en la Argentina de una presidencia hipertrofiada 523
§ 53. El debilitamiento del Congreso argentino 531
§ 54. Partidos políticos, sistema electoral y participación en la Argentina 539
§ 55. El proceso de sumisión de la administración de justicia 551
§ 56. Declinación relativa del federalismo en la Argentina .. 554
§ 57. Las formaciones corporativas 561
§ 58. La transferencia de soberanía a entes supranacionales .. 566
§ 59. Conclusión 569

B) Evaluación del hiperpresidencialismo argentino desde el punto de vista de su letigimidad democrática

§ 60. Introducción 569

§ 61. El problema de la dispersión de soberanía 577
a) Dispersión temporal 580
b) Dispersión espacial 585
c) Dispersión funcional 588
§ 62. El deficiente procesamiento del consenso 592
§ 63. El problema de la mediación imperfecta 596
§ 64. El problema de la apatía política 605
§ 65. Empobrecimiento del debate público 613
§ 66. Conclusión 617

C) Evaluación del hiperpresidencialismo argentino desde el punto de vista de su estabilidad y eficacia

§ 67. Introducción 619
§ 68. La estabilidad del hiperpresidencialismo 625
a) La personalización del poder 627
b) La rigidez del sistema y las válvulas de escape 633
c) Bloqueos entre los poderes del Estado y la dinámica de confrontación entre los partidos 638
d) Dificultad en la formación de coaliciones 644
§ 69. Eficacia del hiperpresidencialismo argentino 649
§ 70. Conclusión 653

D) El control judicial de constitucionalidad

§ 71. Introducción 657
§ 72. Modalidades del control de constitucionalidad 659
§ 73. Justificación del control judicial de constitucionalidad 673
a) Argumentos positivos 674
1) La supremacía de la Constitución 674
2) El reconocimiento de derechos 679
3) La estructura del razonamiento práctico 680
b) El argumento negativo: La "dificultad contramayoritaria" 682
c) Un argumento para descalificar el argumento negativo precedente: la legitimidad democrática de la Constitución 688
d) Argumentos para excepcionar el argumento negatorio 692
1) Los jueces como controladores del proceso democrático 692
2) Protección de la autonomía individual 697
3) Continuidad de la práctica constitucional 701

§ 74. Conclusión 703

Capítulo IV

A MODO DE EPÍLOGO. HACIA UNA ARGENTINA CONSTITUCIONAL

§ 75. Introducción 707
§ 76. Significado de la Constitución 707
§ 77. Relevancia de la práctica constitucional 708
§ 78. La práctica constitucional argentina 709
§ 79. Bases filosóficas para su reconstrucción 710
§ 80. Los derechos individuales 710
§ 81. Organización del poder 711
§ 82. El control de constitucionalidad 712
§ 83. La deliberación política en la Argentina 712
§ 84. Las tres dimensiones del constitucionalismo en tensión 713
§ 85. ¿Cuál es la perspectiva inmediata para una consolidación del constitucionalismo en la Argentina? 715

Bibliografía 721

Índice alfabético 729

CAPÍTULO PRIMERO

EL SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN

A) INTRODUCCIÓN: EL CONSTITUCIONALISMO EN CONTEXTO

§ 1. *LA CONSTITUCIÓN COMO LA "CARTA DE NAVEGACIÓN" DEL PAÍS.* – El constitucionalismo en su sentido más pleno es un fruto exótico, que florece sólo en escasos lugares y en condiciones verdaderamente excepcionales. Sin embargo, desde el momento en que la Argentina conquistó su independencia, importantes sectores de su población y de sus grupos dirigentes aspiraron a que el país constituyera un ámbito propicio para cultivar ese fruto. Durante la guerra por la independencia, en el transcurso de las luchas civiles y aun en los períodos de anarquía que precedieron a la Organización Nacional la esperanza de muchos argentinos estaba puesta en la posibilidad de la sanción de una Constitución que fundara una unión verdadera y sirviera de marco para el progreso del país.

Una vez que esa Constitución se dictó en 1853 y se consolidó en 1860, gracias, sobre todo, a la acción de Justo José de Urquiza, y al pensamiento de hombres como Juan Bautista Alberdi, Juan María Gutiérrez y Benjamín Gorostiaga, siguió siendo un objetivo de muchos que esa Constitución tuviera efectiva vigencia y diera lugar a las prácticas, los hábitos y actitudes necesarias para que ella fuera algo más que una "hoja de papel" (para usar la expresión de Lasalle) y constituyera el conjunto de reglas de juego básicas para el funcionamiento de la sociedad. Para decirlo en palabras de Alberdi, la aspiración era que la Constitución constituyera una verdadera carta de navegación para guiar los destinos del país. No siempre esto fue así y los procedimientos y valores consagrados en la Constitución fueron sólo internalizados a medias por grupos y personas influyentes, que estuvieron dispuestos a aprovecharse de los intersticios del texto constitucional, a interpretarla falazmente o, directa y abiertamente, a quebrantarla, a veces pretextando cínicamente perseguir su verdadero espíritu, cuando sus intereses estuvieron en peligro.

Así, aun luego de dictarse la Constitución, la Argentina se alejó muchas veces de un pleno constitucionalismo. Sus habitantes sufrieron incontables restricciones a sus derechos y libertades; se cometieron irregularidades y abusos en el ejercicio de facultades como la declaración del estado de sitio y la intervención a las provincias por el Gobierno federal; hubo innumerables intentos de golpe y golpes exitosos en los planos nacional y local; hasta se modificó la Constitución y se le dio un rol subalterno en el ordenamiento jurídico por medio de bandos militares; se llegó al extremo de culminar una historia de persecuciones, torturas y asesinatos políticos con una violación masiva de los derechos básicos desde el Estado con la que se respondió a la vesania de un terrorismo irracional y elitista. En el curso de estos períodos dramáticos, el espíritu constitucional siguió vivo en algunas almas, que preservaron su aspiración de lograr que el constitucionalismo estuviera vigente con plenitud en este infortunado suelo.

Desde el 10 de diciembre de 1983 rige de nuevo la Constitución de 1853/60 con una amplitud sin precedentes en la historia argentina: los gobiernos que han actuado en los diversos planos en esta transición democrática han mostrado, aunque en estos momentos se advierten signos preocupantes, una escrupulosidad apreciable en el respeto de sus cláusulas y los tribunales han estado especialmente alertas frente a amenazas de violación. Sin embargo, no es posible decir todavía que el constitucionalismo ha echado definitivamente raíces en estas tierras.

Pero ¿qué implica la vigencia del constitucionalismo y cuál es la realidad y condiciones de esa vigencia en el mundo contemporáneo?

§ 2. *Sentidos mínimo y pleno de "constitucionalismo".* – Las discusiones sobre los alcances y vigencia del constitucionalismo están inevitablemente sometidas a confusión por la vaguedad y textura abierta de la palabra.

Hay, al menos, dos sentidos principales de "constitucionalismo". El primero, un sentido *mínimo*, se refiere al requerimiento de que un Estado tenga una Constitución en el vértice de su sistema jurídico. Hay de nuevo una considerable nebulosidad alrededor de la expresión "Constitución", pero uno puede suponer aquí que se refiere a un conjunto de normas que dispone la organización básica del poder político y la relación entre el Estado y los individuos, que implican determinadas restricciones sobre la actividad legislativa normal. En este sentido mínimo la Constitución no necesita ser escrita, puede ser consuetudinaria como en el caso de Gran Bretaña. Y, principalmente, nada se presupone acerca del contenido de la Constitución. Puede tener cualquier contenido en absoluto, y, por lo

tanto, no hay contradicción en decir que la Unión Soviética bajo Stalin o que Sudáfrica tienen constituciones. Hay todavía algunas interesantes cuestiones que surgen bajo este sentido mínimo de "constitucionalismo", ya que el hecho de que haya reglas que definen de una forma u otra la organización del poder y la relación del Estado con los ciudadanos y que esas reglas no estén sujetas al proceso legislativo normal puede implicar ciertas garantías básicas de los ciudadanos en contra de abusos autoritarios, garantías que están asociadas con el Estado de derecho.

El Estado de derecho, que puede estar incorporado a este sentido mínimo de constitucionalismo, implica, en efecto, al menos las siguientes condiciones que se dan en sistemas de muy diferente contenido sustantivo: *a*) las relaciones básicas de los habitantes entre sí y de éstos con el Estado están definidas por normas generales, o sea que no discriminan de acuerdo con situaciones identificadas por nombres propios o por descripciones definidas; *b*) tales normas se aplican regularmente a las situaciones que ellas describen sin hacer diferencias en cuanto a su aplicación que no estén reconocidas por las mismas normas; *c*) hay procedimientos relativamente confiables para determinar si las normas son aplicables a los hechos que ellas describen, y *d*) las normas son relativamente estables y no son en general retroactivas.

En este sentido de "constitucionalismo" es difícil negar que él ha tenido vigencia en la Argentina y en Latinoamérica en general. No sólo ha habido constituciones vigentes en períodos como éste en que prevalece la democracia, sino que también las dictaduras militares han tendido a legitimarse a sí mismas a través de constituciones o estatutos que tienen las características requeridas por este significado de "Constitución".

Un ejemplo de la presencia de este sentido mínimo de constitucionalismo y del hecho de que aun él tiene ciertas implicaciones valiosas, está constituido por el régimen de Pinochet en Chile. Como se sabe este régimen trató de legitimarse a sí mismo en 1980 mediante una Constitución que fue votada en un plebiscito y luego sujeta a ciertas modificaciones también plebiscitadas. Esta Constitución tenía muchas regulaciones grotescamente antidemocráticas. Sin embargo, es opinión generalizada en Chile que ella contribuyó a contener muchos abusos del gobierno militar y que muchos avances de las fuerzas democráticas fueron logrados invocando sus disposiciones ante tribunales que a veces estaban inclinados a salvar la cara ante la opinión pública nacional e internacional.

Es útil comparar la experiencia chilena con la argentina durante la última dictadura militar. En este último caso, aun cuando el régimen dictó un "Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacio-

nal", con algunas regulaciones para el ejercicio del poder, e incluso declaró que la Constitución de 1853 estaba en vigencia en lo que no se oponía al Estatuto, la voluntad de los funcionarios para adecuarse a su propio sistema normativo era muy débil. Esto era evidente en el caso de los abusos a los derechos humanos cometidos en el curso de la llamada "guerra sucia contra la subversión", que violaban groseramente las normas jurídicas en vigencia, no obstante que ellas preveían penas draconianas y juicios sumarios por actos terroristas. Pero aun en este caso extremo, el hecho de que el régimen prestaba una adhesión formal a las normas jurídicas que limitaban en cierto modo su poder tuvo una importancia vital: hubo fallos, como "Timmerman", en el que la Corte Suprema dio lugar a hábeas corpus de personas arbitrariamente detenidas, los cuales fueron cumplidos por las autoridades militares.

A este sentido mínimo de "constitucionalismo" se opone un sentido *pleno*. Este sentido requiere no sólo la existencia de normas que organizan el poder y que están en cierto modo atrincheradas frente al proceso legislativo normal, sino también y preeminentemente que se satisfagan ciertas exigencias acerca del procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública. Éste es el sentido expresado por el art. 16 de la Declaración francesa de los derechos del hombre, cuando dice que "una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una Constitución". Estas exigencias son las que definen el concepto de *democracia liberal o constitucional*, que parece emerger de una combinación dificultosa entre dos ideales que muchos pensadores perciben en permanente tensión: el ideal de un proceso político participativo en el que toda la gente afectada por ese proceso tiene intervención en esa decisión, y el ideal liberal de un gobierno limitado, según el cual aun la mayoría debe detenerse frente a intereses protegidos. El constitucionalismo en este sentido pleno aparece como resultado de una simbiosis entre las ideas de Rousseau y de Locke.

§ 3. ***EL PESO VARIABLE DE LAS DOS CARAS DEL CONSTITUCIONALISMO EN DIVERSAS REGIONES.*** – Cuando la evolución del constitucionalismo en el mundo es revisada, es fácil detectar diferentes énfasis en los dos componentes de la democracia liberal. La experiencia histórica de los Estados Unidos ha sido tal que el elemento del gobierno limitado es fuertemente acentuado, aunque con algunas oscilaciones en el tiempo. Esto se produce a través de varias dimensiones de la organización del poder, que impide que algún órgano pretenda representar a todo el pueblo: la división del poder nacional, y por supuesto también de los estaduales, de una forma que se concibe como un sistema de "frenos y contrapesos", la estructura federal, el hecho de

que la participación popular en las elecciones –al menos en el plano nacional– es modesta, y, sobre todo, un sistema poderoso de control judicial de constitucionalidad asignado a funcionarios no electos que están facultados para interpretar tan ampliamente como quieran vagarosas cláusulas acerca de derechos individuales.

Es un lugar común enfatizar que la experiencia europea ha sido diferente: como veremos más adelante (§ 52, a y b), los gobiernos parlamentarios unifican la representación popular, de modo que el grado de legitimidad democrática que ellos pueden alegar es mayor. Esto se incrementa por la tradición de considerable presentismo electoral, el que a veces está influido por una legislación que, en algunos casos, establece el voto obligatorio. Muchos Estados europeos son unitarios, o cuando son federales, como Alemania Federal, la división de competencias es diferente y afecta menos la pretensión del Parlamento y de su gobierno de hablar con la voz del pueblo. El control judicial fue en general ajeno a la tradición europea, y la presente expansión del control constitucional a través de tribunales constitucionales preserva, más que el sistema norteamericano, el peso del proceso político, dada la conexión más directa de estos tribunales con ese proceso.

Esto no implica negar que en ambas regiones las tensiones entre los dos componentes de la democracia constitucional son igualmente sentidos y que hay corrientes de pensamiento y de acción política que dan diverso peso a uno u otro componente (obsérvese si no el reciente resurgimiento en los Estados Unidos del movimiento intelectual llamado "republicanista" que, retomando ideas de los antifederalistas, presentan una visión de la democracia como diálogo participativo, en contra de las concepciones elitistas y pluralistas).

En el caso de Europa, la expansión y profundización de la integración en la Comunidad presenta una tendencia a debilitar ambos aspectos de la democracia liberal (aunque estratégicamente los fortalezca en el caso de miembros con un reciente pasado autoritario): primero, es bien conocido el llamado "déficit democrático" de las instituciones comunitarias, que es tanto más serio cuantas más atribuciones son asignadas a tales instituciones. En segundo lugar, todo proceso de integración es al mismo tiempo un proceso de *exclusión*, y esto afecta la extensión de los derechos reconocidos a los miembros integrados a otros Estados que son excluidos. En el caso de la Comunidad Europea esto se percibe principalmente en relación a las políticas de inmigración y de proteccionismo en contra de las exportaciones de las regiones excluidas. Dada la relación especial que los países europeos han anudado con países del tercer mundo a través del proceso desafortunado del colonialismo, la Comunidad está sirviendo de pretexto ahora a cada uno de ellos para debilitar

sus lazos –en los dos campos del flujo de gente y de mercancías– con los países respecto de los que tienen responsabilidades morales. Por supuesto, esta falta de universalización de los derechos morales que constituyen un componente esencial del constitucionalismo en el sentido pleno, no solamente afecta, como veremos, la expansión de esta idea en los países y en los pueblos que son sus víctimas, sino que también afecta la textura moral de la evolución del constitucionalismo en el mundo desarrollado.

Cuando nos apartamos de Europa y de los Estados Unidos para centrar nuestra atención en América latina nos encontramos con una curiosa recepción de las dos tradiciones acerca de la interpretación de la democracia liberal y, consecuentemente, del constitucionalismo. La mayoría de los países latinoamericanos sancionaron sistemas constitucionales que son similares al norteamericano, pero también recogieron normas y prácticas paraconstitucionales y otros aspectos relevantes de sus sistemas jurídicos que reflejan una influencia decisiva de Europa continental. Mientras que casi todos los países latinoamericanos adoptaron el sistema presidencialista de gobierno –muchos se han organizado en forma federal–, y la mayoría incorporó un mecanismo importante de revisión judicial de constitucionalidad, ellos han seguido, sin embargo, la tradición europea en relación a la concepción del Estado y de la Administración Pública, en conexión con la modalidad de los partidos políticos y del régimen electoral, respecto de las leyes sustantivas y procesales en materia civil y criminal y en relación a la estructura de la justicia.

Uno de los efectos de esta combinación es una obvia deficiencia en funcionalidad de los mecanismos gubernamentales latinoamericanos (ver ap. C). No es por nada que este proceso de transición hacia la democracia en Latinoamérica se caracteriza por una gran concentración de la atención en cuestiones de "ingeniería institucional" tanto por parte de académicos como de políticos, una vez superados sus prejuicios sobre la escasa relevancia de los factores institucionales en el socavamiento de los sistemas democráticos. En especial, la combinación del sistema presidencialista de gobierno con partidos fuertes al estilo europeo, un sistema electoral de representación proporcional, altos niveles de participación en las elecciones, parecen agravar, tal como luego veremos, la dinámica de confrontación entre los partidos, el riesgo de bloqueos entre los poderes del Estado, y la falta de válvulas de escape frente a situaciones de crisis que caracterizan al sistema presidencialista. Esto es tanto más serio cuando debilita las instituciones democráticas frente a las presiones de grupos corporativos que dominan el escenario latinoamericano (ver § 57).

Otro ejemplo de la difícil combinación de las dos tradiciones de la democracia liberal está dado por textos constitucionales como el

recientemente sancionado en Brasil, con su adopción de una visión expandida de los derechos, que refleja la tradición europea del constitucionalismo social, al mismo tiempo que conserva el sistema norteamericano de control de constitucionalidad para hacer valer tales derechos al par de los derechos individuales clásicos (con lo que se transfiere un enorme conjunto de facultades al Poder Judicial).

Un aspecto diferente de la difícil adopción en Latinoamérica de los dos componentes del constitucionalismo liberal democrático se refiere a cómo esos componentes están incorporados en la cultura política de la población. En este sentido contamos con algunas investigaciones empíricas. Catterberg[1], se apoya en encuestas para mostrar que la adhesión de la población argentina a la democracia está mucho más extendida en relación a su dimensión participativa que con respecto de la dimensión liberal asociada a la tolerancia y al respeto de los derechos. Mientras que en 1988 el 79% de la gente aceptaba que el mejor sistema político es uno basado en elecciones periódicas y el 77% rechazaba la idea de que sólo la gente educada debe votar, únicamente el 52% rechazaba la idea de que la democracia es peligrosa puesto que provoca desórdenes y desorganización y sólo el 50% estaba en desacuerdo con la proposición de que la mayoría tiene el derecho de eliminar los derechos de las minorías.

Estas actitudes hacia los aspectos participativos y liberales del constitucionalismo están fuertemente atados a niveles socioeconómicos: mientras el 87% de la gente del nivel más alto aceptaba y el 11% rechazaba la idea de que el mejor sistema de gobierno es uno con elecciones periódicas, estas proporciones eran de 89% y 7%, respectivamente, en el nivel intermedio; 80% y 11% en el bajo estructurado, y 73% y 16% en el bajo no estructurado. En relación con la pregunta sobre los riesgos de la democracia, aquellos que rechazaban la idea en el nivel mas alto eran el 82% y aquellos que la aceptaban el 15%; mientras que en el nivel intermedio las proporciones eran 68% y 29%, respectivamente, en el bajo estructurado 53% y 43%, y en el bajo no estructurado 38% y 54%. Las variaciones de actitudes de acuerdo a niveles socioeconómicos son similares en el caso de la pregunta acerca de la posible mejoría del país con un régimen de un solo partido (85% y 13%; 77% y 20%; 60% y 32%; 39% y 49%). Más aún, Catterberg afirma que en el curso de este proceso de transición estas actitudes de intolerancia de los sectores más bajos parecen estar creciendo.

§ 4. *Conexión entre el constitucionalismo y el contexto socioestructural.* – La explicación de esta conexión entre un estrato eco-

[1] Catterberg, Edgardo, *Los argentinos frente a la política*.

nómico bajo y actitudes antiliberales y del incremento de éstas con el paso del tiempo, luego que la democracia fue establecida en Argentina parece obvia y Catterberg no deja de percibirla: la gente más descontenta acerca de su situación socioeconómica expresa una disposición de menor confianza hacia el funcionamiento de las instituciones democráticas, sobre todo en su dimensión de tolerancia más que en la dimensión participativa.

Esta relación entre el descontento provocado por la penuria socioeconómica y actitudes que muestran una falta de internalización de los valores liberales democráticos es sumamente importante para quienquiera que se interese por la expansión del constitucionalismo.

La presente ola de democratización en Latinoamérica y en otras regiones del tercer mundo se debió, en parte, a la reacción frente a las violaciones a los derechos humanos cometidos por los regímenes autoritarios previos y, en parte, por la esperanza de un gran segmento de la población en que la democracia le daría no sólo libertad sino también mejores *standards* de vida. Cuando las demandas relacionadas con el último objetivo no fueron satisfechas mucha gente comenzó a expresar escepticismo acerca de algunos aspectos de la democracia, impacientándose con la necesidad de respetar ciertos procedimientos cuando lo que se buscan son resultados inmediatos. Por supuesto, esto representa un peligro para la consolidación definitiva de un sistema democrático.

Esto significa que se debe prestar mucha más atención que lo que generalmente se hace a los fundamentos económicos de la democracia. La cuestión de la deuda externa, la caída de los términos del intercambio, los efectos del proteccionismo en contra de exportaciones de países del tercer mundo, sistemas de imposición ineficientes e injustos, inflación, etc., son amenazas más grandes al constitucionalismo que las ideologías totalitarias o la ambición desbocada de poder de algunos grupos. Más aún, la atención a factores socioeconómicos incide también en un cambio de perspectiva con la que el funcionamiento de los mecanismos constitucionales es usualmente analizado. La autosatisfacción con la que los europeos perciben la eficacia de sus arreglos institucionales extremadamente diversos –monarquías y repúblicas; regímenes parlamentarios y semipresidencialistas; organizaciones federales y unitarias; sistemas bipartidarios y multipartidarios; representación proporcional y unidistrital– encubre el hecho de que cuando los recursos abundan la posible disfuncionalidad de los mecanismos institucionales para satisfacer demandas resulta acolchonada. El análisis de los mejores mecanismos institucionales que, por un lado, maximizan la eficacia del sistema político para lidiar con transformaciones estructurales necesarias para satisfacer demandas urgentes y que, por otro, lo ha-

cen de modo que preservan su legitimidad, es más iluminador si se lleva a cabo tomando en cuenta un trasfondo de penurias económicas hipotéticas o reales.

No es necesario estirar demasiado nuestra imaginación ya que nuestro tiempo está marcado por la combinación excepcional en extensas regiones del mundo –al menos Latinoamérica y Europa oriental– por una impresionante oleada democratizadora, al mismo tiempo que se da una insatisfacción creciente en las aspiraciones económicas de la gente beneficiada por ella.

§ 5. ***Dimensiones de este estudio.*** – En este libro intentaré analizar cuáles son las condiciones de posibilidad del constitucionalismo en la Argentina, sobre todo en un contexto de crisis económico-social como las que hace tiempo enfrenta el país y que aparentemente seguirá enfrentando en un futuro previsible. No está a mi alcance analizar los factores económicos estructurales que determinan esa crisis, ni siquiera en su proyección institucional. Pero ella será tomada en cuenta como un trasfondo que determina la urgencia de diseños institucionales que favorezcan el arraigo definitivo del constitucionalismo, no obstante el descontento, el escepticismo y la irracionalidad que la crisis inevitablemente genera. Esta dimensión de la consolidación constitucional y de las reformas necesarias para asegurarla es una de las preocupaciones principales del trabajo. Pero no es la única, ya que la estabilidad es un valor siempre que lo que se mantenga estable sea valioso.

Ello hace ineludible la dimensión axiológica; no es posible encarar una tarea de ingeniería institucional sin una articulación de los presupuestos valorativos que definen las metas de esa tarea. Hasta ahora identifiqué el constitucionalismo con la democracia liberal y asumí sin ninguna discusión que la democracia liberal es algo valioso. Pero hay muchas concepciones sobre la justificación de la democracia constitucional o liberal y, sin tomar partido por alguna de ellas, no es posible siquiera identificar los rasgos principales que la distinguen (ver cap. III, ap. B).

¿Exige ella una estricta división de poderes o es compatible con el predominio de uno de ellos sobre los otros?, ¿está intrínsecamente asociada con el fenómeno de la representación o es ella teóricamente compatible, y hasta se vería realzada en su valor, con una participación más directa?, ¿es un requisito indispensable de la democracia liberal el control judicial de constitucionalidad, o puede haber democracias constitucionales en las que el Parlamento tenga poderes ilimitados?

El concepto de democracia liberal o constitucional es un concepto *normativo* y como tal su aplicación depende de la concepción

valorativa que le dé contenido. Esto significa que debe rechazarse el enfoque, corriente, sobre todo entre los politólogos, de identificar a la democracia liberal a través de cierto conjunto de propiedades fácticas y de ilustrar el concepto con instituciones distintivas de las democracias reales de ciertos países. Prácticamente todas esas propiedades admiten excepciones en algún caso y ello no es porque el concepto de democracia constitucional tenga una "vaguedad combinatoria", sino porque –subyacente a su empleo– hay una teoría filosófico-política que hace a algunas de esas propiedades contingentes o instrumentales.

Hay todavía una tercera preocupación central en este trabajo: no es posible encarar una tarea de ingeniería institucional dirigida a lograr la estabilidad, en una época de crisis, de instituciones democrático-liberales moralmente justificadas sin tomar en cuenta la plataforma constituida por la presente Constitución. La vigencia de una cierta Constitución es, a la vez, habilitadora y limitante de las posibilidades de proponer arreglos institucionales dirigidos a materializar una democracia liberal estable y valiosa. Pero esta última proposición resulta cuestionable apenas se la analiza con algún detenimiento. Cuando pasamos del macroanálisis sobre la relevancia social de la vigencia de una Constitución al microanálisis en términos del impacto de esa Constitución en el razonamiento práctico de los jueces, funcionarios y de la gente en general, dirigido a justificar acciones o decisiones, la relevancia de la Constitución parece esfumarse y su aparente poder estructurador de una organización social parece ser el resultado de diversas formas de irracionalidad. La resolución de esta paradoja tiene efectos profundos, tanto en la aplicación de principios valorativos justificatorios de la democracia liberal a problemas concretos cuanto en la propuesta de reformas formales o por vía interpretativa de la Constitución, y determinará un examen de las prácticas constitucionales vigentes más amplio de lo que las primeras preocupaciones tomadas aisladamente podrían requerir.

En definitiva, las tres preocupaciones –el diseño institucional apto para consolidar la vigencia del constitucionalismo, la articulación de los principios morales que hacen valioso tal constitucionalismo y la determinación de los alcances de la Constitución vigente una vez demostrada su relevancia para el razonamiento práctico– convergen en una sola tarea: la de adaptar las prácticas constitucionales vigentes de modo de aproximarlas a *desiderata* que hacen tanto a su legitimidad subjetiva –el hecho de que ellas determinen actitudes de lealtad de la gente que aseguran su estabilidad– cuanto a su legitimidad objetiva –la satisfacción de exigencias valorativas que justifican moralmente tales prácticas–.

§ 6. *Cuestiones metodológicas.* – En esa tarea de adaptación de las prácticas constitucionales vigentes a exigencias de estabilidad y justificación moral es necesario precaverse de las amenazas, tanto de un hiperrealismo como de un utopismo ilegítimo. El hiperrealismo es la actitud de muchos politólogos que emplean –como dije recién– el concepto de democracia constitucional como si fuera una noción puramente descriptiva: asumiendo que ese concepto denota un fenómeno valioso pero sin incorporar la concepción que justifica ese valor a la especificación del concepto, toman como esenciales los rasgos fácticos de las democracias reales, sin distinguir aquellos rasgos que son esenciales de los contingentes o idiosincráticos de ciertos regímenes, los que son intrínsecos de la democracia liberal de los que son accesorios o instrumentales. Ello conduce a actitudes escépticas sobre toda especulación valorativa y conservadoras sobre las instituciones vigentes o imitativas de las que se dan en casos paradigmáticos de democracias liberales reales. Consecuentemente, estas actitudes están en general asociadas con una subvaloración del papel de la innovación institucional para asegurar la estabilidad de la democracia liberal y con la sobrevaloración, para ese rol, de las variables que esta fijación de las instituciones presentes como parte del concepto de democracia constitucional deja libres: las estructuras socioeconómicas y las actitudes psicosociales o político-culturales.

El otro riesgo del que hay que precaverse es el utopismo ilegítimo. Éste no consiste como muchas veces se dice irreflexivamente en proponer concepciones valorativas que son imposibles de materializar en la práctica social. Debe haber muy pocas concepciones filosófico-políticas plenamente articuladas, salvo tal vez, un conservatismo absoluto, que sean completamente realizables. El utopismo ilegítimo consiste, en cambio, en proponer una concepción valorativa que no permite hacer una gradación de los fenómenos políticos y sociales existentes en la realidad de mayor o menor valor, de modo que todos resultan igualmente disvaliosos, contra nuestra intuición de que hay una diferencia axiológica apreciable entre, por ejemplo, los sistemas políticos de Suecia o Italia, por un lado, y los de Libia y Sudáfrica, por el otro. Por el contrario, el utopismo legítimo marca un ideal tal vez inalcanzable pero que permite distinguir entre diversos grados de aproximación a ese ideal.

La variedad ilegítima de utopismo generalmente se entremezcla con una maniobra que es tan común como peligrosa: ella es la de incorporar a un concepto normativo como el de democracia todos los valores o aspiraciones sociales, o sea no sólo los ideales de participación y de respeto de derechos individuales que antes vimos sino también los de justicia distributiva, autorrealización y hasta el de ética en el ejercicio de la función pública. Esta maniobra conduce a que se distinga entre una democracia "meramente formal", que satisface

aquellas exigencias de participación y de respeto de los derechos, y una "verdadera" o "plena" democracia, que satisfaría todas las aspiraciones valorativas. El salto hacia un utopismo ilegítimo se da cuando se descalifican a todos los sistemas que no satisfacen estas últimas aspiraciones como igualmente no democráticos en un sentido pleno, con lo que de nuevo no es posible distinguir a Suecia de Libia. En este sentido es necesario manejar con cuidado la relación entre un concepto normativo y la concepción que le da contenido: si bien la determinación del contenido del concepto depende de la respectiva teoría valorativa, no todas las implicaciones de la teoría en cuestión son igualmente centrales para la aplicación del concepto. Una teoría filosófico-política que no sea utópica en un sentido ilegítimo debe permitir, una vez proyectada a la realidad, graduar los sistemas existentes por su mayor o menor aproximación al ideal que la teoría defiende.

Hay otra cuestión metodológica que conviene aclarar de entrada. La caracterización de la tarea que voy a encarar como un estudio de la adaptación de las prácticas constitucionales vigentes a exigencias de legitimidad subjetiva y objetiva, permite distinguir este trabajo del que comúnmente es llevado a cabo tanto por el derecho constitucional cuanto por la politología. La llamada "ciencia constitucional" suele desarrollar un discurso que adopta un punto de vista normativo interno frente al derecho (ver crítica a su metodología dogmática en el § 23). Ese punto de vista asume la validez de las normas y prácticas constitucionales relevantes sin ponerlas suficientemente a prueba en relación a un conjunto de principios valorativos que definan una teoría filosófico-política aceptable. Por otro lado, la cuestión de la funcionalidad de las normas y prácticas para generar actitudes y conductas que, dado un cierto marco socio-estructural, sean viables, según hipótesis corroboradas empíricamente, para asegurar objetivos valiosos –como la estabilidad– no es objeto de especial preocupación.

Por otro lado, el enfoque prevaleciente en la ciencia política, si bien se centra en cuestiones de funcionalidad y viabilidad y en las hipótesis empíricas que corroborarían conclusiones sobre tales cuestiones, comparte con el derecho constitucional –en parte, como vimos, por la conversión de conceptos normativos como el de democracia constitucional en descriptivos– la elusión del tratamiento de las cuestiones valorativas que determinan los objetivos subyacentes a las proposiciones sobre estabilidad y viabilidad. Pero, además, la politología suele ignorar los aportes del derecho constitucional sobre las implicaciones del punto de vista interno a las instituciones y prácticas vigentes. Ésta es una grave falencia en los propios términos de la capacidad explicativa de la ciencia política, porque es imposible comprender ninguna manifestación de la praxis humana sin to-

mar en cuenta los razonamientos prácticos que determinan las acciones y decisiones que constituyen tal praxis[2]. Aun las explicaciones causales en términos de creencias y deseos que determinan acciones y decisiones requieren tomar en cuenta las relaciones lógicas entre el contenido proposicional de tales creencias y deseos, y las intenciones con que se realizan las acciones y se adoptan las decisiones, puesto que de otro modo no es posible identificar los ítem que están relacionados causalmente. Yendo más específicamente al caso de las prácticas constitucionales, no se puede, por ejemplo, comprender con plenitud el fenómeno del abuso de la intervención federal a las provincias en nuestro país si no se toman en cuenta los argumentos jurídicos que gobernantes y jueces han empleado para justificar tales intervenciones.

La aspiración de este trabajo de estudiar la adaptación de las prácticas constitucionales vigentes a exigencias de estabilidad y justificación moral (o sea de legitimidad subjetiva y objetiva) define un espacio teórico que, necesariamente, requiere de la convergencia de las preguntas que el derecho constitucional y la ciencia política, a la vez, tratan de responder e ignoran. Las prácticas constitucionales se desarrollan a través del ejercicio de los razonamientos prácticos que constituyen su aspecto interno –a los que han hecho aportes notables juristas constitucionales y decisiones judiciales, sobre todo de la Corte Suprema–; la adaptación de esas prácticas a exigencias de estabilidad no puede eludir hipótesis empíricas y descripciones como las proporcionadas por la ciencia política sobre la correlación entre ellas y factores socio-estructurales que determinan conductas y actitudes sociales; a su vez la adaptación de las mismas prácticas a exigencias de legitimidad objetiva –que determinan el valor del estado de cosas socio-político que se pretende estabilizar– hace ineludible articular principios valorativos de filosofía política.

Pero esta caracterización de la tarea que me propongo emprender, y que hace que ella misma sea parte de la práctica constitucional que pretende adaptarse a exigencias de justicia y funcionalidad, depende, como se anticipó, de la resolución de la paradoja sobre la superfluidad de las prácticas constitucionales para el razonamiento práctico. A la presentación de la paradoja estará dedicado el próximo apartado. En el siguiente se intentará resolverla. A continuación se tratará de mostrar el impacto de la solución de la paradoja propuesta sobre el tema de la interpretación constitucional. Luego haré una revisión global de la evolución de la práctica constitucional argentina, con el fin de detectar ciertos rasgos sustantivos y estructurales que permitan apreciar su impacto en el razonamiento

[2] Nino, Carlos S., *El constructivismo ético*.

práctico a la luz de ciertos principios básicos de moralidad social. En el último apartado de este capítulo sobre el significado de la Constitución, intentaré articular sumariamente y fundamentar tales principios con el fin de determinar si nuestra práctica constitucional está *prima facie* justificada, si ella debe ser reorientada o si debe ser absolutamente rechazada.

B) Aparente irrelevancia de la Constitución

§ 7. *Introducción.* – Este apartado va a estar dedicado a exponer una aparente paradoja: la de la supuesta *superfluidad* de la Constitución para el razonamiento práctico que pretenda justificar una acción o decisión sobre temas regidos por esa Constitución.

La paradoja de la superfluidad de la Constitución implica afirmar lo que a primera vista parece una locura: que, a pesar de todas las invocaciones casi sacramentales a la Constitución; a pesar de todas las luchas –con sus héroes, mártires y villanos– que se emprendieron en diferentes contextos históricos y regiones en defensa de una Constitución (como en Caseros y Pavón); a pesar de las intuiciones compartidas de que una Constitución es, como se dijo en el apartado anterior citando a Alberdi, "la carta de navegación de un país", sin la cual éste divaga sin rumbo; a pesar de la realidad material que presenta una Constitución y su proceso constituyente; a pesar de los méritos excelsos que una Constitución puede exhibir; a pesar de los defectos catastróficos que otra Constitución puede encerrar; a pesar de todo ello, cuando hacemos un análisis cuidadoso de cómo la Constitución opera en el producto final que todos esperan de ella (la justificación de una acción, decisión o institución en lugar de otra –p.ej., la libre expresión de ideas o de culto en lugar de la censura o la inquisición–) advertimos que, aparentemente, *la Constitución no juega ningún papel relevante*.

Parece que diera lo mismo, en procesos de decisión como los que tienen que enfrentar los jueces, los legisladores, los funcionarios, los ciudadanos comunes, que la Constitución tenga un texto u otro, que haya sido sancionada de una forma u otra, en definitiva que haya o no Constitución, porque a la hora de la verdad, o sea a la hora de decidir si corresponde o no otorgar personería jurídica a una asociación de homosexuales o decidir si es o no correcta la aplicación a alguien de la pena de muerte por sus ideas políticas, la justificación de una u otra opción no pasa por la Constitución sino por otro tipo de elementos. De acuerdo con esta paradoja, la Constitución sería tal vez la ficción más monumental de una cultura occiden-

tal que no es escasa en ficciones. La Constitución sería como el famoso vestido del rey que sólo él creía que protegía su desnudez porque todos los demás así lo afirmaban: la Constitución no protegería nuestra desnudez frente a los abusos de poder, no obstante la insistencia retórica en lo contrario que formaría parte de nuestras letanías rituales.

La paradoja no sostiene –como se infiere de lo que llevo dicho– que algunas constituciones en particular no sirven para nada; su alcance es absolutamente general: sostiene que *ninguna* Constitución es relevante para el razonamiento práctico con el que justificamos acciones o decisiones. Porque, la superfluidad de la Constitución no sería una cuestión de hecho sino de pura lógica. Caseros sería producto de un sofisma.

Tomar en cuenta esta paradoja es sumamente importante porque sólo cuando tratamos de resolverla, lo que es un proceso sumamente arduo, adquirimos conciencia del *significado real* que tiene una Constitución para una sociedad política, más allá de los ditirambos con que generalmente se pretende justificar ese significado sin el respaldo de ninguna razón genuina. Más aún, cuando logramos, si lo logramos, superar la paradoja, nuestra visión sobre una Constitución en particular –como la vigente en la Argentina desde 1853– cambia radicalmente: un nuevo enfoque sobre cómo debe interpretarse, aplicarse y hasta modificarse la Constitución nacional emerge de la superación de la paradoja sobre su supuesta irrelevancia.

La presentación de la paradoja sobre la superfluidad de la Constitución requiere primero caracterizar con más precisión el concepto de Constitución. La expresión "constitución" tiene la misma ambigüedad y vaguedad que la expresión "derecho" y la caracterización de su significado está sometida a las mismas controversias. Como se sabe la controversia principal sobre la definición de derecho se da entre iusnaturalistas y positivistas. Hay muchos sentidos de "iusnaturalismo" y muchos sentidos de "positivismo" (ver el punto 1 del apéndice) pero los sentidos que denotan posiciones contradictorias son los que hacen referencia a la defensa de un cierto *concepto* de derecho: el positivismo conceptual sostiene que debemos emplear un concepto *descriptivo* de derecho, que alude a un conjunto de normas que se distinguen por ciertas propiedades fácticas como su aceptación por un grupo de órganos con acceso al aparato coactivo del Estado. En cambio, el iusnaturalismo mínimo (en el punto 2 del apéndice se advierte cómo puede ser enriquecido por tesis adicionales) sostiene que debe emplearse un concepto *normativo* de derecho, que hace referencia a las reglas que es conveniente, justo o debido emplear por parte de algunos individuos u órganos en ciertas condiciones.

En otro lugar[3] he definido la tesis de que la controversia así expuesta es *vacua*, ya que ella deriva de la presuposición falsa del esencialismo conceptual de que debe haber un solo concepto correcto para cada expresión, en este caso un solo concepto de derecho. Sin embargo, nada impide que, en distintos contextos de discurso se empleen diferentes conceptos de derecho. Esto no sólo ocurre así de hecho, sino que cada tipo de discurso que se encara desde una perspectiva distinta –p.ej., la de un sociólogo jurídico, la de un abogado práctico, la de un juez, la de un jurista teórico, la de un filósofo político– tiene condiciones diferentes de adecuación que hace conveniente emplear distintos conceptos de derecho. Es posible distinguir una pluralidad de conceptos normativos y descriptivos de derecho (ver punto 3 del apéndice), o sea conceptos que identifican conjuntos de reglas –la expresión "regla" también tiene significados muy diferentes– según distintas propiedades fácticas, valorativas o normativas (ver punto 4 del apéndice).

Dado que el concepto de Constitución es dependiente del de derecho, ya que alude al núcleo básico de un orden jurídico, lo mismo que se acaba de decir de los conceptos de derecho puede aplicarse a las nociones de Constitución. Hay varias nociones normativas y descriptivas de ella: una, de índole normativa, puede hacer referencia al conjunto de principios *válidos* que genera el sistema de derechos fundamentales de los individuos; otra, también de carácter normativo, puede aludir a una organización *legítima* del poder estatal y del proceso de toma de decisiones básicas en una unidad política; un tercer concepto mixto, ya que designa propiedades normativas y descriptivas, puede denotar las reglas básicas que *son adoptadas* a través de un proceso *legítimo* de decisión colectiva: un concepto de carácter descriptivo de Constitución puede referirse a las normas básicas que son, *de hecho*, aceptadas por los órganos que tienen acceso al aparato coactivo del Estado; otro concepto descriptivo puede aludir a las normas que son dictadas deliberadamente por quien es, *de hecho*, reconocido como autoridad fundamental por la sociedad en general, etc. (por cierto que puede haber muchos otros conceptos normativos y descriptivos de Constitución y diversas combinaciones de los anteriores).

Sin embargo, cuando planteo la relevancia de la Constitución, presupongo algo acerca del concepto de Constitución respecto del que se plantea esa relevancia: que tiene sentido distinguir entre la Constitución argentina y la uruguaya o chilena; que la argentina tiene algo que ver con ciertos sucesos que ocurrieron en Santa Fe en el año 1853 y que tiene algo que ver con cierto texto que comienza con

[3] Nino, Carlos S., *La validez del derecho*, cap. VIII.

las palabras españolas "Nos, los representantes" y termina con las palabras "y las leyes de la Nación". La paradoja de la superfluidad de la Constitución se plantea respecto de cualquier Constitución, pero siempre que se trate de constituciones individualizadas a través de filiaciones temporales y especiales y expresiones materiales. El que perciba exclusiones implícitas puede saltearse la próxima sección.

§ 8. ***Relevancia de la Constitución concebida normativamente en relación a los ideales del constitucionalismo.*** – Con este presupuesto, veamos si la relevancia de la Constitución puede explicarse bajo un concepto normativo que alude a principios válidos que generan derechos individuales. Esto sería muy importante porque mostraría una vinculación esencial entre uno de los aspectos de la democracia liberal –el de los principios que establecen derechos individuales– y lo que hace relevante a la Constitución, lo que se explicaría porque se ha desarrollado el sentido fuerte de constitucionalismo coincidente con la democracia liberal. Es el constituir un producto del constitucionalismo lo que daría relevancia a la Constitución.

Es obvio que los principios que generan derechos individuales son relevantes para el razonamiento a través del cual justificamos acciones y decisiones. El escepticismo ético (otro de los sentidos de "positivismo"), que cuestiona la existencia o la posibilidad de conocimiento de tales principios, debe encarar el problema de superar la tensión que se presenta entre ese cuestionamiento y la necesaria apelación que todos hacemos a aquellos principios –aun los escépticos– para criticar acciones o instituciones. El relativismo ético, que sostiene que los principios en cuestión son dependientes de convenciones sociales variables o de normas positivas, debe explicar la crítica a que se suelen someter las mismas convenciones y la inteligibilidad de la posición de una minoría social que las rechace –y que puede transformarse en mayoría–. El subjetivismo o emotivismo individualista en materia ética, que sostiene que las apelaciones a principios son descriptivas o expresivas de actitudes del hablante, debe dar cuenta de la existencia de una práctica social de argumentar y dar razones que apelan a los principios indicados, en la que también participan subjetivistas y emotivistas[4].

Buena parte del desarrollo del constitucionalismo consiste, efectivamente, en la apelación en abstracto o en contextos específicos, en que se cuestiona una acción o medida del poder público o de grupos privados poderosos, a un conjunto de principios de moralidad social que tienen consecuencias que "atrincheran" a ciertos intereses

[4] Ver estas cuestiones en Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, cap. II.

básicos de los individuos frente a pretensiones de otros individuos, de la sociedad en conjunto, de los poderosos.

Por lo tanto, si adoptamos un concepto normativo o valorativo de Constitución y la identificamos con tales principios básicos de moralidad social que establecen el conjunto de derechos fundamentales –es decir la identificamos con una de las dos dimensiones del constitucionalismo– no puede caber duda de que la Constitución es relevante para el razonamiento práctico tendiente a la justificación de acciones y decisiones. Como luego veremos, es imposible *justificar* una acción o decisión que verse sobre materias en las que estén en conflicto intereses de diversos individuos sin apelar en última instancia a un conjunto de principios ideales, o sea a la Constitución en este sentido.

Sin embargo, este sentido normativo de Constitución –si bien es perfectamente posible y hasta útil en ciertos contextos– no parece tener una relación sistemática con las circunstancias que permiten distinguir a la Constitución argentina de la uruguaya o de la chilena, con los acontecimientos históricos ocurridos en Santa Fe en 1853, con el texto que tiene 110 artículos. En efecto, los principios a los que he hecho referencia son por su propia naturaleza *generales y universales*: el reconocimiento de los derechos fundamentales no puede depender de ninguna circunstancia particular, identificable por nombres propios o descripciones definidas, y, cuando frente a una situación se reconocen los derechos en cuestión, tal reconocimiento debe extenderse a cualquier otra situación que no difiera en una circunstancia relevante para los mismos principios. La circunstancia de que alguien viva en la Argentina o el Uruguay no puede alterar el hecho de que *deban* gozar de los mismos derechos, aunque *de hecho* ese goce pueda verse afectado por contingencias de esa especie (recordemos que estamos empleando un concepto normativo de Constitución).

Por otro lado, los principios que generan derechos a los que alude este concepto normativo de Constitución son *autónomos*, o sea, ellos son aceptados como válidos en virtud de sus méritos intrínsecos y no por el hecho de que cierta autoridad humana, divina o convencional los prescribió a través de actos lingüísticos registrados en ciertos documentos. Precisamente, los principios en cuestión sirven para criticar tales prescripciones, lo que no sería posible si su validez dependiera de ellas.

Por lo tanto, la Constitución, concebida como un conjunto de principios de moralidad social que establecen derechos básicos de los individuos, no tiene patria (aunque Habermas hable de un "patriotismo constitucional" empleando este sentido de Constitución) y no tiene una relación especial con los hechos ocurridos en cierto lugar

y tiempo –Santa Fe, 1853– o con cierto texto –"nos, los representantes"–. Es posible que un texto, originado en acontecimientos localizables históricamente en el tiempo y en el espacio, exprese cabalmente tales principios y reconozca fielmente los derechos que ellos establecen; pero también es posible que no. Como se dice al final de las películas "cualquier semejanza [de la realidad con los principios] es pura coincidencia".

De acuerdo con este análisis, no debemos partir del texto para determinar cuáles son los principios morales que generan derechos individuales, ya que ni las circunstancias particulares de la sanción del texto o de su factura son relevantes para la validez de tales principios ni tenemos razones especiales para presuponer que quienes sancionaron el texto tenían una particular percepción moral. La autonomía de la moral, aun la de índole intersubjetiva, implica, aparentemente, confiar en nuestras propias luces para determinar qué principios son válidos para justificar acciones o decisiones que involucran derechos individuales (ver, sin embargo, el ap. F).

Pero, tal vez hayamos llegado a esta conclusión desesperanzada porque identificamos a la Constitución en sentido normativo con principios válidos que generan derechos individuales. Bien se podría decir que tales principios no son esenciales para una Constitución, y no es de sorprenderse que ésta resulte irrelevante si empleamos un concepto normativo de ella que se refiera sólo a tales principios. Recuérdese que la Constitución norteamericana fue dictada originariamente –hasta las primeras enmiendas– sin una carta de derechos, y que la Constitución actual de Gran Bretaña –que, obviamente, tiene realidad material a pesar de no estar expresada en un texto dotado de autoridad– tampoco prevé derechos individuales que constituyan barreras frente a las decisiones de los órganos políticos.

De acuerdo con esta propuesta, el concepto normativo bajo el cual la Constitución aparece como relevante es el que se refiere no a principios que establecen derechos, sino a *procedimientos* de toma de decisiones básicas en una unidad política que constituyen una estructura de organización del poder. Pero, por supuesto, este segundo concepto normativo de Constitución no se refiere a cualquier procedimiento sino a un procedimiento *legítimo* de toma de decisiones vinculantes para todos los miembros de la sociedad política. Asumiendo que el procedimiento legítimo para tomar decisiones públicas que vinculan a los demás, es un procedimiento *democrático*, esta propuesta pretende explicar la relevancia de la Constitución vinculándola a la segunda dimensión del constitucionalismo a que hicimos referencia anteriormente (ver § 2): la dimensión participativa consistente en que las decisiones públicas más importantes sean función de las preferencias de aquellos a quienes tales decisiones se

aplican. La Constitución sería relevante porque ella establece un procedimiento plausible para resolver pacíficamente los conflictos, más allá de las diferencias sustantivas.

Es muy posible que disintamos aun acerca de los derechos que contiene la parte dogmática de una Constitución como la argentina, pero si nos tomamos la Constitución en serio, ella nos provee de un método incruento para resolver tales disensos, incluso con su propia reforma. La democracia constitucional sería no por el reconocimiento de derechos –que tal vez es el resultado inevitable de tener democracia–, sino porque el procedimiento democrático está dado por reglas de juego legítimas incorporadas a la Constitución, que proveen el marco común de convivencia.

Sin embargo, esta alternativa de mostrar la relevancia de la Constitución, concebida normativamente, para el razonamiento práctico no es más satisfactoria que la anterior; en efecto, tal relevancia dependerá de que el procedimiento previsto para la toma de decisiones colectivas sea legítimo. Esa legitimidad de nuevo dependerá de principios que son autónomos, universales y generales. La validez de tales principios parece otra vez independiente de un cierto texto y de las circunstancias históricas que llevaron a su sanción. Por ejemplo, si el texto constitucional sancionado en cierto momento y lugar estableciera restricciones injustificadas al voto –como excluir a las mujeres o a los negros– el procedimiento de decisión que establecería no sería legítimo y, en consecuencia, no formaría parte de la Constitución, en este sentido normativo. Nuevamente, la Constitución, concebida normativamente aparece como relevante, pero esa relevancia no parece conectada con las circunstancias que le dan individualidad a una cierta Constitución.

Esta conclusión no es sorprendente si tenemos en cuenta que hay una conexión esencial entre los derechos individuales y el procedimiento de toma de decisiones colectivas; tales derechos son excepciones a las normas de competencia que dan autoridad a ciertos órganos para decidir determinadas cuestiones y pueden, en sí mismos, verse como derivados de normas de competencia que descentralizan algunas decisiones, de modo que sólo pueden ser tomadas por los individuos más directamente concernidos. Por lo tanto, lo que se diga de los principios que establecen derechos parece ser extensivo a las reglas sobre los procedimientos legítimos de decisión.

En definitiva, parece que no podemos mostrar la relevancia para justificar acciones o decisiones de una Constitución individual cualquiera si es que pretendemos concebirla, normativamente, en función de las dimensiones del constitucionalismo, o sea, la dimensión constituida por principios que generan derechos y la dimensión que consiste en la participación popular en las decisiones.

Esto es grave puesto que parece necesario conectar esas dimensiones del constitucionalismo con los hechos históricos que dan individualidad a una cierta Constitución. De lo contrario, a la universalidad, generalidad y autonomía de los principios que establecen los derechos y procedimientos que forman parte de una Constitución concebida normativamente, se les agrega la subjetividad, incertidumbre y conflictividad que parece inherente a la determinación de esos principios.

Necesitamos una Constitución individualizada por ciertos hechos históricos que conducen a un determinado texto, puesto que de lo contrario entramos en el terreno resbaladizo de las opiniones que son incorregibles intersubjetivamente.

Por lo tanto, quizá la tentativa de mostrar la relevancia de la Constitución concebida de una forma que, al mismo tiempo, tuviera conexión con los ideales del constitucionalismo y conservara su anclaje en hechos históricos sería una tentativa inidónea. Tal vez deberíamos mostrar la relevancia que tiene la Constitución como puro hecho histórico, como práctica social, con independencia de toda valoración.

A esta exploración estará dedicado el parágrafo siguiente.

§ 9. ***Relevancia de la Constitución concebida descriptivamente como práctica social.*** – Hay tantos conceptos descriptivos de Constitución como conceptos descriptivos de derecho y de norma jurídica. La Constitución puede ser identificada descriptivamente con un texto, con los actos lingüísticos de promulgarlo o con la práctica social de promulgar y observar ese texto (o incluso pautas no establecidas a través de texto alguno); también está la posibilidad de tomar en cuenta diversas propiedades fácticas para identificar al texto, los actos lingüísticos o la práctica que conforman una Constitución, entendida en sentido descriptivo.

De estos diversos significados descriptivos de "Constitución" es preferible enfocar, –especialmente– el que alude a una práctica o convención social (aquí empleo "convención" en el sentido de regla generalmente observada y no, obviamente, de contrato). Esto es así, principalmente, porque aun cuando enfoquemos nuestra atención en los otros, posiblemente vamos a tener que recurrir de cualquier modo a una práctica social para distinguir el texto o los actos lingüísticos que conforman una Constitución de los que no lo hacen, de modo que la identificación de la Constitución con una práctica social aparece como comprensiva de las otras alternativas de identificación descriptiva, y, probablemente, lo que se diga de este sentido descriptivo de "Constitución" es aplicable a los restantes sentidos descriptivos.

La identificación de las normas jurídicas en general con prácticas sociales ha sido propuesta por Hart[5]. Este autor procede a elucidar el concepto de práctica o regla social mediante la distinción entre él y la noción de tener un cierto hábito. Aunque ambos presuponen una regularidad de comportamiento, hay al menos cuatro diferencias entre ambos: *a*) la regla social –no el hábito– implica que las desviaciones del comportamiento regular son motivo de crítica; *b*) la existencia de una regla no sólo presupone que las desviaciones son criticables sino también que ellas mismas son buenas razones para la crítica y que, por lo tanto, ésta es legítima; *c*) las reglas contienen un aspecto interno, que está dado por el hecho de que los que la practican ven en ella un *standard* para evaluar y guiar el comportamiento, lo que supone una actitud crítica reflexiva, y *d*) este punto de vista externo frente a las reglas se pone de manifiesto en el uso de un lenguaje normativo que emplea términos como "deber", "correcto" o "incorrecto". Como se sabe, Hart distingue a las reglas jurídicas de otras prácticas sociales por el hecho de que las primeras forman parte de un sistema que incluye, además de las reglas primarias de obligación –que prescriben cierto comportamiento–, tres tipos de reglas secundarias que se refieren a las anteriores: reglas de reconocimiento, que establecen cuáles otras reglas deben ser observadas sobre la base de ciertos criterios que las identifican por determinadas características (p.ej., porque se originan en determinadas autoridades); reglas de cambio, que autorizan a ciertos órganos a modificar las reglas del sistema, y reglas de adjudicación, que autorizan a algunos órganos a aplicar las demás reglas a casos particulares.

La Constitución, como parte de la práctica o convención social que da lugar al derecho de una comunidad, incluye reglas de cambio y adjudicación, pero parece incorporar también la regla de reconocimiento de una cierta unidad política, ya que establece que otras reglas deben ser reconocidas si satisfacen ciertos criterios que toman en cuenta el procedimiento por el cual esas otras reglas son dictadas y ciertas exclusiones de contenido.

La Constitución argentina, por ejemplo, concebida descriptivamente como práctica o convención social, estaría conformada por la regularidad de comportamiento (regularidad interrumpida frecuentemente y, como veremos en el ap. E, acompañada de muchas desviaciones, aun en los momentos en que se mantiene centralmente) que se genera a partir de los hechos de 1853 y 1860, y consiste en observar textos prescriptos en tales momentos de acuerdo a pautas de interpretación normalmente observadas, lo que conduce a reconocer como obligatorias ciertas reglas dictadas de acuerdo a determinados

[5] Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*.

procedimientos, y a criticar, invocando la misma práctica, algunas desviaciones en este reconocimiento y en la observancia de las reglas reconocidas.

El hecho de que la Constitución incorpore la regla de reconocimiento del sistema jurídico, parece proveer una forma directa y sencilla de dar cuenta de la relevancia de la Constitución en el razonamiento práctico: simplemente la Constitución tendría la relevancia que Hart le asigna a tal regla de reconocimiento de un sistema jurídico. Según este autor, la regla de reconocimiento permite determinar la *unidad* del sistema jurídico y la *validez* o *pertenencia* de las demás normas al sistema. Esto parece, en efecto, dar cuenta de nuestras intuiciones en cuanto a que la Constitución es sumamente importante porque ella mantiene unido a todo el sistema jurídico, y no sólo es la ley suprema sino que permite determinar cuáles son las demás leyes. Veamos estos dos aspectos que permitirían explicar la relevancia para el razonamiento práctico de la Constitución en sentido descriptivo.

La regla de reconocimiento, y la Constitución que la contiene, permitiría fundamentar la unidad e identidad del sistema jurídico, evitando la circularidad de otros criterios de individualización basados en el territorio, en la población, o en una norma supuesta[6], por el hecho de que permite sostener que un conjunto de normas forman parte del mismo sistema jurídico en la medida en que sean reconocidas sobre la base de la misma norma de reconocimiento. Sin embargo, esta virtualidad de la regla de reconocimiento y de la Constitución que la incorpora de servir de fundamento, por sí misma, de la unidad e identidad del sistema jurídico es cuestionable por varias razones. En primer lugar, como Raz ha observado[7] no hay ninguna garantía de que la regla de reconocimiento de un sistema sea *una sola*, tanto más cuando el mismo Hart admite que puede contener diversos criterios identificatorios de las normas que declara obligatorias (por ejemplo, las prácticas que surgen de los arts. 67 y 86 de nuestra Constitución), por lo que es necesario recurrir a algún otro elemento que determine que *varias* reglas de reconocimiento son parte del *mismo* sistema jurídico. Raz sostiene que ese elemento unificador está constituido por los órganos primarios (los que tienen acceso al aparato coactivo) que practican las reglas de reconocimiento. De cualquier modo, existe el problema de cómo se unifican diversos órganos primarios como parte del mismo sistema jurídico (ver punto 5 del apéndice). En segundo lugar, hay problemas que se plantean alrededor de la cuestión de la unidad e identidad a través

[6] Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, cap. III.

[7] Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*.

del tiempo de la Constitución en cuanto regla de reconocimiento, dadas las paradojas que se ha planteado Ross[8] acerca de la autorreferencia de la regla que establece el procedimiento para su propia reforma y de la subsistencia de la regla derogada.

No se podría fundamentar la continuidad de la Constitución reformada respecto de la derogada en que la validez de la nueva Constitución se funda en la norma de la anterior que preveía el procedimiento para su reforma, ya que si esta misma norma fue modificada no pudo serlo sobre la base de ella misma –dado que ninguna norma se puede referir a sí misma–, y, de cualquier modo, la validez de una norma no puede fundarse en una norma que ya no es válida. Mi opinión es que estos dos problemas sólo se resuelven de modo de explicar la continuidad e identidad a través del tiempo del sistema jurídico, asumiendo que detrás de la Constitución hay una práctica más básica que establece la validez de la Constitución reformada de acuerdo con normas de la Constitución derogada (ver punto 6 del apéndice). De modo que la Constitución, en cuando regla de reconocimiento no parece ser, en última instancia, el elemento que explica la unidad e identidad del orden jurídico tanto sincrónica como diacrónicamente.

Veamos ahora la relevancia de la Constitución en cuanto práctica o convención social de reconocimiento para determinar la validez y pertenencia al orden jurídico de las demás normas del sistema. Lo primero que hay que hacer es evitar la confusión habitual entre estas dos nociones de validez y de pertenencia a un orden jurídico, que es sumamente habitual por el empleo de la misma palabra "validez" para designar ambas nociones[9]. La pertenencia de una norma jurídica a un derecho determinado es un concepto descriptivo. En realidad, él está esencialmente conectado al de unidad e identidad del sistema jurídico, ya que, como vimos, esa unidad e identidad está dada por el hecho de que varias normas que satisfacen cierto criterio pertenecen al mismo sistema, así como la determinación de la pertenencia recurre al criterio que determina la unidad del sistema jurídico. Por lo tanto, en lo que se refiere a la pertenencia de una norma a un sistema jurídico, cabe extender lo que ya dijimos en relación a su unidad e identidad: la Constitución como regla de reconocimiento es insuficiente para determinar esa pertenencia y debe recurrirse a otros elementos ulteriores, como son los órganos primarios que practican la regla de reconocimiento, y a una práctica más básica que determina la continuidad de ésta a través de sus cambios regulares.

[8] Nino, *Introducción al análisis del derecho*, cap. III.

[9] Ver Nino, *La validez del derecho*.

La validez de las normas jurídicas como cosa diferente a su pertenencia a un cierto sistema jurídico es un concepto normativo. Decir que una norma es válida, en este sentido, quiere decir que la norma debe ser aplicada y observada, que tiene fuerza obligatoria, que sirve de razón para justificar una acción o decisión. Veamos, entonces, hasta qué punto la Constitución concebida como práctica social de reconocimiento es relevante para fundamentar la validez de las demás normas del sistema jurídico. Este punto es sumamente importante porque encierra la respuesta más generalizada entre juristas, jueces y filósofos acerca de la relevancia de la Constitución para el razonamiento práctico. Por ejemplo, el juez Marshall en el famoso caso norteamericano "Marbury v. Madison", que estableció el control judicial de constitucionalidad, sostenía que la Constitución no es sólo la ley suprema sino que sirve también para establecer cuáles otras leyes son obligatorias para los jueces (ver cap. III, ap. D).

La hipótesis que quiero demostrar aquí es que *la Constitución, concebida descriptivamente como práctica social de reconocimiento no puede ser relevante, por razones lógicas, para determinar en última instancia la validez de las demás normas jurídicas del sistema.* Voy a intentar demostrar esto por dos caminos diferentes: uno informal y otro cuasiformal.

La demostración informal nos invita a que consideremos un problema central que suelen discutir los constitucionalistas: el de la validez de los tratados internacionales cuando están en pugna con la Constitución nacional.

Hay tratados que aparentan estar en pugna con normas de la Constitución de un país. Por ejemplo, en la Argentina algunos argumentan que la Convención Americana de Derechos Humanos, al establecer un Tribunal –la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que prevalece sobre los jueces internos en los países que, como el nuestro, ratificaron plenamente la Convención, va en contra del art. 100 de la Const. nacional que habla de la Corte Suprema y tribunales *inferiores* asumiendo que no puede haber una instancia superior a la Corte. Cuando se producen estos aparentes conflictos entre el derecho interno y el internacional, afloran tres posibles posiciones acerca de la relación entre unos y otros: el "monismo nacional" que sostiene que la validez del derecho internacional depende de su concordancia con el orden jurídico nacional; el "monismo internacional", que sostiene la posición opuesta según la cual los derechos nacionales obtienen su validez del derecho internacional –p. ej., del principio de efectividad de este derecho–, con el que deben, por lo tanto concordar; y el "dualismo", que sostiene que cada sistema tiene una validez independiente. En el caso de la Argentina, los que sostienen la prevalencia del derecho nacional sobre los trata-

dos internacionales se apoyan en el art. 27 de la Const. nacional que sostiene que los tratados deben estar en conformidad con los principios de derecho público de la Constitución nacional. En cambio, quienes favorecen la prevalencia de los tratados internacionales sobre la Constitución nacional se basan en la Convención de Viena de 1969, cuyos arts. 27 y 46 establecen que los Estados no pueden invocar en su conducta internacional el hecho de que un tratado contradiga normas de derecho interno, salvo que esa violación constituya un vicio de consentimiento por su carácter manifiesto y por el carácter trascendental de la norma de derecho interno.

El hecho curioso y pocas veces advertido en esta controversia es que ella así planteada es vacua porque los argumentos dados por ambas partes son absolutamente *circulares*; quienes sostienen la prevalencia de la Constitución nacional sobre los tratados, apoyándose en el art. 27, están presuponiendo ya esa prevalencia al dar validez a la norma constitucional sobre la contenida en la Convención de Viena; y quienes apoyan la prevalencia de los tratados internacionales sobre la Constitución nacional, basándose en los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena, están asumiendo previamente la prevalencia de los tratados sobre la Constitución al considerar relevantes tales artículos de esa Convención para resolver la cuestión. Las normas que se refieren a su propia validez y prevalencia sobre otras normas son absolutamente vacuas por ser autorreferentes [10].

De esto surge que, necesariamente, cuando decidimos aplicar una norma constitucional sobre un tratado o cualquier otra norma, o cuando decidimos, al contrario, aplicar un tratado o cualquier otra norma sobre la Constitución, tenemos que hacerlo forzosamente sobre la base de consideraciones externas a la misma Constitución o tratado que decidimos aplicar; no podemos basarnos en la Constitución o tratado que consideramos válido para fundamentar su propia validez. ¿En otras palabras, la Constitución puede asignar validez a otras normas si ella misma es válida, pero no puede asignarse a sí misma validez. La validez de la Constitución está obligatoriamente basada en principios o razones supraconstitucionales. Por cierto que esto se aplica a cualquier otra norma: lo que la perversa doctrina de las leyes *de facto* no toma en cuenta es que tales leyes no pueden otorgarse validez a sí mismas, y, que cuando su validez es aceptada, necesariamente debe serlo sobre la base de consideraciones valorativas independientes que implican legitimar moralmente a los regímenes que dictaron tales leyes, con la consiguiente responsabilidad moral para los que así lo hacen.

[10] Ver el problema de la autorreferencia en Nino, *La validez del derecho*.

En definitiva, si la Constitución no puede asignar validez a otras normas si ella no es válida, y si ella misma no puede autoasignarse validez, la Constitución no puede conferir validez a otras normas por sí misma; es necesario recurrir a consideraciones externas a la práctica constitucional –que conforma la Constitución en sentido descriptivo– para fundamentar la fuerza obligatoria de las normas del sistema jurídico.

Ahora, la demostración cuasiformal (quienes se hayan convencido con la argumentación informal pueden saltearse este paso algo tedioso): Una acción o decisión como la de un juez solamente puede ser justificada sobre la base de una proposición normativa, cuya formulación sea pragmáticamente incompatible con la realización de la acción en cuestión. Supongamos un caso de hábeas corpus en favor de un tal Juan Pérez, quien fue detenido por un comisario de policía, y que el juez concluya su razonamiento práctico con la proposición normativa de que: *1) Juan Pérez debe ser dejado de inmediato en libertad*, lo que justifica su acción de prescribir al comisario tal comportamiento. ¿Cómo se justifica a su vez aquella proposición normativa? Supongamos que el juez lo haga a través de estas dos proposiciones: *2) el art. 18 de la Constitución dispone que nadie puede ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente*, y *3) un comisario de policía no es autoridad competente*. Olvidémonos de *3*; ella puede ser una definición o una descripción de hecho, en cuyo caso no presenta los problemas de *2* que quiero destacar, o puede ser una conclusión de derecho como *2*, en cuyo caso lo que digamos de *2* se aplica a ella. La pregunta que quiero hacerme es ¿qué tipo de juicio es *2*? Si éste fuera una descripción de la convención social que conforma la Constitución, en sentido descriptivo, el juicio *1* no podría ser inferido de *2* y *3*, por la simple razón –que desde Hume sabemos– que de juicios descriptivos, exclusivamente, no puede inferirse una proposición normativa. En realidad *2* debe ser una proposición normativa para que *1* pueda inferirse de ella junto con *3* –que es en sí misma una proposición descriptiva o es del mismo tipo que *2*–. Tal vez la formulación de *2* engañe, y lo que el juez está tomando en cuenta es más bien algo como: *2'*) *nadie puede ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente*, o sea no la práctica social de aceptación de una norma sino la norma misma. La pregunta que corresponde hacerse ahora es ¿cómo sabemos que *2'* es una norma jurídica, y no, por ejemplo, una norma moral? Cualquiera podría perfectamente formular un juicio moral exactamente con el mismo contenido. Si dejamos de lado por eso mismo, la distinción por el contenido, sólo cabe la posibilidad de sostener que *2'* es una norma jurídica cuando tiene un *origen* determinado, vale decir si ella es aceptada, por ejemplo, por el juez, por el hecho de que ella ha emanado de cierta autoridad. Ello quiere decir que *2'* es

una norma jurídica si ella deriva en el razonamiento práctico del juez de una proposición como *4*) *la autoridad C ha prescripto "nadie puede ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente" y esto es observado como una práctica generalizada*. Pero de nuevo *2'* no puede derivar sólo de *4*, ya que esta última es una proposición puramente descriptiva. Para derivar *2'* de *4* se necesita la interposición de una premisa mayor adicional como *5*) *debe hacerse lo que la autoridad C prescriba* (o, lo que es lo mismo, *la autoridad C es legítima o es competente para formular prescripciones*). Pero de nuevo cabe la pregunta sobre qué clase de norma es *5*, y resultará que ella es jurídica sólo si es aceptada porque se acepta una proposición sobre lo que otra autoridad ha prescripto, lo que, a su vez, requiere de una nueva proposición normativa sobre el deber de obedecer a cierta autoridad.

Como este proceso no puede seguir al infinito, tenemos que aceptar que alguna norma sobre el deber de obedecer a cierta autoridad sea en sí misma aceptada por sus propios méritos y no porque a su vez fue formulada por otra autoridad. Esa norma no podrá ser una norma jurídica, porque no es aceptada por cierto origen. En realidad una norma que es aceptada por sus propios méritos, y no porque se origina en cierta autoridad, satisface el rasgo de *autonomía* que Kant asignaba a las normas morales, y será una de tales normas si –como seguramente ocurre con *5*– se refiere a una cuestión en la que están en juego los intereses de diversos individuos. Ello quiere decir que, paradójicamente, para determinar si una norma es una norma jurídica debe mostrarse que ella deriva de una norma moral que da legitimidad a cierta autoridad y de una descripción de una prescripción de una autoridad. Si aceptamos que una norma que deriva de una norma moral es en sí misma una norma moral, una norma jurídica –tal como ella aparece en un razonamiento justificatorio como el de los jueces–, es una especie de norma moral. Esto implica que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral –la tesis que Alexy[11] llama del *Besonderésfall*–.

Esta demostración cuasiformal coincide con la informal en que o bien a la Constitución la concebimos normativamente como un conjunto de juicios o principios morales (ver § 8) o, si la concebimos como una práctica o convención social, ella no puede determinar por sí misma la validez de otras normas jurídicas. Esto se puede expresar de modo equivalente diciendo que una práctica social –como sería la Constitución vista como una práctica de reconocimiento– no puede constituir por sí misma razones para justificar acciones o decisiones, sino que, a lo sumo, sólo puede constituir un

[11] Alexy, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*.

hecho condicionante que determina la aplicabilidad de un cierto principio moral, que sí constituye una razón operativa para justificar una acción o decisión [12]. Cuando los jueces invocan la regla de reconocimiento para justificar la aplicación de una norma del sistema jurídico, no se refieren a esa regla como una práctica social –o sea como un hecho considerado desde el punto de vista externo–, sino que se refieren a un juicio normativo (moral), que es como la regla es apreciada desde el punto de vista interno; es este hecho de emplear recurrentemente juicios normativos sobre el deber de aplicar ciertas reglas, como justificación de una acción o decisión, lo que, desde el punto de vista externo, constituye una práctica de reconocimiento.

Pero hasta ahora sólo hemos probado que la Constitución como práctica social de reconocimiento no es *autosuficiente* para asignar fuerza obligatoria o validez a las demás normas del sistema y, por consiguiente, para justificar decisiones basadas en tales normas. No hemos probado, en cambio, que la Constitución sea *superflua*. Al contrario, la demostración anterior implica que, aunque la Constitución entendida como práctica social no puede por sí sola generar juicios justificatorios, es relevante para tal derivación: el juicio justificatorio *2'* no sólo deriva del principio moral *5* sino también del juicio *4*, que es descriptivo de la Constitución entendida como práctica social; sin *4*, las consecuencias de *5* podrían haber sido muy diferentes.

El pasaje entre la no autosuficiencia de la Constitución entendida como convención social y su superfluidad requiere un cierto análisis de los principios morales del tipo de *5*, que son necesarios para dar legitimidad a tal Constitución. La idea que quiero defender es que tales principios ya contienen todo lo que una Constitución, que ellos juzgan como legítima, puede contener, y, por lo tanto, la Constitución no agrega nada a lo que ya está en los principios a los que debemos acudir para justificarla. Tal defensa es *prima facie* sencilla, ya que la legitimidad de la Constitución que tales principios determinan estará condicionada en todo sistema moral plausible a que ella contenga ciertos contenidos, muy especialmente el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales (ver ap. F). Sólo si una Constitución reconoce esos derechos podrá ser tenida como legítima y podrá adscribir validez a las normas que ella reconoce, sirviendo así como razón justificatoria, mientras que si no los reconoce los principios morales a los que necesariamente debemos acudir para justificarla darán un veredicto negativo. En este último caso, un

[12] Ver el concepto de razones operativas en Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, cap. 1.

principio como *5* no podrá ser verdadero, y por lo tanto la descripción *4* de la práctica constitucional fracasará en permitir la derivación de juicios justificatorios como *2'*.

De esto parece inferirse que sólo si la Constitución recepta los derechos y demás contenidos exigidos por los principios morales (excluyendo el reconocimiento de reglas antagónicas con tales derechos y contenidos) ella podría ser relevante en el razonamiento práctico dirigido a justificar una decisión. Pero, en realidad, tales derechos y el deber de reconocerlos se infieren de los principios morales mismos –del tipo de *5*–, por lo que la descripción de la práctica constitucional –o sea un enunciado como *4*– es sobreabundante para generar enunciados justificatorios. Para proyectar este argumento a nuestro ejemplo, *5* debería a su vez derivar de un principio moral más básico, de este tenor: *6) dado que nadie puede ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente, una Constitución sólo es legítima si contiene tal prescripción*. Dado este enunciado moral *6* –del que depende *5* que a su vez es necesario para derivar *2'*, *4* es sobreabundante; *2'* se podría derivar directamente de *6*, sin necesidad de acudir a *4* y a *5*. De modo que si la Constitución no contiene ciertos contenidos, ella no es legítima y no puede ser un factor relevante para inferir juicios justificatorios, y si contiene tales contenidos ella es sobreabundante porque tales juicios justificatorios se infieren directamente de los principios morales que prescriben tales contenidos para otorgarle legitimidad. Como no hay una tercera alternativa, la Constitución entendida como práctica social de reconocimiento es *superflua* para generar juicios justificatorios. Como ésta era, aparentemente, la única posibilidad que quedaba para justificar la relevancia de la Constitución como práctica social, que incorpora reglas de reconocimiento, en el razonamiento práctico, tal Constitución resulta superflua *tout court*.

Alguien podría sostener que el argumento anterior no toma en cuenta que la Constitución puede bien agregar contenidos normativos a los principios morales que la justifican, sea porque contiene detalles que tales principios no pueden prever (p.ej., que la orden de arresto *sea escrita*), o sea porque se trata de cuestiones de indeterminación o incertidumbre moral. Pero esto no es muy claro: tales detalles deben estar aconsejados –en lugar de otros– por ciertas consideraciones (tal vez no siempre ellas son morales, pueden ser de prudencia social); ¿por qué entonces no acudir directamente a tales consideraciones en lugar de al texto constitucional que, de cualquier modo, debe ser evaluado de acuerdo con esas consideraciones? Se podría replicar que cuando se trata de detalles como éste, la legitimidad de la Constitución no puede estar condicionada a que su solución sea la correcta, por lo que puede haber una Constitución legítima

que contenga regulaciones incorrectas; de este modo, ella generaría juicios justificatorios sin necesidad de acudir a las consideraciones que definen cuáles regulaciones hubieran sido correctas. Pero no es muy claro por qué deberíamos observar un sistema normativo efectivamente practicado y parcialmente incorrecto en lugar de uno ideal, totalmente correcto.

Tal vez esto se pueda vincular con la incertidumbre de los sistemas morales y sostener que, dado que la gente difiere acerca de cuáles principios normativos son válidos, es necesario que la práctica jurídica, incluyendo la constitucional, arbitre en esas controversias –que nos llevarían al caos y la anarquía– y fije una solución cuando la que proveen los principios morales es incierta o controvertida. Pero quien hace esta réplica olvida el carácter de necesidad lógica que tiene la conclusión de la argumentación anterior: necesariamente tenemos que acudir a razones morales para justificar nuestras decisiones, pasando por encima de las prescripciones y prácticas jurídicas, por lo que no podemos eximirnos de esta necesidad simplemente aduciendo que no tomar en cuenta tales prescripciones y prácticas como razones últimas conduce al caos; tal vez esto es cierto, pero el miedo al caos no puede alterar la lógica. A esto se podría de nuevo replicar que quien invoca el temor al caos y a la anarquía para justificar la observancia de prácticas jurídicas, no está pretendiendo alterar la lógica, sino que está dando razones morales –fundadas en los valores de paz y de orden– para legitimar la práctica constitucional, o sea, está formulando un juicio de tipo *5*. Lo que ocurre es que se trata de un juicio que no hace depender la legitimidad de tal práctica de ciertos contenidos predeterminados, y, por lo tanto, no la hace superflua.

Sin embargo, esto es dudoso por varias razones: en primer lugar, es improbable que haya un sistema moral plausible que tome como valores únicos al orden y la paz sin tomar en cuenta otros valores, como los que están relacionados con derechos individuales. En segundo término, incluso se le podría dar a la proposición anterior un carácter lógico sosteniendo que, dado que no hay ninguna situación de orden y paz en el mundo real sin cierta violencia y desviaciones, estos valores suponen una distinción entre la violencia o las desviaciones justas e injustas, por lo que, en realidad, son dependientes del valor justicia. En tercer término, los contenidos de la práctica constitucional pueden ser extremadamente atentatorios contra el orden y la paz (pueden, p.ej., contener discriminaciones que generen continuos enfrentamientos sociales), por lo que aun la satisfacción de estos valores exige examinar el contenido de la Constitución, con el riesgo anterior de superfluidad.

Tal vez esta alternativa de convertir en relevante a la Constitución como práctica o convención social de reconocimiento se relacio-

ne con otro argumento que depende del *procedimiento* por el cual ella ha sido sancionada. Pero el tratamiento de este argumento debe hacerse en una sección separada, puesto que ello implica un concepto parcialmente diferente de Constitución.

§ 10. ***Relevancia de la Constitución bajo un concepto mixto que la concibe como práctica emergente de un procedimiento legítimo.*** – Obsérvese que el argumento sobre la superfluidad de la Constitución está basado sobre la idea de que los principios morales, a los que necesariamente debemos acudir para que ella sirva para derivar juicios justificatorios de acciones o decisiones, fijan sus *contenidos*, haciéndola o irrelevante, si no coincide con ellos, o sobreabundante, si coincide. Pero tales principios pueden legitimar a la Constitución no por su contenido sino por el *procedimiento* por el que ha sido sancionada. Ello haría que los contenidos de la Constitución, concebida como práctica social legítima, no sean irrelevantes.

Esta posibilidad también estaría relacionada con la preocupación por la anarquía y el caos a que lleva el hecho de que debamos acudir a principios morales para justificar las prácticas sociales: tal vez las consideraciones de orden y de paz no nos conducen a ciertos contenidos sino a determinado procedimiento por el que deben generarse las prescripciones y prácticas constitucionales, que, si tiene ciertas cualidades, puede ser que también tenga la relación apropiada con el valor justicia (tal vez con lo que Rawls[13] llama "justicia puramente procesal").

Por otra parte, acordémonos que cuando analizábamos la relevancia de la Constitución concebida normativamente en asociación con los ideales libertarios y participativos del constitucionalismo (ver § 8), advertíamos que se daba tal relevancia, pero no podíamos compatibilizarla con los hechos históricos y el texto que daba individualidad a una Constitución en particular, de modo que aparecía como una mera coincidencia si esos hechos históricos y texto conducían a derechos y procedimientos válidos.

Ahora podemos atar todos estos cabos sueltos, aduciendo que la relevancia de una Constitución individual en realidad aparece con un concepto mixto, enumerado entre los que se mencionó anteriormente (ver § 7), que ve a la Constitución como un producto histórico –prescripciones y prácticas que se reflejan en textos– de un cierto procedimiento *legítimo*. Éste es un concepto mixto ya que toma en cuenta tanto datos fácticos como valorativos para identificar a la Constitución. Pero combina esos datos de una manera *opuesta* a como parecía insinuarse vagamente (ver § 8): una Constitución indi-

[13] Ver, Rawls, John, *A Theory of Justice*, cap. 1.

vidual relevante para el razonamiento práctico no sería un procedimiento legítimo, que es producto de ciertos hechos históricos que conducen a prescripciones, prácticas y textos (lo que hace irrelevante a estos últimos), sino, al revés, un conjunto de prescripciones y prácticas que se originan en procedimientos legítimos. De este modo, el procedimiento –por más legítimo que sea– no es relevante por sí mismo sino en la medida en que sea ejercitado en la producción de prescripciones y en la subsecuente práctica. Por otro lado, las prescripciones y prácticas constitucionales no son relevantes para el razonamiento práctico si no se originan en procedimientos cuya legitimidad está establecida por principios morales válidos, ya que, de lo contrario, se estaría intentando fundamentar un juicio justificatorio en una mera proposición descriptiva.

Hay varios intentos de fundamentar la validez de las normas jurídicas, o del gobierno, en razones procedimentales. Una teoría de ese tipo es, por ejemplo, la del derecho divino de los reyes a gobernar, la cual –obviamente– es muy poco plausible. Una concepción moral más plausible de tipo procedimental para justificar la relevancia moral del gobierno es la del consentimiento –real o hipotético–, la que, evidentemente, conduce a la exigencia de que el gobierno sea democrático. Sin embargo, esta teoría tiene problemas muy conocidos a los que no me puedo referir aquí[14]. Sólo me basta decir que ella presenta un problema que afecta prácticamente a todas las teorías procedimentales: el procedimiento, aquí dado por el consentimiento, debe estar basado en algún valor –p.ej., en el de la autonomía–, y, en consecuencia, habrá que equilibrar la satisfacción de esos valores a través del ejercicio del procedimiento con su frustración por las decisiones contrarias a ellos que se tomen en tal ejercicio, lo que vuelve a hacer necesario examinar los contenidos de las prescripciones y prácticas, *vis à vis* los principios morales que vinculan contenidos con los valores postulados, con el riesgo de irrelevancia que ya examinamos (ver § 9).

Como observaremos más adelante (ver ap. F), yo he tratado de defender una teoría procedimental de justificación del gobierno democrático que evita el riesgo de irrelevancia, puesto que el procedimiento propuesto no es considerado legítimo en virtud de ciertos valores sustantivos sino en función de su *capacidad epistémica* para permitir acceder a esos valores. La idea es que el proceso de discusión y decisión democráticas es más confiable que otros para permitir conocer aquellos principios morales fundados en la imparcialidad. De este modo, una norma jurídica de origen democrático se convierte en relevante para el razonamiento práctico, no porque en sí mis-

[14] Ver Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. VIII.

ma constituya una razón autónoma para justificar una acción o decisión, sino porque constituye un indicio relativamente confiable de cuál es el principio moral válido que establece tal razón. Las normas jurídicas no son razones para justificar acciones o decisiones, sino razones para creer que ciertos principios morales son tales razones. Creo, en efecto, que de este modo puede superarse la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y al mismo tiempo proveerse una justificación de la democracia.

Pero no es necesario adelantar todos los aspectos de esta idea, que será examinada en su debido momento, ya que creo que no nos sirve para resolver la paradoja de la irrelevancia moral de la *Constitución*. Esto es así por la sencilla razón de que la mayoría de las constituciones particulares que hoy rigen y cuya relevancia nos preocupa demostrar *no han sido el producto de un procedimiento democrático legítimo*. Basta pensar un momento en todas las exclusiones e irregularidades a través de las cuales fueron sancionadas Constituciones como la argentina o la norteamericana –p.ej., la exclusión de las mujeres, de las diferentes minorías raciales, de los pobres, además de la forma de selección de los convencionales– para que debamos concluir honestamente que están demasiado alejadas de la ortodoxia democrática elemental. Por otro lado, aun cuando una Constitución fuera originariamente dictada en forma impecablemente democrática, su misma perdurabilidad –que es un efecto deseado– haría dudar sobre si su legitimidad está vinculada a la voluntad popular, cuando quienes la sancionaron están tan alejados de nosotros a través del tiempo como los habitantes de un remoto continente lo están a través del espacio. Sólo acudiendo a construcciones como la del consenso tácito se podría intentar salvar, dudosamente, esta dificultad adicional.

De modo que aunque su origen en un procedimiento legítimo pueda explicar la relevancia de la mayor parte de las normas o prácticas jurídicas, no parece que pueda explicar la de buena parte de las Constituciones, como la argentina o la de Estados Unidos. Si tales Constituciones son relevantes para el razonamiento práctico justificatorio, como el de los jueces, ello debe serlo con independencia de que se originen en un procedimiento legítimo.

§ 11. *Conclusión.* – Pareciera que la razón nos tendiera –tal vez con un dejo de burla– una horrible trampa: por un lado nos obliga a apoyar nuestras acciones y decisiones en juicios justificatorios que deben fundarse, a su vez, en principios autónomos –o sea en principios para cuya validez ningún hecho de autoridad es relevante– y, al mismo tiempo, nos hace dudar sobre tal validez y el conocimiento de esos principios por falta de hechos "duros" como los que puede producir una autoridad. Nuestra inevitable autonomía pare-

ce llevarnos a la incertidumbre individual o colectiva, y en este último caso el caos y la anarquía parecen ser la consecuencia fatal.

Puede ser que una concepción epistémica del discurso moral y de su versión regimentada que es la democracia (como más adelante lo expondremos –ver ap. F–) nos permita una salida de esa trampa. Esa concepción permitiría, a la vez, mostrar la relevancia de un gobierno y sus normas jurídicas para el razonamiento práctico sin abdicar de la conclusión de que tal razonamiento debe fundarse en principios autónomos, justificar la tesis de que ese gobierno, precisamente para ser relevante, debe ser excluyentemente democrático, y ofrecer una salida a la incertidumbre sobre la validez y el conocimiento de los principios morales intersubjetivos.

Pero, lamentablemente, esa salida es inasequible para justificar la relevancia de constituciones que son intuitivamente de importancia, como es la Constitución argentina dictada en 1853, por la simple razón de que no están originadas en procedimientos legítimos que fundamenten una presunción epistémica de validez moral de sus prescripciones.

Esto nos coloca de nuevo exactamente en el lugar de donde partimos en este apartado: la sospecha de que, a pesar de los ditirambos acerca de la importancia de la Constitución, ella es superflua para el papel central que se espera que cumpla, cual es tener injerencia en el razonamiento práctico de los funcionarios y ciudadanos que actúan y deciden, de modo de justificar un tipo de reacción en lugar de otra.

Pero la cuestión es demasiado trascendente como para conformarnos con esta respuesta desesperanzada. Debemos hacer un nuevo intento de mostrar la relevancia de una Constitución como la argentina, circunscribiendo con más precisión el foco del problema. En este apartado hemos aprendido que hay algunos caminos fáciles que debemos desechar: obviamente la Constitución adquiere relevancia si ella es *identificada* con los ideales del constitucionalismo –en sus dimensiones constituidas por derechos o por el procedimiento democrático–, pero en ese caso la Constitución se convierte en un objeto abstracto y universal que no tiene nada que ver con una cierta Constitución nacional e histórica que es lo que, en el fondo, queremos mostrar como relevante. Menos obviamente, la Constitución entendida ahora como práctica o convención social, podría tener relevancia si se originara en un cierto procedimiento legítimo como el democrático, pero desgraciadamente tenemos entre manos un producto que no reconoce ese origen.

Si hay alguna esperanza de mostrar la relevancia de lo que creemos intuitivamente que la tiene, debemos concentrarnos de nuevo en el concepto de Constitución como práctica social o convención,

que ya examinamos (ver § 9), o sea el concepto que denota un producto de ciertas prescripciones que se originaron en hechos históricos y que pudieron dar lugar a textos, y que consisten en regularidades de conductas y en actitudes críticas frente a esas conductas, principalmente referidas al reconocimiento de otras reglas. Sólo este concepto identifica un fenómeno que tiene una individualidad histórica y una vigencia temporal y espacial y que no corre el riesgo de evaporarse frente al contraste con ciertos valores. Si lográramos mostrar, finalmente, en el próximo apartado, la relevancia de una Constitución como la argentina concebida como práctica o convención social, que incluye centralmente reglas de reconocimiento, ella no sería completamente dependiente de los ideales libertarios y participativos del constitucionalismo, que vimos anteriormente (ver § 2), sino que constituiría un tercer elemento adicional que se les agregaría y entraría en tensión con ellos. En el caso de que se pudiera mostrar la relevancia de una práctica constitucional, el constitucionalismo estaría constituido por una tríada de elementos que debe poner en equilibrio: la exigencia de respeto a derechos individuales básicos; un procedimiento democrático de toma de decisiones –que puede o no coincidir con ese respeto–, y una práctica o convención institucional de la sociedad que, de nuevo, puede o no coincidir con el respeto a los derechos y el procedimiento democrático. Las actitudes y conductas hacia las dos dimensiones del liberalismo a que ya se hizo referencia (describiendo brevemente su desarrollo en diferentes regiones del mundo y su configuración en la cultura argentina –ver ap. A–) serían, ellas mismas, una tercera dimensión del constitucionalismo, de la que éste no puede prescindir.

Pero aún queda mucho por hacer antes de distraernos con estas especulaciones. Todavía no hemos podido tomar vuelo, contestando la simple pregunta de por qué debemos tomarnos una Constitución como la argentina en serio.

APÉNDICE PARA IUSFILÓSOFOS

1. Diferentes tesis atribuidas al positivismo jurídico

a) Escepticismo ético. No hay procedimientos racionales e intersubjetivos para determinar la validez universal de principios morales o de justicia (o de derecho natural, en cierto sentido de esta expresión) que permitan evaluar a los distintos sistemas jurídicos positivos; los juicios de esa índole son subjetivos y relativos: expresan emociones o exigencias o describen convenciones vigentes.

b) Positivismo ideológico. Todo derecho positivo por el solo hecho de tener vigencia y contar con el monopolio de la fuerza estatal debe ser ob-

servado y permite justificar acciones o decisiones, cualquiera sea el valor moral de sus normas de acuerdo con ciertos supuestos principios ideales.

c) FORMALISMO JURÍDICO. El derecho positivo está compuesto por normas generales deliberadamente dictadas por los órganos que controlan el aparato estatal, las que, por carecer de lagunas, contradicciones, vaguedad o ambigüedad permiten, una vez adecuadamente interpretadas en su sentido auténtico, resolver cualquier caso posible, pudiendo ser aplicadas por los jueces sin necesidad de recurrir a juicios valorativos.

d) POSITIVISMO CONCEPTUAL. El derecho positivo puede ser identificado sobre la base de ciertas propiedades fácticas, como es el hecho de que sus normas son de hecho reconocidas por los órganos que tienen acceso a la coacción estatal, sin que sea necesario para esa identificación formular juicios de valor.

2. DIFERENTES TESIS ATRIBUIDAS AL IUSNATURALISMO

a) IUSNATURALISMO MÍNIMO. Para la identificación del derecho positivo de una sociedad es necesario determinar si sus normas satisfacen exigencias morales y de justicia (o normas de derecho natural en un sentido que sólo denota tales exigencias).

b) IUSNATURALISMO INTERMEDIO. La tesis *a* más la tesis de que hay procedimientos intersubjetivos y racionales para determinar la validez de los principios morales y de justicia que el derecho positivo debe satisfacer para ser tal.

c) IUSNATURALISMO PLENO. Las tesis *a* y *b* más la tesis de que la forma de determinar la validez de los principios de justicia o de moralidad es en función de cierta visión teleológica de la naturaleza humana y de una concepción de la sociedad que permite realizar los fines intrínsecos a tal naturaleza (estos principios constituyen un derecho natural en un sentido más pleno).

d) IUSNATURALISMO MÁXIMO. Las tesis *a*, *b* y *c* más la tesis de que los fines que definen la naturaleza humana, y que la organización social debe satisfacer, consisten en una trascendencia dada por el contacto con un ser sobrenatural que ha plasmado esa naturaleza y ha dictado, directa o indirectamente, los principios de justicia y de moralidad concordantes con ella (los que constituyen el derecho natural en un sentido todavía más comprensivo).

3. DIFERENTES CONCEPTOS DE DERECHO

a) DESCRIPTIVO SISTEMÁTICO. El derecho de una sociedad está formado por todas aquellas normas que son, de hecho, reconocidas por los jueces, principalmente, o sea por los órganos que tienen acceso al aparato coactivo del Estado para resolver conflictos conforme a esas normas, por las normas dictadas conforme a las primeras y por las normas que son consecuencia lógica de unas y otras.

b) DESCRIPTIVO REALISTA. El derecho de una sociedad está formado sólo por aquellas normas que son, de hecho, reconocidas, o serán probablemente reconocidas por los jueces, si la ocasión se presenta, para resolver conflictos conforme a esas normas.

c) NORMATIVO JUDICIAL AMPLIO. El derecho de una sociedad está formado por todas las normas que los jueces deben aplicar para resolver los conflictos que se les presentan.

d) NORMATIVO JUDICIAL RESTRINGIDO. El derecho de una sociedad está formado sólo por aquellas normas que los jueces deben aplicar por la razón de haber sido dictadas por ciertas autoridades legítimas.

e) NORMATIVO "DE LEGE FERENDA". El derecho de una sociedad está formado por aquellas normas que las autoridades legítimas deben dictar.

f) MIXTO. El derecho de una sociedad está formado por las normas que –de hecho– los jueces reconocen, las que se derivan de ellas, y las que se derivan de los mejores principios que permiten justificar las primeras normas.

Estos seis posibles conceptos de derecho son sólo algunos de los que han sido propuestos o son, de hecho, empleados en diversos contextos. El primero de ellos, al que llamé "concepto descriptivo sistemático", se aproxima a la caracterización del derecho sugerida por Hart[15], y, si admitimos que la norma básica predica validez sólo de aquellas prescripciones eficaces, también se acerca a la propuesta de Kelsen[16]. El agregado referido a las normas que se deducen de las reconocidas o de las que se derivan dinámicamente de éstas, responde a la propuesta de Alchourrón y Bulygin[17], de incluir, como parte del sistema normativo jurídico, las consecuencias lógicas de las normas que constituyen su base.

El segundo concepto de derecho, el "descriptivo realista", se aproxima a propuestas del realismo jurídico, principalmente de Ross[18]. Estas propuestas no se conforman con la derivación –estática o dinámica– de las normas reconocidas para definir la pertenencia al sistema, sino que requieren el reconocimiento de todas las normas que pertenecen al sistema (esto quiere decir que si una norma fue dictada conforme a las normas reconocidas por los órganos primarios, pero su aplicación ha sido rechazada por éstos, ella no formará parte del sistema). Sin embargo, este concepto –al menos en la versión de Ross– es más liberal en cuanto al criterio de reconocimiento, puesto que no es necesario un reconocimiento real sino potencial (en realidad el reconocimiento efectivo ocurrido en el pasado tampoco es suficiente, ya que si es improbable que la norma sea aplicada en el futuro, ella no pertenece al presente sistema jurídico).

El tercer concepto, denominado "normativo judicial amplio", es propuesto explícitamente por muchos iusnaturalistas y es, de hecho, empleado en muchos contextos, sobre todo, en la práctica jurídica. A veces esto no se advierte, porque se toma como hecho operativo de que una norma *debe* ser aplicada por los jueces la prescripción de cierta autoridad o el previo re-

[15] Hart, *El concepto de derecho*.

[16] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*.

[17] Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cap. IV.

[18] Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*.

conocimiento judicial (y, en consecuencia, este concepto parece confundirse con alguno de los descriptivos), pero lo que define la pertenencia al sistema jurídico es la circunstancia de que la norma en cuestión deba ser aplicada por los jueces en sus decisiones. Éste es un concepto amplio, puesto que no se limita a abarcar a aquellas normas que deben ser aplicadas por los jueces por haber sido dictadas por autoridades legítimas; también comprende principios de justicia o los llamados principios generales del derecho que deben ser aplicados, hayan sido prescriptos o no.

El cuarto concepto, el "normativo judicial restringido" se distingue del anterior por abarcar sólo aquellas normas que deben ser aplicadas por los jueces por el hecho de haber sido prescriptas por autoridades legítimas. Dado la relevancia operativa excluyente de la prescripción de cierta autoridad, aquí la posibilidad de confusión con un concepto descriptivo es todavía mayor, pero aún sigue siendo definitorio del derecho el que los *standards* que pertenecen a él deben ser aplicados por emanar de autoridades legítimas. Este concepto no abarca otros *standards* que los jueces deben aplicar independientemente de su fuente pero, obviamente, que a esos *standards* no se los califique como jurídicos no es óbice para el deber de los jueces de reconocerlos.

El quinto concepto, el *de lege ferenda*, es el que está más directamente asociado con el iusnaturalismo: él se refiere a las normas que deben ser dictadas por las autoridades; hace así referencia a un derecho ideal. El empleo de este concepto no abre juicio sobre cuál debe ser la actitud de los jueces hacia esas normas. Bien se podría sostener que, aunque los legisladores deben dictarlas, los jueces no deben aplicarlas hasta que aquéllos no las dicten, y, por lo tanto, que no son derecho en los dos sentidos normativos anteriores.

El sexto concepto de derecho, el que denominé "mixto", se aproxima a la propuesta de Dworkin[19] y refleja algunos usos en contextos jurídicos: se trata de un concepto aparentemente descriptivo, en parte, en cuanto identifica como derecho aquellos *standards* que son de hecho reconocidos por los órganos primarios, más específicamente los jueces; pero también es normativo, puesto que, asimismo, forman parte del derecho los demás *standards* que puedan derivarse de los *mejores* principios que permitan *justificar* las primeras normas, independientemente del reconocimiento efectivo de estas últimas.

4. Diferentes conceptos de norma jurídica

Una complicación adicional que no puede eludirse mencionar es que, a su vez, las expresiones "norma", "regla" o "*standard*" que se emplean en estos diferentes conceptos de derecho son ambiguas y pueden expresar nociones diferentes, aunque no todas son compatibles con los distintos conceptos de derecho. La expresión "norma jurídica" puede aludir a los fenómenos o entidades siguientes:

[19] Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, cap. 3.

a) ACTO LINGÜÍSTICO. Como cuando las normas jurídicas –especialmente bajo conceptos descriptivos de derecho– se identifican con mandatos o prescripciones; éste es el concepto propuesto sobre todo por Austin y en cierto sentido por Ross.

b) PRÁCTICA SOCIAL. O sea un conjunto regular de conductas y de actitudes críticas frente a desviaciones de esa regularidad; éste es el concepto caracterizado principalmente por Hart.

c) TEXTO. Éste es un concepto muy pocas veces explicitado, pero muy empleado, sobre todo cuando se distingue a la norma jurídica tanto del acto de dictarla, como de su aplicación efectiva, como de su interpretación.

d) PROPOSICIÓN NORMATIVA. O sea un juicio que califica como debido, prohibido o permitido cierto comportamiento, y que puede o no tener un contenido distintivo jurídico como después veremos; una norma jurídica en este sentido, enfatizado sobre todo por Kelsen, es una entidad ideal y constituye el significado del acto lingüístico, la referencia del punto de vista interno a la práctica social, o la interpretación del texto que están denotados por los otros sentidos de "norma jurídica".

Los tres primeros conceptos de norma jurídica están más en su casa en el marco de nociones descriptivas de derecho, mientras que el último se suele emplear en el contexto de nociones normativas de derecho, aunque, como lo prueba el caso de Kelsen, no es incompatible con el concepto descriptivo (el concepto descriptivo de derecho deberá referirse a la *formulación* o al *reconocimiento* por parte de ciertos órganos del juicio normativo constitutivo de la norma jurídica).

5. PROBLEMAS DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO PARA INDIVIDUALIZAR UN ORDEN JURÍDICO EN UN MOMENTO DADO

Según Hart, es la regla de reconocimiento lo que permite *individualizar* a un orden jurídico –ya que un sistema se distingue de otro por el hecho de que todas sus normas son reconocidas de acuerdo con la misma regla de reconocimiento– y, en consecuencia, permite también determinar la *pertenencia de una norma al sistema* (o su validez en el sentido descriptivo equivalente a pertenencia): una norma jurídica pertenece al sistema –o es válida en relación a ese sistema– si ha sido dictada, directa o indirectamente, de acuerdo con las condiciones estipuladas por la regla de reconocimiento del sistema.

Esto quiere decir que si la Constitución puede ser concebida como un conjunto de reglas de reconocimiento, ella tiene el significado de permitir individualizar, desde el punto de vista externo, a un orden jurídico, diferenciándolo de otros tanto en un momento temporal determinado como a través del tiempo. Dado que, aun sin caer en la exageración de Kelsen que *identificaba* el derecho con el Estado, hay que admitir que la identidad del orden jurídico es relevante para la identidad del Estado, la Constitución como conjunto de reglas de reconocimiento aparece así como un elemento esencial para la individualización del Estado. La Constitución sería, efectivamente, el elemento que *constituye* una entidad política independiente y continua.

Sin embargo, esta pretensión de Hart ha sido cuestionada: Raz[20] ha observado que, dada la posibilidad cierta de que un orden jurídico tenga en su tope más de una regla de reconocimiento, no es posible apoyarse en la unicidad de la regla de reconocimiento para unificar a todas las normas que pertenecen a un mismo sistema, distinguiéndolo de otro. Raz mismo propone tomar en cuenta a los *órganos primarios* –básicamente los jueces–, quienes se caracterizan por aplicar en forma coactiva las normas identificadas por las reglas de reconocimiento.

Creo que es efectivamente acertado poner el acento en los órganos primarios, pues son éstos los que dan eficacia a un orden jurídico disponiendo el empleo de la coacción para hacer cumplir sus normas. Esta propiedad la tienen también, todavía en mayor grado, los órganos que disponen más directamente de la coacción –como los funcionarios ejecutivos o los miembros de las fuerzas de seguridad–; sin embargo, el comportamiento de los jueces es especialmente relevante para determinar qué normas son parte de un sistema jurídico eficaz, pues ellos tienen la tarea de deliberar explícitamente sobre la aplicabilidad de normas generales a casos particulares, por lo que sus decisiones sobre el empleo de la coacción estatal es más demostrativa de cuáles son las normas vigentes que la de, digamos, un comisario de la policía, que se limita a cumplir una orden particular de un juez.

Pero también es problemático identificar sin circularidad al grupo de órganos primarios que pertenece a un cierto sistema jurídico, distinguiéndolo del que corresponde a otro. En otro lugar he propuesto tentativamente completar los criterios de individualización de Hart y Raz con la idea de que el grupo de órganos que practica las reglas de reconocimiento correspondientes a un mismo sistema jurídico es el constituido por quienes recurren al *mismo aparato coactivo*, para hacer valer sus decisiones[21]. Parece efectivamente que la unidad del aparato coactivo es decisiva para la unidad del orden jurídico y del Estado. De este modo la Constitución, como un conjunto de reglas de reconocimiento, adquiriría unidad y serviría para individualizar al resto del sistema jurídico, en la medida en que todas sus reglas sean practicadas por un cierto grupo de órganos primarios –fundamentalmente jueces– que se unifica y se distingue de otros grupos por el hecho de recurrir, para hacer valer sus decisiones, al mismo aparato coactivo.

Sin embargo este criterio no está exento, a su vez, de serias dificultades: en primer lugar, en un sistema federal como el argentino no todos los jueces recurren al mismo aparato coactivo para hacer efectivas sus decisiones; se podría decir que hay ciertos estratos superiores comunes del aparato coactivo –p.ej., los niveles más altos de las fuerzas armadas de un país– que, si bien pueden no ser empleados normalmente, están uniformemente disponibles para hacer valer en última instancia las decisiones de los jueces de todas las jurisdicciones de un mismo Estado; pero esto es fácticamente dudoso, y, si acudimos al plano normativo, tampoco tendremos siempre una respuesta positiva, la que de cualquier modo sería circular (puesto que estaríamos recurriendo a normas jurídicas cuya pertenencia al sistema precisa-

[20] Raz, *The Concept of a Legal System*.

[21] Nino, *Introducción al análisis del derecho*, cap. III.

mente queremos determinar). En segundo lugar, y en un nivel más fundamental que el argumento anterior, la unidad misma del aparato coactivo no podría definirse en términos normativos sin incurrir en circularidad y es extremadamente difícil proveer una caracterización de esa unidad en términos puramente fácticos (debería hacerse sobre la base del predominio de hecho, posiblemente disposicional, de ciertos individuos sobre otros, de modo que se pueda establecer una jerarquía que determine la unidad del aparato). En tercer término, si es difícil establecer la unidad de un aparato coactivo en un momento temporal dado, es todavía mucho más difícil determinarla a través de largos períodos de tiempo sin acudir circularmente a las normas del sistema jurídico que se quiere individualizar: no parece posible establecer sobre la base de relaciones puramente fácticas la continuidad de un aparato coactivo, distinguiéndolo de otros.

Me parece que la salida frente a este problema es resistir la conclusión a la que llegué anteriormente de que, si una Constitución está integrada por una pluralidad de reglas de reconocimiento, ella no puede servir de base para establecer la unidad de un sistema, distinguiéndolo de otros tomando en cuenta su aceptación por ciertos órganos, a menos que se identifique a esos órganos sobre la base de alguna propiedad común independiente de tal aceptación. Si hay un conjunto de órganos primarios que observa las *mismas* reglas de reconocimiento, ello sirve para individualizar a ese grupo –aunque las reglas sean varias– y para identificar al sistema jurídico formado por normas dictadas de acuerdo con ellas sin necesidad de acudir a alguna otra característica común independiente que sirva para unificar al grupo de órganos primarios: es su aceptación de esas mismas reglas lo que los unifica como parte de un grupo. Es posible partir de un órgano primario cualquiera, por ejemplo una Corte Suprema, determinar qué reglas de reconocimiento sigue ese órgano, investigar luego qué otros órganos siguen las mismas reglas de reconocimiento y concluir así que todos esos órganos corresponden a un mismo sistema jurídico, que está dado por las reglas de reconocimiento seguidas por ellos y por las restantes normas que ellas identifican. Por cierto que muchas veces los órganos primarios no aceptarán exactamente las mismas reglas y, en ese caso, el sistema jurídico identificado por el grueso de reglas de reconocimiento, que sí son aceptadas en forma compartida, tendrá contornos borrosos.

6. Problemas de la regla de reconocimiento para individualizar al orden jurídico a través del tiempo

Además de los problemas anteriores, este enfoque sobre la individualización del orden jurídico basado en la regla de reconocimiento tendrá que enfrentar el problema de la variación de las reglas de reconocimiento *a través del tiempo*. Cuando una regla de reconocimiento varía de acuerdo con lo que ella misma dispone –de modo que ella se aplica para ser reemplazada por otra regla de contenido diverso– se presenta la llamada "paradoja de Ross". Ella hace referencia al hecho, señalado por Ross[22], de que esa apa-

[22] Ross *Sobre el derecho y la justicia*, cap. V.

rente continuidad no puede ser tomada en cuenta, ya que, de lo contrario, habría que admitir, por un lado, una *autorreferencia* inexplicable y, por otro, la posibilidad de que una *norma inexistente* siga siendo el fundamento de validez de su norma sucesora (o sea, si el art. 30 de la Const. nacional fuera reformado de acuerdo con lo que él mismo dispone, el nuevo artículo sólo podría verse como el resultado de una reforma regular de la Constitución si aceptamos que el antiguo art. 30 se refería a sí mismo al fijar el procedimiento de reforma –lo que muchos ven como una imposibilidad lógica– y que sigue determinando la validez del nuevo art. 30, no obstante no ser él ya válido).

Como lo he expuesto en otro lugar, creo que la solución de este problema debe buscarse en el empleo de normas de reconocimiento *más básicas* que las que plantean el problema, normas que son generalmente implícitas. Ellas, por un lado, prescriben el mismo procedimiento para modificar la regla de reforma de la Constitución que el que ella establece para el resto de la Constitución. De esta forma se evita la autorreferencia, puesto que es posible sostener que un artículo, como el 30 de nuestra Constitución, contiene en realidad dos normas (en la medida que se presuponga que este artículo debe ser modificado por el procedimiento que él mismo establece): una norma que se refiere a la forma de modificar todos los restantes artículos de la Constitución menos ése y otra que establece el mismo procedimiento para modificar la anterior norma (a la pregunta acerca de cómo se modificaría, a su vez, esta última norma, la respuesta es que no hay un procedimiento previsto para hacerlo, pero que una vez modificada, de acuerdo con ella, la anterior norma sobre la forma de modificar las restantes reglas del sistema, pierde operatividad porque ha dejado de existir la norma específica a la que ella se refiere).

Por otro lado, estas reglas de reconocimiento más básicas y generalmente implícitas establecen el deber de observar las normas dictadas por el procedimiento que era válido en el momento en que fueron dictadas, aun cuando la regla que lo establece haya perdido validez por haber sido reemplazada por el mismo procedimiento. Si bien es cierto, como apunta Ross, que una norma válida no puede derivar su validez de otra norma que ya no lo es (o sea los artículos reformados de la Constitución no pueden recibir su validez de la norma que fija el procedimiento de reforma, si ella también ha sido reformada siguiendo el mismo procedimiento), puede haber una norma que sigue siendo válida que da validez a las normas dictadas de acuerdo con el procedimiento establecido por una norma que era válida en el momento de haber sido dictadas aquellas otras normas.

Las dos soluciones pueden complementarse si suponemos que cuando se acepta una cierta Constitución y otras sucesivas que se sancionan a partir de ella y de las constituciones precedentes, ello, implica que los órganos primarios siguen una práctica básica de reconocimiento que determina, por ejemplo, que *debe ser observado lo dispuesto por la Constitución dictada en Santa Fe, en 1853, o por cualquier otra que la reemplace total o parcialmente, de acuerdo con el procedimiento previsto por ella o con el procedimiento previsto por alguna constitución sucesiva.*

Esto implica que hay cierta jerarquía entre las reglas de reconocimiento y que hay un plano profundo y generalmente no articulado en el que se de-

sarrolla una práctica básica de reconocimiento de reglas que, a su vez, reconocen la validez de otras. Esa práctica básica, como lo vimos con el ejemplo anterior, *no coincide* con el texto constitucional sino que se refiere a él. De aquí se sigue que, a pesar de lo que presupusimos al comienzo, la Constitución no es, generalmente, la práctica más básica de una sociedad, sino que hay una aún más fundamental que determina la observancia continua de la Constitución aun cuando ella sea modificada en forma regular. Esto concuerda con la intuición de Kelsen y Ross, quienes, a diferencia de Hart, sostienen que debe haber una norma más básica que la Constitución positiva cuya observancia explica la observancia continua de esta última (lo que Kelsen llama la "norma básica" y Ross la "ideología presupuesta"). Pero Hart[23] no está errado cuando parece admitir que la Constitución misma puede ser una regla –o reglas– de reconocimiento, puesto que es la observancia continua de la Constitución, incluso a través de sucesivas reformas, al identificar otras normas del sistema, lo que nos permite inferir que los órganos primarios están siguiendo todavía una regla más básica que explica aquella observancia.

C) Cómo tomarse la Constitución en serio

§ 12. *La Constitución como límite convencional a la democracia.* – En el apartado anterior se expuso la tesis de que aparentemente la Constitución es superflua para el razonamiento práctico que conduce a acciones o decisiones como las que deben adoptar los jueces.

Como toda norma jurídica, las reglas constitucionales pueden ser concebidas de dos formas diferentes: la primera implica concebirlas como una práctica social que es reducible a ciertos hechos; la segunda supone concebirlas como juicios que derivan de principios morales que asignan legitimidad a cierta fuente o autoridad y de proposiciones que describen prescripciones de esa autoridad. Bajo el primer enfoque las reglas constitucionales no pueden, como hechos que son, servir de razones para justificar acciones o decisiones. En relación a la segunda alternativa, hemos visto que la superfluidad de las normas jurídicas no se da cuando ellas tienen origen democrático, dado el valor presunto que tiene el procedimiento democrático cuando satisface ciertas condiciones (ver ap. B).

Sin embargo, vimos también que esta conclusión difícilmente se aplica a las constituciones por dos razones: en primer lugar, por el hecho de que ellas generalmente tienen un obvio déficit democrático –como es el caso de nuestra Constitución, dadas las imperfecciones en la representatividad de los convencionales reunidos en Santa Fe–

[23] Hart, *El concepto de derecho*, cap. VI.

que inevitablemente se acrecienta con el correr del tiempo; en segundo término, por el hecho de que lo que las constituciones regulan es tan básico para determinar la validez del procedimiento por el que se dictan las otras normas jurídicas, que cualquier apartamiento significativo de lo que es exigible no puede ser legítimo.

Sin embargo, se podría intentar atacar la conclusión de que la *Constitución* es irrelevante para el razonamiento práctico sobre la base de sostener que ella es fundamentalmente la *convención* o *práctica colectiva* más básica que determina la vida comunal de una sociedad, y, como tal, cumple funciones sociales imprescindibles, que incluso sirven de marco o soporte del procedimiento democrático.

Ésta es la tesis defendida por MacCormick cuando, apoyándose en Hume, sostiene que el constitucionalismo es un presupuesto necesario de una democracia operativa. MacCormick argumenta que "Hume y Burke y sucesores contemporáneos como F. A. Hayek y Martin Krygier presentan efectivamente una tesis poderosa cuando urgen acerca de la calidad esencialmente consuetudinaria o tradicional de arreglos constitucionales viables. El momento de fundar una Constitución, frecuentemente después del trauma de levantamientos revolucionarios, frecuentemente a través de una minoría decidida que actúa en nombre del pueblo, raramente alguna vez con el apoyo de algo más que una simple mayoría (y ello frecuentemente con la oposición acerba de alguna minoría ahora relegada) es raramente un momento de estabilidad constitucional. Aun cuando exista un procedimiento acordado para adoptar una Constitución mediante convenciones (como ocurrió en los Estados Unidos en 1797-1799), los márgenes de éxito de las propuestas constitucionales pueden ser bastante estrechos y, de cualquier modo, la teoría aceptada acerca de la creación constitucional descansa en una tradición vigente de índole política e intelectual, así que el ejemplo es un imperfecto contraejemplo de la teoría tradicionalista de las constituciones" [24].

Sostiene también MacCormick que hay ejemplos contemporáneos, como el de la España posfranquista, que demuestran que un orden democrático es tanto más seguro cuando la Constitución que lo contiene ha evolucionado a partir de elementos del orden anterior, por defectuosos que ellos sean desde el punto de vista de la ortodoxia democrática. Argumenta, asimismo, que en buena parte de los países europeos las monarquías tradicionales han cumplido un efecto estabilizador de sus Constituciones democráticas. Según MacCormick, las ideas de Hume de una Constitución mixta que limite el poder democrático de modo de evitar los riesgos del tumulto, la

[24] MacCormick, Neil, *Constitutionalism and Democracy*, en "Aktuelle Probleme der Demokratie", p. 25.

anarquía y el faccionalismo fueron tomados muy en cuenta por Madison y Hamilton, e inspiraron la idea de la separación de poderes y el reconocimiento de ciertos límites a un mayoritarismo y a un igualitarismo absolutos.

La conclusión de MacCormick es que "el mundo contemporáneo revela una triste pluralidad de experimentos fallidos (de establecimiento de gobiernos democráticos) como así también algunos éxitos considerables, todos los cuales distan de ser perfectos. Pero si parece que la democracia opera sólo allí donde hay alguna forma de un orden constitucional bien establecido que se apoya en una tradición constitucional que tiene una vigencia importante, cuando ese orden constitucional utiliza la separación de poderes (por lo menos en lo que implica remover la adjudicación judicial de la arena democrática salvo en lo que hace al posible recurso a tribunales de jurados) y cuando la seguridad de, al menos, los derechos constitucionalmente derivados es firmemente mantenida. En este sentido, el constitucionalismo es un prerrequisito de la democracia... La democracia constitucional es tal vez una democracia imperfecta; ella reconoce bienes fundamentales que no derivan del concepto mismo de democracia e insiste en que el valor del procedimiento democrático de toma de decisiones debe ceder ante aquellos otros bienes. Es una democracia calificada, no una democracia pura y simple. Parece, sin embargo, ser la única concepción viable de la democracia" [25].

Este alegato de MacCormick, apoyado en la autoridad de Hume, parece proveer un argumento poderoso para aceptar la relevancia de la Constitución para el razonamiento práctico: la Constitución de un país es relevante en cuanto constituye su *convención fundamental*, que encierra un acuerdo a través del tiempo entre diversos grupos sociales acerca de cómo debe distribuirse el poder que monopoliza la coacción estatal y cuáles son los límites de ese poder frente a los individuos. En tanto convención fundamental de la sociedad, la Constitución, si bien puede limitar la democracia, cuando establece procedimientos o restricciones al empleo de esos procedimientos que no son los que maximizan la validez del método de discusión y decisión democráticas, también hace posible alguna forma aún imperfecta de democracia. Esto implica que si en nuestro razonamiento práctico tomamos en cuenta el valor de la democracia, entonces debemos tener en cuenta el valor de lo que hace posible y funda la democracia.

[25] MacCormick, *Constitutionalism and Democracy*, en "Aktuelle Probleme der Demokratie", p. 27.

Sin embargo, no es del todo claro en la argumentación de MacCormick por qué una Constitución convencional que pone en manos de órganos que no están sometidos al proceso democrático la tutela de un conjunto mínimo de derechos asegura la estabilidad y la viabilidad de una democracia imperfecta. No es fácil percibir cuál es el peso del aspecto que hace al carácter convencional o tradicional de la Constitución en este argumento y cuál es el peso del aspecto que hace al contenido de la Constitución en cuanto ella prevé la separación de poderes y derechos individuales. Tampoco se infiere claramente si hay alguna relación entre el carácter convencional de la Constitución y su contenido.

De cualquier modo, el argumento de que cuando una democracia está amparada por una Constitución que regula y pone límites a su funcionamiento y que tiene arraigo tradicional ella resulta más estable y operativa, es lo suficientemente atractivo, al menos intuitivamente, como para que valga la pena explorar *in extenso* las consecuencias de concebir a la Constitución como una convención o práctica social. (Por cierto que no nos vamos a ocupar aquí del hecho obvio de que una democracia es más estable y operativa cuando las normas constitucionales que la *consagran* tienen apoyo consuetudinario; lo que no resulta tan obvio y es objeto de la tesis de MacCormick, es el hecho de que una democracia es más estable y operativa cuando las normas constitucionales que la *limitan* tienen arraigo convencional.)

§ 13. *La Constitución y las convenciones.* – La concepción que vamos a examinar implica que la Constitución, si se la toma como un evento, constituye el origen de una convención social, y, si se la ve como un proceso, ella misma es una práctica social continua.

Ya hemos adelantado algo de esta concepción cuando vimos que la Constitución puede verse como el conjunto de prácticas de reconocimiento del derecho de una sociedad, en el sentido estudiado sobre todo por Hart (ver ap. B).

La concepción de la Constitución desde el punto de vista externo como una práctica social implica pensar en ella como una regularidad de conductas y actitudes: las conductas de los jueces y de los ciudadanos en general de identificar a las normas que cumplen con ciertas condiciones positivas y negativas, procesales y sustantivas, como normas legítimas; las actitudes de criticar a quienes no observan o aplican esas normas y de avalar a quienes lo hacen. Por cierto que esa regularidad de conductas y actitudes puede estar causada por la producción de ciertos actos lingüísticos a través de un determinado texto, pero en este sentido de Constitución ella trasciende aquellos actos y aquel texto y está constituida por la regularidad

ulterior de conductas que ellos generan. Esta naturaleza convencional de la Constitución justifica que se profundice en la caracterización de las convenciones o prácticas sociales.

Uno de los aspectos inherentes a las convenciones es que ellas sirven para resolver problemas de coordinación, o sea situaciones de interacción en las que las intenciones de las partes que interactúan pueden resultar frustradas por no poder justificar cierto comportamiento sobre la base de una expectativa de comportamiento coordinado por parte de las otras partes que interactúan. Lewis[26] ejemplifica esta virtualidad de las convenciones con un caso simple: el de la situación en que se interrumpe una conversación telefónica y ambas partes pueden ver frustrado su propósito de restablecerla si intentan llamar al mismo tiempo al otro; para resolver este problema de coordinación se ha generado la convención de que llama aquel que lo ha hecho en primer lugar.

Ésta no es en muchos casos la mejor solución o la más justa, ya que se podría razonar, en ocasiones, que es inequitativo imponer la continuación del costo de la llamada a quien la ha hecho en primer lugar, cuando el que la ha recibido tiene tanto interés como él en restablecerla. Sin embargo, la convención se ha desarrollado tomando una *característica saliente* que es el hecho de haber llamado, y es más conveniente para todos respetarla que arriesgarse a que ella desaparezca, con el consiguiente embrollo en el restablecimiento de las comunicaciones, si es que intentamos en cada caso actuar de acuerdo con lo que nos parezca más justo.

Es importante tomar en cuenta que la descripción de la convención desde el punto de vista externo no puede ignorar el punto de vista interno de los participantes en ella. Esto, como lo he alegado en otro lugar[27], es una característica general de la praxis humana: si tomamos, por ejemplo, una acción individual, no podemos describirla como intencional si no consideramos el punto de vista interno del agente, quien ha actuado de acuerdo con un razonamiento práctico que ha partido de premisas normativas y descriptivas que constituyen el contenido proposicional de deseos y creencias. Desde el punto de vista externo, son esos deseos y creencias concebidos como hechos los que han causado la acción considerada intencional; pero no es posible identificar tales deseos y creencias y aun relacionarlos causalmente con la acción si no se toman en cuenta, como lo ha hecho el propio agente, las proposiciones que constituyen su contenido y las relaciones lógicas entre esas proposiciones y entre ellas y la acción. La acción está causada por los deseos y creencias consistentes

[26] Lewis, David. *Convention: A Philosophical Study*, p. 5.

[27] Nino, *El constructivismo ético*.

en el hecho de adherir a proposiciones normativas y fácticas que tienen entre sí ciertas relaciones lógicas. Lo mismo ocurre con las prácticas sociales: no podemos identificar a las conductas y a las actitudes que forman parte de la práctica si no consideramos las proposiciones a las que los agentes adhieren cuando desarrollan esas conductas y actitudes. Los gestos que constituyen la práctica de saludar no podrían ser identificados como tales si no asumimos que quienes los realizan adhieren a juicios que predican de esos gestos el ser la forma apropiada de saludar, y que estipulan la obligatoriedad social de saludar a través de alguno del conjunto de gestos permitidos.

§ 14. *Constitución e identificación comunitaria.* – Lo que llevamos dicho sobre la Constitución como conjunto de reglas de reconocimiento que, como analizamos anteriormente (ver ap. B), permiten individualizar al sistema jurídico, es relevante para resolver cuestiones que se plantean desde el punto de vista externo. En efecto, un observador, como un sociólogo, un antropólogo o un historiador, puede estar interesado en determinar cuál es el derecho de una comunidad, comparándolo con el de otras, o en determinar si una norma en particular pertenece a ese derecho.

Como ya vimos estas preguntas no son directamente relevantes desde el punto de vista interno de los actores de un sistema jurídico. Desde esta perspectiva, lo que realmente interesa no es si una norma pertenece a un sistema jurídico, en sentido descriptivo, sino si la norma *debe* ser aplicada para justificar una acción o decisión (de acuerdo a cómo se responda generalmente esta pregunta desde el punto de vista interno, será resuelta la cuestión de la pertenencia de la norma al sistema desde el punto de vista externo).

Sin embargo, las conclusiones a que se llegue desde el punto de vista externo sobre la individualización de un sistema jurídico –empleando para ello la Constitución y reglas de reconocimiento aun más básicas que las incorporadas a ellas–, pueden ser indirectamente relevantes desde el punto de vista interno para justificar acciones o decisiones.

Ello es así porque si, según observamos antes (ver ap. B), las reglas de reconocimiento contenidas en la Constitución pueden ser identificadas como constituyendo la base del mismo sistema jurídico por el hecho de ser ellas practicadas por los mismos ciudadanos –en general– y los mismos órganos primarios –en especial–, ello quiere decir que también los órganos y los ciudadanos pueden ser identificados como los destinatarios del mismo orden jurídico por el hecho de que son los sujetos de normas cuya observancia está prescripta por reglas de reconocimiento que la mayor parte de ellos practica efectivamente. En otras palabras, el hecho de aceptar una misma

Constitución –o, más precisamente, las reglas de reconocimiento contenidas y presupuestas por ella– permite concebir a diferentes órganos y ciudadanos como destinatarios del mismo orden jurídico. (Obviamente la cuestión es más compleja: hay destinatarios de un orden jurídico que no aceptan la Constitución. Sin embargo, ellos son destinatarios de las normas reconocidas por tal constitución en la medida en que una buena parte de ellos la acepten y las normas que ella reconoce fijen condiciones que tales destinatarios satisfacen.)

En la medida en que un Estado y aun una comunidad se identifiquen por el hecho de que sus miembros estén sometidos al mismo orden jurídico básico –con todas las variaciones del caso en relación a organizaciones federales o a estatutos personales–, la aceptación de una Constitución determina la pertenencia al Estado o a la comunidad a la que también pertenecen todos los que aceptan la misma Constitución.

Este hecho puede proveer una razón para aceptar la Constitución, con relativa independencia de su origen y contenido, y, por lo tanto, puede determinar su relevancia para el razonamiento práctico. Raz[28] ha desarrollado un argumento en ese sentido que constituye una excepción a su posición general de que no hay razones para obedecer el derecho que sean independientes de su contenido.

Sostiene Raz que, si bien no es obligatorio, es permisible que alguien tenga una actitud de respeto al orden jurídico como forma de expresar su identificación con una Nación o con una comunidad. Esa actitud provee una razón para obedecer el derecho que determina una obligación de hacerlo. Construye su argumento sobre la base de una analogía con la amistad, que está determinada por actitudes que, si bien no son obligatorias, una vez que se las tiene sirven de base a obligaciones. De este modo, sostiene Raz que "[el] respeto por el derecho es un aspecto de la identificación con la sociedad (el reverso de la alienación)... Una persona que se identifica a sí misma con su sociedad, sintiendo que es suya y que pertenece a ella, es leal a su sociedad. Su lealtad puede manifestarse, entre otras formas, en respeto por el derecho de la comunidad... Es natural, por tanto, que la lealtad a la sociedad pueda ser expresada comportándose como uno lo haría si confiara en el derecho implícitamente. De ahí que la actitud de respeto es una manifestación de lealtad puesto que origina una obligación de obedecer, un reconocimiento de la autoridad"[29]. Raz aclara, en primer lugar, que el respeto por el derecho no es la única forma posible de expresar lealtad hacia la

[28] Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, cap. XVIII.

[29] Raz, *La autoridad del derecho*, cap. XVIII, p. 321.

sociedad, y, en segundo término, que no todo orden jurídico merece respeto.

Estas dos últimas aclaraciones de Raz ponen de manifiesto las debilidades de su argumento, al que en realidad vacían de contenido. Si el derecho es injusto no es obviamente merecedor de respeto, y, si el individuo desea expresar su lealtad hacia la sociedad, debe hacerlo de cualquier otra forma que adhiriendo *per se* a un derecho injusto. Por otra parte, no resulta claro que si el individuo tiene una actitud de respeto al derecho, que no tiene la obligación de adoptar, de allí surja la obligación de respetar el derecho. No parece tener sentido una obligación condicionada a una actitud opcional, la que por otra parte avanza un largo trecho en la satisfacción de la obligación que condiciona: si el individuo tiene la actitud de respeto aparece una obligación que probablemente se verá satisfecha por el hecho de que el individuo tiene la actitud de respeto; si la actitud de respeto desaparece, la obligación se evapora, con lo que el individuo no corre el riesgo de incumplirla.

Esta última crítica no debe oscurecer la primera que es fundamental para nuestro análisis: el respeto al derecho como actitud de expresión de identificación con la comunidad sólo parece generar obligaciones en la medida en que el derecho sea justo, lo que ya determina por sí mismo la obligación de hacer lo que el derecho ordena. Esto parece aplicarse también a la idea sumamente atractiva de Jurgen Habermas de que el patriotismo legítimo puede consistir en un *patriotismo constitucional*, o sea, un patriotismo centrado no en una entidad inasible como el famoso *ser nacional* sino en el esquema de valores y derechos y obligaciones que establece la Constitución. Sin embargo, la duda que surge de inmediato es si el patriotismo o la actitud de lealtad está justificada por la vigencia convencional de una Constitución, cualquiera sea su contenido, o por los principios ideales que se consideran válidos, sean o no el contenido de la Constitución positiva. Lo primero es contraintuitivo y lo segundo de nuevo hace a la Constitución positiva superflua en el razonamiento práctico.

No obstante, varios autores de la corriente que se ha dado en llamar *comunitarismo* han avanzado recientemente en una dirección análoga a la de Raz, aunque aparentemente sobre terreno mucho más firme.

Pensadores como MacIntyre, Taylor y Sandel[30] han intentado mostrar cómo las tradiciones y convenciones que definen una comu-

[30] Ver citas y comentarios de los autores Alasdair MacIntyre, Charles Taylor y Michel Sandel, en Nino, *Etica y derechos humanos*, cap. IV y *Comunitarismo vs. Liberalismo*, en "Revista del Centro de Estudios Constitucionales", 1989.

nidad –como las que eventualmente pueden reflejarse en una Constitución que sirve como regla de reconocimiento del orden jurídico– son presupuestos ineluctables de proposiciones que generalmente son admitidas como constituyendo razones para justificar acciones o decisiones: por ejemplo, las que se refieren a derechos individuales o las que dan cuenta del resultado del proceso democrático.

Trata Taylor[31], por ejemplo, de mostrar en forma casi silogística cómo la apelación a derechos individuales presupone el deber de pertenencia a una cierta comunidad definida por ciertas tradiciones. Su primer paso consiste en alegar que la adscripción de derechos depende del reconocimiento de ciertas capacidades, tales como la de expresar opiniones, desarrollar una vida espiritual, sentir placer y dolor. En segundo lugar, Taylor sostiene que la adscripción de derechos no sólo implica reconocer ciertas capacidades humanas sino también considerar a tales capacidades como algo valioso. El tercer paso consiste en mantener que si algo es valioso hay un deber de expandirlo y preservarlo, materializando las condiciones de las cuales depende esa materialización y expansión. El cuarto paso está constituido por el argumento de que la mayoría de las capacidades subyacentes a los derechos están condicionadas a la pertenencia a una cierta sociedad, ya que su ejercicio requiere bienes como el lenguaje, esquemas conceptuales o instituciones que son inherentemente sociales (este paso es defendido también por Raz[32] en su último libro). La conclusión es, por supuesto, que la adscripción de derechos presupone el deber de preservar los lazos comunitarios que hacen posible el desarrollo de las capacidades valiosas protegidas por los derechos.

MacIntyre[33] llega a conclusiones análogas a partir de premisas ligeramente diferentes: segun él, las reglas que adscriben derechos se justifican sobre la base de ciertos bienes. Estos bienes son internos a prácticas sociales variables. De este modo, la evaluación moral, como la que hace referencia a derechos está sometida a las tradiciones y convenciones de cada sociedad.

Las características distintivas de este movimiento comunitario son las siguientes: los juicios de justicia y de derechos individuales presuponen ciertas concepciones del bien; las concepciones del bien son inherentemente sociales; cada comunidad se define por tradiciones y convenciones que inciden en la concepción del bien que es válida para esa comunidad; la crítica moral depende, por lo tanto, de la práctica moral que constituye las convenciones y tradiciones de

[31] Taylor, Charles, *Atomism*, en "Philosophical Papers".

[32] Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, part. II.

[33] MacIntyre, Alasdair, *Is Patriotism a Virtue?*, en "The Lindley Lecture", 1984.

una sociedad. En el contexto de esa concepción, la Constitución adquiere una considerable relevancia para el razonamiento práctico en la medida en que ella pueda verse como la convención constitutiva de una comunidad.

En otro lugar[34] he sostenido que estos rasgos del comunitarismo parecen atractivos cuando sólo se percibe su valoración de las peculiaridades de cada sociedad, de los lazos solidarios y afectivos, de la contribución social al perfeccionamiento individual. Pero este atractivo se hace más dudoso cuando advertimos que el desarrollo lógico de esta posición bien puede conducir a defender posiciones colectivistas, perfeccionistas y comprometidas con un convencionalismo conservador y relativista.

No son, sin embargo, estos rasgos poco plausibles del comunitarismo los que demuestran su debilidad teórica sino el hecho de que parece estar sujeto a una inconsistencia fundamental: por un lado, abraza las convenciones y prácticas sociales, pero por el otro lado cuestiona las características que tiene la práctica vigente del discurso moral, la que, como reconoce MacIntyre[35] exhibe estos rasgos propios del liberalismo que el comunitarismo condena: primero, la idea de que la moral está principalmente compuesta por reglas que serían aceptadas por cualquier individuo racional bajo circunstancias ideales; segundo, la exigencia de que estas reglas sean neutrales respecto de los intereses de diferentes individuos; tercero, la demanda de que las reglas morales sean también neutrales en relación a concepciones del bien que los individuos pueden sustentar; finalmente, el requerimiento de que las reglas morales se apliquen igualmente a todos los seres humanos independientemente de su contexto social.

De este modo, es la misma práctica del discurso moral vigente la que parece excluir que se justifiquen acciones o decisiones sobre la base de razones últimas que están relativizadas socialmente, tanto respecto de su validez –que dependería de su vigencia como convención social–, como respecto de su contenido –que variaría de sociedad en sociedad–. Los comunitaristas parecen incurrir en inconsistencia cuando enfatizan la importancia de las convenciones en el razonamiento moral y al mismo tiempo impugnan las que constituyen los presupuestos de la práctica social del discurso moral. El discurso moral postiluminista vigente en nuestra civilización, esclarecido para siempre por Kant, parece requerir que las razones últimas justificatorias sean, por un lado, *autónomas*, es decir, principios cuya validez no depende de su vigencia sino de su aceptabilidad bajo condiciones ideales, y, por otro lado, *universales*, o sea aplicables a

[34] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. IV.

[35] MacIntyre, *Is Patriotism a Virtue?*, en "The Lindley Lecture", 1984.

todas las situaciones que no difieran en circunstancias relevantes para los mismos principios (ver, también, ap. B).

Sin embargo, esta última conclusión debe ser examinada con más cuidado, puesto que parece poner en duda la misma *racionalidad* de las convenciones y, por lo tanto, de la Constitución como convención social fundamental.

§ 15. *Las convenciones y el razonamiento práctico.* – La crítica que Dworkin[36] ha hecho a la concepción positivista de Hart sobre la regla de reconocimiento puede interpretarse como una descalificación de la posibilidad de que una práctica social pueda servir como base para justificar acciones o decisiones como la que toma un juez cuando aplica una norma jurídica a un cierto caso. Pero es dudoso que esta crítica dé en el blanco: si atendemos a la distinción entre el punto de vista interno y el externo, podemos concluir que la regla de reconocimiento aparece como práctica social sólo desde el punto de vista externo, que no es el de los jueces que aplican normas para resolver casos sino el de un observador, como un sociólogo o un antropólogo, que procura describir en forma no comprometida el orden jurídico vigente en cierta sociedad. Pero, no obstante, la crítica quizás injusta de Dworkin sirve para subrayar que quienes adoptan el punto de vista interno hacia una práctica como la regla de reconocimiento no pueden, como hemos argumentado (ver ap. B), contentarse con formular descripciones de la práctica social –que, como tales, son compatibles con cualquier acción o decisión– sino que necesitan formular juicios normativos para *justificar* una decisión como la de aplicar o no una norma.

En otro lugar[37] he sostenido que Hart reconoce este punto en algunos pasajes de su obra pero que no es suficientemente claro acerca de la naturaleza de estos juicios normativos que deben formularse desde el punto de vista interno hacia las normas jurídicas (incluida la regla de reconocimiento): parece sostener que ellos no son necesariamente de índole moral sino que pueden tener un carácter variado, mientras yo sostengo (como lo he sugerido antes –ver ap. B–) que todo juicio jurídico justificatorio es, en última instancia, derivado de juicios morales que dan legitimidad a ciertas fuentes dotadas de autoridad. Esto no es nada más que una consecuencia del presupuesto mencionado de que en nuestro discurso práctico las razones últimas son autónomas, en el sentido de Kant, o sea razones

[36] Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cap. 3.

[37] Nino, Carlos S., *Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas*, en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", 1985, nº 5.

que aceptamos por sus propios méritos intrínsecos y no por originarse en alguna autoridad legislativa, divina o convencional.

Esto, que se aplica al derecho, también se extiende a la moral positiva. En otro trabajo[38], he sostenido que la moral vigente en una sociedad presupone referencias a una moral ideal, ya que las conductas y actitudes que constituyen aquélla no se producirían si el agente intentara justificarlas subjetivamente sobre la base del hecho de la práctica social misma, o sea las propias conductas y actitudes.

En primer lugar, tales conductas y actitudes constituyen hechos que son compatibles tanto con una acción o decisión como con su opuesta, por lo que es inconcebible que un agente pretenda justificar una decisión, aun ante sí mismo, sólo sobre la base de esos hechos, o sea sin presuponer –tácitamente o aun inconscientemente– un principio normativo que les asigne relevancia. En segundo lugar, los juicios cuya adhesión provoca conductas y actitudes no pueden referirse a las mismas conductas y actitudes sin incurrir en autorreferencia y, por ende, en vacuidad (ver § 14). Los actores de una práctica o convención, incluyendo la que constituye la moral positiva de una sociedad, deben, por lo tanto, justificar su contribución a ella sobre la base de juicios referidos a principios cuya validez no depende de que sean adoptados como parte de la práctica o convención. En otras palabras, hay una prioridad lógica de la moral ideal sobre la moral positiva, como, en general, la hay en todas las manifestaciones de la praxis humana entre las proposiciones a las que se alude desde el punto de vista interno y las conductas y actitudes de adherir a ellas que se describen desde el punto de vista externo. Sin la pretensión de los agentes de referirse a principios ideales –que tanto en el caso del derecho cuanto de la moral positiva deben ser principios *morales* ideales por ser los que, por definición, se refieren a los intereses en conflicto de diversas personas– no surgirían ni se mantendrían las prácticas o convenciones que constituyen, desde el punto de vista externo, fenómenos como el del derecho o la moral.

Sin embargo, hay consideraciones que parecen apuntar en un sentido exactamente opuesto al de las anteriores. Imaginemos una supuesta práctica social en la que todos los participantes responden al modelo anterior y convergen en acciones y actitudes similares, pero no lo hacen tomando en cuenta el hecho de que todos actúan de modo análogo sino que se apoyan en principios ideales. Estos principios pueden ser los mismos o pueden ser otros, como en el caso de la idea de Rawls[39] del "consenso sobrepuesto" (*overlapping*

[38] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. II.

[39] Rawls, John, *On the Idea of an Overlapping Consensus*, en "Oxford Journal of Legal Studies", feb. 1987.

consensus). ¿Habría una práctica social o una convención en un caso como éste? Creo que no. No toda convergencia de opinión es una convención. Puede haber una convergencia de opinión, por ejemplo, en cuanto a que las mujeres o la gente de color no deben ser discriminadas y no por ello hay una práctica o convención a ese efecto. Precisamente lo que parece distinguir a este fenómeno social es la autoconciencia de sus participantes, o sea el hecho de que saben que están participando de una práctica social y, más aún, que el hecho de participar de esa práctica social es parte de la razón para actuar de esa manera. Por eso Lewis[40] caracteriza a las convenciones no sólo por cierta regularidad de conducta sino también por el hecho de que los participantes esperan que todos los demás se conformen a esa regularidad, y prefieren conformarse ellos mismos a condición de que los otros participantes lo sigan haciendo.

Esto está claro en el caso de aquellas convenciones que resuelven problemas de coordinación que no tienen una solución moral relevante: por ejemplo, en el caso de la convención de conducir por la derecha o de desviarse hacia la derecha cuando uno se topa con el peatón que viene en sentido contrario, la conducta en cuestión se realiza sólo porque se espera que los otros hagan lo mismo. Pero igual cosa ocurre en relación a convenciones que prescriben conductas que no son moralmente opcionales: por ejemplo, sólo se puede decir que hay una práctica social de disculparse frente a quienes hemos ofendido o dañado (p.ej., empujándolo al cruzarnos con él por la calle), si lo hacemos con conciencia de que ello es lo que regularmente se hace y que los demás esperan que hagamos.

Esto plantea una disyuntiva entre varias alternativas de difícil aceptación: alguna de las dos caracterizaciones de las convenciones sociales es incorrecta o ambas son correctas pero su compatibilidad depende de que se muevan en diferentes niveles. Dado que ambas caracterizaciones parecen, en efecto, ser correctas, veamos con más cuidado esta segunda posibilidad: si analizamos la última caracterización advertiremos que ella destaca una peculiaridad fáctica –el hecho de que los que participan en una práctica tienen conciencia de ello y lo toman en cuenta para decidir hacerlo– que tal vez es definitoria del concepto de convención social. En cambio, la primera caracterización encubre en el fondo una exigencia normativa: la de que parece irracional alegar, como justificación de una cierta conducta o actitud que forma parte de una práctica, el hecho constituido por conductas y actitudes similares.

Esta distinción entre la diferente índole de ambas tesis permite la posibilidad de que sean compatibles: es posible que toda conven-

[40] Lewis, *Convention: A Philosophical Study*, p. 42.

ción suponga alegar como razón de los comportamientos que la constituyen el hecho de que haya una regularidad de comportamientos similares por parte de los demás y al mismo tiempo que, precisamente por eso, toda convención sea irracional. Se puede sostener que las convenciones sociales son un resabio de un tipo de racionalidad premoderna que estaba constituida por un discurso práctico que no respetaba la exigencia de autonomía, sino que admitía razones últimas basadas en la circunstancia fáctica de la regularidad de conducta.

La plausibilidad de este enfoque, que hace compatibles las dos tesis enunciadas sobre las convenciones, depende de que estemos dispuestos a prescindir de tales convenciones como superfluas en un mundo racional. Si, por el contrario, concluimos que las convenciones satisfacen necesidades humanas o sociales ineluctables, debemos suponer que, o bien nuestra caracterización del razonamiento práctico como apoyado necesariamente en razones autónomas es incorrecta o que lo es la de las convenciones como prácticas autorreferentes.

Supongamos por ahora que no podamos prescindir de las convenciones y prácticas sociales aun en un mundo considerablemente más racional que en el que nos ha tocado vivir. De hecho, algunas convenciones que resuelven problemas de coordinación en ámbitos moralmente indiferentes –como el sentido de circulación del tránsito– aparentemente son imprescindibles sin mayor explicación. De modo que es conveniente agotar las posibilidades de hacer compatibles las exigencias de racionalidad con las características de las prácticas sociales. Veamos uno de esos intentos.

§ 16. *Las convenciones y la actitud interpretativa.* – Últimamente Dworkin[41] ha desarrollado toda una teoría sobre el derecho como práctica social. La teoría se desarrolla explícitamente desde el punto de vista interno a la práctica jurídica, y se vuelve sobre sí misma puesto que ella constituye un ejercicio en la misma práctica que pretende interpretar. Ello es así pues la práctica del derecho es vista por Dworkin como una práctica interpretativa y el mismo concepto de derecho tiene un carácter interpretativo. La identificación del derecho de una comunidad supone desarrollar una actitud interpretativa hacia la práctica social de justificar el uso de la coacción estatal sobre la base de decisiones pasadas.

Según Dworkin, la actitud interpretativa se distingue por dos componentes: primero, aceptar que las conductas y actitudes que constituyen la práctica en cuestión tienen un objetivo o valor que puede

[41] Dworkin, Ronald, *Law's Empire*.

ser identificado independientemente de las conductas y actitudes que constituyan la práctica. El segundo elemento de la actitud interpretativa es que las conductas que constituyen la práctica son sensibles a ese objetivo o valor y pueden ser eventualmente modificadas para satisfacerlo mejor. Esta actitud interpretativa se pone de manifiesto en la evolución de las prácticas sociales: generalmente ellas empiezan en forma mecánica sin que se tenga conciencia de que sirven algún objetivo o valor; en una segunda etapa, se le asigna a la práctica social un cierto objetivo valioso; luego es posible que las conductas que constituyen la práctica se modifiquen para satisfacer mejor ese objetivo; finalmente, puede ocurrir, que se deje de considerar valioso el objetivo de la práctica y, sin embargo, que ésta se siga ejerciendo, aunque de nuevo en la forma mecánica con que se hacía en un principio.

Hay que distinguir esta posible evolución histórica de las prácticas sociales de los pasos en que se desarrolla, en los momentos en que ellas se encuentran en su plenitud, de la interpretación de tales prácticas: un primer paso, que Dworkin llama preinterpretativo, consiste en identificar las conductas y actitudes que constituyen la práctica en cuestión; en un segundo paso –el interpretativo propiamente dicho–, se asigna a la práctica en cuestión un cierto valor u objetivo; en el paso postinterpretativo, la práctica resulta modificada o reformulada para satisfacer mejor ese objetivo.

Sostiene Dworkin[42] que las teorías tradicionales respecto del derecho como el positivismo, el iusnaturalismo y el realismo, resultan absolutamente deformadas y triviales cuando son presentadas como teorías semánticas, o sea, como teorías acerca de las reglas para el empleo del concepto de derecho. Cree él que presuponer que existen tales reglas compartidas como cosa distinta a las concepciones sobre cómo interpretar a la práctica jurídica, conduce a posiciones absurdas. Por ejemplo, si el positivismo es concebido como una teoría semántica, tendría una posición completamente implausible acerca de las controversias sobre lo que el derecho dispone que constituyen el centro de los debates judiciales: dado que el positivismo sostendría que las reglas que definen el concepto de derecho toman solamente en cuenta ciertos hechos, las controversias en cuestión sólo pueden ser disputas fácticas, cuando no meros equívocos verbales, o, en todo caso, debates sobre cómo el derecho debería ser encubierto engañosamente por la pretensión de descubrir cómo es el derecho. Pero es inverosímil que los juristas y jueces tengan tan engorrosas controversias acerca de hechos que son relativamente simples, o que se dejen confundir a veces durante muchísimo tiempo

[42] Dworkin, *Law's Empire*, p. 33 y siguientes.

por meros equívocos verbales, o que mantengan una simulación colectiva tan cabal y prolongada.

Las controversias tradicionales acerca del derecho adquieren interés, por el contrario, cuando son presentadas como controversias interpretativas, o sea, controversias acerca de cómo presentar a la práctica jurídica bajo la mejor luz posible en función de ciertos objetivos o valores. Distingue Dworkin, en este sentido, tres concepciones interpretativas acerca del derecho: la convencionalista, la pragmatista y la suya, que llama del "derecho como integridad". La concepción convencionalista constituye una reinterpretación del positivismo y consiste en sostener dos tesis: por un lado, la tesis positiva de que el derecho está constituido por convenciones sociales, de tal modo que basta hacer una investigación fáctica sobre tales convenciones para determinar la manera en que las decisiones pasadas justifican el empleo de la coacción; por otro lado, la tesis negativa de que en los casos en que no hay convenciones establecidas sobre una cierta clase de temas no hay derecho, y los jueces no tienen más remedio que ejercer su discreción de acuerdo a *standards* extrajurídicos.

Objeta Dworkin ambas tesis, sosteniendo respecto de la primera que los participantes en una convención social muchas veces están en desacuerdo acerca de lo que la convención requiere y deben hacer valoraciones acerca de cuál es el objetivo que hace más valiosas las conductas y actitudes que constituyen la materia prima de la convención. El principal argumento de Dworkin en contra de la segunda tesis es que resulta contraintuitivo hacer una distinción tan tajante entre derecho y política, de modo que el derecho se agota cuando cesan las convenciones y luego comienza la política; si fuera así casi nunca se discutiría acerca de lo que dispone el derecho en los tribunales, ya que los casos que llegan a éstos son, generalmente, aquellos en los que no hay una solución convencionalmente establecida.

La concepción pragmatista acerca del derecho es una variante del realismo jurídico –una vez que se lo concibe como una teoría interpretativa y no como una mera posición semántica– y sostiene que el empleo de la coacción estatal no puede ser justificado en forma primaria por decisiones pasadas, sino que debe serlo sobre la base de valoraciones –como las de justicia, utilidad o eficiencia–. Sólo por razones estratégicas o derivadas de esas valoraciones pueden tomarse en cuenta las decisiones pasadas; por ejemplo, la necesidad de asegurar cierta predecibilidad (a veces esta necesidad exigirá que se oculten las razones valorativas que hacen estratégicamente relevantes las decisiones pasadas).

Sostiene Dworkin que la concepción pragmatista no es una adecuada interpretación de la práctica jurídica porque ignora el valor de

la integridad basada en principios que hacen que las decisiones políticas pasadas tengan relevancia por sí mismas y no por meras consideraciones estratégicas. Según Dworkin, solamente una tercera concepción interpretativa –la "del derecho como integridad"– hace justicia a este valor. La idea es que es valioso por sí mismo, que tanto las leyes como las decisiones judiciales se muestren como derivados de un esquema coherente de principios, aun cuando hayan sido sancionadas o dictadas en diferentes tiempos por órganos distintos o con composición diversa (lo que conduce al concepto de derecho mixto que ya vimos en el § 10).

Este valor de la integridad presupone, según este autor, personificar a la comunidad, verla como un agente moral unitario que tiene derechos y obligaciones y cuya coherencia a través del tiempo importa, así como importa la de un ser humano individual. Dworkin sostiene que esta personificación no significa una tesis metafísica sobre la existencia metodológica independiente de las personas colectivas. Tal personificación está embebida en nuestras prácticas y en nuestro lenguaje y refleja, en el fondo, un valor cercano al de la fraternidad: las asociaciones comunitarias aun cuando no sean puramente consensuales, si cumplen con rasgos que tienen que ver con el hecho de que sus miembros son objeto de un tratamiento especial, con el hecho de que ese tratamiento establece vínculos interpersonales, con el hecho de que él expresa una preocupación por el bienestar de los demás, y con el hecho de que él es fundamentalmente igualitario, esas asociaciones comunitarias dan lugar a obligaciones recíprocas, que en el caso del Estado incluyen la obligación política de observar sus leyes. Esto constituye una comunidad de principios –en la que cada ciudadano se siente autor y responsable de las decisiones que responden a un esquema coherente de principios–, distinguiéndose así de una mera comunidad *de facto*, en la que la asociación es meramente circunstancial, y aun de una comunidad "reglamentaria", en la que sus miembros sólo se sienten responsables por las reglas explícitamente sancionadas.

Sostiene Dworkin que no sólo esta concepción del derecho como integridad parece la más plausible, por ser la única que da lugar a este valor que deriva de la mejor concepción de la comunidad, sino que también está efectivamente implícito en las actitudes que tenemos cuando participamos de la práctica política, como se muestra por nuestro rechazo a la posibilidad de tener leyes "mosaico", que sean el resultado de la transacción entre diversos principios (p. ej., frente a las posiciones conflictivas sobre el aborto, llegar a una posición ecléctica que permita sólo el aborto en los días pares). Esto muestra que asignamos una importancia decisiva a la integridad de principios, aun a costa –hasta cierto punto– de consideraciones de

justicia; aunque también es obvio que hay razones de justicia poderosas que desplazan al valor de la integridad.

La concepción de Dworkin parece, efectivamente, hacer compatibles la característica de las convenciones de referirse a sí mismas con cierto margen para la autonomía y la universalidad de las razones justificatorias, tal como lo exigen los presupuestos de la práctica del discurso moral. La concepción interpretativa basada en la integridad toma en cuenta, en forma no estratégica, las conductas y decisiones pasadas que constituyen la práctica pero las pone a la luz del mejor sistema posible de principios ideales coherentes.

Sin embargo, es posible dudar sobre si esta especie de transacción entre las dos exigencias –la que deriva de la naturaleza de las convenciones y la que está presupuesta por la estructura de nuestro discurso justificatorio– las satisface en una medida aceptable. Si miramos las cosas desde el punto de vista de la preservación de la convención se pueden levantar dudas sobre si ella no resulta minada en la medida en que se admite autonomía para interpretarlas y hasta, eventualmente, reformularlas sobre la base de principios que no surgen de tales convenciones; un tradicionalista diría que lo que ofrece esa concepción es más bien un pretexto para fundamentar principios ideales sobre la base de los segmentos más atractivos de las convenciones vigentes, condenando el resto a la categoría de error o prejuicio. Quien, en cambio, ponga énfasis en las exigencias de universalidad y autonomía de nuestro discurso justificatorio, seguirá insistiendo en que los errores del pasado no deben arrastrarnos a cometer similares equivocaciones, conduciéndonos a decidir casos no cubiertos por las decisiones pasadas sobre la base de principios erróneos, puesto que sólo principios erróneos pueden justificar decisiones equivocadas.

El crítico podrá alegar que Dworkin parece –curiosamente– adherir a una teoría sobre la validez de los principios que guarda cierta analogía con la que conduce a aceptar las leyes "mosaico" que él condena: una teoría que admite que puede haber principios *inválidos* –en el sentido que no son los principios que uno aceptaría para justificar su decisión si no tuviera que preocuparse por las decisiones pasadas– que son, sin embargo, más aceptables que otros. Por ejemplo, si uno cree que sólo es defendible una teoría utilitarista de la pena, pero hay leyes y decisiones judiciales que no pueden justificarse a esa forma sino sólo mediante principios que toman en cuenta en forma primaria la culpabilidad del agente por haber actuado en forma disvaliosa, uno debería defender la teoría "menos mala" que es compatible con esas normas positivas, por ejemplo, la de la retribución por oposición a la de la expiación.

Esto se relaciona con el valor de la integridad. No resulta claro cómo ese valor trasciende las obvias ventajas instrumentales en términos de predecibilidad y coordinación de que las leyes y decisiones sean lo más coherentes posibles, no sólo en relación a sus contenidos sino también en cuanto a sus fundamentos. Pero este valor instrumental es sin duda secundario respecto de la exigencia de justicia; una injusticia predecible y uniformemente extendida no es menos injusticia sino más. La trascendencia del valor de la integridad más allá de este valor instrumental requiere necesariamente la personificación de la sociedad y del Estado que Dworkin admite. Pero esta personificación despierta graves inquietudes: no es posible desvincularla de presupuestos metafísicos con sólo anunciarlo. En el caso de una persona individual la integridad es importante porque da cuenta de una cierta madurez y profundidad de carácter; es difícil defender la integridad en el plano colectivo sin presuponer algo semejante: el famoso ser o *élan* nacional.

Solamente se podría prescindir de presupuestos ontológicos si la personificación sólo sirviera de puente entre la integridad y algunos valores superiores, que lo fueran para los individuos. Dworkin intenta avanzar en esa dirección con su concepción de la fraternidad en el marco de una comunidad de principios, pero en cuanto ello tiene un contenido relevante parece repetir las referencias al valor de la integridad.

Creo que Dworkin, con su lucidez habitual, ha llevado hasta las últimas consecuencias las implicaciones de admitir a las convenciones como razones primarias para actuar: ello supone partir de una racionalidad *holística*, que desplaza a la autonomía individual en favor de la colectiva. Hay así una relación intrínseca entre el convencionalismo –y por lo tanto el relativismo– y una concepción colectivista, ya que las normas válidas son las que resultan de la interacción colectiva. Esto pone al sujeto colectivo en el centro de la generación de normas morales, lo que, obviamente, implica que sus "intereses" deben ser el principal objeto de protección por parte de esas normas.

Que las normas morales sean el resultado de un proceso colectivo puede parecer aceptable para una concepción constructivista como la de Habermas o la que yo mismo he defendido en otro lugar[43]. Hasta podría alguien aplicar el valor de la democracia al caso de las convenciones, sosteniendo que las convenciones son la máxima expresión de la democracia, puesto que son el resultado de un *consenso* que suele ser bastante más amplio que la simple mayo-

[43] Nino, *El constructivismo ético*.

ría –a veces cercano a la unanimidad– y que, además, se extiende a través del tiempo, expresando la voluntad de diversas generaciones.

Sin embargo, hay diferencia fundamental entre el valor de la democracia y el de las convenciones: el proceso colectivo constitutivo de la democracia –y que distintas concepciones, como la que yo voy a defender más adelante valoran–, es un proceso de *discusión entre individuos* que toman en cuenta sus intereses. Las convenciones son, por antonomasia, antagónicas al proceso de discusión, ya que, como vimos, ellas requieren que lo que se hace regularmente sea tomado dogmáticamente como parte de la razón para actuar, aunque sea posible –por lo menos, según las posiciones más moderadas y dentro de las convenciones más flexibles– combinarla con otras razones. Además la discusión es una actividad colectiva que difícilmente pueda imputarse a una persona transindividual ya que –a diferencia de otras acciones de los individuos– tiene una textura proposicional –un punto de vista interno– que hace referencia a los intereses de los mismos individuos.

Esta conclusión nos deja, sin embargo, en el mismo lugar adonde arribamos al finalizar el apartado anterior, sólo que ahora el escepticismo que allí se expresaba sobre la relevancia de la Constitución parece haber arrastrado consigo a todo el aspecto convencional de la praxis humana.

§ 17. *La Constitución y la catedral.* – Pero todavía resta hacer un nuevo intento de superar ese escepticismo ahora extendido a todas las convenciones, presentando un modelo de racionalidad colectiva que trata de evitar presupuestos holistas.

Es posible sostener que la visión sobre la estructura del razonamiento práctico que conduce a concluir que la Constitución es superflua para ese razonamiento concibe a las acciones o decisiones como las que están controladas por la Constitución como si fueran acciones o decisiones aisladas, cuando *de hecho* son parte de un proceso de interacción colectiva que se extiende en el tiempo. Puede sostenerse que esta verificación fáctica es lo rescatable de la concepción de la Constitución como una convención o práctica social.

Para entender esta idea déjenme comenzar ofreciendo una analogía: la de la construcción de una catedral a lo largo de un período extenso de tiempo. Pongamos el caso de la catedral de Colonia que fue completada por sucesivas generaciones entre los siglos XIII y XIX, o la de Strasburgo que fue completada también por partes entre los siglos XII y XVII, o la de la Sagrada Familia de Barcelona, que la comenzaron Martorell y Villar en 1881, la continuó Gaudí dos años más tarde y todavía se está completando, luego de un largo interregno. Supongamos que uno de nosotros es el arquitecto encargado de

continuar con la construcción ya iniciada de una de estas catedrales, sabiendo que probablemente no la pueda completar sino que sería completada por otros, tal vez en un futuro remoto.

Por supuesto, uno seguramente tendrá sus valoraciones estéticas, por ejemplo, la convicción de que sólo el gótico es el estilo por el cual una catedral adquiere su máximo esplendor como ámbito de inspiración espiritual. Sobre la base de esa valoración uno juzgará los méritos de la obra incompleta sobre la que debe continuar la construcción. Si, por ejemplo, la catedral fue comenzada en otro estilo, digamos el románico, uno puede llegar a diferentes conclusiones: una posibilidad es juzgar que lo construido es tan disvalioso desde el punto de vista estético, que lo razonable es destruirlo y comenzar una nueva construcción en otro sitio. Por supuesto, para llegar a estas conclusiones en forma razonable el arquitecto deberá suponer que, efectivamente, es posible comenzar una nueva construcción. Sería irresponsable de su parte adoptar algunas de estas propuestas, sabiendo que, por cualquier razón, es imposible comenzar *ex nihilo* con la construcción de la catedral, a menos que piense –y ésta es una alternativa muy relevante– que el que *no haya ninguna catedral* es mejor que continuar con ese proyecto mal orientado.

Otra posibilidad es que aquel de nosotros encargado de proyectar la continuación de la obra concluya que, aun cuando lo construido hasta el momento es defectuoso, es sin embargo valioso continuar el proyecto antes de destruirlo o abandonarlo, comenzando o no con un nuevo proyecto. En este caso, el arquitecto tiene que resolver una serie de problemas técnicos y estéticos muy complejos. Supongamos, por ejemplo, que la continuación de la obra de acuerdo con un estilo más atractivo implique cambios estructurales que pueden poner en peligro la estabilidad de la catedral; o, supongamos que efectivamente el arquitecto considere que no hay nada como el gótico en materia de catedrales y que el estilo románico de la parte ya construida del edificio es seriamente deficiente. Él tiene que decidir si su contribución a la construcción de la catedral (que para agravar más las cosas puede ser contemporánea con alguna contribución independiente de otro artista –supongamos, de un escultor–) debería responder al modelo gótico, al románico, a algún estilo intermedio que pueda armonizar mejor con lo ya construido, o a cualquier otro estilo que sirva para neutralizar las deficiencias estéticas –y, tal vez, también funcionales– del estilo románico. Por supuesto que el arquitecto tiene en su cabeza la imagen ideal en estilo gótico, pero sería *irracional* que él tradujera esa imagen directamente a la realidad, puesto que él sabe bien que no puede construir toda la catedral sino sólo una parte –tal vez pequeña– de ella, y que si a esa porción la diseña reflejando exactamente la parte correspondiente de su catedral ideal, el resultado de la combinación con lo ya cons-

truido puede ser técnicamente deficiente o estéticamente horrendo, tal vez peor que si la catedral se completara en el estilo románico inicial.

Si suponemos, además, que nuestro arquitecto ni siquiera tiene el privilegio de concluir la catedral sino que ella va a ser concluida por otros, algunos de los cuales quizás actúan en forma contemporánea con él, y que él sabe que ello es así, obviamente es razonable que él tome en cuenta no solamente lo ya construido sino también (como es probable) que ella sea continuada por otros. Su elección de estilo debe tomar en cuenta no sólo el pasado sino también las futuras contribuciones a la construcción de la catedral, ya que el efecto que ella tenga variará de acuerdo con la combinación de esas otras contribuciones (supongamos que el arquitecto prevé que, en el futuro, otros arquitectos van a seguir ateniéndose al estilo románico de los primitivos constructores de la catedral; esto puede afectar su decisión de hacer una contribución gótica). Esta necesidad de tener en cuenta futuras contribuciones complica, obviamente, la decisión del arquitecto de un modo particular, puesto que él debe prever que esas futuras contribuciones pueden, en parte, estar influidas por su decisión presente y, en parte, ser completamente inmunes a toda influencia.

Todo esto muestra que hay una racionalidad específica para la actuación en obras colectivas. Cualesquiera fueren los criterios o modelos que definen lo que es óptimo en la clase de cosas o fenómenos a los que pertenece la obra colectiva, esos modelos o criterios resultan calificados en su aplicación a una acción que contribuye a esa obra sin tener el control sobre la obra total. Lo mismo que he tratado de mostrar respecto de la construcción de una catedral se podría decir en relación a algunos ejemplos, un poco más ficticios, como la construcción de un artefacto cualquiera –un automóvil, por ejemplo– por parte de los distintos individuos que sólo pueden aportar unas pocas piezas en forma independiente de los demás, o –lo que está de moda ahora y es citado por Dworkin[44]– el caso de una narrativa que se desarrolla sucesivamente a partir de agregados que van haciendo distintos autores (como ocurre con las leyendas populares).

En todos estos casos, el que contribuye en forma independiente a la obra colectiva no puede adoptar la estrategia simple de amoldar la realidad, aun con todas las limitaciones que da la escasez de recursos, a un modelo ideal. El problema que se presenta es diferente de los meros obstáculos a la creación de ideales que obligan a al-

[44] Dworkin, *Law's Empire*, p. 228 y siguientes.

gún ajuste o acomodamiento o a un comportamiento táctico dirigido a superarlos; es también diferente a la mera presencia de condiciones fácticas que determinan la inferencia de implicaciones específicas a partir de ciertos principios valorativos (como, p.ej., si la justificación de la pena toma como relevante su capacidad preventiva de futuros delitos; que una pena esté o no justificada dependerá de las circunstancias fácticas relativas a su capacidad disuasoria). El problema que aquí se enfrenta es el de que contamos con principios que valoran acciones por ciertos resultados finales y, sin embargo, nos encontramos con acciones que no producen por sí solas esos resultados sino, en todo caso, junto con otras acciones que no se controlan totalmente.

§ 18. *Hacia un modelo de racionalidad para la práctica constitucional.* – Estas situaciones afectan no la validez de los principios valorativos últimos –el gótico puede seguir siendo para nosotros el mejor estilo para una catedral aunque nunca podamos hacer una catedral gótica entera– sino la selección de los principios valorativos. Son situaciones que requieren diferentes criterios de racionalidad en la elección de tales principios o modelos valorativos, puesto que cuando sólo podemos hacer un aporte a una obra colectiva cuyo producto final no controlamos, lo racional puede ser elegir no el modelo o principio más defendible sino otros con méritos menores. Dada una base románica de la catedral, tal vez sea técnica y estéticamente preferible continuar con el mismo estilo o con un estilo intermedio, en lugar del estilo gótico que sería óptimo para una catedral cuya construcción total dominamos. Este tipo de racionalidad constreñida por ciertas elecciones de otros en la obra colectiva, podría ser denominada racionalidad de "lo segundo mejor", puesto que muchas veces nos lleva a un alejamiento progresivo del modelo óptimo en atención a sus efectos sobre la obra global.

Obviamente, el sentido de esta analogía es enmarcar a la acción de los constituyentes, legisladores, jueces y administradores como partícipes de una obra colectiva que es el fenómeno del derecho vigente como parte de un fenómeno todavía más amplio que es el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen a una sociedad. Es evidente que sólo hombres excepcionales en circunstancias excepcionales –como un Napoleón o un Lenín– pueden tener un control casi completo sobre la construcción de todo el orden jurídico y su entretejido de prácticas, costumbres, expectativas y actitudes culturales. Normalmente, aun los grandes constituyentes, legisladores, jueces o gobernantes, lo único que pueden hacer es un aporte importante a la obra común, que suele ser el resultado intencional o no intencional de millones de personas a lo largo de mucho tiempo. Cada uno de esos

aportes está condicionado por la evolución del derecho y las demás prácticas sociales hasta ese momento y por los aportes que, en el futuro, harán nuevos contribuyentes.

Aquí aparece con claridad cuál es el significado de una Constitución en el marco de esa obra colectiva que es el derecho vigente y su entretejido de prácticas sociales. La Constitución originaria, esté o no expresada en un texto escrito, constituye un hecho histórico que representa el intento exitoso de fundar el proceso con el que identificamos al orden jurídico de la sociedad. Generalmente hay muchos intentos de esa índole y sólo unos pocos tienen éxito. Los que lo tienen exhiben algún rasgo saliente que permite que la atención y los esfuerzos de los demás se coordinen alrededor de él. Generalmente resulta muy difícil promover una refundación de todo el proceso, aunque muchas veces se pueden hacer reajustes que, por su magnitud, pueden ser tomados como reformas constitucionales.

Dado que la acción de los constituyentes, legisladores y gobernantes consiste generalmente en aportes a una obra colectiva cuyas demás contribuciones pasadas, contemporáneas y futuras ellos no controlan y sólo influyen parcialmente, esa acción debe estar guiada por la racionalidad apropiada a este tipo de conductas. Sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando con su decisión todo el orden jurídico, o el orden jurídico relativo a esa cuestión. El juez debe tener en cuenta que hay expectativas generadas por lo que los legisladores y otros jueces han decidido en el pasado, que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas, lo que es relevante para el principio de que casos iguales deben ser decididos de igual modo, y que su decisión servirá de precedente para el futuro, así como también que puede ser ignorada y hasta provocar reacciones opuestas por parte de legisladores y otros jueces.

Este reconocimiento de que las acciones que debemos justificar en la creación y aplicación del derecho son parte de una obra colectiva cuyas demás contribuciones no controlamos, debe distinguirse de intentos similares de tomar en cuenta las prácticas vigentes. No se trata de un enfoque del tipo de Burke que asigna un valor inherente a las tradiciones de la sociedad. Tampoco se trata de una concepción como la de Dworkin que hemos examinado antes, que sobre la base del valor de la integridad, prescribe a los jueces y funcionarios decidir según los mejores principios que permitan justificar también las decisiones y medidas de otros legisladores y jueces. Por último, debe distinguirse del enfoque comunitario también mencionado de filósofos, como MacIntyre –que con tanto éxito ha usado el ejemplo de la narración sucesiva–, que sostienen que sólo en el contexto de prácticas sociales compartidas puede desarrollarse una concepción válida del bien.

A diferencia de los enfoques anteriores, el que aquí se está exponiendo sólo parte del reconocimiento del *hecho* de que la acción de los legisladores y jueces se desarrolla en el contexto de una obra colectiva cuyos restantes aportes ellos no controlan. Este enfoque es perfectamente compatible con la conclusión de un juez o de un legislador de que el derecho hasta ese momento vigente –empezando por su Constitución–, es tan disvalioso que vale la pena el esfuerzo de arriesgar una refundación o aun justifica, si ese esfuerzo fracasa o es imposible, una situación de anarquía o de disgregación del orden jurídico. Lo que simplemente toma en cuenta es la circunstancia de que si la anterior no es una alternativa aceptable, la decisión del juez debe concebirse como parte integral de un orden jurídico, fundado por cierto hecho constitucional. Esto implica que la medida legislativa, judicial o administrativa debe contribuir –a la vez– a preservar y a mejorar ese orden jurídico. Ello no requiere que la medida pueda justificarse sobre la base de los mismos principios que permitan justificar el resto de las contribuciones al orden jurídico que se presupone valioso, dada la imposibilidad de otro acto fundacional.

Muchas veces se ha sostenido que hay valores *prima facie* que son inherentes a un orden jurídico cualquiera sea su contenido[45]. Pero esto es dudoso: los valores de paz y orden, por ejemplo, son derivados del valor justicia, puesto que sólo se predican de una situación social cuando no se toman en cuenta ciertos actos de violencia por considerarlos justificados. Tiene más peso asignar como inherente a un orden jurídico el valor de la predicibilidad de las consecuencias de nuestros actos. Pero esto es instrumental a algún otro valor (como lo mostraba Max Weber cuando lo relacionaba con la economía de mercado) y dependerá de la prevalencia de este último sobre los valores competitivos. Sí se puede decir que una Constitución vigente y el orden jurídico generado por ella resuelven un problema de acción colectiva: ha sido un hecho histórico exitoso frente a otros intentos reales y frente a alternativas futuras de improbable realización. Como tal, si tiene algún valor ofrece oportunidades de perfeccionamiento que no brindan las utopías irrealizables. Si alguien construyó la primera planta de una catedral con un resultado no del todo desechable, ella ofrece la oportunidad para convergir sobre ella con esfuerzos para mejorarla, lo que no ocurriría si cada uno comenzara con su planta preferida en diferentes lugares. El hecho de que el legislador o el juez no pudieran haber dictado su ley o sentencia sin el orden jurídico que les da autoridad, no implica en sí mismo una restricción moral en sus decisiones –ya que el orden

[45] Fuller, Lon, *La moral del derecho*.

jurídico puede ser tan malo que se justifique que se aprovechen de esa autoridad para destruirlo–, pero sí llama la atención sobre el hecho de que, sin la preservación de ese orden jurídico, probablemente futuras decisiones de ellos sean absolutamente ineficaces.

Si bien este enfoque no tiene los compromisos valorativos de las posiciones conservadoras o semiconservadoras que han sido mencionadas, pretende decir algo más que lo que sostiene Popper[46], cuando recomienda tomar en cuenta las tradiciones como un factor condicionante de la ingeniería social gradual. No se trata sólo de apoyarse en algunas prácticas para lograr cambiar otras. Se trata de reconocer que si la única forma de tomar decisiones moralmente justificadas es en el contexto de prácticas sociales existentes fundadas por una Constitución, es necesario preservar esa Constitución y las prácticas generadas por ella, salvo que sean tan malas que no puedan ser mejoradas y que la única decisión moralmente justificada es la que conduce a desconocer la Constitución, aun a riesgo de no poder establecer exitosamente otra.

El problema es que la preservación de la Constitución y de las prácticas generadas por ella no es algo que se pueda manipular sólo desde el punto de vista externo, sino que requiere atender a la *justificación interna* de quienes participaron, participan y participarán en el establecimiento y desarrollo de esa Constitución y de las prácticas subsiguientes. Por ejemplo, una Constitución suele tener éxito en establecerse como el factor originario de un orden jurídico y de un entramado de costumbres y actitudes sociales, en la medida en que los ciudadanos –a lo largo del tiempo– asignen al texto constitucional y al hecho histórico que lo ha originado una cierta autoridad intrínseca. Ahora bien, parece bastante claro que ni un texto ni una combinación de circunstancias históricas pueden servir de premisas básicas en un razonamiento justificatorio, independientemente de ciertos principios sustantivos o de ciertos procedimientos que pueden tener valor epistemológico para determinar tales principios (ver también, ap. B). Sin embargo, si nuestro razonamiento justificatorio parte de principios que consideramos válidos por razones acerca de sus méritos intrínsecos o por el procedimiento mediante el cual fueron objeto de consenso, la Constitución, como vimos, se vuelve superflua. Es una cuestión de hecho que haya coincidencia o no en nuestras razones básicas, sean éstas sustantivas o epistémicas; bien puede ocurrir que no la haya y que la vigencia de la Constitución y de las prácticas que ella genera, se diluyan.

Frente a esto no es muy claro qué es lo que deberíamos hacer. No parece atractivo el destino similar al de un ateo compelido

[46] Popper, Karl R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, vol. 2, cap. 17.

a predicar creencias religiosas como el único medio de obtener conformidad con reglas de conducta que él cree racionalmente justificadas, pero que no serían seguidas sobre la base de su justificación racional. Tal vez es necesario algo así como el salto de racionalidad que deben dar los egoístas racionales, inmersos en una situación del tipo del dilema de los prisioneros, y que sólo satisfacen su autointerés si son altruistas, no por motivos egoístas. Como jueces y legisladores sólo podemos dictar decisiones moralmente justificadas que sean efectivas si lo hacemos en el marco de una Constitución exitosa, cuya preservación y eventual perfeccionamiento requieren que nuestro razonamiento la tome como un dato moral básico.

Sin embargo, creo que la solución está dada por la adopción de un tipo de razonamiento *escalonado en dos niveles*:

a) En el nivel primero y más básico se deben articular las razones que legitiman o no la práctica social constituida por la presente Constitución. Aquí rige el tipo de razones sustantivas y procedimentales a las que se aludió anteriormente (ver ap. B), que permiten ubicar a la Constitución en un continuo de legitimidad conformado por el grado en que, por un lado, ella sea expresiva de un consenso democrático que resulte de una deliberación lo más amplia y libre posible, y siente las bases para la formación de ese consenso y la estructuración de la precedente deliberación en relación a norma de inferior jerarquía; por el otro lado, es también relevante el grado en que la Constitución reconoce derechos fundamentales que son prerrequisitos para la formación de un consenso que tenga suficiente calidad epistemológica. Pero en este primer nivel del razonamiento práctico se debe tener en cuenta cuáles son las alternativas realistas a la preservación de la presente Constitución. Es posible que, si bien ella esté bastante distante del punto óptimo de legitimidad en el continuo mencionado, cualquier alternativa realista esté todavía más alejada; las alternativas más probables a la vigencia de la presente Constitución pueden ser un régimen autoritario o una situación de anarquía o disgregación del poder, en cuyo caso menos se satisfacen los *desiderata* asociados con la legitimidad del orden jurídico.

Es en este primer nivel donde corresponde determinar si se dan las condiciones de "precompromiso" que señala Stephen Holmes[47], para justificar las limitaciones constitucionales al procedimiento democrático. Según este autor, tales limitaciones no siempre incapacitan a la mayoría sino que muchas veces la habilitan a resolver problemas que de otro modo no podrían solucionar, sacando ciertas cuestiones de su esfera de decisión. Holmes ve en esto una modali-

[47] Holmes, Stephen, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, en Elster, Jon (comp.), "Democracy and Constitutionalism".

dad de paternalismo legítimo, como el ejercido sobre Ulises (a su pedido), atándolo para que pudiera seguir su curso no obstante el canto de las sirenas. Aquí no se trata de un autopaternalismo porque lo que ocurre, en realidad, es que una mayoría protege a posibles futuras mayorías, a veces, contra decisiones perjudiciales de mayorías intermedias. Sin embargo, ésta es una justificación *ex post facto*: no podemos justificar *a priori* las limitaciones constitucionales del procedimiento democrático, sobre la base de que lo fortalece, sacando cuestiones de su esfera de decisión que, de tener que ejercerla, podría debilitar al propio poder democrático. También puede ocurrir que las limitaciones constitucionales incapaciten a futuras mayorías y que, en el mejor de los casos (que sean impuestas mayoritariamente), simplemente representen un intento ilegítimo de prevalencia de una mayoría ocasional sobre mayorías futuras. Si esto es así o no, debe evaluarse en este nivel del razonamiento práctico.

El principio guía para tal evaluación es que "gobierno de la mayoría" no quiere decir gobierno de un grupo específico de ciudadanos, cualquiera fuere su número. Quiere decir gobierno por medio de lo que no es más que una construcción conceptual: mayor número de manos levantadas a favor de una cierta solución sobre una determinada cuestión que sobre otras, sin importar quiénes son los dueños de esas manos y cómo ellas se combinan cuando se tratan otras cuestiones o en otros momentos. Lo que debe tratarse de preservar es la posibilidad de que se dé cualquier combinación de manos y no que quede congelada una en especial. Muchas limitaciones constitucionales pueden estar al servicio de este objetivo, pero esto no se puede determinar en abstracto.

b) Si el resultado del razonamiento del primer nivel es favorable a la legitimidad, aún imperfecta, de la presente Constitución, es posible pasar al segundo nivel en que se trata de aplicar esa Constitución para justificar acciones o decisiones. El que se desarrolla en este segundo nivel es un razonamiento constreñido ya que debe respetar el resultado del razonamiento del primer nivel. Esto quiere decir que quedan excluidas las razones justificatorias que son incompatibles con la preservación de la Constitución si es que aquel razonamiento ha arrojado el resultado de que ella es más legítima que cualquier alternativa realista. Un principio que tiene impecables credenciales desde el punto de vista de los criterios de validación implícitos en nuestro discurso moral, puede ser sin embargo descalificado o excepcionado si ello es necesario para preservar la vigencia de la Constitución.

Esto de ningún modo significa que los principios y procedimientos moralmente válidos no tengan relevancia en el discurso jurídico

ni que éste tenga autonomía respecto del discurso moral. En primer lugar, porque esos principios y procedimientos son el último tribunal de apelación en el primer nivel del razonamiento jurídico justificatorio, y dada la prelación de este nivel sobre el segundo, tal jerarquía determina los resultados del razonamiento en su conjunto. Y, en segundo lugar, porque aun esos principios y procedimientos tienen relevancia decisiva en el segundo nivel del razonamiento justificatorio, en la medida en que no sean incompatibles con las conclusiones alcanzadas en el primer nivel (de lo contrario serían autofrustrantes, puesto que neutralizarían las conclusiones alcanzadas mediante su propio empleo).

Hay varias posibilidades diferentes de que los principios y procedimientos moralmente válidos tengan relevancia en el segundo nivel del razonamiento jurídico justificatorio. En primer lugar, la preservación de la Constitución como convención o práctica social de ningún modo implica congelar esa convención o práctica. Las prácticas sociales pueden evolucionar sin por ello quebrarse. Muestra Dworkin muy bien cómo el objetivo que da sentido a la práctica puede cambiar, lo que puede determinar que luego vayan cambiando también las conductas y actitudes que constituyen la práctica. Esa evolución que es compatible con la preservación de la práctica no necesariamente implica, al contrario de lo que Dworkin sostiene, que las decisiones innovadoras deben ser realizadas de acuerdo con principios que permitan justificar coherentemente las otras acciones o decisiones que constituyen la práctica. Bien puede proponerse un principio incompatible con buena parte de las acciones o decisiones adoptadas hasta ahora, sobre la base de que ellas no han captado cuál es la base justificatoria de la práctica. Sin embargo, es cierto que sin algún respeto por conductas y decisiones precedentes constitutivas de la práctica, ésta puede resultar fatalmente socavada. Esta tensión entre producir una evolución de la práctica que la haga progresar hacia formas más perfectas de legitimidad y preservar la práctica, no puede resolverse según fórmulas exactas; requiere prudencia y una buena dosis de suerte (medida por el grado de adhesión relativamente únivoca que la nueva reorientación produzca).

Las reacciones confusas y ambiguas, el escepticismo sobre la capacidad de contención de comportamientos imprevisibles por parte de la práctica, y, por supuesto, una caída en la legitimidad subjetiva de esa práctica, son todos signos de fracaso en la tentativa audaz de reorientar la práctica.

Pero, en segundo lugar, es obvio que los principios y procedimientos moralmente válidos son relevantes en el segundo nivel del razonamiento jurídico justificatorio para decidir las inevitables indeterminaciones que, incluso una Constitución concebida como prácti-

ca o convención, presenta (ver a este respecto, ap. D). Estas indeterminaciones permiten en realidad un enriquecimiento y evolución de la práctica constitucional hacia formas más aceptables de legitimidad sin riesgo de ruptura, ya que son situaciones en que es posible buscar las soluciones axiológicamente preferibles sin enfrentar inconsistencias con implicaciones de la práctica. Aquí también hay una diferencia sustancial con el enfoque de Dworkin: él pretende minimizar los márgenes de opción en la interpretación jurídica, sobre la base de adoptar un enfoque según el cual las decisiones pasadas, no sólo determinan las soluciones que ellas explícitamente adoptan, sino que también tienen un peso gravitacional excedente sobre casos no explícitamente solucionados, ya que esos casos deben resolverse de acuerdo con principios que permitan justificar también las decisiones pasadas. Ello le permite a Dworkin sostener que no hay una diferencia tajante entre los casos resueltos por el derecho y los no resueltos. Creo que aquí también vale aludir a la tensión entre la preservación y la evolución de la práctica: es cierto que fortalece la práctica existente sobre cierto problema específico extender el peso gravitacional de decisiones pasadas para solucionar, sobre la base del mismo *standard* aplicando en ella, casos no explícitamente decididos, pero podría acercar la práctica a formas más perfectas de legitimidad, declarar que hay una laguna y resolverla de acuerdo con principios o procedimientos moralmente válidos. Esto hasta podría fortalecer la práctica constitucional en su conjunto, ya que elimina una fuente de tensión con exigencias de justicia, que podría llegar a minar la legitimidad subjetiva que la sustenta. Tampoco aquí, en que se trata de marcar los límites externos de la práctica existente con el propósito de lograr una extensión, hay fórmulas precisas.

Este tipo de razonamiento práctico escalonado de hecho está presupuesto por Rawls[48], cuando sostiene que sus principios de justicia no se aplican a acciones o decisiones particulares sino a la estructura básica de la sociedad –sus instituciones fundamentales que reglan las relaciones entre los individuos, y las de éstos con el poder estatal–. Más explícitamente, este tipo de razonamiento es defendido por Marcus Singer[49], cuando sostiene que hay una brecha inferencial entre los juicios morales que se refieren a instituciones y los juicios morales referidos a las acciones constituidas por la institución, de modo que de un juicio sobre la justicia o injusticia de una institución no se infieren –sin el auxilio de premisas adicionales– juicios sobre si alguna acción constituida por la institución debe o no realizarse.

[48] Rawls, *A Theory of Justice*, cap. I.

[49] Singer, Marcus, *Ética institucional*, en "Análisis Filosófico", vol. X, nº 2, nov. 1990.

Este tipo de razonamiento escalonado no es peculiar del ámbito jurídico; en el ámbito moral ha sido propuesto por el utilitarismo de reglas[50]. Los autores utilitaristas han pretendido, recurriendo a tal razonamiento, superar las objeciones frecuentemente levantadas contra su concepción, que implica soluciones contraintuitivas en casos como la pena (ya que bajo ciertas condiciones permite justificar la punición de un inocente) y que, sobre todo, es autofrustrante, ya que el intento de actuar de acuerdo con el principio de utilidad produce soluciones anti-utilitarias. De este modo se ha propuesto que el principio de utilidad no debe aplicarse directamente a actos sino a reglas generales. Son estas reglas las que deben ser utilizadas para justificar los actos individuales sin acudir al principio de utilidad. Hay una gran diferencia entre quienes adoptan este enfoque según estén pensando en reglas ideales –cuya adopción general produciría buenos resultados utilitarios y deben ser empleadas para justificar actos aun cuando no hayan sido efectivamente adoptadas– o en reglas realmente vigentes. Esta segunda versión se aproxima al enfoque aquí adoptado salvo que, en primer lugar, los principios y procedimientos justificatorios de la práctica que se proponen no son de índole utilitaria, y, en segundo lugar, como acabamos de ver esos principios justificatorios son relevantes, también en el segundo nivel del razonamiento práctico jurídico con tal de que no sean incompatibles con los resultados alcanzados en el primer nivel del razonamiento sobre la base de ellos mismos.

También Hare[51] propone una distinción análoga aunque con diferencias relevantes: sostiene una especie de división del trabajo en la deliberación moral entre los momentos en que podemos ejercerla con plenitud y en que debemos aplicar el principio de utilidad, y los momentos en que nuestras posibilidades de deliberación son limitadas y debemos basarnos en reglas pragmáticas legitimadas en aquellos momentos de plenitud deliberativa. Esto no es lo que aquí se propone: no se sugiere que hay órganos con mayores posibilidades de deliberación que otros o que hay ocasiones en que esos órganos pueden profundizar sus deliberaciones hacia el nivel más básico. Los jueces pueden desarrollar simultáneamente los dos niveles del razonamiento práctico jurídico con tal de que respeten la prelación entre ellos, no llegando en el segundo nivel a conclusiones que sean incompatibles con los resultados alcanzados en el primero.

También este tipo de razonamiento práctico escalonado se ejerce en ámbitos ajenos a la moral. Por ejemplo, las razones para

[50] Ver referencias a este tipo de utilitarismo en Nino, *Introducción al análisis del derecho*, cap. VII.

[51] Hare, R. M., *Moral Thinking*.

practicar un juego o un deporte no son razones que deban alegarse en el desarrollo del juego o del deporte. Si la razón para jugar cierto juego es, por ejemplo, la diversión que éste produce, no podemos decidir las movidas del juego sobre la base de cuál de ellas produce más diversión; ello seguramente frustraría la diversión que nos llevó a jugar. Lo mismo, si practicamos un deporte para mantenernos físicamente en forma, no podemos decidir cada uno de los movimientos que permite el deporte en cuestión, de acuerdo a qué es lo que más contribuye a nuestro fortalecimiento físico.

Esta estructura de principios que llevan a adoptar formas de acción que no pueden basarse directamente en los mismos principios so pena de frustrarlos, sugiere que es la estructura apropiada para resolver problemas de coordinación del tipo del dilema de los prisioneros. Como se sabe, estas situaciones se producen cuando el esquema de interacción es tal que la acción más apropiada desde el punto de vista del autointerés de cada cual es una que, una vez generalizada, termina frustrando ese autointerés. Una de las salidas de esa situación de encerrona consiste en actuar de acuerdo con principios morales altruistas y no de acuerdo con *standards* de autointerés; paradójicamente ello puede permitir satisfacer, en última instancia, tal autointerés. Sin embargo, hay una diferencia sustancial entre esta salida y el razonamiento práctico escalonado que se propone para el derecho: los principios morales no pueden ser aceptados por razones de autointerés sin perder su carácter de tales, puesto que el objeto de la moral es, precisamente, el de limitar el autointerés. En cambio, no hay ese tipo de tensión entre los principios morales que permiten justificar una práctica social frente a sus alternativas realistas, y el razonamiento que, para preservar esa práctica, debe a veces no tomar en cuenta tales principios morales para justificar acciones o decisiones.

Tanto la acción de los constituyentes, como la de los legisladores y jueces, y también la de la población en general en cuanto sigue la orientación de los primeros, puede verse como una acción colectiva. Como dice Searle[52] las acciones colectivas no son reducibles a acciones individuales, pero ello de ninguna manera implica, como supone Dworkin, la existencia de un sujeto colectivo. Lo que una acción colectiva presupone es una intención colectiva. Ahora bien, esto parecería implicar la necesidad de principios o fines comunes puesto que sin ellos no puede haber tal intención colectiva, con lo que parece que se justifica, de cualquier modo, la tesis dworkiniana de la integridad como aceptación coherente de principios com-

[52] Searle, John, *Collective Intentions*, ponencia en el Congreso Panamericano de Filosofía, Bs. As., 1989.

partidos. Pero el fin colectivo puede ser un fin muy general, como el resolver con justicia los conflictos sociales sobre la base de *standards* legítimos. Lo que permite individualizar a la acción colectiva en que consiste la práctica jurídica de cierta sociedad, es la referencia intencional de alcanzar ese fin por medio de esa misma práctica colectiva.

Este tipo de autorreflexividad es, como vimos, distintivo de toda práctica, a diferencia de las acciones meramente convergentes; pero la referencia a la misma práctica no define, necesariamente, el fin de la acción colectiva como ocurre con convenciones que son objetables desde el punto de vista de los presupuestos del discurso moral moderno; ese fin puede estar constituido por principios autónomos y la referencia a la práctica social forma parte de lo que se considera el medio adecuado para satisfacerlos.

La estructura del razonamiento práctico escalonado que se propone aquí para la aplicación constitucional puede ser diferenciado esquemáticamente de sus dos competidores principales –el colectivismo convencionalista y la proyección del razonamiento para acciones aisladas al plano de la acción colectiva– de la siguiente manera: para el primero, una cierta práctica social, o sea, un cierto complejo de hechos, es la base para inferir principios justificatorios válidos; para la reducción de la acción colectiva a acciones individuales aisladas, las prácticas sociales son sólo relevantes para justificar acciones o decisiones en la medida en que ellas puedan subsumirse en las circunstancias fácticas que –según los principios valorativos básicos– determinan una u otra consecuencia normativa; para la concepción del razonamiento jurídico escalonado los principios valorativos básicos sirven para determinar qué prácticas sociales tienen legitimidad, pero una vez que ello queda determinado, son tales prácticas las que determinan cuáles principios se aplican para justificar acciones y decisiones. De este modo, la concepción que, según creo, permite dar relevancia moral a la Constitución como convención, sin caer en el convencionalismo o en el comunitarismo, adopta una posición intermedia entre los extremos de derivar los principios justificatorios de ciertos hechos, o de descalificar absolutamente a los hechos en la derivación de principios; sólo principios determinados en forma autónoma permiten determinar qué hechos sociales son moralmente relevantes, pero, una vez identificados tales hechos, ellos permiten inferir principios justificatorios.

Como sugerí antes, esto responde a un tipo de racionalidad "de lo segundo mejor", porque los casos individuales serían mucho mejor resueltos, por definición, si pudiéramos justificar nuestras acciones y decisiones sobre la base de principios valorativos últimos. Pero no podemos hacerlo fuera de una práctica constitucional, y, para preservarla, en lugar de caer en otra o en ninguna, lo que por

hipótesis llevaría a peores soluciones, es que debemos conformarnos con justificar nuestras acciones y decisiones de modo compatible con la Constitución que tenemos, aunque tendiendo a su perfeccionamiento.

Esta forma de superar la aparente paradoja de la irrelevancia moral de la Constitución genera un nuevo enfoque de cómo interpretar, aplicar y hasta modificar una Constitución como la argentina. Implica que, a las dos dimensiones del constitucionalismo analizadas (ver ap. A) –la del respeto de derechos individuales y la de la adopción del procedimiento democrático de toma de decisiones– se agrega una tercera dimensión que es la de la preservación de la práctica constitucional vigente, en la medida en que sea relativamente compatible con tales ideales y haya posibilidades de orientarla en el futuro hacia una mejor satisfacción de ellos. Este enfoque de una Constitución como la argentina requiere una comprensión lo más acabada posible del desarrollo de la práctica constitucional vigente en sus diferentes planos –la práctica suele tener un primer plano, relacionado con el tratamiento de los derechos individuales, y un plano más básico, constituido por la organización del poder que determina ese tratamiento– y de sus posibilidades de reorientación respecto de las exigencias en materia de derechos y del procedimiento democrático de toma de decisiones, exigencias que también están en mutua tensión y que requieren una articulación adecuada. Esto es lo que se hará en el resto de este libro. Pero antes es necesario examinar cómo la cuestión de la interpretación de la Constitución debe ser tratada cuando la relevancia de tal Constitución está dada por su impacto en cuanto práctica o convención social en un razonamiento justificatorio escalonado.

D) La interpretación constitucional

§ 19. *Anatomía de una convención.* – La propuesta de solución de la paradoja sobre la superfluidad de la Constitución en el razonamiento práctico que he intentado desarrollar en el apartado precedente implica una concepción definida sobre la interpretación constitucional.

Esa concepción interpretativa sirve para prevenir otra paradoja que se extiende sobre todas las normas jurídicas y que no deja a salvo a la Constitución: la paradoja de la indeterminación radical. Como vamos a ver más adelante, cuando se advierten los distintos tramos del proceso de aplicación de una norma jurídica a un cierto caso en el que es necesario recurrir a presupuestos valorativos, el impacto del hecho legislativo o constituyente parece quedar reduci-

do a un mero texto, literalmente a la "hoja de papel" de la que hablaba Lasalle, ya que la interposición de diversas opciones axiológicas en los distintos tramos de ese proceso que comienza con el texto, parece conducir a las más variadas proposiciones normativas para justificar soluciones específicas.

Pero la razón por la cual la Constitución tiene impacto en el razonamiento práctico no está asociada a la relevancia de un texto y, por lo tanto, no hay motivo para pensar que lo que constriñe el razonamiento práctico-jurídico sea sólo un texto.

Hay, por cierto, muchos textos constitucionales, pero sólo la sanción de uno de ellos en un cierto ámbito tiene éxito, como vimos, en fundar una práctica o convención constitucional que da eficacia a las decisiones de legisladores y jueces, y aun de los ciudadanos en general, al constituirse en el rasgo saliente en el que se concentran las expectativas de la gente de que la generalidad actuará de cierto modo y las disposiciones de actuar de igual modo si los demás lo siguen haciendo así.

Lo que se requiere conservar, si se satisfacen principios valorativos ideales es, entonces, no un texto sino todo un *proceso convencional* que se puede iniciar o no –téngase presente los casos de Inglaterra e Israel– con la sanción de un texto.

Analicemos con más atención los elementos de ese proceso convencional. Para eso nos serán de utilidad los diferentes sentidos de "norma jurídica" que distinguí en el apéndice del capítulo I, ya que ellos denotan, en realidad, diferentes "cortes seccionales" de ese proceso convencional: la secuencia comprende actos lingüísticos, textos y prácticas, siendo las proposiciones normativas el lazo de unión de los elementos de estas secuencias.

Supongamos que el proceso convencional se inicie con una serie de actos lingüísticos prescriptivos[53], o sea, con actos que consisten en formular una o varias proposiciones normativas con la intención de que el mismo acto de formulación –dado quien lo ejecuta o las condiciones en que se ejecuta– sirva a otros, los destinatarios, de razón para ejecutar los actos a los que se refieren las proposiciones normativas en cuestión, sobre la base de otras razones morales o prudenciales que esos destinatarios tienen (p.ej., razones morales que dan legitimidad a quien formula la prescripción o razones prudenciales que aconsejan evitar las consecuencias negativas que pueden seguirse de no obedecer la prescripción).

Si el proceso convencional se inicia sin actos lingüísticos prescriptivos, como ocurrió en Inglaterra, el acto o los actos iniciales de

[53] Ver una caracterización de las prescripciones en Nino, *La validez del derecho*, cap. VI.

la práctica, por cierto, perdidos en el olvido del tiempo, debieron haber sido actos no lingüísticos y que, por lo tanto, no fueron realizados con la intención de que la formulación de una prescripción se tomara como razón auxiliar para justificar acciones o decisiones. Esos actos pudieron haber sido de muy distinta naturaleza, pero lo más probable es que fueran actos realizados por conveniencia o necesidad y sin conciencia inicial de su obligatoriedad, como pudo haber ocurrido con la observancia, por parte de los monarcas ingleses, de las decisiones de la Cámara de los Comunes.

Cuando el proceso convencional se inicia con actos lingüísticos prescriptivos, puede ocurrir –teóricamente– que esos actos no se concreten en un texto escrito sino en manifestaciones orales que se transmiten también oralmente sobre la base de la memoria, hasta que, tal vez, algunos de los transmisores las asientan por escrito, como ocurrió con las enseñanzas de Jesús. Pero, como es obvio, la mayoría de las convenciones constitucionales se inician con actos lingüísticos que se concretan en textos escritos.

Una vez que se cuenta con la manifestación oral y escrita del acto lingüístico prescriptivo, si éste es exitoso da origen a la regularidad de conductas y actitudes constitutivas de la práctica social. Esta regularidad de conductas y actitudes suele tener una conformación que se podría denominar "solapada" o "de tejado", ya que las conductas y actitudes sucesivas, como ya dijimos (ver ap. C) se van apoyando parcialmente en las anteriores pero, en general, van introduciendo elementos nuevos –a veces en forma radical y otras en forma moderada y hasta imperceptible– que permite que las nuevas conductas y actitudes apoyadas en ella tengan posibilidades distintas de continuar la práctica que las que tendrían si la práctica no existiera. Por cierto que esto permite también la posibilidad de variaciones y que la práctica se diversifique en ramificaciones que a veces nunca se reencuentran –piénsese en el caso de prácticas religiosas– y otras veces vuelven a convergir.

En la disección de los distintos tramos de formación de una convención, para el que recurrimos a los diferentes conceptos de norma jurídica, no se ha hecho lugar para el concepto que denota proposiciones normativas. Esto es así porque las normas jurídicas, como juicios deónticos, no ocupan un lugar en el proceso causal de formación de una convención sino que constituyen el contenido proposicional de los distintos fenómenos que sí intervienen en ese proceso. Ellas constituyen el contenido de la intención con que se ejecutan los actos lingüísticos prescriptivos, el significado de los textos que son el resultado de ellos. y el aspecto interno de la regularidad de conductas y actitudes. Tales proposiciones normativas permiten conectar estos distintos aspectos del proceso convencional –actos lin-

güísticos, textos y regularidad de conductas y actitudes–, y es a partir de su variación que detectamos la evolución o el quebrantamiento de la práctica.

Es obvio que en el caso de la convención constitucional, las conductas y actitudes que constituyen la práctica que se genera a partir (o no) de actos lingüísticos que se concretan (o no) en textos, están dadas por las decisiones de los distintos órganos de gobierno, y especialmente, pero no exclusivamente, de los jueces y de la Corte Suprema; también son decisivas para conformar la práctica constitucional las expectativas y actitudes de la población, que determinan la eficacia o no de aquellas decisiones y, por cierto, inciden sobre ellas. Piénsese, por ejemplo, en nuestra práctica constitucional específica sobre el estado de sitio: ella se integra con el art. 23 de la Const. nacional y sus antecedentes, pero también con las decisiones de sucesivos presidentes y del Congreso, con la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los demás jueces, y con las expectativas y actitudes de la población acerca del dictado del estado de sitio.

La conformación de "tejado" que tiene una práctica como la constitucional corresponde a la estructura del razonamiento práctico frente a las convenciones que se sugirió anteriormente (ver ap. C). Como vimos, esa estructura del razonamiento práctico escalonada en dos niveles se encuentra flanqueada por esquemas de razonamiento que si fueran ejercidos efectivamente darían una conformación diferente a la práctica social o la harían directamente desaparecer: el tipo de razonamiento convencionalista premoderno toma como razón última para justificar acciones o decisiones la regularidad de conductas y actitudes, cualquiera sea su valor, de acuerdo con principios aceptados autónomamente. Este tipo de razonamiento –que no respeta, como vimos, las exigencias del discurso moral, que nuestra cultura ha absorbido con creciente universalidad, de recurrir en última instancia a principios universales aceptados autónomamente– da lugar a prácticas sociales estáticas y ritualistas, en las que las sucesivas conductas y actitudes no agregan nuevos elementos de juicio a las precedentes. Por otro lado, se encuentra el tipo de razonamiento apropiado para acciones aisladas, en las que éstas se justifican directamente sobre la base de principios universales aceptados autónomamente. La aplicación de este tipo de razonamiento lleva, como vimos, al quebrantamiento de la práctica o convención para dar lugar, en el mejor de los casos, a una convergencia de comportamientos.

En cambio, la estructura de razonamiento práctico escalonada en dos niveles, al mismo tiempo que se apoya en conductas y actitudes precedentes, permite avanzar sobre ellos. Por un lado la necesidad de justificar la regularidad de conductas y actitudes sobre la

base de principios autónomos y universales exige hacer, seguramente, recortes en tal regularidad, de modo de hacerla compatible con las exigencias de esos principios, sin romper –si se juzga apropiado desde el punto de vista moral– la generación de expectativas y actitudes, que es lo que habilita la posibilidad de tomar decisiones eficaces. Por el otro lado, esos principios valorativos son aplicables para generar nuevas soluciones en los intersticios que deja abiertos la trama de la práctica social. Al examen de estos intersticios estará dedicado el parágrafo siguiente.

§ 20. ***Distintos pasos de la aplicación de normas constitucionales.*** – Cuando examinamos con detenimiento la trama en que consiste una práctica constitucional, es fácil advertir que ella tiene una textura relativamente poco consistente y densa. Es ésta la principal fuente de creatividad en el desarrollo de las prácticas constitucionales y lo que permite afirmaciones como ésta famosa del juez Marshall[54]: "No debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando, una Constitución destinada a resistir épocas futuras, y consiguientemente a ser adaptable a las variadas crisis de los asuntos humanos".

Este carácter considerablemente abierto de la práctica jurídica, en general, y particularmente de la práctica constitucional se pone de manifiesto si ahora hacemos un examen transversal del proceso de aplicación de cualquier norma jurídica a un cierto caso y tomamos nota de los distintos pasos involucrados en ese proceso y, fundamentalmente, de los pasos que entrañan recurrir a consideraciones valorativas. Los pasos de ese proceso son, como mínimo los siguientes:

a) *Determinación del material jurídico relevante.* Éste es un paso de índole valorativo y corresponde al primer nivel del razonamiento escalonado que vimos en el apartado precedente como apropiado a la actuación en un contexto convencional. En este paso es necesario recurrir a principios que dan legitimidad a ciertas fuentes de autoridad, como la justificación de la democracia, y que indican soluciones sustantivas que muestran la plausibilidad moral o no de observar la regularidad de conductas y actitudes en que consiste una práctica jurídica. Es posible, como vimos, que esa observancia sólo esté justificada parcialmente y sea necesario, por lo tanto, hacer una selección que sea compatible con la preservación de la práctica de esas conductas y actitudes, intentando, de este modo, reorientar la práctica originaria. Este primer paso es ineludible dada la estructura del razonamiento práctico justificatorio que hemos analizado (ver ap. B).

[54] Mc. Culloch v. Maryland, 4 Wheaton, 316, 1819.

b) *Hallazgo del material jurídico relevante.* Este paso depende del anterior y requiere operaciones ya no valorativas sino de índole empírica: una vez aceptados principios valorativos que seleccionan como relevantes materiales jurídicos, corresponde luego descubrir esos materiales. Esto a veces es una operación sumamente sencilla, y a veces es compleja, como lo sabe todo jurista o abogado que hurga por fuentes jurisprudenciales que se compadezcan con los criterios valorativos sentados en el paso anterior. Cuando comprendemos que también son parte de la práctica constitucional las conductas, actitudes y expectativas de la población en general, la operación empírica de descubrir estos componentes adquiere, también, complejidad. Hay veces en que la operación de hallazgo de materiales relevantes es inescindible de consideraciones valorativas y lógicas que corresponden a otros pasos, como cuando hay conflictos entre diversos textos –recuérdese las famosas diferencias entre distintas ediciones oficiales del Código Civil– o, más relevantemente, cuando es cuestionable la legitimidad de la autoridad que es fuente del material.

c) *Asignación de sentido a los materiales relevantes.* Hasta ahora quien recorre este proceso para aplicar una norma jurídica a cierto caso, tiene ante sí una serie de hechos o de entidades –actos lingüísticos, textos, conductas, actitudes– que, obviamente y tal como lo dijimos antes (ver ap. B), no le sirven para justificar una acción o decisión. Para ello necesita pasar de esos materiales a proposiciones normativas. Y para pasar a proposiciones normativas a partir de ciertos textos, actos o prácticas no sólo son necesarios principios normativos que legitimen tales actos, textos o prácticas sino también asignarles a éstos un significado. Es decir cuando pasamos del juicio *el constituyente C ha prescripto: "nadie puede ser detenido sin orden escrita de autoridad competente"*, que no permite justificar una acción o decisión, a *nadie puede ser detenido sin orden escrita de autoridad competente*, que sí lo permite, no sólo es necesario presuponer un principio del tipo *el constituyente C es una autoridad legítima y debe ser obedecido* sino que también es necesaria una regla de interpretación que permita eliminar las comillas existentes en la primera frase.

La tarea de asignar significado a actos lingüísticos, textos y prácticas es un paso valorativo sumamente complejo y controvertido. Hay generalmente dos grandes criterios que compiten para asignar tal sentido: el *subjetivista*, que toma en cuenta la intención del agente del acto lingüístico, del autor del texto o de los participantes en la práctica, y el *objetivista*, que toma en consideración el uso común y regular de las expresiones empleadas en aquéllos, independientemente que coincidan o no con esas intenciones. Esta

competencia entre diferentes criterios se da en forma muy aguda, como es sabido, en materia constitucional, manifestándose en la controversia entre los *originalistas*, que pretenden tomar en cuenta las creencias y actitudes de los padres fundadores, y los partidarios de una interpretación *progresiva*, que toman en cuenta el significado objetivo de los términos empleados en la Constitución en el momento de su aplicación (se verá esta cuestión en el § 21).

d) *Descubrimiento del sentido de los materiales relevantes.* Éste es un nuevo paso empírico, ya que –una vez decidido que los materiales relevantes deben interpretarse de acuerdo con la intención de sus autores, con el uso común del lenguaje empleado, o con alguna alternativa intermedia– el que aplica la norma a un caso concreto debe descubrir cuál fue, efectivamente, tal intención o cuáles son las convenciones lingüísticas pertinentes de la comunidad. Este proceso también puede ser sumamente arduo –sobre todo en el caso de textos sancionados hace bastante tiempo– y muchas veces las operaciones empíricas se entremezclan de nuevo con cuestiones valorativas o lógicas. Por ejemplo, si se requiere determinar la intención del autor del texto, ello requiere criterios valorativos –como luego veremos– para determinar el nivel de abstracción de esa intención, a fin de decidir, entre varias intenciones, cuándo se trata de sanciones por parte de diversos órganos o de órganos colectivos, para elegir entre manifestaciones de intención que a veces arrojan resultados incompatibles. Es en este nivel del proceso de aplicación de una norma donde se advierten las indeterminaciones semánticas y sintácticas que luego veremos, como las que están producidas por vaguedad, textura abierta o ambigüedades de diversa índole.

e) *La inferencia de consecuencias lógicas de los materiales interpretados.* Para resolver casos genéricos o individuales no basta con las proposiciones normativas que se asignan en el paso anterior a los materiales jurídicos relevantes, sino que hay que inferir sus consecuencias lógicas para los casos en cuestión. Ésta es una operación de índole lógica en la que debe recurrirse a reglas de inferencia apropiadas, como las reglas *modus ponens* o *modus tollens*. En muchos casos esta operación es tan sencilla que hasta se hace inconscientemente (nadie repara en el pasaje de una norma que habla acerca de todas las personas o todos los seres humanos a las consecuencias lógicas de ellas constituidas por normas que se refieren específicamente a las mujeres o a los hombres de treinta años y cabello rubio). En otros casos, la inferencia de las consecuencias lógicas de una norma o, sobre todo, de un conjunto de normas requiere operaciones lógicas intrincadas que, a veces, se facilitan recurriendo al empleo de símbolos apropiados. Es en este paso donde aparecen los problemas lógicos de interpretación como son las lagunas, las

contradicciones, las redundancias, a los que luego haremos referencia (ver § 22).

f) *Superación de las indeterminaciones.* En los dos pasos anteriores se advierten, como vimos, indeterminaciones semánticas, sintácticas y lógicas. Por cierto que no es posible aplicar la norma en cuestión a un caso concreto sin superar tales indeterminaciones. Ello, como más adelante lo analizaremos (ver § 22), es un paso ineludiblemente valorativo, aunque haya sido una pretensión permanente del pensamiento jurídico lograr esa superación por medio de operaciones lógicas, axiológicamente neutras. La pretensión, como veremos, es vana, y sin recurrir a principios valorativos no es posible elegir entre dos o más normas contradictorias, llenar una laguna, seleccionar el sentido de una expresión o de una conexión sintáctica ambigua o fijar el límite de aplicabilidad de una expresión real o potencialmente vaga. Los diferentes criterios de interpretación a que se suele acudir para resolver estos problemas, sufren ellos mismos de indeterminaciones, y, dadas sus propias inconsistencias, como veremos, no pueden ser aplicados sin una previa opción valorativa.

g) *Subsunción del caso individual en la norma.* Este paso es el que pone término a la tarea de aplicación de una norma al caso. Éste es un paso en cierto sentido mixto: por un lado, requiere una nueva derivación de implicaciones lógicas aplicables estrictamente al caso individual, una vez que el sistema normativo relevante ha sido reconstruido, eliminándose sus indeterminaciones; por otro lado, requiere, por supuesto, las operaciones empíricas necesarias para determinar las propiedades del caso; pero también en este paso intervienen consideraciones valorativas. Si las intuiciones juegan algún papel en la formulación de juicios valorativos, es posible que la inadecuación de los principios valorativos a los que se ha apelado en los pasos anteriores recién se ponga de manifiesto en este nivel en el que, finalmente, la norma es aplicada para resolver el caso individual. Es posible que esa inadecuación se ponga de manifiesto, advirtiendo que el caso presenta una propiedad que debería ser relevante pero que no lo es según el sistema jurídico (lo que según Alchourrón y Bulygin constituye, como veremos, una laguna axiológica). Esto determinará la revisión de las valoraciones que se han hecho en los pasos anteriores de este proceso de aplicación de una norma jurídica a un caso.

Una vez diferenciados estos diversos pasos del proceso de aplicación de normas jurídicas a casos individuales, se advierte por qué se sostuvo antes que la trama constituida por una práctica jurídica es sumamente laxa, sobre todo en el caso de la práctica constitucional que, como luego veremos, presenta todavía mayores indetermi-

naciones que el resto de las convenciones jurídicas. Aunque la Constitución no es un mero texto en cuanto a su impacto en el razonamiento práctico, y, en consecuencia no se da la paradoja de la indeterminación radical, el proceso por el cual la convención constitucional se desarrolla es un proceso que requiere en sus distintos pasos, como acabamos de ver, el recurso a valoraciones que no están determinadas por las conclusiones de los pasos anteriores. Esto es lo que permite a una convención jurídica, como la constitucional, adaptarse sin fracturas a diferentes circunstancias y a posibles crisis, como decía Marshall.

Pero esto todavía no puede ser del todo comprendido si no se analizan con más cuidado algunos de los problemas que vimos al describir los diversos pasos de la aplicación de normas jurídicas a determinados casos.

§ 21. *Interpretaciones subjetiva y objetiva de la Constitución.* – El tema del papel de la intención del legislador, y en especial del constituyente, en el proceso de interpretación jurídica es uno de los más controvertidos y divide escuelas de pensamiento. Sobre todo en Estados Unidos, el enfrentamiento entre originalistas y constructivistas o partidarios de un enfoque progresivo respecto de la interpretación constitucional, determina profundos debates académicos, judiciales y hasta políticos.

En principio, quienes defienden el recurso a la intención para interpretar un texto constitucional parecen contar con argumentos muy sólidos. El significado de toda pieza de lenguaje depende de la intención de quien lo emplea, ya que el lenguaje es un medio de comunicación y la comunicación se da en la medida en que la intención del emisor sea captada por el receptor; ¿por qué debería ser distinto el caso de los textos jurídicos o constitucionales? Si no nos dejamos perturbar por la trascendencia de la cuestión y por las especulaciones filosóficas que la rodean, un texto constitucional o legislativo es una pieza de lenguaje que ha sido empleada con el fin de comunicarse ¿por qué deberíamos convertirla en otra cosa, mediante el recurso a presupuestos extraños al proceso de comunicación? Si las necesidades en función de las cuales está el derecho se satisficieran por otros medios que eximieran del empleo del lenguaje, se usarían tales medios.

Sin embargo, las cosas no son tan fáciles como el argumento expuesto parece indicar. En principio, es cierto que cuando se afirma algo se tiene la intención de transmitir una creencia, y que cuando se prescribe algo, como vimos, se tiene la intención de que la formulación de un juicio normativo sirva como razón para que, una vez combinada con razones operativas que se supone que el receptor tie-

ne, se acepte ese juicio normativo y se actúe en consecuencia. Pero ¿por qué el empleo de ciertas palabras permite satisfacer esas intenciones, transmitiendo al receptor la creencia de que el emisor tiene la intención de expresar una cierta creencia en determinada proposición o la intención de que su formulación forme parte del razonamiento práctico del receptor? Esto sólo se logra gracias a convenciones que asocian ciertos actos lingüísticos con determinadas intenciones. Describe Blackburn[55] esas convenciones como sigue: "se da una regularidad convencional en el grupo G que uno usa S con los indicadores de la fuerza asertiva sólo si uno intenta mostrar una creencia en p". Esto implica que es una convención la que determina que el empleo de ciertas palabras con determinada fuerza implique una determinada intención, sea de transmitir una creencia o de que la formulación de una proposición sea razón para aceptarla. Por lo tanto, aparentemente, son las convenciones sociales lingüísticas las que permiten asociar determinadas palabras con cierta intención, y no es el caso de que la intención permita asignar a las palabras un significado diferente del que surge de las convenciones.

Aunque lo anterior pueda ser controvertido, lo es menos que las intenciones con que usamos el lenguaje generalmente son deferentes hacia las convenciones, aunque todos tenemos la experiencia de que, a veces, nos equivocamos acerca de las convenciones lingüísticas, empleando "mal" el lenguaje con el que queremos expresar nuestras intenciones más específicas que la intención de expresar a éstas a través de las convenciones.

De cualquier modo, es cierto que las intenciones del emisor pueden tener más profundidad que el significado asignado por las convenciones lingüísticas. Ello ocurre, entre otros, en los casos de ambigüedad semántica o sintáctica. Por ejemplo, mientras las palabras "el gato está debajo del auto" pueden expresar proposiciones diferentes, es obvio que la intención de un emisor en una cierta ocasión será la de expresar su creencia en una pero no en otra de tales proposiciones. Por lo tanto, conviene ver con un poco más de cuidado los problemas de la determinación de la intención del emisor de un texto jurídico o constitucional.

El primer problema, que ya mencioné antes al pasar, es el de seleccionar *los hechos que constituyen manifestaciones* de la intención: puede haber exposiciones de motivos, discursos parlamentarios, comportamientos del legislador o del constituyente que apunten en direcciones diferentes sobre cuál puede ser la proposición normativa que el legislador o constituyente quiso formular. La opción de dar

[55] Blackburn, Simon, *Spreading the word*, p. 124.

preferencia a unas sobre otras no puede estar sino fundada en consideraciones valorativas, ya que es obvio que no puede basarse en la intención misma del constituyente o en textos que después hagan preciso recurrir a la intención para su interpretación.

Luego está el problema de construir una intención a partir de *la intervención de una pluralidad de órganos o de órganos colectivos*. En el caso de las leyes ello es especialmente complejo puesto que, en nuestro sistema, intervienen dos órganos colegiados –la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados– y el Presidente, que promulga la ley y que, a veces, ha tenido la iniciativa; sin contar con el hecho de que la iniciativa real puede haber partido de uno o varios ministros, o subsecretarios o asesores. Reconstruir una intención en un cuerpo colegiado es especialmente difícil: los que votaron por la iniciativa pueden haber tenido intenciones muy diferentes, algunas no expresadas; más aún, entre las intenciones expresadas a favor de la misma norma puede haber contenidos contradictorios. De más está decir que la reconstrucción de la intención subyacente a textos sancionados por órganos colegiados y plurales implica una completa idealización que es también el resultado de una serie de valoraciones.

Más tarde viene el tema de hasta qué punto es admisible reconstruir la intención del constituyente tomando en cuenta *circunstancias contrafácticas*. Por ejemplo, yo tomo un vaso con la intención de beber su contenido en la creencia de que es limonada; si supiera que tiene cianuro no tendría la intención de beber el contenido. Un legislador puede promover una ley de locaciones para beneficiar con alquileres más bajos a los locatarios; si supiera que el efecto de la ley será el de provocar un alza del precio de las locaciones, seguramente no tendría la intención de promoverla. Frecuentemente, las intenciones de los autores de un texto constitucional muy antiguo han avalado algunas de sus normas sobre la base de creencias fácticas, que el avance de la ciencia ha demostrado falsas, o tomando en cuenta un conjunto de fenómenos que han ido variando con el tiempo. Por ejemplo, la Constitución habla de libertad de prensa, dado que, prácticamente, el único medio de comunicar masivamente las ideas en aquella época era mediante impresos. Con el tiempo, aparecieron la radio, el cine, la televisión, el video, etcétera. De haber previsto el constituyente estos medios, ¿les habría extendido la misma protección, incluyendo la prohibición de dictar leyes federales que los reglamentaran? La respuesta depende de hipótesis contrafácticas y no puede darse sin –nuevamente– una valoración de cuáles de las múltiples propiedades, que distinguen y hacen análogos a todos estos medios, el constituyente hubiera tomado como relevantes para asignarles o negarles la misma protección.

Esto se relaciona con el tema del *nivel de abstracción* con que debe describirse la intención del legislador. En un ejemplo anterior, se puede describir mi intención como la de beber el contenido del vaso, y esa intención ha sido satisfecha por mi acción; pero, obviamente, mi intención aparece frustrada si la describo como la de beber limonada. Esto muestra cómo se puede decir correctamente si hemos satisfecho o no la intención del constituyente, según el nivel de abstracción con que la describamos. Se puede sostener que la intención de limitar la expropiación a la utilidad pública, por parte del art. 17 de la Const. nacional, fue la de impedir la transferencia de bienes entre particulares, y entonces resultará frustrada esa intención si se expropia a alguien un bien para transferirlo a otro que lo necesita más. Pero, seguramente, aun cuando sea verdad que el constituyente haya tenido esa intención, ella tambien puede describirse como la intención de impedir que la sociedad se perjudique, puesto que, seguramente, el constituyente pensaba que la sociedad se perjudicaría si se admitieran expropiaciones para transferir los bienes a otros particulares.

De modo que alguien podría sostener con verdad que la intención del constituyente, al limitar las expropiaciones a la utilidad pública, es asegurarse que ellas no perjudiquen sino que beneficien a la sociedad, y concluir, por lo tanto, que están acordes con la intención del legislador las expropiaciones para transferir bienes entre particulares si ello beneficia a la sociedad. En última instancia, esto no es más que un caso de reconstrucción de la intención del constituyente sobre la base de hipótesis de cuál hubiera sido ella en el caso de que algunas de sus creencias relevantes no fueran falsas o que conociera la existencia de hechos o técnicas que no conocía.

El extremo de reconstrucción de intenciones se da cuando las creencias que se corrigen son de tipo valorativo, de modo que le imputamos al constituyente la intención que habría tenido si hubiera adoptado juicios valorativos correctos. Al fin y al cabo, la intención del constituyente podría definirse con el máximo nivel de abstracción, como la intención de hacer justicia y prescribir procedimientos correctos, por lo que cualquier solución considerada justa o correcta satisfaría la intención del constituyente descripta con este nivel de abstracción. De más está decir que, de nuevo, no hay criterios valorativamente neutrales para fijar cuál es el nivel de abstracción apropiado con el que la intención del constituyente debe describirse.

Estas consideraciones muestran que la intención del constituyente es una construcción a partir de un cúmulo de valoraciones. Frente a esto bien se puede sostener que es más honesto aplicar directamente esas valoraciones para la selección del significado del

texto a interpretar sin la intermediación de esa intención. Como dice Ross[56], en última instancia, la diferencia entre una interpretación objetiva y subjetiva se reduce a dar mayor relevancia a las circunstancias del contexto en que la norma fue dictada, o a las del contexto en que ella es aplicada.

Aun reducida de esta manera, la opción entre una interpretación subjetiva u objetiva no tiene mayor significación para una concepción sobre la relevancia de la práctica constitucional en el razonamiento práctico, como la que se defiende en este trabajo. Pero esto lo vamos a ver como parte de un análisis general sobre las convenciones interpretativas, que se hará al final. Antes es útil analizar las clases de indeterminaciones que puede padecer un texto constitucional.

§ 22. ***Indeterminaciones constitucionales.*** – Es un lugar común decir que una Constitución se hace para regir los destinos de un país durante un tiempo indefinido, afrontando contingencias y crisis futuras que no son fáciles de prever en el momento de su sanción. Esto hace que su lenguaje deba ser, por fuerza, lo suficientemente vago y general para permitir esa adaptación. La vaguedad del lenguaje no siempre es un defecto sino que muchas veces es un instrumento indispensable de comunicación (adviértase lo difícil que sería comunicarse si no contáramos con palabras como "rojo", "gordo", "largo", "calvo", y las reemplazáramos por expresiones que no pudieran ser usadas sin medir la frecuencia de onda, el peso de la persona, la longitud del objeto o la cantidad de cabellos que exhibe el aludido).

Por otra parte, las constituciones son generalmente el resultado de compromisos entre ideologías e intereses contradictorios que se reflejan en tensiones entre distintas disposiciones. Bien decía Alberdi: "La Constitución está llamada a contemporizar, a complacer hasta cierto grado algunas exigencias contradictorias, que no se deben mirar por el lado de su justicia absoluta, sino por el de su poder de resistencia, para combinarlas con prudencia y del modo posible con los intereses del progreso general del país"[57]. Esto se muestra claramente en una Constitución como la española de 1978, algunas de cuyas cláusulas recogen principios del liberalismo económico, mientras otras reflejan aspiraciones socialistas. Esto hace que la Constitución no sea obstáculo para la obra de gobiernos democráticos de diferentes tendencias.

[56] Ver Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 118.

[57] Alberdi, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, p. 137.

Por lo tanto, las indeterminaciones que ahora mencionaré, no siempre son el resultado de defectos de redacción, sino que en muchos casos son recursos intencionales y funcionales para hacer un compromiso entre diferentes exigencias y permitir la adaptación de la Constitución a circunstancias diversas. De cualquier modo constituye un desafío que hay que encarar, como vimos, en el proceso de aplicación a circunstancias particulares.

a) *Semánticas.* Repasaremos someramente los conceptos de vaguedad y de ambigüedad.

1) *Vaguedad.* La vaguedad de las palabras es, como vimos, un rasgo inevitable y hasta útil de los lenguajes naturales. Hay diversos tipos de vaguedad. El más común es el de la *vaguedad por gradiente*, como en el caso de todos los ejemplos mencionados antes, que ocurre cuando una palabra, "rojo" o "gordo", por ejemplo, hace referencia a objetos o fenómenos que se dan en la realidad como parte de un continuo, sin indicar claramente en qué punto de ese continuo es apropiado emplear la palabra y desde qué punto deja de serlo. Otro tipo de vaguedad es la *combinatoria*, que se da cuando la palabra no se define por una serie de propiedades necesarias y suficientes, sino que hay un conjunto de propiedades relevantes que, dado un número indefinido de ellas, permiten emplear la palabra, pero cualquiera de ellas puede faltar y la palabra emplearse lo mismo con propiedad si hay un número suficiente de las restantes; los ejemplos más comunes de este tipo de vaguedad que se suelen mencionar son los de las palabras "casa", "oro", "juego".

Por último está el tipo de vaguedad por *textura abierta*, que es una vaguedad potencial que afecta a todas las expresiones de los lenguajes naturales, ya que, por más que se den las propiedades que hacen permisible el empleo de la palabra, el objeto puede presentar propiedades extraordinarias que nos hacen dudar sobre la propiedad de tal aplicación (el ejemplo famoso que da Hart[58] sobre este tipo de vaguedad, es el de la palabra "vehículo", empleada en una ordenanza que prohíbe circular con ellos en los parques públicos, enfrentada al caso de un triciclo de niño).

Por cierto que nuestra Constitución, desde sus orígenes, presenta muchos ejemplos de vaguedad de uno u otro tipo. Comenzando, como ejemplo, por el art. 1°, las tres expresiones con que se califica al Gobierno de la Nación: "representativo", "republicano" y "federal", son considerablemente imprecisas. ¿Es representativo un gobierno en el que no votan las mujeres? ¿O en el que no se adopta el sistema de distritos uninominales? ¿Es republicano un gobierno

[58] Hart, *El concepto de derecho*, cap. VII.

en el que sigue existiendo el proceso escrito? ¿Es federal un gobierno con la estructura de empresas nacionales que se han generado en nuestro país? Pasando, casi al azar, al art. 6º, son considerablemente vagas las expresiones "perturbado", referida al orden público provincial como justificativo de la intervención o "amenazada", referida a la "seguridad nacional" (que también –¡si lo sabremos los argentinos!– es una expresión que se presta a las interpretaciones más antojadizas). Es bien conocida la vaguedad de las cláusulas que integran el art. 14: ¿cuáles son los límites exactos del concepto de "industria lícita"? El derecho de "transitar" por el territorio nacional ¿implica el de hacerlo por cualquier vía pública sin pago de peaje? ¿qué es "profesar libremente un culto"? (¿incluye, por ejemplo, el ejercicio del curanderismo?). Por cierto que uno de los casos más complejos de vaguedad de nuestra Constitución está dado por la expresión del art. 14 de que los derechos allí enumerados deben ser ejercidos conforme a las leyes que "reglamenten" su ejercicio, leyes que, según el art. 28, no podrá "alterarlos". El límite entre la reglamentación y la alteración es extraordinariamente impreciso, y es un continuo rompecabezas para la Corte Suprema el definirlo aceptablemente. Cuando en el art. 17 se habla de "utilidad pública" ¿cuáles son los alcances precisos de esta expresión? ¿Cuál es la designación exacta de la palabra "domicilio" usada en el art. 18? (¿comprende el recoveco en el que duerme alguien en una estación de subterráneo?). ¡Ni qué decir de la exigencia del mismo artículo de que las cárceles de la Nación sean sanas y limpias! ¿Comprende el "ausentarse de la Capital Federal", para el que el Presidente debe pedir permiso, según el art. 86, inc. 21, el pasar por Avellaneda o el ir a dormir a Olivos?

2) *Ambigüedad.* Una palabra es ambigua cuando tiene más de un significado. Hay casos muy claros en que se presenta esta anfibología, por ejemplo en el caso de las expresiones "gato", "prenda", "cabo", "banco". Hay otros casos en los que la detección de la ambigüedad es más difícil, puesto que los diversos significados tienen alguna relación entre sí, como en el caso de la ambigüedad llamada de "proceso-producto" (ejemplificada con palabras como "construcción" o "pintura") en que la misma expresión hace referencia tanto a una actividad como al resultado de esa actividad. También se producen ambigüedades que provocan confusión con el empleo metafórico de expresiones que hacen que a veces pueda haber dudas entre ese uso y el literal (p.ej., si se dice que Pedro es una persona de una gran riqueza, podemos vacilar sobre si la referencia es al patrimonio de Pedro o a sus dotes humanas y espirituales).

Hay algunas cláusulas en la Constitución que sufren de este tipo de ambigüedad semántica. Tal vez el caso más notorio es el de la

expresión "sostener" que emplea el art. 2º para referirse a la obligación del Estado respecto del culto católico. Como se sabe hay dos interpretaciones principales: están los que argumentan que el verbo designa sólo el apoyo financiero, como se muestra por el rechazo de la propuesta de Alberdi y de varios constituyentes, como veremos más adelante, que rezaba "La Confederación *adopta* y sostiene", y otros que argumentan que sostener incluye la idea de hacer suya, de profesar, de mantener como verdadera. Otro caso importante de ambigüedad de la Constitución está dado por la expresión "acciones privadas" empleada en el art. 19 para definir la esfera de no interferencia estatal; se puede sostener que esa expresión se refiere a las acciones realizadas en la intimidad, o que se refiere, en cambio, a las acciones que sólo infringen una moral privada que no concierne a los intereses de terceros; como veremos más adelante, esta diferencia de interpretación tiene implicaciones filosófico-políticas cruciales.

Otro caso de ambigüedad puede estar constituido por la expresión del art. 18, de nadie "puede ser... sacado de los jueces designados por ley antes del hecho de la causa", ya que puede entenderse que la cláusula exige que la persona del juez que ocupa el tribunal debe estar nombrada en su posición antes del hecho, o que el tribunal debe estar constituido antes del hecho. También es ambigua la exigencia del art. 96 de que la compensación de los jueces no podrá ser "disminuida en manera alguna": ¿Se refiere a la remuneración nominal o a su valor adquisitivo? (la plausibilidad de la última alternativa está dada por el hecho de que la disminución por inflación no es un acto deliberado de los poderes públicos que pueda ser usada como discriminación persecutoria contra los jueces).

También hay una doble ambigüedad en el art. 30, cuando prescribe que la necesidad de la reforma de la Constitución debe ser declarada por el Congreso, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros, lo que deja abierta la posibilidad de que, por un lado, se entienda o bien que el Congreso debe actuar en conjunto y que los dos tercios de miembros que aprueben la reforma son de la Asamblea legislativa, o que la declaración debe ser sancionada separadamente por cada Cámara con la aprobación de dos tercios de los miembros de cada una, y, por otro lado, que se entienda, o bien que los miembros de los que se habla, sean de cada Cámara o del Congreso en conjunto, son sólo los miembros presentes en la votación o son todos los legisladores en actividad.

b) *Sintácticas.* Los casos más claros de indeterminaciones sintácticas están dados por ambigüedades no ya de palabras sino de oraciones, las que pueden expresar más de una proposición no sólo cuando alguna de sus palabras es ambigua sino también cuando las

conexiones sintácticas permiten varias interpretaciones. Ello puede ocurrir con adjetivos o adverbios que se emplean después de una serie de sustantivos o verbos y resulta indeterminado si califican sólo al último de ellos o a toda la serie; o con frases relativas que generan la duda de si se refieren a todos los términos de una conjunción o disyunción precedente; o con el empleo de la disyunción "o" que puede tener un sentido incluyente o excluyente, etcétera. (Algunos ejemplos corrientes de estas indeterminaciones están dados por frases como "las casas y los departamentos de más de 100 m^2 sufrirán un recargo en la tarifa de Obras Sanitarias"; "los abogados y escribanos que ejerzan en la Capital podrán pedir informes al Registro de la Propiedad de esta jurisdicción"; "quienes hayan incurrido en evasión dolosa de impuestos podrán ser sancionados con dos meses a un año de prisión o con multa del quíntuple del monto de la evasión".)

Nuestra Constitución presenta algunos casos de ambigüedades sintácticas. La primera parte del art. 19, que ya fue mencionado, sirve otra vez de ejemplo, puesto que es posible sostener que la referencia a "acciones privadas", a acciones "que de ningun modo ofendan al orden y la moral pública", y a acciones que no "perjudiquen a un tercero", son todas descripciones alternativas de la misma propiedad de las acciones, que sirven para aclararse mutuamente, o que son descripciones de propiedades distintas que deben darse acumulativamente para que una acción esté exenta de la autoridad de los magistrados.

Otro caso de ambigüedad sintáctica está dado por el art. 86, inc. 6º, cuando afirma que el Presidente "puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal", dejando aparentemente indeterminado si el verbo "indultar", al igual que "conmutar", tiene como objeto "las penas por delitos...", en cuyo caso no cabría el indulto de procesados no condenados, o si el objeto del verbo es implícito y, en consecuencia, puede estar constituido por personas procesadas.

c) *Pragmáticas.* El aspecto pragmático del lenguaje consiste no en el significado de las oraciones, que constituye su dimensión locucionaria, sino a lo que se *hace* con la oración en cuestión; o sea si se afirma, se pregunta, se prescribe, se sugiere, se promete, etcétera. Por cierto que esta dimensión pragmática o ilocucionaria del lenguaje está asociada con la intención del hablante, con circunstancias del contexto, etcétera. La fuerza pragmática de una oración no siempre coincide con su forma gramatical: se puede hacer una afirmación o un pedido a través del modo interrogativo o se puede dar una orden empleando el modo aseverativo (por ejemplo "¿le molestaría correrse de lugar?", "me gustaría que hoy se ocupe del balan-

ce"). Hay veces en que es incierto cuál es la fuerza pragmática que se le quiso asignar a la formulación de una oración, si es sólo una sugerencia o una orden, si es una pregunta o una afirmación, etcétera.

En el caso de nuestra Constitución, hay algunas indeterminaciones pragmáticas. Hay cierta controversia sobre cuál es la fuerza del Preámbulo: si él sólo expresa un conjunto de aspiraciones o si tiene valor prescriptivo, por ejemplo, para interpretar las demás cláusulas constitucionales. También la distinción entre cláusulas dispositivas y programáticas y las dudas acerca de si ciertas cláusulas –como las del art. 14 *bis* que responden a una u otra especie– se refieren al aspecto pragmático de las respectivas formulaciones, o sea a su fuerza prescriptiva y a quiénes son los destinatarios de tales prescripciones.

d) *Indeterminaciones lógicas.* Las indeterminaciones lógicas se generan a partir de las relaciones entre diversas normas jurídicas. Las que se suelen mencionar centralmente son las lagunas, las contradicciones y las redundancias.

1) *Lagunas.* Hay una laguna lógica cuando un cierto sistema jurídico no tiene una solución normativa para un determinado caso. Las soluciones normativas son: la prohibición, la obligatoriedad, o la permisión de una conducta. Los casos están definidos por una serie de propiedades relevantes. Como se sabe, hay autores como Kelsen o Cossio que sostienen que el derecho no tiene lagunas. En el caso de Kelsen[59], su argumento está basado en el supuesto hecho de que todo sistema jurídico incluye necesariamente un principio de clausura según el cual todo lo que no está prohibido está permitido. Sin embargo, Alchourrón y Bulygin[60] han demostrado que Kelsen incurre en una falacia motivada por la ambigüedad de la expresión "permitido": si la palabra es empleada en el sentido de "no prohibido", es verdad que todo sistema incluye este principio, puesto que él es una mera tautología, pero así interpretado él no cumple funciones de clausura, puesto que no le asigna ninguna solución normativa a las conductas no prohibidas; en cambio, si "permitido" se interpreta como "positivamente autorizado" es verdad que un principio semejante elimina las lagunas del sistema jurídico, pero no es verdad que sea necesaria ya que el sistema puede o no incluir tal principio.

También distinguen Alchourrón y Bulygin las lagunas lógicas de las axiológicas, que son aquellas situaciones en que si bien el sistema jurídico le asigna una solución al caso en cuestión, no toma como re-

[59] Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 254 y siguientes.

[60] Alchourrón - Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cap. VII.

levante una propiedad que tiene ese tipo de casos y que debería ser relevante para asignarle una solución diferente.

Si nuestra Constitución tiene o no lagunas depende de si incluye o no normas de clausura. El art. 19 es, en cierto sentido, una norma de clausura en cuanto dispone que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. También el art. 18 incluye una norma de clausura para la materia penal disponiendo que nadie puede ser penado sin ley previa al hecho del proceso. Pero estas normas clausuran el sistema en forma relativa a la existencia de leyes. No disponen permisiones *frente* a la ley sino *bajo* la ley; en otras palabras, no dan una solución para todo caso posible acerca de si una ley puede o no ser dictada. Hay derechos y garantías, como los del art. 14, que implican una inmunidad frente al dictado de ciertas leyes, y hay normas de competencia, como las del art. 67, que dan permiso para dictar determinadas leyes. ¿Qué pasa con las materias que no están abarcadas por ambos tipos de norma? Muchos sostienen que los órganos estatales están sometidos a un principio de clausura opuesto al que rije para los ciudadanos y, por lo tanto, que les está prohibido todo lo que no les está autorizado. Pero esto es dudoso frente a cláusulas como la del art. 67, inc. 16, de la Const. nacional, que autoriza al Congreso a dictar leyes para "proveer lo conducente a la prosperidad del país", y la del inc. 28 del mismo artículo que le concede al Congreso la facultad de dictar leyes para hacer efectivos todos los poderes que la Constitución le concede; la enorme amplitud de este tipo de cláusulas hace pensar que está más cerca de la verdad la regla de clausura opuesta. Pero, por supuesto, también están las posibles lagunas respecto de las facultades interórganos, o sea, las que hacen a la división de facultades entre el Gobierno federal y los provinciales, por un lado, y entre el Congreso de la Nación y el Ejecutivo, por el otro.

Aquí también se han propuesto reglas de clausura análogas (fundadas, por supuesto, en cláusulas como la del art. 67, inc. 28, recién citado, que le concede al Congreso, además, la facultad de dictar leyes para ejercer todos los poderes otorgados al Gobierno federal, y el art. 105, que le reconoce a las provincias todos los poderes no cedidos al Gobierno federal), pero también aparecen dudas similares a causa de la amplitud de las competencias supuestamente excepcionales.

Sin perjuicio de tales dudas, se suelen señalar diferentes lagunas en nuestra Constitución. Una que se menciona con frecuencia es la del derecho a la vida que, curiosamente, como ya observaremos (ver cap. II, ap. A), no está enumerado en las cláusulas de derechos y garantías. La respuesta obvia que se suele dar es que ese derecho está presupuesto por casi todos los otros, así que está implícitamen-

te reconocido por la Constitución. Pero a esto puede replicarse que por más razonable que sea esta interpretación, el sistema normativo al que alude ya no es el de la Constitución sino un sistema expandido con los principios que son presupuestos de las cláusulas constitucionales, sistema expandido que conviene distinguir del sistema originario –que es el que poseería la laguna– ya que a veces su determinación es más controvertible que la del primero.

También podría sostenerse que, en realidad, la omisión de la mención del derecho a la vida no es una laguna lógica sino axiológica, ya que, de acuerdo a cómo se interpreten las normas de clausura del sistema, la falta de ese derecho podría implicar alguna otra solución normativa, aunque nos parezca aberrante (p.ej., la competencia del Congreso para dictar leyes que dispongan de la vida de la gente). Un ejemplo, tal vez más claro de laguna está dado por la falta de mención en el art. 72 de la Constitución de la posibilidad de *promulgación parcial* de una ley vetada parcialmente por el presidente de la Nación, lo que, como se sabe ha dado lugar a controversias doctrinarias y jurisprudenciales; por supuesto, esto también depende del alcance de probables normas de clausura respecto de las competencias del Ejecutivo. Un caso posible de laguna, que será lógica o axiológica según la interpretación del art. 22 de la Constitución, es el que se refiere a la posibilidad de convocar al pueblo a referéndum o a consultas populares; si se entiende que éste es un acto de deliberación o de gobierno del pueblo, él estará prohibido por el art. 22, y la laguna será sólo axiológica. También constituye una laguna axiológica –convenientemente aprovechada por diversos presidentes para contar con una Corte Suprema adicta–, la no fijación del número de miembros del más Alto Tribunal del país.

2) *Contradicciones.* Hay una contradicción lógica entre dos normas cuando la solución normativa que una dispone es incompatible con la que dispone la otra para el *mismo* caso. No todas las soluciones normativas referidas a una misma conducta son incompatibles entre sí; la obligatoriedad es compatible con la permisión, pero no con el facultamiento que implica permisión de la acción y de su omisión; la prohibición es incompatible con la permisión y la obligatoriedad de la misma conducta. Como dice Ross[61], las contradicciones pueden tener diferentes grados según sea el grado de superposición entre los casos genéricos descriptos por cada norma (los casos pueden superponerse totalmente, estar uno de ellos, pero no el otro, totalmente subsumido en este último o intersectarse como dos círculos secantes).

[61] Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cap. IV.

Hay ciertas reglas muy difundidas para resolver contradicciones; las más conocidas son las llamadas *lex superior* (la ley superior prevalece sobre la inferior), *lex posterior* (la ley posterior prevalece sobre la anterior) y *lex specialis* (la ley especial prevalece sobre la general). Muchas veces estas reglas son tomadas consciente o inconscientemente como reglas lógicas y, de este modo, ciertas contradicciones no son tomadas como tales. Sin embargo, ellas, sobre todo la *lex specialis* no tienen aplicabilidad universal, y, lo que es más importante, ¡pueden estar en contradicción entre ellas mismas! (una ley especial puede ser, por ejemplo, anterior a una ley general).

Es difícil hallar contradicciones en una Constitución, dado el número limitado de sus cláusulas, la deliberación con que son dictadas y la vaguedad de su texto. Sin embargo, es posible encontrar algunos casos, sobre todo si nos precavemos de tomar a *lex specialis* como una regla lógica. Creo que uno de los más llamativos es el que está dado por el art. 14 de la Constitución, que consagra la libertad de cultos, en relación con el art. 2º, que dispone que el Gobierno federal sostiene el culto católico; el art. 76, que requiere que el Presidente pertenezca a la comunión católica, y sobre todo el art. 67, inc. 15, que prescribe la conversión de los indios al catolicismo. Si bien Alberdi sostenía que estas cláusulas "lejos de ser inconciliables se necesitan y completan mutuamente"[62], lo cierto es que la libertad de cultos de uno se ve bastante restringida si debe desviar fondos con los que podría apoyar su culto, para pagar impuestos a fin de sostener otro; si está excluido de la máxima magistratura del país, y si, además, es indio, está sujeto a leyes que promueven su conversión a ese otro culto.

3) *Redundancias.* Las redundancias –o sea la reiteración de soluciones normativas para el mismo caso por el mismo orden jurídico– suelen ser mencionadas entre las indeterminaciones lógicas, casi por una cuestión de simetría. Ellas no suelen provocar incertidumbres, salvo, como dice Ross[63], por una tendencia de los juristas y jueces a no reconocerlas e intentar, en consecuencia, otorgarle un significado diferente a alguna de las normas redundantes, lo que puede generar esa incertidumbre.

La Constitución argentina tiene algunas redundancias. Curiosamente la prescripción de que se establezcan jurados para concluir las causas criminales se repite tres veces (en los arts. 24; 67, inc. 11, y 102) lo que demuestra que ¡no por mucho repetir se logra mayor obediencia!

[62] Alberdi, *Bases*, p. 74.

[63] Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cap. IV.

§ 23. *La dogmática constitucional.* – Muchas de las indeterminaciones constitucionales que mencioné como ejemplo no son computadas como tales porque la Constitución, como el resto del orden jurídico, no es generalmente percibida "a ojo desnudo", sino a través del prisma de la dogmática jurídica, que procura reformular el sistema, de modo de eliminar tales indeterminaciones.

No es fácil caracterizar el método y funciones de la dogmática jurídica, lo que he tratado de hacer en otros lugares[64]. La principal dificultad viene por la superposición de varios modelos: el de algunos filósofos del derecho, que prescriben lo que los juristas *deben* hacer; el que los mismos juristas dogmáticos presentan como descripción de lo que hacen, y el que corresponde a lo que, verdaderamente, hacen los juristas dogmáticos.

Iusfilósofos como Kelsen, Ross y Alchourrón y Bulygin se han preocupado por anticipar modelos de ciencia jurídica que responden a exigencias generales de cientificidad; los conceptos de derecho que estos autores defienden se adaptan a las necesidades de estos modelos.

Como se sabe, Kelsen[65] desarrolla una teoría para una ciencia jurídica *pura* en dos sentidos: pura de valoraciones, que corresponden a la moral o a la religión pero no a una descripción científica del derecho; y pura de la descripción de hechos sociales, que corresponden a la sociología, a la historia o a la antropología, pero no a una ciencia normativa como el derecho. El gran desafío que Kelsen enfrenta y que resuelve a su manera es cómo hacer compatibles estas dos exigencias de pureza: cómo pueden describirse normas en lugar de los hechos de su dictado u observancia sin adherir moralmente a esas normas. Para cumplir con su segunda exigencia de pureza la ciencia jurídica no debe ocuparse, según Kelsen, de proposiciones como *el constituyente C sancionó la norma "nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente"*, que como vimos son descriptivas de ciertos hechos, sino de proposiciones normativas como *nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente*. La ciencia jurídica debe, entonces, contar con instrumentos conceptuales que le permitan pasar de un tipo de proposición a otra; pero, como analizamos antes (ver ap. B), ese instrumento está dado, en un razonamiento práctico justificatorio, por juicios morales, cuya admisión en el campo de la ciencia jurídica violaría la primera exigencia de pureza. La solución de Kelsen está dada por su famosa *norma básica*, que cumple la misma función que

[64] Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*; ver también, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*.

[65] Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cap. I, p. 1.

un juicio moral pero no tiene ese papel en el razonamiento de los juristas, puesto que ella no es aceptada categóricamente sino sólo hipotéticamente; es sólo aceptada como hipótesis de trabajo o supuesto epistemológico, que le permite a los juristas conocer el derecho como fenómeno normativo sin comprometerse moralmente con él.

Claro está que un razonamiento práctico cuya premisa mayor es una norma aceptada sólo hipotéticamente –como los axiomas de la geometría– no puede arrojar conclusiones categóricas sino también hipotéticas, por lo que no puede servir para justificar acciones o decisiones. Pero esto no es problema para Kelsen, ya que él está interesado en reconstruir el razonamiento de los juristas teóricos, no el de los jueces o el de los ciudadanos sometidos a un orden jurídico, y, según su concepción, los juristas no tienen por fin justificar acciones o decisiones. De cualquier modo la ingeniosa maniobra de Kelsen puede ser atacada por superflua: si fuera cierto que los juristas adoptan un punto de vista externo, puramente descriptivo del sistema, ¿qué problema hay en que sus proposiciones describan ciertos hechos normativos? Uno tiene la sospecha de que Kelsen quiere hacer compatible su presupuesto de que la ciencia jurídica, para ser ciencia, debe ser descriptiva, con la función normativa (y a pesar de él justificatoria) que, como veremos, de hecho cumple la dogmática jurídica.

Además de este aspecto, el modelo de ciencia jurídica que propone Kelsen, si fuera materializado, daría lugar a una actividad sumamente pobre como para tener un parentesco con la que, de hecho, hacen los juristas con indudable relevancia social: si bien Kelsen no admite, como vimos, que el sistema tenga lagunas, y en algunas de sus obras no admite tampoco que tenga contradicciones, admite, sin embargo, que el sistema tenga indeterminaciones –seguramente a causa de problemas semánticos o sintácticos–. Según Kelsen, el sistema jurídico es "un marco abierto de posibilidades". Pero lo relevante es que según él no es función de la ciencia jurídica proponer una alternativa interpretativa sobre otra, ya que esto implica tomar decisiones sobre bases valorativas, lo que es ajeno a esa ciencia.

Ofrece Ross[66] un modelo de ciencia jurídica que supera algunos de los inconvenientes del modelo kelseniano. Por empezar, no pretende que la ciencia jurídica sea normativa; ella es descriptiva de ciertos hechos: las proposiciones típicas de la ciencia jurídica son predicciones sobre la probabilidad de que una directiva jurídica sea tenida en cuenta en el razonamiento de los jueces. Respecto del tema de la interpretación, Ross asigna a la ciencia jurídica como tal, la de

[66] Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cap. I.

predecir cuál es la interpretación que será tomada en cuenta por los tribunales, pero no la de sugerir o recomendar interpretaciones. Por esto mismo es que el modelo de ciencia jurídica de Ross también daría lugar a una actividad considerablemente modesta si fuera llevada a la práctica. Los juristas dirían que la tarea que Ross les propone es más propia de los recopiladores de leyes o sentencias, o de los abogados prácticos que deben predecir el resultado de los pleitos, que de un científico del derecho. Soler acostumbraba decir que lo que la ciencia jurídica hace no es predecir cómo van a decidir los jueces sino establecer cómo *deben* decidir.

Todavía un paso más allá que Ross, dan Alchourrón y Bulygin[67], puesto que asignan a la ciencia jurídica como tal no sólo la tarea empírica de establecer la base del sistema, sino las operaciones lógicas de, por un lado, sistematizar las normas que integran esa base, reemplazándolas por principios más económicos pero lógicamente equivalentes, y, por otro lado, extraer las consecuencias lógicas de las normas en cuestión. Pero estos agregados –si bien importantes– no logran superar la extremada modestia de una actividad que respondiera aun a este modelo enriquecido: porque el reemplazo de un conjunto de normas por principos más económicos pero *estrictamente equivalentes* no siempre es necesario y pocas veces es posible. Y en cuanto a la inferencia de consecuencias lógicas de las normas del sistema, ello, como vimos, pocas veces requiere pericia "científica"; en la mayor parte de los casos es una operación tan sencilla que hasta la efectuamos inconscientemente.

Estos modelos nos presentan, entonces, esquemas de actividades que satisfacen ciertos preconceptos de cientificidad, pero que parecen tener poco que ver con lo que los juristas realmente hacen y, sobre todo, con lo que da relevancia y trascendencia social a lo que hacen. Esto sugiere que se debería, en tal caso, comenzar al revés, y tratar de reconstruir los métodos y funciones de la actividad que realmente los juristas realizan.

Pero aquí nos encontramos todavía con otra superposición: la imagen que los juristas dogmáticos presentan de su actividad sobre las características reales de esa actividad.

Esa imagen responde a un cuadro cuidadoso que la dogmática fue construyendo, sobre todo en el siglo pasado, con elementos subsistentes de la escuela de la exégesis y, especialmente, de la jurisprudencia de conceptos. La idea fundamental es que la dogmática jurídica puede determinar soluciones correctas, que sean unívocas,

[67] Alchourrón - Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cap. V.

consistentes y precisas, sin reformular el sistema jurídico a la luz de principios valorativos, sino a partir del análisis y combinación de conceptos, de la "inducción jurídica" tendiente a detectar los principios subyacentes a las normas del sistema, de la formulación de teorías que articulan estructuras que son válidas para todos los sistemas jurídicos, y del empleo de hipótesis de racionalidad sobre la acción legislativa y jurisprudencial. De este modo, la dogmática jurídica satisface la exigencia científica de neutralidad valorativa, al mismo tiempo que alcanza gran trascendencia al presentar un sistema jurídico que aparece como incierto, impreciso, inconsistente, con grandes vacíos normativos y con soluciones muchas veces claramente inadecuadas, como un orden unívoco, coherente, preciso y razonable.

He tratado de mostrar en varios otros lugares[68] que esta pretensión de la dogmática jurídica constituye un mito y no corresponde a lo que la dogmática hace en realidad. Las herramientas metodológicas a través de las cuales la dogmática pretende producir el milagro de reformular el sistema jurídico sin introducir en él nuevas normas, son espurias; ellas encubren el recurso a presupuestos valorativos. El encubrimiento, por supuesto, no generalmente consciente por parte de los juristas, se produce gracias a una típica duplicidad de todas las herramientas utilizadas, que se definen en términos descriptivos o de análisis conceptual pero luego se emplean normativamente.

Por ejemplo, se suele emplear un modelo de racionalidad del legislador o del constituyente, según el cual éste –que se lo asume como único, unipersonal y constante a través del tiempo–, es coherente, económico, preciso, operativo, previsor de todas las posibles circunstancias, etcétera. Pero, en realidad, este modelo obviamente ficticio encierra una serie de prescripciones interpretativas: no pueden interpretarse las normas de un mismo sistema jurídico o de un cuerpo constitucional de modo que ellas aparezcan como mutuamente contradictorias; no puede interpretarse una norma de un sistema jurídico o de un cuerpo constitucional, o expresiones de esa norma, como si ella no agregara nada al sistema jurídico o al cuerpo constitucional; no pueden interpretarse las normas del sistema jurídico o de un cuerpo constitucional como si ellas no tuvieran el efecto de distinguir con precisión entre diversas situaciones; no pueden interpretarse las normas de un sistema jurídico de modo que resulten inaplicables; ni tampoco de modo que resulte que ellas no abarquen situaciones que deben ser resueltas, etcétera.

[68] Ver además de las obras citadas, Nino, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal*.

La misma duplicidad aparece en el análisis conceptual y en la propuesta de definiciones jurídicas. Ellas –por ejemplo las de los conceptos de representación, de poder de policía o de cuestión política– son defendidas efectivamente como si consistieran en meras elucidaciones del alcance de conceptos relevantes, que, por lo tanto, no implican compromiso valorativo alguno. Pero luego no son empleadas con ese carácter –lo que implicaría no tomar partido sobre la solución que corresponde a un determinado problema y sí, en cambio, ofrecer una forma de conceptualizar cualquier solución que se proponga– sino en apoyo de una determinada propuesta normativa, lo que implica que lo que se presentaba como una mera definición o juicio analítico era, en realidad, un principio normativo sintético. Las definiciones, por ejemplo, de "poder de policía", no son meras elucidaciones del significado de esta expresión que no abren juicio sobre el poder que tiene el Congreso para limitar los derechos individuales; constituyen juicios normativos sobre la justificación y alcances de ese poder presentados como análisis conceptuales.

Algo similar ocurre con el método de "inducción jurídica". Como dicen Alchourrón y Bulygin, este método sería perfectamente legítimo como una operación lógica valorativamente aséptica, si se limitara a reemplazar un conjunto de normas por un principio más económico, pero lógicamente equivalente. Así, efectivamente, suelen presentar el empleo de este método los propios juristas. Pero si hicieran eso, el principio resultante no serviría para superar las indeterminaciones de las normas originarias, puesto que la equivalencia sólo se daría si ellos tuvieran las mismas lagunas, contradicciones e imprecisiones que esas normas. Si los principios resultantes sirven para solucionar casos que las normas reemplazadas no solucionaban, ello es así porque tales principios tienen seguramente una extensión mayor que esas normas: ellos no sólo permiten derivar tales normas y, por ende, resolver los casos que ellas solucionaban, sino derivar también otras normas que permiten resolver casos no solucionados por las primeras (este tipo de operación es explícitamente propiciada por Dworkin; ver ap. C). Claro está que hay una gran cantidad de principios posibles que pueden cumplir esa misión, permitiendo derivar normas y soluciones muy diferentes para los casos no resueltos por las normas originarias. La selección de esos principios requiere acudir a consideraciones valorativas (como lo reconoce Dworkin), lo que la dogmática hace en forma implícita.

También la formulación de teorías generales –que recogen los diversos recursos teóricos mencionados anteriormente– presenta la misma duplicidad: por un lado la teoría en cuestión es defendida por su capacidad para describir y explicar el sistema jurídico o el cuerpo constitucional positivo, y, por el otro, es empleada para reformular

ese orden jurídico de modo de derivar soluciones que éste no contenía originariamente.

El empleo de estos recursos es más acentuado en algunas áreas de la dogmática jurídica que en otras; por ejemplo, llegó al paroxismo hace unas décadas, en la dogmática penal de inspiración germánica. En el caso de la dogmática constitucional, si bien no están del todo ausentes, se dan en una forma bastante atenuada por una razón obvia: el enorme prestigio que tienen los análisis constitucionales norteamericanos –en general, por la estabilidad e influencia de la Constitución en la que se basan y por la gran pericia con que se efectúan– y, en el caso especial de nuestro país, por la directa incidencia de esa Constitución sobre la nuestra. Esos análisis responden a un paradigma diferente, que tradicionalmente consistía en una sistematización y reconstrucción jurisprudencial, y que ahora se ha volcado con creciente dedicación a la aplicación, al ámbito constitucional, de conclusiones de filosofía política.

En nuestro país, si bien esta última dimensión no es todavía desarrollada con toda amplitud, el ejemplo constitucional norteamericano modera los extremos de la dogmática jurídica de inspiración continental europea.

Lo que es más objetable de la metodología de esa escuela de pensamiento no es –como lo sugieren Kelsen, Ross y tal vez Alchourrón y Bulygin– que recurra a consideraciones valorativas sino que no lo haga abiertamente, permitiendo el control de la discusión crítica, como ocurre, en cambio, con la mencionada apelación creciente de los constitucionalistas norteamericanos a conclusiones de filosofía política. La dogmática constitucional hace –de hecho– lo que he definido explícitamente como objeto de este trabajo (ver ap. A) y que es lo que se puede hacer con provecho, desde el punto de vista teórico, con una práctica constitucional: proponer alternativas para adaptarla a exigencias de legitimidad subjetiva y objetiva. La deficiencia está en no explicitar y defender esas exigencias sobre la base de consideraciones valorativas en el marco de una concepción filosófico-política. Pero hacer teoría constitucional tampoco puede reducirse a hacer filosofía política; ello es así por el carácter escalonado del razonamiento práctico jurídico que he defendido (ver § 18), y por la necesidad, por lo tanto, de justificar en un primer nivel las prácticas constitucionales, y, luego, si resultan justificadas, solucionar los casos genéricos de modo compatible con la preservación de esa práctica. Parafraseando de nuevo a Marshall, no hay que olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando (y no la estamos haciendo *ex novo*).

§ 24. *Convenciones interpretativas.* – Muchos de los problemas sobre la elección de los criterios para interpretar la Constitución

–como los criterios subjetivista y objetivista– se desvanecen si tomamos en cuenta que la práctica constitucional, que supuestamente resulta justificada por el primer nivel del razonamiento práctico jurídico y que debemos aplicar en el segundo nivel, está integrada por las convenciones interpretivas de los jueces, sobre todo la Corte Suprema, los juristas, y aun la gente en general.

Obsérvese que, según el enfoque sobre el significado de la Constitución expuesto en el apartado anterior, lo que tiene relevancia no es el texto constitucional en sí mismo sino la práctica generada por ese texto, en cuanto esa práctica da lugar a expectativas y disposiciones que permiten que las decisiones que se tomen sean eficaces. Es esa práctica en conjunto, que está constituida por regularidades de conductas y decisiones de diferentes órganos, sobre todo los jueces, y que están generados por un texto que resulta de un acto constituyente fundador, la que se interpone entre los principios valorativos últimos y nuestras propias decisiones o propuestas. Forman parte de esa misma práctica convenciones interpretativas que pueden, por ejemplo, tomar más en cuenta las circunstancias del contexto en que el texto constitucional fue sancionado o, en cambio, dar preferencia a las circunstancias del contexto en que las decisiones deben ser tomadas. El respeto por estas convenciones tiene los mismos fundamentos y los mismos límites, aunque con diferente grado, que el respeto a la convención *más básica* que prescribe observar el texto constitucional.

En primer lugar, las convenciones interpretativas deben ser tomadas en cuenta en la valoración del conjunto de la práctica constitucional para determinar si la práctica es digna de ser preservada. Por ejemplo, un texto con ciertas disposiciones que podrían ser sumamente objetables desde el punto de vista de los principios de justicia que presuponemos válidos, podría ser morigerado por una interpretación progresiva poco atenta a las circunstancias de su sanción. Al contrario, también puede ocurrir que una tal interpretación –como, p.ej., para citar un caso extremo, la que ha legitimado los gobiernos *de facto* en nuestro país– no solamente implique hacer más laxa la práctica constitucional, con la consiguiente pérdida de eficacia, sino que también la aleje de exigencias de justicia, de las que estaría más próxima una interpretación más ajustada a las circunstancias de su sanción.

En segundo término, si las convenciones interpretativas pasan el primer *test*, total o parcialmente, luego deben ser aplicadas a la resolución de casos concretos. La trama suele ser aquí considerablemente laxa, ya que los criterios de interpretación vigentes frecuentemente se contradicen entre sí, generalmente son de una enorme vaguedad, y mayormente expresan aspiraciones generales o máximas

de sentido común que, no tienen poder suficiente para controlar una decisión. Por otro lado, muchos de esos "criterios" reflejan la duplicidad de los recursos dogmáticos, que encubren propuestas normativas bajo una aparente descripción o análisis conceptual.

Obsérvese, por ejemplo, estas características en algunas de las que son citadas[69] como reglas de interpretación constitucional empleadas por nuestra Corte Suprema. Por ejemplo en "Sojo"[70], "Elortondo"[71], "Lacour"[72], "Pérez"[73] la Corte ha dicho que el fin último de la Constitución es el de servir de *palladium* de la libertad, y que este fin de protección de los derechos individuales, debe ser tomado en cuenta como regla máxima de interpretación; sin embargo, en decisiones como "Sardi"[74] y "Botella"[75] la Corte sostuvo que la Constitución debe ser interpretada en forma práctica, de modo de no trabar los poderes del Estado en su acción en beneficio de la comunidad, lo que, como es obvio, puede a veces ser incompatible con una interpretación amplia a favor de los derechos individuales.

En "Gedes Hnos."[76], "Mórtola y Cía."[77], "Piccardo"[78] y "Bergamino"[79] la Corte sostuvo que la interpretación de la Constitución debe atenerse a su letra y a su tenor literal; sin embargo en "Bressani"[80] se sostuvo que el valor mayor de la Constitución no está en su texto escrito sino en su obra práctica, realista, de conciliación de intereses que exige, para que se la siga cumpliendo, una interpretación flexible y elástica, a fin de adaptarla a nuevas ideas y circunstancias. Otras reglas son expresión del modelo del legislador racional al que se aludió antes, con su característica duplicidad: en "Calvete"[81], por ejemplo, se sostuvo que "la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador, y por esto se supone como un principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas

[69] Linares Quintana, Segundo V., *La Constitución interpretada*.
[70] CSJN, *Fallos*, 32:125.
[71] CSJN, *Fallos*, 33:193.
[72] CSJN, *Fallos*, 200:187.
[73] CSJN, *Fallos*, 91:56.
[74] CSJN, *Fallos*, 171:87.
[75] CSJN, *Fallos*, 214:436.
[76] CSJN, *Fallos*, 95:334.
[77] CSJN, *Fallos*, 120:399.
[78] CSJN, *Fallos*, 200:176.
[79] CSJN, *Fallos*, 213:413.
[80] CSJN, *Fallos*, 178:22.
[81] CSJN, *Fallos*, 1:300.

con valor y efecto"; en "Solivella"[82] se afirmó que no es presumible la contradicción o el absurdo en los términos de las leyes, debiendo ser interpretadas de modo de conciliarlas; en "Gedes Hnos.", antes citado, la Corte sostuvo que "cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y su significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, y rechazarse como superflua y sin sentido".

El carácter contradictorio y vago, y la duplicidad de algunas de estas máximas (como valoraciones encubiertas de descripciones o análisis conceptual) dejan, por supuesto, enormes intersticios que permiten la adaptación de la práctica constitucional, de la que las convenciones interpretativas son parte, a exigencias de justicia y funcionalidad. Pero nunca es excesivo reiterar que hacer teoría constitucional, como hacer teoría jurídica en general, no es simplemente hacer filosofía política, aunque requiere también esto último: es aplicar principios de filosofía política a la justificación de una práctica, y sólo a la resolución de problemas específicos si es compatible con la práctica así justificada.

Esto requiere prestar una cuidadosa atención a la práctica existente –incluyendo las convenciones interpretativas– que es la que permite dar eficacia a las soluciones que se procura recomendar. Esto es lo que vamos a comenzar a hacer en el apartado siguiente, en el que se tratará de hacer una caracterización global de la práctica constitucional argentina, la que será contrastada con principios plausibles de moralidad social que expondremos posteriormente (ver ap. F).

Este examen servirá de prólogo para las dos partes siguientes de esta obra, en las que se hará un análisis más circunstanciado de los planos sustantivo y procedimental, respectivamente, de nuestra práctica constitucional, poniéndolos en un marco comparativo y determinando en qué medida ella es justificable en función de los dos componentes de la democracia liberal, o, en todo caso, hasta qué punto ella puede ser adaptada para satisfacer mejor sus exigencias: el componente liberal, referido al respeto de los derechos individuales básicos, y el componente participativo, referido al valor de las decisiones adoptadas según el procedimiento democrático.

E) Una visión global de las vicisitudes del constitucionalismo argentino

§ 25. ***Necesidad de reconstruir nuestra práctica constitucional.*** Tal como lo señalamos anteriormente (ver ap. C), la tarea de adap-

[82] CSJN, *Fallos*, 214:612.

tar una práctica constitucional a exigencias de legitimidad objetiva y funcionalidad debe comenzar por determinar hasta qué punto la práctica vigente es justificable, de acuerdo con principios valorativos plausibles. Para ello es necesario dar cuenta de esa práctica, penetrando en el entramado de conductas y actitudes que la fueron conformando a lo largo del tiempo.

En este apartado me propongo hacer una caracterización general de la práctica constitucional argentina que permita dar cuenta de su estructura básica. Ello hará posible programar una estrategia de reconstrucción que será desarrollada en los dos capítulos siguientes en relación, primero, con el tratamiento de los derechos individuales, y segundo, con el de la organización del poder. En otras palabras, necesitamos contar con un diagnóstico global sobre la conformación de una práctica que exhibe, a primera vista, falencias importantes, para determinar después si es posible reconstruirla de modo de satisfacer exigencias morales sin socavar su preservación.

Las falencias de nuestra práctica constitucional son inocultables luego de décadas de autoritarismo, que han desembocado finalmente en el terrorismo de los años setenta y en la dictadura militar que sufrimos entre los años 1976 y 1983, con la secuela de un genocidio sin precedentes en nuestro suelo –precedido por desapariciones y torturas–, de represiones y persecuciones ideológicas generalizadas, y, finalmente, de una guerra internacional temeraria. Estas instancias de nuestra vida pública no pueden considerarse como un injerto que poco tiene que ver con nuestra práctica constitucional, como si hubieran sido el resultado de la acción de agentes invasores. Lamentablemente, los episodios y aspectos autoritarios son parte integrante de esa práctica, puesto que reconocen antecedentes en ideologías y comportamientos que han tenido manifestaciones constitucionales desde los orígenes de nuestra nacionalidad.

Debemos abandonar una vieja actitud, usual entre quienes han teorizado sobre nuestra práctica constitucional, de excluir de su análisis los episodios y rasgos autoritarios, como si fueran experiencias ajenas. El lector de muchos libros de derecho constitucional puede bien tener la impresión de que ellos dan cuenta de un país no muy diferente, en su práctica jurídica, a Canadá o Suiza, salvo por algún pequeño capítulo o apéndice dedicado a la doctrina de las normas *de facto*. Una comprensión cabal de nuestra práctica constitucional que permita una reconstrucción operativa, no puede dejar de tomar en cuenta las ideas, medidas, decisiones y arreglos institucionales profundamente autoritarios que han signado buena parte de nuestra vida pública.

Esto quiere decir que nuestra práctica constitucional no puede ser recuperada, en su totalidad, en el primer nivel del razonamiento

práctico que procura determinar si hay una reconstrucción posible de la práctica constitucional vigente que satisfaga principios ideales de justicia y moralidad social. No hay posibilidad de justificar una práctica constitucional que contenga elementos que hayan podido ser utilizados para legitimar un régimen con las características mencionadas de la última dictadura militar.

Pero, si no es posible ni la negación de componentes indudables de nuestra convención constitucional ni su aceptación *in totum*, en función de principios que asumimos como válidos, ¿qué otra alternativa queda que el repudio de la práctica y un intento de refundación de la catedral constitucional? Creo que hay otra alternativa que es la que intentaré explorar en el resto de este libro: ella consiste en proponer una *reconstrucción radical* de la práctica que, sin embargo, procure preservar algunos de sus componentes estructurales más importantes. El objetivo es descubrir las bases para un *consenso profundo* que estén subyacentes a la práctica, de modo que pueda ser adoptado una vez que se muestre que ciertos elementos, que han hecho atractivas concepciones sociales contrapuestas, pueden ser integrados en una concepción alternativa coherente, liberada de otros aspectos de esas concepciones que son rechazables y que han motivado buena parte de las divergencias.

No se trata de alcanzar lo que Rawls llama "consenso superpuesto", que consiste en coincidencias en modelos político-institucionales, en las que pueden convergir personas y grupos con concepciones comprensivas de moralidad social profundamente diferentes. Este tipo de consenso es inherentemente inestable, puesto que las divergencias de fundamentos lleva a que los acuerdos político-institucionales sean causales y contingentes, y susceptibles de ser abandonados tan pronto las diferencias en las implicaciones específicas de las distintas concepciones de moralidad social se pongan de manifiesto. Lo que debe hacerse, en cambio, es tratar de descubrir las bases para un consenso en el nivel más profundo posible de las concepciones de moralidad social –que, por supuesto, no abarcan ideales de excelencia personal–.

La estrategia general de búsqueda de ese consenso profundo responde a este esquema: supongamos que nos encontremos con dos concepciones sociales contrapuestas x e y, y que lo que hace atractiva para mucha gente a la concepción x es el rasgo A, mientras que muchos la rechazan por la ausencia del rasgo B; en tanto que con y pasa a la inversa, muchos se sienten atraídos por ella por su énfasis en B, mientras otros la rechazan por su descuido de A (en realidad este esquema es sumamente simplificado, ya que lo que suele ocurrir es que y, por ejemplo, está constituida por el rasgo C que presupone B); si se puede mostrar que hay una concepción z que incorpora A y B en forma coherente, ella puede evocar el apoyo de muchos

partidarios de *x* o *y* que se sentían atraídos por uno u otro de esos rasgos, aunque ciertamente no a los que adherían a una u otra concepción, precisamente, por la exclusión del otro rasgo.

Por cierto que sólo puede conducir a ficciones inoperantes el pretender descubrir las bases de un consenso omniabarcador; es ilusorio suponer que puede presentarse una concepción de moralidad social que no sólo sea aceptable valorativamente sino que refleje las aspiraciones y enfoques de todos los contendientes, en casi dos siglos de enfrentamientos y luchas políticas e ideológicas. Sólo a costa de asignarle un contenido prácticamente vacuo puede una concepción reflejar un consenso tan extendido. Es claro que hay muchas visiones de la sociedad que no pueden verse reflejadas en el consenso profundo sobre la base del cual se procure reconstruir nuestra práctica constitucional. Pero el desafío es que él sea lo suficientemente abarcador como para resultar una base de sustentación de expectativas y actitudes de sectores sociales que aseguren la continuidad de la práctica, sin mengua de la legitimidad moral de la práctica así reconstruida.

Se suele descubrir este tipo de desafío como una *síntesis* de los enfoques enfrentados. Ésta no es una descripción correcta si hace referencia a la formulación de una posición ecléctica que incorpore elementos de aquellos enfoques; lo que logra tal "síntesis" es un déficit justificatorio provocado por la insatisfacción parcial de principios válidos y la satisfacción, también parcial, de principios contradictorios con ellos que, por ende, carecen de validez. En cambio, constituiría una síntesis fecunda si fuera posible detectar en los enfoques enfrentados aspectos diferentes de una concepción correcta de moralidad social que se hubieran dispersado entre diferentes grupos, por confusión ideológica o por el condicionamiento de ciertos intereses. Por ejemplo, constituiría una síntesis fecunda para la reconstrucción de la práctica constitucional si se pudiera determinar que una cierta concepción de moralidad social *z*, que se asume como plausible, fue defendida por agentes dominantes en la generación de tal práctica constitucional; pero que, con el transcurrir del tiempo, esos agentes, sea en defensa de sus intereses o por la influencia de otras concepciones, fueron desvirtuando o excepcionando *z*, dando lugar a que esas implicaciones plausibles de *z*, que ellos negaban con sus actos o sus ideas, fueran defendidas por adherentes a concepciones opuestas a *z*, no obstante la incompatibilidad entre tales concepciones y las implicaciones de *z*; la síntesis consistiría en la recuperación de la concepción *z* sin las desvirtuaciones y excepciones a la que fue sometida.

Es esta síntesis la que trataré de proponer en el resto de este libro, como base de un consenso profundo que permita reconstruir nuestra práctica constitucional, de modo de satisfacer principios

plausibles de moralidad social. Pero para ello debemos avanzar en una explicación global de la evolución histórica de nuestra práctica constitucional.

§ 26. ***DUALISMO Y AJURIDICIDAD EN LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL ARGENTINA.*** – Nuestra práctica constitucional exhibe, a primera vista, el *dualismo* que es corriente atribuir a nuestra cultura política: el dualismo entre los partidarios de una sociedad abierta, respetuosa de los derechos individuales y de los procedimientos democráticos, y los adherentes a un modelo de sociedad cerrada, fundada en la tradición, el *status*, y el predomino de corporaciones que, se supone, tienen una relación privilegiada con el ser nacional. Por cierto que este enfrentamiento no es típico de nuestro medio sino que, con diferentes grados, tiene un alcance universal.

Ha sido Popper el que lo ha descripto magistralmente, vinculando la idea de sociedad abierta al racionalismo iluminista –con antecedentes importantes en el mundo clásico, como los casos de Pericles y Sócrates–, mientras que el modelo de sociedad cerrada lo asocia al historicismo y lo ve, en germen, en Platón, culminando en Hegel y en aspectos importantes de la obra de Marx. Para Popper una sociedad cerrada extrema "puede ser comparada correctamente con un organismo. La llamada teoría organicista o biológica del Estado puede aplicársele en grado considerable. La sociedad cerrada se parece todavía al hato o tribu cuyos miembros se hallan ligados por vínculos semibiológicos, a saber: el parentesco, la convivencia, la participación equitativa en los trabajos, peligros, alegrías y desgracias comunes" [83].

Es una nostalgia por este tipo de sociedad tribal lo que define una concepción socio-política, cercana al comunitarismo, que ya comentamos (ver ap. C), que pone el acento en preservar las tradiciones, en mantener una uniformidad de una concepción común del bien personal fundada en la misma concepción religiosa, en computar menos las decisiones de los individuos que su *status*, dado por su pertenencia a familias, corporaciones o comunidades locales. Esta concepción pretende erradicar los conflictos de raíz al uniformar los intereses que, cuando divergen, determinan esos conflictos; la coincidencia de intereses no se alcanza mediante la justificación en el diálogo sino mediante la adopción, aun impuesta, de modelos válidos de virtud personal que definen intereses que trascienden al individuo. El individuo no es la unidad moral básica sino que lo es la colectividad que sea el ámbito de las tradiciones que reflejan esa concepción común del bien, generalmente la Nación.

[83] Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, cap. 10, I, p. 269.

A esta concepción de la sociedad cerrada se le opone la visión liberal de la sociedad, que toma al individuo como la unidad moral básica, proscribiendo que sea sacrificado en beneficio de cualquier entidad supraindividual, y concibe a sus decisiones como datos morales últimos, de modo que ellas determinan la concepción del bien a la que debe ajustarse la vida de cada individuo y, computadas colectivamente, los arreglos institucionales a los que debe adaptarse la vida social.

Esta concepción de la sociedad abierta es por ello básicamente *procesal*: no predetermina, a diferencia del modelo cerrado, un cuadro sustantivo de la vida individual y social; sólo determina procedimientos que pueden dar lugar a muy diferentes texturas de vida individual y colectiva –según como se los ejerza–, el procedimiento de la decisión de cada individuo, en lo que se refiere al plan de vida o ideal de excelencia al que deben ajustarse sus acciones que no trascienden a terceros, y el procedimiento de la decisión colectiva democrática para definir las pautas que deben regir las conductas con trascendencia intersubjetiva. Este énfasis procesal del liberalismo necesita, como presupuesto fundamental, el respeto de las normas jurídicas que definen los procedimientos asumidos como legítimos; por eso es que, como veremos, el resentimiento de la legalidad es el peor enemigo de una concepción abierta de la sociedad.

En buena medida, el anhelo por una sociedad cerrada está asociado a una impaciencia compulsiva frente a este carácter procesal de la sociedad democrática liberal y a la ilusión de que se puede saltar sobre los procedimientos para materializar el resultado de una interacción social y de planes de vida individuales ajustados a modelos cuya validez se supone autoevidente. El carácter ilusorio de este anhelo está dado por lo que Rawls[84] llama "el hecho del pluralismo", o sea la circunstancia irreversible de la vida social en, prácticamente, todos los países de Occidente, por la cual deben convivir bajo las mismas unidades políticas individuos o grupos con muy diferentes concepciones del bien y divergentes concepciones de moralidad social. Mientras es posible que, mediante la discusión, las divergencias en cuanto a estas últimas concepciones de moralidad social puedan atenuarse, varios siglos de conflictos religiosos y étnicos deberían haber enseñado que las diferencias sobre ideales del bien personal son irreductibles. Dado este hecho del pluralismo, el anhelo por una sociedad cerrada no desemboca, en la práctica, en la desaparición de los conflictos por una identificación en los intereses sino, por el contrario, en una agudización de tales conflictos has-

[84] Rawls, John, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, en "Philosophy & Public Affairs", vol. 14, nº 3, p. 31-33.

ta extremos violentos. Los ejemplos no hay que buscarlos muy lejos: la violencia que padeció nuestro país en la década del setenta estuvo provocada, en buena medida, por grupos que anhelaban diferentes tipos de sociedad cerrada.

a) El modelo de sociedad abierta o democrática liberal se impuso en la práctica constitucional argentina en momentos decisivos de su conformación: en el pensamiento de Mayo de 1810 y las instituciones que intentaron plasmarlo; en el pensamiento de la generación de 1837 que desembocó finalmente en la sanción exitosa de la Constitución de 1853; en el pensamiento socioeconómico que acompañó a la Organización Nacional; en el pensamiento de quienes lucharon por el sufragio universal y sin fraudes a partir de 1912; en el pensamiento de quienes impulsaron el proceso de transición democrática a partir de 1983. Sin embargo, mi tesis es que este modelo tuvo, desde su inicio, déficits radicales que se debieron a la incidencia de intereses de grupos que se ampararon en ese pensamiento, y a la confusión provocada por el intento de combinar el ideario liberal con enfoques antagónicos. Todos esos déficits se manifestaron desde los orígenes de nuestra práctica constitucional, pero cada uno de ellos fue objeto de profundas controversias en diferentes períodos, que en algunos casos llegaron a su superación. Los déficits en cuestión fueron el *federal*, el *democrático*, el referido a la *autonomía personal* y el *social*. Estos déficits del liberalismo fueron dando lugar a reivindicaciones justas que, en tres de los cuatro casos, fueron absorbidas por la corriente antagónica partidaria de la sociedad cerrada que, desde los comienzos de nuestra práctica constitucional, compitió con ese liberalismo en la conformación de la práctica constitucional.

En el caso del déficit referido a la autonomía personal, no se trató de una bandera arriada por el liberalismo y levantada por el tradicionalismo, sino del resultado de una transacción entre ambas corrientes, a la que se llegó no sólo por realismo sino también por confusión ideológica de la primera. El desafío que debe encararse para alcanzar un consenso que permita reconstruir nuestra práctica constitucional de modo de maximizar su justificación moral es, como se intentará en el apartado siguiente, el de proveer una síntesis que está dada por un liberalismo sin sus déficits históricos, que han dado un halo espurio de plausibilidad al modelo de sociedad cerrada.

Es obvio que esta concepción de sociedad cerrada fue profundamente internalizada en el pensamiento hispano, sobre todo durante los siglos de lucha, principalmente de los castellanos contra los moros, y luego de defensa contra la reforma religiosa del protestantismo. Ella se cristalizó en la época de los Austria y, especialmente, de Felipe II, quien, según Romero "acrisolaba los principios

del más rígido absolutismo y comprometía el bravo esfuerzo de sus hijos y la riqueza española en una guerra sin medida en favor de su hegemonía política, en favor de los ideales católicos amenazados"[85]. Este tipo de pensamiento, revitalizado por el tomismo, fue el que trajeron a América los conquistadores. Aquí impusieron un férreo autoritarismo, que tuvo como principales víctimas a los indígenas, a los que sometieron a indecibles brutalidades, so pretexto de civilizarlos y convertirlos al catolicismo.

Este absolutismo político se reflejó en las prácticas jurídicas, que al mismo tiempo que consagraban la arbitrariedad de los monarcas y de sus representantes locales, eran de una minuciosidad que invitaba a la típica actitud frente al derecho que, según autores como García Hamilton[86], nos ha marcado hasta nuestros días: sumisión frente a las formas jurídicas, pero violación sustantiva de la ley valiéndose de simulaciones o aprovechándose de sus intersticios. El antiguo aforismo español "la ley se acata pero no se cumple" tuvo amplia vigencia en esta parte de América, sobre todo en lo que se refería al buen trato de los indios, prescripto por Reales Cédulas, y al contrabando. El contraste entre esa actitud eminentemente ajurídica y la actitud de los puritanos que colonizaron el norte de América, que combinaban un sentido de escrupuloso respeto al espíritu de la ley junto a una concepción democrática sobre el origen de ésta en las costumbres populares, es más que marcado.

Describe así Romero la actitud moral que el espíritu hispano impuso en la colonia: "También se constituyó en los núcleos urbanos una moral *sui generis*. La fuerza del Estado actuaba allí más directamente y presentaba más de cerca el fantasma de la autoridad real; pero también allí las circunstancias hicieron que la autocracia del monarca se transfigurara en una autocracia de los ejecutores de su voluntad, en secreto acuerdo muchas veces con la oligarquía peninsular. Un clero armado con armas de la Contrarreforma daba a aquella autoridad un sólido respaldo teológico, pero aun contra ellos se movía la realidad. Ni la voluntad real ni las leyes y ordenanzas en que ella se concretaban recibían otro testimonio que el de la rendida sumisión; pero ni la voluntad real ni las leyes podían contra la miseria y el hambre, contra el apetito de riquezas, contra la irritación que causaba la medianía en quien había acudido a América para triunfar y salir de la pobreza. Autoritario en su concepción política y autoritario en su concepción familiar, el español violaba las leyes que coaccionaban sus apetitos, con audacia aunque con la máscara de la sumisión... de este modo cuajó una concepción autori-

[85] Romero, José L., *Las ideas políticas en Argentina*, p. 18.

[86] García Hamilton, José I., *Los orígenes de nuestra cultura autoritaria*, cap. 5.

taria del poder público que, conteniendo la libre iniciativa, forzaba a ésta a desenvolverse al margen de la ley"[87].

Como se sabe, este autoritarismo hispánico, pero no la falta de respeto genuino por la ley, tuvo una alteración importante en la época de los Borbones. A partir de Felipe V los monarcas de España abrieron, restrictivamente y con muchas vacilaciones, el país a los ideales de la Ilustración, admitiendo la difusión del liberalismo económico, social y hasta cierto punto político (en la medida en que no cuestionara la legitimidad del absolutismo monárquico).

Con el tiempo la expansión de estos ideales se fue limitando en la Península pero no sin antes haberse expandido en las colonias. En el caso del Río de la Plata, un grupo de jóvenes encabezados por Mariano Moreno bebió ávidamente en el pensamiento iluminista de autores como Rousseau, Voltaire y Montesquieu. Primero, propugnaron la adopción de los principios de la libertad de comercio contra el monopolio del comercio con España. En la *Representación de los hacendados* de Moreno se resume el credo del progreso a través del libre comercio. Pero no podía disociarse ese liberalismo económico con las ideas más amplias de libertad y democracia política, y esas ideas constituyeron el ideario que no sólo Moreno sino también Belgrano, Paso, Castelli, Monteagudo le imprimieron a la Revolución de Mayo y a la lucha por la independencia en su conjunto –dada la convergencia en esos ideales de líderes militares como José de San Martín–[88]. Esta influencia del pensamiento iluminista en los hombres de Mayo ha sido minimizada por algunos historiadores, como Furlong[89], en beneficio del impacto que habrían tenido otros filósofos, como Francisco Suárez, pero la prevalencia de la primera corriente en hombres como Moreno, Castelli y Monteagudo es innegable, por más que el contractualismo suareciano haya sido bienvenido en la medida en que convergía con el de Rousseau. Este grupo ilustrado no concebía a la revolución como un mero intento de independencia de la madre patria, apenas disimulada en sus comienzos, sino de verdadera transformación política y social. Permanentemente insistían en que la revolución no se había hecho para cambiar a unos tiranos por otros, y esto explica la susceptibilidad de Moreno frente al famoso brindis en beneficio de Saavedra y el posterior decreto de supresión de honores. Este enfrentamiento entre el

[87] Romero, *Las ideas políticas en Argentina*, p. 33.

[88] Ver, como síntoma elocuente de sus preferencias ideológicas, la bibliografía que llevaba San Martín en su cruce de los Andes –Rousseau, Voltaire, etc.–, según Lavaloro, René, *¿Conoce usted a San Martín?*, p. 84.

[89] Furlong, Guillermo, *Nacimiento y desarrollo de la filosofía en el Río de la Plata*.

el presidente y el secretario de la Primera Junta es la simbología del comienzo de la pugna entre el liberalismo y un conservadurismo de las tradiciones autoritarias hispanas, que marcaría buena parte de nuestra vida institucional.

Ese enfrentamiento tuvo, enseguida, una manifestación que, de inmediato, constituyó el primer déficit de nuestro liberalismo constitucional. Moreno fue el paladín del establecimiento de instituciones liberales fundadas en la división de poderes y en el régimen representativo; incluso desde muy temprano pregonaba la necesidad de sancionar una Constitución basada en esos principios. Sin embargo, el conflicto que lo llevó a alejarse de la Junta y al viaje en el que encontró la muerte estuvo determinado por su negativa a aceptar la representación de las provincias en lo que luego fue la Junta Grande. Esto respondía a sus ideas publicadas en *La Gaceta*, según las cuales el principio federativo "es el mejor quizá que se ha discurrido entre los hombres, pero difícilmente podrá aplicarse a toda la América". He aquí el conflicto entre procedimientos y sustancia que siempre amenaza al liberalismo: no había duda de que Buenos Aires no tenía derecho a constituirse en rectora del resto del país una vez cancelada la legitimidad monárquica en esta colonia; los mismos principios que llevaban a reclamar el ejercicio de la soberanía popular en Buenos Aires frente a la Península, conducían a reconocer el derecho del interior, frente a Buenos Aires, a autogobernarse. Sin embargo, también es explicable la resistencia de Moreno y de otros liberales a admitir la representación provincial, cuando en el interior estaba prácticamente incólume la ideología hispánica autoritaria del tiempo de los Austrias, cuya expresión en la Junta bien podía poner en peligro los ideales libertarios de la revolución. Así se dio el tipo de paradoja que habría de signar nuestra práctica constitucional: liberales propugnando la restricción de la representación popular, mientras los conservadores de Buenos Aires, como Saavedra, celebraban alborozados este refuerzo que les venía del interior[90].

El grave déficit federal del liberalismo habría de socavarlo por más de cuarenta años, mientras que al no menos deletéreo déficit democrático, también implicado en su posición restrictiva sobre la representación del interior, no lo superaría sino más de un siglo después. Hay que destacar, también, que este grupo ilustrado admitió cierto déficit en materia de autonomía personal, al reconocer algunas limitaciones a la libre discusión y a la libertad religiosa, como se

[90] Ver un agudo análisis de las contradicciones entre el ideario de Moreno y muchas de sus actitudes prácticas en el libro de Shumway, Nicholas, *The Invention of Argentina*, cap. 2.

manifiesta en la famosa omisión de la parte referida a la religión en la traducción de Moreno del *Contrato social*, por considerarla un desvarío.

A pesar del fracaso y alejamiento de Moreno, el liberalismo continuó imponiéndose, como se advirtió tempranamente con los decretos de libertad de imprenta y el famoso decreto sobre seguridad individual, el que prácticamente incluye todos los derechos que luego aparecen en otros proyectos constitucionales y en la Constitución vigente. La Asamblea del año 1813 constituyó, de algún modo, el cenit de ese espíritu, con una serie de disposiciones auténticamente revolucionarias para la época, como la abolición de la esclavitud y la igualdad de derechos de indios y esclavos, así como con declaraciones como la de que "la verdadera soberanía de un pueblo nunca ha consistido sino en la voluntad general del mismo".

Uno de los síntomas mas claros del profundo arraigo de la concepción liberal de la sociedad, a pesar de sus déficits, en los orígenes de nuestra práctica constitucional, está constituido por el hecho de que la famosa fórmula del art. 19 de nuestra actual Constitución –promovida por los sacerdotes Antonio Sáenz y Pedro Ignacio de Castro Barros: "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden o la moral pública ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados"– que, como veremos en el apartado siguiente (ver, también, cap. II, ap. C) constituye una consagración excepcional del principio de autonomía de la persona, ya estaba incluida en los más tempranos proyectos constitucionales, como los Estatutos de los años 1815 y 1817.

En cuanto a obra de gobierno el liberalismo encontró expresión, luego de las manifestaciones conservadoras del Congreso de 1816, que declaró la independencia y en el Directorio de Juan Martín de Pueyrredón, en la de Bernardino Rivadavia, primero como ministro del gobernador de Buenos Aires Martín Rodríguez, y luego de 1826 como primer presidente de la Nación. Así Rivadavia estableció el voto universal en la provincia de Buenos Aires; promovió un importante intento de colonización de las tierras nacionales mediante la ley de enfiteusis, luego lamentablemente frustrado por abusos que condujeron a la constitución de latifundios (de nuevo esto muestra la falta de respeto por el espíritu de la ley, característico de nuestra vida pública); se ocupó de las reformas en el clero y en el ejército; hizo una gigantesca obra en materia cultural, educativa y científica, incluyendo la inauguración de la Universidad de Buenos Aires; promovió la inmigración extranjera, etcétera. Estos avances de la sociedad abierta y anticorporativa quedaron empañados, sin embargo, por las claudicaciones que se le imputan en cuanto a la defensa de la

soberanía nacional frente a presiones de potencias extranjeras y de centros financieros.

Mientras tanto, estas tendencias se reflejaban en la sanción frustrada de dos proyectos constitucionales. Las constituciones unitarias de 1819 –que implicó un serio retroceso, no sólo por su centralismo, sino también por su tendencia aristocratizante, manifestada en la integración del Senado– y de 1826 –esta última considerablemente más moderada que la anterior– fueron rechazadas por los caudillos conservadores de las provincias. Esto era previsible, no obstante lo cual el centralismo porteño insistió en sancionarlas, desconociendo la advertencia de quienes fueron precursores del intento de salvar el déficit de representatividad territorial del liberalismo combinándolo con el federalismo, tales como Manuel Dorrego y José Gervasio Artigas (como se muestra en las célebres instrucciones de este último a sus diputados del Congreso de 1813).

En el interior, un tipo muy distinto de federalismo se iba arraigando e hizo eclosión en los diversos momentos en que desapareció jurídicamente la Nación, al desconocerse de palabra y de hecho al gobierno de Buenos Aires: un federalismo fundado en la moral tradicionalista y autoritaria heredada del pasado colonial reciente, en sentimientos locales y religiosos, en la actitud ambigua frente a la ley –de sumisión formalista y de incumplimiento efectivo, que autores como Romero[91] y García Hamilton[92] describen–, en su sentido inorgánico de libertad desarrollado en espacios desérticos con escaso control social, ilustrado magistralmente por el *Facundo* de Sarmiento, y, sobre todo, en el ascendiente de caudillos locales que representaban esas actitudes. Si algo aborrecían estos caudillos, como Quiroga, Ramírez, y quienes se sentían subyugados por ellos son los procedimientos distintivos de la democracia liberal. La representatividad estaba dada por la combinación de sentimientos y la fuerza de las armas, y el ideal de vida debía ser el que imponía la fuerza de las costumbres. Pocos ideólogos, como el famoso padre Castañeda, eran necesarios para plasmar esta cosmovisión, ya que para ello bastaban los instintos que habían sembrado en esos suelos los remotos conquistadores españoles.

La disolución nacional, materializada en 1820 y 1827 sólo fue prevenida por un largo tiempo, cuando un caudillo con los mismos ideales que los del interior ocupó el gobierno de Buenos Aires. Juan Manuel de Rosas logró la unificación del país mediante el expediente de proclamarse federal y de no aceptar más cargo nacional que el de encargado de las relaciones exteriores, mientras que logra-

[91] Romero, *Las ideas políticas en Argentina*.

[92] García Hamilton, *Los orígenes de nuestra cultura autoritaria*.

ba, de hecho, la sumisión de los caudillos locales, sobre todo luego de la muerte de Quiroga y López, y el control de las rentas del puerto de Buenos Aires (que le permitía ciertos gestos de magnanimidad hacia esos caudillos). El autoritarismo de Rosas –primera dictadura policial organizada que vivió el país independiente– se combinó con una defensa explícita del modelo de sociedad cerrada. Los típicos alegatos conspiratorios y persecutorios de los defensores de este modelo se daban en su discurso: en lo que siempre es síntoma de frustración frente al hecho del pluralismo, permanentemente se quejaba de que los pueblos estaban "contaminados todos de unitarios, de legistas, de agentes secretos de otras naciones, y de las grandes logias que tienen en comunicación a toda la Europa"[93]. Por supuesto que este estado de cosas, le servía de pretexto para demorar indefinidamente la institucionalización del país, negándose a la sanción de una Constitución, a la que llamaba "un cuadernito"[94] que indudablemente socavaría su base de poder. De nuevo, el desprecio por la ley marca nuestra vida pública.

Muy diferentes eran los pensamientos del grupo de intelectuales jóvenes provenientes de familias acomodadas de Buenos Aires que se reunían en salones literarios, y que dieron lugar a la llamada "generación de 1837". Esteban Echeverría, Juan María Gutiérrez, Juan Bautista Alberdi y otros, constituyeron la segunda generación de liberales argentinos y pretendieron genuinamente –a pesar de su irritable fascinación por las modas europeas– superar el déficit federal del liberalismo, que había dado una espuria plausibilidad al modelo de sociedad cerrada. Los miembros de esta generación enfatizaban la necesidad de tomar en cuenta las tradiciones y características del país, aunque como subraya Matsushita[95], todos ellos coincidían en repudiar terminantemente la herencia cultural hispánica, como se pone de manifiesto en el discurso de Gutiérrez cuando se inauguró el Salón Literario. Como señala Matsushita[96], el ideario de Echeverría, expresado en *El dogma socialista*, así como el de casi todos los de su generación, se formó como confluencia de distintas corrientes de pensamiento: el liberalismo de la Ilustración; el romanticismo en boga en Francia alrededor de los años 30 con autores como Leroux, Lerminier, Lammenais; el socialismo de Saint Simon, Sismondi, Fourier. Este eclecticismo explica, como argumenta la

[93] En carta a Quiroga de 1834, citada por Romero, *Las ideas políticas en Argentina*, p. 123.

[94] Ver carta a López del 6 de marzo de 1836, en Barba, Enrique M., *Correspondencia entre Rosas, Quiroga y López*.

[95] Matsushita, Marta de, *Romanticismo y política*, cap. XII.

[96] Matsushita, *Romanticismo y política*, cap. XIII.

autora, ciertas contradicciones en el pensamiento de Echeverría y algunos de sus contemporáneos sobre temas como, por ejemplo, el papel de la tradición, el rol social de la religión y los alcances de la democracia.

Revaloraba la tradición Echeverría, pero sólo la que se iniciara pocos años antes, a partir de Mayo, a diferencia del carácter negativo que le asignaba a la que tenía raíces coloniales. Era relativamente restrictivo en materia de voto popular, admitiendo su calificación transitoria y criticando el sufragio universal dispuesto en 1821. No obstante que definía a la democracia como "el régimen de la libertad fundado en la igualdad de clases", Echeverría justificaba así las restricciones al sufragio: "La razón colectiva sola es soberana, no la voluntad colectiva. La voluntad es ciega, caprichosa, irracional; la voluntad quiere, la razón examina, pesa y decide. De aquí resulta que la soberanía del pueblo sólo puede residir en la razón del pueblo, y que sólo es llamada a ejercerla la parte más sensata y racional de la comunidad social"[97]. Además, sostenía que el sentimiento religioso debía cultivarse para evitar su depravación por parte de caudillos como Rosas.

Lo mismo ocurría con Alberdi, quien, incluso, osciló entre un mayor romanticismo historicista en el *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, y un liberalismo más acentuado en las *Bases*. Como Echeverría, Alberdi distinguía entre la voluntad del pueblo y la razón del pueblo, y sostenía que lo que constituía la soberanía popular era lo segundo y no lo primero; sin embargo, sostenía que la voluntad popular era un síntoma irrecusable de la razón del pueblo, lo que, como veremos más adelante podría ser una posición plausible si no pudiera servir, como de hecho ocurrió en el caso de Alberdi, para justificar restricciones electorales inadmisibles. En materia religiosa, Alberdi intentaba combinar la libertad religiosa con la difusión del catolicismo como un instrumento educativo, sosteniendo que la "libertad religiosa es tan necesaria al país como la misma religión católica. Lejos de ser inconciliables, se necesitan y completan mutuamente"[98]. En su proyecto de Constitución iba más lejos que nuestro actual texto constitucional prescribiendo en su art. 3º que "la Confederación *adopta* y sostiene el culto católico, apostólico y romano".

Como es sabido, el más escéptico en materia de la expresión de la voluntad popular fue Sarmiento, quien en su mencionado *Facundo* –en el que se condenó para siempre la moral tradicional encarna-

[97] Echeverría, Esteban, *El dogma socialista*, cap. X, p. 157.

[98] Alberdi, *Bases*.

da en los caudillos del interior– se manifestaba considerable desprecio por la lucidez política de las masas populares. No obstante, su desconfianza en el sufragio universal era provisoria y localizada, ya que Sarmiento, como recuerda Botana[99] pensaba, al igual que Tocqueville, que la democracia del porvenir debía conjugar la libertad con la igualdad, y que esta conjugación debía estar promovida por la participación popular. Así sostenía en sus *Viajes*: "Las sociedades modernas tienden a la igualdad; no hay ya castas privilegiadas y ociosas; la educación que completa al hombre, se da oficialmente sin distinción; la industria crea necesidades y la ciencia abre nuevos caminos de satisfacerlas; hay ya pueblos en que todos los hombres tienen derecho a gobernar por el sufragio universal; la grande mayoría de las naciones padece; las tradiciones se debilitan, y un momento ha de llegar en que esas masas que hoy se sublevan por pan, pidan a los parlamentos que discutan las horas que deben trabajar, una parte de las utilidades que su sudor da a los capitalistas. Entonces la política, la Constitución, la forma de gobierno, quedarán reducidas a esta simple cuestión: ¿cómo han de entenderse los hombres iguales entre sí, para proveer a su subsistencia presente y futura, dando su parte al capital puesto en actividad, a la inteligencia que lo dirige y hace producir, y al trabajo manual de millares de hombres que hoy emplea, dándoles apenas con qué no morirse, y a veces matándolos en ellos mismos, en sus familias, en su progenie?" [100].

De modo que junto a la superación del déficit federal del liberalismo criollo, y a alguna toma de conciencia –sobre todo en Echeverría y Sarmiento– del déficit social, la generación del 37 acentuó el déficit en materia de autonomía personal y el déficit democrático. Seguramente en ello incidieron cierta confusión ideológica, provocada por la mezcla de ideas liberales con ideas románticas que estaban de moda en la Francia de la época, y –promovida por esas ideas– la intención de adoptar una actitud realista y no caer en el utopismo y la falta de habilidad estratégica de la generación liberal anterior. De cualquier modo hay que reconocer, respecto del déficit democrático, que el elitismo de esta generación estaba atenuado, sobre todo en el caso de Alberdi y de Sarmiento, por su confianza ilimitada en la educación y en la mezcla de razas a través de la inmigración. De este modo, las restricciones al sufragio que proponían eran provisorias y superables.

La superación del déficit federal del liberalismo, que ya había sido adelantada, como dije, por Dorrego y Artigas, permitió la Organización Nacional, que contó con el brazo armado de Justo José

[99] Botana, Natalio, *La tradición republicana*, p. 290.

[100] Botana, *La tradición republicana*, p. 288.

de Urquiza. El verdadero padre de nuestra Constitución supo intuir que las bases de la unión nacional quedarían cimentadas una vez que los principios e instituciones liberales fueran saneados de la desvirtuación que le imponía el centralismo de Buenos Aires. Este centralismo se manifestaba abiertamente en algunos unitarios y embozadamente en Rosas, quien, a pesar de su declamado federalismo, se negaba –como dije– a promover una Constitución federativa para el país, mientras usufructuaba los beneficios del puerto bonaerense. Por cierto que a Urquiza no le sería fácil terminar de imponer los principios de una Constitución federativa liberal, frente a los intereses de Buenos Aires. Como dice Matienzo[101], las mismas familias de clase alta que habían apoyado al rosismo y que se beneficiaban por el monopolio del puerto de Buenos Aires, dada la falta de libertad de hecho de los ríos interiores, se convirtieron en los más denodados críticos del régimen derrocado por Urquiza; pero se volvieron contra éste, acusándolo de continuismo con ese régimen y de dictador, cuando advirtieron los perjuicios de la federalización de Buenos Aires y de su puerto, y de la libertad de navegación por los ríos interiores.

El haber vencido a Buenos Aires en Cepeda no le significó a Urquiza una victoria definitiva contra los intereses de esta ciudad; tuvo que ser vencido o dejarse vencer, según se piense, por Mitre en Pavón, para que este último y los líderes de Buenos Aires se convencieran, en el ejercicio del Gobierno nacional, de lo contradictorio que era el liberalismo centralista que hasta el momento defendían.

Las discusiones de la Constituyente, reunida en Santa Fe, se hicieron con el trasfondo de la separación de Buenos Aires. Sin embargo, los debates, en su mayoría tuvieron otros carriles y demostraron de nuevo el conflicto entre el pensamiento liberal, con todos sus déficits, salvo el federal que aparecía saldado, y el ideario tradicional. La posición del presidente del Congreso, Facundo Zuviría, en contra de la sanción de la Constitución –por no darse las condiciones de paz y tranquilidad que permitirían conocer mejor las verdaderas necesidades y características de la sociedad– fue fiel exponente de la posición conservadora, que desconfiaba de la posibilidad de unificar el país y superar los conflictos y contradicciones de intereses hondamente arraigados mediante un diseño institucional deliberado. Se necesitó la palabra enérgica de uno de los líderes del bando liberal, Juan María Gutiérrez, para que la mayoría del Congreso repudiara la posición de Zuviría.

b) Pero es en el debate del 21 de abril de 1853 sobre la cuestión religiosa donde se pone claramente de manifiesto la confrontación

[101] Matienzo, José N., *Lecciones de derecho constitucional*, p. 57-59.

entre los partidarios de los modelos cerrado y abierto de sociedad. El proyecto de Constitución, preparado principalmente por Gutiérrez y, sobre todo en la parte orgánica por José Benjamín Gorostiaga, incluía la misma cláusula de la Constitución actual, en el sentido de que el Gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico, romano. En los fundamentos de la Comisión de Negocios Constitucionales se decía que la libertad religiosa era compatible con la protección, única posible al hombre, de la religión que se había heredado, que era su sostenimiento a través del Tesoro nacional. Cuando fue leída esta parte del proyecto en la sesión de fecha indicada, el diputado Zenteno, del sector conservador del Congreso, propuso el siguiente texto: "La religión católica, apostólica, romana, como única y sola verdadera, es exclusivamente la del Estado. El Gobierno federal la acata, sostiene y protege para el libre ejercicio del culto público, y todos los habitantes de la Confederación le tributan respeto, sumisión y obediencia". Como se ve, esta propuesta no era demasiado acorde con la idea de autonomía personal. Fray Manuel Pérez, más moderado, propuso que se agregara a la fórmula del proyecto el verbo "profesa", referido a la actitud del Gobierno federal respecto del culto católico.

Fue Benjamín Lavayse quien replicó a estas propuestas, exponiendo con toda claridad el credo liberal en el sentido de que "la Constitución no podía intervenir en las conciencias sino reglar el culto exterior. Que el Gobierno federal estaba obligado a sostenerlo y esto era lo bastante. Que la religión como creencia no necesitaba de más protección que la de Dios para recorrer el mundo, sin que hubiese podido nunca la más tenaz oposición de los gobiernos para detener un momento su marcha progresiva".

Frente a la insistencia de Zenteno, Gorostiaga aclaró aún más el sentido de la propuesta diciendo que al disponerse el sostenimiento de la religión se presuponía que ella era la dominante en el país, pero que no se podía declarar que la religión católica era la del Estado porque no todos los habitantes la profesaban, y tampoco se podía declarar que era la única verdadera, puesto que éste era un punto de dogma respecto del cual el Congreso era incompetente, argumento que fue apoyado por Juan Francisco Seguí.

La discusión entre los grupos liberal, encabezado por Gutiérrez y Gorostiaga, y conservador, liderado por Zenteno y Leiva, continuó el día 24 del mismo mes, al tratarse la libertad de cultos. Zenteno se opuso a tal libertad –que el proyecto consagraba en el art. 14– sobre la base de que esa libertad sería contraria al derecho natural y su estipulación excedía las facultades del Congreso. Seguí arguyó que esa libertad había sido admitida para las naciones más civilizadas del mundo. Gorostiaga agregó que no había creído que el

Congreso fuera un concilio académico, ni que los diputados viniesen a discutir puntos de dogma. El presbítero Lavayse sostuvo que votaría en favor de la libertad de cultos por un principio de caridad evangélica y sobre la necesidad de atraer la inmigración de extranjeros de distintos credos, sin perjuicio de que, como sacerdote, les predicaría luego su religión. Díaz Colodrero defendió la posición conservadora sobre la base de que los pueblos de la Confederación rechazaban la libertad de cultos que se había consagrado en el Tratado con Inglaterra de 1825. Gutiérrez adujo que era imposible llamar a extranjeros a nuestro suelo si no se consagraba la libertad de cultos. Leiva sostuvo que para atraer a los extranjeros no era necesario la libertad religiosa sino ofrecerles "garantías sociales" (lo que es un indicio de la aparición de alguna preocupación social en el marco del pensamiento conservador). Finalmente, el artículo de libertad de cultos quedó aprobado por trece votos contra cinco.

La cuestión religiosa apareció de nuevo en relación con un proyecto de Leiva que exigía, para ejercer todo empleo público, la condición de católico, lo que fue rechazado al día siguiente; sin embargo, otro proyecto de Lavayse por el cual el Presidente debía pertenecer a la comunión católica, dadas sus facultades de patronato, fue aceptado, no obstante que Gorostiaga aclaró que, aunque votaría por la enmienda la consideraba innecesaria, puesto que siendo la mayoría de religión católica, seguramente no elegiría a alguien de otro culto para ejercer la presidencia; por su parte, Seguí sostuvo que esa adición no estaba conforme con los principios constitucionales, ni guardaba armonía con el plan y la estructura del proyecto. Hay que aclarar que fue Gorostiaga el que propuso el actual art. 67, inc. 15, que prescribe que corresponde al Congreso promover la conversión de los indios al catolicismo, como un medio para alcanzar el trato pacífico con ellos; esto muestra que aun los más decididos liberales exhibían cierta confusión ideológica.

El tema de la libertad de cultos no estuvo del todo concluido con el debate del Congreso de 1853. Luego de Cepeda y del Pacto de San José de Flores, se reunió la Convención de la provincia de Buenos Aires para determinar qué reformas debían sugerirse a la Constitución nacional. Allí, inesperadamente, el convencional Frías planteó el tema de la religión de Estado, sosteniendo que la libertad debía estar unida a la religión, lo que no había sido entrevisto según él por los padres de la Patria, y daba, curiosamente, el ejemplo de los Estados Unidos en apoyo de su proposición; proponía, así, que se declarara a la católica como la religión de la República Argentina y que, además de la protección del gobierno le sea debida la más profunda veneración de sus habitantes. Sarmiento contestó a Frías sosteniendo que "la libertad de la conciencia era la base de todas las otras libertades, la base de la sociedad y de la religión misma".

Esta posición fue apoyada por Gutiérrez y por Roque Pérez, quien se extendió sobre las ventajas de la tolerancia religiosa y sobre los pocos frutos que se habían obtenido en la Colonia cuando hubo una religión de Estado. Vélez Sársfield opinió, en cambio, que la cuestión no era materia federal sino que debía ser considerada por cada provincia.

Esta cuestión no fue discutida en la Convención Nacional de 1860, que resolvió algunos temas de trascendencia para la superación del déficit federal del liberalismo, aunque sin gran relevancia ideológica. El tema federal todavía necesitó la batalla de Pavón para su resolución definitiva, aunque la cuestión de la capital quedaría en suspenso hasta la sanción de la ley Avellaneda en 1880.

Con la batalla de Pavón se consolidó, indudablemente, la integración nacional bajo la vigencia de la Constitución; sin embargo, ese hecho de armas tuvo una secuela jurídica que con el tiempo probaría haber sido el germen de una gravísima debilidad en nuestra convención constitucional: el reconocimiento de los gobiernos *de facto*, máxima expresión del sentido de ajuridicidad en nuestra vida pública. En efecto, a raíz de un asunto absolutamente nimio sobre el pago de una letra de cambio que había sido anulado por Mitre, la Corte Suprema sostuvo, en el caso "Martínez y otro" de 1865 que "el gobernador de Buenos Aires y general en jefe de su ejército, fue autoridad competente para decidir en esa clase de asuntos, por ser quien ejercía provisoriamente todos los poderes nacionales, después de la batalla de Pavón, con el derecho de la revolución triunfante y asentida por los pueblos, y en virtud de los graves deberes que la victoria le imponía" [102]. Este crudo reconocimiento de derechos fundados en la fuerza tendría funestas consecuencias, que se manifestarían muchas décadas después, para la conformación de nuestra práctica constitucional.

De cualquier modo, a partir de Pavón el país entró por muchas décadas en una senda de consolidación institucional. Los primeros presidentes constitucionales, sobre todo Sarmiento, y otros líderes políticos e intelectuales de la época, continuaron con la tradición liberal de las generaciones de Mayo y del 37, con lo que se puede decir que se constituyó una tercera generación, parcialmente coincidente con la del 80, que impulsó en el país la institucionalización bajo el modelo liberal. Eduardo Wilde, uno de los personajes más influyentes de la época, describía así el clima en que se vivía: "Aquello era un continuo rebatir de opiniones, prestigios e ideas. Sólo en una cosa coincidíamos todos: en ser ultraliberales y revolucionarios en arte y en política. Era necesario reformar creencias,

[102] CSJN, *Fallos*, 2:141

instituir el socialismo, pero el socialismo liberal, inteligente, ilustrado; reorganizar la República; aun más: América, y hacer de toda ésta una gran Nación" [103].

Sin embargo, este liberalismo de la generación postconstitucional se fue tornando en una posición crecientemente conservadora en el plano económico y social. Mientras que en Alberdi, como había ocurrido con Moreno, el libre comercio era percibido como un instrumento de progreso y transformación social, para la oligarquía que se fue escudando tras la generación del 80, y que se consolidó, sobre todo, durante las presidencias de Avellaneda y de Roca, el libre comercio era un medio de preservación del *statu quo*. Se trataba de fortalecer las posiciones de privilegio que se habían adquirido gracias, fundamentalmente, a la adquisición de enormes extensiones de tierra en forma gratuita o muy poco onerosa, sea desvirtuando la ley de enfiteusis rivadaviana, sea mediante las concesiones hechas por Rosas en sus avances contra los indios, o de igual modo por Roca en su campaña al desierto, y en las adyacencias de los ferrocarriles que se iban extendiendo rápidamente. Estos focos de poder económico fueron teniendo, velozmente, implicaciones sociales y políticas. Los dueños de grandes extensiones de tierra fueron adquiriendo paulatinamente hábitos aristocratizantes en una sociedad que, hasta entonces, había sido esencialmente democrática (comparada, p.ej., con la de otras partes de América del Sur), hábitos aristocratizantes que, como decía Payró [104], servían para distinguir a gente que sólo difería de los demás por la distancia que los separaba del último tendero o pulpero de la familia. Desde el punto de vista político, los poderosos intereses que empezaban a esconderse detrás del liberalismo –intereses que se extendían a la preservación de una relación de dependencia particular con Inglaterra– también presionaban por oponerse a una mayor expansión del sufragio, lo que se veía como amenaza potencial a tales intereses. De este modo, el liberalismo fue acrecentando tanto su déficit social como el democrático. En este último caso, ello implicaba fraudes electorales que nuevamente ponían de manifiesto la falta de respeto por la ley, distintiva de nuestras prácticas políticas.

Sin embargo, el liberalismo hizo algunos avances en materia de autonomía personal. A partir de 1880 se renovó el enfrentamiento con los sectores tradicionalistas que ahora tenían nuevos voceros en Juan Manuel de Estrada y Pedro Goyena. Estrada llegó a sostener, en términos sumamente enérgicos, que había una conspiración masónica anticristiana para, entre otras cosas, impedir la educación re-

[103] Romero, *Las ideas políticas en Argentina*, p. 185.

[104] Romero, *Las ideas políticas en Argentina*, p. 186.

ligiosa en las escuelas. Goyena argumentaba que una escuela sin Dios era una escuela condenada. La posición liberal fue defendida por estadistas como Delfín Gallo y Eduardo Wilde, quienes defendieron con firmeza la implantación de una escuela laica, gratuita y obligatoria.

El conflicto llegó a tal extremo, que hasta se tomaron medidas autoritarias como la destitución de Estrada de sus cátedras por el gobierno de Roca. Una polémica similar se dio en relación a la ley de matrimonio civil. Incluso unos años atrás los grupos tradicionalistas de la provincia de Santa Fe derrocaron al gobernador Nicasio Oroño a raíz de una legislación similar que incorporaba la institución del divorcio.

Pero, a pesar de estos avances liberales en la dimensión de la autonomía personal, el liberalismo se iba confundiendo más y más con el conservadurismo, en lo que hacía al sistema económico, la estructura social y la extensión del sufragio popular. La excepción la constituían estadistas y pensadores como Carlos Pellegrini y Joaquín V. González, quienes, desde distintas posiciones, promovieron la amplitud del sufragio y políticas de movilidad social.

El ejercicio del poder fue haciéndose también progresivamente autoritario, con una considerable acentuación del presidencialismo, que ya en la Constitución tiene un perfil mucho más marcado que en la carta norteamericana. Sobre todo en la época de Roca fue consolidándose lo que se llamó "el unicato", con avances muy marcados del Presidente sobre el Congreso y las provincias. Para eso se recurría a intersticios constitucionales, poniéndose de manifiesto, una vez más, la tendencia heredada de la colonia de desobedecer la ley simulando acatamiento. Se denunciaba con frecuencia el avasallamiento del Legislativo y el Ejecutivo y la influencia inmoderada que tenía el Presidente saliente en la elección de su sucesor.

Estas tendencias autoritarias se vieron también estimuladas por fallos demasiado condescendientes de la Corte Suprema (se repetía así lo que, según García Hamilton [105], informaba el licenciado Sánchez al Consejo de Indias: "La culpa de los males de las Indias es de los jueces que no han ejecutado jamás las leyes que les mandan ni las provisiones e instrucciones de buen gobierno"). Por ejemplo, en "Seste y Seguich c/Gobierno Nacional" [106] de 1864 se decidió que el Poder Ejecutivo no puede ser demandado por los particulares (puesto que, entre otras cosas, el Poder Judicial no tiene imperio para hacerlo obedecer); en "Montana" [107] de 1870 se resolvió que el

[105] García Hamilton, *Los orígenes de nuestra cultura autoritaria*, cap. 5.

[106] CSJN, *Fallos*, 1:319.

[107] CSJN, *Fallos*, 9:387.

Poder Judicial no tiene facultades para reclamar del Ejecutivo que ponga a su disposición a un detenido por sus agentes (acusado de haber intervenido en el asesinato de Urquiza); en "Cullen c/Llerena" [108] de 1893 se dejó sentado que toda la materia de la intervención federal era una cuestión política no susceptible de ser revisada judicialmente. Esta jurisprudencia condescendiente frente al poder político se vio atenuada por fallos como "Sojo" [109] de 1887, en el que se consagró el control judicial de constitucionalidad y "Alem" [110] de 1893, en el que se resolvió que el Presidente no podía detener bajo el estado de sitio a miembros del Congreso, salvo en caso de delito *in fraganti*.

c) Mientras tanto se iba expandiendo el aluvión inmigratorio que cambiaría la fisonomía social del país. Ese caudal, que tanto habían ambicionado Alberdi y Sarmiento, aprovechó los amplios cauces que abrían las cláusulas de la Constitución sobre inmigración y derechos de los extranjeros. Sin embargo, desde el punto de vista económico y social, los inmigrantes se encontraron con más restricciones que en otros países de los llamados "nuevos", ya que el acceso a la tierra estuvo limitado por la desvirtuación de las políticas de colonización agraria (es significativo que casi la mitad de los componentes de la primera ola inmigratoria emigraron al poco tiempo). Los inmigrantes formaron una clase media y un proletariado fundamentalmente urbano que, con el tiempo, ejercería presión para tener mayor representatividad política frente a las actitudes restrictivas del régimen.

Al mismo tiempo, la clase dirigente que había estructurado institucionalmente un modelo de sociedad abierta bajo el prestigio de ideas prevalecientes en los países centrales, empezó a inquietarse por los efectos de perturbación social y de debilitamiento nacional que podía provocar, en su concepción, el aluvión inmigratorio. Además de sancionarse la "ley de residencia", que permitía deportar a supuestos agitadores extranjeros, se impulsó desde el Consejo Nacional de Educación, por obra de Ramos Mejía, un programa de educación patriótica, que en cierto sentido se mantiene actualmente, con gran énfasis en los valores nacionales y en la integridad del territorio del país [111].

El fin del siglo y el comienzo del nuevo coincidieron con un cierto reagrupamiento ideológico. Una rama proveniente del libe-

[108] CSJN, *Fallos*, 53:420.

[109] CSJN, *Fallos*, 32:125.

[110] CSJN, *Fallos*, 54:432.

[111] Ver Escudé, Carlos, *Contenido nacionalista de la enseñanza de la geografía*, en "Ideas en ciencias sociales", Bs. As., 1988, nº 9.

ralismo se fue haciendo más y más conservadora, hasta en algunos casos perder toda identidad liberal e, incluso, convergir con sectores defensores de la sociedad cerrada, dando lugar a una base ideológica que en la década del 20 –mediando las fuertes reacciones provocadas por la revolución soviética– iba a ser campo propicio para absorber las nuevas ideas nacionalistas y fascistas que llegaban desde Europa. Si algunos de estos partidarios del *statu quo* en materia económica y social y, crecientemente, de posiciones autoritarias en el campo político siguieron llamándose "liberales", terminando por convertir a esta expresión en un mote peyorativo, fue porque así se identificaban como admiradores de las costumbres sociales del hemisferio norte.

Mientras tanto, los genuinos liberales, sensibles a los reclamos democráticos y a la cuestión social, empezaron a dispersarse en diferentes grupos y partidos, principalmente el radicalismo, el socialismo y la democracia progresista, y también a perder alguna identidad bajo el influjo de doctrinas románticas y socialistas.

Así es como describe Romero este nuevo cuadro ideológico que sería determinante de la evolución institucional en el siglo que comenzaba: "En cuanto a las ideas [de los grupos conservadores] no eran ya sino la sombra del antiguo liberalismo conservador, empobrecido por la estrechez y limitada ambición de los sectores más reaccionarios; desde esta posición no fue difícil el tránsito hacia lo que se llamó 'nacionalismo', adaptación de la ideología fascista, que después de 1922, comenzó a arraigar en algunos de aquellos sectores. Por su parte, la tradición liberal no se perdió del todo; estaba incluida en algunos aspectos del difuso programa del radicalismo, y fue encarnada principalmente por algunos hombres que repudiaron el excesivo personalismo que se advirtió en ese sector de la opinión después de llegar al gobierno; pero fue en otros hombres y partidos donde reverdeció y volvió a adquirir calidad de fuerza constructiva, adaptándose a nuevas exigencias y a nuevas realidades" [112] (Romero se refiere principalmente a los Partidos Socialista y Demócrata Progresista).

En efecto, gracias a la aparición primero de la Unión Cívica en 1890 y luego de la Unión Cívica Radical y a la acción del sector esclarecido del liberalismo, como el representado por el presidente Roque Sáenz Peña, se superó –no definitivamente– el déficit democrático del liberalismo, así como en 1853 se había superado el déficit federal. La ley del voto universal –todavía sólo para varones–, secreto y obligatorio aseguró que, a partir de su aplicación en 1916 sólo los partidos populares ganaran las elecciones auténticamente

[112] Romero, *Las ideas políticas en Argentina*, p. 204.

limpias, lo que no es aventurado asociar con la inestabilidad política concomitante como única forma de llegar al poder accesible a la elite dominante en el plano económico.

La Unión Cívica Radical, fundada por Alem, tenía como principal objetivo el de superar la restricciones a la representación popular con que se había conducido la vida política del país hasta ese entonces. También era su bandera moralizar la administración y, los procedimientos, dado el clima de creciente corrupción que había motivado denuncias muy impactantes por parte de estadistas como Aristóbulo del Valle o Lisandro de la Torre. Asimismo, el radicalismo fue sensible a la cuestión social, propiciando una serie de leyes de protección a los trabajadores –como el proyectado Código de Trabajo–, anticipadas o apoyadas por el socialismo, y adoptando medidas de defensa del patrimonio nacional frente a la creciente debilidad ante las potencias extranjeras. Junto con estas tendencias, que pretendían reivindicar los déficits históricos del liberalismo, en el radicalismo también arraigaron algunas tendencias antiliberales, como se puso de manifiesto en la negativa de Yrigoyen a dictar una ley de divorcio, en su estímulo al gobernador de Santa Fe para que vetase una Constitución de inspiración laica, etcétera. También se ha señalado que en la época de Yrigoyen se acentuó aún más el presidencialismo, con un rígido ascendiente sobre las mayorías parlamentarias adictas, y con un exceso de intervenciones federales, aunque éstas en muchos casos tendían a reparar los efectos del fraude eleccionario y permitir al pueblo expresarse libremente. Algunos de los rasgos liberales que el yrigoyenismo olvidaba fueron rescatados por la tendencia conservadora en lo económico y social representada por el antipersonalismo de Alvear, así como el socialismo, y tendencias más extremas de la izquierda, asumían las preocupaciones sociales que le imputaban no atender en plenitud.

Estas preocupaciones estaban fundadas en un clima social de creciente violencia e intranquilidad. Los hechos de la Semana Trágica y las huelgas de la Patagonia fueron reprimidos crudamente por las Fuerzas Armadas y la policía y, al mismo tiempo, los atentados terroristas de grupos anarquistas se extendían.

Mientras tanto la Corte Suprema moderó la tradición conservadora que la caracterizaba (ver cap. II, ap. D). En el fallo "Ercolano c/Lanteri de Renshaw" [113], de 1922, la Corte Suprema admitió con la disidencia de Bermejo, que invocó la necesidad de respetar estrictamente el derecho de propiedad que estaba dentro del poder de policía de los órganos políticos el de regular para el futuro el precio de los alquileres en atención a la emergencia constituida por la grave

[113] CSJN, *Fallos*, 136:170.

crisis habitacional que afectaba la tranquilidad pública. En "Cornú c/Ronco" [114] de 1924, la Corte admitió que se podía limitar el término del contrato de locación. Pero en "Horta c/Harguindeguy" [115] de 1922 la Corte Suprema sostuvo que la fijación de los precios de las locaciones no podía ser retroactiva a contratos ya celebrados y en "Mango c/Traba" [116] de 1925, impugnó que la suspensión de los desalojos se pudiera hacer retroactivamente anulando el efecto de sentencias ya dictadas, y en "Bourdie c/Municipalidad de la Capital" [117], de 1925, la Corte anuló por confiscatorio un impuesto municipal a la transmisión de concesiones sobre bóvedas. A pesar de la reafirmación de un derecho amplio de propiedad que surge de estas decisiones, se advierte, sin embargo, en la jurisprudencia de la Corte de esta época, una preocupación que empezaba a ser distintiva del período que se estaba iniciando, por las perturbaciones sociales que podrían seguirse del descontento popular por la crisis económica.

d) El terreno estaba preparado para una radicalización de las ideologías. Por un lado, el descontento popular sirvió de base a movimientos anarquistas u otros matices de la izquierda extrema que, sin embargo, nunca llegaron a contar con gran arraigo en el proletariado. Por el otro lado, en la ideología de la sociedad cerrada fueron convergiendo los antiguos partidarios del nacionalismo católico, ahora realimentado con la influencia europea, sobre todo de la *Action Française* y el pensamiento de Charles Maurras, con los conservadores en materia económica, provenientes de un liberalismo del que ya no podían mantener siquiera el nombre, con los nuevos adeptos al fascismo de Benito Mussolini. Todo este pensamiento ahora se aglutinaba en órganos como "La Nueva República" y tenía voceros como los hermanos Irazusta, Palacio, Carulla, etcétera. También empezaron a aparecer grupos de choque que respondían a esta ideología como la Legión Cívica.

Este clima de tensión social y de radicalización ideológica, unido a la crisis económica que estaba en el trasfondo y a la creciente falta de autoridad del gobierno de Yrigoyen condujeron al golpe de Estado de Uriburu en 1930, que constituyó la primera fractura seria del orden institucional establecido en 1860, lo que, sin embargo emergía de la tendencia a la ajuridicidad propia de nuestra historia institucional.

Tal vez, el hecho más desgraciado de la evolución de nuestra práctica constitucional haya sido la acordada de la Corte Suprema

[114] CSJN, *Fallos*, 142:80.

[115] CSJN, *Fallos*, 136:59.

[116] CSJN, *Fallos*, 144:220.

[117] CSJN, *Fallos*, 145:325.

de Justicia de la Nación reconociendo a las autoridades surgidas de ese golpe de Estado. En efecto, el 10 de septiembre de 1930 la Corte dictó una acordada[118] acusando recibo de una comunicación del Gobierno provisional dando cuenta de su constitución. La Corte sostiene que el gobierno en cuestión se encuentra en posesión de la fuerza necesaria para asegurar la paz y el orden de la Nación y, por consiguiente, la libertad, la vida y las propiedades de las personas; agrega que esto lo constituye en un gobierno *de facto*, con todas las consecuencias respecto de la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para la persecución de sus fines; cita a Constantineau (un oscuro autor canadiense que escribió sobre los funcionarios públicos con defectos de nombramiento) para sostener que la doctrina nacional e internacional es uniforme en el sentido de dar validez a los actos de los funcionarios *de facto*, cualesquiera sean los vicios de validez de sus nombramientos; concluye que tal gobierno no puede ser judicialmente discutido puesto que está fundado en la fuerza.

La Corte todavía limitaba algo su reconocimiento de los gobiernos *de facto*, puesto que sostenía que, dado el propósito declarado del Gobierno provisional de cumplir con la Constitución, seguiría controlando ese cumplimiento como lo haría respecto de un Poder Ejecutivo de derecho. Juristas de la talla de Figueroa Alcorta y Repetto pusieron su firma a este ignominioso precedente. En el fallo "Malmonge Nobreda"[119] de 1933 la Corte fue más explícita en las facultades del gobierno *de facto*, reconociéndole las del Poder Ejecutivo y sólo en caso de necesidad vital las del Legislativo, mediante decretos leyes que expirarían cuando cesara la autoridad *de facto*.

El golpe de 1930 estuvo impulsado por grupos fascistas y conservadores, aunque contó con el beneplácito de los demás partidos de oposición, a pesar de su liberalismo democrático. Leopoldo Lugones, con su famoso discurso "La hora de la espada", tuvo una influencia importante en el giro hacia la extrema derecha de grupos intelectuales. La ideología que sustentaba Uriburu y sus más cercanos colaboradores era antagónica a los partidos políticos y corporativista, hasta el punto que llegaron a pensar en la posibilidad de promover una reforma constitucional para establecer esos principios (así hablaba Uriburu de una reforma constitucional que contemplara a las "fuerzas vivas de la Nación" y que permitiera que "los representantes del pueblo dejen de ser los representantes de los comités

[118] CSJN, *Fallos*, 158:290.

[119] CSJN, *Fallos*, 169:309.

políticos y ocupen las bancas del Congreso obreros, ganaderos, agricultores, industriales, etcétera").

La instauración de un régimen plenamente fascista fue impedida por la acción de los políticos y por la ambición del general Agustín P. Justo, quien ansiaba ser consagrado presidente constitucional, y para ello buscó el apoyo de conservadores que todavía se presentaban como liberales, promoviendo la realización de elecciones, las que ganó gracias al fraude y a la proscripción. Esto comenzó una pauta constante, reiterada en 1956 y 1971, de que un general de la derecha nacionalista es reemplazado por otro general de la derecha llamada "liberal"; una de las diferencias más relevantes entre estas dos tendencias, coincidentes en su autoritarismo, es la búsqueda de apoyo o simpatía, en un caso en grupos corporativos autóctonos, y, en el otro, en la opinión pública ilustrada de Buenos Aires, cierta opinión pública internacional, los principales países occidentales y sus embajadas locales.

Con la elección de Justo se inició la llamada "Década Infame", como la denominó el nacionalismo, por la generalización de procedimientos electorales fraudulentos, que confirmaban la constante falta de respeto por la ley. En esa década, que se extiende hasta la revolución de 1943, el poder es ejercido por conservadores con algunos atisbos de liberalismo (Federico Pinedo, p.ej., se manifestaba decididamente en contra de cualquier intento de corporativismo), apoyados por la Iglesia y las Fuerzas Armadas –que se expandieron enormemente– y con una relación ambigua con los grupos nacionalistas, ahora decididamente fascistas y nazis, cuya influencia iba en ascenso. La relación era ambigua, puesto que oscilaba entre un apoyo condicionado al régimen y una crítica parcialmente coincidente con la que hacían los partidos como el radicalismo o el socialismo.

El Poder Judicial se fue adaptando a los tiempos y convalidando medidas represivas. Por ejemplo, en 1941 se resolvió el caso "Schuster"[120] en el que se desconoció el derecho de reunión en un local cerrado, confirmándose la pena impuesta por el jefe de Policía en aplicación de edictos policiales, por el solo hecho de que la reunión tenía finalidad comunista.

Sobre la plataforma de la ideología de la sociedad cerrada que venía desde la colonia, y que era permanentemente propagada por pensadores del integrismo católico, se fue montando una propaganda nazi impulsada por agentes hitlerianos, sobre todo a través de la embajada alemana. Carlos de Ibarguren fue uno de los ideólogos más destacados de este período, habiendo formulado, incluso, un es-

[120] CSJN, *Fallos*, 191:390.

tatuto del Estado nacionalista, que luego fue la base de su propuesta de reforma constitucional corporativa, en la que sostenía que los intereses de la Nación constituyen el supremo orden público argentino, abogaba por una representación orgánica de las corporaciones y propiciaba un intervencionismo económico antidemocrático.

En realidad, la concepción de un Estado con un papel activo en la economía y con el control de aspectos importantes de la producción y de la industrialización, que ya había sido insinuada, todavía tímidamente, por Yrigoyen, comenzó a ganar fervorosos partidarios, durante esa década, dentro y fuera del gobierno. Como dice Carlos Waisman[121], ésa fue la respuesta que la Argentina adoptó tras la ruptura producida en 1930 del orden económico internacional y de la relación especial con Inglaterra, orden que sólo se restablecería, bajo nuevas estructuras, después de terminada la guerra, en 1945. Mientras otros países agroexportadores decidieron encarar el nuevo orden abriendo sus economías al comercio internacional y a la producción industrial para la exportación, la elite política argentina –influida por las tendencias ideológicas nacionalistas y fascistas– decidió montar un modelo de economía cerrada y protegida, fundamentalmente por el temor a las perturbaciones sociales y a un consiguiente supuesto peligro de revolución comunista que podría generar una economía competitiva.

Este temor al comunismo, que incluso se alega en algunos fallos judiciales como justificación del intervencionismo estatal, fue una constante de la vida institucional argentina desde la década del 20 hasta casi nuestros días (en que el desmoronamiento del imperio soviético hace imprevisible qué forma puede adoptar tal temor). Esta mentalidad "de trinchera" –que tenía un lejano origen en el miedo a lo extraño, representado por la inmigración– fue una de las causas más importantes de desvirtuación del liberalismo de Moreno, Alberdi y Sarmiento, convirtiéndose en una posición conservadora y tildándose "liberal" sólo para defender la libre empresa. Aunque, en realidad, ni siquiera limitado a este plano económico, el liberalismo de la clase dirigente solía ser genuino sino que era una forma de encubrir la defensa del *statu quo*, en que la protección estatal es determinante (salvo en el caso de los productores agropecuarios –cuyas ideas gozan de gran prestigio en el resto de los grupos económicos– en que hay una relativa coincidencia entre libre empresa y sus propios intereses).

e) El clima ideológico que se vivía al principio de los años 40, las presiones resistidas por los gobiernos fraudulentos de la época

[121] Waisman, Carlos, *The Reversal of Development in Argentina*, cap. 8.

para aliarse con el Eje nazifascista y la continua propaganda de los grupos nacionalistas en las Fuerzas Armadas, llevó –finalmente– a la revolución de 1943, encabezada por un grupo de oficiales, entre los cuales estaba Juan Perón. Según Potash[122], en una proclama difundida poco antes de la revolución del 4 de junio, estos oficiales exhibían el anhelo de un dominio subcontinental, el de establecer una dictadura inflexible sometiendo al pueblo a condiciones de sumisión, y el de seguir el ejemplo de Hitler y de la Alemania nazi.

Comenzó Perón a prevalecer entre el grupo de oficiales prestando atención a los reclamos sociales largamente postergados. Cuando se lo quiso desplazar, una movilización popular impresionante, y en buena medida espontánea, lo llevó de nuevo al centro de la vida política y a ganar las elecciones de 1946 frente a una coalición de radicales, conservadores y socialistas con el apoyo explícito de la embajada norteamericana. Perón consolidó el corporativismo informal que distingue hasta hoy día nuestra estructura económica y social. Ese corporativismo, como lo caracteriza O'Donnell[123] y que luego tendremos ocasión de analizar con más amplitud (ver § 57), es de naturaleza bifronte ya que implica que grupos privados de interés conquistan enclaves de influencia dentro del aparato estatal, a la vez que el poder ejerce mediante ellos influencia en sectores de la sociedad.

Este fenómeno no implica, a diferencia del fascismo puro, una representación formal en órganos deliberativos, ni, a diferencia de la mera presencia de grupos de interés en todas las democracias desarrolladas, un proceso de presiones sobre los órganos estatales, sino el montaje de todo un sistema de protecciones y privilegios en beneficio de organizaciones e instituciones como los sindicatos, grupos empresarios, las Fuerzas Armadas y la Iglesia (que comprenden fenómenos tales como una representatividad monopólica, aranceles aduaneros, redescuentos diferenciales, fueros especiales, subsidios educativos, etcétera). Este corporativismo es, de nuevo, una manifestación del desprecio por la ley, típico de nuestra vida pública, ya que muchos de los privilegios se alcanzan aprovechándose de los intersticios de las normas jurídicas o violándolas llanamente, o introduciéndoles tales limitaciones y excepciones que desaparece la idea de universalidad, distintiva del Estado de derecho.

Durante el peronismo la Iglesia conquistó finalmente lo que no había logrado en los años de la Organización Nacional –la enseñanza religiosa en las escuelas públicas–, y las Fuerzas Armadas obtuvie-

[122] Potash, Robert A., *Ejército y política en la Argentina*.

[123] O'Donnell, Guillermo, *Corporatism and the Questions of the State*, en Malloy, James (comp.), "Authoritarianism and Corporatism".

ron un Código de Justicia Militar que establece un fuero especial aun para delitos comunes cometidos por militares en vinculación con actos de servicio. Por su parte, los sindicatos –montados sobre la representatividad monopólica de los sectores adeptos al gobierno y la consiguiente represión de gremialistas de otras ideologías– eran, por supuesto, una pieza clave en la estrategia de Perón. Eran un medio de control de la clase obrera para evitar temidos desbordes comunistas, al mismo tiempo que su adhesión se conquistaba con indudables progresos sociales y un incuestionablemente valioso sentimiento de participación política y de dignidad social.

En su opúsculo "El pueblo quiere saber", citado por Waisman[124], Perón decía: "Para prevenir que las masas que han recibido la necesaria y lógica [cantidad] de justicia social vayan más allá de los niveles de sus reclamos, el primer remedio será la organización de tales masas... Éste será el seguro... aunque el Estado va a organizar el reaseguro que es la autoridad necesaria para mantener al pueblo en su lugar... porque el Estado tiene el instrumento que, si es necesario, pondrá las cosas en quicio a través de la fuerza". Así, junto con una acentuada represión a los opositores políticos, sindicales, estudiantiles y con una manipulación antidemocrática de los medios de difusión y de los mecanismos políticos –todo lo cual implicaba una continuación de las actitudes ajurídicas que caracterizan a nuestra vida pública–, el régimen justicialista sancionó una progresista legislación de protección laboral y de seguridad social, que constituyó una contribución de enorme valor a la superación del déficit social en el país.

Por primera vez, los sectores más relegados de la sociedad –sobre todo los habitantes de las zonas rurales y los que de allí habían emigrado a los cordones industriales de las grandes ciudades– se sintieron integrados a la sociedad, protegidos en sus derechos y con un sentido de dignidad que hasta entonces habían desconocido. Paralelamente se perfeccionaban múltiples mecanismos de intervención del Estado en la economía –como la nacionalización del comercio exterior y de los depósitos bancarios– y se impulsaba un acentuado proceso de industrialización volcado al mercado interno y bajo la protección estatal (ya que, como Perón había anticipado en 1944, esa industrialización era vista como parte de la política de defensa nacional).

De este modo, una vez más en nuestra conflictiva historia, uno de los déficits del liberalismo –en este caso el déficit social– fue aprovechado por corrientes favorables a un modelo de sociedad cerrada para ampliar su base de sustentación y conquistar una legitimi-

[124] Waisman, *The Reversal of Development in Argentina*, p. 168.

dad subjetiva que no se hubiera podido alcanzar con la mera propuesta de ese modelo de sociedad. La experiencia peronista hizo pensar a muchos en la Argentina, lo que ha tenido marcada influencia en la conciencia de amplios sectores, que la justicia social es incompatible con valores liberales como la autonomía de la persona, la libertad de expresión, la tolerancia de los opositores, el respeto de la división de poderes, la limpieza en los procedimientos electorales, etcétera.

Los avances autoritarios del régimen iniciado en 1943 y consolidado tres años más tarde tuvieron un impacto notoriamente negativo en el sistema jurídico institucional. Miembros del Congreso eran privados de sus fueros y destituidos. Todos los miembros de la Corte Suprema –menos uno– fueron sometidos a un juicio político grotesco y destituidos por motivos espurios. Luego de una Acordada similar a la del 30 dictada en 1943 por la vieja Corte [125] y del fallo "Municipalidad c/Mayer", de 1945 [126] en la que se sostiene que el gobierno *de facto* sólo tiene las facultades legislativas necesarias para el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de los fines de la revolución, aunque sus decretos leyes cesan una vez superada la situación *de facto*, la nueva Corte amplió hasta límites írritos la doctrina de los gobiernos de hecho. En efecto, en "Arlandini", decidido en 1947, la Corte sostuvo que "en la medida en que sea necesario legislar para gobernar un gobierno de hecho tiene facultades legislativas, sin que la determinación de esa necesidad –en cuanto a la extensión o en cuanto a la oportunidad–, siendo como es propio de la prudencia política, pueda ser judicialmente revisada" [127] y en "Ziella", del mismo año, se cambió la antigua jurisprudencia, sosteniéndose que "los decretos leyes dictados por el gobierno *de facto* son válidos por razón de su origen y, puesto que tienen el valor de leyes, subsisten aunque no hayan sido ratificados por el Congreso mientras no sean derogados de la única manera que éstas pueden serlo, es decir por otras leyes" [128]. Por supuesto que los tribunales y la Corte en especial, dominados políticamente, no fueron una valla eficaz frente a los atropellos contra las garantías individuales cometidos en esa época. Se puede citar, entre tantos ejemplos, el fallo "Merk", de 1948 [129] en el cual la Corte avaló una apropiación hecha en 1945 de un laboratorio químico de origen alemán, llevada a cabo por un mero decreto del Poder Ejecutivo; la justificación fue las gravísimas

[125] CSJN, *Fallos*, 196:249.
[126] CSJN, *Fallos*, 201:249.
[127] CSJN, *Fallos*, 208:185.
[128] CSJN, *Fallos*, 209:26.
[129] CSJN, *Fallos*, 211:193.

necesidades que la guerra imponía en todos los frentes, no obstante que la apropiación se había producido luego de la rendición de Alemania, y que nunca hubo hostilidades reales con el Eje (curiosamente, después de citar precedentes norteamericanos, se los relativiza sobre la base de las peculiaridades ético-raciales y expansionistas de los anglosajones).

También los tribunales encabezados por la Corte Suprema avalaron el nuevo orden económico y social establecido por el peronismo, incluyendo las regulaciones en materia laboral, locativa y comercial que él implicaba (ver los fallos citados en el cap. II, ap. D).

La expresión más amplia de la concepción institucional y social del peronismo fue la reforma de la Constitución, materializada en 1949. Esa reforma, obviamente impulsada por la intención de Perón de obtener la posibilidad de su reelección, fue impugnada por los demás partidos de oposición, por no cumplirse escrupulosamente con los requisitos del art. 30 de la Const. nacional, como en lo que se refiere al cómputo de la mayoría calificada del Congreso para declarar la necesidad de la reforma ¡un nuevo atentado a la conciencia de juridicidad! El espíritu de la reforma fue lúcidamente expuesto por Arturo Sampay, miembro informante de la mayoría en la Convención. Este constitucionalista, en su presentación a la Convención, hace una permanente apelación a la caducidad del liberalismo burgués en beneficio de un nuevo orden político, social y económico, encarnado en lo que él llama la Revolución Nacional encabezada por el general Perón.

Sostiene Sampay que la Constitución de 1853, gracias a que siguió el modelo norteamericano, se salvó de adoptar como lo propiciaba el liberalismo, un Poder Ejecutivo débil; según él ese presidencialismo fuerte de la Constitución histórica se vio facilitado también por el acierto de rechazar el sistema de representación proporcional. Por otra parte, elogia la autolimitación de la Corte Suprema, de ser deferente con las orientaciones de los órganos políticos a través de una interpretación amplia de la doctrina de las cuestiones políticas; doctrina de la que se apartó incorrectamente, según Sampay, con su reconocimiento de los gobiernos *de facto*, hecho sobre la base de una concepción que, sin embargo, considera apropiada (hay en esto, por cierto, una justificación *ex post facto* de la remoción de los jueces de la Corte, precisamente por esa causal).

Esta posición favorable a un presidencialismo rayano en el autoritarismo coincide con la propuesta de permitir la reelección presidencial, la de darle más poderes al Poder Ejecutivo, como el de decretar un estado de prevención y alarma –que era un estado de sitio de menores alcances– sin aprobación del Congreso, la de acentuar más el centralismo (p.ej., nacionalizando los recursos naturales) y la

propuesta de debilitar la interpelación parlamentaria de los ministros. Hay otros aspectos autoritarios de la reforma, como normas penales contra quienes preconizaren ideologías subversivas o la constitucionalización del fuero militar.

En la exposición de Sampay se advierten rasgos de una concepción totalizadora de la sociedad (aunque están ya considerablemente atemperadas las tendencias autoritarias iniciales del peronismo); así acepta una concepción del Estado de acuerdo con la cual toda actividad humana es potencialmente política porque puede perturbar el bien común, preconiza una visión perfeccionista de la educación, que implica inculcar una concepción del bien personal, defiende una cierta estructura familiar cuya organización obviamente desigual –dado el rol que presupone para la mujer– propicia para la sociedad en su conjunto. Sin embargo, tiempo después, Sampay realizará una encendida defensa del art. 19 de la Const. nacional, núcleo de la idea de la autonomía personal [130].

Reiterando la tónica de que el déficit social del liberalismo es llenado por las corrientes partidarias de la sociedad cerrada, junto con las ideas retrógradas en materia política, se defiende una concepción progresista de las relaciones económicas y laborales, destacándose la necesidad de proteger a los sectores menos favorecidos de la sociedad para que participen, en igualdad de condiciones, en las relaciones económicas –sobre todo cuando ellas versan sobre su propio trabajo–, la exigencia de que la propiedad privada tenga una función social, el requerimiento de que el Estado tenga un papel promotor y protector de aspectos del aparato productivo (aunque la estatización de algunos núcleos de actividad económica a veces parece adquirir el carácter de un dogma, en lugar de ser un recurso instrumental bajo ciertas condiciones).

Este tipo de visión progresista de las relaciones económicas y laborales determinó la propuesta y sanción de un amplio catálogo de derechos sociales, catálogo que es, sin embargo, cuestionable, como veremos en otros capítulos, por su carácter en parte declamatorio y en parte ampliatorio del ámbito de decisión judicial frente al proceso político democrático.

f) El gobierno peronista fue derrocado cuando se restableció en su contra la coalición formada en distintos momentos de la "década infame" entre la derecha nacionalista y la que se autotitulaba "liberal", en lo que no fue ajeno el enfrentamiento que Perón tuvo al final de su gobierno con la Iglesia católica. El sector nacionalista –que reunía a personajes importantes del pensamiento integrista–

[130] Sampay, Arturo, *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*.

prevaleció en un primer momento, pero fue pronto reemplazado por el sector "liberal", furiosamente antiperonista, extremadamente conservador en materia económica, pero proclive a guardar ciertas formas democráticas que resultaran aceptables para la opinión pública y los centros de poder de los países desarrollados. Esta preocupación por las formas democráticas no impidió las violaciones jurídicas y las persecuciones extremadamente graves a manifestaciones del peronismo, incluyendo el atroz fusilamiento de los cabecillas de una rebelión militar.

Sin embargo, en este período hubo también algunos avances importantes en la protección de las libertades públicas. Fue la época del reconocimiento por vía judicial del recurso de amparo de derechos diferentes a la libertad personal: en "Siri" [131] resuelto en 1957, se lo admitió frente a una acción del Poder Ejecutivo restrictiva de la libertad de prensa; en "Kot" [132], decidido en 1958, se lo extendió a la acción de particulares que mediante la ocupación de una fábrica restringían el derecho de propiedad. En "Mouviel" [133], resuelto en 1957, se declaró la inconstitucionalidad de los edictos policiales, de los que tanto se había abusado en el período precedente.

Sin embargo, la Corte también convalidó abusos autoritarios y antijurídicos en este período; por ejemplo, en "Perón" [134], resuelto en 1957, confirmó un amplio reconocimiento de las facultades del gobierno *de facto* hasta el punto de admitir que se dictara un decreto de confiscación de bienes de Perón sobre la base de que se trataba de recuperar bienes del erario público.

La Constitución de 1949 fue anulada por un decreto –imitando la falta de respeto por las normas jurídicas con que esa Constitución había sido sancionada– y restablecida la vigencia de la Constitución de 1853. Por otro decreto se convocó a una Convención Constituyente por el sistema de representación proporcional, proscribiéndose al peronismo; se restablecía así la democracia condicionada que iba a signar un largo tiempo de vida institucional argentina. La Convención –que sufrió, además, el retiro de la representación del radicalismo intransigente, que impugnó la Asamblea– sancionó el actual art. 14 *bis*, que establece en una cláusula sintética los más importantes derechos sociales, la democracia sindical y la participación de los obreros en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección de aquéllas.

[131] CSJN, *Fallos*, 239:459.

[132] CSJN, *Fallos*, 241:295.

[133] CSJN, *Fallos*, 237:637.

[134] CSJN, *Fallos*, 238:123.

El déficit democrático se acrecentó con las elecciones presidenciales de 1958, que tuvieron la peculiaridad de ser ganadas por Arturo Frondizi gracias a un pacto secreto con Perón. Tanto la proscripción del peronismo como el subterfugio para eludir esa proscripción –enturbiando, de paso, la transparencia electoral–, fueron puntos destacados de nuestro histórico desprecio hacia el derecho.

El nacionalismo y populismo del programa de Frondizi se trocó, tan pronto asumió el gobierno, en una política de apertura de la economía, sobre todo en el sector petrolero, hacia capitales extranjeros, lo que sin duda determinó un considerable desarrollo. El peronismo se sintió traicionado y los sindicatos de ese origen impulsaron un plan de movilización sindical, que fue respondido por el gobierno con el plan "Conintes", con intervención represiva de las Fuerzas Armadas. Frondizi procuró conquistar la simpatía de sectores eclesiásticos conservadores, dando lugar a la llamada "enseñanza libre", que permitió la apertura de universidades privadas confesionales, no sin antes generar una ardua polémica, que recordó la que hubo en el siglo pasado entre católicos y liberales.

La Corte, en este período, siguió siendo tolerante con un ejercicio autoritario del poder. Por ejemplo, en "Sofía" [135], el voto de los doctores Aráoz de Lamadrid, Laplaza y Oyhanarte fue favorable a una interpretación amplia de la doctrina de las cuestiones políticas para apreciar la razonabilidad del dictado de la ley de estado de sitio, así como también interpretó laxamente las facultades presidenciales para aplicar esa ley, bastando para considerar válida la prohibición de una reunión pública el hecho de que el Ejecutivo informara que sus organizadores registraban antecedentes de extrema izquierda. Los doctores Orgaz y Boffi Boggero votaron en disidencia.

Después de soportar varias decenas de planteos militares, y luego de debilitarse extremadamente al ganar el peronismo las elecciones de la provincia de Buenos Aires, que se vio forzado a anular, Frondizi fue derrocado en 1962 por las Fuerzas Armadas. El presidente del Senado, José María Guido asumió provisoriamente el Poder Ejecutivo, gracias a una maniobra del presidente de la Corte, Oyhanarte, que impidió que lo hiciera el comandante del Ejército; el Congreso fue clausurado.

g) Cuando al año siguiente se llamó de nuevo a elecciones, con la proscripción del peronismo, el radicalismo volvió al gobierno, ocupando la presidencia Arturo Illia. Ese déficit democrático implicó una debilidad de origen que terminó resultándole fatal en su combate contra los distintos grupos corporativos. Illia fue perma-

[135] CSJN, *Fallos*, 243:504.

nentemente jaqueado por los sindicatos de orientación peronista, que montaron un plan de lucha; fue presionado por grupos empresarios insatisfechos por sus intentos de avanzar frente a oligopolios o privilegios, como en las áreas petrolera y de productos medicinales, y fue hostigado por una prensa que difundió la imagen de un gobierno ineficiente y moroso. No obstante, *a posteriori* hubo consenso unánime de que en este breve período se gozó de un clima de libertad pocas veces vivido en el país, de un progreso en el campo económico y social que fue considerable, y que la honestidad de los funcionarios públicos fue ejemplar. A pesar de todo ello, el gobierno fue derrocado por el general que en el comunicado nº 150, de 1962, sostenía que sólo "la voluntad popular puede dar autoridad legítima al gobierno y majestad a la investidura presidencial" y que "las Fuerzas Armadas no pueden gobernar" y "deben, por lo tanto, estar sometidas al poder civil".

h) Con el golpe de Estado de Onganía en 1966, claramente apoyado por sectores del sindicalismo peronista, se retoma con mayor decisión que en experiencias anteriores el modelo de sociedad cerrada que había quedado trunco en el golpe de 1930. Se fue desarrollando así en el seno de las Fuerzas Armadas lo que se dio en llamar "doctrina de la seguridad nacional" y que, básicamente, consistía en la aplicación de ese modelo a los problemas de defensa, asumiendo que el país se hallaba bajo la amenaza de una subversión comunista con apoyos externos y agentes internos que actuaban en diversos planos (militar, educativo, comunicación pública, etcétera).

Describe así Romero la orientación ideológica del régimen: "el gobierno había adquirido un aire singular a causa de la influencia doctrinaria de los 'cursillos de critiandad', un movimiento católico del que provenían varios miembros del gobierno, inclusive el propio Presidente. Se acentuó la preocupación moralizante, el anticomunismo y cierta tendencia a entender la sociedad bajo la forma de comunidad, o mejor de comunidad organizada. Un vago perfume corporativista se difundió a través de toda la obra de gobierno" [136]. El régimen llevó su perfeccionismo hasta el punto de preocuparse por el largo del pelo de los artistas, sin contar con una férrea censura no sólo política sino de expresiones artísticas universales. Hubo avances autoritarios más graves, como una considerable cantidad de detenidos por causas políticas.

Desde el punto de vista económico y social, el gobierno de Onganía pretendió reducir la inflación mediante un fuerte programa de ajuste que incluía devaluaciones, congelamiento salarial y reducción

[136] Romero, *Las ideas políticas en Argentina*, p. 279.

del déficit fiscal; al mismo tiempo, se propuso promover un sector más eficiente de la economía atrayendo capitales extranjeros. El descontento social creció al punto que estalló una movilización popular espontánea, principalmente en Córdoba –el "cordobazo"–, que terminó debilitando al régimen. Al mismo tiempo los primeros brotes de guerrilla empezaron a surgir.

En el plano institucional, el gobierno de Onganía introdujo la novedad de constituir el primer golpe de Estado en la Argentina que pretendió institucionalizarse: la Junta de Comandantes dictó un Estatuto de la Revolución Argentina, que tenía prelación sobre la Constitución nacional y otorgaba al Presidente las facultades del Congreso para dictar leyes sin limitación alguna. Ciertos publicistas sostuvieron que ello implicaba que no se estaba frente a un gobierno *de facto* sino frente a un nuevo Estado, ya que la Junta había ejercido el poder constituyente. Por cierto que todo ello fue convalidado por una Corte Suprema cuya deferencia fue obtenida por el simple expediente de reemplazarla totalmente (como ya había ocurrido en 1955).

Cuando las dificultades económicas y el conflicto social se hicieron insostenibles, Onganía fue reemplazado brevemente por Levingston y luego por el comandante en jefe del ejército, general Lanusse. Éste, siguiendo con la pauta de Justo, electo después del régimen de Uriburu, y de Aramburu, quien reemplazó a Lonardi, inició un proceso de cierta liberalización política, para concluir llamando a elecciones para 1973, con la proscripción de Perón. Las elecciones se hicieron sobre la base de una reforma constitucional *de facto*, contenidas en el "Estatuto Fundamental" dictado por decreto en 1972.

Las reformas incluían la reducción del período presidencial a cuatro años, con la posibilidad de una única reelección, la reducción del período de los senadores a cuatro años, su elección directa y la ampliación del número de éstos a tres por provincia, procedimientos de sanción ficta de leyes y su sanción en comisiones, el enjuiciamiento de jueces por jurados especiales, etcétera. Los partidos políticos aceptaron estas reformas *de facto* de la Constitución, convalidando así la falta de observancia de la ley que signa nuestra vida pública desde la época de la colonia.

i) Las elecciones de 1973 fueron ganadas por el peronista Héctor Cámpora, quien para la mayoría no era más que un representante de Juan Perón. Éste regresó al país, en una ocasión aciaga, pues se enfrentaron violentamente los miembros de la extrema derecha y la extrema izquierda de su movimiento. Cuando Cámpora parecía que tomaba cierto vuelo propio, con apoyo del peronismo revolucionario asentado en la Universidad, Perón lo presionó para que renunciara presentándose él mismo y su esposa para la presidencia. El

corto lapso del gobierno de Perón difirió sustancialmente de su gestión anterior en el respeto a la oposición y a las libertades públicas.

El reemplazo de Perón a su muerte, en 1974, por su esposa Isabel Martínez coincidió con un agravamiento de la situación general del país: la violencia de los grupos subversivos de extrema izquierda y de la organización de ultraderecha vinculada al ministro López Rega, fue en aumento; la situación económica sufrió un progresivo deterioro; las denuncias de corrupción se extendieron. Frente a estos hechos comenzaron a arraigarse tendencias autoritarias desde el gobierno: se dictaron normas penales represivas de la subversión con tipos excesivamente vagos y penas draconianas; se aplicó, con enorme discrecionalidad, el estado de sitio; se autorizó a las Fuerzas Armadas a "aniquilar la subversión"; se intervino la Universidad.

Finalmente, luego de presionar a la Presidenta para que despidiera a su ministro más influyente, López Rega, ella misma fue destituida en marzo de 1976; como en anteriores ocasiones el Congreso fue clausurado, la Corte Suprema removida y las provincias intervenidas.

j) Pero este período dictatorial superó a todos los precedentes en la organización autoritaria que se implantó en el país. La Junta de Comandantes ejerció un control absoluto. Ella dictó un acta estableciendo los propósitos y objetivos del Proceso de Reorganización Nacional; éstos fueron: restablecer los valores esenciales que sirven de fundamento al liderazgo total del Estado, enfatizando el sentido de moralidad, comunidad y eficiencia; erradicar la subversión; propender al desarrollo económico y asegurar que se pudiera reinstalar a su debido tiempo un sistema republicano; asimismo era un objetivo poner en vigencia los valores de la moral cristiana y de la tradición nacional; por otra parte, también se propendía a afianzar la seguridad nacional contra la amenaza subversiva. Se dictó además una ley que reemplazaba en su carácter supremo a la Constitución, estableciendo como órganos de gobierno a la Junta Militar, el Poder Ejecutivo Nacional y una Comisión de Asesoramiento Legislativo. Se suspendió, asimismo, el art. 23 de la Constitución en cuanto éste permite solicitar la salida del país de los detenidos por el estado de sitio. Se dictaron actas especiales de confiscación de bienes de diferentes personas y de cancelación de la ciudadanía a otras. Se sancionaron nuevas leyes represivas de actividades consideradas peligrosas, sometiendo, incluso, a civiles a tribunales militares. Se suspendieron las actividades políticas y sindicales, siendo intervenidos los sindicatos y cancelada la personería de los partidos.

Pero ni siquiera este marco jurídico extremadamente represivo fue suficiente, ya que, como es sabido, la mayor parte de la actividad persecutoria de reales o presuntos subversivos, o de personas a

las que se involucró en forma casi azarosa, siguiendo una política de terror, fue conducida en forma ilegal y clandestina. La ajuridicidad que nos viene persiguiendo desde la época de la colonia, llegó a su apogeo con una violación masiva de los derechos individuales por parte del aparato estatal, que no tenía precedentes en el continente y pocos en el mundo. Los miles de desaparecidos, ejecutados y torturados lo fueron en forma absolutamente clandestina, y a pesar de las comprobaciones fehacientes por la justicia y organismos nacionales e internacionales, aún hoy los sectores cercanos a la comisión y aprobación de estos hechos niegan su ocurrencia. Al mismo tiempo se dio una acción subversiva extremadamente cruel e inhumana, producto de actitudes elitistas e irracionales.

Es difícil explicar las causas que llevan a los hombres a actos aberrantes, pero entre ellas seguramente estuvo en el caso del terrorismo argentino –en sus distintas variantes– la ideología de la sociedad cerrada, que fue heredándose a través de muchas generaciones, desde el lejano tiempo de los Austrias y que llegó finalmente a extremos patológicos. Así se definían[137] las ideas subversivas de modo tal que toda tendencia teórica que no respondía a la versión integrista del tomismo era una forma de subversión (por supuesto el marxismo, pero además el positivismo, el estructuralismo, el nominalismo, el psicoanálisis, la teología de la liberación, etcétera). El paroxismo llegó cuando se consideró a la matemática moderna subversiva por exceso de abstracción.

Esta patología del modelo cerrado de la sociedad no sólo se dio en quienes estaban cerca del régimen militar sino también en quienes lo combatían desde organizaciones terroristas. Ha sido suficientemente estudiada la búsqueda irracional de objetivos absolutos, que mueve a atentar contra gente inocente a través de actos terroristas en general; en el caso particular argentino, la ideología autoritaria y el proceder elitista de los grupos terroristas, con notorias afinidades con la ideología y el proceder de la represión, ha determinado muy interesantes análisis[138].

Frente a esta tragedia de grupos trabados en una guerra santa con miles de inocentes como víctimas, sectores relevantes de la sociedad prestaron un apoyo pasivo o al menos un silencio cómplice, lo que es muestra de un grave deterioro de la conciencia moral colectiva y del abandono completo de los valores del liberalismo. Periodistas, intelectuales prestigiosos, clérigos, miembros de la elite económica desviaban su atención sobre los atentados contra la digni-

[137] Caturelli, Alberto, *La permanencia de la subversión*.

[138] Como los efectuados por Giussani, Pablo, *Montoneros, la soberbia armada*; Gillespie, Richard, *Soldiers of Perón, Argentina's Montoneros*.

dad humana cometidos por uno u otro bando de acuerdo con sus simpatías, o aun los justificaban como un mal necesario.

Al mismo tiempo se impulsó una política económica que llevó al país a un inmenso endeudamiento externo, se deprimió enormemente la participación de la clase obrera en el ingreso nacional y se desmanteló buena parte del aparato productivo del país, mediante una política de levantamiento brusco de las restricciones a las importaciones. Se dictó también una ley de prescindibilidad de la Administración Pública claramente violatoria del art. 14 *bis* de la Constitución, pues éste consagra la estabilidad del empleado público.

El Poder Judicial fue especialmente impotente para contener el avasallamiento de los derechos fundamentales. La Corte Suprema convalidó el esquema fundamental de poder y las principales medidas tomadas por el régimen –como el sometimiento de civiles a tribunales militares o la suspensión del derecho de salir del país para los detenidos por el estado de sitio– no obstante la obvia inconstitucionalidad de muchas de ellas. Con respecto a las desapariciones, la práctica judicial era la de rechazar los hábeas corpus presentados por familiares de las víctimas, frente a la información rutinaria de los órganos políticos de que se desconocía el paradero de esas personas. Recién promediando el régimen militar se dictaron algunas decisiones, como "Zamorano", "Pérez de Smith" o "Timerman", dando curso a algunos hábeas corpus o expresando a las autoridades la preocupación por los abusos.

El régimen militar se desmoronó cuando, junto al clima de protesta por la crisis económica que fue expandiéndose y por las violaciones a los derechos humanos, se sumó la frustración por la derrota en la temeraria guerra con Gran Bretaña, a raíz de las Malvinas.

k) El proceso eleccionario al que el régimen se vio obligado a convocar a la población, se vio signado por el renacimiento de los valores liberales representados por la recuperación de la democracia y la preocupación por los derechos humanos. El líder que mejor supo interpretar esos valores ganó las elecciones de finales de 1983.

El nuevo Presidente, Raúl Alfonsín, entendió que la democratización de la vida pública argentina pasaba por superar la corporativización extrema de la sociedad, a la que la habían conducido las experiencias autoritarias y populistas. Su gobierno puede verse como un intento, con éxitos y fracasos parciales, de avanzar sobre los diferentes privilegios de que habían gozado distintos grupos de poder.

El juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos cometidas por las diversas organizaciones terroristas, incluyendo la que actuaba desde el aparato estatal, tuvo no un objetivo retributivo, sino el propósito de difundir una conciencia de juridicidad, que incluye la idea de que nadie, por más elevada que sea su meta, está

por encima de la ley para decidir sobre la vida o la muerte de sus semejantes, como un mero medio hacia esa meta. Esa política se impuso, desde su inicio, ciertos límites, que tenían que ver con restricciones jurídicas y con la necesidad política de no poner extremada tensión sobre el sistema democrático. Los límites fueron parcialmente insatisfechos, en parte por la presión de grupos no totalmente identificados con el espíritu liberal de esas restricciones y en parte por la acción independiente, natural en una democracia, de otros poderes del Estado (sin embargo, es notable que en una cuestión de tanta trascendencia para la vida institucional argentina no se haya podido actuar sobre la base de acuerdos entre los diferentes sectores protagónicos). Ese hecho, junto con una campaña de permanente hostigamiento de sectores comprometidos con el antiguo régimen, provocó tensiones militares y levantamientos de grupos fundamentalistas.

Finalmente, el gobierno promovió leyes que intentaron remedar, en forma imperfecta, los límites que se habían procurado anteriormente. De cualquier modo, tanto los procesos judiciales como la investigación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas –CONADEP– fueron sumamente relevantes para favorecer una internalización de una conciencia moral centrada en los derechos humanos.

También la acción de los distintos órganos del Estado relacionada con esos procesos tuvo un impacto importante en la reorientación del sistema institucional argentino hacia valores liberales; por ejemplo, la anulación de la ley de autoamnistía, aprobada por los tres poderes del Estado, implicó superar la deleznable doctrina de los gobiernos *de facto*, sobre la base del principio de que las leyes de ese origen no tienen validez *ab initio* y pueden ser desconocidas cuando su contenido es inicuo, visión de las normas *de facto* que luego la Corte fue precisando en decisiones sobre otras materias como "Aramayo" y "Dufourq" (lamentablemente revertida por la Corte constituida por el presidente Menem en "Godoy"). Se estableció un procedimiento penal, para juzgar las violaciones a los derechos humanos, que avanzaba sobre el proceso inquisitorial, secreto y burocrático que aún caracteriza nuestra justicia penal. Se abolió, por primera vez en la historia argentina, el fuero militar para los delitos comunes cometidos en relación con actos de servicio.

En otros frentes la política anticorporativa tuvo suerte variada. Un proyecto de ley que intentaba democratizar la vida sindical fue rechazado por un solo voto en el Senado y el Poder Ejecutivo debió transar en la sanción de un proyecto mucho más concesivo. La abolición de todo tipo de censura sobre las exhibiciones cinematográficas y las publicaciones, la equiparación de los hijos matrimonia-

les y extramatrimoniales, la igualdad de derechos de ambos padres en materia de patria potestad y, sobre todo, la ley del divorcio, fueron motivos de fuertes protestas por parte de sectores perfeccionistas, asociados con el ala más conservadora de la Iglesia.

El intento de dictar una ley de radiodifusión que impidiera la formación de oligopolios informativos y el más amplio acceso de distintos sectores a los medios de comunicación pública resultó finalmente frustrado. La tentativa de eliminar privilegios y protecciones en beneficio de grupos empresarios ineficientes fue notoriamente incompleta.

El énfasis en la protección de los derechos humanos tuvo un alcance más general que el mero intento de superación de la estructura corporativa. Se abolieron las leyes penales con tipos vagos y penas draconianas contra actividades subversivas dictadas por los dos gobiernos anteriores, reemplazándolas por una ley de defensa de la democracia, que contiene tipos penales precisos e incluye las máximas garantías procesales. Se promovió una ley por la cual la tortura resulta penada, igualmente que el homicidio, reprimiéndose también la omisión de denunciar torturas o de investigar torturas cometidas. Se promulgó una ley de hábeas corpus que incluye la revisión de la razonabilidad del estado de sitio y de las medidas particulares aplicadas bajo su vigencia (lo que se aplicó a un cuestionable estado de sitio dictado por el propio gobierno). Se impulsó una ley que reprime todo tipo de discriminación por motivo de raza, religión, sexo, defectos físicos, nacionalidad, etcétera. Se envió al Congreso una ley de objeción de conciencia frente al servicio militar, por motivos morales o religiosos, previéndose para estos casos un servicio social alternativo. Se ratificó el Tratado de San José de Costa Rica, aceptándose así la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se ratificaron las convenciones de Naciones Unidas sobre derechos humanos y políticos y sobre derechos sociales, económicos y culturales. Se ratificó también la convención contra la tortura. Se promovió la participación popular directa con iniciativas como la consulta sobre el Tratado del Beagle y el Congreso Pedagógico.

En este período los jueces, y en especial la Corte Suprema, asumieron un papel sumamente activo en defensa de los valores liberales. Como veremos más adelante (§ 39 a 41), en "Ponzetti de Balbín", la Corte defendió un derecho estricto a la intimidad. En "Bazterrica" aplicó el art. 19 de la Constitución para descalificar como violatoria de la autonomía personal la punición de la tenencia de drogas para el propio consumo. En "Sejean" también se aplicó esa norma constitucional para invalidar la antigua ley de matrimonio civil en cuanto no admitía el divorcio vincular, lo que sirvió de

aliciente al Congreso para sancionar la ley antes mencionada. En "Portillo" se admitió la objeción de conciencia frente al servicio militar, aunque el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo no fue aprobado por el Congreso.

No contribuyó a consolidar el sentido de juridicidad la adopción de algunas medidas como la del ahorro forzoso o un estado de sitio individualizado.

Hay que destacar, en cambio, que este período debe haber sido prácticamente el único de la vida constitucional argentina en el que no se apeló al recurso de la intervención federal. Esto coincidió también con una expansión de sentimientos y actitudes de autonomía generados en las provincias –la mayoría de cuyos gobiernos eran de partidos diferentes al del Gobierno federal–, triunfantes en muchos casos gracias al control del Senado por parte de la oposición (como se advirtió, por ejemplo, con los avances en materia de coparticipación impositiva).

El Gobierno federal propuso, a través del Consejo para la Consolidación de la Democracia, una reforma constitucional tendiente a establecer un sistema mixto de gobierno, que permitiera, por medio de acuerdos parlamentarios, fortalecer el consenso alrededor de la política del Ejecutivo y contar, por lo tanto, con un margen mayor para hacer frente a los intereses corporativos.

De tal modo, en este período se intentó, frente a todas las presiones corporativas, restablecer un liberalismo sin los déficits federal, democrático y en materia de autonomía personal que lo habían hecho tan poco atractivo en el pasado. En cuanto al déficit social, la gravísima crisis económica, la acción de grupos de interés y, posiblemente, las indecisiones del gobierno no permitieron superarlo, no obstante algunos intentos de paliar las necesidades más urgentes a través de instrumentos como el Plan Alimentario Nacional.

Esas dificultades se agravaron notablemente con el proceso electoral de mayo de 1989, dada la confrontación entre los principales partidos, las expectativas provocadas por el triunfo peronista en las elecciones y la falta de un acuerdo entre tales partidos que facilitara la transición. Ello condujo, en definitiva, a una situación hiperinflacionaria que obligó a Alfonsín a renunciar, anticipando la entrega del poder a Carlos Menem.

l) El inicio de este último gobierno se presentó como una reversión de la política anticorporativa que se había conducido desde el comienzo de la transición del radicalismo. Explícitamente, el nuevo Presidente anunció que importantes cargos ministeriales serían cubiertos mediante acuerdos con grupos de interés, lo que ocurrió con evidencia en el caso de los Ministerios de Economía, Trabajo, Defensa y Educación. Sin embargo, en el caso del manejo de la

economía, el programa a largo plazo parece orientado hacia la superación de algunos bolsones de proteccionismo y privilegios, aunque el rumbo definitivo es incierto. En el frente militar, el gobierno intenta hacer lugar a algunas reivindicaciones insatisfechas durante el gobierno de Alfonsín. El punto más destacado es el indulto a procesados y a condenados incluyendo a los principales responsables por la lucha antisubversiva y por la acción terrorista subversiva, y por levantamientos contra el sistema democrático y a condenados por la guerra de las Malvinas. Los indultos a procesados parecen ser inconstitucionales de acuerdo con los arts. 86, inc. 6°, y 95 de la Constitución, lo que puede involucrar algún regreso a un tratamiento ligero de la norma fundamental. Pero lo que se ha cuestionado con más fuerza han sido los fundamentos y el contexto de tales indultos y de aquellos a condenados, que no parecen dirigidos a afianzar la conciencia sobre la aberración de los actos que fueran objeto de investigación en los respectivos procesos, sino a minimizarlos, con el pretexto de superar los desencuentros entre diversos sectores del pueblo argentino. Se advierte también una incipiente reversión hacia actitudes perfeccionistas, como se pone de manifiesto por la sanción de una nueva ley que reprime la tenencia de drogas para el propio consumo cuya constitucionalidad fue convalidada por los tribunales, y por el rechazo de la personería jurídica a una asociación de homosexuales, lo que también fue homologado por la Corte Suprema.

También hace temer una actitud de ligereza frente a la Constitución la reglamentación, por decreto, del derecho de huelga, violando el art. 14 *bis* de la misma Constitución, y la derogación de leyes previsionales, también por decreto.

Se ciernen sombras preocupantes sobre la independencia del Poder Judicial, al haberse ampliado el número de jueces de la Corte Suprema –a través de un procedimiento legislativo cuestionable–, formándose una mayoría de miembros adictos al gobierno, sin que el Senado haya cumplido debidamente su papel de control de aquella independencia (los acuerdos de cuatro miembros de la Corte Suprema se dieron en una sesión secreta que duró pocos minutos, a diferencia del lapso de meses que insume en Estados Unidos cada acuerdo para integrar la Corte). Hay un proyecto, igualmente preocupante, de ampliar el número de miembros de la Cámara Nacional Electoral, y los miembros del Tribunal de Cuentas de la Nación y el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas han sido removidos, afectándose su estabilidad. Lo mismo ha ocurrido con el pedido de renuncia del procurador general de la Nación y la designación de su reemplazante sin acuerdo del Senado.

Una de las consecuencias más nefastas de la ampliación de la Corte Suprema producida en la segunda etapa de la transición (ade-

más de su reversión al perfeccionismo en fallos como "Montalvo" y "Comunidad Homosexual", su promoción del hiperpresidencialismo en decisiones como "Peralta" y "Molinas", y su debilidad en la defensa de las garantías procesales en casos como "Fernández" y "Ferrer" –todos los cuales seran comentados más adelante–) ha sido la de volver atrás sobre la reacción del tribunal, en su anterior integración, en contra de la doctrina de los gobiernos *de facto*.

Lamentablemente esta noble reacción de la Corte Suprema fue borrada de un plumazo por la decisión recaída en "Godoy, Oscar E. c/Universidad Nacional de La Plata", del 27 de diciembre de 1990. La Corte, con su nueva integración, volvió, como en tantos otros temas, a los tramos más cuestionables de su trayectoria, legitimando lo actuado por gobiernos *de facto*. Se trataba en este caso de una pretensión de reincorporación a la Universidad de la Plata, revisando la cesantía dictada por autoridades de origen democrático sobre la base de una ley que permitía la revisión de cesantías dispuestas por autoridades *de facto*. La Procuradora Fiscal María G. Reiriz, con considerable lucidez, aplicó la nueva jurisprudencia de la Corte sosteniendo la esencial diferencia entre un gobierno *de iure* y otro *de facto* respecto de la validez *a priori* de sus decisiones. La mayoría de la Corte, formada por los jueces Levene, Barra, Oyhanarte y Moliné O'Connor (con disidencia de fundamentos de los jueces Cavagna Martínez, Petracchi, Fayt y Nazareno), desoyó este dictamen citando la jurisprudencia más aberrante de la Corte en anteriores integraciones en la que se trata a las normas de los regímenes autoritarios sobre la base de que "repecto de su validez, debe ser juzgada como si hubiera emanado del propio Congreso".

La Corte va más lejos e intenta justificar esta vuelta a la jurisprudencia que tanto daño ha hecho a la legitimidad objetiva de nuestra práctica constitucional, sosteniendo que el problema en cuestión no tiene contenido ideológico ni debe hacerse depender de valores afectivos, como la adhesión o el repudio al gobierno *de facto* de que se trate. Al contrario, corresponde analizarlo teniendo en vista, por encima de toda otra consideración, "las primarias exigencias de la seguridad jurídica" [139] que se verían gravemente resentidas si de pronto, súbitamente, perdieran efectividad tuitiva, en todo o en parte, las leyes, los tratados, los demás actos sancionados, celebrados o dictados en etapas *de facto*. Y ello resultaría particularmente lesivo en países como la Argentina, donde quince de los últimos veinticinco años de la vida comunitaria transcurrieron bajo el mando político de gobiernos *de facto*.

[139] CSJN, *Fallos*, 243:265, consid. 5º.

En otro pasaje del fallo el Tribunal hizo suya una aserción del Procurador General, según la cual negar en la etapa *de iure* la validez o la legitimidad de los actos de los gobernantes *de facto* "implicaría una perturbación de la paz social y una gravísima inestabilidad de los derechos adquiridos" [140].

Considero que los fundamentos del voto de la mayoría contienen graves errores y su exteriorización en esta decisión causan un profundo daño a la consolidación de la práctica constitucional argentina bajo los ideales del constitucionalismo. Como lo he tratado de demostrar al comienzo de esta obra (cap. I, ap. A), la aplicación por parte de los jueces de normas dictadas por quienes tienen el monopolio de la fuerza no se autojustifica sino que depende de presupuestos valorativos. Esto es desconocido en la decisión cuestionada diciendo que tal aplicación "no tiene contenido ideológico ni debe hacerse depender de valores afectivos como la adhesión o el repudio al gobierno *de facto* de que se trate". No es necesario recurrir al argumento de que con ello se convalidaría como una actividad meramente neutral la de los jueces que aplicaban las normas del derecho nazi para hollar los más elementales derechos humanos. Y no es necesario recurrir a ese argumento porque he tratado de mostrar que por necesidad lógica los jueces deben recurrir a consideraciones valorativas para poder justificar sus decisiones sobre la base de normas jurídicas.

La misma mayoría de la Corte confirma esta impresión, contradiciéndose, cuando recurre a valores tales como la seguridad jurídica, la paz social, la estabilidad de los derechos adquiridos. Éstos no son menos valores "afectivos" e "ideológicos", para usar la extraña calificación de la Corte, que los valores de justicia y de legitimidad democrática. Por otro lado, como se ha dicho, los valores de seguridad y paz son derivados del de justicia –ya que ellos no se satisfacen por la mera ausencia de conflicto o por la predecibilidad de las reacciones sino por la efectividad de soluciones justas para los conflictos y por la predecibilidad de soluciones moralmente plausibles. Por otra parte, como veremos, la legitimidad de la democracia está dada precisamente por su confiabilidad para establecer el correcto balance entre valores como los aquí involucrados.

Finalmente, la solución que había adoptado anteriormente la Corte y la que había propiciado este autor [141] no implican, de ningún modo, desconocer los valores de seguridad jurídica y paz social; implican simplemente que son los órganos de origen democrático los

[140] CSJN, *Fallos*, 209:274.

[141] Nino, *La validez del derecho*.

que deben contrapesar estos valores con otros que pueden estar gravemente afectados, en lugar de darles supremacía universal, con lo que se consigue efectivamente asignar a los gobiernos autoritarios la misma legitimidad moral que a los gobiernos democráticos.

La mayoría de la Corte toma en cuenta la circunstancia desgraciada de que la Argentina vivió bajo regímenes autoritarios durante quince de los últimos veinticinco años. No se pregunta, al hacer esta afirmación cierta, cuáles son los factores que dieron lugar a tal circunstancia. No es para nada aventurado suponer que, como se dijo, entre tales factores está la *falta de firmeza* del Poder Judicial ante el fenómeno de la usurpación de la representación popular. Esa *falta de firmeza* no se da por manifestaciones expresas de adhesión. Se da por considerar que adherir o no a esa usurpación es una cuestión moral, ideológica, afectiva, que es ajena a la tarea "neutral" del Poder Judicial. El objetivo principal de esta obra es demostrar que tal postura es lógicamente errónea y que encubre la adhesión a valores repudiables.

§ 27. ***Posibilidades de reconstrucción.*** – A lo largo de la brevísima revisión de la evolución de nuestra práctica constitucional he enfatizado reiteradamente la nota distintiva, caracterizada por el desprecio a la observancia de las normas jurídicas, actitud que se repite regularmente con independencia del contenido de las normas jurídicas que se dejan de observar. Por cierto, que en esa revisión sólo he señalado la inobservancia proveniente de los principales actores políticos, pero es un hecho notorio que la falta de respeto a la ley es un dato que se advierte en todos los sectores sociales. La corrupción, la evasión impositiva, los fraudes en las actividades comerciales, la notoria anomia que se percibe aun en aspectos triviales pero significativos como el tránsito urbano, son componentes inocultables de nuestra vida pública.

Ello implica que nuestra práctica jurídica, en general, y la práctica constitucional, en especial, han desbordado permanentemente los marcos normativos generados por esa misma práctica; los fraudes electorales, las proscripciones, el abuso de facultades presidenciales, la corrupción de la función pública, los atentados –leves o atroces– a los derechos fundamentales, no fueron episodios aislados sino omnipresentes, y es obvio que los mecanismos previstos en las normas formalmente vigentes para prevenir estos desbordes, principalmente la actuación del Poder Judicial, no fueron suficientemente eficaces.

No es éste el lugar para intentar dar explicaciones psico-sociológicas sobre esta anomia institucional ni para analizar el hecho de que esa anomia genera una estructura de interacción que la retroalimenta ya que, cuando hay una inobservancia normativa generalizada,

el comportamiento racional para cada individuo consiste en plegarse a esa inobservancia, no obstante sus efectos sumamente gravosos para el conjunto. Tampoco es el lugar para elaborar sobre el hecho obvio de que la desviación de lo prescripto por normas jurídicas da pretexto para nuevas desviaciones, y así al infinito: el fraude electoral provocó intentos de golpes; los golpes dieron excusa a la guerrilla; la guerrilla permitió alegar la necesidad de una represión ilegal; las proscripciones generaron subterfugios de los proscriptos que afectaron la transparencia electoral.

Sí, en cambio, es éste el lugar para hacer notar que entre las muchas causas de la ajuridicidad que ha signado nuestra práctica constitucional a lo largo de nuestra historia, está, sin duda, el *dualismo* ideológico que, como he tratado de mostrar, subyace a la conformación de esa práctica. El dualismo ideológico ha incidido en nuestra anomia institucional, al menos, de tres maneras diferentes.

En primer lugar, como ya he dicho, el modelo de sociedad cerrada, si bien se supone apegado a las tradiciones –generalmente míticas–, es profundamente desafecto a los procedimientos que avalan actos deliberados, que, en cambio, son distintivos del liberalismo democrático. El modelo de sociedad cerrada está comprometido con una visión *finalista* del hombre y de la sociedad, y, en consecuencia, cualquier obstáculo procesal que se interponga puede ser legítimamente avasallado.

No es sólo hipocresía lo que llevaba a Rosas a proclamarse federal mientras controlaba los derechos del puerto de Buenos Aires y la navegación de los ríos interiores, a Perón a alegar su carácter democrático al mismo tiempo que removía a la Corte Suprema e impulsaba una reforma constitucional a través de procedimientos espurios, al Proceso de Reorganización Nacional a calificar a sus personeros de "derechos y humanos" mientras yacían en las cámaras de tortura miles de personas; es también la convicción de que la finalidad que se perseguía –la unión nacional, la justicia social o la erradicación de la subversión– justificaba la superación de cualquier "obstáculo formal". El defensor de la sociedad cerrada siente vértigo frente a la apertura y a la indeterminación que implica una concepción procesal de la sociedad que prescribe someterse a los resultados de las decisiones individuales, en la esfera privada, y a las adoptadas democráticamente, en la esfera pública, cualesquiera que esas decisiones sean. Dada su visión de la sociedad buena y de la vida individual buena, es un convencido de que las normas jurídicas que no coincidan con esa visión –y son por lo tanto superfluas según vimos en el cap. I, ap. B– no son merecedoras de respeto alguno; esto se combina, como veremos luego, con su elitismo epistemológico que implica no asignar tampoco relevancia moral al origen de esas normas.

En segundo lugar, como vimos a lo largo de la breve revisión histórica, el liberalismo que tuvo momentos de gran expansión en el país también asumió en diferentes períodos niveles de notable superficialidad, a causa de intereses económicos escudados detrás de *slongas* liberales que llevaron a desvirtuar aspectos sustanciales del liberalismo y de una importante confusión ideológica que produjo el mismo efecto. Fue en definitiva la defensa de intereses económicos lo que llevó a las clases dirigentes en distintas etapas de nuestra evolución a ignorar los derechos de las provincias, los derechos de los sectores menos favorecidos de la población, y, como instrumento del desconocimiento de unos y otros derechos, el desconocimiento de los derechos electorales de gran parte de la población.

El liberalismo de esos dirigentes se fue haciendo tan superficial que, en definitiva, se quedó con un nombre asociado a la defensa del *statu quo* económico y a un cierto prestigio internacional. Por lo tanto, tampoco los propios sedicentes liberales tuvieron empacho en avasallar las formalidades exigidas por un liberalismo genuino cuando ello era necesario para defender sus intereses o cuando ello aparecía legítimo a una concepción ideológica que mezclaba confusamente algunas ideas liberales con ideas provenientes del esquema de sociedad cerrada. Fue esa misma confusión ideológica la que llevó a los grupos denominados "liberales" a transar muchas veces con sectores oscurantistas en cuestiones concernientes a la autonomía personal. También hubo errores cognitivos recurrentes –como el temor a un inminente movimiento comunista que señala Waisman–, y que no sólo llevó a apoyar medidas intervencionistas en el área económica sino también a medidas de represión y golpes de Estado. De este modo, es indudable que también el sector liberal tuvo una actitud excesivamente ligera hacia la preservación del Estado de derecho. Muchas veces se pensó que si un general-presidente se vestía de civil, su legitimidad se aproximaba a la de presidentes-generales como Eisenhower o De Gaulle.

En tercer término, el enfrentamiento entre "liberales" y "nacionalistas" muchas veces llegó a tales extremos de intensidad que, en sí mismo, determinaba que uno u otro grupo desbordara los límites jurídicos para prevalecer sobre el adversario. Esto se hace evidente, tanto en las luchas civiles posteriores a la Independencia y hasta la Organización Nacional, como en la pugna entre peronismo y antiperonismo, que signó la vida argentina durante varias décadas de este siglo.

Finalmente las mismas luchas entre grupos partidarios de una y otra concepción, como los desbordes institucionales de unos y otros, como, sobre todo, lo poco atractivas que resultan una y otra propuesta cuando se entremezclan con diferentes intereses espurios, y

cuando elementos progresistas de una posición son resignados y, asumidos por la otra, en combinación con sus elementos más retrógrados, todo ello lleva a un deterioro muy marcado de la conciencia general de legitimidad respecto de todo el sistema jurídico e institucional, generado por la acción y la reacción de aquellos sectores. Por cierto que esa pérdida de legitimidad subjetiva provoca, a su vez, una generalizada anomia, que se advierte notablemente en el desarrollo de la vida pública del país.

Naturalmente que la cuestión de cómo se restablece una cultura de la juridicidad también escapa a los límites de este trabajo. Ello comprende la cuestión más restringida de la posibilidad de encontrar, en nuestra trabajosa práctica constitucional, un consenso profundo que no sólo permita reorientarla de modo que ella adquiera legitimidad objetiva, o sea legitimidad moral, sino que pueda también constituir las bases de una legitimidad subjetiva, que contribuya a revertir la constante pugna entre comportamientos generadores de normas y comportamientos violatorios de dichas normas, que está en el núcleo de aquella práctica. Por supuesto que la articulación de ese consenso no es el único factor que pueda contribuir a superar esa pugna: además de otros factores extrajurídicos, hay cuestiones de diseño institucional, que analizaremos más adelante (ver cap. III, aps. B y C) que también pueden tener un impacto importante en la superación de nuestra recurrente ajuridicidad. Pero la reconstrucción de la práctica sobre la base de la explicitación de un consenso profundo tiene, indudablemente, un rol prioritario, ya que, sin ella, no solamente la práctica puede seguir orientada en direcciones impugnables desde el punto de vista moral, sino que, además, la eficacia de nuevos diseños seguirá siendo relativa.

Al comienzo de este apartado he sugerido que la base para ese consenso profundo puede estar dada por un liberalismo que no tenga los déficits que han hecho plausibles a concepciones opuestas y que, como recién vimos, ha contribuido a la ajuridicidad de nuestra vida pública. En esta sugerencia no está solamente presupuesta la convicción sobre la validez de una práctica apoyada en un liberalismo pleno, sino también la creencia de que ese liberalismo pleno puede efectivamente concitar las expectativas y actitudes de adhesión necesarias para dar continuidad a una práctica, que, tal vez liberada de su tendencia hacia la ajuridicidad, haga eficaces las decisiones que se adopten, dadas las aspiraciones expresadas en momentos cruciales de nuestra historia –Mayo, la oposición a Rosas, la sanción de la Constitución, la Organización Nacional, la lucha por el sufragio universal, la democratización iniciada en 1983–.

Por cierto que, si dejamos de lado la discusión sobre la validez de una y otra concepción, alguien podría proponer reconstruir la

práctica constitucional argentina sobre la base de un consenso profundo alrededor del modelo de sociedad cerrada, que ha tenido también tantas manifestaciones de adhesión a lo largo del desarrollo de esa práctica. Por ejemplo, Lamas[142] propone un modelo de esa índole para lograr la concordia política. Así, se sugiere superar la discordia provocada por la diversidad de objetivos particulares en las acciones sociales, la ausencia de un firmamento de valores, común a los miembros del grupo y del Estado, y los planteos ideológicos relacionados con los factores anteriores. Se propone que la superación de la discordia se puede dar aceptando los principios de la filosofía tomista "que asume dentro del marco cristiano al pensamiento clásico anterior, especialmente al aristotélico, y que recoge ecuménicamente los mejores logros de todo pensamiento"[143]. Se logrará la concordia, según se piensa, cuando los hombres recuperen "los vínculos existenciales que los unen a una familia, a un municipio, una región, un sector profesional, una Nación y finalmente con su Dios y Creador"[144]. Ello implica, según este autor, adoptar principios universales de perfección humana y un conocimiento prudencial de la realidad concreta del pueblo, a través de la tradición.

No es el caso discutir aquí la validez de esta concepción ideológica que se propone como base de la concordia política, *vis à vis* la de la concepción liberal que sugiero para constituir un consenso profundo; ello será tema del apartado siguiente. Lo que me importa, en cambio, es hacer notar aquí que es sumamente improbable que se pueda constituir la concordia política sobre la base de un modelo de sociedad cerrada. Ello es así, simplemente, debido al hecho del pluralismo que fue antes mencionado y que es enfatizado por Rawls. Los miembros de nuestra sociedad, como los de todas las sociedades occidentales contemporáneas, difieren profundamente en sus creencias religiosas y en sus ideales de excelencia personal. Es extraordinariamente improbable que esas diferencias se puedan superar a través de un proceso de discusión y persuasión. Lo único que se logra con los intentos de fundar la concordia sobre la base de un ideal de perfección y de una visión religiosa, como lo demuestra la historia de la humanidad, y aun la nuestra, es sembrar la discordia, el disenso, la violencia y, finalmente, la anomia. En cambio, el liberalismo pleno que se intentará defender en el próximo apartado está en una posición diferente de esas visiones de sociedad cerrada. Es cierto que no es neutral, ya que excluye precisamente a tales visiones; pero tal liberalismo puede concitar la adhesión de

[142] Lamas, Félix A., *La concordia política*.

[143] Lamas, *La concordia política*, p. 60.

[144] Lamas, *La concordia política*, p. 172.

quienes sostienen los ideales religiosos o de perfección que subyacen a esas visiones, si ellos se avienen a no imponerlos coactivamente a los demás, sino a desarrollarlos sobre la base del consentimiento libre.

La diferencia entre la defensa del ideal de sociedad cerrada y la del ideal de sociedad abierta es precisamente que, aunque ambas intentan imponer el ideal social en cuestión, la primera también intenta imponer un ideal personal, mientras que la segunda deja librado tal ideal a la libre voluntad de las personas. Si partimos de la base de que los ideales sociales son materia de discusión y compromiso, mientras que las diferencias en cuanto a los ideales personales tienden a ser irreductibles, el modelo de sociedad abierta permite la concordia sobre la base de la coexistencia de ideales personales diferentes, según el ejercicio que cada uno haga de su autonomía; en cambio, el modelo de sociedad cerrada implica la imposición de un ideal personal, y por ende la violencia y la discordia.

El apartado siguiente estará dedicado a articular ese liberalismo pleno que puede constituir la base para el consenso profundo sobre el cual reconstruir nuestra práctica constitucional. El desafío consiste en mostrar allí que ese liberalismo puede superar coherentemente los déficits que han caracterizado al liberalismo defendido en nuestro país; que esa superación, de lograrse, haría perder mucho del atractivo de la concepción alternativa que ha competido para dominar nuestra práctica constitucional desde los comienzos de la historia argentina, y, por último pero no menos importante, que una práctica constitucional basada en un consenso liberal es justificable sobre la base de principios plausibles de moralidad social.

F) La superación de los déficits del liberalismo constitucional argentino

§ 28. *Introducción.* – En el apartado anterior se ha tratado de mostrar que, durante su desarrollo, la práctica constitucional argentina sufrió vicisitudes que han permitido que sobre ella tuvieran impacto ideas contrapuestas. No obstante que en momentos cruciales de la evolución de esa práctica –la Revolución de Mayo, los proyectos constitucionales precursores, el pensamiento y la acción de la generación del 37, la sanción de la Constitución de 1853, la obra de la generación que llevó a cabo la organización del país, la conformación del sistema de educación pública, la lucha por el sufragio universal, el restablecimiento de la democracia en 1983– se apeló al ideario liberal, la defensa de ese ideario mostró una serie de déficits –el federal, el democrático, el igualitario y el de la autonomía perso-

nal–, que o bien representaban concesiones a ideologías contrapuestas, como en el caso del último déficit, o bien fortalecían tales ideologías al permitir que se presentaran como superadoras de los déficits del liberalismo. Por cierto que aquí no me refiero a las falencias que pueda presentar la posición política que en nuestro medio y en nuestros tiempos se ha dado en llamar "liberalismo" y que no es sino una forma de conservadurismo; hago alusión a los déficits de la presentación y defensa de una concepción de moralidad social genuinamente liberal, que está definida, como veremos en el parágrafo siguiente, por ciertos principios que excluyen diferentes aspectos de una concepción totalitaria de la sociedad.

También se ha mostrado en el apartado anterior que la práctica constitucional argentina estuvo signada durante casi todo su desarrollo por una recurrente tendencia a la *ajuridicidad*. Esta tendencia se manifiesta tanto en la falta de cumplimiento por parte de las elites de las normas generadas por ellas mismas –lo que hizo eclosión en la represión llevada a cabo por el régimen militar que se extendió entre 1976 y 1983–, como en la difusión de una anomia creciente que afecta a la sociedad en conjunto y que tiene manifestaciones visibles en aspectos de la perdurable crisis económica, sobre todo la inflación y la ineficiencia productiva. Esta falta de respeto por la ley y por las reglas en general es tal vez el mayor obstáculo al arraigo del ideario liberal tantas veces invocado en momentos cruciales para la vida del país, ya que ese ideario, como se dijo, está basado, fundamentalmente, en el respeto de pautas procesales, que no señalan una solución sustantiva para conflictos que se presentan en la vida individual y colectiva, sino que remiten para esa solución o bien al resultado de la decisión de cada individuo afectado, o al de procedimientos deliberativos políticos o jurisdiccionales, según la materia. Esta impaciencia por obtener resultados saltando por encima de los procedimientos, como parte de una tendencia a la ajuridicidad, fue asociada por Hannah Arendt [145], con el totalitarismo y el gobierno por decreto de burócratas, ya que convierte al pueblo en ignorante de por qué ocurren las cosas, lo somete al poder de los accidentes y, por lo tanto, a los accidentes del poder, dejándolo impotente para orientar su propio destino.

La tendencia a la ajuridicidad, no solamente es, quizá, la mayor amenaza en contra del arraigo del liberalismo constitucional en nuestro suelo, sino que es también, circularmente, expresión de esa falta de arraigo. No es novedad sugerir que una de las causas de la anomia está dada por la falta de legitimidad subjetiva de las normas que se pretende aplicar y de los procedimientos que la generan.

[145] Arendt, Hannah, *The origins of totalitarianism*.

Los mismos déficits del liberalismo invocado reiteradamente en circunstancias determinantes del desarrollo constitucional, han socavado seriamente las convicciones generales sobre la legitimidad del sistema político y las instituciones básicas de la democracia constitucional, como lo prueban los resultados de las encuestas mencionadas en el § 3. Por cierto que una vez desatada la tendencia a la anomia, ella tiende a autoalimentarse, ya que la falta de expectativas sobre el cumplimiento de las normas por parte de otros, sobre todo cuando ellos pertenecen a las elites políticas, sociales y económicas, hace que no sea en el interés de uno cumplir con tales normas, generándose un problema de coordinación en la acción colectiva: se convierte en irracional, desde el punto de vista del autointerés, el cumplimiento de las normas, con lo que se confirma la falta de expectativas en su cumplimiento y se generaliza la inobservancia con perjuicio para todos (dándose la paradoja, ejemplificada con el famoso "dilema de los prisioneros"[146], de que la persecución racional del autointerés, una vez que se generaliza, termina perjudicando ese autointerés).

Por cierto que puede parecer contradictorio sostener que un rasgo distintivo de una práctica constitucional sea su tendencia anómica; una práctica implica la observancia de normas. Pero la supuesta autocontradicción se diluye si tenemos en cuenta la complejidad de la trama de una práctica como la de índole constitucional. Esa práctica tiene varios estratos y puede combinar la observancia de ciertas normas y la inobservancia de otras, o la observancia de las mismas normas por un grupo social y la inobservancia por otros, o la observancia manifestada en actitudes y la inobservancia expresada en acciones (recordemos el dicho colonial "la ley se acata pero no se cumple").

Por ejemplo, al mismo tiempo que la Corte Suprema legitimaba los golpes de Estado seguía acatando normas originadas en el sistema democrático anterior, aun algunas que no eran fácilmente compatibles con la nueva legalidad; inversamente, las normas dictadas por los regímenes *de facto* se siguieron, en general, aplicando cuando la democracia se restablecía. En otro plano, el escepticismo institucional de la población es complejo y variable: seguramente hay una adhesión general a la democracia y a la Constitución combinada con una falta de respeto a instituciones centrales de la democracia como son los cuerpos deliberativos. Hay también una gran variación en los grados de observancia e inobservancia normativa, que seguramente cambian según regiones, clases sociales, circunstancias económicas, etcétera.

[146] Ver una explicación de este dilema en Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. II.

Todo esto presenta un cuadro de una práctica constitucional con cierta continuidad, pero con tendencia a desbordar las normas que se van generando en el seno de ella misma, como resultado de actitudes que asignan una baja, aunque variable, legitimidad subjetiva a los procedimientos creadores de tales normas, lo que a su vez se debe –entre otros factores– a la falta de consenso sobre los presupuestos ideológicos que determinan tal legitimidad.

Frente a este cuadro, la tarea de quien debe tomar posiciones ante la práctica constitucional argentina –el político, el juez, el jurista teórico– es sumamente ardua. En primer lugar, se encuentra con componentes relevantes de una práctica social antigua y con cierta continuidad –actitudes, expectativas, presupuestos compartidos– que no son desdeñables en función del objetivo de alcanzar arreglos y decisiones que tengan eficacia en el contexto social. Pero, en segundo término, quien pretenda apoyarse en esa práctica no puede ignorar que, si bien ella tiene aspectos centrales sumamente plausibles desde el punto de vista de principios válidos de moralidad social, incluye también elementos importantes que son expresión de concepciones totalitarias inaceptables, con el resultado de que la práctica de su conjunto no puede ser convalidada si no es objeto de una reconstrucción radical.

Finalmente, quien intente sugerir o contribuir a esa reorientación de la práctica debe tomar en cuenta que, no obstante su relativa continuidad, ella tiene cesuras importantes e involucra una tendencia general a los desbordes normativos. Ello, por un lado, aconseja cautela en la adopción de pasos reformadores que puedan resentir aún más la cohesión de la práctica, pero, por otro lado, presenta un desafío para una reconstrucción coherente de los principios subyacentes a la práctica que, no solamente fundamenten su justificabilidad moral una vez reorientada conforme a ellos, sino también que sirvan de base para un consenso que otorgue a las normas generadas la suficiente legitimidad subjetiva como para alcanzar más altos grados de observancia.

Como he adelantado en el apartado precedente, creo que la base para ese consenso que reoriente a la práctica constitucional argentina tanto hacia principios válidos de moralidad social como hacia actitudes y expectativas que refuercen la legitimidad subjetiva de las normas por ella generadas, y, por lo tanto, la eficacia de las políticas y decisiones adoptadas en su contexto, está dada por los principios de un liberalismo socio-político que esté exento de los déficits del que se ha defendido en nuestro medio. Como dice Rawls, con un marco de referencia algo distinto: "Conjeturamos, entonces, que en la medida en que los ciudadanos terminan apreciando lo que una concepción liberal provee, adquieren una actitud de lealtad hacia

ella, una lealtad que se vuelve cada vez más fuerte con el tiempo. Ellos terminan pensando que es tanto razonable como sabio afirmar sus principios de justicia como expresión de los valores políticos que, bajo las condiciones razonablemente favorables que hacen la democracia posible, normalmente desplazan a los valores que se les opongan, cualesquiera sean éstos. Con esto tenemos un consenso sobrepuesto" [147].

Sin embargo, es obvio que la primera condición para la formación de ese consenso –sobre todo si se aspira, a diferencia de Rawls, a un consenso profundo y no meramente sobrepuesto– consiste en mostrar que un liberalismo no deficitario es *internamente coherente*. Si el liberalismo estuviera en tensión interna, como ha aparecido recurrentemente en nuestro medio, con exigencias de descentralización, de democracia y de igualdad, el consenso propuesto sería inherentemente inestable y se arriesgaría a que se disuelva tan pronto surjan circunstancias que activen esas tensiones internas.

Precisamente el objetivo de este apartado es intentar mostrar cuáles son las posiciones filosófico-políticas que por definición el liberalismo excluye y que no pueden ser combinadas con él –como se ha intentado más de una vez entre nosotros– sin riesgo de serias contradicciones, y cuáles son, por el contrario, las posiciones que, no obstante la aparente tensión, son compatibles con el liberalismo y hasta son consecuencia lógica de sus principales postulados. Dividiré, consecuentemente, a las principales posiciones en dos trípticos: *a*) el primero estará constituido por el *perfeccionismo*, el *holismo* y el *determinismo normativo*, los que, como lo he tratado de mostrar en otros lugares [148], son enfoques por contraposición a los cuales el liberalismo resulta caracterizado, y *b*) el segundo tríptico está formado por las exigencias de *fraternidad*, *igualdad* y *democracia*, exigencias que, como intentaré mostrar en el grueso de este apartado, no obstante las apariencias que han seducido tanto a teóricos como a actores políticos, no sólo son compatibles con el ideario liberal sino que, bajo ciertas interpretaciones, están lógicamente implicadas por él.

La última afirmación encierra un riesgo del que es necesario precaverse: hay un continuo entre, por un lado, el núcleo del liberalismo que puede proponerse como base de un consenso profundo para reconstruir la práctica constitucional y, por el otro, sus presuntas implicaciones cuya aceptación o rechazo forma parte de políticas de gobierno, y que, de acuerdo con la visión de la democracia que voy a defender y a proponer como compatibles con el ideario liberal,

[147] Rawls, John, *Justice as Fairness: A Guided Tour*, por publicarse.

[148] Nino, *Ética y derechos humanos*, caps. V, VI y VII.

deben ser objeto de discusión y decisión colectiva. Por lo tanto, no obstante la dificultad de hacerlo, debe trazarse un límite entre lo que se propone como parte del consenso constitucional y lo que se deja para la interacción política, con su combinación variable de disensos y acuerdos. Mucho de lo que se dirá respecto de las exigencias de fraternidad y de igualdad, no así, por lo menos en el mismo grado, en relación a la exigencia de democracia, pertenece más a la esfera de esta última interacción política que a la del consenso constitucional.

Para constituir ese consenso es importante mostrar que esas exigencias son *compatibles* con el liberalismo que se propone para constituir su base, aunque su grado de satisfacción sea objeto de los procedimientos democráticos de discusión y decisión. Por lo tanto, cuando en este apartado se intente mostrar que algunas de tales exigencias se siguen lógicamente de los postulados del liberalismo, lo que es relevante para la propuesta de consenso de reconstrucción constitucional es la implicación de compatibilidad, quedando como sugerencia a ser tomada en cuenta en los debates legislativo y jurisdiccional la tesis más fuerte sobre la necesidad lógica.

§ 29. *Los principios inherentes al liberalismo.* – Nuestra práctica constitucional presenta un componente central en el que podemos apoyarnos para reconstruir los principios definitorios del liberalismo. No obstante los episodios autoritarios y la consiguiente represión de las ideas y de sus autores, la práctica constitucional argentina se ha desarrollado recurrentemente en sus momentos cruciales mediante un proceso de *discusión* aunque tal vez, como veremos más adelante (cap. III, aps. A y B, y cap. IV) ésta no haya tenido la amplitud y profundidad que sería de desear. Desde *La representación de los hacendados* y las controversias respecto de la integración de la Primera Junta –pasando por los debates en diversas convenciones constituyentes, por las polémicas entre Alberdi y Sarmiento, por las controversias sobre la relación entre el puerto y el interior o acerca de la enseñanza laica y el matrimonio civil, por los debates teóricos y políticos provocados por las principales decisiones de nuestra Corte Suprema, por las discusiones desatadas por las reformas constitucionales del 49 y 57, por los recientes debates sobre las violaciones de los derechos humanos y su punición–, hasta llegar a las controversias actuales sobre la reforma constitucional, la práctica constitucional argentina ha tenido como núcleo central a la práctica más específica de la discusión y ha evolucionado por impacto de los resultados de esa subpráctica, aunque por cierto con la interferencia de muchos otros factores.

La práctica de la discusión que ha tenido impacto en la evolución de la práctica constitucional más general es sólo un caso del lu-

gar central que ocupa en la modernidad la discusión moral como mecanismo social de dirimir conflictos y alcanzar cooperación, a través del intento de obtener consenso sobre ciertos principios que permitan convergir en acciones y actitudes.

En otro trabajo [149] he intentado mostrar que la práctica de la discusión moral, tal como ella se da en la cultura postiluminista, es una institución *protoliberal*, puesto que ella tiene por presupuestos ciertos valores y reglas procedimentales que conducen a principios liberales, por más que la práctica esté abierta a la participación en ella de quienes cuestionan tales principios.

Los presupuestos de la práctica de la discusión moral definen la validez de los principios y juicios que se controvierten en su contexto. Se incurre en una *inconsistencia práctica* si se participa en la práctica y se niegan al mismo tiempo principios o presupuestos, o sus implicaciones, que se asumen necesariamente al participar en esa práctica. Ésta es una forma de fundamentación de los juicios de moralidad social que, al apoyarse en el "hecho duro" de una práctica social en la que todos –incluso los escépticos– participan para dirimir conflictos privados o públicos, aventa los temores frente a una ontología demasiado proficua, sin hacerse pasible de las objeciones levantadas reiteradamente en contra de las variadas formas de neutralismo, incluido el convencionalismo, y de posiciones no descriptivistas, como el emotivismo y el prescriptivismo [150].

Es cierto que este tipo de constructivismo meta-ético que se basa en los *presupuestos* de la práctica de la discusión moral y no en sus *resultados* (aunque estos resultados pueden tener, como luego veremos, relevancia epistémica) es una forma de convencionalismo, ya que toma como punto arquimediano de la justificación moral los que son presupuestos de una práctica social. Pero frente a esto conviene hacer dos aclaraciones: *a*) que según las reglas de la discusión moral lo que justifica un juicio ético es su conformidad con los *presupuestos normativos* de esa discusión y no el hecho, que independientemente se da, de que tales exigencias son convencionalmente aceptadas, y *b*) que las convenciones constitutivas de la práctica de la discusión moral son mucho más amplias, generales e invariantes que las pautas morales sustantivas más específicas, como la que condena, por ejemplo, la tortura. Es cierto que se producen a través de la historia y de la geografía algunas variaciones radicales en los presupuestos de la discusión moral, pero ellas son extremadamente raras y excepcionales. Precisamente, la variación más nota-

[149] Nino, *El constructivismo ético*.

[150] Ver un análisis sucinto de estas posiciones en Nino, *Introducción al análisis del derecho*, cap. VII.

ble que se produce en la conformación de esa práctica es el rechazo por parte de la cultura moderna de criterios de validación apoyados en los dictados de autoridades humanas o divinas o de convenciones sociales, en favor de un criterio incorporado a nuestra práctica del discurso moral que recurre a los dictados contrafácticos de quienquiera asuma una posición de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes.

a) De este modo, un presupuesto de la práctica postiluminista de la discusión moral, que está estrechamente asociado con el liberalismo, es que toda autoridad o convención social es susceptible de ser sometida a crítica, excepto tal vez (dada la inconsistencia práctica en que se incurriría) la práctica misma de criticar.

La asociación con el liberalismo viene dada por el hecho de que este rasgo del discurso moral de la modernidad, tal cual se halla incorporado a nuestra misma práctica constitucional, refleja la asunción del valor de la *autonomía*. En efecto, la discusión moral, como dije antes al pasar, está dirigida a superar conflictos y alcanzar cooperación a través del consenso; y ese consenso supone la libre aceptación –compartida– de principios, para justificar acciones y actitudes. Vale decir que quien participa en la discusión moral asume necesariamente –sea como un fin en sí mismo o como un medio para algún otro fin– el valor de la libre aceptación de principios morales, o sea de una aceptación sobre la base de razones (definidas en términos de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos) y no sobre la base de la coacción, la persuación irracional, el sometimiento a una autoridad humana, divina o convencional. Éste es el rasgo de autonomía que destacó Kant como distintivo de la aceptación de principios morales.

Como he tratado de mostrar en otro lugar[151], de este presupuesto general de autonomía moral subyacente al discurso moral se deriva un principio más específico, que he denominado *principio de autonomía personal*, que es distintivo de la concepción liberal de la sociedad. La derivación tiene el siguiente trámite: El presupuesto general del valor de la autonomía se refiere tanto a la libre aceptación de principios morales *intersubjetivos*, que regulan las acciones de los individuos de acuerdo con sus efectos beneficiosos o perjudiciales respecto de otros individuos (tal es el caso de la prohibición de matar a otro), como a los ideales morales *personales* o *autorreferentes*, que valoran a las acciones por sus efectos en la vida o el carácter moral del propio agente (como en el caso del buen cristiano, del buen patriota, del ideal en materia de vida sexual, etcétera).

[151] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. V.

Ahora bien, cuando el valor de la autonomía se refiere al primer tipo de principios morales –los de índole intersubjetiva– él tiene la virtud de *autolimitarse*: hay casos en que, para preservar la autonomía, hay que restringirla; esto ocurre cuando los *standards* de conducta aceptados libremente por ciertos individuos, les permiten afectar la autonomía de otros individuos para obrar de acuerdo con *standards* de conducta libremente aceptados, por ejemplo, matándolos, lesionando su integridad corporal, limitando su libertad de movimientos, etcétera. Por supuesto, esto implica tener un principio que permita hacer un balance entre la autonomía que se pierde y la que se gana con la interferencia en las elecciones de los individuos, pero ésta es materia de otros principios que no nos interesan por ahora. Lo que sí nos interesa es que la misma posibilidad de autolimitación del valor de autonomía no se da cuando se trata de la libre elección de ideales personales o de excelencia humana, ya que la adopción de uno de esos ideales, por definición, no afecta por sí misma a terceros.

Por cierto que la adopción de muchos ideales personales puede tener consecuencias que lesionen la autonomía de las personas, pero eso no se debe a esa adopción sino a la aceptación tácita de algún principio intersubjetivo que permite conductas que lesionan la autonomía de terceros, y es entonces la adopción de este principio y no la del ideal personal, lo que violenta el valor de la autonomía. En el caso de los ideales personales, el valor de la autonomía no permite que se restrinja en ningún caso su libre adopción. Por lo tanto, del presupuesto general de autonomía moral se deriva el principio liberal más específico de autonomía personal, *que proscribe interferir con la libre elección de ideales de excelencia personal*.

Hay otras razones en apoyo de este principio; una es que la mayor parte de los ideales personales plausibles no se satisfacen con un mero comportamiento externo (como pararse en un lugar público cuando tocan el Himno Nacional) sino que, a diferencia de los principios intersubjetivos, su satisfacción requiere una convicción subjetiva expresada precisamente en la libre adopción del ideal. Esto hace que el intento de imposición del ideal en cuestión sea autofrustrante y, por lo tanto, irracional. La otra razón, que sólo se entenderá cuando más adelante expongamos una concepción epistémica de la democracia, está dada por el hecho de que la discusión y decisión democrática, que da legitimidad a toda imposición coactiva, no tiene valor epistémico cuando se refiere a estos ideales personales, respecto de los que no es relevante la exigencia de imparcialidad que funda tal valor epistémico.

El reconocimiento del principio de autonomía de la persona que es uno de los rasgos distintivos de una concepción liberal de la socie-

dad, excluye el *perfeccionismo*, o sea la posición de que es misión del Estado imponer ideales de virtud personal. Algunos filósofos[152] han sostenido que el liberalismo basado en el principio de autonomía personal implica un tipo de perfeccionismo, puesto que la autonomía personal es parte de un ideal de excelencia humana. Pero esto merece la siguiente réplica: *a*) si bien la autonomía personal da valor a la vida y al carácter de un individuo, es también objeto de un principio intersubjetivo –el de no interferencia con la adopción de planes de vida por parte de otra gente– y es este principio el que se deriva del presupuesto de autonomía del discurso moral, y *b*) aun cuando se sostuviera que el principio intersubjetivo de autonomía personal no puede interpretarse en todos sus alcances sin recurrir al valor de la autonomía como parte de un ideal de excelencia humana (lo que me parece persuasivo sobre todo respecto de la prelación de la elección sobre la materialización de planes de vida, a la que luego aludiré), sin embargo, es distintivo de ese valor el excluir toda interferencia con cualquier opción referida a los demás aspectos de un ideal de excelencia humana, que es lo que, por definición, excluye al perfeccionismo.

Es necesario distinguir el perfeccionismo, excluido por el liberalismo, de un paternalismo legítimo que no está dirigido a imponer a los individuos ideales y planes de vida que ellos no aceptan, sino a ayudarlos, aun coactivamente, a satisfacer planes e ideales de vida libremente adoptados.

Puede parecer sospechosa esta idea de intervenir en contra de la voluntad de los individuos para ayudarlos a satisfacer sus propios intereses, subjetivamente considerados. Esta sospecha parece confirmarse en los casos habituales en que se aduce que la acción de un individuo perjudicaría sus propios intereses. En efecto, si el individuo actúa por error, compulsión o perturbación mental, parece que la forma de ayularlo a satisfacer sus propios intereses no es mediante la coacción sino impartiéndole la información correspondiente, neutralizando la compulsión de que es objeto u ofreciéndole tratamiento médico para que supere su perturbación.

Distinto es el caso de la llamada "debilidad de voluntad" –cuya realidad se discute desde el pensamiento clásico–, en que un individuo actúa o se abstiene de actuar perjudicando sus intereses, a pesar de que no se da ninguna de las causales anteriores. En este caso puede ser racional para el individuo someterse a una especie de preclusión preventiva de la acción –como en el caso de Ulises frente a las sirenas– para no ceder frente a una tentación. Sin embargo, parece pragmáticamente inconveniente admitir la intervención estatal

[152] Raz, Joseph, *The morality of Freedom*, p. 198.

en estos casos, ya que es muy difícil distinguirlos, en la práctica, de situaciones en que los individuos no adhieren realmente al ideal o plan con el que su acción está en conflicto.

La situación más nítida en que es admisible un paternalismo no perfeccionista es aquella en que se produce un problema en la realización de una acción colectiva, como ocurre en los casos del tipo del dilema de los prisioneros que mencioné antes: en estas situaciones, lo que es racional hacer desde el punto de vista del autointerés de cada individuo es algo que, una vez generalizado, termina frustrando ese autointerés, a menos que haya una intervención externa (p.ej., puede ser racional para un obrero aceptar un contrato laboral con un salario muy bajo, ya que de otra manera podría no conseguir trabajo; pero una vez que todos razonan igual, si hay suficiente desocupación, ello puede hacer descender el salario a niveles que sólo fijando coactivamente un salario mínimo se evitarían).

Este paternalismo, dirigido a evitar problemas de coordinación en situaciones de interacción autodestructiva puede justificar, en forma compatible con la concepción liberal de la sociedad, la intervención estatal en situaciones como las de las relaciones laborales, los sistemas de seguridad social, la prevención de externalidades que producen las transacciones en el mercado –como la afectación del medio ambiente–, y como he alegado en otro lugar [153] y veremos luego (§ 54), la participación electoral.

El principio de autonomía personal sirve para determinar el *contenido* de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica, la libertad de movimientos, la libertad de expresión, la libertad de cultos, el acceso a recursos materiales, la libertad de asociación, la libertad de trabajo y el acceso al ocio, etc., son todos prerrequisitos para la elección y materialización de planes de vida.

Cuando esos bienes son escasos y deben ser objeto de distribución, según ciertos principios que analizaremos luego (ver cap. II, ap. D), surge el problema, que mencioné antes al pasar, sobre la preferencia entre las dos dimensiones de la autonomía personal, las de la elección y la materialización de planes de vida. Por ejemplo, si el principio de distribución elegido es de índole igualitario, se presenta la duda de si debe igualarse a los individuos en sus posibilida-

153 Nino, Carlos S., *El voto obligatorio*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Reforma Constitucional. Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia".

des de elegir planes de vida que sean materializables en diferentes grados, o si deben ser igualados en sus niveles de realización de planes de vida libremente elegidos, aunque esos niveles requieran en algunos casos muchos más recursos que en otros. Aun cuando el problema es muy complejo para tratarlo aquí[154], debo decir dogmáticamente que me inclino por la primera alternativa, ya que, de lo contrario, el nivel de satisfacción de un plan de vida que uno pueda alcanzar dependerá de la elección por parte de otros de planes de vida más caros o más baratos (es posible que detrás de esta preferencia en la elección sobre la satisfacción haya también una visión de la autonomía personal que valore la creatividad en el empleo de recursos fijos para alcanzar una autorrealización).

Es claro que en nuestra práctica constitucional ha tenido un impacto sumamente importante al reconocimiento del valor de la autonomía personal. Como se vio en el apartado anterior, desde los primeros proyectos constitucionales se receptó una norma como la del actual art. 19 de la Const. nacional, que es excepcional en el reconocimiento de una esfera de autonomía una vez que se interpreta que las descripciones en términos de *acciones privadas*, *acciones que no ofenden al orden y a la moral pública* y *acciones que no perjudican a terceros* son estrictamente equivalentes, de modo que si una acción no causa un daño a una persona distinta al agente, ésta es una acción privada –no en el sentido de que se realiza en la intimidad, sino sólo que contraviene pautas de una moral privada– y no las que constituyen el orden o la moral pública.

Como veremos más adelante, hay una creciente coincidencia en nuestros tribunales, sobre todo por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en asignarle esta interpretación al art. 19 de la Constitución, con lo que el valor de la autonomía de la persona se consolida cada vez más como uno de los puntales de nuestra práctica constitucional.

Por otra parte, el sistema de derechos consagrados en los arts. 14, 14 *bis*, 15, 16, 17, 18 y 20 de la Const. nacional responde claramente a un esquema en que los bienes protegidos son aquellos necesarios para la elección y materialización de ideales y planes de vida. Como se sabe, hay algunas omisiones notables, como la del derecho a la vida y a la integridad corporal, pero la laguna se llena fácilmente con esta interpretación que hace subyacer a los demás derechos el valor de la autonomía, el que, a su vez, requiere ineludiblemente de esos bienes.

[154] Nino, Carlos S., *Autonomía y necesidades*, en "Doxa", nº 7, Alicante, 1990.

Las discusiones que marcaron nuestra práctica constitucional sobre temas como el de la enseñanza laica y el matrimonio civil, también sirvieron en diferentes etapas para el fortalecimiento del ideal de autonomía, ya que este ideal requiere una educación liberal que provea a los niños de condiciones para que, llegados a la edad de la razón, puedan elegir, con pleno conocimiento y libertad, ideales que incluyan o no cualquier concepto de trascendencia. En cuanto a la regulación del matrimonio, es obvio que el principio de autonomía de la persona implica otorgar a los individuos la más amplia libertad para adecuar las relaciones íntimas y familiares a su propia concepción del bien, en tanto no se afecte la autonomía de terceros.

Por cierto que la defensa de una concepción perfeccionista tuvo, como vimos, defensores decididos en diferentes etapas de nuestro desarrollo institucional, teniendo, en algunos casos, triunfos notables, en buena medida por confusión ideológica de la corriente liberal. Esto se advirtió claramente en la Convención Constituyente de 1853, en la que los defensores de la religión de Estado no fueron pocos ni tímidos, y obtuvieron finalmente una solución transaccional con la cláusula del art. 2°, que determina el sostenimiento por parte del Estado del culto católico, lo que entra en seria contradicción con el valor de autonomía personal. Los ciudadanos que no profesan esa religión, deben, sin embargo, contribuir para su sostenimiento con impuestos que podrían utilizar para sostener el culto o posición de su preferencia. Lo mismo ocurre con la exigencia de que el presidente de la Nación pertenezca al culto católico, lo cual, no obstante su justificación en función del ejercicio del patronato, involucra una discriminación que implica preferir un ideal personal sobre otros. De más está decir que con la cláusula de conversión de los indios al catolicismo se incurrió en una posición groseramente perfeccionista, no obstante la justificación instrumentalista de Gorostiaga.

Es evidente que el caso más flagrante de legislación perfeccionista estuvo constituido por la prohibición secular del divorcio vincular, hasta que fue a la vez declarada inconstitucional y derogada, en la primera etapa de esta transición democrática. Los intentos recurrentes de censura de publicaciones y exhibiciones, por razones de obscenidad o de sacrilegio, aun cuando esas publicaciones estuvieran dirigidas a adultos que consienten en acceder a ellas, constituyen, de nuevo, muestras de un desconocimiento frontal del principio de autonomía personal. Lo mismo ocurre con la criminalización de la tenencia de drogas para el propio consumo, cuando la restricción está basada en la autodegradación de los agentes. Hay formas menores y casi imperceptibles de perfeccionismo en nuestra práctica jurídica como, por ejemplo, una concepción retributivista

de la responsabilidad penal, con una serie de secuelas tales como el tratamiento de algunas modalidades delictivas [155].

El perfeccionismo fue y es defendido explícitamente por diferentes pensadores y políticos en nuestro medio, incluso como intento de superar las divisiones y conflictos en la sociedad. Por ejemplo, Lamas, citado en el apartado anterior, propone bases para una concordia política que incluyen una premisa mayor dada por "ideales universales de perfección humana en el orden práctico jurídico y político, constituidos fundamentalmente por los principios de la sindéresis y los demás principios de ella derivados, de derecho natural" [156]. Además de la cuestionabilidad moral de una presunta concordia fundada en el desconocimiento del valor de la autonomía personal, implícita en el discurso moral, tal "concordia" difícilmente se constituiría en forma estable, puesto que ignora los hechos que Rawls menciona respecto de una sociedad moderna como la Argentina: el hecho del pluralismo en relación a ideales de perfección humana, la perdurabilidad de ese pluralismo no obstante todos los intentos de superación, a través de la discusión o de otros métodos, y la circunstancia de que una superación sólo se podría dar mediante el uso *opresivo* del poder coactivo del Estado (no por coincidencia este autor admite la legitimidad de una dictadura en ciertos casos) [157].

Es verdad que, como dice Lamas [158], el liberalismo no es una posición moral neutral; pero, tal como vimos, la toma de posición implícita en el liberalismo se refiere principalmente a pautas morales intersubjetivas, respecto de las cuales la discusión y decisión colectiva tiene un valor epistémico que fundamenta su prelación sobre la reflexión individual.

El valor de la autonomía personal es, si se toma aisladamente, un valor de índole *agregativo*. Esto quiere decir que cuanto más autonomía hay en un grupo social la situación es más valiosa, independientemente de cómo esa autonomía esté distribuida. Sin embargo, esto parece contravenir intuiciones muy arraigadas en el liberalismo: si una elite consigue grados inmensos de autonomía gracias a la esclavización del resto de la población, de modo que la suma total de autonomía existente en la sociedad es mayor que la que se obtendría de una mejor distribución de esa autonomía, no parece que se trate de un estado de cosas satisfactorio desde el punto de vista liberal.

[155] Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. IV.

[156] Lamas, *La concordia política*, p. 242.

[157] Lamas, *La concordia política*, p. 250.

[158] Lamas, *La concordia política*, p. 237.

Ha captado Kant esta intuición, como lo hizo con la fundada en el valor de la autonomía, en la segunda formulación del imperativo categórico, que prohíbe tratar a los hombres sólo como meros medios y no como fines en sí mismos. En efecto, en una situación como la mencionada, los miembros de la elite estarían usando a los esclavos como meros medios, puesto que reducen su autonomía para gozar de una autonomía mayor.

Varios filósofos contemporáneos, como Rawls[159] y Nozick[160], han tratado de localizar el defecto de una concepción de moralidad social basada exclusivamente en valores agregativos, en el hecho de que ella ignora la independencia y separabilidad de las personas, tratando a los intereses de diferentes individuos como si fueran los intereses de un mismo sujeto (en efecto, es racional que *uno* dé prioridad a sus intereses más importantes sobre los menos importantes, pero de ahí no se sigue que sea igualmente racional hacer lo mismo cuando los intereses son de diferentes personas). Se puede sostener que el discurso moral presupone esta idea de separabilidad e independencia de las personas, ya que la exigencia de imparcialidad que define a la validez moral no está construida sobre la base de la asunción de un punto de vista ominicomprensivo de los intereses de todos los involucrados sino, como dice Nagel[161], sobre la base de la adopción, en forma sucesiva y separada, del punto de vista de cada uno de los afectados. La misma idea de autonomía implica la de separabilidad e independencia de las personas, puesto que supone distinguir las decisiones sobre planes de vida adoptadas por el propio agente de las adoptadas por los demás (recordemos que uno de los argumentos para fundamentar la prelación de la elección sobre la materialización de planes de vida en la distribución de recursos, es que, de lo contrario, nuestro nivel de satisfacción de planes de vida estaría afectado por decisiones de los demás).

b) Estas consideraciones me han llevado en otro lugar[162] a defender un segundo principio como parte de la concepción liberal de la sociedad, que limita el principio de autonomía personal. Éste es el *principio de inviolabilidad de la persona*, y, en su primera formulación, *proscribe disminuir la autonomía de que goza una persona por la sola razón de que de este modo se incrementa la autonomía gozada por otros*. Como luego veremos, este principio requiere una segunda formulación más precisa, tan pronto advertimos una serie de problemas que hacen inaplicable esta primera.

[159] Rawls, *A Theory of Justice*, p. 26.

[160] Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, p. 28.

[161] Nagel, Thomas, *The possibility of Altruism*.

[162] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. VI.

Por ahora, lo que importa es advertir que este segundo principio de una concepción liberal de la sociedad excluye absolutamente posiciones de índole *holista*, o sea posiciones que no toman en cuenta consideraciones de distribución, puesto que admiten –como cuestión de principio– compensaciones interpersonales de beneficios y perjuicios.

Entre las concepciones holistas hay unas de particular importancia, las de carácter *colectivista*: ellas se caracterizan por personificar al grupo de individuos, de modo de admitir la existencia de un ente colectivo que constituye una persona moral independiente con intereses irreductibles. Esto es claro, como dice Kedouric[163], en el caso de algunos autores postkantianos como Fichte, quienes sostenían que la autonomía de los individuos sólo se materializa por su pertenencia al todo del Estado que les confiere realidad; la autorrealización de los individuos exige su completa absorción en la conciencia universal expresada por el Estado; éste no es una mera colección de individuos destinada a satisfacer sus intereses, sino que está por encima de los individuos.

El colectivismo merece reparos, tanto de tipo ontológico como de índole ética. La concepción más plausible sobre las personas colectivas es la que la asimila con *construcciones lógicas* (como las referidas por muchos otros conceptos, como el de las unidades monetarias o el de hombre medio[164]), ya que las proposiciones sobre los entes colectivos son equivalentes a un conjunto complejo de proposiciones sobre individuos y sobre sus relaciones fácticas y normativas. Aun cuando –en contra de lo implicado por esta concepción– le asignemos un *status* ontológico independiente a las personas colectivas, parece poco admisible considerarlas unidades básicas irreductibles desde el punto de vista moral. El principio de autonomía implica adoptar una concepción subjetivista de los intereses autorreferentes, y no hay subjetividad sin una *psique*, y, por lo que sabemos por la ciencia de nuestros días, no hay una *psique* autónoma sin un sistema nervioso independiente. A la misma conclusión se puede llegar considerando que el discurso moral supone, como vimos, adoptar el punto de vista de todos los afectados, y es muy extraño suponer que un país o una universidad tengan un punto de vista propio. Aplicando lo que dicen Nagel y Scanlon en relación a otros entes, es difícil imaginar qué sería si uno fuera una cierta entidad colectiva. Esto no quiere decir, por cierto, que no tenga sentido hablar de los intereses de, digamos, un país, pero las proposiciones

[163] Kedourie, Elie, *Nacionalismo*, p. 26.

[164] Nino, *Introducción al análisis del derecho*, cap. IV.

en cuestión deberían ser traducibles a un complejo de proposiciones sobre intereses de individuos.

El sistema de derechos que nuestra Constitución consagra responde decididamente a una concepción centrada en los individuos y no en entes colectivos. Los derechos establecidos en los arts. 14 a 20 se refieren a los *hombres* o a los *habitantes*, y no hay la más ligera indicación de que esos derechos puedan ser desplazados por consideraciones referidas a presuntos intereses supraindividuales.

Cuando los derechos son limitados conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, según la cláusula inicial del art. 14, ello se supone que sólo es en función de una ampliación del ejercicio efectivo del sistema total de derechos individuales y nunca en atención a consideraciones holistas. Es más, las garantías que están establecidas fundamentalmente en el art. 18 –las de no ser penado sin ley previa anterior al hecho del proceso, la del respeto de los papeles privados, del domicilio, etc.– son la más clara manifestación de una concepción individualista, ya que hay muchas ocasiones en que los intereses –agregativamente considerados– de la sociedad en conjunto, podrían verse beneficiados con la sanción de una ley retroactiva o con un allanamiento sin supervisión judicial.

Este individualismo de nuestra Constitución, junto con su adhesión a la idea de autonomía personal, ha sido muchas veces fuertemente criticado, por partidarios de concepciones antiliberales. Una muestra de ello fue dada en el apartado anterior cuando se hizo alusión a las manifestaciones de Arturo Sampay en apoyo de las reformas que luego constituyeron la Constitución de 1949. El discurso en términos del "ser nacional" que es muy popular entre nosotros tiene connotaciones llanamente colectivistas. Ese ser nacional no es identificado con ninguna propiedad empírica: tiene un curso a través del tiempo que no coincide con la historia completa del país, intereses que no son los de los habitantes, y una voluntad que no es, por cierto, la misma que la población expresa democráticamente.

Por supuesto que ello sirve para que algunos individuos –como ha ocurrido cada vez que se efectuaba un golpe de Estado– aleguen tener un acceso privilegiado a ese ser nacional y enmascaren su propia voluntad y sus intereses con los de esa presunta entidad.

Parte de la crítica antiindividualista de los que invocan al ser nacional resulta plausible cuando se identifica al individualismo con concepciones anticomunitarias y sobre todo, antiigualitarias; pero, como veremos en el parágrafo siguiente, esta identificación no es necesaria. Si el individualismo es despojado de estas asociaciones con posiciones egoístas y atomistas, él se limita a expresar el humanismo sintetizado en el famoso apotegma de Protágoras acerca de la dimensión humana como patrón de medida. Toda concepción

holista termina por reflejar la arrogancia de un juez moral que pretende adoptar un punto de vista que excede la mera generalización de la perspectiva humana de quien juzga. En lugar de reconocer que su propia autonomía tiene la contrapartida de la de otros con igual pretensión de respeto que la propia, el holista pretende adscribir lo que es en realidad el ejercicio de su propia autonomía a una entidad superior, cuya autonomía reclama mayor dignidad. En definitiva, la idea de individualidad está estrechamente vinculada con la de autonomía: si los fines de los individuos son merecedores de respeto, ello los convierte en fines en sí mismos; como decía Kant[165], "debo convertir a los fines de los individuos que son fines en sí mismos, en la medida de lo posible, en mis propios fines".

c) Pero aun la combinación de los principios de autonomía e inviolabilidad de la persona es insuficiente para constituir una concepción liberal de la sociedad y para derivar el conjunto de derechos individuales que normalmente está asociado con tal concepción. Estos dos principios aseguran que la autonomía de un individuo no puede ser sacrificada para incrementar la autonomía de otros; pero ello parece también aplicarse a los propios interesados, quienes no podrían entrar en ningún tipo de arreglo que pudiera perjudicar su propia autonomía. De este modo, paradójicamente, el principio de autonomía involucraría una permanente supervisión de los individuos para descalificar aquellas de sus decisiones que tuvieran efectos restrictivos sobre su propia autonomía, tal vez en beneficio de las de otros.

El rechazo de esta alternativa antiliberal debe ser materia de un principio ulterior que limita el principio de inviolabilidad de la persona, así como éste limita el de autonomía. Tal principio debe hacer admisibles las restricciones a la autonomía, aun cuando ellas incrementen la autonomía de otros, cuando tales restricciones son consentidas por los propios afectados. Una formulación más precisa de este principio que en otro lugar[166] he denominado *el principio de dignidad de la persona humana* es la que *permite tomar a las decisiones o actos de voluntad de los individuos como antecedentes válidos de obligaciones, responsabilidades o limitaciones de derechos*. De este modo, es posible dar a los derechos un manejo dinámico y admitir su pérdida, adquisición y transferencia, aun cuando ello involucre que algunos individuos disminuyan su autonomía en relación a otros, sobre la base del consentimiento de los afectados.

Dado que el principio de dignidad de la persona limita el principio de inviolabilidad, que, a su vez, limita el de autonomía, cuando

[165] Kant, Immanuel, *Philosophy of Law*, p. 195-198.

[166] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. VII.

se da el consentimiento del individuo afectado no rige la restricción de que la autonomía de un individuo no puede ser disminuida para incrementar la de otros. Esto se manifiesta en el hecho de que las instituciones jurídicas –como las normas penales, que establecen responsabilidades y obligaciones supeditadas al consentimiento de los afectados– deben justificarse sobre la base de la promoción de la autonomía.

La concepción que queda desplazada por este tercer principio de la concepción liberal de la sociedad puede denominarse *determinismo normativo*. No se trata de la mera hipótesis descriptiva del determinismo que sostiene, sobre la base de consideraciones metafísicas, empíricas o regulativas, que todo acontecimiento –incluyendo las acciones humanas voluntarias– está causado por factores de diversa índole; esos factores, en el caso de las acciones, pueden ser (según las variedades de determinismo) biológicos, psicológicos, socioeconómicos, etcétera. Se trata de una posición que pretende inferir de este determinismo descriptivo la consecuencia de que, por lo tanto, las acciones humanas voluntarias no *deben* ser tomadas como antecedentes de obligaciones, responsabilidades, derechos, etcétera. Ésta es una proposición *normativa*, que, como tal, no puede derivarse simplemente de la tesis descriptiva del determinismo sin incurrir en una derivación ilegítima de juicios del "deber ser" a partir de juicios del "ser".

La derivación sólo puede hacerse sobre la base de alguna premisa mayor, también de índole normativa; pero, como he alegado en otros lugares[167], no se ve cuál podría ser esa premisa normativa y cómo ella podría fundamentarse, tanto más cuando la conclusión que se derivaría de ella, en oposición al principio de dignidad de la persona, conduciría, una vez generalizada, a una concepción ininteligible de la sociedad. En efecto, la negación del principio de dignidad de la persona lleva, no solamente a rechazar la responsabilidad penal (que a mi juicio[168] está fundada en el consentimiento), sino también la validez de cualquier contrato y de instituciones que están fundadas en el consentimiento o en las decisiones voluntarias de la gente –como el matrimonio o la representación política democrática–.

Por cierto que la adopción del principio de dignidad de la persona, en contra de la pretensión del determinismo normativo, debe enfrentar el desafío de fundamentar –o rechazar totalmente– las excepciones en que el consentimiento es considerado inválido por vicios de la voluntad (no es posible alegar simplemente que ellas están ba-

[167] Nino, *Ética y derechos humanos*; ver también *Introducción a la filosofía de la acción humana*.

[168] Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. III.

sadas en el hecho de que la voluntad del agente está afectada, en el sentido de que está causada por factores externos, puesto que, si el determinismo descriptivo es verdadero, esto se da en todos los casos, y, sin embargo, se alega que la tesis del determinismo normativo no necesariamente se sigue). A mi juicio[169], las excusas y vicios de la voluntad son compatibles con el principio de dignidad de la persona si tomamos en cuenta para admitirlas no el hecho de que la voluntad del agente esté causada, sino que lo esté por factores que operan *desigualmente* sobre los agentes afectados, en comparación con el resto del grupo social relevante. Si la inmadurez o la perturbación mental, el error o la compulsión afectara en forma relativamente igual a todos los miembros del grupo social relevante, sería absurdo que ellos admitieran esas circunstancias para invalidar los contratos, los matrimonios o para excluir las penas por los delitos ejecutados en el seno de ese grupo. Como la exigencia de igualdad surge del principio ya expuesto de inviolabilidad de la persona, esto muestra que no solamente hay una relación de limitación sucesiva de cada uno de estos principios respecto de los anteriores, sino que estos últimos sirven también para fijar el alcance de los que le siguen.

El determinismo normativo es una posición más filosófica que política, y, por lo tanto, no ha tenido un reflejo directo en posiciones que han incidido en la evolución de nuestra práctica constitucional. Sin embargo, es implícitamente adoptado por posiciones elitistas de izquierda –que se apoyan en implicaciones deterministas del marxismo– y de derecha, descalificando las expresiones de la soberanía popular. Tal descalificación se fundamenta o en la presencia de una "falsa conciencia", provocada por la inserción en las relaciones de producción, o en la "ignorancia de las masas". También el determinismo normativo se expresa en posiciones que se adoptan en relación a materias con menor alcance político, como son la disolución matrimonial, las causales de invalidez de los contratos y la legitimidad de la responsabilidad penal.

Por cierto que el sistema de derechos establecidos por nuestra Constitución, especialmente en los arts. 14, 17 y 18, sería imposible sin el reconocimiento del principio de dignidad de la persona. El valor del consentimiento como antecedente permisible de obligaciones y responsabilidades está presupuesto en la libertad de comerciar, de asociarse, de ejercer una industria, y de acceder a la propiedad privada. También la regla de irretroactividad de la ley penal, consagrada en el último de los artículos mencionados, es expresión de este principio básico de dignidad de la persona, ya que, como se ha

[169] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. VII.

alegado [170], la mejor fundamentación de esa regla está vinculada con la exigencia de que sea posible el conocimiento, y, por ende, el consentimiento, de la imputación de la responsabilidad penal. Pero la más firme expresión del reconocimiento de este principio por parte de nuestra Constitución está dada por la elección democrática de los representantes, establecida por los arts. 37, 81, 105, de la parte orgánica y, de modo general, por los arts. 1°, 5° y 33 de la Const. nacional. Este reconocimiento de la soberanía popular no sería posible, como se dijo, si no se tomaran seriamente en cuenta las decisiones de los individuos como fuente de responsabilidades y obligaciones.

d) Estos tres principios constituyen una base normativa suficiente para derivar un amplio conjunto de derechos humanos. Como se dijo, el principio de autonomía establece los bienes que son contenido de esos derechos, el principio de inviolabilidad da cuenta de la función de esos derechos de constituir barreras de protección de ciertos intereses individuales frente a reclamos fundados en los intereses de otros individuos o de algún ente colectivo, y el principio de dignidad permite un manejo dinámico de los derechos al permitir que el consentimiento de los individuos sirva de base de responsabilidades y obligaciones que los limita. El conjunto formado por estos tres principios define a una concepción liberal de la sociedad, concepción que descalifica absolutamente las implicaciones del perfeccionismo, del holismo y del determinismo normativo.

Es posible que el rasgo externo del liberalismo, que vimos al comienzo –el de someter a crítica a toda determinación de la autoridad o de la convención–, sea determinante del rechazo de estos componentes totalitarios, ya que la posición opuesta de partir como dâto moral básico de convenciones positivas implica asumir la dignidad como legislador moral del agente colectivo que las produce –la sociedad en su conjunto– y, por lo tanto, asignarle intereses involucrados en esa dignidad; también implica otorgar validez *a priori* a las formas de vida asociadas con tales convenciones sociales positivas; y, por último, implica desconocer como antecedentes de obligaciones y responsabilidades a las decisiones de adoptar pautas incompatibles con tales convenciones positivas.

Como hemos visto, una concepción como la que está definida por los principios mencionados subyace a la Constitución nacional y, especialmente, a su sistema de derechos, y ha sido reiteradamente invocada en momentos cruciales del desarrollo de nuestra práctica

[170] Spolansky, Norberto E., *Imputabilidad y comprensión de la criminalidad*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", 1968, n° 1, p. 95.

institucional, desde los albores mismos de la conformación de la Nación. Sin embargo, en el curso de la evolución de nuestra práctica constitucional también se ha apelado a consideraciones perfeccionistas, holistas, y, en menor medida, deterministas, lo que ha dejado secuelas en precedentes políticos y jurisprudenciales. Dada la incompatibilidad lógica entre el ideario liberal y estos tres componentes de una visión totalitaria de la sociedad, una reconstrucción de la práctica constitucional argentina debe necesariamente optar entre ellos, sin que sean posibles soluciones transaccionales que responden a principios incompatibles. Precisamente, en los apartados siguientes se intentará sugerir cómo debería desarrollarse nuestra práctica constitucional –tanto en la dimensión referida al sistema de derechos individuales como en la relacionada con la estructura institucional– para alcanzar una justificación coherente.

Diferente es el caso con relación a reclamos que se han hecho al liberalismo sobre la base de valores fraternos, igualitarios y democráticos. Como se tratará de mostrar en cada uno de los parágrafos siguientes, el liberalismo no es, en principio, incompatible con tales valores y puede absorber los reclamos fundados en ellos como resultado de la interacción política. Aun es posible sostener que el liberalismo exige, necesariamente, satisfacer tales reclamos, pero, desde el punto de vista de la conformación de la práctica constitucional, sólo es relevante la satisfacción de los reclamos comunitarios, igualitarios y democráticos más básicos, quedando para el proceso político la determinación de reclamos más específicos y controvertibles.

§ 30. ***El desafío de la fraternidad.*** – La concepción liberal de la sociedad, tal vez desde su formulación por Kant, fue objetada por implicar una visión abstracta del hombre, desprendida de las convenciones, tradiciones y relaciones específicas involucradas en una cierta sociedad. En algún sentido, ésta es la crítica de Hegel a Kant, al acusarlo de un formalismo vacuo, del que según él no se podían derivar contenidos morales sustantivos sin recurrir a las *Sittlichkeiten* de una sociedad concreta y determinada.

En estos últimos años –luego de la dominación hegemónica del liberalismo, primero utilitario y luego deontológico–, el ámbito de la filosofía política analítica, sobre todo en el mundo de habla inglesa, se vio sacudido por el embate de una serie de pensadores que retomaron estas críticas, constituyéndose así un movimiento *comunitarista*. Filósofos como MacIntyre, Taylor, Sandel, Walzer[171], reac-

[171] Ver las posiciones de estos autores en Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. IV, y *Liberalismo vs. comunitarismo*, en "Revista del Centro de Estudios Constitucionales".

cionaron contra los esquemas filosófico-políticos como los de Rawls, Nozick y Dworkin, imputando a estos esquemas que, a fuerza de abstracción y de universalidad, están vaciados de contenido, siendo imposible, no obstante las pretensiones de sus autores, extraer de ellos pautas morales sustantivas.

Según los epígonos del pensamiento comunitarista la idea de derechos individuales, universales y generales no puede ser la materia prima básica de una concepción de moralidad social. Por oposición a tal idea, se propone partir de concepciones sobre el bien, de las que derivan ideales de virtud personal, y que están necesariamente vinculadas a las tradiciones y convenciones de una cierta sociedad, la que debe verse cómo el desarrollo de una narrativa. Estas concepciones del bien, fundadas en las peculiaridades de cada sociedad, involucran relaciones particularizadas entre los individuos que no condicen con la idea de imparcialidad, implícita en la concepción liberal de la sociedad.

Pensadores comunitarios como Taylor y Sandel sostienen que detrás del enfoque liberal de moralidad social hay una concepción mítica de la persona que queda identificada con un ser "atomista", que se mantiene él mismo a través del tiempo, independientemente de sus relaciones con otros individuos y con su medio social, y cuya voluntad es libre de las determinaciones del mundo circundante. La integración en una cierta sociedad es, para la concepción liberal según estos autores, algo meramente instrumental y no constitutiva de la identidad personal. Taylor argumenta que esta visión desconoce que los derechos tienen precondiciones que sólo se satisfacen con la integración de cierta sociedad, como el empleo de un lenguaje o las instituciones que son necesarias para materializar ciertas formas de vida –como la existencia de una práctica religiosa–.

También representantes del feminismo han sostenido que la visión liberal de la persona es prejuiciosamente sexista y conduce a un razonamientro ético universalista y abstracto que es ajeno a la aproximación de las mujeres a los problemas morales [172].

Sobre la base de esta plataforma filosófica que involucra un resurgimiento del romanticismo social y político, muchos críticos sociales han dirigido sus miradas a sociedades imbuidas por el espíritu liberal, creyendo encontrar en ellas rasgos importantes de las perversiones a las que él puede conducir. Por ejemplo Bloom [173] ha hecho una crítica perceptiva de algunos aspectos de la sociedad norteamericana, enfatizando la distancia en las relaciones personales, la

[172] Gilligan, Carol, *From a Different Voice*.

[173] Bloom, Allan, *The Closing of the American Mind*.

falta de compromisos profundos, el hecho de que la sociedad provee la posibilidad de elegir entre una inmensa variedad de planes de vida pero no ofrece razones para optar por nada.

Si echamos una mirada a nuestra propia historia de las ideas, detectamos inmediatamente que esta visión comunitaria es extremadamente familiar. En buena medida, el enfrentamiento entre liberales y conservadores, que se superpuso durante un largo período con el antagonismo entre unitarios y federales, giró en torno a la alternativa entre una concepción de moralidad social universalista y una fundada en la tradición y en los vínculos comunitarios. Mientras Gorriti sostenía que "el objeto principal de los gobernantes hispanoamericanos debe ser el desarraigo de las tradiciones de sus pueblos" y Echeverría afirmaba que "nada tiene que hacer la tradición colonial despótica, en que el pueblo era cero, con el principio democrático de la revolución americana. La única tradición americana es la tradición democrática de su origen revolucionario" [174], el federalismo sustentaba una concepción opuesta, que Zorraquín Becú describe así: "representaba un retorno a los antiguos principios que se habían desarrollado lentamente en el ambiente colonial, y que la revolución, en su violenta sacudida, había pretendido desarraigar y en realidad sólo había removido superficialmente" [175]. Entre esos "antiguos principios" estaba, por supuesto, el localismo, el tradicionalismo, incluyendo el respeto por jerarquías sociales, y una visión confesional de la sociedad.

Los caudillos locales que emergieron incontenibles desde 1820 hasta 1850, en especial Juan Manuel de Rosas, supieron interpretar y expresar las exigencias de esa ética comunitaria, en contra de los imperativos de una ética fundada en derechos individuales universales que quería establecer, a veces con voluntarismo utopista, el grupo liberal. Luego de la Organización Nacional, no obstante la consolidación del liberalismo, el anhelo por la vigencia de valores comunitarios, no se extinguió: subsistió y aún subsiste en el espíritu tradicionalista y localista de muchas elites provincianas; emergió con sectores que acompañaron diversos golpes de Estado, desde el de 1930 hasta el de 1976, con la ambición de homogeneizar una sociedad, ya irremisiblemente pluralista, en la observancia de ciertas tradiciones (a esta altura casi míticas) e imperativos religiosos, y de alcanzar formas de representación orgánicas y de organización solidarista.

Aún hay quienes cuestionan, en el país, la vigencia de un esquema de derechos fundados en una visión abstracta del hombre y del

[174] Matsushita, *Romanticismo y política*, p. 62.

[175] Zorraquín Becú, Ricardo, *El federalismo argentino*, p. 135.

ciudadano aislado de su contexto social. Así, por ejemplo, Lamas sostiene: "Como lúcidamente enseña el profesor Soaje Ramos, la crisis por la que atraviesa el hombre, desde una perspectiva moral (que es la perspectiva del bien integral humano), puede definirse como un cierto desenraizamiento de los hombres de los vínculos existenciales que lo unen a una familia, un municipio, una región, un sector profesional, una Nación, y, finalmente, con su Dios y Creador. En el pensamiento moderno y contemporáneo se ha perdido la imagen del hombre concreto y real, reemplazándola por abstracciones ilegítimas, la consecuencia son las generalizaciones ideológicas que tienen una innegable influencia en la organización de la vida social, política y jurídica" [176].

Buena parte de este pensamiento comunitarista que se despliega tanto en el plano filosófico como en el de la práctica política, no es más que la expresión de ideas perfeccionistas, holistas y deterministas, bajo un ropaje menos obviamente totalitario que el de las posiciones que se presentan abiertamente como fundamentalistas, integristas o fascistas. En definitiva, el tomar como materia prima ineludible de la moral las tradiciones de una sociedad, implica concebir al sujeto colectivo que gesta tales tradiciones como la unidad moral básica y verdadero titular de la autonomía moral –con lo que se incurre en un enfoque holista–, supone endosar incondicionalmente las formas de vida embebidas en esas tradiciones sin distinguirlas de las pautas de conducta intersubjetiva –con lo que se avala una concepción perfeccionista–, e involucra restringir el papel de la voluntad de los individuos por su condicionamiento por tales tradiciones. La crítica crucial que merece esta propuesta de ética comunitarista es que es autocontradictoria, puesto que, no obstante su invocación de las tradiciones y convenciones sociales, no toma en cuenta una práctica social profundamente arraigada en las comunidades signadas por el hecho del pluralismo y por el espíritu de la modernidad: la mencionada práctica de la discusión moral que, como dije, es un aspecto central de nuestra práctica constitucional. Como vimos, esa práctica tiene los siguientes presupuestos, que descalifican los de la ética comunitaria: *a*) de que toda convención o autoridad está sujeta a crítica; *b*) de la imparcialidad como criterio de validación de principios universales, generales, públicos, supervinientes y finales [177]; *c*) de la autonomía moral y por ende personal; *d*) de la individualidad y separabilidad de las personas, y *e*) de la validez de las decisiones.

Uno de los puntos fuertes del comunitarismo –el cuestionamien-

[176] Lamas, *La concordia política*, p. 172.

[177] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. III.

to como absolutamente irreal de la concepción liberal kantiana de la persona– se desvanece apenas tomamos en cuenta la siguiente circunstancia: esa concepción no pretende negar que los seres humanos constituyen su personalidad en su contexto social cuyas tradiciones y convenciones involucran una cierta forma de vida; que están interrelacionados por una serie de lazos de diferente índole, y que su voluntad está condicionada por factores del más variado tipo; lo que esa concepción pretende es reflejar los presupuestos *normativos* del discurso moral que acabamos de mencionar, y que no se falsifican con una apelación a la realidad.

Los mismos comunitarios, en defensa de su posición, no tienen más remedio que participar en una discusión con estos presupuestos, y por lo tanto incurren en inconsistencias pragmáticas. Una ética comunitaria sólo puede triunfar si, mediante el aislamiento y la superación a sangre y fuego del hecho del pluralismo –como ocurre en ámbitos donde tiene vigencia un fundamentalismo integrista–, se suprime el discurso de la modernidad y se lo reemplaza por formas preiluministas del discurso, basadas en la autoridad divina o convencional.

Pero por cierto que el resurgimiento reciente del comunitarismo no puede solamente explicarse por el atractivo que, de tanto en tanto, ejercen sobre las mentes las visiones totalitarias de la sociedad. Hay aspectos sumamente importantes del comunitarismo que apelan a ideas válidas y cuya compatibilidad con el liberalismo debería analizarse seriamente. Estas ideas están vinculadas al valor de la *fraternidad* que, no obstante haber sido levantado por la Revolución Francesa al mismo nivel de la libertad y la igualdad, fue luego relegado por el liberalismo. Es un dato suficientemente estudiado por la psicología social que el ser humano necesita la contención, que está representada por su pertenencia a diferentes grupos primarios. Esos grupos constituyen, a la vez, fuentes de apoyo afectivo, instrumento educacional, esquemas de cooperación para encarar mancomunadamente planes de vida que requieren acciones colectivas, y mecanismos de control social mucho más efectivos que las normas emitidas por organizaciones secundarias. Entre esos grupos están, obviamente, las familias, agrupaciones amistosas, comunidades barriales, comunales o regionales, asociaciones privadas de diferente índole, y comunas integrales.

Así, por ejemplo, Kedourie explica el surgimiento de los movimientos nacionalistas con estas palabras: "Cuando se los despoja de su metafísica y de sus *slogans*, que no pueden dar cuenta adecuadamente del delirio que provocan en sus seguidores, se ve claramente cómo tales movimientos satisfacen una necesidad, satisfacen un deseo. Dicho del modo más simple, la necesidad de pertenecer a una

comunidad coherente y estable. Esta necesidad normalmente es satisfecha por la familia, la comunidad vecinal o la comunidad religiosa. En el último siglo y medio tales instituciones han tenido que soportar en todo el mundo lo más recio del cambio social, y no es casualidad que el nacionalismo ha llegado a su apogeo donde y cuando tales instituciones tenían pequeña resistencia y se encontraban mal preparadas para resistir los importantes ataques a que estaban expuestas" [178]. También es cierto que la perdurabilidad de tradiciones y convenciones sociales es necesaria para la coordinación de muchas acciones colectivas y para la obtención de efectos utilitarios que se frustran cuando se actúa exclusivamente sobre la base de un razonamiento estratétigo e instrumental [179].

Es, por último, verdad, que en muchas ocasiones los intentos de resolver problemas de moralidad social sobre la base de la asunción de un punto de vista abstracto y general tienen falencias en términos de imparcialidad, puesto que fallan en la representación de perspectivas e intereses que dependen de formas de vida muy alejadas del que juzga. Como dice Rawls, una de las "cargas de la razón" que hay que asumir en la discusión de principios de moralidad social es la indeterminación provocada por diferentes experiencias vinculadas a distintos contextos sociales; en sus palabras: "En cierta medida (no podemos decir hasta qué punto) la forma en que nosotros apreciamos la prueba y sopesamos valores morales y políticos está prefigurada por nuestra experiencia total, nuestro curso completo de vida hasta el momento, y nuestras experiencias totales seguramente difieren. Por lo tanto, en una sociedad moderna, con sus numerosos oficios y posiciones, sus variadas divisiones del trabajo, sus muchos grupos sociales y frecuentemente su variedad étnica, la experiencia total de los ciudadanos es suficientemente dispar para que sus juicios diverjan, al menos hasta cierto grado, en muchos si no en la mayoría de los casos de alguna complejidad significativa" [180].

La falta de contención de grupos sociales primarios, de coordinación sobre la base de normas tradicionales y de consideración imparcial de diversas experiencias contextuales ha sido advertida por muchos críticos de las sociedades organizadas sobre la base de principios liberales. Las consecuencias de estas faltas de fraternidad son, según estos críticos, la generalización de un sentimiento de aislamiento y alienación, que conduce a fenómenos como el de la criminalidad, la drogadicción, el suicidio; conflictos provocados por falta de expectativas de cooperación solidaria; la dominación, sobre

[178] Kedourie, *Nacionalismo*, p. 78.

[179] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. II.

[180] Rawls, *Justice as Fairness: A Guided Tour*, por publicarse.

todo económica, de ciertos grupos que acceden más fácilmente a los núcleos centralizados donde se toman decisiones.

Detrás de los sentimientos federales, sobre todo de los arraigados en el interior del país, que signaron buena parte de nuestro desarrollo institucional, y aún hoy perviven en forma más atenuada, hay reclamos atendibles, algunos de los cuales tienen que ver con el déficit democrático que luego analizaremos, mientras otros están asociados con las falencias de fraternidad recién expuestas de las sociedades organizadas sobre la base de principios liberales, principalmente las que tienen que ver con la desvirtuación de la imparcialidad.

Los hombres de la campaña o de pequeños pueblos y ciudades del interior son más sensibles que los de las grandes metrópolis a las consecuencias que pueden producir el desmembramiento de los grupos primarios y el desprecio por las pautas tradicionales. Pero más que nada esos sentimientos federales expresaron y expresan la desazón por la desatención de los intereses de los habitantes de las provincias, en parte provocado por la falta de experiencias compartidas con quienes toman las decisiones desde Buenos Aires.

La centralización del poder en el Gobierno nacional que durante las administraciones unitarias fue de derecho y desde la Organización Nacional se fue produciendo progresivamente de hecho, estuvo indisolublemente asociada –a diferencia de lo que ocurrió con otros procesos de centralización como el norteamericano– con la concentración económica y social en la zona del Río de la Plata, provocada, en parte, por una consideración parcial de los intereses del interior (por cierto que esto también es consecuencia del déficit democrático, en perjuicio del interior, que el movimiento federalista ha, asimismo, señalado).

Sin embargo, en la medida en que estos reclamos de origen fraternal sean aislados de concepciones holistas, perfeccionistas y deterministas ellos pueden ser compatibilizados con la vigencia de los principios liberales. Conviene tomar en cuenta que muchas de las falencias que los críticos sociales advierten en sociedades organizadas de acuerdo al ideario liberal están vinculadas no con la vigencia de los principios antes mencionados sino con la generalización de una economía de mercado. Como veremos en el parágrafo siguiente, si bien aquellos principios del liberalismo requieren un mínimo de propiedad privada y de intercambios contractuales, queda abierta la cuestión de cuál es el alcance de la economía de mercado que es requerida o es compatible con el liberalismo.

Hay otras perturbaciones sociales que tampoco parecen seguirse de instituciones liberales, sino de prácticas y arreglos sociales distintivos de las sociedades donde el liberalismo ha prosperado en primer lugar (cómo la alta movilidad territorial, la separación temprana de

los hijos de la familia paterna, los colegios y universidades residenciales, el estilo de vida suburbana, etc., que se dan principalmente en las sociedades anglosajonas). No obstante que el liberalismo implica una *posibilidad* permanente de revisión de todo plan de vida, relación personal y convención social no necesariamente supone que voluntariamente se adopten actitudes de aislamiento y de separación personal.

Sobre todo el liberalismo es plenamente compatible con la formación de agrupaciones y asociaciones voluntarias –las antiguas fraternidades– para compartir diferentes aspectos de planes de vida o planes de vida completos. Como dice Nozick [181], una sociedad liberal es un "marco para la utopía", en el sentido de que provee una infraestructura neutral para que los individuos se embarquen voluntariamente en empresas cooperativas tendientes a materializar cualquier tipo de ensayo comunitario, aun el más utópico. Rawls [182] expresa la misma idea sosteniendo que una sociedad liberal debe ser una "unión social de uniones sociales". Estas agrupaciones pueden tener cualquier grado de completitud, hasta llegar a absorber todos los aspectos de la vida de los individuos, como los kibutzim israelíes o las comunas religiosas existentes en Estados Unidos.

La única exigencia para que las asociaciones y agrupaciones fraternales sean compatibles con la sociedad liberal es que el ingreso y el egreso sean voluntarios. De ahí la necesidad de garantizar instituciones como el divorcio vincular frente a asociaciones como la matrimonial. Es una cuestión discutible si es admisible, en el marco de una concepción liberal, que alguien se comprometa voluntariamente a no egresar voluntariamente de una asociación. Como en el caso de la autolimitación de la soberanía del Parlamento [183], aquí hay que optar entre garantizar la máxima autonomía en un instante –lo que conduciría a no restringir la decisión de limitar la propia autonomía– o la de expandir la autonomía a través del tiempo –lo que llevaría a rechazar el precompromiso de no egresar de una asociación fraternal–.

El problema más difícil que plantean las fraternidades, sobre todo las de índole total, en el marco de una concepción liberal de la sociedad es el de la educación de los niños. En efecto, la autonomía en general y la libertad de egreso en especial de los miembros de estas fraternidades sería absolutamente ficticia si se permitiera que los niños fueran completamente socializados en el seno de tales agrupaciones sin la necesaria exposición a planes de vida alternati-

[181] Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, cap. X.

[182] Rawls, *A Theory of Justice*, cap. IX, ap. 79.

[183] Ver este enfoque de la paradoja en Hart, *El concepto de derecho*, cap. IV.

vos. Una sociedad organizada según los principios del liberalismo requiere, como se dijo, que todos tengan acceso a una educación liberal, centrada en la provisión de herramientas intelectuales para el ejercicio de la autonomía y para la observancia crítica de pautas morales intersubjetivas, una vez que se llegue a la edad de la razón. Esto requiere probablemente una enseñanza pública y obligatoria a la que todos tengan igual acceso.

Esta compatibilidad entre la constitución de fraternidades y los principios del liberalismo se da también en el ámbito público. No parece haber tensión alguna entre tales principios y una descentralización institucional, aun radical, que permita a los ciudadanos contar con ámbitos inmediatos de decisión de las cuestiones intersubjetivas que los afectan. Al contrario, tal descentralización institucional en barrios, municipios y regiones puede estar exigida, como se sugirió antes, por el imperativo liberal de imparcialidad, ya que la concentración de las decisiones en núcleos que dominan ámbitos vastos y generales puede distorsionar la apreciación de los intereses involucrados.

En la medida en que el liberalismo defendido en nuestro país ha presentado un déficit vinculado con aspiraciones federales que se concretan en anhelos de descentralización, ese déficit puede ser superado, al par que se promueva también la formación de todo tipo de fraternidades e instituciones intermedias que faciliten la materialización de los planes de vida de los individuos.

§ 31. *El desafío de la igualdad.* – El liberalismo ha sido frecuentemente acusado de no prestar suficiente atención al valor de la igualdad. Y esta acusación no está sólo dirigida a la modalidad de conservadurismo que en nuestro país se ha dado en llamar, provocando serios equívocos, "liberalismo", sino que también abarca al genuino liberalismo, definido por los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona que vimos antes. Se sostiene que frente a la tensión entre los valores de libertad e igualdad, el liberalismo otorga decididamente prelación al primero. Se argumenta que la idea de autonomía individual es antagónica con exigencias de apoyo solidario a los más necesitados, lo que muchas veces implica interferir con elecciones de los individuos, aun de los favorecidos por esa interferencia. Se dice, por último, que si bien el liberalismo no puede reducirse a la defensa del mercado económico –como muchas veces ha ocurrido en nuestro país– lo cierto es que ese mercado económico y la propiedad privada deben ocupar un lugar central en el esquema de instituciones liberales que promuevan la autonomía individual, y es un hecho obvio que el mercado y la propiedad privada irrestricta consolidan e incluso expanden las desigualdades iniciales.

Estos argumentos han sido muchas veces aducidos en nuestro país en contra de la concepción liberal de la sociedad, como se advierte claramente en la Convención Constituyente de 1949, en los argumentos conducentes al reconocimiento de derechos sociales y de la función social de la propiedad. Son multitud los pensadores que han alegado que el "liberalismo decimonónico" desatiende absolutamente las necesidades de los miembros mas débiles de la sociedad con su visión de los individuos como átomos que llegan a arreglos contractuales sobre la base de sus propios medios. Todo ello ha sido confirmado por quienes en nuestro país, sea en forma honesta o hipócrita, han defendido al liberalismo: ellos se han opuesto a cualquier restricción a la propiedad, aun por vía impositiva, cuando se excedían ciertos límites, a la regulación del trabajo en protección al obrero, a los esquemas de asistencia y seguridad social, y, en general, a la intervención pública en la economía, aun cuando ello se hiciera en defensa de los sectores más débiles.

En la adopción de tales posiciones, el liberalismo argentino se apartó de la experiencia europea, que parece sugerir que fueron esos aspectos de la organización económica, y las presiones sumamente fuertes de los sindicatos y de los partidos de inspiración social, lo que permitió expandir las posibilidades de consumo de los sectores menos favorecidos, fortaleciendo el desarrollo del mercado capitalista y falsificando, paradójicamente, la profecía marxista de que se produciría un derrumbe del capitalismo por la concentración de la riqueza y la consiguiente limitación del consumo que ello implica.

Pero lo que importa para nuestros fines es que esta posición de quienes, sobre todo durante este siglo, defendieron y defienden el ideario liberal en nuestro suelo, fortaleció la defensa de ideales antiliberales, cuya relativa popularidad en nuestro medio se alimenta sobre todo de este déficit liberal. De este modo, la bandera de la igualdad y de la justicia social sirve de paño que encubre enfoques holistas y perfeccionistas de la sociedad.

Las críticas al liberalismo por su déficit igualitario se extienden por cierto a la Constitución vigente. Se sostiene que el ideal de igualdad expresado sobre todo en los arts. 15, 16 y 20 es meramente "formal", ya que sólo garantiza la equiparación en las condiciones normativas para el ejercicio de la autonomía –la igualdad de oportunidades–, mientras que se convalida cualquier desigualdad que surja de las circunstancias fácticas a que se llega mediante el goce de la propiedad privada, ampliamente protegida por el art. 17, y el ejercicio de la libertad de comerciar y de ejercer cualquier industria lícita, amparadas por el art. 14. Por supuesto que la condena a esta estructura constitucional se extiende a toda nuestra práctica, desde la defensa de Moreno del mercado libre hasta la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema sobre el carácter confiscatorio de ciertos im-

puestos, pasando por la posición de Alberdi[184]. Es cierto, admiten los críticos, que el liberalismo de la Constitución se atenuó un tanto con las reformas de 1957, que pretendieron absorber los aspectos rescatables de la anulada Constitución de 1949; pero esa atenuación queda prácticamente neutralizada gracias a la interpretación jurisprudencial y doctrinaria que hace de la mayor parte del contenido de esa reforma cláusulas meramente programáticas, sin fuerza dispositiva.

Sin embargo, el hecho de que haya pensadores liberales fuertemente igualitarios, como los mismos Kant y Mill, y contemporáneos como Rawls y Dworkin, hace pensar si la supuesta tensión entre autonomía personal e igualdad es genuina. De hecho, la sospecha de que no lo es surge apenas ponderamos que los dos valores mencionados tienen estructuras diferentes. La libertad no es un valor relativo; yo soy más o menos libre con independencia de cuán libres sean los otros, aunque puede haber, por supuesto, interdependencias causales y no conceptuales entre mi libertad y la que otros gozan. En cambio, la igualdad es siempre relativa y comparativa: yo tengo una posición más o menos igual que ciertas otras personas. Esto está relacionado con el hecho de que la libertad es un valor sustantivo, cuya extensión no depende de cómo él está distribuido entre diversos individuos, ni incluye *a priori* un criterio de distribución. En cambio, la igualdad es en sí misma un valor adjetivo que alude a la distribución del goce de algún otro valor. La igualdad no es valiosa si no se predica de alguna situación o propiedad que es en sí misma valiosa (no es obviamente valioso ser igual, por ejemplo, en estatura o en las condiciones de esclavitud).

Esto sugiere una posibilidad de combinación de ambos valores: se podría sostener que, dado que la libertad requiere de un criterio de distribución, ya que su valor depende de quiénes y en qué condiciones gozan de ella, y que la igualdad exige la definición de un valor cuya distribución ella regula, lo que debe promoverse es *una distribución igualitaria de la libertad o autonomía personal*. Pero ¿por qué debería aceptarse esta combinación en lugar de aceptar algún otro criterio distributivo de la autonomía (p.ej., el que maximice su cantidad total) o abogar por una igualización en relación a otros valores, como la satisfacción de las necesidades?

La respuesta a esta pregunta puede estar dada por el examen de las situaciones de violación de los derechos individuales que el liberalismo avala. El liberalismo defiende derechos como el derecho a la vida, la integridad corporal, de la propiedad, etc., contra actos

[184] Alberdi, Juan B., *El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*.

como una agresión que termina en la muerte de la víctima, la aplicación de torturas, el apoderamiento de bienes, etcétera. La pregunta es ¿por qué no se violan esos mismos derechos cuando se deja que la gente se muera por desnutrición o por falta de atención médica, sufra lesiones corporales, también por falta de atención médica, y carezca de acceso a los bienes y recursos económicos necesarios para elegir y materializar su plan de vida? La réplica a esta pregunta es que, en el primer caso los derechos humanos están siendo *violados* por la persona o funcionario estatal que emprende el ataque o agresión, mientras que, en el segundo caso, no hay tal violación sino que hay una falta de satisfacción de los derechos por la ocurrencia de hechos naturales o, en todo caso, por acciones involuntarias de seres humanos, mientras que todo lo que los individuos y más especialmente los funcionarios públicos hacen es dejar que esa insatisfacción ocurra (lo que es menos grave que provocarlas en primer lugar).

Pero esta última réplica parece descansar en la distinción entre *acciones* y *omisiones*. ¿Por qué no decir que el funcionario que no ha provisto los fondos necesarios para que los enfermos hospitalizados tengan atención médica adecuada, y, eventualmente, los ciudadanos que no han contribuido con los impuestos necesarios, han matado o lesionado por omisión?

La relevancia moral de la distinción entre acciones y omisiones ha sido largamente controvertida por los filósofos. Muchas supuestas diferencias que justificarían la distinción han sido cuestionadas (como el hecho de que la acción muestra una mayor degradación del carácter del agente que la omisión, o que las acciones son deliberadas, o que las acciones provocan más escándalo y peores ejemplos que las omisiones), sobre la base de que o bien se dan casos en que esas diferencias no se presentan o no son, al fin y al cabo, significativas. Sin embargo, he sostenido en otro lugar que los ejemplos que se dan en la discusión sobre la diferencia moral entre acciones y omisiones exhiben una distinción relevante entre unas y otras, ya que en esos casos la omisión no *causa* el mismo resultado disvalioso que está causado por la acción del ejemplo paralelo. El ministro de salud pública que no asigna fondos suficientes a los hospitales pone una condición necesaria de la muerte de los pacientes, pero no causa esa muerte como la causaría si ametrallara a los pacientes (su intervención es similar a quien fabrica o vende la ametralladora en el segundo ejemplo).

Sin embargo, caben las preguntas de por qué las omisiones en éstos y otros ejemplos similares no causan los resultados violatorios de los derechos individuales, y, consecuentemente, de cuál es la relevancia moral de que ellas no sean causas sino meras condiciones de tales resultados. Es obvio que no es por el mero hecho de ser omi-

siones, ya que hay otros ejemplos en los que las omisiones son causas de resultados disvaliosos (la madre que no amamanta a su bebé sí causa su muerte). La razón parece ser que la adscripción de efectos causales a las conductas, sobre todo a las omisivas, depende de pautas normativas que establecen el deber de actuar positivamente (esto es lo que diferencia la abstención de la madre de la de una vecina que también podría haber amamantado al bebé pero no tenía la obligación de hacerlo y, por lo tanto, no ha causado su muerte).

Si esto es así, el razonamiento habitual está equivocado: no es que tengamos el deber de actuar o dejar de actuar cuando el no hacerlo o hacerlo cause un resultado violatorio de un cierto derecho, sino que, a la inversa, causamos un resultado violatorio de un derecho cuando tenemos el deber de actuar o dejar de actuar de modo de impedir ese resultado.

Cuando se concluye que un derecho como el derecho a la vida no se viola por la omisión de proveerle a la gente de alimentos o medicamentos, se asume, entonces, que no hay un deber de proveer tales recursos. ¿De dónde surge ese deber? Dado que la conclusión de que no es lo mismo abstenerse de proveer medicamentos que ametrallar a alguien es una conclusión que hacemos intuitivamente, como parte de la *moral positiva* de nuestras sociedades, el presupuesto de que no hay un deber de proveer de medicamentos o alimentos a los necesitados corresponde a una pauta de esa misma moral positiva. Esa pauta incide en el principio de inviolabilidad de la persona, puesto que implica concluir que no se sacrifica a alguien, aumentando la autonomía de otros, cuando no se les provee de recursos para satisfacer sus necesidads dado que esta abstención no es causa de que la autonomía de los primeros individuos se vea disminuida.

Pero ¿como puede justificarse esta pauta de la moral social que limita los deberes de acción positiva a muy pocos casos? Como vimos, el liberalismo asume que cualquier práctica o convención social está sujeta a crítica; por lo tanto, no por el hecho de que esta pauta sea parte de la moral positiva de una sociedad, ella debe ser aceptada. Se podría decir que esta pauta protege el mismo valor de autonomía, ya que impide que la elección y materialización de planes de vida por parte de los individuos se vea restringida por interferencias dirigidas a satisfacer las necesidades de otros. Pero esta respuesta es una *petitio principii*, ya que ella supone, sobre la base de la misma pauta, que la autonomía de los individuos cuyas necesidades no son satisfechas no se ve afectada por omisión. En realidad parece que esa pauta limitativa de los deberes positivos no puede ser justificada en modo alguno[185] y que el "liberalismo conservador" que se apoya en

[185] Nino, Carlos S., *Liberalismo conservador: ¿Liberal o conservador?*, en "Revista de Ciencia Política", 1980, vol. XII, nº 1-2.

ella para justificar una concepción muy "flaca" de los derechos humanos, según la cual ellos sólo se violan por actos positivos –con la consiguiente visión abstencionista del Estado– *es más conservadora que liberal*: ella parte de la base de la aceptación acrítica de pautas de la moral positiva, contraviniendo la exigencia liberal de someter a examen toda convención social.

Sin embargo, no es fácil articular una posición liberal que abandone la pauta de la moral positiva que restringe los deberes de comportamiento activo hacia los demás. Si se deja de lado esa pauta cualquier acción u omisión puede ser condición necesaria de resultados violatorios de derechos, con lo que todo lo que hagamos o dejemos de hacer puede infringir el principio de inviolabilidad de la persona, al representar una reducción de la autonomía de alguien, seguramente en beneficio de la de otros. Si este principio se ve infringido en prácticamente todos los casos, no sirve para limitar el principio de autonomía personal, por lo que habría que contar sólo con este principio como base de una concepción filosófico-política (el principio de dignidad de la persona también se desvanecería, puesto que su función es la de limitar el principio de inviolabilidad). Pero, como vimos, el principio de autonomía de la persona, si es tomado aisladamente, constituye un principio agregativo que no respeta la separabilidad e independencia de las personas. Esto conduce a un enfoque holístico, como el del utilitarismo (por algo es que los defensores de la asimilación entre acciones y omisiones, como Glover, Singer, Harris y Shue[186] adoptan, en general, una ética utilitarista).

Creo, sin embargo, que esta disyuntiva entre el conservadurismo y el utilitarismo puede ser evitada si reformulamos el principio de inviolabilidad de las personas, de modo de captar adecuadamente la idea de separabilidad que subyace a él. Parece que la única reformulación plausible es una que refleje el carácter relativo de la idea de igualdad. He propuesto en otro lugar[187] una segunda versión del principio de inviolabilidad que proscriba, no cualquier restricción a la autonomía de una persona sino una restricción que reduzca la autonomía de la persona afectada a niveles inferiores a la de la autonomía que otros gozan. De este modo, resultan admisibles restricciones a la autonomía de algunos que redunden en un incremento de la autonomía de gente menos autónoma que aquella cuya autonomía se reduce. Este principio, así reformulado, implica la prescripción contenida en el principio de diferencia de Rawls, de aumentar siempre la autonomía de los menos autónomos. Ello

[186] Nino, *Etica y derechos humanos*, cap. VIII.

[187] Nino, *Etica y derechos humanos*, cap. VIII.

no supone imponer una estricta igualdad entre los individuos: las diferencias en autonomía pueden estar justificadas si la mayor autonomía de algunos sirve para incrementar la autonomía de los menos autónomos o no produce ningún efecto en esta última autonomía. Esta es, en todo caso, una idea de igualdad no como equiparación sino como no explotación: la mayor autonomía que resulta ilegítima es la obtenida a costa de una menor autonomía de otros.

Esta formulación del principio de inviolabilidad de la persona impide caer tanto en el conservadurismo como en el utilitarismo, ya que fundamenta derechos positivos amplios, más allá de lo admitido por la moral positiva, pero no cualquier acción u omisión infringe el principio de inviolabilidad, con lo que éste deja de limitar el carácter agregativo del principio de autonomía, sino sólo aquellas acciones u omisiones que reducen la autonomía de los menos autónomos, cualquiera sea su efecto sobre la suma total de autonomía disponible en la sociedad.

No obstante que esta presentación permite combinar los valores de libertad e igualdad, valorándose una distribución igualitaria de la autonomía, las tensiones entre esos dos valores no desaparecen del todo. Puede llegar un punto en que un exceso de deberes positivos para promover la autonomía de los menos autónomos quite a los individuos toda posibilidad de desarrollar autónomamente un plan de vida.

Esto refleja una tensión inherente en la concepción liberal de moralidad social, percibida por los comunitaristas que realzan las relaciones particularizadas, entre las exigencias de imparcialidad, autonomía y supremacía de la moral presupuestas en el discurso que conduce a tal concepción. La demanda de imparcialidad lleva a tratar a las necesidades de los demás como las propias o la de nuestros allegados y la de supremacía de la moral impide desplazar a los deberes morales de satisfacer esas necesidades por consideraciones relacionadas con nuestro propio plan de vida; por lo tanto, la autonomía de los individuos puede convertirse en nada. Esto implica una paradoja, puesto que la atención de los propios intereses tiene prelación lógica sobre el altruismo: si todos fueran altruistas, nadie podría serlo ya que todos estarían ayudándose mutuamente a ayudarse mutuamente.

Creo que la única solución a esta tensión reside en tomar en cuenta que hay un límite en la distribución igualitaria de la autonomía, dado por la situación en que lo que se distribuye igualitariamente ya no es autonomía. Aunque ese límite no puede establecerse *a priori* mediante alguna fórmula precisa, es necesario concluir que los deberes positivos para favorecer la autonomía de los menos autónomos –sea directamente o sea a través del Estado– deben pre-

servar algo que sea reconocible como elección y materialización de planes de vida.

De cualquier modo, este liberalismo igualitario es el único que no está sometido a las convenciones sociales y hace lugar para los tres principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona. Éste es un liberalismo que, lejos de ser adversario de los llamados "derechos sociales" –como los derechos a la salud, a una vivienda digna, a un salario justo, a una jubilación adecuada– muestra que ellos son la extensión natural de los derechos individuales. Se adopta una posición inconsistente cuando se reconoce un derecho como el referido a la vida o la integridad corporal, pero no se admite que ellos son violados cuando se omite otorgar los medios necesarios para el goce y ejercicio de esos derechos. Esta posición se opone tanto a quienes sostienen que los derechos individuales, también llamados "negativos" tienen mayor jerarquía que los sociales, o "positivos", como a quienes sostienen que el reconocimiento de estos últimos derechos sociales –a través de, p.ej., el constitucionalismo social– supone una superación del liberalismo tradicional, lo que, incluso, implica una restricción de los derechos individuales que éste se limitaría a defender. De este modo, los derechos consagrados en el art. 14 *bis* de nuestra Constitución están implicados lógicamente por los principios que fundamentan los derechos consagrados en el art. 14.

El liberalismo igualitario no se compromete, en principio, con ningún sistema económico, sino que la elección entre las varias alternativas posibles depende, en buena medida, de cuestiones instrumentales sobre cuál de ellos asegura con más probabilidad una distribución igualitaria de la autonomía, dadas las condiciones empíricas de la sociedad en cuestión y ciertas hipótesis generales sobre el comportamiento humano. Sin embargo, hay ciertas opciones que parecen *a priori* excluidas por el sentido común: una colectivización completa de los recursos económicos afecta, obviamente, la autonomía individual. Una convalidación del régimen de propiedad existente en un cierto momento histórico y de las transacciones que se hagan a partir de allí, supone una adopción acrítica del *statu quo*, contraria al espíritu liberal, y el seguro sacrificio de la autonomía de individuos poco autónomos (como los que padecen deficiencias de diferente índole, los que sufren externalidades, etcétera). Pero entre estos extremos hay un amplio abanico de alternativas que deben ser exploradas democráticamente, sobre la base de las consideraciones instrumentales y empíricas que mencioné antes.

Por cierto que no sólo queda para la interacción política el tipo de sistema económico que mejor materializa este liberalismo igualitario, sino los alcances mismos de esta última concepción. La ar-

ticulación de un liberalismo caracterizado por los principios que he mencionado tiene muchas indeterminaciones debidas a situaciones de conflictos de derechos, a la tensión recién indicada entre imparcialidad, autonomía y supremacía de la moral, a la incertidumbre sobre la interdependencia entre la autonomía de diferentes individuos, al empleo de bienes no requeridos para la materialización de planes de vida elegidos –pero cuya disposición garantizaba la libre elección– para la satisfacción mayor de planes de vida de otros individuos.

Todas estas indeterminaciones fundamentan que los alcances del liberalismo igualitario sean objeto de una práctica política democrática más variable y adaptable a diversos contextos que la de estricto carácter constitucional. Sin embargo, si la orientación general de nuestra práctica constitucional adquiriera un decidido carácter liberal igualitario, ella no sólo perfeccionaría su justificabilidad moral sino que, además, al superarse uno de los déficits que ha promovido posturas antiliberales, potenciaría la posibilidad de servir como base de un consenso profundo que contenga los desbordes normativos.

Sin embargo, el lugar de este consenso en el marco de la práctica constitucional depende de la consideración de la relación entre liberalismo y democracia que se hará en el parágrafo siguiente.

§ 32. *El desafío de la democracia.* – Resulta bastante claro que casi todos los déficits que hemos tratado anteriormente están asociados con el déficit democrático, con el que el liberalismo constitucional fue presentado y defendido en la Argentina. El déficit de autonomía personal se produjo principalmente durante gobiernos autoritarios que se rodearon de grupos que sustentaban visiones perfeccionistas y que no podían aspirar a lograr apoyo para esas visiones a través del sistema democrático. El déficit federal implicaba, como vimos, alguna falencia en materia de valores fraternales aceptables, pero básicamente era objetable porque no garantizaba a los habitantes de las provincias igual participación que los de Buenos Aires en las decisiones colectivas. El déficit igualitario fue en buena medida un factor determinante de las injerencias autoritarias, tanto por el hecho de que ellos estuvieron dirigidos a imponer esquemas que involucraban grandes desigualdades sociales y que, por lo tanto, difícilmente podrían contar con apoyos mayoritarios, impulsados por sectores autodenominados "liberales", como por el hecho de que ellos fueron favorecidos por descontentos sociales generados en períodos democráticos. La asociación entre liberalismo y desprecio por la voluntad mayoritaria es, sin duda, el factor que más ha contribuido al socavamiento de un consenso constitucional en torno al ideario liberal.

En verdad, la tensión entre liberalismo y democracia parece evidente y ha sido notada recurrentemente, tanto por filósofos como por políticos prácticos. La cuestión se presenta acerca de la relación entre los derechos individuales y las decisiones democráticas. Existen en principio, las siguientes alternativas acerca de esa relación: *a*) se puede sostener que los derechos individuales limitan siempre las decisiones que se toman a través del proceso democrático; *b*) se puede afirmar, en cambio, que las decisiones mayoritarias prevalecen en todos los casos sobre los derechos individuales, hasta el punto de que los derechos individuales son fijados a través de tales decisiones, y *c*) se puede adoptar una posición ecléctica que conduzca a distinguir entre tipos de derechos, de modo que algunos de ellos condicionen el proceso democrático y otros resulten de ese proceso. La concepción liberal parece identificarse con la primera tesis o a lo sumo con la última, pero nunca con la segunda que parece expresar una concepción populista de la democracia. En este punto hay que recordar que, como dice Dworkin, los derechos precisamente se definen por servir de barrera frente a consideraciones basadas en la agregación de intereses de la mayoría, de donde parece surgir la tesis de la prevalencia de los derechos sobre las decisiones democráticas.

La cuestión es que esta tesis tiene alguna plausibilidad sólo si aceptamos la versión "flaca" de los derechos individuales propia del liberalismo conservador. Si, en cambio, se considera que el liberalismo más coherente es igualitario y abarca derechos que no sólo se violan por actos positivos sino también por omisiones, el campo de los derechos tiene una extensión tal que difícilmente deje espacio moral para las decisiones democráticas. Cuestiones como las que se refieren a la educación, la salud, la vivienda, las relaciones matrimoniales, etc., son objetos de derechos, bajo un enfoque robusto de éstos que concibe a los derechos sociales como implicados por los derechos individuales básicos. Por lo tanto, para esta concepción la democracia, y el gobierno en general en la medida en que éste debe ser democrático, se convierte en un artefacto prácticamente irrelevante desde el punto de vista moral.

Los únicos temas que podrían ser decididos democráticamente son cuestiones no dominadas por derechos, y, en la medida en que tales derechos ocupan un papel prevalente en la moral pública, son cuestiones no morales. Casi las únicas cuestiones relevantes que deberían ser decididas a través del proceso democrático son problemas de coordinación –como, típicamente, el ordenamiento del tránsito, en las que es irrelevante moralmente qué decisión se toma con tal de que se tome una cierta decisión–.

Por supuesto que la validez de esta conclusión depende de la justificación de la democracia que se acepte. Se ha intentado com-

patibilizar al liberalismo con una fundamentación de la democracia basada en el consentimiento. En efecto, autores como Locke y documentos liminares de la concepción liberal de la sociedad, como la Declaración de la Independencia norteamericana, han recurrido a la idea de que la democracia es el gobierno basado en el consentimiento de los gobernados para justificar el valor de la democracia en el contexto de una concepción liberal de la sociedad. En verdad, ésta parece ser la fundamentación liberal más plausible de la democracia, ya que, como vimos, las únicas restricciones a la autonomía de las personas que son admisibles bajo un enfoque liberal, sin infringir el principio de inviolabilidad de la persona, son las que por ser contenidas por los pacientes, están amparadas por el principio de dignidad de la persona. Dado que un gobierno conlleva el riesgo de producir tales restricciones a la autonomía personal que no siempre promueven la autonomía de los menos autónomos, como lo requiere el principio de inviolabilidad de la persona, la única forma en que el gobierno puede adquirir legitimidad moral es, aparentemente, si sus acciones son consentidas por los potenciales afectados.

El problema es que es muy difícil justificar la democracia sobre la base del consentimiento de los ciudadanos. Es obvio que la democracia no puede incluir una regla de decisión unánime, no tanto porque sería imposible alcanzar decisiones bajo esa regla, sino sobre todo porque esa regla daría un poder de veto a la minoría que está a favor del *statu quo*. Bajo la regla de la mayoría simple los únicos que consienten ciertas normas o medidas son los que las votan o votan a quienes las dictan, no la minoría que ha votado en contra de ellas.

Aquí se podría decir que es obviamente valioso que una mayoría se rija por normas y por autoridades que ha elegido. Al menos esto es más valioso que el que sólo una minoría tenga esta ventaja y la mayoría –como en cualquier otra forma de gobierno– sufra la imposición de normas que ha rechazado. Esto se puede fundamentar en cualquiera de dos concepciones diferentes. Una es la fundamentación *utilitarista* de la democracia, que hace radicar el valor de esta forma de gobierno en su capacidad para maximizar o bien la satisfacción de preferencia, o bien el placer o la utilidad. Una variante más sutil de esta fundamentación utilitarista de la democracia es el enfoque *economicista* que ve a la democracia como un mecanismo análogo al mercado económico, en la que los políticos hacen ofertas de mercaderías políticas –diferentes propuestas de medidas y planes– compitiendo por el favor de los consumidores, constituidos por los votantes. Como en el caso del mercado de bienes, bajo ciertas condiciones, el mecanismo democrático debería conducir a un equilibrio de eficiencia –definida, p.ej., en términos de optimalidad pa-

retiana–, ya que debería llegarse a situaciones en que nadie pueda estar mejor sin que algún otro esté peor.

La otra concepción que advierte un valor en que la mayoría se rija por normas que ha aprobado se apoya en la idea de autonomía: dado que ésta está constituida por la posibilidad de regirse por las normas que uno ha elegido, no hay duda que bajo un gobierno democrático hay más gente autónoma, por definición, que bajo cualquier otro tipo de gobierno. Es obvio, como vimos en el § 29, que no todos pueden ser autónomos respecto de normas intersubjetivas, puesto que la libre adopción de algunas de ellas –a diferencia de la de las normas autorreferentes– impide que otros ejerzan también su autonomía. Esto es precisamente lo que justifica la existencia de un gobierno, que imponga ciertas normas intersubjetivas con exclusión de otras. Es de esperar que imponga las normas que precisamente promueven la autonomía, pero si el mismo gobierno es democrático su sola operatoria –con independencia de las decisiones sustantivas que tome– promueve la autonomía de más gente.

Sin embargo, todas estas variantes de la idea de que con el ejercicio de la democracia más gente consiente las normas que han de regir sus actos, adoptan enfoques holísticos que pasan por alto el principio de inviolabilidad de la persona. El imponer un sacrificio a un individuo o el restringir su autonomía haciéndole observar una norma que no ha aprobado no puede justificarse por el hecho de que otros individuos, aun cuando sean más se benefician al regirse por normas que consienten, ejerciendo así su autonomía o satisfaciendo sus preferencias. El hecho de que al tomar una decisión votando por cierta norma o autoridad tenga más o menos gente a mi lado que adopten la misma decisión no me convierte en más o menos respetable moralmente para que mi autonomía sea o no satisfecha o frustrada. Ello ignora la idea de separabilidad e independencia de las personas.

Frente a esta objeción muchos han sostenido que el consentimiento que es moralmente relevante no es de ser regido por una cierta norma o cierta autoridad en particular, sino por cualquier norma o autoridad que surja del procedimiento, que toma en cuenta, precisamente ese consentimiento. Él está expresado no por el acto de votar una determinada autoridad o norma sino por el acto de votar a secas. Sin embargo, el consentimiento necesita alternativas: si se tratara del consentimiento a estar regido por la norma x o la autoridad X debería haber posibilidad de consentir regirse por la norma y o la autoridad Y; si, en cambio, se trata del consentimiento a regirse por cualquier norma o autoridad que surja del procedimiento en el que uno participa, debe haber la alternativa de no votar. Esto implica que el voto debería ser voluntario, lo que haría inaplicable

esta justificación de la democracia a la Argentina, pero no a la mayoría de los países democráticos (lo que parece concordar con la intuición, que luego cuestionaremos, de muchos liberales en el sentido de que el voto debería ser voluntario).

Esta objeción es fácilmente superable, derogando la obligatoriedad del voto, pero el consentimiento requiere otra condición que ya no se puede satisfacer tan sencillamente: el consentimiento a regirse por una norma o autoridad o a estar bajo una carga u obligación no sólo requiere alternativas, sino que exige que si se hubiera elegido alguna de esas alternativas no se estaría bajo la norma, autoridad, carga u obligación. Si haga lo que haga uno está bajo cierta obligación, no se puede sostener que uno lo está porque lo ha consentido realizando el acto *A* (si yo estoy obligado a pagar un cuadro de cualquier modo, no se puede decir que he consentido pagarlo levantando la mano en un remate). En el caso del consentimiento expresado a través de la participación voluntaria en el proceso democrático, él tendría alguna relevancia para justificar el estar regido por la norma o autoridad favorecida por ese proceso si fuera verdad que la no participación en el proceso implicara no estar regido por la norma o autoridad en cuestión. Pero lo cierto es que ello es prácticamente imposible, puesto que cualquiera se eximiría de todas las obligaciones y cargas creadas por normas jurídicas con sólo no participar en el proceso democrático. Ningún sistema en el que rije el voto voluntario ofrece a los que se abstienen el quedar al margen del orden jurídico. (Uno sólo queda al margen del orden jurídico de un país si abandona su territorio; esto ha llevado a muchos a sostener que el consentimiento tácito hacia el orden jurídico y el gobierno que lo dicta está dado por la permanencia en el territorio donde ellos rigen; pero, además de lo cuestionable de esta justificación –dada la falta de factibilidad que, en general, tienen las alternativas a la permanencia–, ésta no es, en todo caso, una justificación de la *democracia*, sino de cualquier gobierno, aun el más autoritario.)

Frente a estas dificultades para fundar el valor de la democracia en el consentimiento de los individuos sujetos a sus decisiones, algunos han pensado que el error está en el *sujeto* del consentimiento o del ejercicio de la autonomía. Así, se propone que ese sujeto debe ser el *pueblo* y que la democracia deba definirse y justificarse en términos de soberanía popular o del gobierno del pueblo (por el pueblo, para el pueblo). Sin embargo, la dificultad reside aquí en el concepto de pueblo que se emplee: si este concepto se refiere a todos los habitantes de un país, a la mayoría de ellos o a un cierto subgrupo de ellos (como los proletarios, los pobres, los arios, sean o no mayoría) se dan los mismos problemas que vimos antes: o el pueblo no se autogobierna realmente o, si lo hace (como ocurre tautológica-

mente con la identificación del pueblo con la mayoría), ello es a costa de restringir la autonomía de algunos individuos, infringiendo el principio de inviolabilidad de la persona.

Las mayoría de las veces no se adopta ninguno de los mencionados conceptos de pueblo, sino uno que lo concibe como un ente colectivo, que no se identifica con ninguna colección de individuos, del que la mayoría es un órgano cuya actuación permite imputarle a ese ente consecuencias normativas, como ocurre con la junta directiva de una persona jurídica. Pero es obvio que esta alternativa muy común en concepciones jacobinas y populistas [188], es llanamente antiliberal: ya no se trata de un mero holismo sino de un holismo colectivista, que admite unidades morales que no son ontológica y éticamente plausibles, infringiendo así el principio de inviolabilidad de la persona cuando se sacrifica la autonomía de individuos en aras de tales supuestas unidades.

El liberalismo ha prácticamente abandonado actualmente la esperanza de fundar el valor de la democracia en el consentimiento de los individuos o del pueblo (sea que éste esté, a su vez, apoyado en el valor de la autonomía o de la utilidad). También le está vedada una justificación de la democracia que ha tentado a algunos liberales como Mill [189]; éstas son las justificaciones *perfeccionistas* de la democracia, que fundan su valor en el hecho de que el sistema democrático de gobierno fortalece virtudes de carácter y satisface ideales de excelencia humana: según posiciones que apoyan un "republicanismo cívico" [190], la democracia promueve el interés ciudadano por la cosa pública, genera actitudes de solidaridad, fomenta disposiciones igualitarias, fortalece el autorrespeto y la afirmación de la individualidad de los ciudadanos. Hasta cierto punto, estas virtudes que hacen a la internalización de pautas intersubjetivas plausibles deben efectivamente ser promovidas, y son a la vez causa y efecto de la vigencia de un sistema democrático. Pero, si en lugar de promovérselas en la medida necesaria para el buen funcionamiento de ese sistema se procede al revés y se justifica el sistema democrático como un medio para promover esas virtudes, que se convierten en un fin en sí mismo, se incurre en un enfoque perfeccionista contrario al principio de autonomía de la persona.

La imposición estatal de virtudes cívicas por su valor intrínseco implica dar prelación a ciertas formas de vida sobre otras, prefiriéndose al ciudadano volcado a la participación política e inmerso en los asuntos públicos, sobre quien prefiere atender su familia, sus co-

[188] Benn, S. J. - Peters, R. S., *Social Principles and the Democratic State*, p. 344.

[189] Mill, John S., *Considerations on Representative Government*.

[190] Ver "The Yale Law Journal", jul. 1988, nº 98.

munidades voluntarias o sus asuntos privados en general. Por más que el ideal de civismo sea considerablemente atractivo, por las razones que vimos en el § 29, no es misión del Estado abrazarlo como válido sino en la medida que sea instrumentalmente necesario para el buen funcionamiento de las instituciones democráticas (esto tiene, obviamente consecuencias para cuestiones como la de la obligatoriedad del voto). Por lo tanto, esta justificación perfeccionista de la democracia es inasequible para la concepción liberal de la sociedad.

En realidad, la fundamentación de la democracia más popular entre los liberales durante las últimas décadas es la que se ha dado en llamar *pluralista* o *elitista*. Algunos autores, sobre todo Dahl[191], remontan esta visión de la democracia a "El Federalista", sobre todo a los artículos de Madison. Ella consiste en sostener que el valor de la democracia radica en que ella asegura que ninguna facción, grupo de interés o partido prevalece sobre otros, llegando a dominar perdurablementre todos los resortes del poder. Por el contrario, la democracia –a través de sus mecanismos distintivos como el voto periódico y la división de poderes– garantiza que el poder de las diferentes corporaciones se equilibre, dado que ellas sólo pueden dominar temporariamente algún centro de poder pero no todos, todo el tiempo. La democracia promueve el reemplazo permanente de las elites en el poder, evitando que alguna de ellas asuma poderes tiránicos. Hay ciertas instituciones distintivas de la mayoría de las democracias que potencian este valor: una división profunda de poderes, tanto horizontal –dada, p.ej., por el bicameralismo y el presidencialismo– como vertical –dada por el federalismo–, y la representación en lugar de la democracia directa, y tal vez incluso una economía capitalista, hacen todavía más difícil para los grupos de presión conquistar un poder hegemónico.

La fundamentación pluralista de la democracia atrae sobre todo a los cientistas políticos, por aparentar ser profundamente realista: ¡nada de ingenuidades sobre la igualdad de participación en el sistema democrático!; lo cierto es que en las "democracias reales" la posibilidad efectiva de influencia en las decisiones de los individuos difiere profundamente según su poder económico, su capacidad organizativa, sus posibilidades coactivas, etcétera. El escenario democrático está dominado por grupos de variado poder que tienen más o menos acceso a los medios de comunicación, a los pasillos de la Administración y del Congreso, a las maquinarias electorales. Pero no todo está perdido en el ideal democratista, puesto que lo que está asegurado en tales democracias reales es que ninguna per-

[191] Dahl, Robert, *A Preface to Economic Democracy*, cap. I

sona o grupo puede tiranizar al resto, ya que se mantiene un equilibrio tanto sincrónico como diacrónico entre ellos.

Con este tipo de explicación y justificación de la democracia como trasfondo, algunos investigadores sociales[192] han dirigido su mirada hacia la Argentina para preguntarse por la inestabilidad del sistema democrático en nuestro suelo y han venido con la respuesta de que la estructura socioeconómica es insuficientemente pluralista (en este sentido y no, por cierto, en el enfatizado por Rawls): las diferentes elites económicas habrían establecido vasos comunicantes entre ellas y homogeneizado en cierto sentido sus intereses –sobre todo por la expansión del sector agropecuario a la esfera de la industria y las finanzas–, de modo que la competencia que es necesaria para el funcionamiento de los mecanismos de equilibrio y neutralización se da debilitada desde su base.

Pero antes de entusiasmarnos con las posibles implicaciones explicatorias de este enfoque debemos detenernos a analizar su virtualidad justificatoria. Tan pronto lo hacemos advertimos que ella es muy limitada: a lo sumo, el pluralismo provee un fundamento *negativo* sobre el valor de la democracia. Es una forma de evitar la tiranía. Pero si fuera por esto solo, hay muchas formas no democráticas de impedir una tiranía perdurable. Por ejemplo, tirando a suerte quién se encargará periódicamente del gobierno, o mediante una práctica de recurrente tiranicidio, o llanamente mediante la anarquía. Es obvio, que intuitivamente percibimos en la democracia algunos méritos positivos en comparación con estas alternativas.

Cuando el pluralismo pretende dar cuenta de esos méritos positivos de la democracia en general cae en las justificaciones utilitaristas o economicistas cuyas falencias ya hemos analizado. O bien se destaca que la competencia entre las diferentes elites maximiza la utilidad general, o, si no, que de una manera análoga al mercado llega a equilibrios eficientes en términos paretianos. Pero es obvio que esto no garantiza una situación de igualdad –aun concebida no como equiparación sino como no explotación– de todos los individuos. La autonomía de algunos se verá sacrificada en aras de la de otros, aunque estos últimos sean más o su autonomía se incremente en mayor grado que la reducción de la de los primeros (el principio de optimalidad de Pareto impide que se empeore la situación de alguien pero también impide que se mejore la situación de los menos favorecidos empeorando la situación de los más favorecidos).

[192] Sábato, Jorge E. - Schvarzer, Jorge, *Funcionamiento de la economía y poder político en la Argentina: trabas para la democracia*, en Rouquié, Alain - Schvarzer, Jorge, "¿Cómo renacen las democracias?", p. 175.

Como es evidente, los que más riesgos corren de que su autonomía no sea atendida bajo instituciones democráticas que funcionen según la óptica pluralista son aquellos que tienen menos posibilidades de participar en las competencias entre elites, porque no pertenecen a grupos con poder económico, capacidad organizativa o poder coactivo. De este modo, la concepción pluralista de la democracia es profundamente desigualitaria. Aunque pueda, bajo ciertas condiciones y en relación a determinados contextos, poseer fuerza explicatoria, su capacidad justificatoria es sumamente cuestionable. Luego veremos cómo esto afecta también la identificación de las instituciones y mecanismos distintivos de la democracia, dado el carácter normativo del concepto de democracia.

En los últimos tiempos están ganando popularidad justificaciones *dialógicas* de la democracia, o sea justificaciones que hacen radicar el valor del procedimiento democrático en las virtudes del diálogo o de la discusión implícitos en tales procedimientos. Pero hay muy diferentes variedades de tales justificaciones.

Algunas concepciones, como la de MacPherson [193] que hacen radicar el valor de la democracia en la discusión derivan hacia concepciones perfeccionistas, puesto que enfatizan el hecho de que tal discusión promueve virtudes cívicas de diferente índole. Por cierto que a estos enfoques le son aplicables las objeciones que evoca el perfeccionismo en general.

Pero hay otras concepciones que vinculan el carácter dialógico de la democracia con la calidad moral de las decisiones que se toman a través de ella. Éste es el caso del movimiento neorrepublicanista que se está desarrollando en los Estados Unidos, con voceros como los constitucionalistas Sunstein y Michaelman [194], con el dualismo de Ackerman [195] –que distingue la política de gobierno cotidiana, a la que justifica en forma pluralista de la política constitucional, cuyo valor depende de la movilización y del diálogo– y de algunas implicaciones referidas a la democracia que se pueden extraer de la concepción meta-ética general de los filósofos alemanes Apel y Habermas [196].

Efectivamente, resulta atractiva la posibilidad de dar relevancia

[193] MacPherson, C. B., *La democracia liberal y su época.*

[194] Sunstein, Cass, *Law's Republic*, en "The Yale Law Journal", jul. 1988, nº 8; ver también Michelman, Frank, *Beyond the Republican Revival*, en "The Yale Law Journal", jul. 1988, nº 8.

[195] Ackerman, Bruce, *The Storrs Lectures*, en "The Yale Law Journal", jul., 1988, nº 8.

[196] Habermas, Jürgen, *Ética del discurso. Notas para un programa de fundamentación.*

ética a la democracia, no obstante el reconocimiento de derechos básicos, a través de mostrar, como vimos al comienzo, la relevancia que tiene el diálogo involucrado en la práctica democrática para la Constitución o el conocimiento de pautas morales como, precisamente, las que establecen aquellos derechos básicos. Esta concepción *constructivista* tiene dos variantes[197]. Una que podemos llamar *ontológica* (y que parece estar suscripta por algunas afirmaciones de Habermas) sostiene que las pautas morales intersubjetivas se *constituyen* a través del consenso efectivo que se alcanza en un diálogo real una vez que se observan ciertas restricciones procedimentales. Esta posición es cuestionable, puesto que, o bien las restricciones procedimentales dejan sólo una alternativa como principio admisible para ser objeto de consenso al término de la discusión, y en consecuencia el consenso efectivo se vuelve irrelevante y se puede establecer *a priori* cuál es el principio válido, o de lo contrario dejan abiertas varias alternativas posibles. Pero en este caso es difícil de entender en qué consiste el diálogo, ya que no se puede alegar que un cierto principio, que satisface las restricciones procedimentales, es válido hasta que no se constituya el consenso; por lo que las afirmaciones de los que defienden una cierta propuesta, que luego puede ser objeto de consenso, o son falsas o carecen de sentido.

Más plausible parece, en cambio, un constructivismo "epistemológico", que sostiene, como vimos antes (ver § 29) que la validez de los principios morales intersubjetivos está dada no por el consenso que es resultado de la discusión moral sino por la satisfacción de los presupuestos procedimentales y sustantivos de esa discusión, no obstante lo cual ese consenso tiene un valor epistémico como forma privilegiada de acceso a tal validez de los principios morales. Si pensamos en una discusión moral no regimentada (y no por ahora en la que forma parte de una democracia institucionalizada) el fundamento de su valor epistémico es el siguiente: la participación en la discusión de todos los afectados por las soluciones que se proponen maximiza la probabilidad de que la que resulte aceptada sea la solución válida, en el sentido de que sería aceptable en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes.

Si asumimos como generalización empírica que nadie conoce mejor sus intereses que uno mismo, la aceptación por parte de todos los afectados de un cierto principio es un indicio muy firme de que responde a exigencias de imparcialidad. Por otra parte, también el diálogo maximiza la racionalidad y el conocimiento de los hechos,

[197] Nino, *El constructivismo ético*.

dada su virtualidad para que, en el curso de él, se pongan de manifiesto errores de razonamiento y deficiencias de información.

El constructivismo epistemológico se opone el elitismo epistemológico con que se encara a veces la defensa de los derechos individuales. Se supone la existencia de tales derechos a partir de la reflexión individual de quien ejerce esa defensa, cualquiera sea el resultado de la discusión colectiva. Ese elitismo epistemológico, en el que según creo incurre Rawls [198] –ya que su posición originaria es una construcción heurística para ser usada en la reflexión individual–, tiene un lejano precedente en la posición de Platón frente a la de los sofistas y aun la de Aristóteles. Frente a este elitismo, la objeción obvia es que es muy difícil para una persona el representarse "monológicamente" los intereses de todos los involucrados, de modo que sus propuestas se aproximen a la exigencia de imparcialidad. No sólo se produce una distorsión natural por presión de los propios intereses, sino que hay barreras aparentemente insuperables para representarse las experiencias y el contexto de otros individuos a los efectos de representarse con su debido peso sus intereses.

Pero también el constructivismo tiene que estar en guardia frente al extremo opuesto, representado por el *colectivismo* epistemológico. Ésta es la posición –que creo está representada por el núcleo de las propuestas de Habermas [199]– según la cual la discusión y el consenso colectivo es la forma *exclusiva* de acceder a la validez de los principios morales, puesto que sólo por la interacción comunicativa es posible superar el condicionamiento a que los individuos se ven sometidos en sus juicios morales, sobre todo por distorsiones –como la falsa conciencia– que se deben a su inserción en las relaciones de producción.

Esta posición se hace pasible de la misma objeción que el constructivismo ontológico, puesto que si fuera *a priori* imposible que un individuo tuviera acceso a la validez moral, con independencia del consenso que es resultado de la discusión colectiva, él no tendría derecho epistémico a alegar que una cierta propuesta es válida *a priori* de que la discusión finalice con un cierto consenso, o *a posteriori* de ese consenso cuando la propuesta difiere de él y el individuo exige que se reabra la discusión para que se la tenga en cuenta. Ni aun el participante en la discusión que hace la propuesta que luego termina siendo aceptada por todos podría alegar alguna posibilidad de conocimiento de las exigencias de validez moral hasta que no se haya producido el consenso colectivo.

[198] Nino, *El constructivismo ético*.

[199] Habermas, *Ética del discurso*.

Creo que la única forma de explicar la contribución que cada individuo hace a la discusión moral sin caer en el elitismo epistemológico es mediante esta posición ecléctica: el consenso colectivo es el método más confiable de acceder a la verdad moral por las razones indicadas, pero no es un método excluyente; también mediante la reflexión individual, hay alguna posibilidad, aunque mucho menos probable, de que se alcancen posiciones de imparcialidad mediante suficiente imaginación y simpatía hacia los puntos de vista de todos los involucrados. Esta posición intermedia da cuenta del aporte que cada uno pueda hacer a la discusión moral y no excluye *a priori* sus títulos al conocimiento moral, pero sin embargo le asigna un valor epistémico muy superior al consenso que es resultado de la discusión colectiva, puesto que la aceptación efectiva por todos los interesados de cierto principio, luego de una discusión en la que se pudo poner de manifiesto errores de razonamiento y falencias de información, es la mejor garantía de que ese principio sería aceptado bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes.

Sin embargo, todas estas especulaciones se refieren, como se aclaró, a una discusión moral no regimentada –como la que se puede dar en la vida pública frente a un tema de interés general o entre dos o más personas ante un conflicto privado–. El proceso democrático difiere relevantemente de ese tipo de discusión. La diferencia fundamental está dada cuando es necesario fijar un momento para poner término a la discusión, puesto que el paso del tiempo puede hacer imposible algunas de las soluciones alternativas y hacer triunfar de hecho a la propuesta a favor de mantener el *statuo quo*.

Es esta necesidad la que hace surgir la necesidad ulterior de abandonar la exigencia de consenso unánime de la discusión moral originaria, ya que, de nuevo, insistir en esa exigencia implica dar poder de veto a una minoría favorable al mantenimiento del *statu quo*. La única posibilidad de no dar ese poder de veto a minorías consiste en sustituir la exigencia de consenso unánime por la decisión por parte de la mayoría simple. De este modo, la democracia nace naturalmente de la necesidad de poner término a una discusión en un momento dado (esto lo experimentamos en la vida cotidiana cuando frente a esa necesidad alguien termina proponiendo "votemos").

Pero una vez que reemplazamos el consenso unánime por la mayoría simple, el valor epistémico de la discusión que termina en ese consenso parece desvanecerse. Ya no hay garantía de que la decisión por parte de la mayoría refleje lo que sería aceptable en condiciones de imparcialidad, puesto que, como es obvio, la mayoría puede ser terriblemente parcial en contra de los intereses de una minoría. La mayoría puede decidir, por ejemplo, exterminar o esclavizar a una

minoría, no habiendo, en general, seguridad alguna de que los intereses de las minorías se encuentren debidamente contemplados.

No obstante, creo que las conclusiones precedentes son demasiado radicales, y que hay razones para pensar que el proceso de discusión y decisión democrático tiene algún valor epistémico, por ser más confiable que cualquiera de los métodos de decisión alternativos en cuanto a la aproximación a soluciones imparciales. En primer lugar, este proceso genera una tendencia individual a la imparcialidad. Ello se debe, primero, a la necesidad de *justificar* ante los demás en un debate público las propuestas de decisión que se formulan, lo que –sin implicar obviamente la necesidad de defender sólo posiciones correctas– restringe las propuestas que pueden hacerse en el proceso de discusión y decisión (no es una justificación admisible en una discusión moral, como la que debe estar involucrada en el proceso democrático, sostener que la solución defendida conviene al que hace esa defensa).

También esa tendencia individual a la imparcialidad está generada, luego, por la necesidad que tiene cada proponente en el proceso democrático de discusión y decisión de contar con el mayor apoyo posible para su propuesta; aun cuando aparentemente una cierta propuesta cuente con el apoyo de la mayoría en el proceso de discusión, esa mayoría se puede diluir fácilmente y por ello conviene reforzarla mediante adhesiones crecientemente amplias (la coalición mayoritaria tiene una tendencia a disolverse, puesto que una minoría que ha sido dejada de lado al formarse esa coalición tiene un incentivo muy fuerte para hacer concesiones importantes a miembros de esa coalición para tratar de formar una nueva colación mayoritaria que los incluya). Ello determina que se trate de atender a los intereses de tanta gente como se pueda para atraer el mayor número de votos posible.

Esta tendencia individual a la imparcialidad, que generalmente se consolida a través de un proceso de socialización, se potencia en el plano colectivo gracias a ciertos rasgos formales del proceso colectivo de toma de decisiones que han sido captados por teoremas como el de Condorcet[200]. Estos teoremas indican que cuanto más gente, que individualmente tiene mayor tendencia a adoptar decisiones correctas que incorrectas, apoya una decisión más probable es que esa decisión sea correcta.

De este modo, creo que hay razones para pensar que, no obstante la considerable disminución del valor epistémico del procedimiento de discusión y decisión una vez que se reemplaza el requisito

[200] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. VIII.

de consenso unánime por el de acuerdo mayoritario, sin embargo ese procedimiento sigue siendo más confiable que cualquier procedimiento alternativo –como la decisión dictatorial de uno, la aristocrática de unos pocos, la del sorteo– para alcanzar soluciones que se aproximen a exigencias de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos.

Por cierto que una minoría ilustrada puede tener más probabilidad de aproximarse a exigencias de racionalidad y conocimiento; pero la de imparcialidad tiene prioridad sobre éstas, y –como se ha demostrado con muchas dictaduras ilustradas e incluso bien intencionadas– es muy improbable que una minoría o un solo hombre, por más sabios que sean, estén más capacitados para representar los intereses de todos los involucrados –con trasfondos tan diferentes a los propios– que lo que lo está la propia participación de todos ellos en el proceso de discusión y decisión. Incluso la discusión colectiva es insuficiente si la decisión luego la toma uno o unos pocos, pues es en el proceso de convencer a los demás para una decisión mayoritaria donde se genera la tendencia a la imparcialidad a la que se aludió antes.

Naturalmente que hay muchas situaciones en las que estamos seguros de que nuestra reflexión individual ha sido más certera que el proceso de discusión y decisión colectiva, que nos parece que ha dado resultados obviamente incorrectos. Pero si tenemos razones, como las mencionadas, para suponer que, *en general*, el proceso colectivo es más confiable para arribar a soluciones correctas, no debemos dejarlo de lado en favor del resultado de nuestra reflexión individual ni aun en estos casos en que estamos seguros de que ella nos ha llevado a buen puerto, puesto que de lo contrario estaríamos contradiciendo aquel supuesto: estaríamos haciendo de la reflexión individual el último tribunal epistémico, al que acudimos para determinar cuándo observar y cuándo no el resultado del proceso colectivo, cuando partimos de la hipótesis de que este proceso colectivo es epistémicamente más confiable que la reflexión individual.

Por supuesto que siempre acudimos en última instancia a la reflexión individual; pero ésta puede indicarnos –como nos lo ha indicado en estas consideraciones meta-éticas– que hay ciertas materias –como las cuestiones morales sustantivas de índole intersubjetiva– en que es mejor confiar en el proceso colectivo que en ella misma. De cualquier modo, la reflexión individual no queda olvidada del todo ni aun en estas materias: como vimos, ella justifica que argumentemos en el contexto de la discusión moral; pero no justifica, en general, que actuemos en contra de lo que ha sido decidido en forma colectiva.

Esta justificación epistemológica de la democracia muestra la relevancia moral del gobierno, siempre que sea democrático, aun

cuando se afirme la existencia de un sistema de derechos robustos, que abarcan casi todo el espacio moral intersubjetivo: el gobierno democrático nos da razones para *creer* que sus determinaciones sobre el alcance de esos derechos son válidas. De este modo, la tensión entre democracia y derechos individuales –y el liberalismo que los afirma– se disuelve, haciendo una distinción de planos: los derechos individuales pertenecen al plano ontológico; ellos forman parte del sistema moral a los que nuestros juicios hacen alusión.

La democracia, en cambio, se ubica en el plano epistemológico; ella es el mejor procedimiento para tener acceso cognitivo a tales derechos. No puede haber conflicto entre democracia y derechos individuales, en la medida en que ellos corresponden a diferentes niveles, siendo el papel de la democracia el de proveer una vía de acceso a los derechos fundamentales. Por supuesto que ello no quiere decir que siempre la democracia conduzca al reconocimiento correcto de derechos individuales; como vimos, las decisiones democráticas pueden estar drásticamente equivocadas, y su error puede consistir precisamente en la denegación de derechos –seguramente de minorías o de individuos aislados– que es válido reconocer. Pero, como vimos, hay razones para pensar que la democracia es más confiable como procedimiento para reconocer derechos válidos que cualquier procedimiento alternativo (es más probable, en general, que los derechos de individuos o de minorías sean desconocidos si las decisiones las toma un solo individuo o alguna otra minoría que si las toma la mayoría).

Sin embargo, la cuestión es bastante más complicada todavía de lo que las anteriores especulaciones dejan entrever. Puesto que hay derechos que son *condición* para que el procedimiento democrático de discusión y decisión tenga algún valor epistémico. Si los participantes en el procedimiento no se pueden expresar libremente y en relativa igualdad de condiciones, si su vida o seguridad se pone en peligro con la defensa de ciertas posiciones, si están en tal situación que se encuentran totalmente sujetos a los intereses de los demás, el procedimiento de intercambio de propuestas y decisión mayoritaria carece de todo valor epistémico, puesto que no opera en su seno la tendencia a adoptar soluciones imparciales a las que antes he hecho referencia. De modo que estos bienes que son contenidos de derechos deben ser *a priori* satisfechos para que la democracia goce de algún valor epistémico. Esto nos permite distinguir ciertos derechos como derechos *a priori*, ya que su conocimiento se obtiene de una manera análoga a la de los juicios sintéticos, *a priori*, distinguidos por Kant: así como Kant suponía que la verdad de tales juicios se determina de una manera trascendental, puesto que son condición del valor epistémico de la observación empírica, la validez de los juicios acerca de los derechos *a priori* se determina a partir del

hecho de ser ellos condición del valor epistémico del procedimiento para determinar la validez de los restantes derechos.

Estos últimos derechos pueden ser denominados *a posteriori*, ya que su existencia y alcances se determinan de modo preferente a partir del proceso de discusión y decisión colectivas. Por cierto que la línea divisoria entre derechos *a priori* y *a posteriori*, o sea derechos que son precondición del procedimiento democrático y los que se determinan mediante él, es compleja y vaga: el derecho a la vida parece ser *a priori* puesto que si él no se satisface no se garantiza la participación continua en el procedimiento democrático (esto puede dar origen a un argumento en contra de la pena de muerte)[201]; lo mismo ocurre con la libertad de expresión; igualmente con la igualdad en el goce de derechos electorales; también es evidente que el derecho a la educación debe ser un derecho *a priori*.

La línea se hace confusa cuando pensamos en derechos como el derecho a la salud o a ciertos bienes y recursos económicos: alguna satisfacción de estos derechos es necesaria para que se pueda participar en relativa igualdad de condiciones en el proceso democrático, pero el alcance preciso de estos derechos, que generalmente entran en agudo conflicto con otros, parece que tiene que ser objeto del mismo proceso democrático.

También quedan excluidas del proceso democrático cuestiones morales que no están resueltas por principios intersubjetivos sino por ideales del bien personal o de excelencia humana. La razón para la exclusión es aquí otra que la de los derechos *a priori*: como vimos el valor epistémico de la democracia está dado por su virtualidad de aproximarse a la exigencia de imparcialidad, que es la que determina la validez de principios morales intersubjetivos. Sin embargo, los ideales de excelencia humana o de bien personal no se refieren centralmente a la composición de intereses de diferentes individuos y, en consecuencia, su validez no está asociada con su aceptabilidad en condiciones de imparcialidad. Esto hace que, aun cuando la discusión colectiva puede ayudar a esclarecer la posición de cada individuo respecto de estos ideales, la decisión mayoritaria no tiene valor epistémico. Por lo tanto, no hay razón para observar una decisión democrática cuando ella endosa un cierto ideal de excelencia humana. Ésta es la tercera consideración, que sólo fue insinuada en el § 29, para adoptar el principio de autonomía de la persona.

Esta justificación epistemológica de la democracia provee entonces las bases para una conciliación entre el liberalismo y la demo-

[201] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. XI.

cracia: la democracia, aun con todas sus imperfeciones, es el medio más apto para alcanzar el reconocimiento de los principios del liberalismo. Por cierto que esto requiere que la democracia satisfaga los derechos *a priori*, e implica, además, que el valor epistémico de la democracia se amplía o reduce en la medida en que el procedimiento de discusión y decisión se aproxime más o se aleje de las exigencias de una discusión amplia y abierta, con la participación de todos los afectados, en las mejores condiciones de libertad e igualdad posibles, con la más cuidadosa atención de pautas de racionalidad y de la información fáctica relevante, y con la más estricta observancia de la necesidad de justificar las propuestas sobre la base de principios universales, generales, públicos, etc., y no sobre la base del mero autointerés.

Como veremos más adelante, ello incluye un programa de perfeccionamiento de las instituciones democráticas para maximizar su valor epistémico. Como alternativa de la república de los intereses, que nos propone el pluralismo, y la república de las virtudes, que nos promete el perfeccionismo (empleo aquí el contraste sugerido, por Botana)[202], podemos aspirar a una república del diálogo.

Si aceptamos esta fundamentación del valor de la democracia –al menos frente a las falencias evidentes de sus principales competidoras– podemos entender la índole del déficit democrático con que el liberalismo fue presentado y defendido en nuestro ámbito. Ese déficit respondía a un obvio elitismo epistémico, que hacía suponer a pequeños grupos, esclarecidos o no, que ellos o un dictador en el que depositaban su confianza estaban más capacitados que el resto de la población, a través de un proceso de amplio debate y participación, para determinar los alcances de los derechos reconocidos por los principios del liberalismo.

Podía ser excusable ese elitismo, por ejemplo, en el grupo porteño de los revolucionarios de Mayo cuando advertían el oscurantismo, la ignorancia y la estructura feudal que todavía prevalecía en el interior. Pero ni aun en esas circunstancias el elitismo epistémico, en materia de moral intersubjetiva, es justificable, ya que, por un lado, la mayor ilustración no es sustitutiva de la apreciación de los propios intereses que hacen los mismos afectados, y, por otro lado, la mejor forma de ir superando los condicionamientos que afectan la libertad, la igualdad, la racionalidad, la debida información, etc., de los participantes en el proceso democrático es mediante la propia participación en ese proceso democrático. Como sugiere Habermas[203], la falsa conciencia y los condicionamientos sociales de dife-

[202] Botana, *La tradición republicana*, cap. 1.

[203] Habermas, *Ética del discurso*.

rente índole sólo se superan mediante la cooperación colectiva en un proceso de interacción comunicativa.

§ 33. *Conclusión.* – A lo largo de este apartado he tratado de mostrar las implicaciones del liberalismo que se propone como base para un consenso profundo que determine una reconstrucción radical de la práctica constitucional argentina.

Para determinar esas implicaciones hemos partido de la práctica de la discusión moral –que constituye el núcleo de nuestra propia práctica constitucional– y cuyos presupuestos sustantivos y procedimentales forman la plataforma en la que es posible apoyarse para derivar los elementos de una concepción liberal de la sociedad.

Tomando en cuenta tales presupuestos de la discusión moral, ese liberalismo resulta caracterizado por la exclusión de un tríptico de doctrinas totalitarias que han sido identificadas como el perfeccionismo, el holismo, y en especial su variante colectivista, y el determinismo normativo. Esta exclusión da lugar a tres principios que permiten la derivación del sistema de derechos cuyo reconocimiento distingue al liberalismo: *a*) el principio de autonomía de la persona, que provee el contenido de los derechos; *b*) el principio de inviolabilidad de las personas, que determina la función de los derechos de servir de barrera de protección de intereses individuales contra consideraciones basadas en intereses de terceros o de algún ente supraindividual, y *c*) el principio de dignidad de la persona, que permite un manejo dinámico de los derechos sobre la base del consentimiento de los individuos. De estos principios constitutivos del liberalismo, el que ha sido menos respetado en nuestra práctica constitucional es el de la autonomía de la persona, ya que en diferentes momentos de la formación de esa práctica, incluyendo la sanción de la propia Constitución vigente, se hicieron concesiones al perfeccionismo por confusión ideológica o por la necesidad de llegar a compromisos con concepciones integristas.

Pero hay otro tríptico de ideales –el de la fraternidad, el de la igualdad, y el de la democracia– que frecuentemente han sido presentados como si estuvieran en tensión con el liberalismo, y resulta crucial determinar si efectivamente están excluidos por él o son, por el contrario, al menos compatibles, si no implicados, por sus principales exigencias. De la respuesta a esta cuestión dependerá la posibilidad de superación por parte del liberalismo de los principales déficits que han debilitado en nuestro medio su capacidad para constituirse en base para un consenso constitucional profundo.

El ideal de fraternidad constituye un desafío que el liberalismo puede enfrentar con éxito en la medida en que aísle de sus aspectos perfeccionistas y holistas los anhelos de asociación y descentraliza-

ción que muchas veces estuvieron subyacentes a los reclamos federales. Ello es posible en tanto y en cuanto se preserve la voluntariedad de las asociaciones, y que la descentralización potencie y no reduzca los mecanismos democráticos.

El desafío igualitario es absorbido con éxito por el liberalismo, una vez que se determina que los derechos individuales básicos que él reconoce no sólo se violan por actos positivos sino también por la omisión de proporcionar los recursos necesarios para el ejercicio de la autonomía de la persona. Esta conclusión es negada por el liberalismo clásico sólo a fuerza de asumir la posición conservadora y antiliberal de aceptar acríticamente la limitación de los deberes positivos, que a su vez determina la falta de adscripción de efectos causales a las omisiones, impuesta por la moral social. Una vez que el reconocimiento de la irrelevancia moral de la diferencia entre acciones y omisiones conduce a concebir el principio de inviolabilidad de la persona como proscribiendo la reducción de la autonomía de alguien, para ampliar la autonomía de otros más autónomos que él, los llamados "derechos sociales" parecen como la extensión natural de los derechos individuales clásicos. Sin embargo, hay un punto en que la exigencia de imparcialidad entra en conflicto con la autonomía personal.

En cuanto al desafío democrático, él puede ser enfrentado por el liberalismo una vez que abandone las fundamentaciones de la democracia con las que generalmente está asociado –la consensual, la pluralista– y acepte una justificación epistémica que concibe a la democracia como la vía de acceso más confiable a los valores liberales. Ello de cualquier modo implica reconocer *a priori* ciertos derechos que son precondición del proceso democrático y limitar la validez de ese proceso de acuerdo con el principio de autonomía de la persona. Por otra parte, esta fundamentación de la democracia ofrece un programa de perfeccionamiento hacia mecanismos que maximicen su valor epistémico ampliando la participación, la equiparación de las partes y la libertad de expresión en su seno.

De modo que el liberalismo que se propone como base para un consenso constitucional profundo es un liberalismo fraternal, igualitario y democrático. Es de prever que un liberalismo constitucional sin los déficits que tradicionalmente lo han afectado en nuestro país tendrá una mayor capacidad para generar actitudes de generalizada adhesión a las instituciones y procedimientos a los que él conduce, alcanzando la estabilidad y legitimidad subjetiva necesarias para superar la anomia que ha caracterizado la vida pública argentina. Un liberalismo genuinamente democrático y social –en el doble sentido de fraternal e igualitario– probablemente quitará atractivo a las ideologías con diferentes matices de totalitarismo que han competi-

do con el liberalismo para dominar la práctica constitucional del país, socavando las bases para un consenso profundo y determinando, en parte, la tendencia general a desbordar las normas que la propia práctica constitucional genera.

Esto no quiere decir, por cierto, que al alcanzarse un consenso profundo en torno a un liberalismo que promueve la descentralización fraternal, los derechos sociales y una democracia amplia, se produzca una variante del "fin de las ideologías" del que se ha hablado tanto últimamente y que generalmente encierra el supuesto triunfo de una de ellas.

Un liberalismo constitucional no deficitario deja un ancho margen para la confrontación ideológica en el contexto de la práctica democrática: qué grados de descentralización son admisibles y qué alcance debe tener la voluntariedad de la asociación en comunidades; qué nivel de absorción pueden tener éstas; cuáles son las implicaciones de una educación liberal; cuáles son los deberes correlativos de derechos positivos; cómo se resuelven los innumerables conflictos de derechos a los que conduce una concepción robusta de los derechos individuales; cuál es el punto de equilibrio entre autonomía e imparcialidad; cuál es el sistema económico más apto instrumentalmente para satisfacer las exigencias de un liberalismo social (y esto incluye, por cierto, todas las cuestiones referidas a la intervención del Estado en la economía, los alcances y límites de la iniciativa privada, los niveles impositivos admisibles, los mecanismos de asistencia social, los límites a la propiedad privada, la participación de los trabajadores en la conducción de las empresas, etc., que constituyen los grandes temas de controversia política de nuestro tiempo); cuáles son los alcances de los derechos *a priori* y cómo se los protege; cuáles son los grados de participación que son exigidos por la concepción de la democracia que es conciliable con el liberalismo; cuáles son los mecanismos necesarios para asegurar la mayor igualdad y libertad en la participación política; cuáles deben ser las vías de acceso a los medios de comunicación; éstas son sólo unas pocas de las cuestiones que, al igual que ahora, deben ser esclarecidas a través del diálogo y de la decisión democráticas.

Hay de cualquier modo, ciertas cuestiones básicas que una práctica constitucional estable y legítima, tanto en el sentido objetivo como subjetivo, debe dar por resueltas y consolidar. El liberalismo que se propone atrinchera fundamentalmente la cuestión del valor del proceso colectivo de diálogo y de decisión mayoritaria que se extiende sobre todas las prácticas y convenciones sociales –inclusive las que impiden el progreso de los derechos sociales–, debe darse en la forma más descentralizada que exija la maximización de la imparcialidad, y sólo se detiene ante los derechos que son *a priori* de ese pro-

ceso, puesto que aseguran su valor epistémico y ante las preferencias fundadas no en pautas sociales o intersubjetivas sino en ideales de excelencia humana y los planes de vida fundados en ellas.

Una vez que esta concepción de la discusión (discusión que, con todas sus imperfecciones no ha estado ausente, como vimos, de nuestra práctica constitucional) resulta protegida, mediante un consenso profundo, de los avatares de la política cotidiana, ella debe servir de marco de referencia para la interacción comunicativa que esclarezca las demás cuestiones.

Es evidente que, como se anticipó en el apartado anterior, la práctica constitucional argentina no puede adaptarse a las exigencias de un liberalismo democrático y social que sirva de base a un consenso profundo sin una reconstrucción radical. Esa reconstrucción requiere, en algunos casos, hasta reformas en el texto explícito de la Constitución vigente; en otros casos, exige cambios interpretativos profundos de ese texto y modificaciones serias en prácticas y hábitos institucionales. Las consideraciones propuestas en el ap. C de este capítulo sobre el valor de la Constitución como fundación de una práctica que otorga eficacia a las decisiones, aconsejan conservar tanto como sea posible nuestra práctica constitucional, en la medida en que, en su conjunto y con las reorientaciones necesarias, sea moralmente plausible y permita justificar decisiones apoyadas en ella, aunque tales decisiones no sean moralmente admisibles si se las considera en forma aislada.

En los dos capítulos restantes de este libro trataré de sugerir formas de producir una reconstrucción radical de nuestra práctica constitucional, que, no obstante su continuidad con la presente, permita orientarla hacia un liberalismo no deficitario que provoque un amplio consenso en su torno, generando las bases de su propia estabilidad. En el segundo capítulo se tratará el sistema de derechos, analizándose la regulación y la interpretación actual de los principales de ellos, en contraste con las exigidas por un liberalismo social; sin entrar en el tema institucional de sus formas de protección y dejando márgenes para las determinaciones que surjan de la interacción política, se intentará determinar cuáles son sus aspectos apriorísticos que deben ser objeto de consenso constitucional. En el tercer capítulo del libro examinaré las implicaciones que tiene para el diseño institucional la concepción de la democracia que, tal como hemos visto en este apartado, es compatible con un liberalismo no deficitario. Una atención especial será dedicada al tema del control de constitucionalidad.

Capítulo II

HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL ARGENTINA EN MATERIA DE DERECHOS Y GARANTÍAS

A) Los derechos en general, y los derechos a la vida, a la integridad corporal y a la libertad de movimientos en especial

§ 34. *Introducción.* – En este capítulo se encarará la propuesta de pautas de reconstrucción de la práctica constitucional argentina en materia de derechos individuales, de modo de adaptarla a exigencias de un liberalismo social y democráctico. Como se dijo, la aspiración es que la satisfacción de esas exigencias, tratando al mismo tiempo de conservar la identidad de la práctica, redunde en beneficio tanto de su justificabilidad moral como de su capacidad para convocar a un consenso profundo que contenga la tendencia a la ajuridicidad que hasta ahora ha distinguido a tal práctica constitucional. Se encarará en particular la reconstrucción del primer plano de nuestra práctica constitucional constituido por el reconocimiento de derechos y garantías individuales. Se analizará el tratamiento de los derechos más importantes que surgen de los principios que, según vimos en el capítulo anterior, caracterizan una concepción liberal de la sociedad, o sea los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona. Luego de incursionar en los más relevantes de los problemas filosóficos que el reconocimiento de esos derechos plantea, se estudiará someramente la forma en que tales derechos han sido reconocidos por nuestra práctica constitucional –especialmente, a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema–, se harán algunas comparaciones con el reconocimiento hecho en el contexto de otras prácticas inspiradas en principios análogos –en particular, la norteamericana y la supranacional– y se propondrán, cuando sea el caso, las modificaciones en el reconocimiento de tales derechos que sean exigidas por aquellos principios liberales.

En este análisis será inevitable incursionar en algunas vías para garantizar la efectividad de los derechos en cuestión. Pero no se tratarán a fondo los medios de protección que exigen una toma de posición sobre cuestiones de estructura institucional, lo que constituye el plano más profundo de la práctica constitucional, que será estudiado en el capítulo siguiente. En especial, el tema del control de constitucionalidad será sólo marginalmente entrevisto, ya que será necesario encararlo en forma completa en el ap. D del cap. III. Esto quiere decir que, aunque el foco principal del análisis de este apartado estará centrado en los derechos que en el capítulo anterior fueron denominados *a priori* –ya que sólo ellos forman parte de los estratos más básicos y permanentes de la práctica constitucional y deben ser objeto de un consenso profundo, mientras que los derechos *a posteriori* son establecidos por la interacción política más coyuntural y variable–, sin embargo en este apartado no se pondrá un énfasis especial en el carácter apriorístico de los derechos a discutir. La frontera definitiva entre estos derechos y los que se establecen a través del proceso democrático de discusión y decisión sólo quedará fijada una vez que veamos a fondo el tema del control de constitucionalidad.

Parece conveniente completar esta introducción con una caracterización somera del *concepto* de derechos constitucionales. Ellos son, en primer lugar, derechos *jurídicos*, ya que están establecidos, o deben estar establecidos, por normas del sistema jurídico. Como se sabe, los derechos jurídicos responden a una variada tipología que ha sido ditinguida por autores como Hohfeld y Kelsen[1]: *a*) hay *derechos-libertades* que implican solamente una ausencia de prohibición, y que, por lo tanto, no conceden por sí mismos ningún tipo de protección; *b*) hay *derechos-autorizaciones* que están generados por normas permisivas, pero cuyo *status* como pertenecientes a una categoría autónoma o como reducibles a algunas de las otras depende de cómo se conciban a tales normas permisivas (algunos iusfilósofos las consideran irreducibles, otros las conciben como actos de derogación de prohibiciones, otros como normas que establecen obligaciones y promesas de no interferir); *c*) hay *derechos-privilegios* que son correlativos de deberes activos o pasivos de otras personas, sean pertenecientes a ciertas clases específicas o a la clase universal; *d*) hay *derechos-acciones* que incluyen la posibilidad de accionar frente a algún órgano para hacer cumplir los deberes correlativos; *e*) hay *derechos-competencias* que implican la facultad de dictar normas para alterar las relaciones jurídicas de otros (las normas que estable-

[1] Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*; Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho y del Estado*.

cen tales competencias también son objeto de discusión, ya que se sostiene desde su carácter *sui generis* hasta su reducibilidad a normas de obligación de obedecer las normas que se dicten), y *f)* hay, por último, *derechos-inmunidades* que son correlativos a la falta de competencia de otros para alterar la situación jurídica del titular del derecho. Los derechos constitucionales son generalmente conglomerados de estas diferentes categorías de derechos, aunque es especialmente relevante el elemento de inmunidad, sobre todo frente a los diferentes órganos del Estado, que estos derechos necesariamente incluyen.

De cualquier modo, detrás de estas categorías que convergen en los derechos constitucionales hay diferentes clases de deberes que definen cada una de ellas: la ausencia de deber de hacer algo o de dejar de hacer algo por parte del titular del derecho; el deber de los demás de realizar ciertas prestaciones o de omitir toda interferencia; el deber de los órganos del Estado también de efectuar prestaciones y de abstenerse de interferir y de poner a disposición del titular del derecho el aparato coactivo contra quienes no cumplan con estos deberes; el deber de reconocer las normas dictadas en ejercicio de la competencia del titular del derecho y de no reconocer las normas dictadas por otros que invaden la esfera de inmunidad de ese mismo titular. Ser beneficiario de un derecho constitucional es ser beneficiario de un conjunto complejo de deberes y de ausencia de deberes en el marco de un cierto orden jurídico.

Pero, como vimos en el cap. I, ap. B, las normas jurídicas como tales son insuficientes para justificar acciones o decisiones como las que se suelen apoyar en la invocación de derechos constitucionales (aunque, tal cual se sugirió en el cap. I, ap. F, si las normas jurídicas tienen origen democrático ellas proveen razones para creer que hay razones para justificar acciones o decisiones). Esto implica que cuando invocamos un derecho constitucional para justificar una cierta decisión (lo que incluye, por cierto, la crítica de una decisión o acción adoptada), estamos recurriendo, en última instancia, a principios de moralidad social –como los principios liberales que estudiamos en el cap. I, ap. F– que convalidan la norma jurídico-constitucional que establece el derecho en cuestión.

Los derechos constitucionales son en última instancia *derechos morales*, ya que derivan finalmente de principios que tienen las características de autonomía, finalidad, superviniencia, etc.[2], distintivas de los principios morales. Como he tratado de argumentar en otro lugar[3], los derechos morales están dados por el hecho de que,

[2] Nino, *Etica y derechos humanos*, cap. III.

[3] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. I.

según ciertos principios asumidos como válidos (lo que, a su vez, depende de consideraciones meta-éticas esbozadas en el cap. I, ap. F), es incorrecto negar a cualquiera de los individuos que componen una cierta clase, el acceso a una situación que sea beneficiosa para cada uno de tales individuos. La presencia de un derecho moral no supone necesariamente que haya un deber moral correlativo, sino cuando se resuelven una serie de cuestiones que hacen a la posibilidad de provisión del bien en cuestión por parte de otros individuos y a la distribución entre ellos de las cargas atinentes a esa provisión.

Pero si bien todos los derechos jurídicos que, como los de índole constitucional, se invocan en contextos justificatorios, son derechos morales, no todos los derechos morales son derechos jurídicos. Que lo sean o no depende de dos circunstancias: *a*) del concepto de derecho (objetivo) que se emplee, y *b*) de la existencia o no de ciertas prescripciones. Respecto del primer punto, como he alegado en otro lugar[4], y vimos en el cap. I, ap. B, hay varios conceptos descriptivos de derecho y varios otros conceptos normativos (que un concepto sea de una u otra índole dependerá de si sus propiedades definitorias incluyen o no propiedades normativas o valorativas). Hay ciertos conceptos descriptivos que hacen referencia a las normas que *de hecho* dictan o aplican ciertos órganos –el más común es el que hace referencia al reconocimiento judicial–. Como vimos, hay conceptos normativos que hacen referencia a las normas que *deben* dictar o aplicar ciertos órganos, por ejemplo, a las normas que deben dictar los legisladores, o que deben aplicar los jueces, o que deben aplicar los jueces si y sólo si son dictadas por los legisladores. Como se comprenderá, un derecho puede o no ser jurídico de acuerdo con el concepto descriptivo o normativo de derecho que se emplee, y en cada caso, a la existencia o no del correspondiente acto de dictado o aplicación.

En lo que sigue voy a hacer referencia a derechos constitucionales bajo el presupuesto de un cierto *concepto normativo de derecho*. Este concepto, como se dijo, tiene fundamentalmente en cuenta el deber moral de los jueces, y de los funcionarios en general de reconocer normas jurídicas que establecen los derechos en cuestión. Los derechos morales que antes llamé *a priori* son derechos jurídicos –en este sentido– incondicionados, puesto que deben ser reconocidos por los jueces, cualesquiera sean las determinaciones de los órganos democráticos y aun del mismo texto constitucional. Los derechos morales *a posteriori* son derechos jurídicos que dependen del reconocimiento por parte de los órganos democráticos o de la práctica constitucional mediando las consideraciones que se hicieron

[4] Nino, *La validez del derecho*, cap. IX.

en el cap. I, ap. B, para tomarla especialmente en cuenta en el razonamiento práctico.

Dado que los derechos constitucionales son derechos morales, es conveniente decir algunas pocas palabras acerca de los *beneficiarios* de tales derechos morales. Cualquier limitación de la clase de los destinatarios de los derechos morales, sobre la base de propiedades fácticas –como la de pertenecer a la especie humana o la de poseer racionalidad– plantea la dificultad, a mi juicio insuperable, de que esa propiedad fáctica debe ser relevante para los principios normativos superiores (si no se quiere caer en un dogmatismo análogo a la del racista, que toma como relevante ciertas diferencias físicas sin ulterior justificación moral), y resulta imposible contar con tal principio cuando los que tomarían en cuenta tal propiedad fáctica para atribuir derechos fundamentales son los principios *últimos* del sistema de moralidad social. Aunque esto requeriría una discusión mucho más amplia que no puedo reiterar aquí, debo decir en forma considerablemente dogmática, que creo que la solución consiste en admitir que los principios que establecen derechos fundamentales son incondicionados y se extienden hacia todo y hacia todos.

Ciertas condiciones fácticas supeditan, no la titularidad de ciertos derechos, sino la posibilidad efectiva de gozar de sus beneficios. Por ejemplo, ciertas condiciones psicobiológicas son prerrequisitos para gozar, en diferentes grados según tales condiciones, del bien de la autonomía personal. Determinado desarrollo del sistema nervioso es condición para sentir placer y dolor. La atribución de una existencia separada, que subyace a la aplicación del principio de inviolabilidad de la persona, requiere también de ciertas condiciones psicobiológicas. La capacidad de tomar decisiones y ejecutar acciones voluntarias, que permite aplicar el principio de dignidad de la persona, también presupone un cierto desarrollo psíquico y biológico. De modo que cuando los derechos fundamentales son denominados "derechos humanos" se hace alusión del hecho sumamente trascendente, pero lógicamente contingente, de que, por lo que conocemos, tales derechos benefician prácticamente sólo a la mayoría de los miembros de la especie humana, aunque hay clases de animales superiores que pueden gozar parcialmente de algunos aspectos de tales derechos –por ejemplo, el que implica el disvalor de causar dolor–. Esta concepción de los destinatarios de los derechos individuales tiene implicaciones para tratar cuestiones relevantes como la del aborto y la discriminación, que serán consideradas en los parágrafos correspondientes.

Una cuestión importante respecto de los destinatarios de los derechos humanos garantizados constitucionalmente que debe ser considerada aquí es la de la aplicación de esas garantías fuera de las

fronteras del país. En el caso "United States Petitioner v. René Martin Verdugo - Urquidez"[5] la mayoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la garantía de la enmienda IV contra el allanamiento y el secuestro de elementos sin orden judicial no se aplicaba fuera del territorio de los Estados Unidos (se trataba de un mexicano extraditado a los Estados Unidos por tráfico de drogas, cuya vivienda en México fue registrada por agentes norteamericanos con autorización de la policía mexicana pero sin orden judicial). El argumento de la mayoría del Tribunal fue que la expresión "el pueblo" (*the people*) que usa la enmienda se refiere a la comunidad nacional, que es la destinataria de tal garantía sobre la base del contrato básico constitutivo del gobierno. Los jueces Brennan y Marshall por la minoría disintieron, adoptando una visión universalista de los derechos constitucionales y señalando la contradicción de que se sostenga que mientras el gobierno norteamericano está autorizado por la Constitución a actuar en el exterior para combatir los delitos, no está limitado en su acción por la misma Constitución en protección de los derechos.

Éste es el enfoque correcto que surge de los principios del liberalismo constitucional, ya que el reconocimiento de derechos, como vimos, debe ser necesariamente universal, por más que la eficacia de ese reconocimiento esté generalmente limitada al territorio nacional.

Es conveniente decir también algo acerca de los agentes que están *obligados* a *preservar* los derechos constitucionales, y a quiénes se puede imputar su violación en caso de que no lo respeten. En principio también la clase de quienes deben respetar los derechos fundamentales en una clase universal, ya que no se justifican discriminaciones *a priori* en los deberes de protección y promoción de tales derechos. Sin embargo, como se sugirió antes, esos deberes están supeditados a condiciones relacionadas con la posibilidad de cumplirlos y con la distribución de las correspondientes cargas.

Con estas limitaciones, los deberes que protegen los derechos constitucionales se cumplen en muchos casos directamente –sobre todo cuando se trata de deberes de no interferencia– o a través de mecanismos institucionales –como en el caso de las contribuciones de diversa índole, especialmente impositiva–, para mantener los mecanismos estatales dirigidos a preservar y a promover tales derechos (como la policía, la justicia, los sistemas de seguridad y asistencia social, etcétera). Hay implicaciones conversacionales que hacen que, frecuentemente, se piense en el Estado como el principal agente infractor de los derechos humanos (como cuando se enfatiza sobre todo en el fenómeno del terrorismo de Estado más que en el terro-

[5] 88 US 1353, 1990.

rismo subversivo); esto es comprensible en la medida en que se supone que existen mecanismos jurídicos para enfrentar las violaciones de los derechos individuales llevadas a cabo por la delincuencia, común o política, mientras que en el caso en que tales violaciones provengan del mismo Estado esos mecanismos, por definición, no existen, y es necesario el discurso crítico que ponga el acento en la necesidad de establecerlo.

§ 35. ***Derechos a la vida, a la integridad psicofísica y a la libertad de movimientos.*** – En este parágrafo nos vamos a ocupar de tres bienes que están íntimamente relacionados con la identidad del individuo y que, por lo tanto, no sólo constituyen las condiciones fundamentales para el ejercicio de la autonomía personal sino, incluso, para la constitución del individuo como un ente, frente al cual debe justificarse cualquier curso de acción o medida que lo pueda afectar.

Parece evidente que la vida constituye el bien fundamental para el ejercicio de la autonomía personal. No hay elección de ideales y planes personales si no hay vida, y la materialización de la mayoría de tales ideales y planes –aunque no de todos– también requiere que el individuo concernido permanezca vivo. Hay, sin embargo, algunas dudas filosóficas, que no pueden ser tratadas a fondo aquí, sobre el valor de la vida. Algunos filósofos sostienen que la vida en sí misma es neutra y que su valor o disvalor está dado por la experiencia, realizaciones, frustraciones, sufrimiento o goces a los que la vida puede dar lugar. No obstante, pensadores como Thomas Nagel[6] explican, con razón, que la vida en sí misma no es neutra, ya que, independientemente del valor o disvalor de todas esas experiencias o realizaciones a que la vida da lugar, la vida humana implica en sí misma bienes de enorme valor como la percepción, el deseo, la actividad y el pensamiento. Sin embargo, Nagel agrega que esos bienes que dan valor a la vida no están ligados a la mera supervivencia orgánica, sino a la vida consciente. Para circunscribir el bien que es primer requisito para la autonomía personal debemos referirnos entonces a la vida biopsíquica.

También hay algunas dudas sobre el valor de la vida que se origina en un cuestionamiento, que viene desde Lucrecio, del disvalor de la muerte. Hay varias razones para ese cuestionamiento, que son recordadas también por Nagel: la primera es la duda de si algo que no es sentido o experimentado puede constituir un mal; la segunda se refiere al hecho de que cuando ese supuesto mal se constituye, no hay un sujeto a quien atribuírselo (no computando, por supuesto, a terceros, quienes pueden no estar afectados por la muerte

[6] Nagel, Thomas, *Mortal Questions*, cap. 1.

de alguien); la tercera razón se relaciona con nuestras actitudes asimétricas sobre la falta de vida después de la muerte y la que transcurrió antes de nuestro nacimiento, a la que no consideramos un mal.

Dejando de lado la última dificultad que plantea problemas filosóficos muy profundos sobre las actitudes asimétricas que tenemos hacia el pasado y hacia el futuro, y que fueron analizados con mucha lucidez por Parfit[7], las otras dos dudas pueden ser respondidas, al menos provisoriamente, en el escaso espacio que se puede dedicar aquí a esta cuestión: la idea de que sólo es un mal (o un bien) lo que se experimenta responde a una concepción hedonista del bien personal que es cuestionable. Hay muchas cosas que constituyen un mal para nosotros aun cuando nunca nos enteremos (la infidelidad del cónyuge, la maledicencia) y no es irrazonable, frente a una opción sugerida por Nozick[8], preferir una vida en la que creamos haber fracasado en un proyecto vital aunque en realidad hayamos tenido éxito a una vida en la que, a la inversa, creamos haber tenido éxito, aunque en realidad hayamos fracasado (pensamos, por ejemplo, en el caso de un científico que haya dedicado su vida a la persecución de algún descubrimiento).

La superación de la segunda duda está relacionada con la de la primera, ya que si se admite que una persona pueda ser beneficiada o perjudicada, aun sin que tenga experiencias placenteras o dolorosas, no se ve por qué el daño o el beneficio tiene que ser contemporáneo con la subsistencia del sujeto. Si debido a la contaminación ambiental que se realiza en el tiempo t^1, la gente que nace a partir de t^2 tiene menos posibilidades de salud plena, ellos fueron dañados por esa contaminación, aunque no hayan existido cuando se produjo.

El bien de la integridad psíquica y corporal es objeto de menos dudas filosóficas. Contar con un desarrollo mental y físico adecuado y normal, verse libre de fenómenos perturbadores de la tranquilidad psíquica, no estar sometido al dolor físico o a su amenaza, disponer de un funcionamiento apropiado de los órganos y miembros del cuerpo, son condiciones indispensables para la elección y materialización de planes de vida y, en algún caso, el de ausencia de dolor parece ser un bien en sí mismo. Los problemas que se presentan respecto de este bien no están directamente asociados con su reconocimiento sino con los alcances de los deberes para su protección *vis à vis* otros posibles deberes.

Tampoco plantea mayores dudas filosóficas el bien de la libertad de movimientos. Dado que las acciones consisten básicamente

[7] Parfit, Derek, *Reasons and Persons*, parte tercera.

[8] Nozick, Robert, *Philosophical Explanations*, cap. 6.

en movimientos corporales, lo que incluye el caso límite de un estado de quietud, y las omisiones en la ausencia de los movimientos corporales requeridos para satisfacer cierta descripción de acción[9], la posibilidad de realizar o no esos movimientos corporales es esencial para prácticamente cualquier plan de vida. Paralizar a un individuo, acotar coactivamente sus movimientos, amarrándolo o sometiéndolo a cautiverio, u obstaculizar sus desplazamientos en un cierto territorio son atentados radicales a la autonomía personal.

Como es sabido, nuestra Constitución no estipula directamente el derecho a la vida. Más que un derecho no enumerado, de acuerdo con lo que dispone el art. 33, se trata aquí de un derecho implícito, ya que deriva no solamente del "principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno" sino también de todos los derechos explícitamente estipulados, que requieren de la vida para su ejercicio. En realidad, constituye una muestra de sana sobriedad por parte de nuestro texto constitucional el no sobreabundar en lo que resulta obvio. En cuanto al derecho a la integridad psicocorporal, tampoco está abiertamente formulado pero su reconocimiento es claro cuando en el art. 18 se estipula que "quedan abolidos para siempre... toda especie de tormento y los azotes". Vamos a ver a continuación algunos aspectos del tratamiento por parte de nuestra práctica constitucional de los bienes de la vida y de la integridad psicofísica.

En relación a la libertad de movimientos, ella está reconocida como un bien por el art. 14, cuando establece el derecho de "entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino" y por el art. 18 con su estipulación de que "nadie puede ser... ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente"; en realidad, tomando en cuenta que la pena más común es la privativa de la libertad, también se refiere centralmente a este bien, aunque no sólo a él, la garantía de la primera parte del mismo art. 18: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso" (aunque por su amplitud y complejidad esta garantía merece un tratamiento separado).

a) *Atentados masivos contra la vida y la integridad de la persona.* Como dije en el cap. I, ap. F, no se puede ignorar que la Argentina ha padecido hace pocos años una violación masiva de derechos humanos, con pocos precedentes de la historia contemporánea llevado a cabo por diversos grupos terroristas que actuaron desde la subversión y desde el mismo aparato estatal. Mientras el terrorismo de origen subversivo ha tenido analogías en el pasado reciente

[9] Nino, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, cap. II.

de otros países, democráticos o no, y prácticamente sólo plantea la cuestión de los medios policiales, punitivos –judiciales, sociales y educativos– para controlar la violencia vesánica, cruel e irracional que él desata, el terrorismo de Estado no es tan frecuente, al menos con la magnitud con que se presentó en la Argentina y presenta problemas institucionales sumamente relevantes. El terrorismo de Estado, como es obvio, no puede combatirse a través de los mecanismos policiales, judiciales, de comunicación pública y educativos con que se suele encarar la delincuencia en general, ya que el mismo terrorismo tiene acceso directo e indirecto a estos mecanismos y los emplea, al contrario, para implementar su propia acción.

Es incorrecto suponer que el terrorismo de Estado –que ha sido, tal vez, el fenómeno deliberadamente producido más deletéreo para la vida, la integridad humana y la libertad personal a lo largo de la historia argentina– constituyó un episodio patológico de nuestra vida institucional, sin ninguna conexión con la evolución de la práctica constitucional argentina. Como dije en el cap. I, ap. E, el fenómeno del genocidio de los años setenta fue la culminación de una tendencia general hacia la ajuridicidad y hacia el progresivo deterioro de los valores liberales. Este deterioro se expresa en visiones holísticas y perfeccionistas, que admiten el sacrificio de individuos en aras de un supuesto ser nacional y conciben como misión del Estado el de imponer a las personas un cierto ideal de bien. Subyacentes a estas visiones hay resabios de un pensamiento mágico premoderno que presupone que ciertos individuos están infectados del mal –con relativa independencia de lo que hagan o digan– y, dado que consiguientemente cesan de ser merecedores del respeto inherente a los seres humanos, pueden ser manipulados y destruidos para eliminar ese mal; esto se combina con la concepción ya comentada de un *ser nacional*, que estaría amenazado por aquellos individuos hechizados, que no se identifica con ninguna propiedad empírica –ni con la historia real del país, ni con la Constitución nacional, ni con la voluntad del pueblo– y que, por lo tanto, sólo es interpretado por personas o castas que tienen una particular unión mística con él.

Por cierto que el fenómeno de destrucción sistemática y deliberada de vidas humanas y la tortura generalizada a partir del aparato estatal, que fue permitida por nuestra práctica constitucional, no derivó directamente de un desconocimiento general del valor de la vida humana y de la integridad psicofísica, sino de la adopción de una particular perspectiva hacia los individuos que son portadores de ese bien, que condujo a que cesara de considerárselos como fines en sí mismos, y como generadores de fines dignos de respeto. Esto permitió que se generalizara en sectores importantes de la sociedad un enfoque instrumentalista y consecuencialista hacia la vida humana y

hacia la integridad personal, analizado por Nagel[10], admitiéndose atentados, ejecuciones y torturas bajo el pretexto de que ello era necesario para alcanzar efectos beneficiosos para la sociedad en conjunto. Obviamente esto fue exactamente simétrico a la actitud del terrorismo no subversivo y de sus simpatizantes. Esto implica abandonar la exigencia ética que menciona Nagel en el ensayo citado de que los males que se causan en las guerras deben ser *justificables frente a las propias víctimas*. Así se llegó a los hechos atroces y aberrantes, incluyendo la muerte comprobada de casi nueve mil personas, que relata con sobriedad el informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas[11], producidas a través de una organización metódica y centralizada que fue correctamente descripta en la sentencia judicial que condenó a los ex miembros de las Juntas Militares durante el régimen autoritario.

La forma en que nuestra práctica constitucional contribuyó causalmente a la producción de esta masacre fue por cierto indirecta pero no por ello menos eficaz. Entre los aspectos de esa práctica que fueron dando lugar al debilitamiento de los mecanismos de control de los abusos a los derechos humanos hasta generar una total impunidad, pueden mencionarse: la doctrina de los gobiernos *de facto* –que, como vimos, representó la culminación de una tendencia a la ajuridicidad, al pretender legitimar la propia ruptura del orden constitucional– (ver "Baldomero Martínez y otros"[12], la Acordada de la Corte frente al golpe de 1930[13] y la Acordada ante el golpe de Estado de 1943[14], los fallos de ese Tribunal en "Malmonge Nobreda"[15], en "Municipalidad c/Carlos Mayer"[16], "Enrique Arlandini"[17], y "Egidio Ziella c/Smiriglio Hnos."[18], etc., jurisprudencia lamentablemente confirmada por la Corte en su actual integración en "Godoy", del 27 de diciembre de 1990); la admisión de la derogación lisa y llana de cláusulas constitucionales por normas *de facto*, como la suspensión por el régimen de 1976 de la opción de salir del país frente a la detención producida por aplicación del estado de sitio según el art. 23 de la Const. nacional (ver la decisión de la Corte en "Erco-

[10] Nagel, *War and masacre*, en "*Mortal Questions*", cap. 5.

[11] Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca más*.

[12] CSJN, *Fallos*, 2:141.

[13] Acordada del 10/9/30, *Fallos*, 158:290.

[14] CSJN, *Fallos*, 196:5.

[15] CSJN, *Fallos*, 169:617.

[16] CSJN, *Fallos*, 201:266.

[17] CSJN, *Fallos*, 208:185.

[18] CSJN, *Fallos*, 209:26.

li, María Cristina" del 16 de noviembre de 1976)[19]; los notorios y reiterados avances contra la independencia del Poder Judicial –que incluyeron la remoción o la ampliación de los integrantes de la Corte Suprema con prácticamente cada cambio de gobierno–; el socavamiento y autorrenuncia de las funciones de control que debe ejercer el Congreso de la Nación cuando no se lo suprimía directamente; el debilitamiento de la autonomía de las provincias –entre otras cosas por el ejercicio abusivo de la intervención federal–, que podría representar alguna valla frente a los abusos de los derechos promovidos por el poder central[20]; un concepto deformado de la soberanía nacional –que puso obstáculo a los mecanismos internacionales de protección a los derechos humanos–; una concepción pasiva del Poder Judicial –que se expresaba en la doctrina de las cuestiones políticas, que impedía la revisión del estado de sitio y de las intervenciones provinciales[21]; en la visión restrictiva del control de constitucionalidad, como veremos oportunamente; en una regulación e interpretación que hicieron inocuos los recursos de hábeas corpus y de amparo, etc.–; la admisión del fuero militar aun en el caso de delitos comunes cometidos por personal de las Fuerzas Armadas; la exención de la obediencia debida frente a órdenes ilegítimas[22]; el dictado y aceptación judicial de leyes penales que contrariaban los principios de reserva, debido proceso legal, proporcionalidad; el abuso de amnistías e indultos por violaciones a los derechos humanos o rupturas del orden constitucional cometidas con anterioridad; y muchas otras deformaciones y desviaciones de las exigencias mínimas del liberalismo constitucional.

La mayoría de los factores institucionales contribuyentes a los abusos masivos contra los derechos a la vida y a la integridad corporal responden a aspectos centrales del diseño de la organización del poder que serán analizados en el próximo capítulo. Sin embargo, algunos de esos factores tienen un alcance más localizado y han experimentado una evolución positiva en este período de transición democrática, de modo que se justifica que se haga una mención rápida de ellos en conexión con la protección de aquellos bienes.

Ya durante el propio régimen militar que concluyó en 1983 hubo algunas tímidas reacciones de la judicatura, especialmente de la Corte Suprema, en el marco de una tónica general considerablemente complaciente hacia la dictadura. En 1981 se dictó el caso

[19] CSJN, *Fallos*, 296:285.

[20] Ver CSJN, *Fallos*, 54:420, sobre la irrevisibilidad de los presupuestos fácticos de la intervención.

[21] CSJN, 28/8/1893, *Fallos*, 53:420.

[22] Ver Código de Justicia Militar, art. 514.

"Montenegro"[23], en el que se estableció que la confesión judicial extraída mediante torturas no puede valer ni como prueba ni como indicio en el proceso. En "Zamorano, Carlos"[24], del 9 de agosto de 1977 la Corte sostuvo que el órgano político está obligado a justificar específicamente las razones de cada arresto en virtud del juicio político. En "Timerman, Jacobo"[25] del 20 de julio de 1978 la Corte Suprema hizo lugar al hábeas corpus, sosteniendo que su control de razonabilidad de la medida abarca la relación entre la medida cuestionada y el estado de conmoción interior y la verificación de proporcionalidad entre la medida y los fines perseguidos.

El caso más relevante en este sentido fue "Pérez de Smith" del 21 de diciembre de 1978[26]. La misma Corte Suprema había rechazado anteriormente, por falta de competencia, pedidos de intervención directa en hábeas corpus presentados en beneficio de personas desaparecidas, dada la notoria pasividad de los tribunales inferiores, que se conformaban, en general, para rechazar las acciones respectivas, con un informe del Ministerio del Interior desconociendo el paradero de las personas desaparecidas. En este caso "Pérez de Smith" también la Corte Suprema se declaró incompetente para intervenir en situaciones particulares, pero, dada la presunción de que ocurrían situaciones que implicaban una privación de justicia y que estaban en juego "derechos fundamentales de las personas que merecen garantías inviolables, por ser tales e integrar, además, el valioso acerbo del bien común" resolvió dirigirse al Poder Ejecutivo Nacional para "exhortarlo urja las medidas necesarias a su alcance a fin de crear las condiciones requeridas para que el Poder Judicial pueda llevar a cabal término la decisión de las causas que le son sometidas". Esto representó un valioso precedente que, incluso, fue tomado en cuenta como elemento indiciario en la causa de los comandantes, pero es imposible no observar la modestia de la reacción judicial frente a la magnitud del fenómeno y al antecedente de que la Corte había colaborado en su producción con su doctrina de los gobiernos *de facto*, de no justiciabilidad del estado de sitio, de admisibilidad del fuero militar, de un estado de sitio asaz restrictivo, etcétera.

Una vez establecido el orden constitucional a partir del 10 de diciembre de 1983, los tres poderes del Estado adoptaron cursos de acción sin precedentes para la protección de los bienes de la vida, de la integridad psicocorporal y de la libertad de movimientos. La creacción de la mencionada Comisión Nacional sobre la Desapari-

[23] CSJN, *Fallos*, 303:1938.

[24] CSJN, *Fallos*, 298:443.

[25] CSJN, *Fallos*, 300:818.

[26] CSJN, *Fallos*, 300:1282.

ción de Personas, por medio del decr. 187/83, permitió una exhaustiva y metódica investigación de la masacre que, obviamente, tiene efectos disuasorios, al contribuir a la formación de una conciencia colectiva frente a este tipo de actos. Lo mismo se puede decir de la persecución penal ordenada por el presidente de la Nación contra los supuestos responsables del terrorismo subversivo y de Estado mediante los decrs. 157 y 158 de 1983.

También fue un paso importante dado por el Poder Ejecutivo la creación de una Subsecretaría de Derechos Humanos encargada de ejercer funciones de control y recepción de denuncias sobre posibles violaciones a los derechos humanos. El Congreso, en la mayoría de los casos por iniciativa del Poder Ejecutivo, sancionó leyes trascendentes como la 23.040 de anulación de la autoamnistía dictada por el régimen militar, sancionada unánimemente como primer acto legislativo del nuevo Congreso, ley que, además, significó la adopción de un nuevo enfoque sobre las normas *de facto* negándoles validez *a priori* (lo que, desgraciadamente, fue revertido en la actualidad por la Corte); la sanción de la ley 23.049, que no sólo establece los procedimientos ecuánimes para el juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado, sino que también establece una interpretación restrictiva de la obediencia debida y abroga, para el futuro, el fuero militar para delitos comunes cometidos en relación a actos de servicio, y permite la apelación a tribunales civiles contra las sentencias de jueces militares por delitos disciplinarios; el dictado de la ley de defensa de la democracia con severas penas para cualquier delito que ponga en peligro la estabilidad del orden constitucional y la colaboración en la producción de golpes de Estado y con gobiernos surgidos de ellos; la sanción de la ley 23.097 que pena la tortura en la misma forma que el homicidio y prevé también sanciones para las omisiones de prevenir y denunciar torturas cometidas en ámbitos militares, policiales y carcelarios; la sanción de la ley 23.098 que reforzó considerablemente el remedio del hábeas corpus, aun permitiendo la revisión de la razonabilidad de las detenciones producidas bajo el estado de sitio; la ratificación de las convenciones sobre derechos individuales y políticos, derechos sociales, económicos y culturales, el protocolo adicional y la que proscribe la tortura, dictadas en las Naciones Unidas (la que define a la tortura como todo acto por el que se inflija a la persona dolores o sufrimientos graves para hacerla confesar un delito, o para castigarla o para intimidar a ella o a otros, excluyéndose la invocación de circunstancias excepcionales como el estado de guerra o la amenaza de guerra); la ratificación en forma plena de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) con el consiguiente reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etcétera.

El Poder Judicial contribuyó considerablemente al mismo objetivo de proteger para el futuro los derechos a la vida y a la integridad, con decisiones como el fallo en el caso "Videla, Jorge Rafael y otros"[27], en el que se estableció una serie de principios de directa relevancia para la protección de la vida humana (como la responsabilidad por homicidios y torturas por una autoría que se ejerce a través de un aparato de poder, la inaplicabilidad de las justificaciones de legítima defensa, necesidad y estado de guerra, etc.); los fallos de la Corte Suprema en "Bignone"[28] y "Videla, Jorge Rafael"[29], admitiendo la modificación del fuero militar; los fallos "Aramayo"[30], "Dufourq"[31] y otros[32] sobre invalidez *a priori* de las normas *de facto*, siguiendo lo ya establecido sobre anulación de la ley de autoamnistía (desafortunadamente la Corte Suprema en su actual integración retomó esta doctrina antidemocrática en el ya citado caso "Oscar Godoy"); en el caso "Granada"[33], la Corte decidió que la facultad del Poder Ejecutivo de declarar el estado de sitio conlleva limitaciones de tiempo y objeto; etcétera.

Si dirigimos ahora una mirada comparativa a la práctica constitucional norteamericana, que estuvo guiada por un texto con similitudes relevantes al nuestro, confirmaremos que esa práctica ha resistido mucho mejor que la nuestra la tentación a convalidar abusos de poder y situaciones de ajuridicidad que ofrecen oportunidades para atentados masivos contra la vida, y la integridad corporal como las cometidas en nuestro país en el pasado. No obstante que el texto constitucional, en su art. I, secc. 9ª, permite por implicación suspender la acción de hábeas corpus en casos de rebelión o invasión cuando lo requiere la seguridad pública, y que, en su art. IV, secc. 4ª, permite intervenir en los Estados, a pedido de la Legislatura o del Ejecutivo, cuando ella está en receso, para enfrentar situaciones de violencia interna, jamás estas cláusulas han sido interpretadas con la ligereza que entre nosotros ha permitido una letal concentración de poder y la creación de canales para la acción directa de las corporaciones armadas sobre la comunidad. Por cierto que es inconcebible en el ámbito de la cultura jurídica norteamericana una legitimación judicial de gobiernos *de facto*. En realidad, desde sus inicios la práctica constitucional norteamericana se conformó a partir de

[27] CSJN, *Fallos*, 306:2101.

[28] CSJN, *Fallos*, 306:655.

[29] CSJN, *Fallos*, 306:2101.

[30] CSJN, *Fallos*, 306-1:73.

[31] CSJN, *Fallos*, 306-1:174.

[32] Por ejemplo CSJN, *Fallos*, 306:1035; 310:933; 310:1045.

[33] CSJN, *Fallos*, 307-2:2304.

una acentuada desconfianza frente a todo atisbo de intervención de las Fuerzas Armadas en asuntos internos.

Así, la primera carta de derechos dictada por la Convención de Virginia, en 1776, establecía: "Que una milicia bien regulada, compuesta por el cuerpo de ciudadanos entrenados en armas, es la defensa apropiada, segura y natural de un Estado libre; que los ejércitos permanentes en tiempos de paz deben ser evitados como peligrosos para la libertad; y que, en todos los casos, los militares deben estar bajo estricta subordinación del poder civil que los debe gobernar". Y cuando la Constitución federal fue discutida por las convenciones locales para su ratificación, uno de los puntos centrales de discusión era la falta de garantías contra los ejércitos permanentes. Esto llevó a James Madison a prometer que se promovería en la primera sesión del Congreso lo que luego fue la enmienda II, garantizando el derecho de la gente a llevar armas como forma de neutralizar ese peligro.

Es verdad que la conciencia colectiva de la sociedad norteamericana no ha sido tan escrupulosa cuando se trataba de proteger la vida y la integridad física de habitantes de otros países cuando se consideraba en peligro la seguridad de Estados Unidos, como lo ha mostrado la experiencia de la guerra de Vietnam.

Sin embargo, aun respecto de hechos ocurridos en un paraje tan lejano, la práctica jurídica norteamericana reaccionó de modo más saludable de lo que ocurrió durante el régimen militar respecto de la masacre cometida a partir del aparato estatal: el mismo ejército norteamericano ordenó la investigación de la masacre de My Lai que dio lugar al exhaustivo informe preparado por el teniente general Peers, recomendando, entre otras cosas, una mejor instrucción militar sobre el deber de desobedecer órdenes ilegítimas; hubo condenas de oficiales que abusaron contra la población vietnamita por parte de la justicia civil –después de los respectivos fallos de las cortes marciales–, como las recaídas en "United States v. Goldman"[34]; "United States v. Calley"[35], y fallo de la Corte Federal de Apelaciones del 5° Circuito del 10 de septiembre de 1975 (en la que expresamente se rechazó la defensa de obediencia a órdenes evidentemente ilegítimas, aun cuando hubiera error sobre su legitimidad); la instrucción al jurado del coronel Kenneth en el juicio militar "United States v. Medina"[36] (en la que se estableció la responsabilidad de los camandantes por los actos de sus subordinados y el principio de que la guerra

[34] 43 C.M.R. 711.

[35] 46 C.M.R. 1131, 22 U.S.M.A. 538.

[36] C.M. 427 162.

tiene límites establecidos por leyes, convenciones internacionales y principios humanitarios).

Desde ya que, como estas decisiones presuponen, la jurisdicción militar está en Estados Unidos mucho más restringida que lo que tradicionalmente estuvo en nuestro país: la Suprema Corte limitó severamente la jurisdicción de los tribunales militares por ser de índole administrativa, respondiendo al art. I (equivalente a nuestro art. 67, inc. 23) y no al art. III (ver 10 U.S.A.C. 826) y la ley de justicia militar del 6 de diciembre de 1983 permitió a los jueces federales la revisión de las decisiones de los tribunales militares.

Para dar un ejemplo europeo sobre la misma cuestión, en Francia el nuevo Código de Justicia Militar, aprobado por decr. 82/984, del 19 de noviembre de 1982, siguiendo lo establecido por la ley 82/621 del 21 de julio de 1982, deroga la justicia militar en tiempos de paz, pasando tales cuestiones a la justicia ordinaria.

Entre los casos tratados por tribunales internacionales en materia de lesiones a la vida y la integridad corporal, merece especial mención por su carácter ejemplificador el caso "Tyrer" fallado por la Corte Europea de Derechos Humanos el 18 de enero de 1978: se trataba de una denuncia de Irlanda contra Gran Bretaña por su tratamiento de prisioneros del IRA en Irlanda del Norte: la Corte condenó a Gran Bretaña por la aplicación sistemática de cinco técnicas de interrogatorio, a las que consideró prácticas de tortura.

Sin perjuicio de los avances de nuestra práctica constitucional en los primeros años de la transición hacia las limitaciones del poder que, como se ve en el caso de la práctica norteamericana, impone un liberalismo pleno en protección de bienes tan básicos como los de la vida y la integridad corporal, parece conveniente profundizar esos avances. Es de esperar que la Corte Suprema de Justicia, a pesar de su lamentable ampliación, no mantenga su nueva doctrina sobre los gobiernos *de facto* respecto de las muchas normas de ese origen que todavía subsisten; que siga avanzando sobre la justificabilidad de decisiones políticas que pueden afectar los derechos individuales –como las que se refieren al estado de sitio–; que fortalezca los recursos de hábeas corpus y de amparo, liberalizando sus presupuestos; que mantenga la constitucionalidad de las convenciones internacionales en protección de los derechos humanos –especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos–; que mantenga los límites a la jurisdicción militar, insistiendo en su contralor por los tribunales del art. 94; que preserve una interpretación restringida de la obediencia debida.

Hay muchas de éstas y otras cuestiones que son esenciales para prevenir una violación masiva de los bienes constituidos por la vida y la integridad corporal que requieren todavía de una actividad le-

gislativa. Por ejemplo, cuando se sancionó la ley llamada de "obediencia debida", se aclaró que ella se refería sólo a los actos cometidos en el pasado –durante la vigencia del antiguo art. 514 del Cód. de Justicia Militar– y que no debía sentar precedente para el futuro, anunciándose la formulación de una legislación prospectiva que fijara los límites de la obediencia; esa legislación no se ha producido, y seguramente no hay suficiente claridad acerca de los límites de la obediencia a órdenes.

Muchas de estas cuestiones deberían ser consideradas para plasmar textos constitucionales, en oportunidad de una futura reforma de la Constitución vigente: la no validez *a priori* de las normas *de facto* y la responsabilidad inderogable de quienes colaboran para establecer o para ejercer un gobierno *de facto*; la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y la imposibilidad de hacerlos objeto de amnistías e indultos; la restricción severa de los alcances del estado de sitio y de la posibilidad de establecerlo; la facilitación y la ampliación de las acciones de hábeas corpus y amparo, aun frente al estado de sitio; la limitación de la actuación de las Fuerzas Armadas en conflictos internos; el control por parte de la justicia federal de la actuación de tribunales militares y la restricción de la jurisdicción de éstos a delitos o faltas militares; la exclusión de toda justificación o excusa por la obediencia a órdenes evidentemente ilegítimas; la prevalencia de las convenciones internacionales en materia de derechos humanos sobre cualquier norma interna que se le oponga y la legitimidad de la jurisdicción suprema de tribunales internacionales en materia de derechos humanos, etcétera.

b) *La pena de muerte.* Otro caso en que el bien de la vida puede ponerse institucionalmente en peligro es a través de la pena capital impuesta legalmente. Como se sabe, la Constitución nacional prohíbe en su art. 18 la pena de muerte por causas políticas, pero no la excluye explícitamente para otros casos. La tradición jurídica argentina ha sido, en general, contraria a la pena de muerte, aunque las excepciones son numerosas (recordemos la que está establecida en el Código de Justicia Militar para delitos como traición, art. 621; provocación de hostilidades internacionales, art. 638; rebelión militar frente al enemigo, art. 643; ataque a un superior frente a tropas, art. 656; desobediencia calificada, art. 677, etcétera). También hay que recordar las leyes antisubversivas dictadas durante el último gobierno *de facto* (no está de más rememorar, asimismo, las ejecuciones ordenadas durante el gobierno *de facto* iniciado en 1955 contra el grupo rebelde encabezado por el general Valle). Además de estas excepciones, el tema de la pena de muerte cobra actualidad de tanto en tanto, cuando se propone su implantación para algunos delitos, como el de tráfico de drogas.

Los principios liberales de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona que, como se ha tratado de mostrar en el cap. I, ap. F, deben controlar la reconstrucción de nuestra práctica constitucional, no parecen, *prima facie*, excluir la pena de muerte. En efecto, como he tratado de argumentar en otro lugar[37], estos principios permiten justificar la actividad punitiva del Estado cuando se dan las siguientes condiciones: *1º*) la regla penal que permite esa actividad es un instrumento necesario y eficaz para minimizar los ataques y peligros a la autonomía personal, tomando en cuenta que las penas mismas afectan, como es obvio, la autonomía de los destinatarios de ellas; *2º*) la regla penal en cuestión está dirigida a prevenir daños a la autonomía de personas distintas al propio agente, excluyéndose las que tienen, por el contrario, un carácter perfeccionista, y *3º*) la persona a quien se aplica la pena ha *consentido* en asumir la respectiva responsabilidad penal, en el sentido de que ha realizado un acto voluntario (la comisión de un delito), con conciencia de que la pérdida de la inmunidad contra esa pena es una consecuencia normativa necesaria del acto en cuestión (que es lo mismo que se exige para que haya consentimiento válido, de acuerdo con el principio de la dignidad de la persona, en la esfera de los contratos o del matrimonio). Estas tres condiciones parece que se podrían dar en el caso de la pena de muerte si se respetan las exigencias de reserva, antijuridicidad y culpabilidad.

Sin embargo, un análisis un poco más cuidadoso de las implicaciones de la actividad de privar institucionalmente de la vida a miembros de la sociedad civil hace dudar de la conclusión anterior. Ante todo, el primer requisito de protección prudencial de la sociedad –en la forma de maximización de la autonomía con que cuentan agregativamente los miembros de esa sociedad– raramente se da en el caso de la pena de muerte. Hay que tomar en cuenta en el cálculo de consecuencias de este tipo de pena los efectos deletéreos que según resaltan permanentemente sociólogos, psicólogos y antropólogos, la aplicación de esta pena tiene para la sociedad en conjunto: la banalización de la muerte burocráticamente dispuesta con sus efectos demostrativos, la tendencia a buscar la fama y el martirio asociados con una ejecución estatal que lleva a alguna gente a cometer delitos, el estigma que este tipo de pena proyecta hacia los allegados del ejecutado, etcétera. Frente estos efectos negativos que es necesario poner en balance, se insiste que la mayor capacidad preventiva de la pena capital frente a otras penas, como la prisión perpetua, no ha sido en absoluto demostrada.

[37] Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. III.

Pero, en segundo lugar, hay otro argumento, más oscuro pero al mismo tiempo más profundo, que podría descalificar la legitimidad de la pena de muerte, cualesquiera sean sus efectos empíricos y contingentes. El consentimiento requerido por la segunda exigencia mencionada antes –que tiende a que, recurriendo al principio de dignidad de la persona, no se infrinja el principio de inviolabilidad mediante el sacrificio de algunos individuos en aras de la maximización de la autonomía agregativamente considerada– parece tener un límite infranqueable: ese límite está dado por situaciones normativas que implican, de hacerse efectivas, que el individuo queda excluido de la comunidad de deliberación colectiva presupuesta por nuestra práctica constitucional, impidiéndose así su participación insustituible en un proceso continuo de justificación. La prohibición de excluir a alguien de la discusión moral, aun con su consentimiento, haciendo imposible la consideración imparcial de sus intereses, es todavía más básica que el propio principio de dignidad de la persona que funda la validez de ese consentimiento, ya que es una precondición para la conformación de esa práctica de discusión moral de cuyos presupuestos se derivan, como vimos, los principios básicos de moralidad social, como el de dignidad de la persona.

Aunque estas cuestiones son sumamente complejas y requieren ulteriores tratamientos, las consideraciones anteriores parecen ofrecer alguna base para sostener que la previsión de la pena de muerte está en tensión con una práctica constitucional reconstruida alrededor de ideas como la de la deliberación colectiva, como fuente de legitimidad política, y la de minimización de daños sociales, como exigencia de racionalidad.

Por falta de casos recientes de penas de muerte aplicadas legalmente, no hay precedentes relevantes en nuestro país sobre la constitucionalidad de la pena de muerte. Como se sabe, en los Estados Unidos tal constitucionalidad es sumamente controvertida a la luz de la enmienda de la Constitución de aquel país que prohíbe las penas crueles e inusuales.

En "Furman v. Georgia"[38], que comprendió en realidad tres casos de procesados negros condenados a la pena capital, la Corte Suprema de Estados Unidos se dividió ampliamente sobre la constitucionalidad de esa pena aplicada en la forma en que lo fue en el caso. La mayoría sostuvo que la pena capital había sido impuesta en una forma arbitraria, infrecuente y obviamente discriminatoria. Dos de los jueces que conformaron la mayoría, Brennan y Marshall, sostuvieron que, para que una pena pase los *tests* constitucionales ella debe satisfacer varias condiciones (no debe ser tan severa como

[38] 408 US 238, 1972.

para degradar la dignidad de los seres humanos, no debe ser desproporcionada, no debe ser inaceptable para la sensibilidad de la sociedad contemporánea, no debe ser arbitrariamente impuesta) y la pena de muerte no pasa esos *tests*, sobre todo teniendo en cuenta que su mayor eficacia preventiva no ha sido probada. Otros jueces integrantes de la posición mayoritaria objetaron, en cambio, que la discreción que se daba a los jurados para imponer la pena de muerte o la de prisión perpetua presuponía que no era necesaria y permitía una aplicación discriminatoria.

En "Greggs v. Georgia" [39] la Corte dispuso que, para imponer la pena capital el jurado debería verificar alguno de una serie de factores agravantes, como que el condenado tuviera antecedentes graves, que creara con su acto un riesgo para más de una persona, que tuviera fines de lucro, que el asesinato fuera horrendamente vil, que fuera cometido contra un agente de seguridad, etcétera. En "Lockett v. Ohio" [40], la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la imposición de la pena de muerte era inconstitucional si no hubo oportunidad, en el proceso, de considerar circunstancias mitigantes. Pero más tarde, la Corte admitió la constitucionalidad de una pena capital dictada en contra de un menor de dieciséis años.

Dada la tradición de nuestro país en esta materia, creo que podemos ir aún más lejos que la jurisprudencia norteamericana y declarar la inconstitucionalidad de la pena de muerte sobre la base de que ella es incompatible con los presupuestos del sistema de derechos y garantías de nuestra Constitución, de acuerdo con el art. 33: todos esos derechos presuponen que nadie puede ser sacrificado hasta el extremo de que su punto de vista no pueda ser tomado más en cuenta, como ocurre cuando se suprime la vida de un individuo (obsérvese que el punto de vista del delincuente es tomado en cuenta en el caso de las cárceles, cuando en el art. 18 se dispone que "serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas"). Una eventual reforma constitucional debería ser explícita en la abolición de la pena de muerte para cualquier delito, como lo ha hecho la Constitución española de 1978. De cualquier modo, y, mientras tanto, la pena de muerte está prácticamente excluida de nuestro ámbito por la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 4°, inc. 2°, no sólo se limita la pena capital a delitos graves sino que prohíbe extenderla a delitos por los que estaba prevista al momento de firmarse la Convención y en el inc. 3° se prohíbe restablecerla en países que la hubieran abolido.

[39] 428 US 153, 1976.

[40] 438 US 598, 1978.

Es de destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una opinión consultiva que involucraba a Guatemala, sostuvo que en el hecho de haber hecho una reserva genérica no empece la prohibición absoluta de establecer la pena de muerte para delitos respecto de los cuales estaba excluida al momento de firmarse la Convención.

En el año 1990, el Poder Ejecutivo Nacional, contradiciendo todas las tendencias humanitarias y las obligaciones internacionales del país, envió al Congreso un proyecto por el que se reintroduce la pena de muerte para algunos delitos, formulando al mismo tiempo una consulta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la posibilidad de una denuncia parcial de la Convención. Aun cuando luego el proyecto fue retirado ante la previsión de que no sería aprobado por el Congreso, el gesto es preocupante por la falta de sensibilidad al estado de la conciencia moral contemporánea en las democracias liberales, por la falta de atención a los argumentos científicos sobre el escaso poder preventivo de la pena de muerte, y por la actitud de ligereza respecto de las convenciones internacionales de las que el país es parte.

c) *El aborto.* Otro caso en que es argumentable que nuestra práctica jurídica e institucional pone en riesgo la vida y la integridad física de seres humanos es el del aborto.

Es casi imposible encarar este tema del aborto sin aludir directa o indirectamente en la discusión a concepciones del bien, que en muchos casos tienen un componente religioso. Sin embargo, el principio de autonomía de la persona que orienta esta propuesta de reconstrucción de la práctica constitucional argentina hacia un liberalismo social y democrático –y que tiene expresión en la protección de las acciones privadas de la gente– veda tomar en cuenta, para la conformación de tal práctica, tales ideales del bien personal, tengan o no componentes religiosos. Debe evitarse, por ende, que los argumentos tanto para defender la actual práctica que permite la prohibición legal del aborto, como de hecho ocurre, o su desincriminación, como para defender la revisión de esa práctica– sea en el sentido de proteger constitucionalmente la vida fetal, sea en el de habilitar constitucionalmente el aborto– estén teñidos de alusiones a una particular concepción del bien.

Creo conveniente que en esta añeja discusión se tomen en cuenta una serie de convicciones intuitivas que, según me parece, comparten una ancha franja de la comunidad moral argentina:

1) El feto, aun en su etapa de desarrollo más temprano, no debe ser tratado como una simple tumoración; deben haber *razones* para separarlo del organismo que lo alberga y poner fin a su vida.

2) El feto, salvo, tal vez, en su etapa de evolución más tardía, tiene un *status* moral diferente que el niño ya nacido; aun los más fervorosos partidarios de la punición del aborto no proponen que él sea castigado con la misma pena que el homicidio o que la del infanticidio.

3) Así como hay una diferencia moral entre el aborto y el infanticidio, hay también una diferencia moral entre el aborto y el empleo de anticonceptivos, que refleja una diferencia de *status* moral entre el feto y los espermatozoides y óvulos que se unen para constituirlo; ni aun los más decididos oponentes al empleo de métodos anticonceptivos proponen castigar ese empleo con la pena del aborto y, menos aún, con la del homicidio.

4) Hay una diferencia moral en la admisibilidad del aborto según sea el grado de voluntariedad del acto sexual que condujo a la concepción: no es lo mismo el aborto que pone fin a un embarazo resultante de una violación que el que concluye el que resultó de un acto sexual voluntario, y no es lo mismo cuando el acto sexual se realizó en condiciones en que se emplearon medios anticonceptivos, pero éstos fracasaron o no se pudieron emplear por ser inasequibles, que cuando hubo despreocupación o negligencia en el no empleo de medios anticonceptivos disponibles.

5) Hay un límite en las cargas o perjuicios que es legítimo moralmente exigir a una mujer embarazada con tal de que no aborte: aun los oponentes acérrimos del aborto suelen admitirlo cuando corre un serio peligro la vida de la madre; todavía puede haber consenso, aunque tal vez con menor alcance, cuando la madre resulte gravemente disminuida en su salud física o mental; y quizá los mismos argumentos harían admitir a muchos que el aborto, sobre todo en los primeros meses, sería admisible cuando los proyectos vitales de la mujer resultaran seriamente frustrados.

Además de estas intuiciones tenemos que tener en cuenta esta distinción entre tres planos diferentes: *a*) el primero de ellos está constituido por la cuestión de si el feto, en alguna o en todas sus etapas, tiene el valor y dignidad de las personas morales, análogo –aun cuando se admitan diferencias de grado– al de los seres humanos ya nacidos; Dworkin sostiene[41] que ello no es relevante para la determinación de la constitucionalidad de la prohibición del aborto sino que lo que importa es si el feto es una "persona constitucional" (sin embargo, ello se debe a su posición que examinamos y rechazamos en el cap. I, ap. B, según la cual las consideraciones constitucionales son en parte independientes de las conclusiones morales); *b*) el se-

[41] Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously in the Abortion Case*, en "Ratio Iuris", mar. 1990, vol. 3, nº 1.

gundo plano consiste en la cuestión de quién está obligado a proteger y preservar esa entidad valiosa que sería el feto si se responde afirmativamente a la pregunta anterior, y cuáles actos u omisiones implican responsabilidad moral por su eliminación, y *c*) el tercer plano está constituido por la pregunta acerca de si se justifica la interferencia estatal por vía punitiva o de otra índole con las acciones u omisiones que, de acuerdo con la posible conclusión del interrogante anterior, implican responsabilidad moral por eliminar un feto.

Como se advierte, hay una relación de implicación asimétrica entre las respuestas a estas tres preguntas: cada una de las siguientes presupone una respuesta afirmativa a la pregunta precedente, pero una respuesta afirmativa a cada pregunta no implica análoga respuesta a las sucesivas. En otras palabras, defender la punibilidad del aborto implica sostener la responsabilidad por la conducta de eliminar al feto, al que a su vez se presupone valioso; pero asignar valor al feto no implica necesariamente adjudicar responsabilidad por una cierta conducta cuya omisión hubiera preservado al feto, ni mucho menos propiciar la punibilidad jurídica de esa conducta.

Con este instrumental de intuiciones y distinciones conviene comenzar por prestar atención al valor que los partidarios de la permisibilidad jurídica, y aun moral, del aborto alegan defender. Ese bien es el de la autonomía personal que está afectado por las limitaciones a la libre elección y materialización de planes de vida implícitos en las restricciones que para la madre presupone el embarazo, la crianza del hijo una vez nacido –lo que también puede disminuir la autonomía del resto de la familia–, y las restricciones de las relaciones sexuales si no hubiera métodos disponibles y eficaces de anticoncepción y se quisiera impedir el aborto.

Pero esta lesión real y efectiva a la autonomía de los progenitores, sobre todo de la madre, sería ínfima si el aborto implicara la eliminación total y definitiva de la autonomía de otra persona moral. Aquí es donde entra la cuestión del valor moral del feto. Es obvio que, en los primeros meses de gestación, el feto no tiene las condiciones psíquicas necesarias para gozar de los diferentes aspectos de los derechos fundamentales según vimos al principio de este apartado. Ni puede elegir o materializar planes de vida, ni puede adoptar decisiones, ni tiene capacidad para sentir placer o dolor, ni tiene autoconciencia como un ser independiente y separado.

A medida que el sistema nervioso del feto se va desarrollando aparece, posiblemente en los últimos meses de gestación, alguna capacidad sensitiva, aunque es obvio que, ni siquiera con el nacimiento, sino recién con la evolución ulterior van apareciendo las restantes capacidades. Es claro, por lo tanto, que si exigimos la presencia de las condiciones psíquicas que permiten gozar de los derechos in-

dividuales, el feto no sería en absoluto una persona moral, por lo menos en sus primeros meses de gestación. Si fuera éste el caso, cualquier lesión a la autonomía de la madre que se pudiera impedir eliminando el feto estaría justificada. Sin embargo, el mismo argumento podría emplearse para justificar matar en forma indolora a los recién nacidos, a las personas inconscientes, a los deficientes mentales, etcétera.

Para impedir la inferencia anterior se ha recurrido a la idea de *potencialidad*, alegándose que por lo menos los recién nacidos y los temporariamente inconscientes tienen potencialmente las condiciones que permiten gozar de los derechos básicos. Lo mismo se ha sostenido respecto de los fetos, ya que parece haber sólo una diferencia de grado entre el proceso que permite que ellos se conviertan en personas autónomas y el que media entre la niñez y la vida adulta y el que permite que se recobre la conciencia, en el caso del sueño, un desmayo o un coma pasajero.

Algunos autores como Feinberg[42] y Singer[43] sostienen que el ser una persona moral potencial sólo fundamenta la adscripción de derechos potenciales y no efectivos, pero, sin embargo, lo cierto es que estamos dispuestos a reconocer a los niños e inconscientes derechos plenos. Más fructífera parece ser la distinción que hacen autores como Warren[44] entre alguien que es sólo potencialmente capaz y alguien que es actualmente capaz aunque su capacidad esté temporariamente inactiva (en la sugestiva comparación de Warren, un auto temporariamente sin nafta no es un auto potencial). Esto se ve claro en el ejemplo fantasioso que toma en cuenta Tooley[45]: si inyectándole una sustancia al cerebro de un gatito, éste pudiera pensar y sentir como un ser humano, sería inadmisible excluir a los gatitos que, gracias a la inyección, piensan y sienten como los hombres, de la protección que se otorga a la vida humana, pero lo mismo no sería aplicable a los gatitos que no han sido inyectados, ni sería obligatorio inyectar la sustancia en cuestión al cerebro gatuno.

Como dice Tooley, si no es malo iniciar un proceso causal no puede ser malo interferir con él, por lo que no se ve qué objeción habría en contra de neutralizar los efectos de la inyección ya aplicada en el cerebro de un gato, antes de que se manifiesten los efectos que, en esta hipótesis, lo asimilarían a un ser humano.

[42] Feinberg, J., *Harm to Others*, p. 94 y siguientes.

[43] Singer, Peter, *Practical Ethics*, cap. 6.

[44] Warrem, Mary, *On the Moral and Legal Status of Abortion*, en "The Monist", 57 (1973), p. 43-51.

[45] Tooley, Michael, *Abortion and Infanticide*, en "Philosophy and Public Affairs", 2 [1972-3], 37-65.

Las dudas sobre la extensión al feto de la personalidad moral del individuo autónomo, autoconsciente y sensible, sobre la base de la potencialidad de este último de convertirse en aquél, se combinan con las que despierta el presupuesto de aquella extensión de que el feto y ese individuo son diversas etapas del *mismo* ente. Este presupuesto está basado en un criterio de identidad personal que toma en cuenta la continuidad del desarrollo físico. Pero un tal criterio que no tome en consideración componentes mentales, como son la conexidad y continuidad psicológica, dadas por relaciones entre fenómenos como recuerdos, intenciones, actitudes, etc., ha sido criticado fuertemente por autores como Parfit con argumentos fundados[46] (los casos hipotéticos o reales de trasplante o división de cerebros hacen dudar sobre cualquier criterio de identidad personal fundado exclusivamente sobre la continuidad corporal).

Estos criterios de identidad, que toman en cuenta relaciones psicológicas, implican que la identidad personal no es una cuestión de todo-o-nada sino de grado. Si ellos se aplican al caso del feto y del ser humano adulto, llevan a la conclusión de que difícilmente se pueda afirmar una identidad plena entre ambos, dada la imposibilidad de adscribir estados mentales al primero, principalmente en los primeros meses de gestación. Aun quienes hacen prevalecer los componentes físicos en los criterios de identidad personal, como Perry[47], se basan en la subsistencia del mismo cerebro, lo que no es aplicable al feto de pocas semanas.

De modo que el análisis apropiado de este tema requiere dar los siguientes pasos:

a) Debemos preguntarnos primero qué es lo que hace valiosa la protección de las personas morales y si los fetos reúnen en sus diversos grados de desarrollo esas propiedades. La respuesta es que lo que determina la protección de las personas morales es la capacidad separada de adoptar y materializar planes de vida y la de sentir placer y dolor, capacidades que, en el caso de la primera, no se dan en ningún estadio de la evolución del feto, ni siquiera se da en realidad en los niños pequeños y, en el caso de la segunda, sólo se da en las etapas ulteriores del desarrollo del feto.

b) El segundo paso es preguntarnos si hay algún tipo de relación que permite extender la protección que se da a un ente que tiene las características de la persona moral a quien no la tiene, como ocurre en el caso de los niños respecto de la autonomía que todavía no poseen. La respuesta es que una relación que permite esa pro-

[46] Parfit, *Reasons and Persons*, parte tercera.

[47] Perry, John, *A Dialogue on Personal Identity and Immortality*.

yección es la de *identidad*; parece plausible conceder a un ente la protección que merecen las personas morales, aun en etapas de su desarrollo en que no tienen las propiedades distintivas de tales personas, si es el *mismo* ente que tuvo o que tendrá tales propiedades en otras etapas de su desarrollo. Sin embargo, la identidad en el caso de las personas requiere, como vimos, no, o no solamente, continuidad física, sino continuidad psíquica o sea continuidad de intenciones, recuerdos, deseos, creencias, etcétera. Cuando este criterio de identidad se aplica al feto respecto de la persona autónoma que emergerá en el futuro, resulta que no solamente el feto en sus grados de mayor maduración tiene procesos psíquicos que podrían determinar una identidad con esa persona, pero sólo una identidad "disminuida" (ya que este criterio, como vimos, permite diversos grados de identidad), sino que, en los primeros momentos de gestación no es idéntico en absoluto con esa persona autónoma, ya que no tiene la vida psíquica necesaria como para que haya alguna continuidad de los procesos mentales.

c) Podría sostenerse que el valor de las personas autónomas se proyecta hacia entes que no lo son no sólo cuando son idénticos, sino también cuando tales entes guardan con estas personas una relación más débil, que es la relación de *convertirse en*. Aunque un ente no sea idéntico con otro ente que es valioso, el primero, se podría argumentar, se beneficia reflejamente con el valor del último si puede convertirse en este último. De este modo, aunque el feto no sea idéntico a la persona autónoma en sus primeros meses de gestación es algo que se convertirá naturalmente en esa persona autónoma y, por lo tanto, se beneficia con su valor.

Sin embargo, la fuerza de este argumento depende del presupuesto expresado por el adverbio "naturalmente": sólo estamos dispuestos a transferir el valor de algo valioso a lo que tiende a convertirse en él por un proceso espontáneo de la naturaleza. No ocurre lo mismo con lo que puede convertirse en algo valioso por la acción voluntaria de otra gente, como ocurre por ejemplo con los óvulos y espermatozoides con respecto al feto (o, en otro plano, con el mármol que un escultor puede convertir en una hermosa escultura). Empero, esta diferencia no se justifica bajo el presupuesto de una concepción ética liberal, que así como toma distancia crítica de las convenciones sociales, debe evitar sacralizar los procesos naturales: el que el feto en los primeros meses se convierta naturalmente en un feto más desarrollado y luego en un niño y, más tarde, en una persona autónoma, no debe ser más relevante moralmente que si el proceso necesitara de la acción voluntaria de seres humanos; en realidad necesita de la *omisión* voluntaria de seres humanos.

Si a las cosas que, por acción u omisión voluntaria de agentes humanos, pueden convertirse en algo valioso o en objetos idénticos

a objetos valiosos (como ocurre con el ejemplo del mármol respecto de la estatua terminada), no tienen el mismo valor sino un valor considerablemente menor al de estas últimas cosas, lo mismo debería ocurrir –a pesar de nuestras intuiciones no críticas que sacralizan la naturaleza– con las cosas que naturalmente se convierten en cosas valiosas. Esto es aplicable a los fetos en los primeros meses del embarazo: ellos no tienen las propiedades de las personas morales, tampoco tienen las propiedades que determinan una identidad de cualquier grado con tales personas morales; ellos simplemente son objetos que por un proceso natural se convertirán primero en entes idénticos a personas morales y luego en personas morales. Merecen el grado de protección menor que merecen entes que pueden ser objeto de acciones u omisiones voluntarias, tendientes a convertirlos en entes valiosos; en este caso –como los óvulos y espermatozoides– son entes que tienen el valor de poder ser objeto de las decisiones activas o pasivas de los padres dirigidas a convertirlos en personas protegidas.

Si combinamos lo que hemos visto someramente acerca de la diferencia entre quienes tienen actualmente las capacidades para gozar de los derechos fundamentales –aun cuando esas capacidades no sean momentáneamente ejercidas– y quienes sólo son potencialmente capaces con una visión gradual, y en parte basada en la continuidad y conexidad psíquica, de la identidad personal, es razonable concluir que el valor de una persona moral desarrollada sólo se proyecta parcialmente al feto. Y esa proyección es decreciente en la medida que él esté en etapas más tempranas de su desarrollo. Cuanto más inmaduro sea un feto más tenue es su identidad con el individuo que tendría los atributos fácticos de la personalidad moral y más remoto está de adquirir las capacidades relevantes, aunque sea en estado de latencia, hasta llegar a un grado en que la relación de identidad se desvanece y pasa a ser una mera relación de "susceptible de convertirse en", que debe tener el mismo valor de proyección, tanto si está basada en un proceso natural como si lo está en uno voluntario. Esto proporciona una adecuada gradación valorativa que satisface las intuiciones mencionadas antes sobre el mayor respeto que merece el feto en comparación con el óvulo y el espermatozoide que pueden constituirlo, el menor respeto que merece en comparación con el niño recién nacido, y el creciente respeto a que se hace acreedor a medida que avanza el proceso de gestación.

La precedente visión gradualista sobre el valor del feto permite hacer jugar de manera apropiada las consideraciones relativas al sacrificio de los padres, especialmente de la madre, y a la intervención en la concepción de un acto sexual más o menos voluntario y consciente. Este balance de consideraciones relacionadas con el mayor o menor valor del feto, las cargas que la abstención del aborto, em-

barazo y crianza implican para los progenitores y la mayor o menor voluntariedad y conciencia de la concepción inciden en la segunda pregunta sobre la responsabilidad por la preservación de ese feto. Así como en el caso de un niño nacido, la involuntariedad de la gestación es irrelevante y sólo un peligro grave e inminente para la vida de la madre puede justificar su sacrificio, en la situación de un feto que se encuentra en los últimos meses de gestación sólo un serio gravamen para la madre, sobre todo cuando la gestación no ha sido voluntaria y consciente, puede justificar el aborto. En cambio, cuando el embarazo es muy reciente basta para hacer admisible el aborto el que el nacimiento perturbara la vida de la madre o que ella no se encontrara en condiciones adecuadas para criar al niño, sobre todo cuando el embarazo no ha sido intencional o previsible. En todo caso, la conexión, aun leve, entre el feto y una eventual persona moral lo hace merecedor del mínimo respeto que se confiere, incluso, a los cadáveres de seres humanos; debe haber alguna razón para destruirlo en términos de bienestar o consentimiento.

Por cierto que estas consideraciones son relevantes pero no decisivas para responder a la tercera cuestión sobre la prohibición y punibilidad jurídica del aborto. En aquellos casos en que el aborto es moralmente incorrecto –cuando el feto está considerablemente desarrollado, las consecuencias gravosas para la madre son ligeras y la concepción no fue accidental– hay una razón para procurar prevenirlo por medio de la amenaza de sanciones penales o de otros medios jurídicos persuasivos, siempre que se den las condiciones generales que hagan legítimo el empleo de estos medios –el que la pena sea un medio necesario y efectivo para evitar males sociales mayores y que la persona sujeta a ella haya consentido asumir la respectiva responsabilidad penal a través de la realización de un acto voluntario con conocimiento de que tal responsabilidad es una consecuencia normativa necesaria–[48]. Sin embargo, hay consideraciones de otra índole que pueden hacer desaconsejable recurrir a técnicas punitivas para prevenir abortos moralmente incorrectos. Una de esas razones es el carácter seriamente intrusivo de la intimidad que tiene la investigación de un aborto, lo que puede servir para promover diferentes abusos de funcionarios y chantajes de particulares. Más importante que esta razón es la desigualdad a la que la punición del aborto somete a las mujeres pobres, que son generalmente las únicas que corren riesgo de ser procesadas por el delito en cuestión al verse obligadas a abortar en condiciones sumamente precarias, que luego conducen a lesiones que deben ser atendidas en hospitales públicos, cuyos médicos, al ser funcionarios públicos, están obligados a de-

[48] Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*.

nunciar tales hechos; nada de eso ocurre en el caso de mujeres pudientes, quienes pueden abortar en condiciones de seguridad que les garantizan también la impunidad. De ahí la trascendencia del fallo "Natividad Frías" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, del 21 de agosto de 1966, que consideró que las mujeres que se ven conducidas al proceso penal en las condiciones mencionadas están en una situación análoga a la de quien se vio forzada a declarar contra sí mismo, por lo que deben ser exentas de pena.

Como se sabe, en la Argentina la Constitución nacional no contiene norma alguna de la que se infiera la legitimidad o la ilegitimidad de la punición del aborto. Él está, sin embargo, penado por los arts. 85 y 86 del Cód. Penal –con menor pena cuando es consentido o cometido por la mujer–, con las excepciones del llamado "aborto sentimental" –cuando el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor contra una mujer idiota o demente– y de "aborto terapéutico" –cuando se hace para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre cuando ese peligro no puede ser evitado para otros medios–. La tentativa de aborto realizada por la propia mujer no es punible. Hay constituciones provinciales –como la nueva Constitución de Córdoba en su art. 4°– que protegen la vida desde su concepción. También la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054) declara que la vida está protegida desde la concepción.

La tendencia mundial en materia de aborto es a una creciente permisibilidad (por más que ahora se advierta cierta presión en la dirección opuesta); el Uruguay, junto a Suecia y Dinamarca, fue precursor en esa tendencia, habiendo sancionado la no punibilidad del aborto en 1934. En España el Tribunal Constitucional dictó, el 11 de abril de 1985, una sentencia por la que declaró inconstitucional la ley que despenalizaba el aborto en casos de grave daño para la vida o la salud de la embarazada (aborto terapéutico), o cuando el embarazo es consecuencia de una violación (aborto ético) o cuando fuera probable que el feto hubiera de nacer con graves taras físicas o psíquicas (aborto eugenésico). La declaración del Tribunal se hizo, no obstante, partir del presupuesto de que el derecho a la vida del feto no es absoluto y debe ponerse en balance con el derecho a la dignidad de la madre, por lo que la despenalización del aborto terapéutico, ético y eugenésico puede ser perfectamente constitucional. En cambio, el Tribunal Constitucional consideró que la ley, tal como estaba proyectada, no daba garantías suficientes para tomar en cuenta el valor de la vida del feto en ese balance: por ejemplo, en el caso del aborto terapéutico y eugenésico no se preveía la intervención de un médico para practicar el aborto y certificar la existencia

del supuesto que la ley disponía. También observa la decisión que el proyecto debería disponer que el aborto se lleve a cabo en un establecimiento sanitario público o privado autorizado al efecto. El proyecto es también objetado por omitir disposiciones sobre la objeción de conciencia en materia de aborto. Se observa también que debe preverse, en los casos de aborto eugenésico y terapéutico, el consentimiento del padre. De cualquier modo, el Tribunal aclara que no sería inconstitucional la despenalización de la conducta de la mujer aun si no se satisfacen los requisitos anteriores.

Tras esta sentencia se dictó la ley orgánica del 5 de julio de 1985, que modifica el Código Penal español, introduciendo el art. 417 *bis*.

Éste despenaliza el aborto cuando es practicado por un médico con consentimiento expreso de la mujer embarazada (salvo en caso de riesgo para su vida), cuando se dan estas circunstancias: *a*) que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada; *b*) que el embarazo sea consecuencia de violación y se practique dentro de las doce semanas; *c*) que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas y se practique dentro de las veintidós semanas.

En el caso "Morgentaler" del 28 de junio de 1988 la Corte Suprema de Canadá decidió, por una mayoría de cinco contra dos, que la ley que penalizaba el aborto era inconstitucional. Como dijo el presidente de la Corte, Dickson, "la interferencia estatal con la integridad corporal y el *stress* serio provocado por el Estado, al menos en el contexto del derecho penal, constituye una violación de la seguridad de la persona... El forzar a una mujer, bajo amenaza de una sanción penal, a llevar el embarazo a término a menos que satisfaga ciertos criterios no relacionados con sus prioridades y aspiraciones, es una interferencia profunda con el cuerpo de la mujer y, por lo tanto, una infracción a la seguridad de la persona". Por su parte, la jueza Bertha Wilson sostuvo: "la secc. 251 del Cód. Penal, que limita el acceso de la mujer embarazada al aborto, viola su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona dentro del significado de la secc. 7ª de la Carta de un modo que no se compadece con los principios de justicia fundamental... El derecho a la libertad contenido en la secc. 7ª garantiza a cada individuo el grado de autonomía personal sobre importantes decisiones que afectan íntimamente su vida privada. La decisión de la mujer de terminar con su embarazo cae dentro de las decisiones protegidas. Es una decisión que refleja profundamente la forma en que la mujer siente acerca de ella misma y de su relación con otros y con la sociedad en su conjunto. No es simplemente una decisión médica; también es una decisión profunda de naturaleza ética y social".

En Estados Unidos la permisibilidad del aborto varía según la legislación de cada Estado. En el famoso caso "Roe v. Wade"[49] la Corte Suprema norteamericana debió encarar el caso de una madre soltera que solicitó se le autorizara abortar en su Estado de Texas en condiciones de seguridad, no obstante que la legislación del Estado sólo autorizaba el aborto cuando la vida de la madre estuviera en peligro. El juez Blackmun, por la mayoría, sostuvo que las leyes prohibitivas del aborto tendían, en general, a castigar a las mujeres que tuvieran relaciones sexuales fuera del matrimonio o a protegerlas contra métodos abortivos inseguros, pero ninguna de tales consideraciones podía tomarse en cuenta en el momento de esa decisión. Agregó Blackmun que el derecho de la mujer a tomar en cuenta para autorizarla a abortar es el de privacidad, que estaba reconocido desde 1891 como implícito en la declaración de derechos norteamericana. No obstante, ese derecho debe ponerse en balance con la vida humana potencial involucrada en el feto, aunque éste no sea una persona moral. Este balance de intereses, lleva a distinguir tres períodos: en el primer trimestre de embarazo, la privacidad de la madre es prevalente, y el médico que la atiende es libre de determinar en consulta con ella si el embarazo debe concluir. En el segundo trimestre de embarazo, la legislación estatal puede regular el aborto tomando en cuenta los riesgos que el aborto puede implicar para la vida o la salud de la madre. Luego que el feto es viable, el Estado puede decidir prohibir el aborto en atención a la vida del feto. Los jueces Rehnquist y White, por la minoría, opinaron que la decisión de la Corte de distinguir entre diversos períodos del embarazo a los efectos de la regulación del aborto era una pieza de legislación judicial. En "Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth"[50], la Corte Suprema norteamericana aclaró algunas cuestiones adicionales del *status* jurídico del aborto en relación a una ley del Estado de Missouri: sostuvo que la viabilidad del feto de que habla "Roe v. Wade" se refiere a la posibilidad del feto de vivir por sí mismo, aun asistido artificialmente; sostiene que no puede constitucionalmente requerirse el consentimiento del marido o del padre de una menor de 18 años, ya que ello implicaría delegar en otros un poder de veto sobre el aborto que el Estado no posee.

En "Webster v. Reproductive Health Services"[51] la Corte Suprema norteamericana retrocedió respecto de la doctrina de "Roe v. Wade", admitiendo por mayoría la constitucionalidad de una ley de Missouri que impone a los médicos la obligación de realizar *tests* de

[49] 410 US 113, 935, 1973.

[50] 428 US 52, 965, 1976.

[51] 109 SCt. 3040, 1989, US.

viabilidad en embarazos superiores a las veinte semanas. En dos casos posteriores del mismo año también la Corte Suprema adoptó posiciones más restrictivas sobre el aborto, aceptando la constitucionalidad de leyes estatales que exigen la notificación a los padres antes de que se practique un aborto en una menor que no pruebe que tiene la suficiente madurez como para decidir por ella misma: en "Ohio v. Akron Center for Reproductive Health et al"[52] se admitió que no era una carga excesiva la que imponía una ley de Ohio de notificar a uno de los padres, a menos que un Tribunal de menores tuviera por válido el consentimiento de la menor; y en "Jane Hodgson v. Minnesota et al"[53] se aceptó la constitucionalidad de una ley de Minnesota que requería la notificación a los dos padres.

Las distinciones en períodos de embarazo a los efectos de la mayor o menor permisibilidad del aborto que dispuso la Corte Suprema de los Estados Unidos en "Roe v. Wade", con la modificación de "Webster v. Reproductive Health Services" coinciden con las conclusiones anteriores sobre la gradualidad de la responsabilidad moral por el aborto, tomando en cuenta el estado de evolución del feto, la intensidad del gravamen para la madre derivado de la continuación del embarazo y el grado de voluntariedad de la concepción. Si las consideraciones en contra de penar aun los casos en que hay un grado de responsabilidad moral considerable por el aborto –relacionadas con la equidad social y la protección contra la intrusión estatal– no se tuvieran en cuenta, la legislación debería por lo menos declarar impune el aborto cometido durante los primeros meses de embarazo, cuando la madre lo consintiere sobre la base del gravamen involucrado en la continuación del embarazo. A pesar de que la autonomía de la madre es decisiva cuando el feto está lejos de convertirse en una persona moral y que ella debe ser protegida jurídicamente, creo que sería inconveniente, por ahora, constitucionalizar tanto la permisión como la prohibición del aborto. Me parece que dado el carácter complejo del balance de intereses que debe hacerse en esta materia y la fluidez del debate en curso sobre el tema, conviene que las soluciones correctas surjan del ejercicio continuo del método de discusión y decisión democráticas que se expresa en la legislación. Por lo tanto, no es en absoluto consistente con una reconstrucción liberal de la práctica constitucional un temperamento como el de la Constitución de Córdoba que consagra la protección de la vida desde la concepción, en la Constitución. No obstante, dado que, como vimos, ese mismo temperamento se ve también reflejado en la Convención Americana de Derechos Humanos, él debe ser aceptado

[52] S. Ct. 1990 WL 84081 US.

[53] S. Ct. 1990 WL 84063 US.

como un costo negativo de los enormes beneficios que tiene incorporar esa Convención a nuestra práctica constitucional. Aun así, es conveniente advertir que el hecho de que la vida esté protegida desde la concepción no quiere necesariamente decir que deba ser punible el aborto en todos los casos: la protección jurídica puede consistir en el reconocimiento, por ejemplo, de una serie de derechos civiles, y aun es compatible con una punibilidad del aborto en los primeros meses de embarazo que sea más leve y con más excepciones que cuando el embarazo ha progresado o ya se trata de un niño nacido (p.ej., el aborto puede ser impune si es practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer cuando éste esté basado en su propia apreciación de los males que sobrevendrían de continuar con el embarazo).

d) *Trasplantes de órganos y eutanasia.* Otros casos en que se suele buscar la protección constitucional de la vida es en el de los trasplantes de órganos. Normalmente estos casos no dan lugar a mayor problema que el de la disponibilidad de órganos, sean cadavéricos o de donantes vivos, para realizar el trasplante. Pero en ocasiones se producen conflictos de derechos que requieren argumentos constitucionales para su resolución en uno u otro sentido.

Uno de los casos más interesantes sobre el alcance del derecho a la vida y su posible conflicto con otros derechos que se presentaron en nuestro país es el que dio lugar en 1981 al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Saguir y Dib" [54]. Se trataba de la necesidad de un menor deficiente renal de obtener un trasplante de riñón, luego del fracaso parcial del que se había hecho con un órgano de su madre; su vida corría serio peligro, de acuerdo con el informe médico. La única persona que podía ceder uno de sus riñones para esos fines era su hermana. Según los expertos, la histocompatibilidad entre ambos organismos era lo suficientemente buena como para augurar considerables probabilidades de éxito al trasplante, y el riesgo para la donante era el muy ligero inherente a toda operación quirúrgica y el que surge de tener un solo riñón para el resto de su vida, riesgo este último que se actualiza, naturalmente, si ese único riñón restante llega a presentar fallas. El problema residía en que a la potencial dadora le faltaban dos meses para cumplir dieciocho años y el art. 13 de la ley de trasplantes 21.541 limita la posibilidad de consentir la ablación de un órgano propio en beneficio de un familiar directo a las personas capaces mayores de dieciocho años. La menor consentía, sin embargo, a que se le practique el trasplante, y los padres perseguían la autorización judicial para proceder a él.

[54] CSJN, *Fallos*, 302:1284.

Los asesores de menores y los peritos forenses en las diversas instancias desaconsejaron el otorgamiento de la autorización sobre la base de la minoridad de edad de la dadora potencial y así se falló en primera y segunda instancia. El Procurador General dictaminó en el mismo sentido sobre la base de que el *a quo* había hecho una inteligencia posible de normas de derecho común que era compatible con la Constitución; en efecto, según el doctor Mario Justo López de los fundamentos del art. 13 surgía claramente la intención de proteger a los menores de dieciocho años descalificando su posible consentimiento; si bien puede parecer a un lego que es escandaloso que por una diferencia de dos meses se mantenga la observancia estricta del límite legal de dieciocho años, esa observancia es esencial a un Estado de derecho en que los jueces no están autorizados a juzgar la bondad de las leyes; el Procurador se pregunta: "Hoy son diecisiete años y ocho meses, ¿cuál será mañana la edad exceptuada?". La Corte fue, sin embargo, de una opinión diferente y autorizó el trasplante. Los doctores Gabrielli y Rossi sostuvieron, de acuerdo con los precedentes de *Fallos* 281:146 y 234:482 entre otros, las soluciones notoriamente disvaliosas son incompatibles tanto con la actividad legislativa como con la judicial y los jueces deben tomar en cuenta las consecuencias de sus decisiones como el mejor síntoma de la razonabilidad de la interpretación legal y de su engarce en el sistema jurídico conjunto. Alegaron que, dado que estaba en juego el derecho natural a la vida de un individuo, que debía prevalecer en un balance de bienes frente al de la integridad corporal, la ley debería ser interpretada de acuerdo con su *ratio* y los principios generales del derecho, haciendo prevalecer en su interpretación imperativos constitucionales como el de afianzar la justicia. Dijeron también que había que tomar en cuenta la protección de la familia, dispuesta en el art. 14 *bis* de la Constitución, haciendo lugar a este gesto de solidaridad familiar. Los doctores Frías y Guastavino agregaron a argumentos sustancialmente idénticos a los anteriores el de que la ley aplicable no prohíbe que el consentimiento de un menor se complete con el de sus progenitores.

Este caso "Saguir y Dib" es especialmente trascendente porque constituye un *test* de diversos principios que inspiran al liberalismo constitucional. El utilitarismo, por ejemplo, de conformidad a su visión holista, tomaría sólo en cuenta la diferencia de valor de los bienes en juego –la vida *versus* la integridad corporal– y las posibles consecuencias para la maximización del bienestar o de la utilidad general que se seguirían de ablaciones de órganos no consensuales o imperfectamente tales. Esta visión se trasluce en algunos pasajes de la sentencia expuesta, así como también alguna visión holística de la familia como unidad moral fundamental que se traduciría en la admisión de compensaciones interpersonales no plenamente consen-

suales entre sus miembros así como en la integración del consentimiento imperfecto de un hijo con el de los padres. Como hemos visto en el cap. I, ap. F, esta visión holista ignora la idea de separabilidad e independencia de los individuos que fundamenta el principio de inviolabilidad de la persona, el que prohíbe someter a un individuo a sacrificios en aras de un mayor beneficio de otros individuos o de alguna entidad supraindividual. Es cierto que una interpretación igualitaria del principio de inviolabilidad de la persona puede conducir a implicaciones análogas: si dejamos de lado el prejuicio acerca de la causación de daños a través de omisiones y admitimos que esa causación depende del deber de actuar, el que a su vez está supeditado a la maximización de la autonomía de los menos autónomos, bien podríamos llegar a la conclusión de que si la menor se negara a la ablación estaría causando la muerte de su hermano por omisión; dado el menor nivel de autonomía del hermano deficiente renal, la menor estaría obligada a realizar un acto que aumentaría de aquél hasta un nivel que, de cualquier modo, no sería superior a la de la potencial donante. Sin embargo, aquí, como en el caso de la discusión que hemos tenido sobre la disposición de la vida en materia de pena de muerte, estamos frente a una situación límite que hace a la identidad de los participantes potenciales de la discusión moral. Esa identidad, como vimos en el análisis del aborto, tiene sin duda componentes mentales pero no puede prescindir de la continuidad corporal: la integridad física es parte de la identidad de los sujetos morales y, en consecuencia, no se halla comprometida por los deberes de favorecer a los menos favorecidos.

Esta conclusión parece implicar que ni siquiera el consentimiento de la persona afectada, en este caso la dadora del órgano a trasplantar, podría ser suficiente para justificar el trasplante, como no lo era en el caso de la pena de muerte. Sin duda, si el trasplante pusiera seriamente en peligro la vida de la donante, se podría sostener que el consentimiento de la persona afectada no es suficiente, puesto que el consentimiento no basta para justificar que alguien sea suprimido como persona moral y excluido como destinatario de posibles justificaciones futuras. Pero, éste no era el caso en "Saguir y Dib", ya que se presuponía que el riesgo para la vida de la donante era muy escaso; el problema a superar era, entonces, el de una lesión corporal que, sin poner en riesgo serio la vida o la salud, sí puede atentar contra la integridad física de la persona afectada, y por lo tanto su identidad. Es aquí donde es relevante el consentimiento, puesto que la lesión a la identidad que implica la pérdida de un órgano importante del cuerpo es subsanada por un acto de voluntad del sujeto, que restablece el equilibrio entre la continuidad psíquica y la física. La desintegración del sujeto que se produce por la pérdida de un órgano fundamental se ve compensada por la continuidad psí-

quica implicada en la intención de acceder a esa pérdida de conformidad con cierto sistema de valores.

De modo que la cuestión en "Saguir y Dib" es, efectivamente, hasta qué punto hubo un consentimiento válido no obstante que no se daba estrictamente la edad mínima fijada por la regulación legal. Creo que aquí estuvo acertada la Corte Suprema al dar preferencia a la *ratio legis* por sobre la aplicación literal del texto legislativo. Hay un espacio intermedio entre la aplicación formalista de la ley y el juicio sobre la bondad de esa ley, que el liberalismo constitucional, preocupado por el respeto tanto de los procedimientos como de la voluntad democrática expresada en la ley, está obligado a ocupar: ese espacio está dado por la observancia de las *razones* que han llevado al legislador democrático a exigir cierta condición, dándole prelación sobre la observancia de tal condición cuando ella frustraría la satisfacción de las razones en cuestión. Esta modalidad de aplicación de la ley tomando en cuenta sus razones, que he defendido en otro lugar como la única alternativa racional a una observancia ritualista de los textos legales[55], lleva a concluir en el caso presente que la exigencia de dieciocho años para dar el consentimiento válido se basa en una hipótesis de madurez y discernimiento que bien puede darse en casos en que el individuo sea un poco más joven. Si las pericias demuestran, efectivamente, que esa madurez y discernimiento se dan en el caso de que se trata, sería desobedecer sustancialmente a la ley si ella no es aplicada a un caso abarcado por las razones que la fundamentan, por una aplicación ciega de su letra. Por lo tanto, desde el punto de vista del liberalismo constitucional el foco de la resolución de este complejo caso debió haber estado centrado, exclusivamente, en la validez del consentimiento de la dadora y en la cuestión de cómo incide en esa validez la aplicación de un texto legal que, aparentemente, lo excluía.

Lo que llevamos visto de diferentes casos en que la vida o la integridad corporal de una persona está en juego parece implicar que el consentimiento de la persona afectada no es, aparentemente, suficiente, según los principios del liberalismo constitucional, para justificar el que se provoque la muerte de esa persona –y que se excluya su punto de vista de la comunidad de deliberación–; en cambio, él parece bastar para legitimar lesiones a la integridad corporal de un individuo, por lo menos cuando su vida no se pone seriamente en peligro y se beneficia a otro individuo mucho más de lo que se perjudica al primero. Ahora veamos otra clase de situaciones en las que también está en juego la vida de las personas y en la que el alcance

[55] Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. IV

del consentimiento es problemático: me refiero a los casos de eutanasia.

Caracteriza Martín Farrell[56] a la eutanasia como "el privar de la vida a una persona sin sufrimiento físico, a su requerimiento, o al menos con su consentimiento, y en su interés". Pero, como el propio Farrell reconoce, esta definición presenta problemas e implica un cierto prejuzgamiento normativo: no abarca los casos de la llamada "eutanasia involuntaria", en la que el sujeto no puede expresar su consentimiento o requerimiento; tampoco comprende casos como aquellos en que el paciente está en un estado de coma irreversible y, por lo tanto, la eutanasia no puede ser en su interés (puesto que es discutible que tenga algún interés) sino, por ejemplo, en el de sus parientes; por último, deja de lado situaciones en que el acto de eutanasia puede implicar algún dolor para el paciente.

De cualquier modo, conviene comenzar por el caso más claro de eutanasia en que el paciente requiere que se ponga fin a su vida en su propio interés (p.ej., porque está afectado por una enfermedad irreversible y terriblemente dolorosa). Coincido con Farrell en que si se dan las condiciones fácticas mencionadas –o sea efectivamente el paciente padece de una enfermedad irreversible y su sufrimiento no puede ser evitado por otros medios– sería permisible proceder con la eutanasia, sea en forma pasiva o activa. Ésta no es la conclusión a la que llegan filósofos como Phillippa Foot[57], al sostener que los deberes de no interferir causando la muerte de alguien son notablemente más extensos que los deberes positivos de cuidado para evitar la muerte (lo que, como esta autora aclara, no coincide exactamente con la distinción entre acciones y omisiones, ya que por acción positiva se puede dejar morir a alguien –desconectando, p.ej., un aparato que antes se había conectado para sustentar la vida–). Sin embargo, creo que lo que se dijo en el último apartado del capítulo anterior sobre la irrelevancia moral de la diferencia entre acciones y omisiones es aplicable a la diferencia entre matar y dejar morir, la que depende en última instancia del curso normal de la naturaleza y de los deberes de actuar de uno mismo y de los demás, nada de lo cual es relevante moralmente por sí mismo sin justificación crítica ulterior.

No obstante, la conclusión de que la eutanasia voluntaria es moralmente permisible parece contradecirse con la que se llegó en el caso de la pena de muerte: allí se dijo que el consentimiento del individuo no podía convalidar el quitarle la vida. Creo que la dife-

[56] Farrell, Martín, *La ética del aborto y la eutanasia*.

[57] Foot, Philippa, *Euthanasia*, en "Moral Issues".

rencia está dada por la distinción entre *requerimiento* y *consentimiento*: el primero es expresión del ejercicio de la autonomía del individuo e indica que el estado de cosas en cuestión se conforma con el proyecto vital del individuo, frente a lo cual deben ceder aun las consideraciones relacionadas con la necesidad de una continua justificación frente a esa persona. En cambio, el consentimiento del individuo meramente expresa su disposición a ceder parte de su autonomía por razones que pueden o no estar asociadas al ejercicio de su autonomía en persecución de un plan de vida (como vimos en relación a los trasplantes, creo –aunque mis razones son tadavía oscuras– que ese consentimiento es suficiente para que la lesión a la integridad corporal no afecte la identidad del individuo). A diferencia de Farrell, no creo que el mero consentimiento baste para justificar la eutanasia; debe mediar un *pedido*, o sea una expresión inequívoca del sujeto de que la eliminación de su vida es en su más alto interés. Esta distinción entre consentimiento y requerimiento tiene implicaciones para otras situaciones, como la del suicidio: la solución de nuestro Código Penal de dejar impune la tentativa de suicidio se conforma con esta interpretación del liberalismo constitucional; en cambio, es razonable que el art. 83 declare punible la instigación al suicidio, ya que ella hace dudosa que él sea producto de un proyecto de la persona elegido autónomamente; en cuanto a la similar punición de la ayuda al suicidio, ella sólo puede justificarse sobre la base de consideraciones prudenciales que aconsejan no permitir situaciones de confusión entre ella y un homicidio.

Mi propuesta de tratamiento de la eutanasia *involuntaria* también es diferente de la que sugiere Farrell y sirve, creo yo, para aventar sus dudas fundadas: ella sólo es admisible si el sujeto ha dejado de ser irreversiblemente una persona moral o no lo será nunca por haber perdido o por no estar en condiciones de adquirir las diferentes capacidades que hacen posible su goce de derechos. Esto es aplicable a casos en que la persona está sumida en un coma profundo e irreversible, como en el caso de Kareen Quinlan[58] (en el que la Corte Suprema del Estado de New Jersey, en Estados Unidos, autorizó a los padres a quitarle los aparatos que sustentaban su vida, no obstante lo cual ella prosiguió en una situación de vida vegetativa). En estas situaciones la falta de intereses que puedan adscribirse razonablemente al individuo hacen permisible tomar en cuenta los intereses de otras personas, como son los integrantes de su familia. No ocurre lo mismo cuando es predecible que un niño, con alguna grave deficiencia congénita, desarrollará algunas de las capacidades que lo conviertan en sujeto de derechos. Así creo que la eutanasia

[58] 70 NS 10

involuntaria no está justificada, salvo que el individuo esté sujeto a sufrimientos actuales o potenciales tan grandes que conviertan, si el estado que los genera es irreversible, en absolutamente fútil el goce de tales derechos.

Por cierto que estas situaciones tan serias, ya que están involucradas en ellas la vida y la muerte de las personas, plantean problemas e incertidumbres que merecen un tratamiento más cuidadoso del que fue posible encarar aquí como parte de una reconstrucción de nuestra práctica constitucional inspirada por principios liberales. Creo, sin embargo, que esa reconstrucción no puede obviar asignar un papel relevante a los dos elementos que se tuvieron centralmente en cuenta en el tratamiento precedente, es decir el consentimiento de la persona afectada y las condiciones para el ejercicio de su autonomía.

Es necesario aclarar, finalmente, que las conclusiones sobre la permisibilidad o impermisibilidad moral de la eutanasia según los principios del liberalismo sólo tienen implicaciones jurídicas –al igual que lo que se sostuvo en el caso del aborto y de la ayuda al suicidio– una vez que se superan problemas de índole prudencial. Es muy posible, como advierte Foot[59], que una regulación legal de la eutanasia de acuerdo con las consideraciones morales precedentes pueda prestarse a abusos, valiéndose de las excepciones legales para encubrir casos en que la eutanasia no es justificable. Para obviar estos obstáculos la regulación jurídica debe ser muy cuidadosa en asegurar que se verifiquen dos extremos que son esenciales para las conclusiones precedentes: el requerimiento libre y consciente de la persona involucrada en la eutanasia voluntaria y el juicio fehaciente de los expertos médicos sobre la irreversibilidad del estado de inconsciencia profunda del paciente o de la condición que le provoca sufrimientos extremos cuando corresponda tomar en cuenta ese juicio.

e) *Restricciones a la libertad de movimientos.* Junto con los posibles atentados a la vida y a la integridad psicofísica, los aspectos más básicos de la autonomía personal se ven afectados por los atentados a la libertad de movimientos de la gente, o sea la posibilidad efectiva de mover sus miembros, realizando una variedad muy grande de acciones posibles, principalmente la de desplazarse de un lugar a otro. Nuestra Constitución garantiza la libertad de movimientos en lo que hace al derecho de entrar y salir del territorio nacional y el de desplazarse por él, previstos en el art. 14; también garantiza esa libertad cuando prohíbe, en el art. 18, que alguien sea arrestado sin

[59] Foot, *Euthanasia*, en "Moral Issues".

orden escrita de autoridad competente. Por cierto que también este mismo artículo ofrece una salvaguarda general contra detenciones arbitrarias, que se extiende también a la protección de cualquier otro bien, al establecer la garantía procesal, que luego estudiaremos, de excluir toda pena que no sea el resultado de un juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

La libertad de movimientos está relativamente garantizada en nuestra práctica constitucional con las notorias excepciones que se produjeron como consecuencia de persecuciones políticas, a través de abusos del estado de sitio, de las desapariciones masivas, ya comentadas, durante la década pasada y de procesos contravencionales y criminales motivados por tales persecuciones.

Sin embargo, hay algunas restricciones injustificadas de la libertad de movimientos que son constantes y permanentes y que constituyen una grave rémora que afecta la adaptación de nuestra práctica constitucional a las exigencias del liberalismo. Tal vez la más seria de esas restricciones está dada por las limitaciones a la excarcelación durante el proceso penal en el procedimiento federal, de modo que un enorme número de personas son privadas de su libertad gracias a autos de prisión preventiva, en condiciones indistinguibles a la de la pena de cárcel sin que hayan sido sometidas a un juicio previo y, en consecuencia, sin haberse determinado fehacientemente su responsabilidad delictual. El régimen que sólo admite la excarcelación para ciertos delitos ligeramente penados y la práctica de someter a los procesados bajo prisión preventiva a condiciones tan gravosas como las de los condenados (a veces con mayores restricciones, como es la de excluirlos de tareas laborales) infringe claramente la exigencia constitucional de juicio previo. Solamente si la prisión preventiva está justificada en el temor fundado de que el procesado evada la acción de la justicia y la privación de la libertad consiguiente –que claramente no es un castigo sino una carga para que se cumplan los trámites procesales– se depura de todo otro aspecto desagradable e incluso se compensa debidamente si el procesado resulta absuelto, puede justificarse la restricción de la libertad mientras dura el proceso penal.

Una mayor liberalidad de la excarcelación se suele enfrentar con críticas y presiones políticas basadas en el temor de que los imputados reincidan o ejerzan presión contra víctimas y testigos hasta la conclusión del proceso penal. Esto encuentra su justificación en la exagerada duración de los procesos penales, determinada en parte por los procedimientos arcaicos y burocráticos y en parte po la escasez de medios económicos. Mientras estos obstáculos no sean superados y se siga con la práctica de mantener a gente que bien puede ser inocente en condiciones idénticas a los de la pena de

cárcel habrá en nuestro país una violación masiva y constante de derechos humanos básicos.

La Constitución norteamericana establece en la enmienda VIII que la fianza no debe ser excesiva. La Corte Suprema de los Estados Unidos estableció diversos criterios para evitar que las condiciones de la excarcelación redundaran en perjuicio de los menos pudientes. Así en "Stack v. Boyle"[60], el Tribunal sostuvo que la fianza sólo debe ser suficiente para asegurar la comparecencia del procesado al juicio. En "Tata v. Short"[61], la Corte descalificó una multa que automáticamente significaba su sustitución por prisión en el caso de un indigente. Estos fallos y las opiniones doctrinarias implican que la excarcelación es en los Estados Unidos una garantía constitucional. En Gran Bretaña la ley de excarcelación de 1976 crea una presunción a favor de la excarcelación de un procesado por un delito, debiéndose fundamentar la negativa de la excarcelación en el riesgo inaceptable de que el procesado no se presente a la justicia, o en su propio bienestar o el de sus hijos, o en la necesidad de postergar la decisión hasta tener más información. La Corte Europea de Derechos Humanos, aplicando el art. 5º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha invalidado en varios casos prisiones preventivas que se extienden más allá de lo razonable: así lo decidió en el caso "Neumeister", del 11 de agosto de 1959, considerando que el riesgo de que el procesado evada la acción de la justicia no era suficiente como para justificar una prisión provisional tan prolongada, y en el caso "Stogmüller", del 10 de noviembre de 1969, consideró que la persistencia de indicios no era suficiente para justificar, después de un cierto tiempo, la persistencia de la prisión provisional.

En la Argentina las cosas son más confusas. En el caso "Pla"[62] la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que las decisiones referentes a prisión preventiva y excarcelación son ajenas a la revisión de constitucionalidad por la Corte, salvo en situaciones excepcionales. En "Machicote"[63] la Corte decidió abocarse a la revisión de inconstitucionalidad dada la tacha de las limitaciones procesales a la excarcelación; sin embargo, decidió sustantivamente en contra de la inconstitucionalidad sobre la base de que las limitaciones indicadas eran razonables. En el caso "Instituto Nacional de Reaseguros"[64], la Corte volvió a reconocer la raigambre constitucional de la

[60] 342 US 1, 1951.

[61] 401 US 395, 1971.

[62] CSJN, *Fallos*, 281:271.

[63] CSJN, *Fallos*, 300:642.

[64] CSJN, *Fallos*, 302:664.

excarcelación, al revocar una decisión de la Cámara que, a su vez, revocaba una decisión de primera instancia que concedía una excarcelación antes denegada por otro titular del Juzgado; la Corte sostuvo que el *a quo* se había excedido en su jurisdicción, puesto que había revocado la excarcelación no obstante rechazar el recurso por falta de legitimidad del querellante para apelar. En "Aguilera"[65] la Corte sostuvo que la revisión de las decisiones de excarcelación sólo se puede hacer cuando estén vinculadas a alguna otra cuestión federal que sea motivo de recurso extraordinario. Como dice Carrió[66], todas estas decisiones son bastante confusas e implican que, no obstante el reconocimiento verbal del carácter de garantía constitucional de la excarcelación, la posibilidad de revisión efectiva de esa constitucionalidad es bastante limitada. Esto es, obviamente, objetable dada la clara violación del art. 18, implicada en una situación que tiene prácticamente todos los aspectos de una pena pero que se impone sin el debido juicio previo. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054) establece en su art. 7°, inc. 5°, que toda persona detenida tiene derecho a ser llevada sin demora ante un juez o funcionario que ejerza funciones judiciales y a ser juzgada en un plazo razonable o a obtener su libertad mientras dure el proceso, sin perjuicio de las garantías que aseguren su comparecencia a juicio. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ratificado por nuestro país por ley 23.313, establece en su art. 9°, inc. 3°, que toda persona detenida o presa tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, disponiendo también que la prisión preventiva no debe ser la regla –sin perjuicio de las garantías de comparecencia a juicio–, y que los procesados deben estar separados de los condenados.

Otro atentado a la libertad de movimientos lo constituye la facultad, otorgada por el decr. ley 333/58, que tiene la Policía Federal de detener a los individuos "en averiguación de antecedentes" por un término máximo de 24 horas sin someterlos a ningún tipo de proceso. Este atentado constituye una violación flagrante del art. 18 de la Const. nacional y genera un clima general propicio a la sumisión frente a los abusos de la autoridad policial que no condice con el clima de una sociedad regida por los principios del liberalismo constitucional. Carrió[67] sostiene que la Corte Suprema jamás ha sido llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta facultad. La Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal

[65] CSJN, *Fallos*, 303:321.

[66] Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*.

[67] Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*.

entendió en el asunto en el caso "Cavolina" [68], pero se abstuvo de revisar la constitucionalidad de la medida, puesto que dado que cuando ella se abocó al caso, el interesado estaba ya en libertad, declaró abstracta la cuestión. Como dice Carrió[69], salvo que los jueces modifiquen su concepción de las "cuestiones abstractas" nunca tendrán oportunidad de revisar la constitucionalidad de esta dudosa facultad. De cualquier modo, según sugiere este autor, sería deseable que los jueces definieran qué debe entenderse por circunstancias "que justifiquen" la detención, según el decreto ley. La reformulación de nuestra práctica constitucional en este sentido tal vez se estimule si se generara un caso piloto de procesamiento de algún funcionario policial por privación de la libertad sobre la base de una norma notoriamente inconstitucional; la probable exculpación del funcionario por error de derecho o no exigibilidad de otra conducta no empecería a que se declare la antijuridicidad de la conducta sobre la base de la inconstitucionalidad del mencionado decreto ley, tanto por su origen como por su contenido, a lo que se une la imposibilidad comentada de que los jueces revisen la norma en cuestión en resguardo de la libertad de aquellos a quienes se aplica, todo lo cual justifica el deber objetivo de los funcionarios de abstenerse de aplicar esa norma. Afortunadamente, el Congreso de la Nación acaba de sancionar la ley 23.984, vetada infructuosamente por el presidente Menem, por la cual se limita a un máximo de diez horas la detención por averiguación de antecedentes y se obliga a dar aviso a la autoridad judicial.

Para comparar nuestra situación en esta materia con la de una democracia liberal consolidada, en Gran Bretaña, por ejemplo, la policía no tiene derecho a detener a alguien que se niega a responder preguntas identificatorias en la vía pública, tal cual lo estableció el *lord chief justice* en "Rice v. Connolly" [70]; si lo hace comete el ilícito de apresamiento erróneo o forzado y la víctima puede solicitar daños y perjuicios contra el agente de polícia.

También las condiciones de confinamiento forzado de enfermos mentales, y seguramente en menor medida, la cuarentena de algunos enfermos contagiosos atentan indebidamente contra la libertad de movimientos. Dado que la privación de la libertad de un enfermo no deriva de un acto voluntario que pueda implicar consentimiento a la pérdida de inmunidad contra esa privación, sólo si ella es compensada debidamente –en términos de tratamiento médico, co-

[68] CCrimCap, Sala II, 25/8/67, *JA*, 1968-I-44.

[69] Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*.

[70] 2 Queens's Bench, 414, 1966.

modidades o dinerariamente– puede justificarse, sin infringir el principio de inviolabilidad de la persona, un sacrificio semejante en aras del bienestar colectivo.

En un plano diferente se ha alegado que los impuestos al turismo en el extranjero y el peaje en las autopistas perturban ilegítimamente los derechos consagrados en el art. 14 de salir del país y de transitar libremente por él. Por cierto que la respuesta dependerá del grado de impedimento que estos impuestos o tarifas impliquen *vis à vis* otras alternativas para el ejercicio de los mismos derechos. La Corte Suprema [71] ha sostenido que una circular del Banco Central que obliga al pago de diferencias cambiarias para comprar un pasaje para viajar al exterior infringe el derecho de salir del país establecido en el art. 14 de la Constitución. Sin embargo, sólo si el impuesto a la salida del país hace realmente prohibitivo un ejercicio no trivial de ese derecho hay una restricción ilegítima a los derechos constitucionales respectivos. También estableció la Corte, en "Olmos, Alejandro c/Estado Nacional" [72] del 20 de agosto de 1985, que "es preciso subrayar que el derecho de todo ciudadano argentino a recibir un pasaporte de las autoridades de la Nación –con observancia de la regulación razonable que se establezca– es parte esencial del derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del suelo argentino que consagra el art. 14".

En Estados Unidos el primer caso que estableció la extensión de la garantía de la igual protección de la ley al derecho de viajar es "Shapiro v. Thompson" [73]. En los países receptores de inmigrantes –como Estados Unidos y buena parte de los europeos occidentales– se presentan en la actualidad muchos casos relacionados con el derecho de entrar, residir y trabajar en tales países por parte de no nacionales (para citar un solo ejemplo, el Tribunal Supremo español en el caso fallado el 25 de junio de 1980, sostuvo que el derecho de entrar y salir del país que concede el art. 19 de la Constitución está limitado sólo a los españoles).

El derecho de tránsito puede verse restringido por el establecimiento del peaje en rutas si no hay vías alternativas gratuitas. Sin embargo, la Corte Suprema no ha adoptado este criterio en el fallo "Estado Nacional c/Arenera El Libertador SRL s/cobro de pesos", del 18 de junio de 1991, en el que adujo razones de eficiencia económica para rechazar la exigencia de vías alternativas.

[71] CSJN, *Fallos*, 294:155.

[72] CSJN, *Fallos*, 307:430.

[73] 394, US 618, 1969.

B) Libertad de expresión, de conciencia y de educación

§ 36. ***Derecho a la libre expresión de ideas.*** – Es evidente que la libertad de expresión de ideas es un bien central en el marco de una concepción liberal de la sociedad. Pero no es tan evidente cuál es la justificación de esa centralidad, qué es lo que justifica una especial protección para la expresión que va más allá de la protección de que gozan, en el contexto de esa concepción, todos los actos que no causan un daño considerable a terceros.

Sostiene Greenawalt[74] que el particular relieve que tiene la libre expresión de ideas no puede fundarse en un solo principio sino en una pluralidad de justificaciones, que divide en consecuencialistas y no consecuencialistas, según tomen o no en cuenta los efectos que la protección de la expresión tiene para diversos bienes o sólo el carácter moralmente erróneo o violatorio de derechos de la omisión de tal protección. Entre las justificaciones consecuencialistas, Greenawalt menciona la famosa de John Stuart Mill, que está basada en los efectos beneficiosos de la libertad de expresión para la búsqueda de la verdad, la que toma en cuenta la relevancia de esa libre expresión de ideas para el acomodamiento de intereses conflictivos lo que contribuye a la estabilidad social, la que relaciona esta libertad con el control de los abusos de la autoridad, la justificación que sostiene que la libre expresión de ideas es un instrumento adecuado para promover la autonomía personal, la que concibe esta libertad como un instrumento esencial para consolidar la democracia liberal, y la que alega que la libertad de expresión promueve el espíritu de tolerancia al hacer posible conocer las ideas y los sentimientos de otros. Entre las justificaciones no consecuencialistas que Greenawalt considera, está la que basa la legitimidad del gobierno en el consentimiento de la población –lo que requiere una adecuada información de las opciones y de las circunstancias fácticas–, la que alega que la libertad de expresión es un presupuesto necesario para tratar a los ciudadanos como agentes autónomos, la justificación que sostiene que el respeto de la dignidad igual de los individuos exige reconocerles libertad para expresar sus ideas, y la que argumenta que la verdad se constituye a través del resultado del "mercado de las ideas" lo que requiere esencialmente la posibilidad de expresarlas libremente.

Desarrolló especialmente Scanlon[75] una teoría justificatoria de la libertad de expresión sobre la base de uno de los argumentos que

[74] Greenawalt, Kent, *Free Speech Justifications*, en "Columbia Law Review", vol. 89, 1.

[75] Scanlon, Tim, *A Theory of Freedom of Expression*, en Dworkin, Ronald (comp.), "The Philosophy of Law", p. 153-171.

menciona Greenawalt: el de que es esencial al tratamiento de los individuos como seres autónomos el reconocimiento de la libertad de expresión. Según Scanlon el gobierno debe tratar a los individuos como ellos consentirían si fueran iguales, autónomos y racionales. Esto implica que la coacción estatal no puede operar sobre la base de que los ciudadanos deban delegar en el Estado el juicio sobre las razones para obedecer al propio Estado. Como hemos visto anteriormente (ver cap. I, ap. B) el razonamiento práctico de los individuos que lo conduce a observar el derecho tiene que partir de razones independientes del mismo derecho. Esto implica que la misma legitimidad del poder estatal está basada en la posibilidad de que los ciudadanos cuenten con los elementos necesarios para formarse su propio juicio, lo que requiere la más amplia libertad de expresión. De este modo hay dos tipos de "daños" que el Estado no puede tomar en cuenta para restringir la libertad de expresión –lo que convierte a las acciones respectivas en más fuertemente protegidas que otro tipo de acciones–: *a*) el daño que está implícito en la sustentación de creencias falsas como consecuencia de actos de expresión, y *b*) el daño involucrado en efectos perjudiciales que se siguen de ciertos actos realizados como resultado de los actos de expresión cuando la conexión entre los actos dañosos y los actos de expresión consiste en que estos últimos hicieron creer a los agentes de los primeros que valía la pena realizarlos. Al principio de libertad de expresión que excluye la posibilidad de cancelarla cuando se dan los daños precedentes Scanlon lo denomina "el principio de Mill", por sostener que está implícito en este autor. Scanlon estima que dentro de los límites de este principio hay otras consideraciones a tomar en cuenta para ampliar o restringir las oportunidades de expresión: *a*) un balance entre ciertos tipos de expresiones y otros bienes sociales; *b*) el acceso equitativo a las oportunidades de expresión para el conjunto social, y *c*) la compatibilidad de esas medidas ampliatorias o restrictivas de las oportunidades de expresión con derechos especiales, particularmente los de carácter político. Posteriormente Scanlon abandonó esta teoría, en favor de una concepción intuicionista basada en el valor de la libertad de expresión para los hablantes y la audiencia, sobre la base de que ella no explica algunas regulaciones necesarias; sin embargo, autores como Richards [76] han retomado sustancialmente la misma teoría (explicando dentro de su marco esas regulaciones) basada en el valor de la libre expresión para la búsqueda cooperativa de la verdad y para la crítica necesaria a la formación consciente de los valores.

[76] Richards, David, *Toleration and Free Speech*, en "Philosophy and Public Affairs", 1988, vol. 17, nº 4, p. 323.

En efecto, la libertad de expresión debe estar sobreprotegida en una democracia liberal; ya que no debe considerarse como daño a terceros, a los efectos de la aplicación del principio de daño que permite interferir generalmente con la autonomía personal, el mero hecho de que otro acepte las ideas u opiniones que se expresan. De lo contrario se inhibiría la expresión en el debate público de la misma idea de que esa conducta no constituye un daño. Por ejemplo, no se puede sostener que expresar una opinión favorable a la homosexualidad genera un peligro de daños a terceros consistente en la práctica de la homosexualidad por parte de alguien que aceptara esa opinión –suponiendo que convertirse en homosexual sea algo voluntario–, ya que, bajo una concepción deliberativa de la democracia, para determinar si la homosexualidad es o no dañosa es necesario permitir que se sostenga la opinión de que es valiosa.

La autonomía es también tomada en cuenta por Fiss[77] para valorar la tradición norteamericana de libertad de expresión. Sostiene Fiss que esa autonomía debe verse en función del valor del enriquecimiento del debate público. Cuando advertimos que el equivalente del orador callejero en las sociedades de masas desarrolladas son los medios masivos de comunicación, queda clara la falencia de una tradición que no toma en cuenta que, para garantizar el enriquecimiento de ese debate público, son necesarias reformas estructurales que permitan un acceso equitativo y pluralista a los medios de comunicación.

Los principios del liberalismo democrático y social que hemos articulado en el apartado precedente implican que la libertad de expresión es necesaria tanto para la promoción del bien de la autonomía personal equitativamente distribuida, como para enriquecer el debate colectivo que es inherente al valor epistemológico de la democracia. En contraposición a lo sostenido tanto por posiciones elitistas como por posturas populistas, no cabe subordinar uno de estos bienes al otro en el marco de la justificación de la libertad de expresión. Esto significa que la libertad de expresión esta sobrejustificada, lo que tiene por efecto una esfera de protección más amplia que la que corresponde a otras acciones. La elección y materialización de planes de vida requiere la mayor amplitud informativa posible, el uso de instrumentos de comunicación para coordinar actividades y planes individuales, y la mayor variedad posible de expresión de ideas, actitudes estéticas, inclinaciones religiosas, etcétera. La discusión que es central al debate democrático exige el mayor pluralismo y las más amplias oportunidades de expresión de propuestas

[77] Fiss, Owen, *Free Speech and Social Structure*, en "Iowa Law Review", 1986, p. 1405.

ideológicas, de intereses que deben ser tomados en cuenta por los principios a adoptar para guiar los cursos de acción política, y de críticas al modo en que los asuntos públicos son conducidos. Estos dos valores convergen en una interpretación sumamente restringida de los daños, siempre a terceros, de acuerdo con la derivación básica del principio de autonomía, que pueden causarse por medio de la expresión: esos daños deben estar en general vinculados al *acto* de expresión más que al *contenido* de ella, y cuando están referidos a ese contenido –como es inevitable que ocurra con algunos casos de revelación de secretos de Estado o de difamación, por ejemplo– nunca pueden consistir meramente en sustentar la idea, creencia o actitud que se considera falsa o disvaliosa. Hay veces que estos dos objetivos, el de la promoción de la autonomía personal y el del enriquecimiento del debate colectivo, en función de los cuales se justifica la libertad de expresión en el contexto de un liberalismo constitucional, entran en tensión y debe hacerse un balance cuidadoso entre ellos. Por ejemplo, el uso de los medios de difusión para satisfacer preferencias individuales de distracción, esparcimiento y educación puede a veces restringir las posibilidades de emplearlos como foro del debate colectivo; en esos casos deben buscarse remedios –como la obligatoriedad de reservar espacios en los medios masivos de comunicación– para la discusión de cuestiones públicas, de las que depende el valor de la democracia.

Es con estos dos valores en vista que debe analizarse el punto enfatizado por Fiss de que la libertad de expresión en las sociedades industrializadas ya no se ejerce a través del orador callejero o del teatro ambulante, sino principalmente a través de la radio, la televisión y de la prensa escrita, que ocupan el lugar de la antigua ágora ateniense. Debe prestarse, por lo tanto, cuidadosa atención a las posibilidades de acceso igualitario a estos medios de comunicación masiva, ya que tanto la distribución equitativa de la autonomía personal como la amplitud de la participación en el debate democrático requieren esa igualdad de acceso. Aquí se pone de manifiesto que ni siquiera los derechos más tradicionales se satisfacen con una abstención estatal de interferencia sino que requieren, en muchos casos, el cumplimiento de deberes positivos: así como en la democracia directa ateniense la *polis* debía proveer el *ágora* donde se desarrollaba la asamblea democrática, el Estado moderno debe necesariamente promover las oportunidades reales de expresión por parte de los ciudadanos.

Estas consideraciones conducen a evaluar cuidadosamente los diferentes sistemas posibles de distribución de las oportunidades de acceso a los medios de comunicación. Uno de esos mecanismos es a través del *mercado*. Las ventajas del mecanismo del mercado para distribuir las oportunidades de expresión en función del bien

de la autonomía personal son claras: el mercado evita los riesgos de perfeccionismo y discriminación en la satisfacción de las preferencias, ya que es un mecanismo descentralizado y neutral que permite que los recursos fluyan hacia la satisfacción de las preferencias más difundidas o intensas, independientemente de su contenido o de las características de los titulares. También el mercado asegura que cada individuo se haga responsable de sus propias preferencias e intereses, ya que le permite cargar con el costo de satisfacción de preferencias caras, sea en términos de escasez de los recursos para satisfacerlas o de la falta de difusión de las preferencias en cuestión. Pero también el mecanismo del mercado tiene deficiencias notorias en cuanto a proveer oportunidades equitativas de expresión en función del bien de la autonomía personal:

a) En primer lugar, como es sabido, no siempre el mercado funciona correctamente, sino que es frecuentemente afectado por perturbaciones, como las formaciones monopólicas y oligopólicas, que afectan su eficacia en la satisfacción de preferencias; este riesgo es especialmente relevante en el área de los medios de comunicación masiva, tanto por la escasez de los recursos disponibles (p.ej., las ondas de radio y televisión) como por la importancia de los capitales que son necesarios para explotar esos recursos.

b) En segundo lugar, aun cuando el mercado funcione correctamente, él no asegura la equidad en el acceso a los bienes sujetos a él –en este caso la posibilidad de ser emisor o receptor de ideas– ya que el costo de la satisfacción de preferencias en el mercado varía inversamente con los recursos iniciales con los que los individuos acceden a él, de modo que un individuo con mayores recursos puede satisfacer preferencias menos intensas que las que puede satisfacer un individuo con menos recursos iniciales.

c) En tercer término, el mercado no funciona eficientemente en la provisión de bienes públicos o sea bienes que no pueden proveerse a algunos sin proveerse a otros y respecto de los cuales el consumo de una persona de esos bienes no reduce las posibilidades de consumo por parte de otras personas, como es la comunicación por ondas *hertzianas*; en estos casos se produce el problema de los llamados "colados" o "*free riders*" que consumen el bien sin pagar los costos de su producción, y por lo tanto, la demanda no genera una oferta suficiente para satisfacerla (en el caso de que el mercado opere a través de la publicidad, estas conclusiones deben calificarse).

d) Por último, el mercado no es absolutamente neutral respecto de las preferencias, sino que tiende a estimular a algunas de ellas, sobre todo a través de la publicidad; esto se combina con las dificultades anteriores, ya que son los que tienen más recursos los que tienen más posibilidades de influir en las preferencias ajenas, por

ejemplo, para que compartan las propias y se abaraten los costos de su satisfacción.

Estas ventajas y desventajas de distribuir el acceso a los medios necesarios para expresar las ideas y las actitudes también se advierten cuando la libertad de expresión es valorada en función del enriquecimiento del debate colectivo. El carácter descentralizado y relativamente neutral respecto del contenido de las preferencias (en este caso del contenido de las ideas que se proponen a la consideración pública) que tiene el mercado hace que él asegure un considerable pluralismo; cualquier intento de coartar la difusión de una cierta idea crea un incentivo para propagarla, puesto que ella se convierte en un producto que goza de demanda potencial e insuficiente oferta. Pero las limitaciones del mercado para distribuir el acceso a las oportunidades de expresión de ideas son todavía más evidentes en relación al bien del enriquecimiento del debate colectivo que respecto del bien de la autonomía personal: el mercado no suele ser neutral respecto de preferencias que son incompatibles con su propia expansión. Por otro lado, quienes pueden comunicar sus ideas políticas a través de los medios privados son los que tienen el capital suficiente como para controlar tales medios o comprar los espacios correspondientes. Como dice Fiss[78], el mercado constriñe la presentación de cuestiones de interés público a través de los medios masivos en dos formas distintas: *a*) privilegiando a grupos selectos, por su poder económico, haciendo programas, artículos, etc., sensitivos a sus puntos de vista, y *b*) permitiendo que incidan en las decisiones sobre política editorial y programación consideraciones que tienen que ver con la obtención de ganancias y la asignación eficiente de recursos.

Otro mecanismo de asignación de oportunidades de expresión de ideas y actitudes es, por supuesto, a través de las *decisiones de los órganos políticos*. Las ventajas que este mecanismo tiene respecto de la maximización de la libertad de expresión en función del bien de la autonomía personal parecen claras: los órganos políticos pueden instrumentar cursos de acción dirigidos a que se permita la mayor diversidad y pluralismo en la expresión de ideas, actitudes estéticas, propuestas de coordinación de planes de vida, sin tomar en cuenta factores moralmente irrelevantes, como son los recursos iniciales de quienes desean expresar tales ideas, actitudes o propuestas o la mayor o menor difusión de las respectivas preferencias. Las decisiones políticas pueden estar dirigidas a proporcionar facilidades para la elección y materialización de planes de vida, sobre todo por parte

[78] Fiss, *Free Speech and Social Structure*, en "Iowa Law Review", 1986, p. 1405.

de aquellos menos favorecidos en cuanto a sus recursos naturales o sociales, como los discapacitados y los pobres.

También el Estado puede tener especialmente en cuenta la necesidad de proveer a los niños a través de los medios masivos de comunicación los elementos intelectuales y estéticos para expandir su autonomía. Sin embargo, estas posibilidades para la acción estatal se ven seriamente perturbadas por una serie de peligros que suelen aquejar la intervención del Estado en éste y en otros terrenos: uno de esos riesgos es el de la ineficiencia en la distribución de recursos, que suele ser el resultado de la emergencia de una burocracia intermedia que no se ve estimulada por beneficios por la optimización de su actividad. Este riesgo se agrava cuando los miembros de la burocracia desarrollan una ideología propia que no se compadece con la que prescribe la distribución igualitaria de la autonomía, de modo que no mantienen la necesaria neutralidad activa respecto de cualquier proyecto de vida.

Cuando el mecanismo de adjudicación estatal de oportunidades de expresión se valora en función del objetivo de enriquecer el debate colectivo, aparecen también ventajas y riesgos: por un lado, dado que se supone que los órganos políticos encargados de tal adjudicación tienen origen democrático, es de esperar que procedan democráticamente a una distribución igualitaria y pluralista de oportunidades de expresión. Pero es bien sabido, por otro lado, que hay una tendencia entre quienes detentan el poder a intentar perpetuarse en él, por lo que suele haber favoritismos y corrupción en la concesión de espacios para expresar opiniones políticas.

Las ventajas y desventajas de los distintos mecanismos de distribución de oportunidades de expresión sugieren la posibilidad de combinarlos, de modo de sacar el máximo partido de sus beneficios y neutralizar sus riesgos. Dado el hecho de que las fuentes de discriminación y distorsión de estos mecanismos son diferentes, la combinación de ellos en un *sistema mixto* permite que quienes resultan excluidos a través de uno de ellos puedan encontrar en el otro canales de expresión apropiados. La combinación del mecanismo de decisiones políticas con el del mercado en la adjudicación de espacios para expresar ideas, actitudes y propuestas a través de medios de comunicación oral y escrita y espacios y locales abiertos al público no sólo implica la coexistencia de medios y espacios de propiedad pública y privada, sino también la convergencia en el mismo medio de diversos agentes públicos y privados que actúen en diversas etapas de producción y recepción de los mensajes. Por ejemplo, el mecanismo público puede tener incidencia en los medios privados a través de espacios dedicados a la discusión de cuestiones colectivas o de subsidios para que participen en ellos expresiones minoritarias; a

su vez el mercado puede incidir en los medios públicos con alguna publicidad limitada o la adquisición de algunos espacios. Desde ya que un sistema mixto maximiza su pluralismo y su neutralidad activa si las decisiones públicas sobre la adjudicación de oportunidades de expresión son tan descentralizadas y participativas como sea posible, distribuyéndose el control sobre los medios de comunicación masiva entre las diversas unidades políticas –provincias, municipios– y promoviéndose la participación en las decisiones de diversos sectores de la ciudadanía y sus organizaciones formales e informales (universidades, sociedades de fomento, asociaciones profesionales, etcétera).

Esta preocupación por las cuestiones estructurales que proveen condiciones positivas para la expresión de ideas y actitudes no debe hacer olvidar la preocupación tradicional por la no interferencia con tal expresión de ideas y actitudes. Esa interferencia se suele justificar sobre la base de diversos tipos de consideraciones: la preservación del orden y la paz públicos, la protección de la gente y sobre todo de los menores contra expresiones violentas y obscenas, la guarda de la privacidad y el honor de las personas. Sin embargo, los principios del liberalismo constitucional imponen límites muy estrictos a tales interferencias. Solamente, como vimos, en caso de daños a terceros ellas pueden justificarse y esos daños no pueden consistir en la mera difusión de ideas consideradas falsas o nocivas o actitudes estéticas que no se comparten o aun resultan repugnantes. De cualquier modo, no es fácil sentar criterios para distinguir estos casos de los de instigación o apología a cometer delitos, difamación de las personas, perturbación de la tranquilidad pública o empleo de medios de expresión deletéreos u ofensivos. Dadas estas dificultades, es aconsejable imponer *restricciones procesales*, como la exclusión de la censura previa, aun aquellas interferencias lícitas, con el fin de disminuir los riesgos de abusos contra la libertad de expresión.

En Estados Unidos la libertad de expresión está consagrada en la enmienda I, que establece que el Congreso no dictará ninguna ley que limite la libertad de palabra o de prensa. Como dice Kalven en su masivo libro sobre el tema[79], hay un amplio consenso interpretativo de esa cláusula respecto de la intocabilidad de ciertos contenidos de expresión. Uno de esos contenidos es el religioso: en casos como "Cantwell v. Connecticut"[80] en el que se trataba de testigos de Jehová que acosaban a transeúntes con mensajes fonográficos anticatólicos, "Burstyn v. Wilson"[81], en el que se trataba de la proyección de una película italiana, "El Milagro", acusada de sacrílega,

[79] Kalven, Harry, *A Worthy Tradition. Freedom of Speech in America.*

[80] 310 US 296, 140.

[81] 343 US 495, 1952.

y "Epperson v. Arkansas"[82], en que se declaró inconstitucional una ley que prohibía enseñar la doctrina de la evolución, se estableció claramente que el Estado debía permanecer totalmente neutral respecto del contenido religioso o antirreligioso de los mensajes, opiniones, expresiones artísticas, etcétera.

También hay un consenso respecto de la inmunidad para expresar doctrinas, teorías u opiniones no religiosas por más falsas que ellas puedan parecer, como se determinó en "Lady Chatterley Lovers, Kingsley Pictures v. Regents"[83], en el cual, el juez de la Corte Stewart, enfatizó especialmente que abogar por el adulterio no puede ser impedido por más abominable que se considere, y en "Street v. New York"[84], en la que se absolvió a una persona acusada de quemar una bandera mientras proclamaba que el país no necesitaba ese símbolo después de ciertos actos de persecución racial. También hay consenso en materia de que el mal gusto o la vulgaridad no pueden justificar la interferencia con la expresión, tal como se decidió en "Hannegan v. Esquire"[85], en el que se declaró inconstitucional la negativa del correo de otorgar beneficios postales a una revista de mal gusto, y en "Cohen v. California"[86], en el que se revocó una condena por perturbación de la paz de quien llevaba una camiseta en los tribunales con una expresión obscena que involucraba al servicio militar obligatorio. Sin embargo, aquí se toca un área en que el consenso de que habla Kalven empieza a borronearse, ya que se ha hecho excepción para las palabras consideradas "de pelea"; por ejemplo, en el famoso caso "Chaplinsky v. New Hampshire"[87], se admitió la condena de un testigo de Jehová que profirió palabras gravemente injuriosas a un oficial de policía. Otra área en que el consenso es dudoso es la de la obscenidad; en "Roth v. United States"[88] y en "A book named John Cleland's Memories of a Woman's pleasure v. Attorney General of Massachusetts"[89], la Corte Suprema norteamericana estableció un *test* que permitía el control constitucional de la obscenidad basado en tres condiciones: *a*) que el material despertara un interés falaz en el sexo; *b*) que sea patentemente ofensivo puesto que va en contra de los *standards* contemporáneos de la comunidad relativos a la descripción o representación de las

[82] 393 US 97, 1968.
[83] 360 US 684, 1959.
[84] 394 US 576, 1969.
[85] 327 US 146, 1946.
[86] 403 US 15, 1971.
[87] 315 US 568, 1942.
[88] 354 US 476, 1957.
[89] 383 US 413, 1966.

cuestiones sexuales, y *c*) que el material carezca agudamente de todo valor social que lo redima.

Sin embargo, poco después la Corte Suprema de los Estados Unidos empezó a abandonar este *test* y a tomar en cuenta el propósito de la regulación moviéndose hacia una eliminación de toda posibilidad de censura de materiales obscenos dirigidos a adultos que consienten; así surge de los casos "Redrup v. New York"[90] y "Stanley v. Georgia"[91]. Pero esta última tendencia fue, a su vez, contenida una vez que se produjeron cambios en la Corte hacia posiciones más conservadoras como se manifestó sobre todo en el caso "Paris Theatre v. Slaton"[92] en el que se aplicó, intentando precisar, las condiciones del *test* de "Roth". Para los casos en que se procura restringir expresiones que incitan a la violencia o que atentan contra la seguridad nacional, el *test* que la Corte norteamericana ha empleado es el del "peligro claro y presente": el *test* fue desarrollado por Oliver Wendell Holmes en "Schenk v. United States"[93] y "Abrams v. United States"[94], se eclipsó temporariamente por un *test* más laxo del juez Learned Hand sobre "la gravedad del mal compuesta por su probabilidad" en "Dennis v. United States"[95], y volvió a resurgir a partir de "Brandenburg v. Ohio"[96], en el que se revocó la condena de un miembro del Ku Klux Klan sobre la base de una ley que era inconstitucional, según la Corte, por no estar dirigida a evitar la incitación o producción probable de una conducta ilícita inminente. En materia de difamación la Corte Suprema norteamericana en "New York Times v. Sullivan"[97], creó un privilegio especial para los escrutinios y críticas dirigidos contra los funcionarios públicos en ocasión de sus funciones; este privilegio no se extiende, por cierto, a la difamación de particulares que no son figuras públicas, como se mostró en "Gertz v. Robert Weldch"[98]. Las cuestiones mencionadas anteriormente se refieren, como dice Tribe[99] a las restricciones relacionadas con el contenido de las ideas o de la información.

También hay regulaciones que intentan imponer restricciones a la forma en que las ideas y la información se comunican. Reciente-

[90] 386 US 767, 1967.
[91] 394 US 557, 1969.
[92] 413 US, 49, 1973.
[93] 249 US 47, 1919.
[94] 250 US W 616, 1919.
[95] 341 US 494, 1951.
[96] 395 US 444, 1969.
[97] 376 US 254, 1964.
[98] 418 US 323, 1974.
[99] Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*.

mente la Corte Suprema dictó dos decisiones trascendentes, "Texas v. Johnson" [100] y "United States v. Shawn D. Eichman et al" [101]; en ellas se estableció que la profanación de la bandera, por más ofensiva que sea a la gente, está protegida por la enmienda I como una forma de expresión de ideas y actitudes (en el primero de ellos, el juez Brennan hablando por la Corte sostuvo entre otras cosas: "Si hay un principio que constituye la piedra basal que subyace a la enmienda I es que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad encuentra a la idea ofensiva o desagradable"). También en materia de la forma de expresión, la Corte norteamericana, como argumenta Tribe, fue ampliando la idea del "foro público" comprendiendo en él desde los supermercados hasta las transmisiones televisivas: en "Union Local 590 v. Logan Valley Plaza" [102] la Corte admitió el derecho de huelguistas de hacer manifestaciones en un centro de compras privado, pero en "Hudgeens v. NLRB" [103] la Corte restringió ese derecho; en "Miami Herald v. Tornillo" [104] la Corte descalificó el derecho de réplica impuesto por una ley del Estado de Florida; en cambio en "Red Lion Broadcasting v. FCC" [105] el tribunal admitió la constitucionalidad de la doctrina de la equidad establecida por el Comité Federal de Comunicación que exige posibilidades de réplica en radio y televisión para ataques personales y editoriales políticos (esto no se ve impedido por el hecho de que en "Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee" [106] la Corte consideró que la radio y la televisión gozan de la protección debida a la "prensa", y no son asimilables al correo o al teléfono, y en consecuencia no pueden ser obligados a vender espacio a los partidos).

En Gran Bretaña había hasta hace poco un monopolio público de la radio y la televisión con dos cadenas –la BBC y la IBA– que están conducidas por entes públicos independientes, regulados por normas que aseguran el pluralismo político e informativo. A ellas se han agregado últimamente canales y radios privadas. Hay también un Consejo General de la Prensa establecido por los medios periodísticos independientes tanto para garantizar la libertad de prensa como para cuidar la ética periodística frente a los derechos de los ciudadanos. En materia de obscenidad la figura básica depende de

[100] 109 S.Ct. 2533, 1989.
[101] 58 LW 4744.
[102] 391 US 308, 1968.
[103] 424 US 507, 1976.
[104] 418 US 241, 1974.
[105] 395 US 367, 1969.
[106] 412 US 94, 1973.

la caracterización del famoso caso "R. v. Hicklin" [107] que tomó como *test* la tendencia del material para depravar y corromper. Se dictaron sucesivas leyes en 1959 y 1964 regulando los casos de obscenidad y en 1979 la comisión presidida por el filósofo Bernard Williams [108] recomendó dictar una legislación que sólo proteja contra la obscenidad a los niños y a los terceros que no consientan exponerse al material. Desde 1968 se abolió toda censura a los teatros. En cuanto a los cines, hay una comisión de censura que califica a los filmes pero corresponde a las autoridades locales licenciatarias seguir o no el consejo de la comisión. La prensa está limitada en Gran Bretaña respecto de las noticias que puedan perturbar el curso de la justicia sobre la base de la idea de "desprecio al Tribunal" (*contempt of Court*): en 1954 el diario "Evening Standard" fue multado por publicar una noticia errónea sobre la prueba presentada en un juicio; en 1949 el editor del "Daily Mirror" fue enviado a prisión por publicar una noticia falsa acerca del involucramiento criminal previo de una persona juzgada; en 1976 de nuevo el "Evening Standard" fue multado por publicar una fotografía de un procesado el día en que debía someterse a una rueda de presos identificatoria.

Pero el caso más famoso fue el del "Sunday Times" juzgado por la Cámara de los Lores en 1973: el periódico inició una campaña contra los productores de talidomida –cuyo uso había producido el nacimiento de muchos chicos deformes– con el objeto de lograr que ofrecieran compensar a los padres de los chicos. La Cámara emitió una orden impidiendo al diario publicar un artículo con pruebas sobre los efectos de la droga mientras se llevaban adelante los procesos judiciales; pero el diario apeló al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que decidió que la restricción era injustificada. Ello llevó a que se creara un Comité sobre el tema que recomendó una definición más estrecha de "desprecio al tribunal" –tomando en cuenta el serio perjuicio para el curso de la justicia–, la que fue adoptada por la ley de 1981. La prensa está también limitada en Gran Bretaña por las leyes contra la difamación y la ruptura de la confidencialidad (como se puso de manifiesto en la decisión de 1981 de la Cámara de Apelaciones restringiendo la publicación de información sobre la droga "Primodor"; en cambio en el caso de 1975 sobre la publicación de los diarios del ministro Crossman, el *lord chief justice* sostuvo que la ruptura de la confidencialidad no se extiende a las tramitaciones de gobierno.

[107] Law Reports 3 Queen's Bench 360, 1868.

[108] Ver Comisión Williams, *Report of the Williams Committee on Oscenity and Film Censorship*.

Conviene mencionar que hay países como Alemania Federal en los que el derecho de réplica se halla especialmente protegido. Así, en la sentencia del 8 de febrero de 1983, el Tribunal Constitucional Federal de ese país define el derecho de réplica como un medio de protección de los particulares contra las intervenciones de los medios en la esfera privada. Sostiene que su conformación sustantiva y procesal se ha de medir por el tenor del derecho a la personalidad que debe coexistir no obstante con el de la radiodifusión. Tomando en cuenta estas consideraciones el Tribunal anuló por inconstitucional una ley que imponía un plazo de quince días para la réplica, considerando que la dificultaba esencialmente.

En la Argentina la suerte de la libertad de expresión, sobre todo a través de la prensa, ha estado intrínsecamente ligada a las vicisitudes de nuestro liberalismo constitucional. Muy tempranamente el ideario liberal de Mayo se tradujo en disposiciones en materia de prensa: el 20 de abril de 1811 la Junta Grande sancionó un decreto de libertad de prensa en el que se expresaba que "Todos los cuerpos y personas particulares, de cualquier condición y estado que sean, tienen libertad de escribir, de imprimir y de publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión y aprobación alguna, anteriores a la publicación".

El mismo principio fue ratificado en un decreto del Triunvirato del 26 de octubre del mismo año. También el Reglamento Provisional de 1815 y el Reglamento Provisorio de 1817 son explícitos en su protección de la libertad de prensa; lo mismo hicieron las Constituciones de 1819 y 1826, las que en sus arts. CXI y 161, respectivamente, califican al derecho de publicar las ideas por la prensa como un derecho "tan apreciable al hombre como esencial para conservar la libertad civil". Esta tradición constitucional se plasmó en nuestra actual norma fundamental que dedica a la libertad de expresión dos referencias, la del art. 14, que reconoce a todos los habitantes el derecho a "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa", y la del art. 32, que establece que "el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal". La combinación de estos artículos genera una sobreprotección para la libertad de expresión más allá del principio general de libertad que surge del art. 19, la que, como dijimos antes, consiste en que no se puede considerar un daño la mera aceptación voluntaria de una idea u opinión por parte de otros –cualquiera sea el contenido de esa idea u opinión–, y dos garantías procedimentales, que son las de no injerencia previa y la no injerencia federal.

A pesar de este constante reconocimiento de la libertad de expresión en el plano normativo más alto, la realidad fue muy diferente, como lo muestran las persecuciones de Rosas a quienes se atrevían a sugerir las más ligeras críticas (y el consiguiente surgimiento

de una prensa opositora en el exilio); la represión de Perón a la prensa libre a través de amplias leyes de desacato, confiscaciones de diarios, presiones de toda índole; el uso abusivo del estado de sitio para restringir la libre expresión de ideas; las leyes de seguridad nacional, los comunicados y las conductas persecutorias de la libre expresión de ideas emanadas de las dictaduras militares que gobernaron entre 1966 y 1973 y entre 1976 y 1983 (que llegaban hasta a penar la difusión de las actividades de los partidos disueltos y, con reclusión de hasta diez años, la publicación de cualquier noticia o imagen que perturbara o desprestigiara la acción de las Fuerzas Armadas y de seguridad); la casi constante censura de las difusiones de radio y televisión, de las publicaciones y de las exhibiciones cinematográficas y teatrales por razones de "moralidad" (que llegaron en la época de Perón hasta obligar a cambiar la letra de los tangos, y a impedir durante las últimas dictaduras militares que los argentinos adultos se "autodegradaran" asistiendo a espectáculos o viendo películas, corrientes aun en la otra orilla del Río de la Plata); la manipulación propagandística de los medios de comunicación masiva bajo el control del Estado, etcétera. Recién con el proceso de transición democrático iniciado en 1983 se produjo un ajuste de la realidad normativa y fáctica a las prescripciones constitucionales, derogándose toda la legislación restrictiva de los medios de difusión, respetándose por parte de los poderes públicos las más acerbas críticas de la acción de gobierno y eliminándose toda censura a las publicaciones y exhibiciones. En este sentido uno de los instrumentos más notables de avance de la libertad de pensamiento lo representó la ley 23.052, referida a las exhibiciones cinematográficas, que sentó el principio de que los dos únicos criterios que justificaban interferir con la libre exhibición de películas es la protección de los niños y la de los adultos que no consientan presenciar espectáculos que pudieran resultar ofensivos, estableciéndose un régimen, a través de organismos participativos, de calificación sin censura –que incluye la categoría de exhibición condicionada para aquellos casos en que es necesario prevenir a los adultos sobre un contenido que podría resultarles chocante– y prohibiendo producir todo corte del material a exhibir.

Es de destacar la relevancia que tiene para este tema la ratificación producida en este período de convenciones internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica. Esta Convención establece en su art. 13 un amplio marco normativo para la protección de la libertad de pensamiento y de expresión: protege el derecho de buscar, difundir y recibir informaciones e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, por cualquier medio oral, escrito, etc.; excluye la censura previa y permite sólo responsabilidades ulteriores para proteger la reputación de los demás y el orden y la moral públicas; prohíbe los medios indirectos de presión sobre la prensa; permi-

te la censura previa de espectáculos sólo en protección de la niñez y adolescencia; prohíbe la propaganda racista o belicista. En su art. 14, el Pacto establece el derecho de rectificación o respuesta para que la persona afectada por manifestaciones inexactas o agraviantes pueda producir en el mismo medio aclaraciones en la forma establecida por la ley. En una opinión consultiva emitida el 29 de agosto de 1986, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que las obligaciones contenidas en el tratado son exigibles y que si los Estados miembros no garantizan el derecho de rectificación o respuesta ello implica una violación de la Convención.

Menos exitoso ha sido este proceso de transición en cuanto a asegurar el aspecto positivo de la libertad de expresión que se mencionó al comienzo, o sea el de dar oportunidades efectivas al espectro más amplio de ciudadanos, grupos, asociaciones, etc., para que accedan a los medios de comunicación masiva, sobre todo audiovisual para expresar sus ideas. En 1987 el Consejo para la Consolidación de la Democracia, órgano de asesoramiento pluripartidario y pluridisciplinario del presidente de la Nación, presentó un proyecto y dictamen respecto de una ley de radiodifusión[109] que contemplara un sistema mixto de radio y televisión con dos cadenas públicas –una dependiente del Poder Ejecutivo y otra de un organismo independiente con amplia participación parlamentaria–, un vasto marco para el acceso de emisoras privadas comerciales y controladas por asociaciones de bien público, una considerable descentralización del poder licenciatario, repartido entre la Nación, las provincias y los municipios, normas para controlar los monopolios y oligopolios informativos, el reconocimiento del derecho de rectificación, de acuerdo con lo ordenado, como vimos, por el Pacto de San José de Costa Rica, etcétera. El proyecto no fue aprobado y en su lugar se sancionaron normas que convalidan el sistema tradicional de distribución del acceso a las ondas *hertzianas* entre el Gobierno nacional y grandes empresas comerciales (combinando en algunos casos el control de televisoras, radios y diarios).

La Corte Suprema tuvo una jurisprudencia mucho más oscilante en materia de libertad de prensa que la que prevalece en las democracias liberales consolidadas. Por un lado sostuvo recurrentemente conceptos como que "[e]ntre las libertades que la Constitución consagra la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individua-

[109] Ver Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Proyecto y dictamen sobre radiodifusión*.

les, está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda desviación tiránica" [110]. Pero, por otro, la Corte fue a veces complaciente con avances del Ejecutivo sobre la prensa, sosteniendo, por ejemplo, que la mera circunstancia de que la clausura del periódico por estado de sitio haya sido dispuesta sin término fijo no implica violación constitucional alguna si no tiene carácter punitivo y que consiste en la razonable aplicación de la ley 14.785, que declaraba el estado de sitio sin fijar término para éste [111].

La Corte ha tenido oportunidad de dictar fallos relevantes respecto de las dos garantías procedimentales que la Constitución concede a la libertad de prensa: la de la prohibición de "censura previa" consagrada por el art. 14 y la de la prohibición al Congreso de dictar "leyes que restrinjan la libertad de imprenta" o establezcan sobre ella la "jurisdicción federal", dispuesta en el art. 32.

Respecto de la primera garantía procedimental la Corte Suprema sotuvo en "Sánchez Sorondo, Marcelo s/recurso de amparo decr. 7954" [112] del 30 de abril de 1968, frente al cierre de una publicación producido durante la dictadura de Onganía, que "esta Corte ha tenido oportunidad reciente de referirse al alcance de la garantía en juego, en la sentencia dictada el 30 de octubre de 1967 *in re* 'Calcagno R.R. s/inf. art. 244 del Cód. Penal' donde se dijo que: 'la verdadera esencia de este derecho radica en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el prévio contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente autoridad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal'... 'Que –como lo dice Estrada– las condiciones generales sobre las cuales reposa la libertad de imprenta en la legislación moderna son: la supresión de la censura previa, la abolición de la represión administrativa, y el establecimiento de una represión puramente judicial contra todos los delitos cometidos por medio de la prensa'... 'Que si el art. 14 de la Constitución nacional prohíbe la censura previa, cabe concluir que menos puede admitirse la clausura lisa y llana de una publicación, como forma anticipada de restricción a la libertad de imprenta'... 'Que los fines enunciados en el anexo 3 del Acta de la Revolución no se oponen a esta conclusión porque las Declaraciones, Derechos y Garantías mencionados en la

[110] CSJN, 11/11/60, "Abal, Edelmiro c/Diario 'La Prensa'", *Fallos*, 248:316. Aquí se sostuvo que la clausura del diario "La Prensa", durante el gobierno de Perón, fue un caso de fuerza mayor que los efectos laborales.

[111] CSJN, *Fallos*, 250:832.

[112] CSJN, *Fallos*, 270:291.

primera parte de la Constitución nacional no han sido afectados por dicho texto ni por el Estatuto de la Revolución Argentina'... 'Que como lo dijo esta Corte al fallar el 30 de octubre de 1967 las causas García Mutto, Antonio E. c/Donatti, Carlos A. s/querella por desacato y Moreno A. y Timerman, Jacobo, s/infracción de los arts. 213 y 244 del Cód. Penal, debe reputarse esencial manifestación del derecho a la libertad de prensa el ejercicio de la libre crítica de los funcionarios en razón de actos de gobierno, ya que ello hace a los fundamentos mismos del gobierno republicano'".

Otro caso de suma relevancia para determinar el alcance de esta garantía es "Verbitsky s/denuncia"[113]; se trataba de una solicitada que se iba a publicar en varios diarios, firmada por cientos de personas en elogio a la conducta de Jorge R. Videla en la represión de la subversión; denunciada la inminencia de su publicación, el juez federal prohibió la publicación sobre la base de su deber de impedir la consumación de un delito y ante la presunción de que esa publicación constituiría apología del delito. Apelada la resolución judicial a la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correcional de la Capital Federal, ésta, en un excelente fallo del 10 de noviembre de 1987, sostuvo que si bien el *a quo* tenía razón en que *prima facie* se había comenzado a ejecutar el delito de apología del crimen, debía darse carácter absoluto a la prohibición de censura previa, contenida tanto en el art. 14 de la Const. nacional como en el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica. La Corte[114] confirmó este fallo, rechazando que el juicio de la Cámara de que se pudo haber cometido el delito de apología del crimen tenga un carácter de censura previa (sin embargo, el doctor Fayt disintió, sosteniendo que la sentencia debía revocarse para excluir ese fundamento).

En cuanto a la otra garantía procesal establecida por el art. 32 que prohíbe al Congreso federal dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa o que establezca sobre ella la jurisdicción federal, hasta 1970 la jurisprudencia dominante de la Corte[115] era que las provincias debían regular localmente los delitos que se pudieran cometer por medio de la prensa, aunque desde 1932 se admitió con carácter de excepción la jurisdicción federal cuando se afecta al Estado o al Gobierno federal[116]. Pero la jurisprudencia cambió a partir de "Ramos, Raúl Alberto s/querella por injurias c/Eduardo Batalla", fallado el 21 de octubre de 1970[117]. En éste el Procurador General,

[113] CSJN, 13/6/89, *ED*, 126-287.

[114] CSJN, 13/6/89, *JA*, 1989-III-411.

[115] Ver, por ejemplo, CSJN, *Fallos*, 127:429 y 128:175.

[116] Ver CSJN, *Fallos*, 167:136.

[117] CSJN, *Fallos*, 278:73.

Eduardo Marquardt dictaminó a favor de que se mantenga la jurisprudencia de la Corte, sosteniendo que los delitos cometidos por la prensa requieren normas especiales sobre dolo, prueba, responsabilidad de los editores, las que son más adecuadamente previstas por el derecho local; concluía diciendo: "Sólo me queda por manifestar a modo de síntesis, que la jurisprudencia actual de la Corte Suprema sobre la materia que me ocupa respeta el sentido histórico del art. 32 de la Const. nacional haciendo compatibles sus propósitos con otras finalidades primordiales de nuestro instrumento de gobierno. De esa manera reconoce a las provincias poderes íntimamente relacionados con el ejercicio de su autonomía, que sin duda se han reservado y no es posible dejar sin efecto por vía de la decisión jurisprudencial. Caso contrario se prescindiría de la realidad histórica, frustrando la legítima intención de la norma examinada que, reducida a lo sustancial, es la de crear un estímulo para la vida política y social de las provincias argentinas". Sin embargo, el Tribunal adoptó la posición opuesta, sosteniendo que hay una innumerable cantidad de delitos que pueden ser cometidos por medio de la prensa y que quedarían impunes si las provincias no establecieran normas penales a su respecto. Agrega la Corte que "es preciso, en consecuencia, tener presente que el Congreso dicta dos clases de leyes: por una parte las de índole estrictamente federal que son aplicadas solamente por los tribunales federales y, por la otra, las llamadas 'de derecho común' que se aplican por los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones, como dice la última parte del art. 67, inc. 11". Termina diciendo la Corte que la finalidad del art. 32, agregado por la Convención de 1860 a causa de una carta de Urquiza, fue impedir el establecimiento exclusivo de la jurisdicción federal. Esta interpretación es apoyada por autores como Bidart Campos sobre la base de que el art. 32 habla de restricción a la libertad de prensa, lo que no se constituye con la creación de delitos que son los mismos sea cual fuere el medio por el que se cometen, que lo contrario implicaría violar el principio de igualdad ante la ley, ya que un acto sería punible o no de acuerdo al lugar donde es cometido, y que si bien los antecedentes históricos de la norma apoyan la interpretación opuesta, las circunstancias han variado y la Constitución debe recibir una interpretación dinámica.

Creo, sin embargo, que el cambio de jurisprudencia no se justifica y que la opinión del procurador Marquardt en "Batalla" era correcta.

El efecto del fallo de la Corte implica dejar las cosas en una situación casi idéntica que si el art. 32 de la Constitución no existiera, violando un sano principio de interpretación que, en palabras frecuentemente empleadas por Soler, reza que "cuando la ley ha *di-*

cho algo debe suponerse que *ha querido decir* algo" [118]. La necesidad de respetar la práctica constitucional vigente, observando una interpretación leal al texto de la Constitución, es tanto más imperiosa cuanto no parece haber razones valorativas de peso en contra de esa interpretación y sí razones a favor: si hay hechos dañosos que se cometan por medio de la prensa que puedan dejar de ser penados por imprevisión de un legislador provincial, ello no es ni catastrófico –ya que suele ocurrir con muchas lagunas legislativas– ni contrario a una exigencia de igualdad, la que se limita a la presencia de circunstancias relevantemente similares (así como tampoco viola esa exigencia de igualdad el hecho de que en los Estados Unidos toda la legislación común sea estadual o que en nuestro país la interpretación del derecho común pueda variar de jurisdicción en jurisdicción).

Tampoco parece ser cierto que la formulación de normas penales no constituya restricciones, cuando –independientemente de su justificabilidad– tales normas constituyen el grado máximo de interferencia del Estado con la conducta individual. Por otro lado, es un resguardo importante a la libertad de prensa el que las restricciones que puede haber en una provincia –tal vez por la filiación política del gobierno de ella– quizá no existan en otra provincia, y que en cada jurisdicción se defina tanto las normas de fondo como las procesales aplicables a la prensa de acuerdo con las circunstancias imperantes en ella. Dados los claros términos del art. 32, tampoco se justifica el avance de la jurisdicción federal producido a partir del fallo en "Diario La Provincia" [119] en 1932: es mucho más lo que se pierde socavando la observancia convencional de la Constitución que las posibles complicaciones derivadas de someter a la jurisdicción ordinaria del lugar del hecho los delitos cometidos por la prensa que puedan atentar contra bienes federales.

Un fallo realmente lamentable de la Corte Suprema en el que se desconocen las dos garantías de los arts. 14 y 32 de la Const. nacional, y en el que se hacen explícitas las ideas autoritarias que irían tomando en el país cada vez más arraigo hasta llegar a la eclosión de los años 70, es el del caso "Bertotto" [120] del 5 de abril de 1933. Allí se justifica como constitucional la negativa del jefe de correos de Rosario de admitir la distribución postal del diario "Democracia" por contener presuntas apologías de delitos, sobre la base de que la libertad de prensa no es absoluta y que "desde luego, es inconciliable su utilización para fines contrarios a la organización política argentina, a la moral pública y a las buenas costumbres". Por cierto

[118] Soler, Sebastián, *La interpretación de la ley*, p. 168.

[119] CSJN, *Fallos*, 167:136.

[120] CSJN, *Fallos*, 168:30.

que este fallo desconoce absolutamente la sobreprotección que merece la expresión de ideas en una democracia deliberativa, sobre cualquier otra acción, sobreprotección que implica –repitámoslo– que la mera aceptación voluntaria de ideas u opiniones por parte de otros nunca puede constituir un daño a terceros que justifique la interferencia estatal.

Tomando en cuenta estas garantías procedimentales y la sobreprotección sustantiva de la expresión de ideas es que hay que encarar los abusos de la libertad de prensa que pueden afectar derechos de los individuos. En "Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida" [121] del 11 de diciembre de 1984 la Corte Suprema confirmó una sentencia condenatoria a una editorial por los daños y perjuicios causados al violar el derecho a la intimidad del doctor Ricardo Balbín, publicando una fotografía en la tapa de una revista en que lo muestra cuando estaba internado en terapia intensiva. Allí la Corte sostuvo que la libertad de prensa no es absoluta y no involucra su ejercicio impune cuando están en juego otros derechos, como lo es en este caso el derecho a la intimidad, que se infiere del art. 19 de la Const. nacional cuando protege las acciones privadas de los hombres y el art. 1071 *bis* del Cód. Civil. Es especialmente interesante lo afirmado en el voto del doctor Petracchi en el sentido de que la libertad de expresión excede las garantías de los arts. 14 y 32 y comprende una especial inmunidad en lo que se refiere a la discusión de cuestiones que hacen a la vida pública; por otro lado, también es importante en este voto que se aclare que, si bien la libertad no es absoluta cuando están en juego derechos como el de la intimidad, no son admisibles las expresiones vagas de fallos anteriores de la Corte [122] que sostienen que los derechos deben ser armonizados y sometidos al poder de policía "con base a la necesidad y al deber de preservar la moral, las buenas costumbres, el orden y la seguridad pública". Por otro lado, en el caso "Campillay, Julio C. c/La Razón y otros" [123] del 15 de mayo de 1985 la Corte confirmó una sentencia condenatoria a pagar daños y perjuicios por sostenerse en un periódico sin fundamentos que el actor estaba vinculado a bandas delictivas, aun cuando los editores se hubieran limitado a transcribir un comunicado policial. También la Corte Suprema sostuvo en un fallo del 11 de diciembre de 1972 *in re* "Fernández Valdés s/Amparo" [124], que la obligación de publicar sentencia condenatoria no infringe la libertad de prensa.

[121] CSJN, 11/12/84, *LL*, 1985-B-120 y siguientes.

[122] CSJN, *Fallos*, 282:392; 295:215 y 257:275.

[123] CSJN, 15/5/85, *LL*, 1986-C-411.

[124] CSJN, *Fallos*, 284:345.

En cuanto al derecho de rectificación y réplica, la Corte Suprema, apartándose del caso "Costa" [125] reconoció en el caso "Ekmekdjian" (7/7/92) que el derecho en cuestión está incorporado a nuestro derecho interno por la ley ratificatoria del Pacto de San José de Costa Rica.

Por último, conviene recordar que nuestra Corte Suprema ha extendido a otros medios de expresión, como los audiovisuales, las garantías de los arts. 14 y 32 respecto de la libertad de prensa [126].

En suma, la Corte Suprema argentina ha desarrollado una jurisprudencia oscilante y de valor variado en materia de reconocimiento de los principios del liberalismo constitucional relativos a la libertad de expresión: *a*) ha desarrollado moderadamente bien la garantía procedimental de prohibición de la censura previa, aunque frente al estado de sitio –ese gran cementerio de nuestras libertades– los avances aun cuando reales han sido tímidos y no siempre consecuentes; *b*) en cambio, ha prácticamente frustrado la otra garantía procedimental referida a la prohibición de legislación y jurisdicción federal en materia de expresión; *c*) ha admitido limitaciones *ex post facto* de la expresión en protección de derechos de los individuos como son el honor o la intimidad; *d*) aunque no ha desarrollado claros criterios para distinguir los daños cometidos por el ejercicio de la libertad de expresión que pueden ser objeto de interferencia estatal *ex post facto* de los que son inmunes aun a tal interferencia posterior, y *e*) no ha avanzado prácticamente nada, salvo en lo que hace a la publicación de sentencias condenatorias por delitos contra el honor en el campo del *aspecto activo* de la libertad de expresión, que implica, como vimos, dar oportunidades efectivas y ecuánimes a los ciudadanos –como el derecho de rectificación, el acceso igualitario a medios masivos, etc.– para que la libre expresión de ideas y actitudes no sea, de hecho, un privilegio de alcance restringido. Todo esto sugiere que en oportunidad de una reforma constitucional se podría intentar formular reglas claras que orientaran a la jurisprudencia, de conformidad con los principios enunciados, tomando en cuenta la sobreprotección que merece la libertad negativa y positiva de expresión en una democracia liberal.

§ 37. *La libertad de conciencia y de cultos.* – Es claro que la libertad para profesar cualquier creencia y, en especial, la de adherir a cualquier culto religioso o no adherir a ninguno es una derivación central del principio de autonomía de la persona. Una particular visión religiosa o secular de la vida y del cosmos constituye un aspecto central de la mayor parte de las concepciones del bien, por lo que

[125] CSJN, 12/3/87, *LL*, 1987-B-269.

[126] CSJN, *Fallos*, 282:392 y 295:215.

la libertad para elegir y materializar tales concepciones y los planes de vida basados en ellas no puede sino incluir, esencialmente, la libertad para profesar o no y practicar o no absolutamente cualquier culto religioso.

Los tres argumentos que se dieron en el apartado anterior en apoyo del principio de autonomía personal son aplicables a la libertad religiosa. En primer lugar, la presuposición en el discurso moral del valor que tiene guiar nuestra conducta por principios libremente aceptados se aplica primordialmente a *standards* derivados de concepciones religiosas. En segundo término, la imposición de concepciones acerca del significado de la vida y en especial religiosas –a la manera de la Inquisición– es autofrustrante ya que los ideales de vida y los religiosos requieren la libre convicción en la adhesión y práctica de sus exigencias. Finalmente, el valor epistémico de las decisiones de un gobierno democrático no se extiende a cuestiones, como las de la adopción de ideales del bien con diversos componentes trascendentes o seculares, respecto de las que no es relevante la exigencia de imparcialidad, como ocurre con los principios de la moral pública o intersubjetiva; por lo tanto, las razones para obedecer a los dictados de tal gobierno no se aplican a los casos en que tales dictados tienen un fundamento religioso.

Por cierto que el único límite a la libertad de conciencia y de religión está dado por el principio del daño a terceros. Si el ejercicio de un culto requiere o implica conductas perniciosas o molestas para terceros que no consienten o no pueden consentir ello justifica la interferencia estatal en protección de tales terceros. Esto plantea problemas en casos como el de la circuncisión: se podría sostener que ella es una mutilación, practicada generalmente sobre niños que no pueden consentir, sin que ni siquiera los padres tengan el derecho de afectar de ese modo irreversible su integridad corporal. Sin embargo, es discutible que la circuncisión de los varones pueda constituir una mutilación, ya que no parece afectar ninguna capacidad de la persona (tal vez es diferente el caso de la circuncisión femenina).

Obviamente el daño a terceros no puede consistir en la molestia que ellos sufren al presenciar o conocer el ejercicio de cultos que no comparten *a causa de sus propias actitudes de intolerancia respecto de tales cultos*. El "daño" proveniente de la no aceptación del principio de autonomía personal no puede computarse a los efectos de la aplicación de este principio.

El principio de libertad de conciencia y de cultos implica lógicamente la doctrina que Audi[127] denomina "de separación institucio-

[127] Audi, Robert, *The Separation of Church and State and the Obligations of Citizenship*, en "Philosophy and Public Affairs", 1989, vol. 18, nº 3, p. 259 y siguientes.

nal", o sea la idea de que el Estado no debe interferir en cuestiones religiosas y que las iglesias u otras instituciones religiosas no deben interferir en cuestiones políticas. Esta doctrina es tanto más imperiosa en sociedades como la nuestra, dominadas por lo que Rawls llama "el hecho del pluralismo", o sea una diversidad fáctica de visiones religiosas y seculares que no puede superarse si no es mediante el uso directo o indirecto de la coacción estatal.

Arendt, comentando el impacto de la libertad religiosa establecida por la Revolución Francesa, sostiene: "La enorme significación para el ámbito político de la pérdida del establecimiento estatal de una religión es comúnmente descuidada en la discusión de la secularización moderna, porque el surgimiento del ámbito secular, que fue el resultado inevitable de la separación de la Iglesia y el Estado, de la emancipación de la política de la religión, parece tan obviamente haber tenido lugar a expensas de la religión; a través de la secularización, la Iglesia perdió muchas de sus propiedades terrenales y, lo que es más importante, la protección del poder secular. Pero, como cuestión de hecho, esta separación cortó, en ambos sentidos, y así como uno habla de la emancipación de lo secular respecto de lo religioso, también podría uno, tal vez aun con más derecho, hablar de la emancipación de la religión de las exigencias y cargas de lo secular" [128]..

Sostiene Audi que de la doctrina de la separación institucional se derivan tres principios más específicos: *a*) el principio libertario que establece que el Estado debe permitir la práctica de cualquier religión; *b*) el principio igualitario, que precluye la posibilidad de que el Estado dé preferencia a una religión sobre otra –p.ej., subsidiándola o exigiendo profesar la religión preferida para ciertos cargos públicos–, y *c*) el principio de neutralidad, que promueve el pluralismo, prohibiendo que el Estado promueva la religión como tal, desalentando actitudes no religiosas. En realidad, estos tres principios están implícitos en la idea de libertad religiosa una vez que, en primer lugar, ésta es entendida, como todas las libertades, no solamente en términos negativos sino incluyendo oportunidades efectivas y, en segundo lugar, se acepta que la idea de libertad misma involucra necesariamente su distribución igualitaria.

Una derivación de la libertad de conciencia y de cultos es la posibilidad de objetar deberes o restricciones impuestos por las leyes, cuando la materialización de esos deberes llevaría a los individuos a desviarse seriamente de la concepción del bien elegido o del ideal religioso al que el individuo adhiere. Esa objeción de conciencia

[128] Arendt, *The origins of totalitarianism*, p. 160-161

debe tener éxito en justificar una excepción a la obligación o restricción en cuestión cuando ella tiene una fundamentación perfeccionista y está dirigida a imponer una concepción del bien o de la trascendencia personal que el individuo no comparte. Pero en estos casos la norma misma es objetable de acuerdo con el principio de autonomía personal que es central para el liberalismo constitucional, y en nuestro ordenamiento sería impugnable según el art. 19 de la Constitución. Hay, sin embargo, otros casos en que la norma no contraviene aquel principio, puesto que está determinada por la razón de evitar daños directos o indirectos para terceros ajenos al agente y, sin embargo, su cumplimiento implicaría una grave presión sobre los ideales de vida, especialmente religiosos de la persona en cuestión. En estas situaciones es necesario hacer un balance, dada la contraposición entre el valor que en general tiene el que los individuos actúen de acuerdo a principios a los que adhieren en conciencia y el hecho de que las normas jurídicas que se dictan democráticamente para regir las relaciones intersubjetivas tienen, como vimos en el apartado anterior, un valor epistemológico que hace aconsejable su cumplimiento. Ese balance es entre cuán central para el proyecto de vida del individuo es abstenerse del comportamiento impuesto legalmente y qué posibilidades hay de cumplir los objetivos de protección o promoción social que se propone la ley en cuestión prescindiendo de su observancia por parte de individuos cuya conciencia resultaría gravemente forzada. En el caso de leyes como el del saludo forzado a los símbolos patrios, que parecen tener una finalidad más bien perfeccionista, la excepción de aquellos cuya conciencia se ve violentada por el comportamiento impuesto aparece como más evidente en el contexto del liberalismo constitucional. En cambio, cuando se trata de leyes, como la del servicio militar obligatorio, que imponen obligaciones dirigidas, según se supone, no a imponer a los individuos ideales del bien sino a satisfacer objetivos de protección de la sociedad, la eventual exención de las personas que objetan en conciencia debe tomar en cuenta la centralidad y sinceridad de la objeción, las alternativas de contribución a los bienes públicos sin sufrir igual violencia moral, los efectos demostrativos sobre otros comportamientos que podrían ser socialmente deletéreos, etcétera.

Prácticamente casi todos los países occidentales avanzan constantemente en el reconocimiento de una libertad igualitaria de conciencia y culto. En Gran Bretaña, por ejemplo, a pesar del establecimiento de la Iglesia Anglicana –que implica que el soberano gobernante debe ser de esa religión– en 1689, después de la Revolución Gloriosa, se dictó la ley de tolerancia de los protestantes, en 1829 la ley de emancipación de los católicos, en 1846 la de los judíos, y en 1888 se eliminaron las incapacidades políticas de los ateos. En 1883 el *lord*

chief justice Coleridge sostuvo que los principios de la cristiandad no eran parte del derecho inglés y que aun los aspectos más esenciales de la religión pueden ser atacados sin incurrir en blasfemia. Sin embargo, en 1977 la Cámara de los Lores confirmó la condena por blasfemia del editor del periódico "Gay News" por publicar un poema sobre el amor homosexual por Cristo. En 1981 la Comisión Legal aconsejó abolir totalmente el delito de blasfemia. Las cadenas oficiales de televisión inglesa conceden espacios equitativos a diversas expresiones religiosas o seculares. La religión no puede tomarse en cuenta para cargos públicos o para la admisión en el país. Por ley de 1972 se admiten matrimonios poligámicos. Se admite la objeción de conciencia frente al servicio militar por motivos religiosos, tanto en tiempos de paz como de guerra.

En España, apenas sancionada la Constitución de 1978 que en su art. 16 establece la libertad de conciencia y la confesionalidad del Estado, no obstante que mantiene relaciones de autonomía y cooperación con la Iglesia Católica y los demás cultos, el Tribunal Supremo dictó sentencias como la del 24 de octubre de 1979 reconociendo una sentencia de divorcio dictada en Francia sobre la base de esa libertad y admitiendo, aun antes de que se dictara la ley de divorcio, la derogación implícita del art. 22.1 del Fuero de los Españoles que prohibía el divorcio vincular.

En los Estados Unidos tanto el no establecimiento de un culto como la libertad religiosa fueron estipulados por la enmienda I y extendido a los Estados por la enmienda XIV. La cláusula del libre ejercicio de la religión fue aplicada por primera vez a los Estados en 1940 en "Cantwell v. Connecticut"[129], en el que se revocó una condena a personas que diseminaban mensajes religiosos. La cláusula del no establecimiento de una religión fue aplicada por primera vez en 1947 en "Everson v. Board of Education"[130], en la que se confirmó la posibilidad de financiar públicamente el traslado en ómnibus a chicos de escuelas parroquiales. Se sostiene que las dos cláusulas pueden converger armónicamente, ya que el no establecimiento de una religión promueve la libertad religiosa; así lo ha sostenido la Suprema Corte por ejemplo en "Engel v. Vitale"[131], en el que se decidió que un rezo "no denominacional" preparado por la Junta de Regentes violaba la cláusula contra el establecimiento.

Pero a veces se sostiene que las dos cláusulas entran en tensión; así, por ejemplo, el nombramiento de capellanes de las fuerzas ar-

[129] 310 US 296.

[130] 330 US 1.

[131] 370 US 421.

madas puede violar la cláusula del no establecimiento pero ser necesario para posibilitar la libertad de religión, tal cual lo afirmó la Suprema Corte en "Walz v. Tax Commission" [132]. Hay diversos criterios para reconciliar las dos cláusulas cuando entran en tensión: uno de esos criterios es el de la separación estricta que implica que el Estado no debe hacer nada para ayudar a la religión; así lo estableció la Suprema Corte, por ejemplo, en "Mc Collum v. Board of Education" [133] en el que se anuló un programa de tiempo libre para rezos en las escuelas públicas. Otro *test* es el de la "neutralidad estricta", pero según Tribe [134], la Corte nunca lo adoptó como tal sino que sostuvo en fallos como "Sherbert v. Verner" [135] que las clasificaciones religiosas a veces son necesarias, como ocurre cuando se debe acomodar el asueto semanal a las creencias religiosas del empleado. La Corte Suprema ha sostenido que las actividades gubernamentales requeridas por la cláusula del libre ejercicio no pueden ir en contra de la cláusula del no establecimiento; así lo ha sostenido en casos como "Zorach v. Clauson" [136], en que admitió un programa por el cual se permitía tiempo libre en las escuelas públicas para que los niños recibieran educación religiosa fuera de ellas. Según Tribe [137] la cláusula que tiene prioridad en caso de conflicto, dada la concepción de un Estado activista para promover las libertades positivas, es la de la libertad de religión sobre la del no establecimiento de religión. Esto implica según este autor que las relaciones entre la actividad política y la religión deben tomar en cuenta los requerimientos del propósito secular, del efecto secular, de la alternativa menos restrictiva, del medio menos restrictivo para obtener un fin necesario, de la sinceridad y la centralidad, de una intromisión no excesiva, y de las tensiones entre la comunidad y la autonomía religiosa. El primer requisito es el de que las actividades gubernamentales deben tener un propósito secular; esto se ilustra con el fallo de la Corte en "United States v. Reynolds" [138] en el que se convalidó una ley estatal contraria a la poligamia sobre la base de que su objetivo no era religioso sino social. El requisito de que la ley tenga un efecto secular está dirigido a que su impacto esté centrado en áreas sociales ajenas a las prácticas religiosas; por ejemplo, en "Roemer v. Board of Pu-

132 397 US 664.

133 333 US 203.

134 Tribe, *American Constitutional Law*, p. 821.

135 374 US 398, 1963.

136 343 US 306.

137 Tribe, *American Constitutional Law*, p. 833.

138 98 US 145, 1978.

blic Works of Maryland" [139], la Corte admitió subsidios a escuelas privadas si tenían otros propósitos educacionales que los meramente religiosos. La exigencia de que la intromisión en la esfera de la autonomía religiosa sea menos obtrusiva para cumplir un objetivo necesario se puede ilustrar con fallos como "Murdock v. Pennsylvania" [140] en que la Corte revocó una condena por distribuir planfletos sin solicitar una licencia que perseguía propósitos impositivos.

El requisito de la sinceridad y centralidad es aplicado a los casos en que se objetan regulaciones que interfieren con la autonomía religiosa, como ocurrió, entre muchos otros, en el famoso caso "West Virginia Board of Education v. Barnette" [141] en el que se admitió la objeción de conciencia de los Testigos de Jehová en contra del saludo a la bandera. La exigencia de una intromisión no excesiva es ejemplificada por Tribe entre muchos otros casos con "Presbyterian Church of the United States v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church" [142] en el que la Corte revocó un fallo en el cual se tomaba en cuenta el apartamiento doctrinario de un desprendimiento de la Iglesia presbiteriana para resolver una disputa sobre propiedad eclesiástica. El requisito de equilibrio entre la autonomía religiosa y la protección de los individuos se puso de manifiesto en casos como "Wisconsin v. Yoder" [143] en que la Corte admitió el derecho de una familia Amish a mantener a un chico fuera de la escuela pública después del octavo grado.

Para dar un ejemplo de discusión sobre los alcances de la libertad de religión en el ámbito supranacional puede mencionarse que en el caso "Kjeldsen, Buskmatsen y otros", del 7 de diciembre de 1976, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que la ley de Dinamarca que impone la educación sexual de los niños tiene el propósito de información objetiva, crítica y pluralista y no viola el Primer Protocolo Adicional a la Convención que sostiene que "el Estado respetará el derecho de los padres de asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas".

Ya hemos visto antes (cap. I, ap. E) cómo el tema de la libertad de religión y de la relación del Estado con la Iglesia Católica fue una de las cuestiones centrales de discusión en las Convenciones de 1853 y 1860 y cómo las soluciones alcanzadas –a través del compro-

139 426 US 736, 1976.

140 319 US, 105.

141 319 US 624, 1943.

142 393 US 440, 1969.

143 406 US 205, 1972.

miso entre el art. 14, que reconoce el derecho a practicar libremente el culto de cada habitante, el art. 2°, que establece que el Gobierno federal sostiene el culto católico, el art. 76, que exige que el Presidente pertenezca a la comunión católica, y el art. 67, inc. 15, que prescribe al Congreso promover la conversión de los indios al catolicismo– son gravemente deficitarias desde el punto de vista de un liberalismo comprometido con el principio de autonomía de la persona. Este compromiso significó, sin embargo, un avance frente a todos los antecedentes constitucionales argentinos, ya que el proyecto de la Comisión Oficial de 1812, el de la Sociedad Patriótica, el Estatuto de 1815, el Reglamento de 1817, la Constitución de 1819, la Constitución de 1826, el Proyecto de Pedro de Ángelis y la posición sostenida en la Convención por representantes como Zenteno, Leiva, Ferré, Pérez, etc., estipulaban que la religión católica debía ser la religión de Estado.

El sostenimiento de un culto en particular implica violar el principio igualitario que, como vimos, está implícito en la idea de libertad de cultos: los que profesan el culto preferido tienen más facilidades para hacerlo que los que profesan otras religiones o desean sustituir las prácticas religiosas por otras actividades que dan sentido a su vida. Estos otros individuos están contribuyendo con sus impuestos y otras cargas al culto privilegiado y deben adicionalmente sostener su propio culto o actividad sustitutiva. Esto obstaculiza la práctica de otras religiones o de concepciones no religiosas diferentes a la religión católica e implica menoscabar la libertad de cultos. Además de la dimensión económica, ese apoyo, aunque se limite al plano de la financiación de un culto, tiene un valor simbólico importante: implica considerar privilegiados a los ciudadanos que profesan el culto preferido sobre los que no lo hacen, que son así implícitamente clasificados en una categoría inferior. Esto se agrava considerablemente por la prescripción constitucional de que el Presidente debe pertenecer a la comunión católica (que es paralela a prescripciones de Constituciones como la de 1959 de Túnez o la de 1964 de Iraq que exigen que el Presidente pertenezca al Islam): por más que esta prescripción haya tenido un sentido funcional relacionada con el ejercicio del patronato –que ha desaparecido en la práctica con el concordato firmado en 1966–, de nuevo el valor simbólico es de enorme trascendencia: aun cuando muy pocos ciudadanos llegan a la Presidencia de la Nación, el estar precluida esa posibilidad para una categoría de ciudadanos, que saben desde niños que les está vedado el acceso a la máxima magistratura del país, implica relegarlos a una categoría inferior y supeditada a los que pertenecen a la comunión preferida. Por cierto que el hecho de que la religión católica sea mayoritaria en el país no justifica de ningún modo estas discriminaciones: la mayoría sólo tiene prelación para imponer una cierta deci-

sión particular, luego de un amplio proceso de deliberación y siempre que no se alteren los derechos *a priori*, entre los que están el de un *status* ciudadano igualitario. No hay una "mayoría" constante y circunscripta con una posición privilegiada en la sociedad, sino que hay sólo decisiones tomadas por mayorías variables, que nunca pueden tener el efecto de colocar a un grupo, aun minoritario de la población, en una categoría relegada. Tampoco valen para justificar estas flagrantes discriminaciones argumentos basados en tradiciones históricas: como ya hemos estudiado (ver cap. I, ap. C) las tradiciones no tienen valor por sí mismas, sino en virtud de principios autónomos que pueden justificarlas o descalificarlas; además, curiosamente los ámbitos culturales en donde han emergido esas tradiciones –como los países del sur de Europa– las han superado hace tiempo en favor de exigencias igualitarias propias de sociedades seculares y pluralistas (sólo en países con poca identificación cultural con el nuestro, como algunos del Medio Oriente –Irán, Israel, etc.– se mantienen aún pautas de confesionalidad y discriminación religiosa).

Estas normas constitucionales implican una desviación tan grave de las exigencias de un liberalismo democrático y social que las prácticas constitucionales basadas en ellas no pueden moralmente justificarse si no son objeto de una reorientación radical. Pendiente su derogación en la primera oportunidad de reforma constitucional, las normas en cuestión deben ser interpretadas en el sentido más restringido que sea compatible con la continuidad de la observancia de un texto constitucional que en su conjunto conduce a prácticas más valiosas que si esa observancia fuera socavada. La cláusula del "sostenimiento" del art. 2º debería restringirse –como surge del informe de la Comisión de Negocios Constitucionales de la Convención Constituyente y ha sido propuesto por constitucionalistas de la talla de Joaquín V. González[144]–, al mantenimiento económico del culto, nunca a la afirmación de una verdad teológica que no compete al Estado y que ninguna religión necesita. En segundo lugar, la prescripción de sostenimiento financiero por parte de la Constitución no impide que la ley sostenga también los otros cultos y prácticas no religiosas sustitutivas, lo que se debería imperiosamente hacer en aras del principio de igualdad. En tercer lugar, también es posible implementar un sistema impositivo que haga compatible el sostenimiento financiero del culto católico prescripto constitucionalmente con facilidades para los no católicos de no contribuir a ese sostenimiento sino al de su propio culto (p.ej., mediante la posibilidad de indicar en la declaración de réditos otro destino para el porcentaje correspondiente de impuestos). En cuanto a la cláusula

[144] González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, p. 152.

sobre la calificación religiosa del presidente de la Nación, parece sensato asumir, como lo han hecho varios intérpretes, que se ha convertido en inoperante dada la virtual desaparición del patronato. A pesar de estas posibilidades interpretativas tendientes a limitar el efecto deletéreo de estas cláusulas constitucionales, su valor simbólico, gravemente discriminatorio, permanece y aguarda una urgente modificación constitucional.

La evolución del derecho público provincial no permite tener demasiadas esperanzas a este respecto, ya que en general han avanzado muy poco en la dirección correcta. La nueva Constitución de Catamarca[145] requiere la afiliación religiosa del gobernador, no obstante que esto es inconstitucional, ya que no puede haber otras excepciones a las prescripciones igualitarias y libertarias de los arts. 14 y 15 de la Const. nacional que las que esta misma Constitución dispone. La nueva Constitución de Córdoba no sigue esta tendencia, pero, en cambio, en su art. 6º, produce una mala adaptación de la fórmula española, limitando las relaciones de autonomía y cooperación sólo con la Iglesia Católica, mientras que a los demás cultos sólo se les garantiza el libre y público ejercicio.

En cambio, se han hecho notorios progresos en el ámbito de la regulación de la familia, primero con la vieja ley de matrimonio civil 2393, que a pesar de sus limitaciones significó un avance al secularizar el matrimonio, y recientemente con la ley 23.515, que derogó la arcaica prohibición del divorcio vincular establecida en esa ley –luego de su declaración de inconstitucionalidad por la Corte que enseguida comentaremos–, que implicaba la imposición coactiva de un dogma religioso a personas que no profesan el culto católico, en abierta violación del principio de autonomía personal.

También constituía una restricción injustificada a la libertad de cultos la regulación que exigía el "reconocimiento" de los cultos no católicos por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y que ha sido sustituida por una registración.

En el año 1984 hubo un intento del Poder Ejecutivo de reconocer la objeción de conciencia en contra del servicio militar obligatorio, enviando un proyecto de ley al Congreso[146], que no fue aprobado por éste, que admitía la sustitución de esa obligación por un servicio social durante un período del doble de duración, para quienes objetaran por razones religiosas o morales el empleo de armas de fuego u otras actividades de índole militar.

[145] Esta Constitución, sancionada en 1988, establece entre los requisitos para ser gobernador, el de profesar la religión católica apostólica romana (art. 131, inc. 2º).

[146] Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional.

Es importante advertir el impacto que puede tener sobre estas restricciones a la libertad de cultos la ratificación reciente por parte de nuestro país de varias convenciones internacionales que contienen normas muy precisas en protección de la libertad de cultos. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ratificado por ley 23.313, además de establecer en su art. 18 la más amplia libertad para profesar, manifestar y practicar creencias religiosas, sin ningún tipo de restricción coercitiva (como la que se da cuando por medio de impuestos se es obligado a mantener un culto que no es el propio), establece en su art. 25 que los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el art. 2°, entre las que figura la religión, del derecho de participar en los asuntos públicos, de votar y ser elegido en elecciones periódicas y libres y tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas del país, lo que contradice la exclusión religiosa al cargo de presidente de la Nación. A su vez, el Pacto de San José de Costa Rica establece en su art. 12 la protección de una amplia libertad religiosa sin ninguna restricción, y en su art. 23 establece el derecho de tener acceso en condiciones de igualdad a la función pública de su país, con la sola exclusión de condiciones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental y condena penal.

Nuestra jurisprudencia ha hecho recientemente algunos progresos importantes en materia de libertad religiosa. Tal vez el más llamativo de ellos es el caso "Sejean" [147] resuelto por la Corte Suprema el 27 de noviembre de 1986, en el que se declaró por mayoría la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393 que excluía la posibilidad de que los divorciados contrajesen nuevas nupcias. Esta decisión excede el tema de la libertad religiosa y también deberá ser comentada cuando expongamos la libertad de desarrollo personal; sin embargo, también ella está fundada en una interpretación progresista de la libertad religiosa consagrada en el art. 14 que merece notarse especialmente. Por ejemplo, el juez Petracchi, luego de señalar los antecedentes de la libertad de cultos y el propósito frustrado de Alberdi de incluir especialmente, de extender a los ciudadanos el derecho de casarse que el art. 20 reconoce a los extranjeros, y a casarse secularmente, afirma: "La regulación puramente civil del matrimonio tiene, entonces, una clara relación con la libertad de conciencia, tal como lo señaló el voto del juez Flores, de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Córdoba, transcripto entre los antecedentes del célebre caso de *Fallos*, 53:188, 198, haciendo referencia asimismo a la apertura del país a la inmigración bajo la garantía de la li-

[147] CSJN, *Fallos*, 308-2:2287.

bertad prometida en el Preámbulo. Que la actual doctrina de este tribunal, ya aludida, implica aceptar el resguardo de la autonomía de la conciencia y la libertad individuales como fundante de la democracia constitucional. Esto obliga al análisis de la garantía, de que cada habitante de la Nación goza de profesar libremente su culto (art. 14, Const. nacional). Se trata del reconocimiento para todos los habitantes de la Nación de la libertad religiosa, la que conlleva la facultad de no profesar religión alguna. Conviene reflexionar al respecto que si la ley civil sólo dejare a cada persona la facultad de casarse según las reglas de su culto, autorizando a los no creyentes al matrimonio civil, fijaría coactivamente el *status* de cada individuo que debería seguir los cánones de la confesión en la que contrajera enlace, cuando la libertad de conciencia demanda que las normas religiosas sean seguidas fuera de toda compulsión. Esta libertad garantiza el respeto de la dignidad de cada hombre y la convivencia en una comunidad política de personas con diversidad de creencias religiosas o de cosmovisiones seculares. La libertad de conciencia es incompatible, por ende, con la confesionalidad del Estado. El privilegio que, como religión de la mayoría de los habitantes del país, recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853-1860 no importa, como observara Avellaneda en la declaración antes citada, que aquélla sea establecida como religión de Estado. Y 'aun siendo innegable la preeminencia consagrada en la Constitución nacional en favor del culto católico, apostólico, romano, al establecer la libertad de todos los cultos no puede sostenerse con su texto que la Iglesia Católica constituye un poder político en nuestra organización, con potestad de dictar leyes de carácter civil como son las que estatuyen el régimen de matrimonio', según lo expresado por la Corte Suprema en el ya mentado precedente de *Fallos*, 53:188 (consids. 1° y 6°, p. 208-209). La consecuencia inevitable de esta concepción estriba en la imposibilidad de imponer reglas sobre la permanencia del matrimonio cuyo sustento sea una fe determinada". Por su parte el juez Bacqué sostenía en el mismo fallo respecto de esta cuestión: "De este modo, si bien la ley 2393 seculariza el matrimonio en cuanto a su celebración y jurisdicción, la circunstancia de sujetarlo a la doctrina de una determinada religión en lo relativo a su disolución, no resulta compatible con la libertad de los habitantes de la Nación de profesar diversas creencias religiosas, en razón de que muchas de ellas no conciben al vínculo como indisoluble ni con el derecho de quienes no profesan ninguna religión, pues éstos también deben asumir iguales consecuencias... En síntesis, la neutralidad religiosa de nuestra Constitución nacional, que surge de la enfática declaración de la libertad de cultos, resulta antagónica con la consagración de normas que impongan la doctrina de una religión determinada y ello constituye una solución que armoniza con la jurisprudencia de

esta Corte en el caso 'Moxey' donde se examinaron los impedimentos constitucionales a la imposición compulsiva de normas de una religión".

En una decisión del 3 de octubre de 1983[148] la Corte Suprema dejó sin efecto una sentencia que daba la tenencia de los hijos al padre divorciado por el peligro que representaba para su educación el que la madre perteneciera a los Testigos de Jehová (además, los niños fueron expulsados de la escuela por esa razón); se invocó la protección de las acciones privadas otorgada por el art. 19 de la Const. nacional.

La objeción de conciencia también ha sido progresivamente admitida por nuestra jurisprudencia. En el caso "D.A.F.", fallado por la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal la mayoría encabezada por el juez Ideler Tonelli revocó la expulsión de la escuela de un niño de los Testigos de Jehová por negarse a saludar la bandera nacional, sobre la base de que el ideal de patriotismo no puede ser inculcado coactivamente. La Corte Suprema ha tenido oportunidad de proceder a un amplio y fundado reconocimiento de la objeción de conciencia en contra del servicio militar obligatorio en "Portillo, Alfredo s/infracción del art. 44, ley 17.531"[149] de 1989. Se trataba de alguien que había desertado del servicio militar por objetar el empleo de las armas por su condición de católico. Allí, después de descartar fórmulas vagas como la de que todos los derechos, incluyendo la libertad de cultos, son relativos o que tienen que adecuarse al bien común, la mayoría de la Corte sostuvo: "que lo que está en juego, pues, no es el alcance jurídico de la prohibición religiosa: 'no matarás', que invoca el recurrente ya que esta Corte carece de competencia para interpretar dogmas religiosos. Es la determinación del ámbito de su autonomía como persona religiosa y, sobre el particular, juzga esta Corte que no puede desconocerse sin más y cualesquiera fuesen las circunstancias, el derecho de un ciudadano de verse libre de prestar –en armas– el servicio de conscripción con fundamento en que ello le causaría un serio conflicto de conciencia, que podría no ser estrictamente religioso. Por otro lado, no parece razonable que esta Corte contribuya, precisamente por desconocer el ámbito de autonomía, a que existan ciudadanos que debiliten la eficacia de una ley, como la del servicio militar obligatorio, cuando en realidad no pueden hacer, a raíz del aludido conflicto lo que la ley les manda. Obligaciones legales que existen –la de armarse– y no pueden hacerse cumplir, por los motivos ya aludidos, son, como diría el juez Holmes, fantasmas que se

[148] CSJN, 3/10/83, *ED*, 106-665.

[149] CSJN, 18/4/89, *ED*, 133-372.

ven en el derecho, pero que resultan inasibles...[E]l reconocimiento del derecho de ser excluido del servicio de armas por objeciones de conciencia, habrá de ser el resultado de una acabada acreditación y escrutinio de dichos motivos.

En tal sentido parece necesario que quien lo invoque, haya de hacerlo con sinceridad y demostrar que la obligación de armarse le produce un serio conflicto con sus creencias religiosas o éticas contrarias a todo enfrentamiento armado. Por otro lado, deberá evaluarse el interés que posea el Estado, a los fines de la defensa prevista en el art. 21, con el propósito de sopesar la eventual interferencia que en el logro de aquél pueda producir la falta de dicho servicio armado. En tal sentido también deberá hacerse mérito de la posibilidad de que los propósitos de defensa puedan ser satisfechos de una manera que evite el señalado conflicto de la conciencia religiosa del peticionante, atento a la disposición de éste para cumplir servicios sustitutivos de los armados". El Tribunal confirmó la sentencia condenatoria por deserción pero dispuso que el cumplimiento del servicio y del recargo se hiciera sin el empleo de armas.

§ 38. ***Derecho a una educación liberal.*** – Está claro que el acceso a la educación tiene una prioridad particular respecto del valor de la autonomía personal. Por un lado, la educación es esencial para la posibilidad de *elegir* libremente planes de vida e ideales del bien. Por el otro lado, una determinada educación es necesaria para *materializar* el plan de vida o el ideal del bien libremente elegido. Además, la educación de la población es conducente al adecuado funcionamiento del proceso democrático, sobre todo cuando éste es justificado sobre la base de su valor epistemológico, lo que requiere conocimiento de los hechos relevantes, de los intereses en pugna y de las posibilidades morales de combinar esos intereses.

Pero si bien la educación es uno de los recursos primarios que deben distribuirse igualitariamente en una sociedad comprometida con el valor de la autonomía ecuánimemente distribuida, él no es un bien neutral: el que la educación sea un bien depende de cuál sea el contenido y el método de esa educación. Y ello está inseparablemente ligado a la cuestión de cuál es la autoridad encargada de tomar decisiones sobre el tipo de educación que debe impartirse.

Las cuestiones éticas sobre el bien de la educación se complican especialmente cuando tomamos en cuenta que no obstante que ese bien puede ser gozado en diversas etapas del desarrollo vital, es especialmente necesario para los niños y adolescentes, ya que su formación va a estar grandemente condicionada por la educación formal o informal que reciben. Y aquí es donde el tema de la educación se entrecruza con el del alcance del derecho de los padres a criar a sus

hijos y a determinar el curso de sus vidas hasta que llegan a la edad de la razón. Por un lado, el reconocimiento de ese derecho parece esencial a una concepción liberal de la sociedad por consideraciones consecuencialistas muy obvias: hay hipótesis psicológicas plausibles sobre el efecto beneficioso para el desarrollo de una personalidad estable y autónoma que tiene el contar con el cuidado durante los años de inmadurez de seres naturalmente inclinados a un trato afectuoso y altruista, por más que esta inclinación general tenga excepciones relevantes; además, los derechos de patria potestad son una de las barreras más poderosas en contra de la concentración del poder estatal y los abusos consiguientes que esa concentración suele generar. Pero, por otro lado, está claro que los padres no son, literalmente, dueños de sus hijos, y hay límites a su discrecionalidad respecto de las decisiones que pueden tomar en perjuicio de sus hijos. Si bien la patria potestad es inescindible de la autonomía de los padres y es, en general, beneficiosa para el desarrollo de los niños como personas autónomas, tiene como límite la comprobación de que su ejercicio en un caso particular afecta irreversiblemente la autonomía potencial del niño. Es dentro de estos márgenes donde surgen las tensiones sobre la autoridad de los padres en materia de educación *vis à vis* las de otras posibles agencias.

En su libro, tal vez el más profundo que se ha escrito sobre los fundamentos del derecho de educación, Amy Gutmann[150] distingue tres concepciones que rechaza sobre el problema de la autoridad educativa: la concepción del "Estado familiar", asociada con Platón, que supone que el Estado tiene derecho a imponer a los niños una educación fundada en una cierta visión de lo bueno; la concepción del "Estado de familias", asociada con Locke –sobre bases consecuencialistas– y con Aquino –sobre bases iusnaturalistas–, que concede a los padres el derecho absoluto a determinar la educación de los niños; la concepción del "Estado de individuos", asociada con liberales como Mill y Kant, que sostiene que la educación no debe estar fundada en ningún ideal del bien en particular sino en proveer a los niños aquellos elementos neutrales intelectuales y morales que le permitan elegir por sí mismos cuando lleguen a la edad de la razón.

Rechaza Gutmann la primera concepción por sus implicaciones claramente antiliberales, al asumir que es misión del Estado imponer una cierta visión del bien. La segunda concepción resulta rechazada sobre la base de que los padres no son propietarios de sus hijos, y su propia autonomía debe ponerse en balance con la autonomía potencial de los niños. La tercera concepción es combatida por

[150] Gutmann, Amy, *Democratic Education*.

Gutmann sobre la base de que no hay una educación neutral y siempre se imparten valores abiertos o encubiertos. Por ello se inclina esta autora por una concepción del "Estado democrático", que permite que la educación esté orientada por el debate democrático de los ciudadanos acerca de diversos valores que deben inspirar la educación, incluyendo los que son necesarios para la reproducción del proceso democrático mismo.

Sin embargo, parece que la posición más razonable resulta de una determinada combinación de los anteriores puntos de vista que está de algún modo presupuesta en la misma posición de Gutmann: el Estado democrático está comprometido con ciertos valores que son los de la autonomía personal y la promoción del mismo proceso democrático y debe poner límites a la autoridad paterna en función de esos valores; no obstante, como bien lo advirtió Locke hay consideraciones consecuencialistas que fundamentan el reconocimiento de una amplia discrecionalidad paterna en materia educativa, precisamente para promover los valores de autonomía y democracia. Los límites a la autoridad paterna que debe establecer el Estado democrático es para asegurar que los niños y adolescentes accedan a una educación lo más neutral posible dentro del marco de los valores de autonomía personal y democracia, o sea neutral respecto de las concepciones personales e intersubjetivas que pueden elegirse a través de los procedimientos de elección individual, que hace posible la autonomía personal, y de elección colectiva, que hace posible la democracia. En otras palabras, la autoridad de los padres en materia educativa, que es exigida por su propia autonomía y por lo que es causalmente conducente, en general, a un mejor desarrollo de la autonomía del niño, aun cuando inevitablemente conlleva cierta inducción a favor de ciertos ideales del bien personal y social sobre otros, debe combinarse con la autoridad del Estado democrático para proveer los elementos neutrales que permitan al futuro hombre adulto y ciudadano el más libre ejercicio de su autonomía y de su participación en el proceso democrático. De cómo se equilibren estas dos autoridades dependerá la maximización de los valores de la democracia liberal.

Sugiere Gutmann, algunos principios para guiar la acción del Estado democrático. Estos principios son: *a*) el de que la educación en la sociedad democrática debe proveer la capacidad para participar efectivamente en el proceso democrático; *b*) que ningún niño educable debe ser excluido de una educación adecuada para participar en el proceso político que estructura la elección entre vidas buenas, y *c*) que ni el Estado ni grupo alguno puede usar la educación para restringir la deliberación racional sobre concepciones competitivas de la buena vida y de la buena sociedad.

En un trabajo anterior [151], la autora presupone principios de este tenor para justificar la limitación de los padres en sus decisiones, que podrían privar a sus hijos de decisiones adecuadas (como en el caso "Yoder" que vimos antes en relación a la libertad religiosa, en el que la Corte norteamericana admitió la pretensión de la secta Amish de privar a un chico del 8° grado obligatorio). Allí dice Gutmann: "Damos prioridad al derecho de educación de los niños sobre la libertad religiosa ya que creemos que esta restricción de su libertad presente es necesaria para crear las condiciones para el futuro goce de la libertad religiosa y de otras libertades. Sin educación, las libertades liberales pierden su valor en buena medida, aun cuando no del todo. Así tenemos ahora el problema de ordenar la libertad religiosa de los padres y el derecho de los hijos a una mejor educación. La regla apropiada es que el derecho de los niños a la educación debe tener prioridad sobre el derecho de los padres al ejercicio religioso. Ésta creo que es la prioridad correcta por las siguientes razones: *a*) El derecho de los niños a la educación es una necesaria precondición del desarrollo de las capacidades para elegir una concepción de la buena vida y para emplear las libertades políticas de una ciudadanía democrática. *b*) Aun si uno considera que el constreñimiento del ejercicio libre por parte de los padres es una denegación al chico de su presente libertad de religión, una negativa concurrente de la denegación del derecho educativo del chico sirve para cuestionar los fundamentos de sus creencias religiosas. *c*) Aunque esta prioridad permite al Estado liberal limitar la libertad religiosa de los padres, el Estado está justificado en limitar sólo aquella porción de la libertad de los padres que se extiende en un dominio sobre el hijo y restringen los derechos básicos de él. *d*) El valor de una democracia liberal para sus ciudadanos es en buena medida contingente a la capacidad de tales ciudadanos de ejercitar sus derechos políticos en forma inteligente, así como también de elegir entre concepciones alternativas de la buena vida. Permitir a los padres que priven a sus hijos del derecho de educarse bloquearía la materialización de esas libertades básicas futuras a la elección personal y política". Gutmann defiende correctamente la autoridad educacional de los padres por respeto a su propia autonomía y por carecerse de pruebas de que haya otro sistema que garantice mejor la autonomía futura de los chicos; pero, como recién vimos, sostiene que sería destructiva de esa autonomía futura y del sistema democrático si el Estado fundado en él no pudiera poner límites a la autoridad paterna en materia educativa.

[151] Gutmann, Amy, *Children, Paternalism and Education*, en "Philosophy and Public Affairs", 1980, vol. 9, n° 4.

Claro está que no todo el proceso educativo se entremezcla con la cuestión de los derechos de patria potestad. Las necesidades de educación continúan una vez que el individuo ha llegado a la edad adulta y puede decidir por sí mismo la orientación de su educación ulterior. Pero la educación de personas maduras, principalmente en la esfera universitaria, está más bien dirigida al aspecto de la autonomía que tiene que ver con la materialización de planes de vida libremente elegidos que con la elección de planes de vida a materializar. Esto tiene importancia, puesto que, como vimos en el apartado anterior, la dimensión de la autonomía personal asociada con la elección de planes de vida tiene prioridad, en cuanto a distribución de recursos, sobre la materialización de tales planes de vida. Esto significa, en primer lugar, que en la asignación de recursos escasos debe darse prelación a la enseñanza elemental sobre la superior. Pero, además, el derecho a la educación superior es un derecho más débil que el que se refiere a la educación primaria y secundaria. En su reconocimiento en casos concretos hay que poner en balance la relevancia que para la realización de una persona puede tener el acceder a ciertos estudios universitarios, con el beneficio social, en términos de autonomía igualitariamente distribuida de otros individuos, que se derivan de un sistema universitario eficiente en la formación de profesionales y estudiosos calificados. Esto justifica calificaciones al acceso a los estudios universitarios –en la medida en que no sean discriminatorias y sean en general conducentes a maximizar la autononía de los menos autónomos– que de ningún modo son justificables cuando se trata de la educación elemental que está dirigida a la *formación* más que al *ejercicio* de la autonomía personal y a los prerrequisitos para una participación fructífera en el proceso democrático.

Estas consideraciones conducen a un sistema educativo con características similares al sistema de comunicación pública presentado en la sección anterior: mixto en cuanto a los mecanismos de control y adjudicación de los servicios educativos, combinando la participación pública, la privada comercial y la privada comunitaria; descentralizado y participativo en la gestión y control públicos; igualitario en cuanto a las oportunidades de acceso a prestaciones educativas de calidad equivalente; neutral en cuanto a asegurar contenidos mínimos que maximicen las posibilidades de elección y pluralista en lo que hace a contenidos que tienen que ver con la materialización de distintos planes de vida.

El sistema educativo compatible con los principios del liberalismo constitucional que hemos expuesto debe incluir, desde ya, escuelas primarias, secundarias e institutos universitarios públicos de calidad equivalente a la que puedan ofrecer los establecimientos privados análogos. Las escuelas e institutos públicos deben necesariamente

ofrecer facilidades para que puedan cursar los respectivos estudios en igualdad de condiciones los menos favorecidos desde el punto de vista social y económico. Es deseable la mayor descentralización posible en la conducción de las escuelas y universidades y la participación en su gobierno de los órganos de la comunidad local, maestros y profesores, y estudiantes o sus padres, según la edad de los primeros.

La libertad de pensamiento de docentes y educandos debería ser celosamente protegida. No obstante que las escuelas e institutos privados pueden reflejar las preferencias de los padres y de los alumnos en materia religiosa, ideológica, étnica, cultural, idiomática e intelectual, debería haber un control sobre los contenidos mínimos que aseguren el necesario pluralismo, neutralidad y racionalidad como para que garanticen a los menores de edad posibilidades de optar por diferentes planes de vida cuando lleguen a la edad de la razón. Por otro lado, deben promoverse oportunidades de convivencia entre niños de diferentes clases sociales, confesiones religiosas o visiones seculares, contextos culturales, etcétera. En ningún caso –ni en el ámbito educativo público ni en el privado– puede discriminarse a docentes y profesores por razones raciales, religiosas, de nacionalidad, sexo, características físicas, hábitos privados, etcétera. En los institutos de enseñanza superior puede haber restricciones al ingreso que tengan que ver con capacidades intelectuales, necesidades sociales –como la de formar gente capacitada en ciertas áreas o promover ciertos grupos sociales relegados– siempre y cuando se provean facilidades para neutralizar el peso negativo de factores como los de índole económica y se proporcionen oportunidades razonables para que ciertos planes de vida no resulten del todo frustrados. En el caso de la enseñanza universitaria, el goce del derecho a acceder a estudios que permiten desarrollar la autonomía personal hasta un grado tal vez inalcanzable para la mayoría de la población debería conllevar obligaciones y cargas socialmente retributivas, las que pueden materializarse en impuestos especiales, servicios profesionales gratuitos, etcétera.

El derecho a la educación ha sido objeto de atención en el ámbito internacional. Por ejemplo, en Europa el derecho es reconocido y garantizado por el art. 2° del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos. La aplicación de esta Convención causó bastantes problemas de interpretación, que hubo de encarar el Tribunal Europeo, sobre todo porque la Convención en realidad garantiza dos derechos que pueden estar en conflicto, el derecho a la educación y el derecho de los padres a la educación de sus hijos. En un informe sobre el tema se planteó la cuestión de si el Estado belga estaba obligado a proporcionar escuelas de lengua francesa en la región de idioma flamenco. El Tribunal sostuvo que

las preferencias lingüísticas de los padres no pueden equipararse a las "convicciones filosóficas de los padres" que el art. 2° de la Convención toma en cuenta para generar obligaciones educativas del Estado; se sostuvo que la obligación del Estado quedaba cumplida con el ofrecimiento de oportunidades educativas en una de las lenguas nacionales. Sin embargo, sostuvo que había discriminación al impedir a los niños acceder a escuelas de habla francesa en la periferia de Bruselas por la residencia de los padres.

Ya hemos mencionado al hablar de la libertad de cultos del caso "Kjelden, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca" en el que se sostiene que impartir información científica sobre la materia sexual no viola las convicciones filosóficas de los padres (aunque cita el caso "Young, James y Webster contra Gran Bretaña" en el que se afirmó el derecho al "closed shop": la autoridad paterna en hacer prevalecer sus convicciones en materia de enseñanza). Un caso especialmente interesante que tuvo que encarar en 1982 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue "Campbell y Cosans contra Gran Bretaña": se trataba de los famosos castigos corporales que se aplican en las escuelas inglesas y que los padres de un niño objetaban sobre la base de que violaban sus convicciones filosóficas. Gran Bretaña alegó que muchos sostenían la conveniencia disciplinaria de ese tipo de castigo y que era económicamente imposible proveer escuelas para todos los gustos en esta materia. El Tribunal sostuvo que era obligación de los Estados adecuar sus leyes e instituciones a las prescripciones de la Convención y que debería proveerse la exención del castigo corporal para aquellos niños cuyos padres lo objetaban. También consideró el Tribunal que era contrario al derecho a la educación la expulsión que se produjo del niño Jeffrey Cosans por su objeción al castigo corporal.

Los Tribunales Constitucionales de Italia (sentencia del 29 de diciembre de 1972), Alemania Federal (sentencia del 25 de abril de 1978) y España (sentencia del 24 de febrero de 1981) sostuvieron que el principio de libertad de enseñanza implica tanto el derecho de crear establecimientos docentes como el derecho de enseñar con libertad dentro de los límites del establecimiento. En consecuencia, el Tribunal italiano en el fallo comentado sostuvo la libertad del establecimiento privado de rescindir el contrato de un docente cuyos principios no coinciden con los de la institución.

En Estados Unidos las más famosas decisiones de la Corte Suprema en materia de derecho a la educación, comenzando por la histórica "Brown v. Board of Education", se dieron en el ámbito de la discriminación, por lo que serán tratadas más adelante (ver ap. E). Sin embargo, hay algunas decisiones importantes de la Corte dirigidas a caracterizar el derecho a la educación: el Tribunal se ha negado a admitir, sobre todo en el caso "San Antonio Independent

School District v. Rodríguez"[152], que el derecho a una educación primaria o secundaria financiada por fondos públicos sea un derecho fundamental. La opinión mayoritaria de cinco jueces contra cuatro rechazó el argumento de que el derecho a la educación es fundamental porque está intrínsecamente ligado al derecho de una participación más efectiva a través del voto y de la libertad de pensamiento, sosteniendo que es dudosa la base constitucional de un derecho a una participación más efectiva. De este modo, el derecho a la educación según la Corte no tiene carácter de derecho fundamental más allá de un mínimo que puede ser provisto por fondos públicos pequeños y desiguales. Esto hace, según la Corte, que el uso de fondos públicos en materia educativa por parte de los Estados está sólo sujeto a *standards* de escrutinio mínimo y no estricto por parte de los jueces. Sin embargo, una vez que cierto derecho a la educación es garantizado no puede ser terminado sin las garantías del debido proceso legal, según se determinó en "Goss v. López"[153]. También se determinó en "Pierce v. Society of Sisters"[154] que la libertad de religión autoriza a los individuos a retirar a los hijos de la escuela pública y mandarlos a una privada. No siendo el de educación un derecho fundamental, la Corte admitió en "Martínez v. Bynun"[155] que se negara el derecho a la educación gratuita a un niño que sólo era residente de un distrito a los fines de recibir educación en ese distrito. En "Tinker v. Des Moines Independent Community School District"[156] la Corte sostuvo que el derecho de los estudiantes a expresar libremente sus opiniones debe ser respetado por las autoridades educativas. Un fallo fundamental de la Corte Suprema norteamericana sobre el contenido de la enseñanza es "Board of Education v. Pico"[157] en el que, frente al retiro de ciertos libros por parte de las autoridades de una escuela secundaria de la biblioteca y del *curriculum*, el Tribunal sostuvo que la acción de la junta de la escuela era inconstitucional, puesto que se podía interpretar como un intento de imponer a los estudiantes una ortodoxia política y violar su derecho a recibir una pluralidad de ideas en violación de la enmienda I. En "Ingraham v. Wright"[158] la Corte se negó a imponer limitaciones federales significativas al empleo de castigos corporales en

[152] 4112 US 1.

[153] 419 US 565.

[154] 268 US 510.

[155] 461 US 321.

[156] 393 US 503, 1969.

[157] 457 US 853, 1982.

[158] 430 US 651.

la escuela pública. En "Plyler v. Doe"[159] la Corte sostuvo que si bien el derecho a la educación no es fundamental, es necesario para el buen funcionamiento de una persona en sociedad y negárselo puede representar una carga de por vida, por lo que una ley de un Estado que negaba la educación a niños de extranjeros que residían ilegalmente no se beneficiaba de la presunción de constitucionalidad y no puede considerarse racional, salvo que se pruebe que satisface algún objetivo del Estado.

La Argentina tiene una apreciable tradición en materia de asegurar los principios de acceso libre e igualitario a una enseñanza dirigida a promover la autonomía personal y el proceso democrático que están involucrados en los ideales de un liberalismo pleno. Su Constitución proclama en el art. 14, bajo la inspiración directa de Alberdi, el derecho a enseñar y aprender. El art. 5º prescribe a las provincias asegurar la educación primaria. El art. 67, inc. 16, faculta al Congreso a dictar planes de instrucción general universitaria para promover el progreso de la ilustración. En 1884, durante la presidencia de Roca, se dictó la noble ley 1420 –con gran oposición, como vimos, de grupos confesionales–, que aseguró la enseñanza laica, gratuita y obligatoria. Los principios de esta ley se dejaron de lado en varios períodos históricos en los que se impuso la enseñanza religiosa en las escuelas públicas, generándose así las condiciones para la discriminación de quienes no profesan la religión mayoritaria. Sin embargo, los principios de aquella ley terminaron siempre imponiéndose.

En 1887, también durante la presidencia de Roca, se dictó la ley llamada "Avellaneda", en homenaje a su autor intelectual, que consagraba las bases de la autonomía universitaria. Como se sabe, en 1918 se generó en Córdoba el movimiento de "reforma universitaria" que se extendió luego por todo el país y por otros países latinoamericanos, que propiciaba la apertura, el acceso igualitario a las universidades, la democratización de sus claustros de profesores y la libertad de cátedra, promoviendo, con eficacia, principios como el de la participación de los claustros en el gobierno universitario, la periodicidad de cátedra, el ingreso amplio a la universidad, la autonomía de éstas, etcétera. Durante el gobierno de Frondizi se sancionó la ley 14.557, cuyo art. 28 permitía el establecimiento de universidades privadas, promoviéndose un debate signado por la confusión, en el que el principio válido de la enseñanza libre apareció mezclado con el de la enseñanza confesional. En las últimas décadas se ha producido un movimiento importante en materia de descentralización de la enseñanza primaria y secundaria.

[159] 457 US 202.

Por cierto que las dictaduras militares también afectaron muy gravemente el ejercicio de este derecho a enseñar y aprender con intervenciones a veces cruentas a las universidades –como la de 1966, cuya instrumentación ha pasado a la historia con el rótulo de "la noche de los bastones largos"–, persecuciones ideológicas a maestros, profesores y estudiantes, control perfeccionista y autoritario de los contenidos de la enseñanza, y discriminación contra estudiantes y profesores heterodoxos en cuanto a religión y hasta en su apariencia física.

En el proceso de transición democrática iniciado en 1983 se han producido avances notables en cuanto a la apertura y multiplicación de la matrícula en escuelas secundarias y universidades, en cuanto una orientación general de la enseñanza hacia los valores democráticos, igualitarios y de respeto a los derechos humanos, en cuanto al respeto de la autonomía universitaria y en cuanto a la normalización de las universidades, eligiendo en forma libre y participativa a sus autoridades e instrumentándose concursos regulares. El desafío más grave que la enseñanza enfrenta en la Argentina de hoy es la aguda restricción de recursos económicos del sistema público que amenaza seriamente el principio igualitario al ensanchar la brecha con la calidad de la enseñanza privada, sobre todo en los niveles primario y secundario. Esta restricción se combina en el ámbito universitario con una demanda que no puede satisfacerse sino con servicios educativos de muy modesta calidad y con expectativas laborales muy limitadas lo que, de nuevo, tiene efectos significativamente deletéreos para la igualdad social. Una nueva reforma universitaria de acuerdo con los ideales de la de 1918, que son las del liberalismo pleno, debería tomar en cuenta estas nuevas circunstancias para promover una ayuda positiva para cursar estudios universitarios, de un nivel de calidad suficiente y de relevancia social, a quienes tengan las capacidades intelectuales requeridas, aun cuando ello implique no satisfacer del todo los planes de vida de quienes carezcan de tales capacidades o sus estudios no sean prioritarios para el progreso social. Tanto la dimensión positiva que asigna a los derechos un liberalismo democrático y social como la prioridad relativa (que obviamente no debe implicar cancelación) que tiene, según hemos visto, la formación de la autonomía sobre su ejercicio, indican ese curso de acción.

La mayor parte de las decisiones de nuestra Corte Suprema en relación al derecho de enseñar y aprender están relacionadas con la autonomía de los establecimientos educativos y con la discriminación de docentes y alumnos. Así la Corte sostuvo[160] que el decr.

[160] CSJN, *Fallos*, 299:358.

1867/76, dictado por la última dictadura militar, sólo prohibía las actividades de los Testigos de Jehóva y disponía la clausura de su sede, pero no podía invocarse para disponer la expulsión de un estudiante de una escuela pública. Y en otra decisión[161] la Corte sostuvo que la expulsión de niños de la secta de los Testigos de Jehová por no reverenciar a los símbolos patrios era ilegítima en cuanto carecían de discernimiento y su actitud pasiva, más que un menoscabo a esos símbolos representaba una actitud de obediencia a la autoridad paterna. Ya vimos antes que en el caso "D.A.F." la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal tuvo una actitud mas valiente que la demostrada en estos fallos de la Corte, los que, no obstante la corrección de sus respectivas decisiones sugieren *a contrario* una serie de principios que violentan el ideario liberal de nuestra Constitución (p.ej., que si se tratara de adolescentes con discernimiento o que si la actitud superara lo meramente pasivo la expulsión hubiera sido correcta). Totalmente diferente es la actitud de la nueva Corte surgida a partir de diciembre de 1983: por ejemplo, en el famoso caso "Arenzon, Gabriel Darío"[162] del 15 de mayo de 1984, que veremos especialmente en relación al tema de la discriminación (ap. E), la Corte embate resueltamente, sobre todo en el voto de los doctores Petracchi y Belluscio, contra los intentos de imponer una "ética elitista, perfeccionista y autoritaria", al negarse la autoridad competente a otorgar el certificado de salud habilitante para estudiar profesorado a quien medía menos de 1,60 m de estatura. Lo mismo decidió la Corte en "Almirón, Gregoria"[163] respecto de la exclusión de una profesora de la enseñanza de la geografía por faltarle la visión en un ojo.

El derecho a la educación también está regulado en la Argentina por convenciones internacionales ratificadas por el país. Una de ellas es la relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada por la UNESCO en 1962 y aprobada por decr. ley 7672/63; ella proscribe toda discriminación en los diversos grados de enseñanza por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, posición económica, el nacimiento. Además, los Estados miembros se comprometen a hacer gratuita y obligatoria la enseñanza primaria, generalizar y hacer accesible a todos la enseñanza secundaria y hacer accesible a todos, según la capacidad de cada uno, la enseñanza superior. Los mismos principios están incorporados al Pacto Internacional que trata de los derechos sociales, económicos y culturales, celebrado por las Naciones Uni-

[161] *Fallos*, 303:151.

[162] CSJN, *Fallos*, 306-1:400.

[163] *Fallos*, 302-2:1490.

das, aprobado por ley 23.313 y ratificado oportunamente por el presidente Alfonsín. Allí se establece que la educación debe orientarse al pleno desarrollo de la personalidad humana y el sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, y debe estar dirigida a capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favoreciendo la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos y religiosos.

Una reforma constitucional debiera ser la ocasión para consagrar los principios de régimen mixto, descentralización, igualdad, neutralidad y pluralismo que debe asegurarse en los servicios educativos de todos los niveles.

C) El bien de la privacidad, la intimidad y la reunión y asociación con otros

§ 39. *Derecho a la privacidad.* – En este parágrafo voy a referirme a la idea de "privacidad" entendida no como equivalente a "intimidad" –lo que será objeto de tratamiento separado en el parágrafo siguiente– sino en lo que se refiere a las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros. Estas acciones son "privadas" no en el sentido que no son o no deben ser accesibles al conocimiento público sino en el sentido de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente; tales exigencias no se refieren, como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva, a las obligaciones que tenemos hacia los demás, sino al desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente.

Conviene recordar que en el apartado anterior se intentó mostrar que el liberalismo que inspira imperfectamente nuestra práctica constitucional y debe guiar su reconstrucción está comprometido con el principio de autonomía de la persona que valora la libre elección de planes de vida e ideales de excelencia humana y veda la interferencia con esa libre elección sobre la base de que el plan de vida o el ideal al que responde una acción es inaceptable. De este principio surge la valoración de todos los bienes que constituyen el contenido de los derechos fundamentales, o sea los bienes que son necesarios para la elección y materialización de planes de vida. Pero hay un residuo que no está abarcado por esos bienes específicos que es la libertad de realizar cualquier acción que no cause daño a los demás.

En efecto, un derivado directo del principio de autonomía de la persona es la idea que está condensada en los arts. 4º y 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano cuando di-

cen "la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás" y "la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para los demás" y que John Stuart Mill defendió con fuerza inigualable en párrafos como éstos: "Tan pronto como la humanidad adquirió la capacidad de ser guiada para su propio mejoramiento por convicción o persuasión... la compulsión, sea en forma directa o sea mediante las penas y penalidades por su no cumplimiento, no puede justificarse más en términos de su propio bien y sí sólo para la seguridad de otros... Si alguien hace algo dañoso para los demás hay una razón *prima facie* para penarlo a través de la ley o, si las penalidades jurídicas no son aplicables con seguridad, por la desaprobación general... Pero hay una esfera de acción respecto de la cual la sociedad, como diferente al individuo, tiene un interés sólo indirecto si es que tiene interés alguno; ella comprende toda aquella porción de la vida y conducta de una persona que la afecta sólo a ella, o, si también afecta a otros, es por su propio consentimiento y participación libre, voluntaria y consciente" [164].

Como se sabe, a mediados del siglo pasado, Mill entró en una interesante controversia con el juez Stephen sobre hasta qué punto la mera inmoralidad de un acto justifica su punición jurídica. A mediados de este siglo la polémica se reprodujo en Inglaterra, extendiéndose en otras latitudes con renovados argumentos, siendo sus protagonistas originarios Hart y Lord Devlin y versando en un principio la controversia sobre el informe de la Comisión Wolfenden que recomendó desincriminar los actos homosexuales entre adultos que los consienten [165]. A pesar del poder persuasivo de los argumentos de Mill y Hart en contra del perfeccionismo de sus contrincantes, he sostenido en otro lugar [166], que la controversia estuvo obnubilada, a mi juicio, por no haberse aclarado que la posición liberal no consiste en negar que la inmoralidad de un acto es relevante para su punibilidad ni la posición perfeccionista consiste necesariamente en sostener que todo acto que infringe la moral positiva de una sociedad debe *prima facie* ser penado, sino que versa acerca de las esferas o dimensiones de la moral crítica o ideal que deben ser tomadas en cuenta en las operaciones del derecho: la tesis liberal que hemos examinado es que sólo las pautas de la moral pública o intersubjetiva pueden ser objeto de homologación jurídica, mientras el perfeccionismo sostiene que es misión del Estado también hacer efectivos los ideales de excelencia humana o de virtud personal.

[164] Mill, John S., *Utilitarianism. On Liberty. Essay on Bentham*, p. 136-137.

[165] Hart, Herbert L. A., *Law. Liberty and morality*.

[166] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. V.

Un problema importante en la aplicación de este principio del daño a terceros que tuvo en cuenta el mismo Mill es el hecho de que difícilmente haya alguna acción autodegradante que no tenga algún efecto para terceros, cuyo aspecto pernicioso pueda ser alegado para intervenir con la acción en cuestión. Una primera aproximación a la solución de este problema consiste en advertir que, en realidad, el principio en cuestión no excluye directamente a ciertas *acciones* de la interferencia estatal sino que excluye a ciertas *razones* para interferir con acciones: lo que el principio sostiene es que el Estado no puede alegar como razón para interferir de modo alguno, directo o indirecto, con una acción de un individuo, el que ella degrada el carácter moral de ese individuo y obstaculiza su perfeccionamiento moral (como veremos al abordar el tema del control judicial de constitucionalidad –cap. III, ap. D–, esta cuestión es decisiva para el ejercicio de ese control en este ámbito).

Pero aun esto no es suficiente, ya que –dado el hecho de que prácticamente cualquier acción que realizamos produce algún efecto sobre terceros– su eventual carácter nocivo puede alegarse, con sinceridad o hipocresía para interferir con ella. Además de que la interferencia debe basarse en razones referidas al daño a terceros, ese daño debe ser sustancial, lo que debe ser apreciado en confrontación con la centralidad que la acción interferida tiene para el plan de vida elegido por el individuo, cualquiera sea el valor de ese plan. Si la acción en cuestión es periférica para el plan de vida elegido por el agente o para cualquier plan de vida concebible, o si ese plan de vida puede materializarse a través de acciones sustitutivas con igual o menor costo para el agente, un daño para terceros menos importante que el que se exigiría si la acción fuera central o insustituible para ejecutar el plan de vida del agente, bastará para justificar la interferencia con ella.

Es asimismo importante advertir que no se puede computar como un daño, a los efectos de la interferencia estatal, aquel que una acción produce sólo porque ella induce la ejecución de otra acción voluntaria del mismo o de otro agente, la que, a su vez, produce directamente el daño en cuestión. El principio de dignidad de la persona proscribe concebir a las acciones voluntarias como meros fenómenos naturales que no pueden ser fuentes de responsabilidades. Esto es lo que ocurre, indirectamente, cuando el daño que una acción produce se lo imputamos a otra acción que está más alejada en la misma cadena causal. Se razona así cuando, por ejemplo, se aduce que el consumo de drogas es perjudicial para terceros, porque algún agente adulto puede decidir voluntariamente imitar al consumidor, o el mismo consumidor puede luego cometer un delito para procurarse nueva droga, etcétera. Es claro que el daño, si lo hay,

está causado por las acciones voluntarias que están más directamente relacionadas, desde el punto de vista causal, con ese daño.

También es importante tomar en cuenta lo que se dijo al tratar la libertad de cultos: el daño para terceros debe apreciarse en términos de la afectación de su propia autonomía personal, pero no pueden computarse para determinar esa afectación los "perjuicios" que sufren por adoptar actitudes intolerantes o planes de vida que incluyen la ausencia de ciertos comportamientos de los demás sobre la base de su presunto disvalor y no por la mera interferencia con las propias acciones del individuo.

Por otra parte, no puede computarse como daño resultante de una acción, a los efectos de interferir con ella, el que no habría sido producido por tal acción si no fuera por la propia interferencia del Estado. Esto puede ejemplificarse con aquellas perturbaciones sociales que producía el consumo de alcohol en Estados Unidos, sólo por su prohibición a través de la "ley seca", las que desaparecieron cuando esa ley fue derogada. Vale decir: es circular alegar como justificación de la interferencia con la autonomía del agente daños que no se producirían si tal interferencia no existiera.

De modo que hay, al menos, cuatro clases de daños a terceros que no pueden computarse como justificativo para interferir con la autonomía de un individuo: *a*) el que es insignificante comparado con la centralidad que tiene la acción para el plan de vida del agente; *b*) el que se produce no directamente por la acción en cuestión sino por la interposición de otra acción voluntaria; *c*) el que se produce gracias a la intolerancia del dañado, y *d*) el que se produce por la propia interferencia del Estado.

Asimismo conviene recordar la distinción entre el perfeccionismo, que es incompatible con el principio de autonomía de la persona, y el paternalismo que es legítimo cuando tiende a ayudar a los individuos a que elijan libremente planes de vida o a que materialicen su plan de vida libremente elegido. Como se dijo en el apartado anterior este paternalismo difícilmente pueda justificar, sin incurrir en perfeccionismo, el empleo directo o indirecto de la coacción jurídica en casos de error, insania o compulsión que hacen que un individuo atente contra su propia autonomía, ya que en estos casos se puede remover el obstáculo proveyendo información o tratamiento o neutralizando la compulsión. Sin embargo, es más discutible si no puede haber un paternalismo legítimo en los casos de la llamada "debilidad de voluntad" –en los que el individuo, como cuando omite usar un casco protector para andar en moto, actúa libre y conscientemente en contra de sus propias valoraciones–. De cualquier modo, los casos en que el paternalismo corre menos riesgos de confundirse con un perfeccionismo antiliberal son los que están determi-

nados por problemas de coordinación que surgen cuando el agente sólo podría actuar de modo de satisfacer sus propios intereses si otros individuos actuaran de una forma contraria a la que lo harían si el primer individuo no actúa como lo haría, si esperara que ellos actuaran. Estos problemas de coordinación se presentan en múltiples esferas de la vida social: la participación electoral, la vida económica, el tráfico urbano, la actividad sindical, las relaciones laborales, los sistemas cooperativos de previsión y seguridad social, etc., y justifican la intervención coactiva del Estado para satisfacer los intereses genuinos de los individuos y no los postulados por una visión perfeccionista.

Las áreas más frecuentes respecto de las cuales hay mayor tentación de interferencia perfeccionista son la de la religión, la de la vida sexual y familiar, la de la salud, la de los gustos y estilos de vida, etcétera.

Ya hemos hablado de la libertad de cultos y de la exigencia liberal de excluir cualquier política o medida que implique el uso directo o indirecto de la coacción estatal y que manifieste la preferencia por algún culto o por la religión en general sobre una cosmovisión secular. El perfeccionismo religioso se expresa en diversas dimensiones de la vida individual, entre ellas la de la vida sexual y familiar. En propiciar interferencias en esta área convergen también posiciones perfeccionistas seculares.

Un tipo de represión que se suele llevar a cabo por razones perfeccionistas en el área de la sexualidad es la que ya comentamos cuando analizamos la libertad de expresión: la prohibición de materiales o exhibiciones considerados pornográficos aun más alla de la protección de los niños o de los adultos que no consienten el verse expuestos a este tipo de expresiones o exhibiciones. A veces se alegan razones paternalistas o de protección social para combatir la pornografía, más allá de sus límites legítimos, en una sociedad liberal. Sin embargo, estudios serios, como el informe ya mencionado producido por la Comisión Williams en Inglaterra[167], han demostrado que la mayoría de esos argumentos, que alegan la necesidad de evitar daños para terceros –como los que surgirían a partir de delitos, como la violación, promovidos por la pornografía– o para el propio individuo, carecen de fundamento científico. Hay sí ciertos daños para terceros que no consienten en sufrirlos y que a veces, por su carácter indirecto, no son tomados suficientemente en cuenta y deben serlo de un modo que sea compatible con la no interferencia con otros planes de vida; por ejemplo, el deterioro de zonas urbanas

[167] Comisión Williams, *Report of the Williams Committee on Oscenity and Film Censorship*, 1979.

en donde se concentran negocios de esa índole. Desde ya que están justificadas las regulaciones tendientes a la protección de los niños y de los adultos que se sienten ofendidos frente a manifestaciones de este carácter. Esto es especialmente importante cuando se trata de medios –como los carteles callejeros, la radio y la televisión públicas– respecto de los cuales es más difícil de controlar la exposición de las categorías protegidas.

Otro tipo de materia sexual que se presta a intervenciones perfeccionistas son los comportamientos sexuales heterodoxos. Como vimos, muchas de las discusiones que se han planteado en torno al principio de autonomía personal y el perfeccionismo tienen que ver con la homosexualidad y su eventual represión jurídica. Por supuesto que aquí es crucial el consentimiento libre y consciente de las partes involucradas, lo que no se puede dar en caso de menores e incapaces. El adulterio, y sobre todo, el de la mujer es otra conducta sexual que se pretende a veces reprimir jurídicamente por razones relacionadas con ideales de excelencia humana, lo que es obviamente incompatible con los presupuestos del liberalismo constitucional.

También se ha intentado, en ocasiones, impedir oficialmente el libre acceso a anticonceptivos sobre la base de una cierta concepción sobre los fines reproductivos de la sexualidad humana. Es claro que lo que se ha dicho sobre el aborto (ver § 35, c) se aplica *a fortiori* a la anticoncepción. Si el feto en su primer período de gestación no tiene los atributos que permiten ser destinatario de derechos ni satisface exigencias para predicar su identidad con alguien que los tendrá en el futuro, ello es tanto más cierto en el caso de los espermatozoides y óvulos antes de la fecundación y aun del óvulo fecundado antes de su anidación definitiva. Está claro que en este caso toda referencia a intereses de terceros carece de fundamento alguno y en el intento de intervención estatal hay una obvia finalidad perfeccionista, tendiente a imponer coactivamente ideales de virtud personal.

También suele haber intentos perfeccionistas de regular el matrimonio en aspectos que pretenden ignorar lo consentido libremente por las partes involucradas. Esto ocurre con la prohibición del divorcio o la exigencia en algunas épocas y países de ritos religiosos. Claro está que hay regulaciones del matrimonio que se justifican en atención a la protección de terceros –especialmente los hijos cuando existen– o en protección de una de las partes –generalmente la mujer– cuando puede ser víctima de privaciones no consentidas libremente o de situaciones que presentan problemas de acción colectiva que no puede resolver por sí misma. Se podría discutir si no es más compatible con el ideario liberal la existencia de diversas modalidades de matrimonio a las que las partes puedan acceder de común

acuerdo –por ejemplo, una modalidad disoluble y otra indisoluble– en lugar de una sola forma *standard*. Sin embargo, deben considerarse una serie de posibles problemas. Por ejemplo, el consentimiento de las partes a contraer un matrimonio indisoluble, presenta el problema de los cambios en la identidad personal a través del tiempo, que deberían ser admitidos si se adopta una concepción de la identidad personal que no es del tipo "todo o nada", como la que propugna Parfit, de índole gradual. Modalidades como la poligamia o poliandria deberían ser ponderadas en atención a los intereses de los hijos cuando ellos existen (por cierto, que la posible confusión de filiación no se presenta en la poligamia, pero razones de igualdad elemental conducirían a admitir la poliandria si se acepta aquélla). La sociedad conyugal de bienes debe tener especialmente en cuenta las posibles condiciones de debilidad de una de las partes que podrían afectar su capacidad de negociación.

Otro campo en el que el perfeccionismo pretende frecuentemente hacerse fuerte es el de la salud. Aquí el tema del consumo de estupefacientes es especialmente relevante. No hay duda de que ese consumo, sobre todo en el caso de algunas drogas, puede provocar diversos y muy graves daños físicos y psíquicos, sobre todo cuando es adoptado como un hábito por niños y jóvenes. Tampoco parece haber dudas de que ese consumo está asociado con diversas formas de delincuencia, con profundas secuelas de corrupción, violencia e inseguridad. Éstos y otros factores hacen de la drogacción uno de los fenómenos más perturbadores de nuestro tiempo, tanto en las sociedades desarrolladas, que están en el extremo consumidor, como en las subdesarrolladas, que suelen estar en el extremo productor y en el tramo de la distribución. Por ser tan grave este fenómeno es, precisamente, que hay que extremar el esclarecimiento de las pautas relevantes para su tratamiento, puesto que, como se sabe, es ante los fenómenos más perturbadores, como el del terrorismo, que suele debilitarse el respeto de los principios liberales y de las garantías individuales.

En otro lugar[168] he sostenido que la interferencia estatal con el consumo de estupefacientes podría intentar justificarse con argumentos perfeccionistas, paternalistas y de protección social. Mientras los primeros –que alegan que el consumo de droga forma parte de una degradación de la fibra moral de la gente que el Estado tiene por misión impedir– están excluidos, como se dijo, del contexto de un discurso liberal justificatorio de la acción estatal, no pasa lo mismo con las otras dos clases de argumentos. Sin embargo, conviene revisarlos con cuidado, pues ellos pueden, en muchos casos, ser una

[168] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. X.

mera pantalla para encubrir razones de índole perfeccionista que no se quiere revelar.

El consumo de algunos estupefacientes –como la cocaína– conduce en muchos casos a la adicción y es obvio que la adicción reduce notablemente las posibilidades de los individuos de elegir cursos de acción y planes de vida; así, parece haber claramente un argumento paternalista para impedir ese consumo, sobre la base de proteger la autonomía personal de los individuos y permitirles la más amplia y libre elección de planes de vida. Sin embargo, las circunstancias que pueden hacer que un individuo adulto atente conscientemente contra su autonomía mediante el consumo de drogas –perturbación mental, error de información, compulsión de terceros, debilidad de voluntad– no parecen justificar una intervención punitiva del Estado sino otras medidas menos restrictivas de su libertad: ofrecer tratamiento médico adecuado, proporcionar la información científica relevante, combatir las organizaciones que pueden ejercer una ascendencia compulsiva hacia el consumo de drogas, proteger especialmente a los menores, hacer particularmente difícil el acceso a los estupefacientes (combatiendo, p.ej., el tráfico organizado) de modo que el acto de consumo no pueda ser el resultado de impulsos irreflexivos, etcétera.

En cuanto a los argumentos de protección social para justificar la punición del consumo de drogas, ellos se basan en daños a terceros que ese consumo produce, directa o indirectamente, a través de hechos como, por ejemplo, los delitos que se cometen para proporcionar o conseguir drogas o a consecuencia de la drogadicción de sus autores, los gastos públicos involucrados en el tratamiento y combate de la drogadicción, la imitación de los drogadictos por parte de los que no lo son, etcétera. Sin embargo, la posibilidad de imputar estos daños a las acciones de consumo queda notablemente menguada apenas tomamos en cuenta estas cinco reglas ineludibles en una sociedad comprometida con la justicia y la autonomía personal, y que derivan de los criterios de apreciación del daño a terceros que vimos antes: *a*) no es posible que el legislador presuma *iuris et de iure* que se da un cierto daño o peligro para terceros –como ocurre en los delitos llamados "de peligro abstracto"–, ya que, como veremos oportunamente, es función del Poder Judicial determinar cómo se dieron los hechos en el caso concreto, y, por lo tanto, esa presunción equivale a la punición de la conducta en cuestión sin tomar en cuenta ese daño o peligro; *b*) no es posible imputar un daño a una acción cuando ella es consecuencia directa de otra acción voluntaria más cercana en la cadena causal –esto excluye los daños que surgen de una imitación voluntaria– y de delitos culpables cometidos en función de la drogadicción; *c*) no es posible imputar un mismo daño dos veces a los efectos de la punibilidad –esto excluye la punición

por el consumo que conduce a delitos que son independientemente penados–; *d*) no es posible computar daños que son demasiado nimios e indirectos, en comparación con la centralidad que puede tener la actividad que los provoca para un plan de vida libremente elegido –lo que excluye como daños los provocados por el tratamiento médico–, y *e*) no es posible computar como daños los que surgen de la punición misma de la actividad en cuestión –lo que conduce a revisar hasta qué punto la misma criminalización del tráfico y consumo de drogas no produce daños que luego son computados para justificar esa criminalización–. Tomando en cuenta estas reglas, difícilmente puedan justificarse la punibilidad del mero consumo de drogas por razones de protección social, aunque puedan justificarse algunas de sus modalidades, como el hacerlo en público y, desde ya, actos que son antecedentes o consecuencias de ese consumo, como delitos cometidos para obtener drogas o por estar drogados, o los actos de instigación a consumir drogas.

Lo que se acaba de decir brevemente en relación al consumo de drogas es aplicable a otras intrusiones para impedir que la gente atente voluntariamente contra su propia salud, tales como la prohibición de deportes peligrosos, la obligatoriedad de los motociclistas de llevar cascos protectores y la de los automovilistas de llevar cinturones de seguridad, las prohibiciones u obstáculos impuestos a los fumadores (aunque aquí la protección de terceros puede constituir un motivo más fundado y real). En general, estas acciones u omisiones que pueden poner en peligro la vida y la integridad de los propios agentes voluntarios pueden ser motivo de alguna acción paternalista del Estado –como la información, el dificultar la actividad riesgosa y el de facilitar las medidas protectoras– pero difícilmente justifiquen una acción punitiva por parte del Estado, ya que, como en el caso del consumo de drogas, la probable causa de la acción o actitud riesgosa, cuando ella no responde a un plan de vida del agente (en cuyo caso el impedimento adquiere un carácter perfeccionista), se debe a factores como el error, la compulsión, la debilidad de voluntad, que no se neutralizan adecuadamente por medio de la pena.

Es obvio que en el derecho comparado encontramos diversos ejemplos de prácticas constitucionales perfeccionistas que desconocen el derecho a la privacidad. El ejemplo más claro de ello es el de la mayoría de los países árabes, que incorporan a sus constituciones y derechos positivos los principios del Islam, con todas sus implicaciones sobre el desarrollo de la personalidad y las acciones privadas de los sometidos a ellos. Así la Constitución de Egipto, de 1971, establece en su art. 2º que los principios de la ley islámica son una fuente principal de legislación; la Constitución de Siria de 1973 en su art. 3º da igual papel al *figh* islámico; la Constitución de 1970 de la República Popular Democrática del Yemen, obliga en su art. 31

a la salvaguarda del legado árabe e islámico; el art. 2º de la ley de "Proclamación del Poder del Pueblo" de Libia, dictada en 1977, establece que "el Sagrado Corán es la Constitución de la Yamahiriya Libia". Por supuesto que estas disposiciones tienen implicancias en cuestiones como los hábitos sociales, la regulación de la familia, el matrimonio y el divorcio, los hábitos personales –como el consumo de alcohol–, la orientación de la educación, etcétera. También en Israel la regulación del matrimonio y la familia, ciertos aspectos de la alimentación, actividades en días festivos, etc., tiene una orientación perfeccionista que está dada por la incorporación, a través del *status* personal, de la ley religiosa a la vida civil.

Diferente es la orientación general de los países de cultura occidental, los que, aún con algunas esporádicas oscilaciones, avanzan progresivamente hacia un reconocimiento pleno del valor de la autonomía personal. Demostrativo de ello es, por ejemplo, la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Jeffrey Dudgeon", fallado el 22 de octubre de 1981: sostuvo el Tribunal que la legislación vigente en el momento en Irlanda del Norte –sancionada en 1861 y 1885– que sancionaba a los actos homosexuales realizados en privado y voluntariamente por hombres mayores de veintiún años es violatoria de la Convención en cuanto protege el derecho a la vida privada. Opinó el Tribunal que hoy día se comprende mejor el comportamiento homosexual que cuando se sancionó esa legislación y que la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa han dejado de creer que las prácticas homosexuales requieren de por sí una represión penal, dada la falta de justificación sobre el daño a la sociedad o a los individuos vulnerables y las consecuencias perjudiciales sobre los individuos mismos de tendencias homosexuales que conlleva esa represión penal.

En los Estados Unidos el llamado "derecho a la privacidad" fue definido por la Corte Suprema en el caso "Whalen v. Roe" [169] como el derecho tanto a evitar revelaciones sobre cuestiones personales como el derecho a tener independencia al tomar ciertas decisiones importantes, o sea tanto el derecho que al principio distinguimos como referido a la intimidad, del que no nos ocupamos aquí, como el derecho a la pivacidad en sentido estricto, que se refiere a la autonomía personal. Dada la falta de una cláusula expresa que reconozca este derecho, los juristas y jueces norteamericanos discrepan sobre la fuente apropiada, si es que la hay: en el famoso caso citado "Roe v. Wade" se sostiene que el derecho a la privacidad deriva de la "libertad" protegida por las enmiendas V y XIV que exigen el debido proceso legal; también en el no menos famoso caso "Griswold v.

[169] 97 S.Ct.869, 1977.

Connecticut" [170] que luego mencionaremos, se la ha pretendido derivar de la IX enmienda que establece que los derechos enumerados no deben entenderse como negativa de otros derechos retenidos por el pueblo; asimismo la Corte ha sostenido en "Doe v. Bolton" [171] que el derecho a la privacidad deriva de la cláusula del art. IV en contra de los privilegios y de la promesa de libertad del Preámbulo. En relación con el consumo de materiales obscenos, la Suprema Corte en "Stanley v. Georgia" [172] –un caso en que alguien fue encontrado en posesión de material obsceno– que "es completamente inconsistente con la filosofía de la I enmienda que el gobierno ejercite el control de la mente de los hombres o el derecho de controlar el contenido moral de los pensamientos de una persona". En el célebre caso "Griswold v. Connecticut" ya citado, la Corte Suprema invalidó una ley estatal que convertía en delito el uso de anticonceptivos por personas casadas, sosteniendo que ella invadía el área de libertades protegidas y la zona de privacidad creada por varias garantías constitucionales, sosteniendo que, de lo contrario, se estaría autorizando a la policía a inspeccionar los dormitorios de personas casadas buscando trazas del uso de anticonceptivos.

En el caso "Eisenstadt v. Baird" [173] la Corte invalidó regulaciones que hacían menos asequible el uso de anticonceptivos a personas solteras, afirmando el juez Brennan en nombre de la mayoría que "si el derecho a la privacidad significa algo, él es el derecho del *individuo*, casado o soltero, de verse libre de intrusiones gubernamentales no queridas en materias que afectan fundamentalmente a una persona como la decisión de crear y criar un niño". En la cuestión de homosexualidad, luego de un curso ambiguo, en el que el antecedente más relevante era "Doe v. Commonwealth Attorney" [174], en el que una Corte dividida rechazó oir un caso en que se reclamaba en contra de una ley de Virginia que punía la homosexualidad, el máximo Tribunal norteamericano provocó una reacción de estupor en los sectores más liberales cuando su reciente mayoría conservadora decidió en "Bowers v. Hardwick" [175] que una ley de Georgia que prohíbe la homosexualidad no caía frente al *test* de racionalidad implícito en el debido proceso de ley. La Corte aludió a las opiniones morales prevalecientes y al hecho de que la Corte no debía

[170] 381 US 479, 1965.
[171] 410 US 179, 1973.
[172] 394 US 557, 1964.
[173] 405 US 438, 1972.
[174] 425 US 901, 1976.
[175] 478 US 186, 1986.

reemplazarlas con sus propias valoraciones. Criticando este fallo, el profesor de la Universidad de Harvard, Frank Michelman sostuvo que el propósito de la ley de Georgia de penar a los homosexuales es "profundamente sospechoso bajo el compromiso republicano moderno de alcanzar una pluralidad social... ya que es muy probable que entre los efectos de una ley como esa en las personas para quienes la homosexualidad es parte de su identidad sea una denegatoria o un socavamiento de su ciudadanía en el sentido amplio... apropiado al moderno republicanismo; es de la admisión a una plena y activa participación en los diversos aspectos de la vida pública[176].

En materia de apariencia personal, una multitud de casos han llegado a los tribunales norteamericanos impugnando requerimientos respecto de vestimenta, largo del pelo, etc; en el caso "Kelley v. Johnson"[177] la Suprema Corte admitió una regulación referida al corte de pelo de los miembros de una fuerza policial pero sostuvo que este tipo de regulaciones no deben ser irracionalmente arbitrarias. En relación a la protección de la vida y la salud contra actividades riesgosas, los tribunales norteamericanos han tenido una actitud oscilante según la magnitud del peligro, la intrusividad de la medida se seguridad ordenada, la extensión de la clase de personas a las que se les requiere someterse a esa medida, la centralidad para su plan de vida de la actividad en cuestión, etc.; así en "People v. Fries"[178] la Corte Suprema del Estado de Illinois anuló una ley que obligaba a los motociclistas a usar cascos protectores, pero muy poco después en "People v. Roe"[179] mantuvo la constitucionalidad de una ley que exigía que los barcos llevaran salvavidas a bordo.

En materia de consumo de drogas, diversos Estados de la Unión –como Nueva York, California, Maine, Colorado, etc.– han desincriminalizado la tenencia de las drogas más "blandas", por ejemplo la marihuana, para el uso personal. Los tribunales tienen diversas actitudes sobre la constitucionalidad de la punición de tal tenencia: en California, por ejemplo, la Suprema Corte sostuvo que el uso de sustancias psicoactivas en ceremonias religiosas está constitucionalmente protegido ("People v. Woody")[180]; un tribunal de Carolina del Norte sostuvo en "State v. Bullard"[181] que no es una violación de los derechos constitucionales de los individuos prohibirles poseer

[176] "Yale Law Journal", 1988, vol. 97, 1533.

[177] 425 US 238, 1976.

[178] 42 111.2nd 446, 1969.

[179] 48 111.2nd 380, 1971.

[180] 61 Cal. 2nd 216, 1964.

[181] 267 NC. 599, 1966.

drogas que producen efectos alucinatorios; la Suprema Corte de Michigan sostuvo en "People v. Sinclair" [182] que una ley que penaba la posesión de marihuana era violatoria de las Constituciones estatal y federal en cuanto protegen la libertad y la búsqueda de la felicidad ya que "el Hermano Grande, en nombre de la salud *pública* no puede dictar a los demás qué es lo que puede fumar o beber en la *privacidad* de su propia casa".

La práctica constitucional argentina está en mucho mejor posición que la de otros países occidentales para encarar la protección de la privacidad, gracias a que el texto de la Constitución de 1853/60 cuenta con una cláusula de profundo contenido jurídico expresada con gran belleza literaria, la primera parte del art. 19, que dice: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". Este magnífico artículo tiene como antecedentes el art. 7º del proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las Provincias Unidas de 1813 que decía: "la libertad es la facultad de obrar cada uno a su arbitrio sin violar las leyes ni dañar los derechos de otro ni al cuerpo social", y la secc. 7ª, cap. I, art. 1º, del Estatuto Provisional de 1815 que tiene un texto idéntico al actual, con la sola diferencia de que se refiere sólo al "orden público" en lugar del "orden y la moral pública". Lo mismo ocurría con el art. 1º del cap. 1º de la sec. 7ª del Estatuto Provisional de 1816, con igual título de igual capítulo y sección del Reglamento Provisorio de 1817, con el art. CXII del cap. II de la secc. V de la Constitución de 1819 y con el art. 126 de la secc. VIII del cap. 3º de la Constitución de 1826. De modo que esta norma figura con prácticamente la redacción actual en todos los antecedentes constitucionales, desde el Estatuto de 1815, en el que fue incorporado por inspiración del presbítero Antonio Sáenz. Difícilmente los argentinos podamos enorgullecernos en igual grado de algún otro aspecto tan crucial de nuestra práctica constitucional que, al mismo tiempo, esté tan enraizado en nuestra tradición y sea tan original y distintivo respecto de otras constituciones; es especialmente notable el apartamiento en esta materia de la Constitución norteamericana que nos ha servido de modelo, cuyo silencio en materia del derecho a la privacidad es lamentado recurrentemente por jueces y juristas.

Sin embargo, no siempre la jurisprudencia y doctrina argentinas han extraído del art. 19 todos los frutos para materializar los principios de un liberalismo no deficitario en el plano de la autonomía personal. La cuestión depende de la interpretación que se le dé a

[182] 387 Mich.91, 1972.

las expresiones "acciones privadas" y "acciones... que ofenden el orden y la moral pública". Existe la posibilidad de restringir el alcance de la norma del art. 19, entendiendo que la primera expresión se refiere a las acciones realizadas en la intimidad y que son acciones que ofenden la moral pública las que sin causar un perjuicio a terceros violan pautas de una moral autorreferente aunque socialmente reconocida. Sin embargo, esta interpretación restringida no está de acuerdo con los antecedentes de la norma, dado el hecho de que Sáenz se inspiró en la Declaración de los Derechos del Hombre cuya exigencia del daño a terceros es clara y dada la circunstancia de que en la Convención Constituyente el general Pedro Ferré había propuesto un texto en que el adjetivo "público" se adjuntaba al sustantivo "orden" en lugar de la "moral", habiendo aceptado luego la redacción definitiva y el error al que llevaría su redacción propuesta al permitir la incriminación de cualquier acto inmoral.

Pero más que los antecedentes es necesario advertir que el art. 19 ofrece una magnífica oportunidad de receptar el principio de autonomía de la persona, que es el núcleo de una concepción liberal de la sociedad, sólo en la medida en que las descripciones "acciones privadas de los hombres", "acciones que no ofendan el orden y la moral pública" y "acciones que no perjudiquen a terceros" se entiendan como coextensivas, vale decir, como tres formas de referirse a la misma clase de acciones: las acciones son privadas en la medida en que sólo ofendan una moral privada compuesta por pautas que valoran tales acciones por sus efectos en la vida y el carácter moral del propio agente, y no ofendan en cambio una moral pública constituida por pautas que valoran a tales acciones por sus efectos dañosos o beneficiosos sobre terceros. La posible objeción de que la norma así interpretada sería redundante, se responde teniendo en cuenta que es un recurso legislativo común el empleo de descripciones coextensivas, empleo que tiene un valor explicativo (así, p.ej., las diferentes descripciones de las facultades que el art. 29 de la Const. nacional prohíbe al Congreso otorgar al Presidente son total o parcialmente coextensivas).

Algunos tempranos fallos de la Corte Suprema le dieron al art. 19 una interpretación amplia. Así, por ejemplo, en un fallo de 1928[183] la Corte sostuvo que la norma en cuestión protegía el fuero interno de la conciencia. El profesor Sampay en su valioso ensayo sobre el tema[184] también asigna al art. 19 una interpretación que no lo limita a la protección de las acciones realizadas en la intimidad, sino también a las acciones exteriores que no sean actos de jus-

[183] CSJN, *Fallos*, 150:419.

[184] Sampay, Arturo, *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución nacional*.

ticia sino que estén relacionadas con otras virtudes; a su vez los actos de justicia están definidos, siguiendo a Aristóteles y a Ulpiano en términos de no perjudicar a terceros.

Sin embargo, con el tiempo, la Corte Suprema y algunos intérpretes fueron asignando al art. 19 una interpretación más restringida compatible con concepciones perfeccionistas. Así, en la decisión registrada en *Fallos*, 296:15 la Corte entendió que lo que el art. 19 protege es sólo el fuero íntimo y que el Estado puede interferir con acciones que, aun sin causar daño a terceros, tienen "proyección comunitaria". En materia de tenencia de drogas, frente a la ley 11.331, que penaba la tenencia no justificada en razón legítima, la Cámara Criminal y Correcional en el caso "González, Antonio", de octubre de 1930[185], por mayoría sostuvo que era constitucional la punición de la mera tenencia aun cuando no hubiera daño a terceros. Esta doctrina fue reiterada por el mismo Tribunal en 1966 *in re* "Terán de Ibarra, Asunción"[186]. La ley 17.567 de 1968 derogó esa ley limitando la punición a cantidades que excedieran las que corresponden a un uso personal, pero en 1973 esa reforma fue declarada ineficaz y en 1974 se sancionó la ley 20.771 que, en su art. 6º, castigaba la tenencia de drogas para uso personal. La constitucionalidad de este precepto fue objeto de distintos pronunciamientos hasta llegar al fallo de la Corte *in re* "Colavini, Ariel O."[187] de marzo de 1978; éste es un fallo de clara inspiración perfeccionista, en el que se sostuvo que el consumo de drogas es una conducta "viciosa" que determina la desintegración individual y colectiva, con influjos perniciosos en la moral y la economía de los pueblos y su acción sobre la delincuencia común, la subversiva y la destrucción de la familia; sostiene que es lícita toda actividad del Estado destinada a conjurar semejantes riesgos. Estos fallos fueron reiterándose durante el último régimen militar[188].

La cuestión cambió radicalmente con la integración de la Corte Suprema producida a partir del proceso democrático iniciado en 1983 y hasta la ampliación promovida por el presidente Carlos Menem. Esa Corte atribuyó una interpretación amplia al art. 19, en una serie de cuestiones cruciales para materializar en la sociedad argentina un liberalismo no deficitario. En materia de tenencia de drogas un hito de enorme trascendencia lo constituye la decisión adoptada por

[185] CNCrimCorr, *fallos plenarios de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital*, Bs. As., Boletín Oficial, 1970, t. 1, p. 60.

[186] CNCrimCorr, *fallos plenarios de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital*, Bs. As., Boletín Oficial, 1970, t. 1, p. 62.

[187] CSJN, *Fallos*, 300:254.

[188] CSJN, *Fallos*, 301:673; 303:1205; 304:1678 y 305:137.

la mayoría en el caso "Bazterrica" [189] del 29 de agosto de 1986. El voto de los doctores Bacqué y Belluscio adopta claramente una interpretación amplia del art. 19, según la cual las acciones que él protege no son sólo las que se desarrollan en la esfera íntima sino las que no perjudican a terceros.

Pero es en el voto del doctor Petracchi en el que se desarrollan los fundamentos más acabados de esta interpretación amplia: allí se comienza por dejar en claro que la coyuntura histórica por la que atraviesa el país en este proceso de democratización da una oportunidad para una reconstrucción del orden jurídico conforme a principios democráticos y republicanos. También el doctor Petracchi es explícito en afirmar que el art. 19 presupone la distinción entre ética privada y moral pública, "de modo que deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda. Hay así una serie de acciones sólo referidas a una 'moral privada', que es la esfera de valoraciones para la decisión de los actos propios, los cuales no interfieren el conjunto de valores y de reglas morales compartidos por un grupo o comunidad, ya sea porque esta última no se ocupa de tales conductas, o porque ellas no son exteriorizadas o llevadas a cabo de suerte tal que puedan perjudicar derechos de los demás". El doctor Petracchi había aclarado previamente que esta distinción es esencial al reconocimiento de una esfera de autonomía personal: "Que el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que, con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad, consagrara desde temprano nuestra Constitución, resulta así esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad a que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos en que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida según lo determine la autonomía de su propia conciencia y sólo dentro de los límites en los que no afecte igual derecho de los demás, y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria... no es función del Estado establecer modelos de excelencia ética de los individuos que lo componen sino asegurar las pautas de una convivencia posible y racional, al cabo

[189] CSJN, 29/8/86, *Fallos*, 308:1412.

pacífica, que brinda una igual protección a todos los miembros de una comunidad, creando impedimentos para que nadie pueda imponer sus eventuales 'desviaciones' morales a los demás". Por cierto que el doctor Petracchi aclara, lo que ha sido tomado en cuenta en fallos sucesivos, que esto no implica dejar impunes la provisión de drogas o la incitación a consumirlas, pero que éstos son actos diferentes al mero consumo y no puede castigarse éste con el objeto de perseguir a los primeros. Más adelante este juez sostiene que la disposición del art. 19 pone de manifiesto el espíritu liberal de nuestro orden jurídico, que la legislación penal ha respetado en otros casos tales como homosexualidad, el incesto, la tentativa de suicidio, etcétera.

El mismo día en que se decidió "Bazterrica" la Corte resolvió en igual sentido también el caso "Capalbo" [190], en el que se trató idéntica cuestión de la constitucionalidad de la punición de la tenencia de drogas para el propio consumo; en este fallo los jueces disidentes doctores Caballero y Fayt expandieron sus argumentos en favor de la legitimidad de la norma penal cuestionada. Para defender la posición perfeccionista estos jueces no hesitaron en apoyarse en la jurisprudencia generada durante el régimen militar, citando inclusive los párrafos más autoritarios de "Colavini" [191]. Asumieron como legítima la punición de los delitos de peligro abstracto, no obstante que, como veremos oportunamente, las leyes que establecen esa punición son dudosamente constitucionales, por invadir la competencia del Poder Judicial de determinar los hechos. Claramente los ministros disidentes endosaron una posición no liberal sobre la misión del Estado en párrafos de este tenor: "Que no debe considerarse a la tenencia de estupefacientes para consumo personal como un derecho fundamental... que es indudable que para asegurar la libertad de conciencia, el ciudadano de la era de la dignidad del hombre puede interponer recurso de amparo que debe ser concedido por el Estado liberal. Sin embargo, desde el momento en que los derechos fundamentales –en el sentido actual de la cultura universal– representan facultades que consagran esa dignidad... es inconcebible suponer una acción o recurso de amparo que tuviese por objeto lograr la tutela estatal para proteger la propia degradación. Por ello, pretender que las acciones privadas que están más allá de la libertad de conciencia representan en todos los casos acciones extrañas e inmunes a toda proscripción o regulación estatal, carece de significación si se trata de la propia degradación con capacidad abstracta de proyectarse. En consecuencia, el legislador es por la Constitución el

[190] CSJN, *Fallos*, 308:1392.

[191] CSJN, *Fallos*, 300:254.

competente para captar desde la moralidad pública –que es la del hombre medio a quien él representa– cuándo las acciones privadas que conduzcan a la propia degradación puedan proyectarse amenazando y ofendiendo esa moral pública y otros bienes y, en ese sentido, valorar las circunstancias significativas de otras formas de control social que puedan llevar a una incriminación directa o indirecta. Y es así que parece razonable que bienes jurídicos de naturaleza superior sean protegidos penalmente frente al peligro abstracto de una conducta incapaz de generar el amparo constitucional por sí misma". Difícilmente puede concebirse una explicitación más clara de la negación del principio de autonomía de la persona en función de la deferencia a la moral convencional.

Lamentablemente esta posición se ha extendido últimamente, por lo menos en el terreno de la punición del consumo de drogas, ya que el legislador hizo caso omiso de la propuesta de la mayoría de la Corte Suprema, de reconstrucción de nuestra práctica constitucional hacia la adopción plena de un liberalismo no deficitario en el plano de la autonomía personal, sancionando en 1989 la ley 23.737 que explícitamente reprime, en su art. 14, la tenencia de drogas aunque fuera para el consumo personal. Sería concebible que, de acuerdo con el enfoque del control judicial de constitucionalidad que propondremos en el cap. III, ap. D, un juez sostenga que esta ley no está basada en razones perfeccionistas sino en una apreciación del daño a terceros que, en la medida en que no sea irrazonable y no sustituya a los jueces en su facultad de apreciar los hechos que se dieron en el caso concreto, debe ser dirimida a través del proceso democrático y respetada en el ámbito judicial.

Sin embargo, esta ley ya ha dado lugar a decisiones judiciales que retroceden a las épocas más oscuras del perfeccionismo estatal, como el fallo "Quesada Ignacio" del 1º de agosto de 1990 de la Sala II de la Cámara Federal en lo Criminal de la Capital[192], firmado por los jueces Mitchell y Casanovas; este fallo no deja error sin cometer desde el punto de vista de las exigencias de un liberalismo pleno: admite la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto, reconociendo así a los poderes políticos que sustituyan al judicial en la determinación definitiva de los hechos; citan los fundamentos de la autoritaria ley 20.771 sosteniendo que hay "un binomio cuyos polos son el toxicómano y el traficante y la legislación debe ir necesariamente, como sostiene Nerio Rojas, contra ambos, ya que se complementan y desarrollan una particular y dañina simbiosis, la del hábito vicioso y el comercio espurio"; citan el pensamiento del doctor Oyhanarte sobre la prevalencia del bien común sobre el bien per-

[192] CNFedCrimCap, 1/8/90, "Quesada, Ignacio".

sonal, que si no es calificado implica lisa y llanamente el desconocimiento de derechos individuales.

Este proceso de regresión a una concepción perfeccionista culminó con el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Montalvo, Ernesto Alfredo" [193] del 11 de diciembre de 1990. El dictamen del Procurador General de la Nación, Oscar E. Roger, luego de hacer afirmaciones que parecía que iban en el sentido arriba indicado sobre los límites del control judicial de constitucionalidad, abiertamente abraza una visión perfeccionista cuando sostiene que "el sometimiento del hombre a situaciones que terminan por conducirlo al vicio y, en definitiva a su autodegradación, no puede, a mi modo de ver, ser entendido como un derecho fundamental no susceptible de ceder ante el interés general, toda vez que tales conductas no son propias de la dignidad ni de la condición humana sino todo lo contrario" (lo que contradice claramente su afirmación anterior de que la legitimidad de las normas impugnadas no está basada en el hecho de que "apartan al hombre de los actos que pudiera cometer contra sí mismo, a partir de un concepto ético que le es impuesto" ya que, precisamente, ese concepto ético impuesto es el que permite sostener que la actividad del individuo no está protegida por un derecho fundamental frente a presuntos alegatos de daño colectivo). La mayoría del Tribunal compuesta por todos los jueces designados por el presidente Menem (Levene, Cavagna Martínez, Oyhanarte, Barra, Nazareno y Moliné O'Connor), a los que adhirió por sus propios fundamentos análogos a los ya analizados el juez Fayt, adopta como núcleo de su argumentación el hecho de que la tenencia de estupefacientes, aun para consumo personal, es según las leyes 20.771 y 23.737 un delito de peligro abstracto. Este fundamento –que ignora que las normas penales que crean tales delitos son, como veremos más adelante, inconstitucionales, por privar a los jueces de su facultad excluyente de determinar la realidad de los hechos del caso concreto– sirve a la mayoría del Tribunal para imputar *sin prueba alguna* a cada poseedor de drogas, y por ende al que estaba involucrado en el caso examinado, una serie de comportamientos: el de ser adicto, el de ser contagioso, el de exteriorizar su vicio, el de oficiar de traficante para obtener la droga, el de afectar la subsistencia de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la Nación y "hasta de la humanidad toda" (*sic*). A estos extremos se llega en nuestro país en los períodos recurrentes en que se pretende, generalmente con atolondrada euforia, retomar la línea tradicional del autoritarismo perfeccionista, contra las "desviaciones liberales" de los breves lapsos precedentes.

[193] CSJN, 11/12/90, *J.A.*, 1991-C-80.

Sin embargo quedan, todavía, las aplicaciones que hizo la Corte en su composición anterior de una interpretación amplia del art. 19 a otras materias. El antecedente que fue citado en "Bazterrica" [194] en el que se definió esa interpretación amplia, no obstante tratarse de un caso más de derecho a la intimidad que de derecho a la privacidad, fue el ya citado "Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida" [195] donde se trató la invasión por parte de una publicación de una situación de intimidad de los últimos momentos de vida de un líder político. También en el trascendente fallo ya mencionado en "Sejean" [196] (sobre la inconstitucionalidad de la prohibición de divorcio vincular) no solamente se recurre a la libertad de cultos y a la igualdad ante la ley sino también, en los votos separados de los doctores Bacqué y Petracchi, al art. 19. Así dice el doctor Bacqué: "Que en cuanto atañe al fondo de la cuestión en debate, esta Corte ha reconocido que la Constitución nacional asegura a todos los habitantes de la Nación el derecho de elegir su proyecto personal de vida, siempre que ello no perjudique a terceros ni ofenda la moral pública... En 'Bazterrica' se precisó el campo de la moral pública, mediante la distinción entre la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes de terceros. Precisamente a la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como lo expresa el art. 19 de la Constitución nacional, aclarando dichos conceptos... Que con base en esa doctrina, el Tribunal dejó establecido que la Constitución nacional consagra un sistema de libertad personal cuyo centro es el art. 19, que va más allá de garantizar la mera privacidad. En este sistema de libertades confluyen una serie de derechos expresamente enumerados en los arts. 14, 14 *bis*, 16, 17, y otros no enumerados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33).

Es notable la profundidad filosófica de estos votos, ya que ellos perciben con toda claridad que el principio de autonomía de la persona que subyace a la cláusula del art. 19 de la Constitución es la base de los diversos derechos más específicos que están enumerados en diversos artículos de la primera parte del texto constitucional. Pero la nueva Corte democrática ha ido todavía más lejos en el desarrollo de las implicaciones lógicas de su propuesta de reconstrucción liberal de nuestra práctica constitucional: en el caso "Portillo" [197], en

[194] CSJN, *Fallos*, 308:1412.

[195] CSJN, *Fallos*, 306:1892.

[196] CSJN, *Fallos*, 308-2:2287.

[197] CSJN, 18/4/89, *ED*, 133-372.

el cual como ya se comentó se admitió la objeción de conciencia contra la obligación de cumplir con el servicio militar, la mayoría del Tribunal acudió no solamente a la libertad de cultos sino al principio de autonomía de la persona expresado por el art. 19, con lo que no solamente se admitió que la objeción podía tener bases no necesariamente religiosas sino fundadas en algún ideal del bien secular, sino también que el derecho a la privacidad quedaría reducido prácticamente a nada si se lo dejara de lado cada vez que su ejercicio pudiera tener alguna consecuencia nociva para terceros (como sería en el caso, ya que se supone que el servicio militar es impuesto por el legislador bajo la creencia de que acarrea algún beneficio social). Eso hace que, como se dijo antes, sea necesario hacer un balance entre la centralidad de la acción con la que el Estado pretende interferir para el plan de vida libremente elegido por el individuo y la magnitud de los presuntos perjuicios para terceros. Esto es lo que propone precisamente la Corte, sugiriendo –con extraordinaria lucidez– que ese balance debe hacerse desde un punto de vista imparcial, sin tomar en cuenta la validez o invalidez del plan de vida involucrado.

Sin embargo, no se puede dejar de señalar que también en otras materias ajenas al consumo de drogas se advierten en esta segunda etapa de la transición democrática algunos retrocesos notables. Un ejemplo de ello es el fallo de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal del 12/7/90[198] denegando a la Comunidad Homosexual Argentina la inscripción como persona jurídica, alegando que ella no promueve el bien común ya que la homosexualidad es contraria a la "ética cristiana", y sosteniendo que la asociación en cuestión podría estar interesada en promover ese tipo de prácticas. Este fallo no sólo desconoce supinamente el art. 19 de la Constitución nacional, sino también ofende la libertad de asociación –tomando en cuenta que el bien común en nuestra práctica constitucional se define en función del valor supremo, que es la autonomía personal–, la libertad de cultos –ya que es contrario al art. 14 pretender juzgar según principios de una religión en particular–, la igualdad tal cual está reconocida en el art. 16 –ya que se trata a los ciudadanos diferentemente según sus preferencias sexuales–, y la libertad de expresión consagrada en el art. 14 –ya que se ignora que, aun cuando dicha agrupación pretendiera promocionar la homosexualidad, si ello se hiciera resguardando a los niños, cae dentro de la sobreprotección de la libertad de expresión, pues, como vimos, nunca puede constituir un daño la aceptación voluntaria por terceros adultos de la idea expresada.

[198] CNCiv, Sala I, 12/7/90, *LL*, 1990-E-136.

Esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema en "Recurso de hecho de la Comunidad Sexual Argentina c/Resolución Inspección de Justicia s/personas jurídicas", del 22 de noviembre de 1991 (C.474-XXIII y C.526-XXIII).

La mayoría del tribunal se formó con votos separados de los jueces Levene, Cavagna Martínez, Barra, Nazareno, Moliné O'Connor y Boggiano –todos nombrados al ampliarse la Corte– y Belluscio. La minoría la formaron los jueces Petracchi y Fayt, designados en 1983. La concepción perfeccionista de la nueva mayoría del Alto Tribunal –coincidente con la que prevaleció en los períodos más oscuros de nuestra práctica constitucional– campea en todos los votos que la conforman, pero se hace absolutamente explícita en la opinión del juez Boggiano. Sostiene este magistrado que bregar porque la condición de homosexual no sea discriminada puede razonablemente ser considerado como una pública defensa de aquella condición, "en grave conflicto con los principios familiares, sociales, morales, religiosos y jurídicos del país, y hasta extranjeros". O sea que para preservar una interpretación que el juez Boggiano hace de principios familiares, sociales, morales y religiosos, interpretación sobre la cual él no tiene más autoridad que otros ciudadanos, los homosexuales deben dejarse discriminar. Luego agrega que si el objeto de la C.H.A. puede interpretarse como indiferencia ética o incluso como valoración positiva de la condición de homosexual, ese objeto puede tender a la subversión de ciertas concepciones morales y mantener bajo el amparo de ciertas religiones a los homosexuales. De modo que el juez Boggiano cree que el Estado argentino debe comprometerse con su interpretación de concepciones morales y de religiones, yendo mucho más allá de su misión de salvaguardar el orden social democrático y pluralista. Lo que ocurre es que la concepción que tiene de este orden el juez Boggiano está muy lejos del liberalismo de los mejores momentos de nuestra práctica constitucional, como se pone de manifiesto en este párrafo que es crucial para entender la ideología de la nueva Corte (que no es más que la de muchos otros períodos): "Una minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen tolerancia que ya no puede haber mayoría alguna. La democracia requiere un sustento de valores comunes. Y la desintegración de estos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo".

Este pasaje encierra la oposición más nítida concebible al liberalismo constitucional. Según éste, en una sociedad abierta no hay una mayoría congelada sino diversos grupos que se integran en "un esquema de cooperación mutua entre seres libres e iguales", no obstante que difieren en visiones del bien personal, en inclinaciones o

en proyectos vitales. No tiene ninguna importancia respecto de la validez de estos ideales o intereses el número de gente que los apoya. Ese número –variable, por otro lado– sólo cuenta para resolver conflictos morales interpersonales y no para determinar cuál es la mejor forma de vida. Esto último no debe determinarse ni en el Congreso, ni en los Tribunales (menos aun en la Casa Rosada) sino en la casa de cada uno.

En cambio, los votos de los jueces Petracchi y Fayt hacen correcta aplicación de los derechos de privacidad, expresión y asociación; principalmente el primer juez mencionado pone claramente de manifiesto que ni un juez ni una mayoría tienen derecho a imponer a los individuos su concepción moral personal, advirtiendo los abusos autoritarios que se han ejercido bajo el pretexto de defender el bien común.

Volviendo a los aspectos luminosos de la primera etapa de la transición, también hay que destacar la posición que han tenido en ella no sólo los tribunales sino los otros poderes del Estado en favor de la autonomía, como se muestra, por ejemplo, con la sanción ya mencionada de la ley 23.052 que regula las exhibiciones cinematográficas, suprimiendo todo tipo de censura y protegiendo sólo a los menores y a los terceros no avisados, sobre la base explícita del derecho a la privacidad.

En síntesis, tanto por haber tenido la fortuna de contar con uno de los textos más esclarecidos en el constitucionalismo comparado en materia de autonomía personal, como por haber asumido la Corte Suprema en su integración, desde 1983 hasta 1990, un liderazgo notable en una interpretación amplia de esa cláusula, nuestro país ha ocupado un lugar de avanzada en el mundo occidental, por el reconocimiento pleno del derecho a la privacidad que deriva centralmente del principio de autonomía de la persona. Hay sin embargo, severos retrocesos de esa posición, con el cariz perfeccionista que han adoptado últimamente, como vimos, los diferentes poderes del Estado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054) dispone en su art. 11, inc. 2°, con redacción semejante al art. 17, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (ley 23.313) que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada" y "en la de su familia", aunque luego mezcla este derecho con el de la intimidad y el honor, al continuar la enunciación con la mención del domicilio, la correspondencia, la honra y la reputación.

A pesar de que el art. 19 presenta cierta ambigüedad que puede ser aprovechada por jueces de inspiración perfeccionista (p.ej., en "Montalvo", la mayoría de la Corte se apoya en el hecho de que ese

artículo usa la expresión "las acciones privadas de los hombres que *de ningún modo* ofendan al orden y a la moral pública", para vaciarlo de todo contenido), habría que tener sumo cuidado antes de pretender precisar su texto en una eventual reforma constitucional, dada su belleza literaria y sus potencialidades conceptuales.

§ 40. ***Derecho a la intimidad.*** – Hay una considerable confusión entre el bien de la intimidad que estudiaremos en este parágrafo, y el de la privacidad, que fue objeto del precedente. Como aclaré allí, entiendo por "privacidad" la posibilidad irrestricta de realizar acciones "privadas", o sea acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son objeto de calificación por parte de una moral pública como la que el derecho debe imponer; ellas son acciones que, en todo caso, infringen una moral personal o "privada" que evalúa la calidad del carácter o de la vida del agente, y son, por lo tanto, acciones privadas por más que se realicen a la luz del día y con amplio conocimiento público (no hablé en este contexto del derecho a la autonomía personal o a la libertad, como muchos autores, porque entiendo que todos los derechos individuales son manifestaciones de ese derecho general). Interpreto por "intimidad", en cambio, una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás. Como mucho de lo que se ha escrito sobre esto se lo hace bajo el rubro "privacidad", o bajo la palabra inglesa *privacy*, deberá, a veces, hacerse las transposiciones correspondientes.

Sin embargo, a veces la confusión entre privacidad e intimidad no es una mera cuestión terminológica, sino que responde a un verdadero equívoco conceptual. Parent[199], en su estudio sobre el tema, no obstante que él emplea la expresión *privacy* para referirse al concepto que aquí tratamos, lo distingue con toda claridad del discutido en el parágrafo anterior, y pone de manifiesto la confusión en el que otros incurren cuando lo justifican sobre la base del derecho a "ser dejado solo" –como sostenía el juez Brandeis de la Corte Suprema norteamericana– o el "el de ejercer autonomía sobre cuestiones personales significativas" –como argüía el juez Brennan del mismo Tribunal–. Parent dice, con razón, que estas justificaciones son de un derecho diferente, que coincide con el que vimos en el parágrafo anterior.

El derecho a la intimidad (*privacy*, en su terminología) es definido por Parent como el de que los demás no tengan información no

[199] Parent, W. A., *Privacy, Morality and the Law*, en "Philosophy & Public Affairs", 1983, vol. 12, nº 4, p. 269.

documentada sobre hechos, respecto de una persona, que ésta no quiera que sean ampliamente conocidos. La exclusión de la información documentada se refiere a aquella que es accesible al público en general, aunque haya pasado inadvertida, dado que está registrada en publicaciones, ficheros, etc., a los que cualquiera puede acceder (no, por cierto, cuando la registración se haya hecho por un propósito muy especial y a la que haya acceso restringido).

Sostiene Thomson[200] que el derecho a la intimidad no es, en realidad, un derecho independiente sino que deriva de otros derechos como el de propiedad, el derecho a no ser observado, etcétera. Pero Parent replica, correctamente a mi juicio, que algunos de esos derechos –como el de no ser observado– son más oscuros que el derecho a la intimidad que intentan sustituir. En realidad hay un elemento específico en todas las situaciones que se pretenden calificar como infractoras del derecho a la intimidad, que es el de la adquisición ilegítima de conocimiento sobre un acto o un rasgo propio que uno no quiere que los demás tengan. El valor de la intimidad es relacionado por Parent, no con su preservación para las relaciones íntimas, como sostiene Fried, o con la necesidad funcional de contar con oportunidades de distensión, como argumenta Westin, sino con la necesidad de que los demás no adquieran un poder indebido sobre nuestra persona, de que nos sometan a situaciones de murmuración, burla y ridiculización, dada la intolerancia que a veces se tiene sobre otros hábitos de vida o rasgos de la personalidad, y el respeto a la libertad de cada uno de elegir su forma de vida. Hay un cierto salto de niveles en estos argumentos, ya que este último, basado en la autonomía personal, es la razón general para reconocer este bien de la intimidad, como todos los demás bienes que constituyen el contenido de los derechos, mientras que los anteriores apuntan a diversos factores de hecho que determinan que la falta de intimidad pueda afectar seriamente la posibilidad de los individuos de elegir libremente un plan de vida y materializar el plan de vida elegido.

La intimidad de una persona, o sea la exclusión potencial de acuerdo a su voluntad del conocimiento y la intrusión de los demás, se refiere al menos a los siguientes aspectos: rasgos de su cuerpo, su imagen (la que, no obstante la inevitabilidad de su percepción por los demás en la vida cotidiana, la persona puede querer que no se reproduzca, sobre todo en ciertas circunstancias), pensamientos y emociones, circunstancias vividas y diversos hechos pasados conectados con su vida o la de su familia, conductas de la persona que no

[200] Thomson, Judith, *The Right to Privacy*, en "Philosophy & Public Affairs", 1975, vol. 4, p. 295.

tengan una dimensión intersubjetiva, escritos, pinturas, grabaciones hechas por la persona en cuestión, conversaciones con otros en forma directa o por medios técnicos (como el teléfono), la correspondencia, objetos de uso personal, su domicilio, datos sobre su situación económica, etcétera.

Las intrusiones a la intimidad pueden tener diversas variantes, de acuerdo con los aspectos de la persona que han sido objeto de conocimiento o intrusión no querida: por ejemplo, apertura de correspondencia, intercepción de comunicaciones telefónicas, inspección de *records* médicos o de cuentas bancarias, intrusión, o allanamiento del domicilio, toma de fotografías no consentidas y difusión no consentida de fotografías consentidas con diversos fines (p.ej., comercial), divulgación de hábitos sexuales de la persona, observación –mediante engaño o fuerza– de partes del cuerpo que la persona no quiere exhibir, etcétera.

Desde ya que el derecho a la intimidad puede, en ciertos casos, ceder frente a otros derechos de acuerdo con los criterios sobre conflictos de derechos que veremos al final de este capítulo del libro. Parent enumera una serie de preguntas que son útiles para determinar si la invasión a la intimidad de otros está o no justificada: *a*) ¿cuál es el propósito de buscar una información personal no documentada?; *b*) ¿es ese propósito legítimo e importante?; *c*) ¿es el conocimiento buscado a través de la invasión de la intimidad relevante para el propósito justificatorio?; *d*) ¿es la invasión de la intimidad el único medio o el menos ofensivo para obtener ese conocimiento?; *e*) ¿qué restricciones procedimentales se han impuesto en las técnicas de invasión de la intimidad?, y *f*) ¿qué protección se ha impuesto al conocimiento personal, una vez que ha sido adquirido?

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas establece en su art. 17, inc. 1°: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación", y que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o esos ataques" (art. 17, inc. 2°). Un texto semejante fue incorporado a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 11, inc. 2°. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa establece igual derecho en su art. 8°. A su vez el Consejo de Europa aprobó en 1981 un "Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal", que establece los derechos de acceso y rectificación de los datos personales registrados en ficheros.

Los diferentes países de Europa occidental tienen normas de protección de la intimidad, sobre todo contra los potenciales invaso-

res más peligrosos, que son el gobierno y la prensa. Sin embargo, uno de los países en que la protección contra el gobierno es más débil, tal vez por la escrupulosidad en que el gobierno ha ejercido ese poder es Gran Bretaña: frente a un escándalo público provocado por la revelación de intercepciones de comunicaciones telefónicas en una investigación sobre mala práctica de la abogacía, en 1957 el secretario del Interior estableció un Comité de Consejeros Privados para que estudiara los poderes del Ejecutivo para interceptar comunicaciones e hiciera recomendaciones sobre su regulación. El Comité estuvo básicamente satisfecho con la forma escrupulosa con que se hacían las intercepciones. En 1979 estalló otro escándalo a raíz del caso "Malone"[201], en el que un anticuario descubrió que la policía, que estaba investigando el destino de mercaderías robadas, había grabado sus conversaciones telefónicas, demandó a la policía y perdió el caso por falta de legislación que prohibiera la práctica, aunque el juez sostuvo que esa legislación era necesaria para adaptarse al art. 8° del Convenio antes mencionado. En 1981 la Comisión Real para la reforma del procedimiento criminal insistió en la necesidad de regular legislativamente tales prácticas. También los controles sobre la invasión a la privacidad por la prensa son débiles en este país: existe un Consejo de Prensa, que agrupa a los medios y ejerce un autocontrol sobre ellos, pero su actitud es de extrema tolerancia. En 1970 el gobierno creó un Comité para estudiar la posibilidad de establecer una legislación para proteger la intimidad de las personas contra la invasión por parte de la prensa, pero las conclusiones fueron opuestas a esa posibilidad. En materia de protección de la intimidad, sobre todo a través del uso de la informática, los demás países europeos están bastante más avanzados, empezando con el ejemplo pionero de Suecia, con su ley de protección de datos de 1973.

En la República Federal Alemana la protección de la intimidad es considerable: por empezar la Constitución establece en su art. 10 la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones, estableciéndose que las restricciones sólo se podrán establecer por ley, y cuando ellas tengan por finalidad proteger el régimen de libertad y democracia o la seguridad de la Federación o un Land, la restricción podrá no comunicarse al afectado pero se deberá hacer bajo estricto control judicial. El art. 13 establece también la inviolabilidad del domicilio, cuyo registro o allanamiento sólo podrá hacerse por orden judicial, y únicamente puede restringirse esa inviolabilidad en caso de peligro común o para la vida humana. En Alemania Federal, el 27 de enero de 1977 se dictó una ley sobre la protección de los

[201] Chancery, 344, 1979.

datos personales reunidos a través de la informática (*Gesetz zum Schutz vor missbrauch personenbezigener daten bei der datenverarbeitung*) y existe una Comisión para la protección de los datos personales a través de la informática que tiene amplias facultades para controlar la registración de información de los ciudadanos por parte de distintos organismos y para comunicársela a los interesados. En Francia existe un organismo similar, la Comisión de informática y libertades públicas, creada por ley 78/17 del 6 de enero de 1978, que tiene por función cuidar, por medios preventivos –entre los que está un amplio poder reglamentario– y correctivos que no se viole el derecho a la intimidad por medios de informatización que acumulen datos personales; las empresas privadas deben informar a la Comisión sobre sus sistemas de informatización de datos personales (los ciudadanos tienen el derecho de interrogación sobre si sus datos están en el fichero en cuestión, el derecho de información sobre el contenido de esos datos, y el derecho de rectificación si creen que son falsos). En Austria existe, desde 1978, una ley de protección de datos personalizados que creó también una Comisión de protección de datos.

En España, el art. 18 de la Constitución de 1978 establece en su inc. 1° que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen; en su inc. 2° se dispone que el domicilio es inviolable y no puede entrarse en él –salvo el caso de delito flagrante– sin consentimiento del titular u orden judicial; el inc. 3° garantiza el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas, teléfonicas, salvo resolución judicial; el inc. 4° establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Este art. 18 fue desarrollado por la ley orgánica del 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen, donde se establecen remedios civiles para la protección de estos derechos y se estipula su carácter irrenunciable.

En la reciente Constitución de Brasil, de 1988, son especialmente interesantes sus normas del art. 5°, inc. LVI, que establece que la prueba obtenida ilegalmente no es admisible en procesos jurídicos, con lo que excluye la posibilidad de recurrir a intrusiones a la intimidad con fines probatorios, y del inc. LXXII, del mismo artículo que establece el recurso de *habeas data*, por el cual los individuos tienen garantizado el derecho de acceso a la información registrada relativa a él, así como también el derecho de rectificación de esa información.

En la Constitución norteamericana no hay un reconocimiento explícito del derecho a la intimidad en general. Sin embargo, la IV enmienda tiene un amplio potencial que puede ser desarrollado en

esta dirección. Ella dispone: "El derecho del pueblo a estar seguros en sus personas, casas, papeles y efectos contra registros y secuestros irrazonables no será violado, y no se expedirán órdenes judiciales (*Warrants*) si no es sobre la base de una causa probable apoyada en un juramento o afirmación, y describiendo particularmente el lugar a ser registrado, y las personas o cosas a ser aprehendidos". El 31 de diciembre de 1974 sancionó el Congreso norteamericano una ley de "privacidad", que tiene por fin, como sus similares europeos, proteger a los individuos contra la registración arbitraria e irracional de datos personales, permitiéndoles el derecho de acceso y rectificación. En la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, este derecho a la intimidad se entremezcla frecuentemente con el de la privacidad, cuyo sustento constitucional ha sido un motivo recurrente de controversias teóricas: así ocurrió en los casos "Griswold v. Connecticut"[202] ya citado, y "Eisenstadt v. Baird"[203], sobre la prohibición del uso de anticonceptivos. En cambio, parece más cercana a la idea de privacidad el tema de discusión en "Paul v. Davis"[204], en el que se impugnó que se incluyera al demandante en una hoja distribuida por la policía con nombres y fotografías de conocidos ladrones de supermercados, cuando los cargos contra él en un proceso habían sido levantados; la Corte sostuvo que no era un caso de afectación de la intimidad, sino que el demandante debió haber demandado por difamación. En "Whalen v. Roe"[205] se cuestionó una ley de Nueva York que autorizaba al gobierno de ese Estado a registrar los nombres de consumidores de ciertas drogas –opio, cocaína, etc.–, con todo un sistema de protección para evitar que la información pasara a terceros. Aplicando la IV enmienda la Corte Suprema decidió en "Katz v. United States"[206], que la policía no podía emplear recursos electrónicos de escucha fuera de una cabina telefónica sin requerir orden judicial; en "Berger v. New York"[207] la Corte invalidó una ley que permitía el uso indiscriminado de esos medios técnicos; en "Stanley v. Georgia"[208], el Tribunal decidió que el material pornográfico que había sido secuestrado sin autorización judicial no podía ser empleado como material probatorio; en "Lo-Ji Sales Inc v. New York"[209], la Corte Suprema sostuvo que el secues-

[202] 381 US 479 (1965).
[203] 405 US 438, 1972.
[204] 424 US 693, 1978.
[205] 429 US 589, 1976.
[206] 389 US 347, 1967.
[207] 442 US 319, 1979.
[208] 394 US 447, 1969.
[209] 442 US 319, 1979.

tro de material pornográfico de un negocio de sexo era ilegal, puesto que en la orden judicial no se especificaba el tipo de material con precisión; en "Steasgold v. United States"[210], la Corte Suprema concluyó que la policía no podía buscar al destinatario de una orden judicial de arresto en casa de un tercero sin una orden de allanamiento de esa casa.

En la Argentina el derecho a la intimidad estuvo presupuesto en normas de los primeros antecedentes constitucionales: por ejemplo, el decreto de seguridad individual de 1811 protegía, en su art. 3°, los papeles privados de un ciudadano y en su art. 4° proclamaba que la casa de un ciudadano es "un sagrado". Lo mismo disponía el proyecto de la Sociedad Patriótica en sus arts. 200 y 205; el mismo texto respecto de la casa se incorporó al art. XV del Estatuto Provisional de 1815 y a la sección IX del Reglamento Provisorio de 1817. Lo mismo se repetía en el art. CXIX de la Constitución de 1819, la que además protegía los papeles y correspondencia en el art. CXV; similares textos fueron incorporados a los arts. 172 y 166, respectivamente, de la Constitución de 1816. En la Constitución vigente de 1853-60 el derecho a la intimidad está principalmente presupuesto por el art. 18, cuando establece que "el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tratado diversos casos en los que la intimidad de la persona estaba en juego. Por ejemplo, en un caso de 1956[211] respecto a la exigencia de la ley de ciudadanía de tener "buena conducta" y de la negativa a otorgársele la ciudadanía a una mujer por haber ejercido la prostitución en el pasado, la Corte admitió la exigencia y sólo sostuvo que la "buena conducta" debía ser actual, y no podía tomarse en cuenta hechos de un pasado lejano. Respecto de la ley 4097, que pena la mera tenencia de billetes de lotería clandestina, la Corte sostuvo que esos billetes no están protegidos como papeles privados[212]. Un fallo sumamente trascendente de la Corte del primer período de la transición democrática fue el decidido *in re* "Fiorentino, Diego Enrique s/tenencia ilegítima de estupefacientes"[213], del 27 de noviembre de 1984, en el que la Corte varió su imperturbable jurisprudencia anterior respecto de que las cuestiones de irregularidad de las condiciones de allanamiento de domicilio y su validez constituyen temas de

[210] S.Ct 1642, 1981.

[211] CSJN, *Fallos*, 235:622.

[212] CSJN, *Fallos*, 103:255.

[213] CSJN, *Fallos*, 306:1761

carácter procesal que no son materia de recurso extraordinario, y decidió que la prueba obtenida por medio de un allanamiento de domicilio, hecho sin la orden judicial correspondiente, no podía ser legalmente tomada en cuenta en un proceso (en este caso por tenencia de drogas). Otra decisión de nuestra Corte de gran relevancia para la protección constitucional de la intimidad fue la adoptada en el mencionado caso "Ponzetti de Balbín"[214] decidido el 11 de diciembre de 1984, por el que se confirma una sentencia que condena a indemnizar a una editorial por publicar una foto del doctor Ricardo Balbín en sus últimos momentos, en los que estaba agonizante. El fallo es sumamente ejemplificador sobre los límites de la libertad de prensa en resguardo a la intimidad de las personas. El único reparo que cabe hacerle es que, en sus fundamentos, confunde en general este derecho con el de privacidad del art. 19, apoyándose en la jurisprudencia norteamericana –como el caso "Griswold"[215]– que se refiere a este último derecho, en lugar de reconstruir el derecho de intimidad a partir de las garantías del art. 18 al domicilio, los papeles privados y la correspondencia. De cualquier modo, el art. 19 da un fundamento genérico a este derecho, como a todos los demás.

También incurre parcialmente en la misma confusión entre la autonomía protegida por el art. 19 de la Constitución y la intimidad que surge del art. 18, la decisión de la Corte en "Muller, Jorge s/denuncia"[216], del 13 de noviembre de 1990. En él la mayoría de la Corte sostiene que no se puede obligar a un niño a hacerse un examen de histocompatibilidad para determinar su filiación cuando, dada su incapacidad para consentir por sí mismo, sus padres adoptivos no consienten la realización del examen. Sin embargo, parece más plausible la posición adoptada por el juez Petracchi en su disidencia. Sostiene en ella que el derecho a la intimidad cede aquí frente a consideraciones que tienen relación con la necesidad de que un individuo conozca la verdad sobre su identidad personal, para elegir libremente su plan de vida. En otras palabras, se está dando –correctamente– prioridad a un bien que es central para la *constitución* de la autonomía del individuo, sobre otro bien –la intimidad– que es relevante para cierto ejercicio de esa autonomía (acerca de la prioridad de la formación de autonomía sobre su ejercicio, ver el cap. I, ap. F).

Un avance interesante en materia de protección de la intimidad puede advertirse en una Constitución provincial como la de Córdoba, que en sus arts. 45 y 48 regula con bastante precisión las condi-

[214] CSJN, *Fallos*, 206:1892.

[215] 381 US 479, 1965.

[216] CSJN, 13/11/90, "Muller".

ciones de allanamiento del domicilio, y de intercepción de papeles privados, correspondencia y comunicaciones, mientras en el art. 50 establece garantías específicas en protección de la registración de datos personales, especialmente a través de medios informáticos, previendo el derecho de acceso y excluyendo todo uso discriminatorio.

Sin embargo, en la sociedad argentina todo el mundo sospecha que su derecho a la intimidad es recurrentemente violado por intercepciones telefónicas y de correspondencia, intrusiones a viviendas de gente humilde sin los recaudos procesales correspondientes, por una amplia recopilación de datos en diversos registros (sobre todo de los distintos servicios de inteligencia), y, desde ya, por una prensa que no siempre es cauta respecto de la vida privada de los ciudadanos. De vez en cuando se hacen denuncias sobre la base de estas sospechas sin mayores resultados. En 1987 el gobierno del presidente Alfonsín envió al Congreso un proyecto de protección de las personas en materia de informatización de datos personales, tomando en cuenta la experiencia de las democracias consolidadas mencionada antes. El proyecto no recibió sanción parlamentaria.

En ocasión de una reforma de la Constitución nacional se debería extender explícitamente la protección de la correspondencia y los papeles privados a otros medios de comunicación –como las conversaciones telefónicas– y se deberían incorporar medios de protección –incluyendo el *habeas data*– contra registración arbitraria de datos personales.

§ 41. *El bien de la reunión y asociación con otros.* – Las dos exigencias centrales de una democracia liberal –el respeto de la autonomía de las personas y la participación en el proceso colectivo de discusión y toma de decisiones– requieren que haya oportunidades para que los individuos puedan reunirse y asociarse con otros. La idea de reunión implica el encuentro físico de varios individuos en un cierto ámbito relativamente circunscripto con determinada finalidad; la de asociación implica la de convergencia de varios individuos en una organización que establece un esquema de cooperación para alcanzar ciertos fines.

Tanto la reunión como la asociación son medios necesarios para que la autonomía de las personas pueda expandirse hacia formas de convivencia fraternal, que, como vimos en el apartado anterior, son frecuentemente echadas de menos en versiones clásicas del liberalismo pero que pueden, sin embargo, rescatarse bajo ciertas condiciones en el marco de un ideario liberal no deficitario. La formación misma de la capacidad de elección de planes de vida por parte de los individuos requiere una interacción física y asociacional con otros

individuos, que provea los elementos intelectuales y materiales que constituyen esa capacidad. De más está decir que la mayoría de los planes de vida de los seres humanos dependen, para su realización, de la cooperación e interacción con otros, como se advierte en la vida familiar y en las relaciones sexuales, en las prácticas religiosas, en el ejercicio de las vocaciones laborales, en los esparcimientos, en el deporte, en buena parte de las actividades artísticas, etcétera. El bien de la reunión y la asociación como componente básico de la autonomía de la persona es tan omnipresente que a veces pasa inadvertido.

Claro está que para materializar la autonomía de las personas, la reunión y la asociación deben ser, en general, voluntarias. Esto implica libertad de ingreso y de egreso al ámbito de la reunión o de la comunidad asociativa. Es esta voluntariedad lo que permite hacer compatibles –como vimos en el apartado anterior– las aspiraciones de confraternidad con el ideario liberal, y lo que distingue el enfoque liberal de las reuniones y asociaciones del punto de vista comunitario, que no pone igual énfasis en el carácter espontáneo de esas formas de interacción.

Sin embargo, la voluntariedad del ingreso y egreso a reuniones y asociaciones presenta algunas dificultades que no pueden ser soslayadas. En primer lugar, la libertad de ingresar parece presuponer tanto la facultad de entrar como la de no entrar en una reunión o asociación. Empero parece admisible limitar en muchos casos ese ingreso: hay reuniones y asociaciones que requieren del *affectio societatis*, o una confianza mutua, o cualidades determinadas, o compartir ciertos fines comunes, que hacen absolutamente plausible la exclusión de algunos candidatos. En realidad, los derechos de asociarse y reunirse tienen como contracara los de no asociarse y reunirse, lo que implica que los demás partícipes de una reunión o asociación deben tener la facultad de excluir a candidatos indeseables, aunque no se den las condiciones específicas mencionadas anteriormente. De modo que, en principio, los derechos de reunirse y asociarse incluyen la facultad de ingreso, sujeta a la condición de aceptación por parte de los partícipes de tal reunión o asociación. Esta facultad de exclusión de otros no es absoluta, puesto que, como veremos, al abordar el tema de la igualdad y la discriminación (ap. E), hay límites en la posibilidad de no confraternizar con otros, cuando ello coloca a esos otros en inferioridad de condiciones y cuando responde a diferenciaciones que no están explicitadas en los objetivos de la reunión o asociación.

La facultad de no ingreso a una asociación también puede tener sus límites. Por cierto que una asociación compulsiva sólo en beneficio de terceros infringe el principio de inviolabilidad de la persona,

y una asociación compulsiva para satisfacer "intereses" que se imputan al individuo más allá de su voluntad –como vimos en el caso del divorcio– es una política perfeccionista que viola el principio de autonomía personal. No obstante, también vimos que hay cierto margen estrecho para un paternalismo no perfeccionista, que tiende a satisfacer, contra las acciones u omisiones del individuo, intereses que él mismo percibe como tales y no solamente que se le adscribe sobre la base de un ideal presupuesto del bien que él no comparte. Tal cual se dijo, la posibilidad más clara de ejercer un paternalismo no perfeccionista está dada por situaciones que presentan problemas de coordinación, que se dan cuando un individuo sólo tendría razón para realizar una acción u omisión que lo beneficiaría o evitaría un perjuicio, si tuviera una expectativa fundada de que otros hicieran u omitieran cierto comportamiento, cosa que, a su vez, depende de que ellos tengan la expectativa de que el primer individuo ejecutará el comportamiento en cuestión. Esto se da, entre muchos otros casos, frente a alternativas de cooperación que requieren una asociación.

El ejemplo más claro de este paternalismo asociacional es el de la agremiación compulsiva: se puede suponer que contar con un gremio fuerte, que defienda los intereses de un sector laboral o profesional, es beneficioso para quienes pertenecen a ese sector. Pero lo más beneficioso de todo es que el gremio fuerte exista gracias a la colaboración de los demás y sin la colaboración de él mismo, ya que la situación de *free rider* ("colado") permite gozar de las ventajas que obtiene el gremio para el sector al que uno pertenece y del que uno –supongamos– no puede ser excluido, sin afrontar las cargas y contribuciones implicadas en la pertenencia al gremio. Como todos razonan de igual manera, el gremio no emerge o si lo hace es demasiado débil como para negociar en buenas condiciones. Dado que cada uno prevé que esto ocurrirá por las actitudes de los demás, sea que uno se afilie o no (ya que, supongamos, uno no tiene un poder de contribución o ejemplificación suficiente), es irracional asociarse, ya que lo peor que puede ocurrir es afiliarse –con las cargas y contribuciones consiguientes– a un gremio que no es lo suficientemente fuerte como para defender adecuadamente los intereses de uno. Esto refuerza la decisión de no afiliarse, y como uno sabe que los demás razonan igual, el refuerzo de esta actitud se expande, con lo que el gremio muere o no crece con suficiente fuerza.

Las únicas formas de salir de este tipo de situaciones dilemáticas es mediante actitudes altruistas y fraternales –que, paradójicamente, al no tomar en cuenta el autointerés terminan siendo perjudiciales para los propios intereses– o mediante la compulsión externa. Como las actitudes altruistas de los demás, ya que las de uno no bastan, no pueden generarse por un acto de voluntad de nosotros mismos, es a

veces racional preferir una intervención compulsiva en beneficio de nuestros intereses reales. Pero una asociación compulsiva únicamente es permisible bajo condiciones que no sólo garanticen que se dé genuinamente el problema de coordinación antes indicado –y que no sea una máscara de una política perfeccionista– sino también que aseguren un manejo asociativo democrático, pluralista y transparente.

Problemas similares se presentan respecto del derecho de egreso, que, por cierto, comprende también la facultad de egresar y la de no egresar. Con respecto de la primera, ya he dicho que el rasgo distintivo de las asociaciones en el marco de una sociedad liberal –aun cuando tales asociaciones tengan un carácter totalizador y pretendan así materializar alguna visión utópica– es el respeto de la facultad de egresar. Esto plantea algunas dificultades en casos como el de los niños. Si bien la facultad de egreso difícilmente pueda ejercerse hasta llegar a la edad de la razón, sin embargo, los niños deben ser preparados para estar en condiciones de ejercer esa facultad al adquirir plena autonomía. Como hemos visto en el parágrafo dedicado a la educación liberal (§ 38), ella debe llegar a niños que, por decisión de sus padres, están siendo educados en algún ideal del bien determinado, tanto más cuanto esa educación se hace en el contexto de alguna asociación totalizadora, lo que necesariamente implica menos posibilidades de contacto con otras alternativas de vida. También la facultad de egresar plantea problemas en casos en que hubieren compromisos voluntarios que precluyan tal egreso; dado el carácter gradual de la identidad personal (comentada cuando vimos el tema del aborto –en § 35, c–), esos casos de preclusión voluntaria de egreso deben reducirse al mínimo y tener, en todo caso, sólo validez temporal. En cuanto a la facultad de no egreso se plantea el problema del derecho de expulsión por parte de los demás miembros de la asociación; dada la inversión en tiempo, afecto y recursos que la pertenencia a una asociación puede significar para un individuo y la frustración consiguiente que su egreso compulsivo puede significar para su plan de vida, es especialmente importante que se respeten los recaudos de democracia, transparencia y justicia procesal en el ejercicio de ese derecho de expulsión.

Las oportunidades de reunión y asociación no son sólo relevantes, como se dijo, para el desarrollo de la autonomía personal sino también para el buen funcionamiento –en términos de su valor epistémico– del proceso de discusión y decisión democráticas. Cuáles son los desiderata en materia de expansión de esas oportunidades para la justificación defendida de la democracia, será tema del apartado siguiente, en lo que hace a las formas de actuación y mediación política. Aquí es importante señalar que las posibilidades de reunirse y de asociarse con otros son esenciales para el proceso de discusión

de ideas, propuestas, principios y de defensa de ellos en el plano de la decisión democrática. Aquí es donde el principio de tolerancia inherente al sistema democrático es puesto más a prueba, ya que lo que se percibe como aberrante, ofensivo o subversivo es más fácil de tolerar cuando proviene de un individuo aislado que cuando se origina en reuniones o asociaciones de muchas personas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (ley 23.313) establece el reconocimiento del derecho de reunión pacífica, previéndose que el ejercicio del derecho sólo podrá estar sujeto a restricciones, previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás. A su vez, el art. 22 de dicho Pacto establece el derecho de toda persona de asociarse libremente con otras y de fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses, previéndose iguales restricciones que para el derecho de reunión, con la adición de las que se pudieran establecer respecto de miembros de las fuerzas armadas y de seguridad; también se establece que las disposiciones de este Pacto no pueden justificar medidas legislativas para menoscabar las garantías de libertad sindical establecidas en el Convenio de 1948 de la Organización Internacional del Trabajo. El art. 23 protege a las familias y establece el libre consentimiento para celebrar matrimonios. El art. 8º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece igual derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, y el derecho de estos sindicatos a afiliarse a organizaciones mayores. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054) establece en su art. 15 el derecho de reunión pacífica y sin armas con iguales restricciones que las establecidas en las Convenciones antes mencionadas. Por su parte, el art. 16 de tal Convención establece el derecho de asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole, bajo las mismas condiciones establecidas en las Convenciones internacionales.

La protección del derecho de asociación en el art. 2º de la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas es repetida, con alguna variación, en el art. 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Él fue aplicado por la Corte Europea en el famoso caso "Young James & Webster v. Gran Bretaña" decidido el 26 de junio de 1981, en el que se juzgó la práctica del *closed shop* por el cual una empresa hace un acuerdo con uno o varios sindicatos que obliga a los trabajadores de la empresa a asociarse a él. Gran Bretaña alegó que la omisión en el art. 11 del párrafo del art. 2º del Pacto de las Naciones Unidas de una norma garantizando el derecho a no ser compelido a afiliarse a un sindicato muestra que el *closed*

shop no se intentó prohibir por la Convención Europea, lo que fue aceptado por la minoría. En cambio la mayoría sostuvo, sin pronunciarse genéricamente por la legitimidad del *closed shop*, que la amenaza de despido si no se producía la afiliación era un elemento lo suficientemente coactivo como para considerar violado el derecho de asociación.

Para tomar un ejemplo del tratamiento de estos derechos en un país europeo, el derecho de reunión está reconocido en el art. 21 de la Constitución española; este artículo ha sido aplicado por el Tribunal Supremo a casos como el fallado el 9 de julio de 1981, por su Sala 4ª, en la que se desestimó una prohibición del gobernador de Madrid de una manifestación organizada por el sindicato de policías, sosteniendo que la reglamentación invocada por la prohibición no puede ser interpretada en una forma tan literal y desorbitada como para anular un derecho constitucional. A su vez, el derecho de asociación está previsto en el art. 22 de la Constitución española. En un caso del 27 de octubre de 1981 el Tribunal Supremo, por la misma Sala, decidió que la obligatoriedad de la inscripción, en un registro público, de una asociación a los meros fines de la publicidad de los actos, no puede implicar un control de la legitimidad de los fines de la asociación, que sólo puede hacerse *a posteriori*.

En Estados Unidos, el derecho de reunión está garantizado por la enmienda I en relación a cualquier propósito lícito. La Suprema Corte sostuvo, ya desde "De Jonge v. Oregon"[217] que los Estados no pueden convertir en delito el reunirse pacíficamente; allí se sostuvo que la participación en una reunión del Partido Comunista no puede ser un delito, salvo que se abogue por la violencia. Del mismo modo se ha sostenido que quedan constitucionalmente cubiertos los derechos a hacer manifestaciones, marchas y organizar piquetes, en "Hague v. CIO"[218]. En cuanto al derecho de asociación éste fue claramente articulado en el caso "NAACP v. Alabama"[219], por una Corte unánime de la que fue vocero el famoso juez Harlan: allí la Corte sostuvo que el Estado de Alabama no podía obligar a una asociación para la promoción de la gente de color a revelar los nombres de sus miembros. Tomando en cuenta las represalias anteriores contra miembros de esa asociación, el derecho de reserva de ésta estaba relacionado, según la Corte, con sus fines legítimos. Para fundamentar su conclusión, la Corte enunció en forma clara el derecho de asociación diciendo que "la defensa efectiva de los puntos de vista público y privado es realzado por la asociación a grupos, como

[217] 299 US 353, 1937.

[218] 307 US 496, 1936.

[219] 357 US 449, 1958.

esta Corte ha notado más de una vez subrayando el vínculo estrecho entre los derechos de expresión y de reunión". Según John Nowak y otros, la Corte ha reconocido desde este caso tres aspectos diferentes del derecho de reunión: en primer lugar, existe el derecho de asociarse para obtener fines que no están conectados con garantías constitucionales, como los sindicales; en este caso puede haber restricciones razonables que están vinculadas con fines legítimos del Estado, como se decidió en "Railway Mail Association v. Corsi" [220] respecto de una ley estatal que prohibía a los sindicatos hacer exclusiones por razones de raza. El segundo aspecto del derecho de asociación es el que surge de la protección de la libertad bajo las cláusulas del debido proceso; en estos casos que cubren el derecho a la privacidad –como el derecho a escoger su cónyuge, según se estableció en "Loving v. Virginia" [221]– las leyes restrictivas están sujetas a un escrutinio más estricto. El tercer aspecto del derecho de asociación es el que se relaciona con actividades expresamente protegidas por la enmienda I, como la expresión de ideas o la reunión con otros. De acuerdo con Nowak, en algunos casos la Corte encuentra dificultades para clasificar a un caso en estas categorías de asociación; ello ocurrió, por ejemplo, en el caso "Roberts v. United States Jaycees" [222], en que el Tribunal convalidó el derecho de un Estado a prohibir a una rama estadual de una organización no lucrativa a excluir a las mujeres por su sexo; la Corte se expidió por unanimidad, pero los miembros difirieron en cuanto al fundamento de la protección.

El juez Brennan sostuvo que el derecho de las asociaciones a elegir miembros puede ser limitado, cuando no se trata de asociaciones íntimas, por fines importantes de los Estados como es el de combatir la discriminación. La jueza O'Connor sostuvo que ella sólo permite que el Estado restrinja la selección de miembros cuando la organización no está protegida por la enmienda I. Según la jurisprudencia de la Corte, las asociaciones forman un continuo, desde las menos protegidas, que se dedican a actividades comerciales, hasta las más protegidas, que tienen fines políticos, religiosos o estrictamente privados. En "Hishon v. King & Spalding" [223], el Tribunal sostuvo que una asociación de personas para la práctica de la abogacía no puede discriminar por razones de sexo. Sin embargo, las asociaciones para practicar la abogacía que están relacionadas con el avance de causas sociales, deben tener una protección más grande contra las regulaciones gubernamentales, como se decidió en

[220] 326 US 88, 1945.

[221] 388 US 1, 1967.

[222] 468 US 609, 1984.

[223] 467 US 69, 1984.

"NAACP v. Button"[224], cuando se invalidó una prohibición de la promoción callejera de servicios jurídicos en beneficio de la gente de color. Una universidad estatal no puede negar el reconocimiento de una asociación de estudiantes por sus antecedentes, según se decidió en "Healy v. James"[225]. También se mantuvo el derecho a no asociarse a un sindicato para poder trabajar, en "International Association of Machinists v. Street"[226] y el derecho a que el Colegio de Abogados al que uno está obligado a afiliarse para practicar la abogacía no defienda causas que uno no comparte, en "Lathrop v. Donohue"[227]. En "Abood v. Detroit Board of Education"[228] la Corte Suprema sostuvo que el Estado puede obligar a los afiliados a un sindicato a pagar contribuciones o servicios equivalentes cuando el dinero es gastado por el sindicato en negociaciones colectivas u otros fines laborales, pero no cuando lo es para apoyar a candidatos políticos o para expresar puntos de vista políticos que no están relacionados a sus deberes como exclusivo negociador laboral.

En oposición a la Constitución norteamericana, la nuestra reconoce explícitamente el derecho de asociación, en los arts. 14 y 14 *bis*, pero no el de reunión. El art. 14 prevé el derecho de "asociarse con fines útiles" y el art. 14 *bis* el de la "organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial". En cuanto al derecho de reunión, él debe ser obviamente inferido, como en realidad todos los demás, del art. 19, en lo que hace a la autonomía personal y del art. 33, en lo que hace a su conexión esencial con el "principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

En cuanto al derecho de reunión, él no ha sido protegido por la práctica judicial argentina con la firmeza que corresponde a su carácter central para la autonomía personal y para el correcto funcionamiento del sistema democrático. Por ejemplo, en el fallo "Comité Radical 'Acción'"[229] del 5 de noviembre de 1929 la Corte admitió la constitucionalidad de un edicto policial que prohibía, por razones de tráfico, la realización de un acto político, invocando las facultades reglamentarias que surgen de los arts. 14 y 28, sosteniendo que "si las facultades policiales de los poderes locales para velar por el orden, la tranquilidad, la moral y la higiene públicas han sido repetidamente reconocidas... no puede negarse a las autoridades del dis-

[224] 371 US 415, 1963.
[225] 408 US 169, 1972.
[226] 367 US 740, 1961.
[227] 367 US 820, 1961.
[228] 431 US 209, 1977.
[229] CSJN, *Fallos*, 156:81.

trito federal el derecho de tomar injerencia sobre las reuniones públicas en la posibilidad de dictar reglamentos generales o edictos... encaminados a llenar esos fines, siempre que sean razonables, uniformes y no impliquen un efectivo desconocimiento del derecho de reunión".

Esta línea autoritaria fue profundizada por la Corte Suprema en el fallo "María Elena Álvarez de Schuster"[230], del 10 de diciembre de 1941. En ese caso se trataba de una detención, practicada por un comisario de Buenos Aires, a once personas que se habían reunido en una biblioteca pública del Partido Comunista, sin pedir la autorización correspondiente. El jefe de Policía condenó a los detenidos a diversas penas por infracción del edicto de reuniones públicas; la sentencia fue confirmada en apelación por el juez correccional, quien rechazó la defensa de inconstitucionalidad del edicto policial alegada por una de las condenadas, sobre la base de la carencia de facultades para dictar edictos del jefe de Policía, la invasión de atribuciones legislativas y la violación del derecho de reunión, de acuerdo con los arts. 28, 29, 31, 33 y 67 de la Const. nacional. La Corte afirmó proposiciones como las siguientes: "Que el derecho de reunión presupone la existencia de una causa lícita como requisito indispensable para su ejercicio. No revestiría el señalado carácter legal, la actividad conjunta que contradijera las normas de la moral social o personal o la que intentara suprimir las libertades individuales aseguradas a los habitantes de la República por el Capítulo I de nuestra Carta Fundamental y sin cuyo ejercicio efectivo el hombre estaría inhabilitado para cumplir su misión terrenal; o, por último, la que conspirara contra la libertad política porque habiéndose otorgado ésta como único medio conocido de asegurar la libertad civil, a la larga, la desaparición de aquélla acarrearía el avasallamiento de la última... Que el art. 29 de la Const. nacional traduce bien la existencia de este último peligro, que nuestra historia documenta con una experiencia dolorosa, al consignar la implícita negación del derecho de reunión cuando tuviera por fin recomendar o proponer a la consideración de otros hombres cualquier sistema político mediante el cual la vida, el honor o la fortuna de los argentinos o de los extranjeros domiciliados en el país, llegara a quedar a merced de algún gobierno o persona. Para tal supuesto el derecho de reunión no puede existir, pues resultaría por de más contradictorio que aquél se emplease en destruir aquello mismo que con tanto esfuerzo y trabajo edificaron los constituyentes, amasando el sufrimiento y el esfuerzo de varias generaciones de argentinos. Carecería, en efecto, de fin lícito toda reunión cuya finalidad consistiera en

[230] *Fallos*, 191:390.

suplantar el régimen de libertad reglamentada, adoptado en la Ley Fundamental, por el que la dictadura o tiranía constituye su negación. Y del mismo modo que no se compadecería el derecho de petición con la amplitud de ejercicio que lo llevase hasta el punto de solicitar que el Congreso otorgara al Poder Ejecutivo la suma del poder público, tampoco sería admisible y legítima la reunión que a la larga se propusiera igual objeto... El expediente remitido por la policía al Tribunal, muestra que la mayoría de las personas detenidas en el local donde tenía lugar la reunión eran comunistas y extranjeros. Lógicamente tales personas, pasibles de expulsión por sus actividades disolventes, deben hallarse privadas del derecho de reunión, acordado para salvaguarda de las libertades argentinas y no para su aniquilamiento... Que en el presente caso la reunión tenía propósitos comunistas bien definidos... El alquiler de un local especial, la existencia de una comisión directiva... la concurrencia de varias personas que confiesan compartir el ideario comunista y el acatamiento de la pena policial por la mayoría de ellas, son otras tantas circunstancias que denotan bien a las claras que la reunión ha salido del campo de las simples especulaciones, para entrar en el terreno de la acción y de propaganda activa... El comunismo como idea es algo que ya no se discute en las deliberaciones de sus asambleas. Está perfectamente concretado en el propósito de arrasar con las instituciones que reposan en el respeto a la propiedad, a la familia, y a la libertad, para reemplazarlas por la dictadura del proletariado, como aspiración suprema... Que un partido que actúa con estas directivas, tiene lógicamente, dondequiera que se presenten sus afiliados organizados, que despertar desconfianza y sospechas y provocar la intervención vigilante de la autoridad que tiene la responsabilidad de conservar el orden público. En tales condiciones, no siendo lícito y legal el objeto de la reunión a que se refiere esta causa, el señor jefe de Policía estuvo autorizado para disolverla". Este voto fue suscripto por los jueces Repetto, Nazar Anchorena, Linares y Ramos Mejía. El juez Sagarna llegó a la misma conclusión con disidencia de fundamentos, sosteniendo que la legitimidad de la pena estaba basada en la omisión de dar aviso, no de pedir permiso, de la reunión, y en que la ideología comunista, en el mejor de los casos, sólo puede establecerse por una reforma de la Constitución que es inasequible a los extranjeros, como eran la mitad de los que habían asistido al acto.

Cuando en el capítulo I se sostuvo que la práctica constitucional argentina requiere una reconstrucción radical (ver ap. E, § 25), puesto que los episodios de represión como los que produjo la última dictadura militar no eran fenómenos patológicos ajenos a la práctica sino la resultante de tendencias autoritarias que se fueron progresivamente desarrollando en el seno de ella misma, tenía en

cuenta fallos como el que acabamos de ver. La intolerancia frente a una ideología ciertamente cuestionable a la luz de los principios del liberalismo que hemos analizado en el capítulo precedente (ap. F, § 29) hacían ver como peligrosa ¡a una reunión de once personas en una biblioteca! Durante sesenta años se fue desarrollando, en forma honesta o interesada, en sectores dominantes de la sociedad la creencia irracional de que estamos a punto de caer bajo una toma de poder comunista, lo que determinó, desde el progresivo desconocimiento de las libertades públicas –como lo muestra Waisman en un libro ya citado–[231] hasta el proteccionismo económico. Fallos como el ya citado "Álvarez de Schuster" constituyen un verdadero baldón para nuestra jurisprudencia constitucional, y deben ser absolutamente repudiados si es que queremos orientar la práctica de nuestra Constitución hacia un liberalismo pleno.

En otros fallos la Corte adoptó algunas posiciones un poco más moderadas. Por ejemplo, en el caso "Ateneo de Renacimiento Español"[232] del 17 de noviembre de 1941 la Corte declaró inconstitucional la imposición de penas por el jefe de Policía, a raíz de una reunión pública sobre la base de que, si bien la no reglamentación del derecho de reunión no podía dejar al Estado indefenso, "las reuniones no pueden prohibirse en razón de ideas, opiniones o doctrinas de sus promotores sino en razón de los fines con las que han sido convocadas. No siendo el fin de la reunión contrario a la Constitución nacional, a las leyes, a la moral, o a las buenas costumbres, o no siendo... peligrosas para el orden o la tranquilidad pública, no pueden ser prohibidas. Las ideas, doctrinas u opiniones están fuera del control de la policía".

En el caso "Campaña Popular pro defensa de la ley 1420" resuelto en 1947[233], la Corte sostuvo que era inconstitucional un edicto de 1945 que sólo autorizaba reuniones públicas para fines de conmemoración patriótica, y que una campaña para mantener una ley de la Nación no puede tener un fin ilícito.

A pesar de estos tímidos intentos de poner coto a los avances del poder público, la jurisprudencia concesiva de la Corte se mantuvo a lo largo de muchas décadas, sobre todo cuando –como ocurrió durante la mayor parte de tales décadas subsiguientes– estaba en vigor el estado de sitio para avalar las pretensiones de ese poder público avasallante. Esto se puede ejemplificar con otro lamentable precedente de la Corte Suprema, el caso "Antonio Sofía y otro"[234],

[231] Waisman, *The Reversal of Development in Argentina*.

[232] CSJN, *Fallos*, 191:197.

[233] CSJN, *Fallos*, 207:251.

[234] CSJN, *Fallos*, 243:504.

del 22 de mayo de 1959, en el que la mayoría integrada por los jueces Aráoz de Lamadrid, Oyhanarte, y con fundamentos independientes más moderados, Laplaza –con la disidencia honrosa de los jueces Orgaz y Boffi Boggero–, fueron hasta extremos inconcebibles, que analizaremos en el lugar apropiado, en la extensión otorgada al estado de sitio con tal de legitimar la prohibición policial de un acto que se proponía organizar, en un lugar cerrado, la Liga Argentina por los Derechos del Hombre para protestar por la situación imperante en el Paraguay.

Es de destacar que esta debilidad del derecho de reunión en nuestra jurisprudencia constitucional es, en realidad, una debilidad de la libertad de expresión –ya que la mayoría de las reuniones prohibidas son para expresar ideas políticas–, la que no se pone tan de manifiesto cuando se trata de la libertad de prensa, debido a que ella está más protegida por presiones de organismos nacionales e internacionales e intereses empresarios.

En cuanto al derecho de asociación, tampoco la jurisprudencia constitucional argentina ha sido lo suficientemente celosa en su protección. Por ejemplo, la Corte sostuvo en "Rosenblat"[235] fallado en 1934, que mientras la humanidad continúe políticamente dividida en Naciones, corresponde a cada una de ellas tutelar las instituciones políticas que se han dado y que resulten de su particular idiosincrasia, criterio que resultó confirmado en el caso "Arjones"[236]. En la decisión de "Sofía"[237], el Tribunal sostuvo que nuestros constituyentes quisieron que el sistema de gobierno por ellos organizado fuera capaz de autodefenderse y de asegurar su supervivencia; lo que fue reiterado en las decisiones de *Fallos*, 248:800 y 246:237[238], entre muchas otras decisiones. En el caso "Partido Obrero"[239] fallado en 1962 se confirmó la denegatoria de la personería a un partido político sobre la base de que "las técnicas universalmente empleadas por los partidos subversivos colocan a los jueces ante una disyuntiva estricta: o se atienen al programa ficticio que les es presentado con vistas a la obtención del reconocimiento, o en cambio, desentrañan el programa real y verdadero, aunque oculto, para basar en este último su pronunciamiento. En consecuencia, siempre que de acuerdo con una prueba objetiva e imparcialmente analizada, y con respecto al derecho de defensa, se tenga por acreditada la referida duplicidad programática, los jueces, a quienes les ha sido con-

[235] CSJN, *Fallos*, 171:103.
[236] CSJN, *Fallos*, 191:197.
[237] CSJN, *Fallos*, 243:504.
[238] CSJN, *Fallos*, 248:800 y 246:237.
[239] CSJN, *Fallos*, 253:133.

fiada la alta y delicada misión de resguardar, en este aspecto, la subsistencia del estado democrático, deben atenerse al programa que exprese la índole verdadera del partido peticionante, único modo de evitar que el control dispuesto por la ley se convierta en cosa fútil e inoperante. Por lo demás, esta Corte tiene declarado que la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva e impedir su ocultamiento ritual, reconoce base constitucional como exigencia del adecuado servicio de la justicia que garantiza el art. 18 de la Const. nacional (247:176). De autos surge que el Partido Obrero, ligado a la 'IV Internacional', tiene, como real y verdadero, un programa revolucionario fundamentado en la insurrección permanente e internacional".

Como se ve en esta jurisprudencia la Corte Suprema continúa con una actitud irracional de temor frente a un presunto –e irreal– peligro inminente para las instituciones democráticas y las libertades públicas, lo que en realidad ha tenido el efecto autofrustrante de crear, gracias a esa actitud generalizada de los sectores dominantes, incluyendo a los jueces, ese peligro: en primer lugar, porque las propias decisiones de los jueces y de los otros poderes del Estado han sido atentatorias contra las mismas instituciones y libertades que se alegaba defender; y, en segundo lugar porque (como vimos anteriormente –cap. I, ap. E–) les han restado legitimidad y credibilidad a tales estructuras de la democracia liberal, y por lo tanto, las han debilitado frente a opciones alternativas.

Respecto de asociaciones de índole compulsiva, como gremios, asociaciones empresarias y colegios profesionales, la jurisprudencia constitucional argentina ha sido oscilante. En el caso "Inchauspe"[240] fallado en 1944, el Tribunal aceptó la validez de la asociación compulsiva de ganaderos a la empresa "CAP" dado que el agravio del actor estaba limitado a la suma que se veía obligado a aportar, ya que la pertenencia a la entidad no le creaba otras obligaciones. La Corte cita al juez Holmes del Tribunal norteamericano para fundamentar que "el ulterior beneficio público puede justificar una comparativamente insignificante apropiación de la propiedad privada para lo que en su finalidad inmediata es un uso privado". La Corte agrega que "en el presente caso la agremiación obligatoria de los ganaderos no aparece como una imposición caprichosa o arbitraria del legislador, sino como el medio de salvaguardar sus intereses y también los de todos los habitantes del país afectados por la crisis de la ganadería". Pero muy poco tiempo después, la Corte Suprema, en el caso "Sogga"[241], fallado en 1945, decidió por mayoría que era

[240] CSJN, *Fallos*, 199:483.

[241] CSJN, *Fallos*, 203:100.

inconstitucional una ley provincial que impedía ejercer la profesión a los abogados que no fueran miembros del Colegio único creado por la misma ley. Los jueces Repetto y Ramos Mejía fundaron la inconstitucionalidad no sólo en el exceso de facultades provinciales sino también en la violación del derecho de asociarse libremente y el de trabajar del art. 14. Sostuvieron que "la libertad de asociarse sería ilusoria y hasta destruida, a poco que se generalizara el sistema de asociaciones oficiales por medios compulsivos, como condición para trabajar o ejercer cualquier otro derecho constitucional". El juez Nazar Anchorena concurrió con la mayoría pero sólo fundado en el exceso de facultades de las provincias. En cambio, los jueces Sagarna y Casares disintieron, sobre la base de que la reglamentación del ejercicio de la profesión es materia local, y es lícito un contralor superior de tal ejercicio. En el caso "Leguiza"[242] del 11 de marzo de 1966 la Corte sostuvo –respecto de un decreto que imponía la afiliación forzosa– que su inconstitucionalidad no es obvia, para lo que se remite a Corwin, y que, por lo tanto, no corresponde discutirla por vía de amparo. En cambio, una vez cambiada la composición del Tribunal, la Corte sostuvo en "Outon"[243] de marzo de 1967 que era inconstitucional un decreto reglamentario de la Bolsa de Trabajo Marítimo que exigía, como condición para obtener y conservar el empleo, un carné que otorgaba un solo sindicato. Sostuvo la Corte que la libertad de agremiación "comporta el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera o no afiliarse a ninguno" y que la "agremiación compulsiva no puede cohonestarse con supuestas razones de interés sindical y bien común. La organización sindical útil y justa... reclama una afiliación libre y consciente, que atienda sólo a la defensa del interés profesional, sin sujeción a un régimen de aceptación forzosa. La afiliación compulsiva frustra la libertad de agremiación y puede ser la base de un odioso sistema de sumisiones y preeminencias ilegítimas".

En el caso de la Comunidad Homosexual Argentina, antes citado, la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal también ha frustrado el derecho de asociación consagrado por la Constitución nacional, al no concederle a la asociación la correspondiente personería jurídica. No pueden alegarse para justificar esa frustración "los fines útiles" de que habla la Constitución o la exigencia legal de que la persona jurídica beneficie el "bien común"; según el sistema de derechos de la Constitución, organizado alrededor de la cláusula del art. 19, esos fines útiles y el bien común están dados por el ejercicio de la autonomía personal (por más que ese ejercicio sea

[242] CSJN, *Fallos*, 264:37.

[243] CSJN, *Fallos*, 267:215.

juzgado como autodegradante), en función de la cual se pretende adquirir tal personería.

La misma objeción merece la desafortunada confirmación de este fallo por parte de la Corte Suprema producida el 22 de noviembre de 1991. Aunque los votos mayoritarios repiten una y otra vez que la Administración tiene discrecionalidad para decidir razonablemente si debe darse o no personería jurídica en función del bien común, es obvio que excede el límite de lo razonable negar esa personería a un grupo que explícitamente procura combatir una discriminación que es evidente. No hay duda que la lucha contra todo tipo de discriminaciones es un aspecto central del bien común, con el que deben estar comprometidos la sociedad y el Estado. Una asociación que persigue esa meta está asumiendo por lo tanto parte de las funciones que ese Estado y esa sociedad deberían cumplir y no cumplen, y debe ser, por lo tanto, apoyada con un recurso público, como es el reconocimiento de la personería jurídica.

Para poner orden en estos criterios jurisprudenciales aparentemente contradictorios, deben tomarse en cuenta las consideraciones que se hicieron al comienzo de este parágrafo. La única limitación a la facultad de no asociarse, implícita en el derecho de asociación, está dada por un paternalismo legítimo para enfrentar situaciones de coordinación, en las que la única manera de proteger el interés real de cierto grupo de personas es mediante una agremiación compulsiva. Pero ello requiere, como se dijo, las mayores garantías de pluralismo, democracia interna de la organización, transparencia y limitación de los fines y actividades de la asociación a lo estrictamente necesario para defender los intereses protegidos, además de que tales condiciones estén verificadas a través de una ley del Congreso, todo lo cual no se da en muchos de los casos en los que tuvo que entender la Corte Suprema. Por otro lado, hay otras situaciones, como el control de la matrícula y del ejercicio profesional que no son verdaderos casos asociacionales –aunque por tradición se hable de "colegios"– sino de una mera delegación de una facultad del poder público a los mismos profesionales del ramo, lo que satisface una loable aspiración democrática sin entrar en absoluto en colisión con el derecho a asociarse, que aquí no está en cuestión.

En el caso de una reforma constitucional debería incorporarse el derecho de reunión, excluyéndose expresamente toda exigencia de permiso y admitiéndose sólo la necesidad de aviso en caso de reuniones multitudinarias en la vía pública.

D) Los bienes públicos, económicos y sociales

§ 42. *El derecho a bienes colectivos. El medio ambiente.* – La idea de fraternidad no sólo entra en el plano de los derechos a través

del bien de la asociación o reunión con otros sino también por la existencia de otros bienes que sólo se gozan colectivamente. Éstos son los llamados "bienes públicos" o "bienes colectivos" (algunos autores, como Raz[244], llaman bienes colectivos a aquellos que son necesariamente y no sólo contingentemente bienes públicos, pero aquí no necesitamos detenernos en estas sutilezas). Los bienes públicos son definidos por los economistas tomando en cuenta dos condiciones: *a*) son bienes, o sea estado de cosas, valiosos, que son gozados en forma no excluyente –o sea si algunos gozan de él todos los demás del grupo social relevante necesariamente gozan de él–, y *b*) su consumo no es competitivo, o sea el consumo por parte de unos no perjudica el consumo por parte de otros. Esto puede ser resumido, siguiendo a Robert Alexy[245], quien dice que los bienes colectivos tienen un carácter no distribucional; en sus palabras: "Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos si es conceptual, real, o legalmente imposible dividir el bien en partes y asignar porciones a los individuos". Por su parte, Raz[246] caracteriza a los bienes públicos tomando en cuenta el hecho de que la distribución de sus beneficios no puede ser controlada por nadie sino por sus potenciales beneficiarios. Los ejemplos de bienes públicos o colectivos que se suelen mencionar son: la defensa nacional, las instituciones democráticas, el suministro de agua potable, y sobre todo, un medio ambiente sano y equilibrado.

Sostiene Raz que los bienes públicos o colectivos no son objeto de derechos y en ello se apoya para atacar al individualismo moral; su tren de pensamiento es el siguiente, sucintamente expuesto: los derechos individuales dependen del valor de la autonomía, pero la autonomía no puede ejercerse en plenitud sin ciertos bienes colectivos, como la existencia de una actividad profesional institucionalizada o la existencia de un ambiente urbano agradable y cultivado; no hay derechos individuales a tales bienes porque no hay un deber de nadie a proveerle fundado en el interés de cada persona individual; tampoco hay un derecho colectivo a tales bienes, puesto que los derechos colectivos se tienen como miembros de un grupo, cosa que no ocurre en casos como el medio ambiente sano. Sin embargo, esta argumentación tiene varios pasos discutibles que hacen dudar de la conclusión en contra de la existencia de derechos a bienes colectivos: como se dijo al comienzo de este capítulo, un derecho no requiere un deber correlativo sino que es el fundamento para establecer deberes; requiere que un estado de cosas deba ser alcanzado, lo

[244] Raz, *The Morality of Freedom*.

[245] Alexy, Robert, *Individual Rights and Collective Goods*, inédito.

[246] Raz, *The Morality of Freedom*, p. 198.

que no es lo mismo que alguien en especial tenga el deber de hacerlo. Por otra parte, no es claro por qué no puede haber derechos colectivos que no dependan de la pertenencia a un grupo en especial; precisamente uno está tentado a decir que cualquier persona tiene derecho a un medio ambiente saludable, independientemente del grupo al que pertenezca. Creo que la idea de derechos colectivos es particularmente útil para encarar problemas como el del medio ambiente, sin que ello implique abrazar ideas antiindividualistas, en primer lugar, porque, como reconoce el mismo Raz, siempre los intereses protegidos por los derechos colectivos son intereses individuales, beneficios o daños que afectan a personas distintas y separadas (como el cáncer que puede sufrir un individuo por consecuencia de la contaminación ambiental); y, en segundo lugar, porque hay un derecho individual a ser miembro de la clase –que puede ser la clase universal– que tiene el derecho colectivo.

Esto implica una concepción diferente de bienes colectivos como el medio ambiente que la que defienden muchos ecologistas: el medio ambiente es valioso no en sí mismo sino por su contribución a la vida de las personas morales; lo que no quiere decir que sea un mero instrumento para tales personas: como argumenta Raz, es parte constitutiva de lo que constituye una vida valiosa de acuerdo con muchos ideales personales.

Los bienes públicos o colectivos plantean lo que Garrett Hardin ha llamado gráficamente "la tragedia del ejido público"[247], o sea situaciones en los que todos se perjudican por perseguir racionalmente el autointerés. Estas situaciones son de dos tipos, que corresponden a lo que los economistas llaman "externalidades positivas y negativas": la primera se ilustra (modificando el ejemplo de Hardin que no es válido para este contraste) con la visión de un ejido común mantenido de modo estéticamente atractivo, gracias a los cuidados de jardinería de los vecinos; cada uno puede pensar que su abstención de contribución al mantenimiento del ejido no tiene un efecto significativo al deterioro de aquél, de tal modo que compense el esfuerzo que implica ocuparse del ejido; como todos piensan de igual modo, el ejido termina deteriorándose. La segunda situación se puede ejemplificar con la acción de arrojar basura al ejido; cada uno piensa que la conveniencia que obtiene tirando basura compensa el perjuicio que sufre como consecuencia de su propia basura arrojada al ejido, ya que la basura de los demás inevitablemente la tendrá que sufrir.

Como veremos cuando hablemos del mercado, las externalidades no pueden ser corregidas solamente por el funcionamiento de

[247] Hardin, Garrett, *The Tragedy of the Commons*, p. 198.

éste ya que distorsionan ese funcionamiento: las externalidades positivas, o sea el problema del "colado" que se beneficia del esfuerzo de los demás sin que se lo pueda excluir de los beneficios, implica un exceso de demanda que fracasa en crear la oferta suficiente para satisfacerla, mientras que las externalidades negativas implican un exceso de oferta que no es absorbida por la demanda correspondiente.

Los economistas y juristas han pensado en varias reglas para "internalizar" las externalidades, como las que se producen con la contaminación del medio ambiente, evitando así los problemas de justicia y eficiencia consiguiente. Autores como Michelman[248] y sobre todo Calabresi y Melamed[249] prevén estas posibles regulaciones para lidiar con una situación de conflicto entre un propietario contaminante del medio ambiente y los vecinos perjudicados: *a*) que el propietario pueda ser impedido de contaminar por una acción de los vecinos, lo que éste podría impedir o no, de acuerdo con la subregla, comprándoles el derecho a no ser contaminados; *b*) que el propietario pueda contaminar pero pagándole la indemnización correspondiente a los vecinos; *c*) que los vecinos puedan impedir al propietario que contamine pero pagándole una indemnización, y *d*) que el propietario pueda contaminar sin pagar indemnización, en cuyo caso los vecinos le deberían comprar el derecho a contaminar si quieren no verse contaminados. El trabajo de estos autores es un fino análisis de la conveniencia de tener una u otra de estas reglas, según los valores de justicia distributiva y de eficiencia, y según haya o no costos de transacción (p.ej., según el famoso teorema de Coase, se concluye que, desde el punto de vista de la eficiencia, las reglas *a* y *d* son equivalentes, en ausencia de costos de transacción, ya que las partes buscarán por transacciones privadas el arreglo más eficiente).

La determinación de cuál de estas reglas es más justa y eficiente en una situación dada, lo que sin duda debe hacerse por vía legislativa, requiere un reconocimiento previo de los respectivos bienes colectivos, sobre todo el de bienes no suficientemente tomados en cuenta por los ordenamientos jurídicos como es el de un medio ambiente sano y un sistema ecológico equilibrado. Esto ha sido objeto de normas internacionales y de normas constitucionales en distintos ámbitos.

En el documento elaborado en 1980 por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, con la colaboración de entidades como la UNESCO y la FAO, que se denomina "Estrategia

[248] Michelman, Frank, *Pollution as a Tort*, en "Yale Law Journal", vol. 647, p. 1971.

[249] Calabresi, Guido - Melamed, A. Douglas, *Property Rules. Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral.*

Mundial de Conservación", se fijan tres objetivos principales de conservación de recursos vivos: *a*) mantener los procesos ecológicos esenciales y los sistemas vitales de los cuales dependen la supervivencia y el desarrollo humano; *b*) preservar la diversidad genética, los programas de cría y mejoramiento de plantas y animales, y *c*) asegurar el aprovechamiento sostenido de las especies y de los ecosistemas.

La Constitución de España establece en su art. 45.1 que "todos tienen el derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo". La Constitución de Portugal establece en su art. 66.1 que "todos tienen el derecho a un ambiente humano saludable y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo". A su vez el inc. 3º del mismo artículo concede a todos el derecho a promover, en los términos de la ley, la prevención o cesación de factores de degradación del medio ambiente. La Constitución de Holanda de 1983 establece en su art. 21 que "las autoridades tienen la obligación de mantener el país en condiciones habitables y mejorar el medio ambiente".

En Estados Unidos se ha establecido un organismo de protección ambiental, el *Environmental Protection Agency* que tiene poder para aplicar leyes como la ley federal de contaminación de las aguas, de 1972, poder que ha sido reconocido al Congreso federal por la Cámara Federal del Circuito Sexto sobre la base de la cláusula del comercio interestatal[250] (ver "United States v. Ashland Oil and Transportation Co.").

Para dar dos ejemplos de modernas constituciones latinoamericanas: el art. 123 de la Constitución del Perú establece que "todos tienen el derecho de habitar en un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente". Por su parte la Constitución de Brasil contiene un extenso artículo –el 225– que establece que todos tienen derecho a un medio ambiente equilibrado para el uso común de la gente y esencial para una calidad de vida saludable, correspondiendo al poder público y a la sociedad colectiva el deber de defenderlo y preservarlo. Se definen deberes específicos del Estado federal, de los provinciales y de los particulares respecto del ambiente, y se establecen normas sobre la región del Amazonas, plantas nucleares, etcétera.

En la Argentina hay una evidente carencia de normas de reconocimiento de bienes colectivos, como el medio ambiente, y de esti-

[250] 504 F. 2d. 1317, 1974.

pulación de deberes específicos de preservación, frente a un deterioro creciente del sistema ecológico y de la cualidad estética del ambiente natural, paralelo a la crisis económica y al salvajismo de la competencia económica.

Cierta preocupación se advierte en algunos niveles, como en las recientes constituciones provinciales. Es notable en este sentido, la Constitución de Córdoba, en cuyo art. 66 se establece el derecho de toda persona de vivir en un medio ambiente sano, y se establecen deberes del Estado provincial para preservar el equilibrio ecológico, para compatibilizar el desarrollo de la provincia con la preservación del medio ambiente, para asegurar una urbanización armónica, y para elevar la calidad de vida de los asentamientos humanos mediante la asignación de recursos suficientes. Dada la urgencia de otros derechos más básicos que no son suficientemente reconocidos, en el país todavía no se ha formado una conciencia respecto de estos bienes colectivos.

Es evidente que en una eventual reforma constitucional es imperativo incluir el derecho a bienes colectivos, especialmente el medio ambiente, siguiendo los lineamientos de otros ámbitos, especialmente los de las más modernas constituciones latinoamericanas y de las últimas reformas constitucionales realizadas en las provincias argentinas.

§ 43. ***Derechos económicos.*** – La actividad económica es, como es obvio, un aspecto central de la vida de los individuos y de las organizaciones sociales. Todo lo que hace a la producción, control e intercambio de recursos es objeto de grandes afanes y permanentes luchas.

De los tres aspectos de la actividad económica que acabo de mencionar, hay dos –el del control y el del intercambio de recursos– que tienen un carácter mas básico que el tercero, ya que según sea el sistema de producción de recursos adoptado por una sociedad, serán los procedimientos de control e intercambio de recursos a adoptar. En cambio, los procedimientos de control e intercambio de recursos tienen, como luego veremos, una relativa independencia mutua. Por lo tanto, en la breve discusión siguiente sobre los derechos económicos vamos a ver separadamente los dos componentes más básicos del sistema económico que una sociedad puede adoptar: el subsistema de control de recursos y el subsistema de intercambio de recursos.

a) *Subsistema de control de recursos.* Este subsistema se organiza alrededor de diversos regímenes de propiedad. El concepto de propiedad suele identificarse con la propiedad privada y a ésta con el aglomerado de derechos que Honoré identifica con la noción

de propiedad plena o "liberal"[251]. Pero la propiedad de un ente puede no sólo ser privada o individual sino también colectiva o comunal, y como el mismo Honoré aclara, aun en el caso de la propiedad privada puede haber sistemas que asignen a los individuos menores facultades de control sobre ciertas cosas que las que están comprendidas en el concepto de propiedad plena.

De cualquier modo conviene comenzar por esta noción de propiedad privada plena a los efectos de la discusión sobre su justificación y recordar, con Honoré, que los casos centrales de ella comprenden los siguientes derechos: *1*) el derecho de poseer, en el sentido de tener control físico exclusivo sobre una cosa; *2*) el derecho de uso, que incluye el goce personal de la cosa; *3*) el derecho de dirección, que es el derecho de decidir cómo y por quién una cosa debe ser usada; *4*) el derecho a la utilidad, o sea el derecho a los beneficios resultantes de renunciar al uso personal de la cosa y de autorizar a otros a que hagan uso de ella; *5*) el derecho al capital, que es el derecho de enajenar la cosa y a consumirla, malgastarla, modificarla o destruirla; *6*) el derecho a la seguridad, o sea la inmunidad contra la expropiación; *7*) la ausencia de término, o sea la duración indeterminada de los derechos de propiedad; *8*) la prohibición de uso perjudicial de la cosa; *9*) la sujeción a ejecución, o sea la sujeción a que la cosa sea secuestrada y rematada para pagar deudas, y *10*) la existencia de reglas que gobiernen la reversión de los derechos de propiedad que cesan. Waldrom[252] critica la inclusión del aspecto *8* en la caracterización del concepto de propiedad plena ya que sostiene, con razón, que más que un elemento de esa propiedad se trata de una limitación que parece razonable imponer a ella. Lo mismo ocurre en realidad con los aspectos *9* y *10*; se puede concebir la existencia de un sistema de propiedad plena sin esos elementos. Por cierto que la propiedad privada se puede ejercer no sólo sobre bienes materiales, sino también sobre ideas, descubrimientos, etc., aunque en este caso se suele admitir un régimen diferente de propiedad, generalmente menos pleno.

Con esta caracterización de la noción de propiedad privada plena es posible encarar la ardua tarea de discutir sus posibles justificaciones. Becker[253] afirma que la misma discusión de tales justificaciones y sus límites solía ser riesgosa; el tiempo pasado es menos aplicable a zonas del planeta de menor desarrollo político y académico, en las que es fácil comprobar que la susceptibilidad que provo-

[251] Honoré, A. M., *Ownership*, en Guest (comp.), "Oxford Essays in Jurisprudence".

[252] Waldrom, Jeremy, *The Right to Private Property*.

[253] Becker, Lawrence, *Property Rights: Philosophic Foundations*.

ca la discusión del tema es inconmesurablemente mayor que la de cualquier otro derecho, incluyendo los de la vida y la integridad corporal. Las connotaciones emotivas que rodean a la deliberación sobre la legitimidad del derecho de propiedad han servido para oscurecer el hecho de que hay varias razones, y no sólo una, que convergen en la justificación de este derecho, pero todas ellas implican limitaciones importantes a sus alcances.

Autores como Becker, Waldrom y Ryan[254] han analizado cuidadosamente las diversas justificaciones de la propiedad que se han propuesto a lo largo de la historia. Las teorías principales que estos autores distinguen son las de la primera ocupación, la de la adquisición a través del trabajo, la utilitarista, la de la autorrealización, y las que asocian la propiedad con la libertad política. Ryan diferencia estas teorías según exhiban un enfoque instrumentalista, que justifican la propiedad como un medio que no es en sí mismo relevante para el bien de una persona, pero que bajo determinadas circunstancias es necesario para alcanzar ciertos fines, o un enfoque de "auto desarrollo", que supone que hay una relación intrínseca entre la personalidad y el trabajo y entre el trabajo y lo que uno se apropia a través de él. Waldrom, por su parte, propone una diferenciación sumamente relevante entre las justificaciones de la propiedad: algunas de ellas apoyan un derecho especial o condicional de propiedad, o sea dan razones para considerar legítima la propiedad de cierto bien si se han dado ciertos hechos, pero no razones por las cuales esos hechos deben darse y la gente convertirse en propietaria; en cambio, otras teorías justificatorias de la propiedad endosan en realidad un derecho general e incondicional de propiedad, de modo que proveen razones para justificar que todas las personas morales o la mayor cantidad posible de ellas se conviertan en propietarias. Por cierto, que cada una de estas clases de justificaciones implican limitaciones diferentes al derecho de propiedad.

Según Becker, el argumento justificatorio de la propiedad basado en la primera ocupación requiere estas condiciones para ser operativo: *1*) la cosa ocupada no tiene dueño; *2*) la ocupación es en un sentido relevante real por oposición meramente intencional o declaratoria; *3*) el concepto de ocupación real define con razonable claridad qué extensión de la cosa puede ser ocupada, y *4*) el ocupante pretende no más que una parte de la cosa tal como es definida en la condición anterior. La primera condición plantea el problema de si hay realmente cosas que no son de propiedad de nadie, o si las que no tienen un propietario particular son de propiedad de todos, en

[254] Becker, Lawrence - Waldrom, Jeremy - Ryan, Alan, *Property and Political Theory*.

cuyo caso surge la dificultad de si es posible que alguien se apropie de ellas sin el permiso de todos. La segunda condición plantea el problema de que, si bien la ocupación para dar título a la apropiación requiere una intención de apropiación, esa intención no es suficiente sino que requiere una ocupación física efectiva; pero no es claro qué tipo de contacto físico con la cosa es relevante para dar lugar a la apropiación. Según Becker, si se tuviera un concepto razonable de ocupación efectiva también se satisfarían las dos restantes condiciones. Este autor cree, sin embargo, que los argumentos que justifican la propiedad sobre la base de la primera ocupación, o bien son defectuosos o son reducibles a otras líneas justificatorias o deben ser objeto de mayores desarrollos; uno de esos argumentos es el de Kant, y se funda en que si el acto de apropiación no causa daño a nadie, y que si el uso por parte de otro de la cosa dañaría al apropiante, es erróneo privar al apropiante de la cosa; pero, que del acto de apropiación no dañe a nadie no se infiere un derecho a la posesión permanente, uso, usufructo, etc., y si no hay tal derecho no hay un daño ilegítimo en su desconocimiento. El segundo argumento se debe a Hegel –el que se adiciona al que veremos separadamente– y consiste en sostener que la persona necesita trasladar su libertad al mundo externo para que tal libertad exista como idea y que muchos fines de los hombres consisten en poner su voluntad en las cosas. Esa voluntad debe prevalecer, puesto que las cosas no tienen fines en sí mismas sino que tienen los fines que los hombres les otorgan; pero, de acuerdo con Becker, este argumento tiene el mismo defecto que el argumento de Kant, ya que sólo justifica el acto de apropiarse pero no el de conservar y usufructuar la cosa apropiada. Otros argumentos, como el de la corrección de apropiarse de lo que uno ha trabajado son reducibles a otras líneas justificatorias que luego mencionaremos. Finalmente, sostiene Becker que lo más promisorio de esta argumentación está dado por su carácter subsidiario para establecer específicamente quién posee qué cosa una vez que la justificación de la propiedad esté establecida por otros argumentos.

La segunda línea de justificación de la propiedad privada que ha tenido un enorme poder y difusión en la historia de la filosofía y de la práctica política, está dada por la teoría de la adquisición a través del trabajo, la que parte de la idea intuitiva de que uno tiene derecho a la propiedad de lo que ha creado con el esfuerzo, la iniciativa y la inteligencia. El filósofo que más ha contribuido para articular esta teoría ha sido John Locke. De acuerdo con Becker, la estructura *standard* más frecuentemente citada del argumento de Locke es la siguiente: *1*) cada uno tiene la propiedad de sí mismo y de su cuerpo y nadie es propietario de otros; *2*) cada uno es propietario del mismo modo del trabajo de su cuerpo; *3*) cuando uno, a través de su trabajo cambia una cosa de su estado natural, mezcla esa cosa con

su trabajo; *4*) por lo tanto dada la imposibilidad de escindir la cosa del trabajo invertido en ella, uno se hace propietario de la cosa, y *5*) ello es así en tanto y en cuanto haya cosas en cantidad y calidad suficientes dejadas para el consumo de los demás, en tanto y en cuanto lo que uno toma no es más de lo que puede usar. Por supuesto que el problema de esta justificación de la propiedad está dado por las premisas *3* y *4* ya que, como Nozick ha preguntado[255] ¿por qué del hecho de que yo mezclo inescindiblemente algo mío con algo que no es mío debe inferirse que gano lo que no es mío y no que pierdo lo que es mío? (si yo tiro un frasco de pintura de mi propiedad al Océano Atlántico no gano la propiedad del mar, pierdo la propiedad de la pintura). Locke mismo, según Becker, advertía la debilidad de tales premisas y agregaba permanentemente premisas adicionales para fortalecerlas, como la de que lo que el hombre pone con su trabajo agrega más valor a la cosa que el valor dado por sus propiedades naturales, o la de que dado que el trabajo es algo no placentero uno sólo lo hace esperando los beneficios de ese trabajo, por lo que sería injusto privar a la gente de esos beneficios esperados. Sin embargo, se han levantado multitud de objeciones a los diferentes pasos de esta estructura argumental, como, por ejemplo, que las premisas de que nadie más que uno es propietario de uno mismo y de su cuerpo y de que uno es propietario del producto del trabajo de su cuerpo entran en contradicción en el caso de la procreación de hijos (según la primera premisa, sólo los hijos son propietarios de sí mismos; según la segunda premisa, los padres son propietarios de sus hijos); que no está justificado el paso de la propiedad del trabajo a la propiedad del producto del trabajo; que este argumento no justifica que no sean los obreros que trabajan para cierto propietario de los medios de producción y de las materias primas los que se apropien, en lugar del dueño del capital para quien trabajan, de las cosas producidas. Al final del día y una vez que estas objeciones y las correspondientes réplicas han sido ponderadas, del argumento de Locke parece poder preservarse dos líneas justificatorias de la propiedad diferentes: por un lado, una justificación utilitarista –que enseguida analizaremos– según la cual es socialmente beneficioso permitir que a quien ha realizado un trabajo generalmente desagradable, agregando más valor a una cosa con la expectativa de apropiarse de esa cosa, le sea permitido esa apropiación. La segunda línea justificatoria es rescatada por Becker y sostiene que quien ha realizado un trabajo no placentero agregando valor a una cosa con la expectativa de apropiarse de ella, merece esa apropiación, en proporción al valor agregado y siempre y cuando los demás tengan las mismas opor-

[255] Nozick, *Anarchy. State and Utopia*, p. 174.

tunidades. Claro está que la validez de esta línea argumental depende de que se acepten principios de merecimiento como principios primitivos de justicia y no como meras derivaciones institucionales; al igual que Rawls (aunque este autor es incoherente en el caso de la pena[256], ya que acepta una concepción retributiva), tengo graves dudas de si la aceptación de tales principios retributivos es consistente con exigencias de una concepción liberal de moralidad social, dada su exclusión de valoraciones de carácter y su reconocimiento del componente social en diversos aspectos de la personalidad que van más allá de las decisiones de los individuos. Antes de concluir esta breve referencia al famoso argumento lockeano es bueno subrayar la importancia de que, tanto él como quien ha revitalizado contemporáneamente el argumento, Nozick[257], dan a la satisfacción de la famosa "cláusula" de esta línea justificatoria, en el sentido de que para que el trabajo dé lugar a la apropiación de la cosa trabajada debe quedar lo suficiente, en cantidad y en calidad, para que los demás puedan hacer lo propio (aunque Nozick defiende sólo una versión "débil" de este argumento según la cual esta exigencia se interpreta como disponiendo que no se empeore la situación de los demás).

A los argumentos que acabamos de ver para justificar especialmente la apropiación originaria, algunos autores adicionan fundamentos tendientes a justificar la propiedad derivada. Nozick defiende la justificación de las transferencias de la propiedad sobre la base del consentimiento. Su argumento, como se sabe, está basado en un ejemplo que se hizo famoso sobre el basquetbolista Wilt Chamberlain: si cincuenta mil personas desean verlo actuar pagando un dólar cada uno, interferir en la apropiación de Chamberlain de los cincuenta mil dólares resultantes es en última instancia, frustrar la voluntad y la autonomía de las cincuenta mil personas que han consentido en ceder parte de su propiedad para verlo jugar. Sin embargo, el argumento prueba menos de lo que parece, ya que lo que es seguro es que esas personas han consentido, como condición para ver a Chamberlain, desprenderse de un dólar cada una; puede ser que, por lo menos algunos, hayan consentido en que Chamberlain reciba ese dólar, pero lo que no es cierto es que hayan consentido –y tampoco que puedan consentir– que Chamberlain conserve ese dólar con todas las facultades de la propiedad, que es lo que hay que justificar para fundamentar una propiedad derivada plena.

Los argumentos utilitaristas en defensa de la propiedad tienen una forma tradicional y una formulación económica. La presenta-

[256] Rawls, *A Theory of Justice*,

[257] Nozick, *Anarchy. State and Utopia*.

ción tradicional arguye que para que los seres humanos alcancen grados aceptables de felicidad deben existir algunas instituciones sociales basadas en reglas, y que entre tales instituciones debe estar la de la propiedad, puesto que la gente necesita adquirir, poseer, usar y consumir cosas para alcanzar grados razonables de felicidad y que ello requiere seguridad en la adquisición y posesión de cosas apoyada en la coacción estatal y en el control de las adquisiciones y transferencias. Antes de considerar cualquier otra objeción, lo que más resalta de esta forma de argumento es su imprecisión debida a la dificultad de manejar el concepto de felicidad y de hacer comparaciones interpersonales. Esto ha motivado la presentación del argumento en su formulación económica: él presupone una concepción del valor dada por la voluntad de pagar por algo y sostiene, por ejemplo, en la versión de Posner[258], que la existencia de propiedad privada sobre cosas maximiza la satisfacción de preferencias, dado que reduce las externalidades negativas –costos provocados por acciones de terceros– en comparación con las que habría en un sistema en el que, al no haber propiedad privada, las transacciones estarían dominadas por presiones, amenazas, engaños, etcétera. Además de este argumento económico general en favor del derecho de propiedad, hay –como dice, Becker–, argumentos económicos a favor de ciertas adjudicaciones y distribuciones de propiedad, tomando en cuenta el criterio de eficiencia de Pareto, o sea, en qué medida una distribución o adjudicación diferente a la presente beneficiaría a alguien sin perjudicar a ninguno, o tomando en cuenta la voluntad de algunos individuos de pagar por una adjudicación diferente.

Esta justificación utilitaria, tanto en la versión tradicional como en la económica, ha motivado amplias discusiones: se ha objetado que ella no toma en cuenta consideraciones de justicia e igualdad involucradas en la distribución de bienes más allá de la maximización agregativa de utilidades; que ella defiende tácitamente la distribución producida en el *statu quo* a través de un criterio de eficiencia como el de Pareto; que las consideraciones empíricas a las que se debe acudir para determinar la maximización de la utilidad o la eficiencia, difícilmente apoyarán un derecho de propiedad privada pleno –como surge de trabajos famosos como el de Calabresi y Melamed[259], que arroja luz sobre el hecho de que los diversos títulos a una cosa pueden ser protegidos no sólo por reglas de propiedad sino también por reglas de responsabilidad civil y por reglas de inalienabilidad, y que la elección de una y otra regla para diferentes situacio-

[258] Posner, Richard, *The Economic Analysis of Law*, cap. 2.

[259] Calabresi - Melamed, *Property Rules. Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, en "Harward Law Review", 1972, vol. 85, p. 1089.

nes está determinada por el balance entre el principio de eficiencia paretiana y el principio de equidad–, etcétera.

Según Waldrom la teoría de la propiedad que propone Hegel es una teoría basada en el desarrollo de la personalidad. Los individuos, según este filósofo, no nacen preparados para participar en la comunidad ética en la que los derechos y los fines colectivos convergen sino que deben crecer para esa preparación. Ese crecimiento hacia la libertad y la individualidad necesita del acceso a la propiedad individual. Para Hegel, los individuos –como personas morales– deben autoconcebirse como seres cuya voluntad está abstraída de sus necesidades e impulsos, pero ello requiere corporizar esa voluntad en cosas exteriores para que tal autoconcepción no sea meramente subjetiva sino que se vuelva real. De este modo, la noción de desarrollo ético de la personalidad involucra una transición desde el mundo subjetivo interno al mundo externo, y ello hace necesaria la propiedad, puesto que la voluntad libre debe corporizarse en algo externo para ser real. Como dice Waldrom, Hegel piensa que sólo trabajando en un objeto, usándolo y controlándolo, un individuo confiere a su voluntad una estabilidad y madurez que no tendría de otra forma, ubicándose de este modo en una comunidad ética de tales voluntades. Esto implica, de acuerdo con Waldrom, que Hegel debería tener una mayor preocupación hacia la pobreza que la que demostraba, puesto que el hombre sin propiedad no sólo vería sus necesidades insatisfechas sino que no podría liberar y objetivar su voluntad, fracasando en su desarrollo como persona moral. Waldrom sugiere que esto es la consecuencia natural de este tipo de argumentos en favor de un derecho general de propiedad, que necesariamente implican una limitación de la propiedad para permitir que todos sean propietarios. Por su parte Ryan[260] también hace notar que esta argumentación hegeliana no fundamenta una forma especial de propiedad, aunque sí un tipo de propiedad que permite que una cosa sea lo suficientemente "mía" para expresarme a través de ella (p.ej., haciendo con ella un regalo a un amigo).

También se han formulado argumentos en favor de la propiedad privada sobre la base de su vinculación con la libertad política. Se arguye que un sistema de propiedad privada implica una descentralización muy importante del poder efectivo existente en la sociedad, lo que tiene un gran valor para la preservación de la democracia y las libertades públicas, cosa que no ocurre con un sistema de propiedad pública que se presta más fácilmente a que no haya contrapesos desde la sociedad a intentos autoritarios de toma de poder. Alternativamente también se puede alegar, como se hace eco

[260] Becker - Waldrom - Ryan, *Property and Political Theory*, p. 131.

Becker[261], que dada la tendencia natural de la gente a adquirir propiedad, el intento de contrarrestar esa tendencia se presta a abusar contra las libertades de los individuos. Sin embargo, estos argumentos son de índole consecuencialista y presuponen hipótesis empíricas que bien pueden tener algunas implicaciones de signo contrario: por un lado se puede sostener que la concentración de propiedad privada en pocas manos, como ocurre en muchas sociedades subdesarrolladas, también se presta a abusos autoritarios, sean presiones indirectas de estos grupos a través de su acción en el mercado o a través de su influencia en la opinión pública por su acceso a medios de comunicación, o más directamente por medio de su control de un gobierno títere, al que pueden corromper. Con respecto al segundo argumento, también éste se presta a una réplica similar de tipo *boomerang*, ya que la propiedad privada concentrada en pocas manos bien puede provocar movimientos sociales, determinados por resentimiento o intentos de una mayor igualación, que sólo a través de medios coactivos cada vez más autoritarios pueden ser contrarrestados.

Si bien todos los argumentos anteriores tienen debilidades obvias, se puede fundamentar la propiedad individual, sobre todo de los bienes de uso, en una combinación de varios de ellos que los fortalezca mutuamente. En primer término, los argumentos consecuencialistas son importantes si tomamos en cuenta la posibilidad de que, bajo ciertas condiciones, el reconocimiento de la propiedad individual de algunos recursos contribuya significativamente a promover varios estados de cosas valiosos, como la limitación del poder público y la eficiencia económica en el sentido de maximización de la producción. Por cierto que esta justificación depende de verificaciones empíricas que tomen en cuenta ciertos datos fácticos, posiblemente variables, como las motivaciones autointeresadas de la mayoría de la gente. Hoy en día parece más claro que nunca que el acceso y control individual de bienes de consumo y de bienes de capital maximiza la productividad, como lo muestra la comparación en tales términos de los países con economías colectivistas y los que reconocen ampliamente la propiedad privada. Sin embargo, es improbable que sea instrumentalmente beneficioso desde el punto de vista social una propiedad plena, sobre todo de los bienes de producción, que incluya todos los aspectos que distingue Honoré. Como dice este autor en otro artículo[262], es un error pensar que la única propiedad privada posible es la que incluye todas las facultades –como la duración ilimitada y la transmisión hereditaria– que defi-

[261] Becker - Waldrom - Ryan, *Property and Political Theory*.

[262] Honoré, A. M., *Property, Title and Redistribution*, en "Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie", 1977, nº 10.

nen a la propiedad desde el derecho romano. Puede haber formas de propiedad más limitada que la plena, que optimicen los resultados valiosos que este tipo de justificación utilitarista toma en cuenta, impidiendo, por ejemplo, que los peligros de abuso autoritario se trasladen del poder público a grandes propietarios, o incentivando el trabajo de los que con la propiedad plena ilimitada descansarían en bienes heredados, donados o adquiridos en un pasado remoto.

Hay un argumento adicional de carácter consecuencialista que conviene mencionar por separado puesto que toma en cuenta un valor que, como enseguida veremos, tiene también otra relación con el reconocimiento de la propiedad privada: si el reconocimiento de la propiedad privada es eficiente en términos de maximización de la producción de recursos, ello redunda en beneficio de la autonomía agregativa que se da en una sociedad, ya que da lugar a una mayor cantidad de recursos, en comparación con sistemas alternativos, para la elección y materialización de planes de vida.

Pero este tipo de argumentos condicionales de índole consecuencialista deben necesariamente combinarse con otro argumento de diferente carácter, que se emparenta con la justificación hegeliana. Me refiero a la relación intrínseca que hay entre el desarrollo de la autonomía de la persona y la necesidad de controlar individualmente algunos recursos económicos, principalmente los bienes de uso personal. Sin ese control individual de recursos es imposible la elección y materialización de planes de vida constitutivos de la autonomía de la persona. La capacidad de elegir y materializar planes de vida requiere no sólo ciertas condiciones psicológicas y físicas de los individuos, sino también recursos externos que potencien las primeras condiciones y permitan la plasmación de las preferencias de los individuos en el mundo exterior. Los recursos económicos son aun necesarios para desarrollar la actividad intelectual en la que consiste la elección de planes de vida; pero su papel central está, sobre todo, dado por su indispensabilidad para concretar prácticamente todos los proyectos vitales. La privación del acceso a esos recursos difiere sólo cuantitativamente de la acción de impedir el desarrollo de las condiciones mentales y físicas de un individuo, que contribuyen a que tenga éxito en la materialización de sus proyectos. Por cierto, que el plan de vida libremente elegido por un individuo puede incluir como un aspecto central el desarrollo de virtudes de absoluta austeridad y desprendimiento respecto de bienes materiales, o el compartir esos bienes con otros individuos en el marco de una organización comunal, como ocurre con la vida monástica o con la vida en un *kibutz* israelí, pero la libertad en la adopción de ese plan de vida será tanto más genuina en cuanto el individuo haya tenido la posibilidad efectiva de acceder y controlar recursos, como en el caso de Francisco de Asís.

Claro está que esta clase de justificación de la propiedad basada en la autonomía de la persona es del tipo de las que Waldrom advierte que conducen a un derecho general de propiedad: dado que la autonomía de los individuos debe ser distribuida igualitariamente, si se respeta el principio de inviolabilidad de la persona, toda persona moral tiene derecho a acceder, efectivamente, a la propiedad individual y no solamente a tener una oportunidad a tal acceso que únicamente se concretaría si ciertas condiciones –que el individuo en cuestión no controla– se dieran. A la propiedad le es aplicable lo que se dijo sobre la libertad, cuando se justificó la necesidad de su distribución igualitaria: cuando se sostiene que es algo valioso no se predica ese valor de situaciones en las que quien goza de la libertad o de la propiedad necesaria para esa libertad es una persona o grupo específico; es valioso que todos gocen de libertad y de propiedad. Esta necesidad de expandir la propiedad privada conlleva necesariamente la necesidad de limitarla, no ya para satisfacer otros valores –como ocurría con el argumento instrumentalista anterior–, sino en términos del mismo valor de la propiedad, por su relación intrínseca con la autonomía. Posiblemente una democracia de propietarios –como suele llamarse a un sistema de propiedad equitativamente distribuida– requiera que la propiedad tenga ciertos límites respecto del tipo de bienes a los que puede aplicarse, del tiempo de duración de la relación de propiedad, de la transmisibilidad por vía de herencia o donación, de la necesidad de compartir con el resto de la sociedad o con ciertos individuos en especial –como los obreros que participan del proceso de transformación de ciertos bienes– los frutos de la explotación y alienación de los bienes de los que se es propietario, sobre todo por vía impositiva, etcétera.

De modo que el derecho de propiedad individual está sobredeterminado en el sentido de que hay varias justificaciones que convergen en fundamentar su legitimidad. Pero todas esas justificaciones –como las demás que no hemos rescatado, tal como la del trabajo– implican limitaciones severas –en atención a los derechos de otros individuos menos favorecidos– a la propiedad plena, que está asociada a la concepción del derecho romano, lo que es obviamente sumamente relevante para su regulación constitucional.

La justificación del derecho de propiedad intelectual plantea dificultades adicionales al de la propiedad sobre bienes materiales. Como lo muestra Hettinger[263] el carácter no exclusivo de la propiedad intelectual –o sea el hecho de que un mismo bien intelectual pueda ser usado por muchos al mismo tiempo sin que el uso por par-

[263] Hettinger, Edward, *Justifying Intellectual Property*, en "Philosophy & Public Affairs", 1989, vol. 1.

te de uno implique la exclusión del otro– crea una presunción en contra de la apropiación excluyente. Esto se refleja directamente en el argumento basado en la autonomía personal, ya que el desarrollo de esa autonomía no parece hacer necesario excluir a otros del acceso a una idea, descubrimiento o procedimiento. Justificaciones como las de Locke enfrentan serios problemas, por la dificultad para distinguir en un invento o descubrimiento qué es la propio y qué es lo aportado por otros, para fijar el valor económico que uno ha agregado –que está fijado por un mercado influido por la propia ley de propiedad intelectual–, y para satisfacer las cláusulas de la subsistencia de bienes en cantidad y calidad suficiente para los demás y de la no expoliación. La justificación más adecuada de la propiedad intelectual parece ser, como apunta el mismo Hettinger, la de índole utilitarista –es decir la que toma en cuenta los incentivos para la producción y difusión de nuevos inventos o descubrimientos–, pero esta justificación parece apoyar sólo derechos de propiedad limitados, sobre todo en el caso de patentes, en el que es más restringido que en el caso de *copyright* el uso del bien por parte de los demás.

b) *Subsistema de intercambio de recursos.* Hay cierta conexión entre el sistema de control de recursos basado total o parcialmente en la propiedad privada y el mecanismo de mercado para intercambiar recursos, que es el *locus* donde se ejercen las libertades de comercio, trabajo e industria. Uno de los aspectos del derecho de propiedad plena es el de transferir consensualmente recursos y una de las formas menos cuestionables de adquirir propiedad es mediante contratos de venta; en la medida en que los potenciales vendedores y compradores no estén predeterminados dentro de una cierta clase, esto implica la existencia de un mercado. Por otro lado, la economía de mercado presupone una descentralización entre agentes que compiten en la oferta y en la demanda de bienes, por lo que cada uno de esos agentes descentralizados debe controlar en forma exclusiva los bienes que ofrece o los que demanda. Sin embargo, puede haber propiedad privada aunque su adquisición o pérdida no se haga a través del mercado, como ocurría en él sistema feudal con la propiedad de la tierra; esto implica que la propiedad carece de algunos aspectos relevantes del derecho pleno. Y es posible también que los agentes que controlan bienes a los efectos de su demanda u oferta competitiva en el mercado no sean individuos sino entes colectivos, como cooperativas de trabajadores del tipo de las que actúan en sistemas de socialismo de mercado como el yugoslavo. Sin embargo, es cierto que cuando la propiedad privada se combina con un sistema de intercambio a través del mercado, dando así lugar al capitalismo, se potencian las ventajas que se toman en cuenta en las justificaciones de una y otra institución, aunque también, por

supuesto, pueden acentuarse algunas de sus desventajas. Buchanam[264] sostiene que los sistemas conocidos de "socialismo de mercado", que incluyen el control obrero de las firmas competidoras, también necesitan de algunas intervenciones gubernamentales que alejan al mercado de las condiciones ideales de un mercado perfectamente competitivo, como, por ejemplo, restricciones a las pautas de inversión y al uso del capital por parte de las firmas individuales.

El mercado económico es una estructura de interacción colectiva a través del tiempo. Si se parte de las motivaciones de los participantes en la estructura de interacción y de los resultados que esa interacción alcanza, hay estructuras que satisfacen las motivaciones de los participantes, mientras que otras estructuras de interacción frustran los propósitos de los que actúan en su contexto. Un ejemplo de este último tipo de estructura de interacción está dado por aquellos procesos sociales que responden a la dinámica del dilema de los prisioneros; cuando se da una estructura de interacción de este tipo de persecución racional del autointerés por parte de los participantes, una vez generalizada, frustra los intereses de todos los participantes. En cambio, desde autores clásicos como Adam Smith, Bernard de Mandeville y Adam Ferguson se sostiene que el mercado ideal es una estructura de interacción en la que la persecución racional del autointerés beneficia a todos.

La expresión del concepto anterior "beneficia a todos" puede ser entendida en dos sentidos muy diferentes: en términos de prudencia o eficiencia, por un lado, o en términos de justicia, por el otro. Según cómo se interpreten estos valores de eficiencia y justicia sobre la base de los cuales el mercado es defendido por satisfacerlos o es atacado por frustrarlos, el valor justicia absorbe al de eficiencia, o el de eficiencia incluye al de justicia o uno y otro se mantienen como valores lógicamente separados que pueden entrar en tensión y en diferentes relaciones jerárquicas.

Cuando el mercado ideal se valora positiva o negativamente en términos de eficiencia, se toman en cuenta diversos significados de "eficiencia". Según Coleman[265], hay cuatro conceptos relevantes de eficiencia: *1*) el de optimalidad de Pareto; *2*) el de superioridad de Pareto; *3*) el de Kaldor-Hicks, y *4*) el de productividad. Un estado de un sistema es Pareto-óptimo si y sólo si no hay otro estado posible del sistema en el que, al menos, un individuo esté mejor que en el primer sistema y ningún individuo esté peor. Un estado del sistema es Pareto-superior a otro estado posible del mismo sistema si

[264] Buchanan, Allen, *Ethics, Efficiency and the Market*, p. 2.

[265] Coleman, Jules, *Markets, Morals and the Law*, cap. 4.

hay, al menos, algún individuo del primer sistema que está mejor que en el segundo y no hay ningún individuo peor. Un estado de un sistema es Kaldor-Hicks-eficiente respecto de otro estado del sistema si aquellos que se beneficiarían con el paso de este último al primero estuvieran dispuestos a compensar a los que se perjudican (este criterio es concebido como un criterio paretiano hipotético). La eficiencia productiva se determina por la maximización de los productos del sistema relativa a los insumos, o sea, depende de la *ratio* entre estos insumos y los productos del sistema. Por una serie de razones, los economistas suelen preferir el empleo de los criterios de eficiencia paretiana: el criterio de productividad no está directamente relacionado con grados de bienestar y es sumamente difícil comparar diferentes productos de distintos sistemas (tomando en cuenta que la gente puede valorarlos diferentemente); por su parte el criterio de Kaldor-Hicks está sujeto a la paradoja de Scitovsky, que muestra que él conduce a valoraciones inconsistentes, como a la conclusión de que un estado de un sistema es más eficiente que sí mismo[266].

El gran problema del empleo de consideraciones de eficiencia para evaluar al mercado o cualquier otra institución, es el de determinar cuál es su relación con consideraciones de justicia. Aquí se abren diversas posibilidades: una es la de subsunción de las consideraciones de eficiencia en consideraciones de justicia. Esto ocurre si empleamos un principio de justicia de índole utilitarista: en realidad el criterio de eficiencia como productividad responde directamente al principio de utilidad. Los criterios paretianos de eficiencia son frecuentemente considerados como "lo segundo mejor" respecto de la aplicación directa del principio de maximización de utilidad, ya que evita los problemas de las comparaciones interpersonales que este último obliga a hacer (aunque un estado del sistema que sea Pareto-óptimo no necesariamente es óptimo desde el punto de vista de la maximización de la utilidad; un estado que sea Pareto-superior a otro siempre es también utilitariamente superior). Sin embargo, como ya vimos antes (cap. I, ap. F), el principio utilitarista es objetable como principio de justicia, puesto que no toma en cuenta, como dicen Rawls y Nozick, la separabilidad e independencia de las personas que determinan la relevancia de la distribución de recursos entre ellas. Esta objeción se traslada a los principios de eficiencia si ellos son subsumidos en un principio utilitarista de justicia. En realidad, los criterios paretianos toman en cuenta alguna distribución, pero la que valoran es sumamente cuestionable desde el punto

[266] Coleman, *Markets, Morals and the Law*, p. 110.

de vista de la justicia: como bien dice Buchanan[267] una situación social en la que la inmensa mayoría no tiene nada y unos pocos tienen todo puede ser paretianamente óptima, ya que el desplazamiento hacia una situación más justa seguramente implicará empeorar la condición de la minoría privilegiada. La otra forma extrema de relacionar los principios de justicia y eficiencia consiste en subsumir la justicia en la eficiencia: ello ocurre cuando se ve a los valores de justicia como preferencias subjetivas y se los toma en cuenta para determinar si un individuo está o no perjudicado, o sea, si sus preferencias se ven frustradas, en la aplicación de alguno de los criterios de eficiencia. Pero esta maniobra implica una distorsión grotesca de los principios de justicia: nadie que defiende un principio de justicia lo hace como una preferencia subjetiva que debe ser compatibilizada con otras de otros individuos; las preferencias por principios de justicia, a diferencia de preferencias por planes de vida personales o sus componentes, tienen un carácter "imperialista"; ellas pretenden desplazar a las que se le oponen, en la medida en que estén basadas en juicios verdaderos, y nadie siente que han sido satisfechas si se intenta compatibilizarlas con las opuestas (por otra parte el mismo intento de compatibilización y maximización de preferencias subjetivas, incluyendo las de justicia, ya responde a un principio de justicia –generalmente el utilitarista– que es incompatible con muchas de las preferencias de justicia que se pretende maximizar y que se adopta como principio objetivo, no poniéndolo en la misma bolsa que los principios de justicia que se oponen a él). Frente a la inviabilidad de estas dos formas extremas de relacionar los principios de justicia y eficiencia, lo más razonable parece ser concebirlos como principios independientes entre sí. Si se procede de esta forma, debe admitirse la prelación de las consideraciones de justicia sobre las de eficiencia, dado que la estructura de nuestro discurso práctico[268] determina la supremacía de las razones morales sobre las prudenciales. En esta prelación debe tomarse en cuenta que las consideraciones de eficiencia no son éticamente neutrales, sino que, como vimos, implican distribuciones de recursos que pueden ser gravemente violatorias de consideraciones de justicia. La razón para tomarlas de cualquier modo en cuenta para evaluar al mercado, en la medida en que no se opongan a principios de justicia, es, como dice Buchanan[269], que, aunque no constituyen criterios de racionalidad tienen una remota semejanza con el principio de eficiencia de la acción individual, que prescribe la maximización de resultados con

[267] Buchanan, *Ethics, Efficiency and the Market*, p. 9.

[268] Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. III.

[269] Buchanan, *Etics, Efficiency and the Market*.

minimización de insumos y, en la versión paretiana, reflejan la idea de ventaja mutua que tomamos en cuenta en la valoración de situaciones sociales.

Si comenzamos, entonces, con las consideraciones de eficiencia que se han formulado a favor del mercado, es conveniente apuntar primero que ellas se refieren directamente al mercado ideal, en el que se da una competencia perfecta; a la afirmación de la eficiencia del mercado ideal se le adiciona una afirmación sobre la viabilidad de conformar el mercado irreal e imperfecto de modo que se aproxime lo suficiente al mercado ideal, como para que sea más eficiente que los sistemas económicos alternativos. Las condiciones del mercado ideal incluyen la plena información de las partes intervinientes, la racionalidad de esas partes intervinientes en el sentido de que sus preferencias son transitivas, el hecho de que los costos de transacción sean nulos, la circunstancia de que la competencia sea perfecta –en el sentido de que ninguno pueda influir en los precios por su sola acción independiente–, la indiferenciación de los productos, etcétera. Cuando estas condiciones se dan, el primer teorema fundamental de la economía del bienestar sostiene que el sistema va a llegar a un estado de equilibrio que es Pareto-óptimo, puesto que las transacciones en el mercado ocurrirán hasta que alguien pueda mejorar su situación sin que nadie la empeore. En un mercado real que se aproxime lo suficiente a las condiciones del mercado ideal, la eficiencia se da diacrónicamente a través de la competencia entre productores, que hace que los que producen a menor costo desplacen a los que requieren mayores insumos para los mismos productos. Los propulsores de la defensa del mercado como de Mandeville y Smith[270] han puesto énfasis en el hecho de que la mayor productividad del mercado en comparación con arreglos alternativos ocurre con una gran economía de motivación, ya que la estructura de interacción maximiza los resultados positivos a través del autointerés de los participantes. En cambio, Hayek[271] subraya las ventajas que tiene el mercado desde el punto de vista cognitivo. Hayek sostiene que, a diferencia de la inmensa cantidad de información que debe concentrarse en los planificadores de una economía dirigida, en el mercado se minimiza el conocimiento que debe tener cada partícipe: "Los beneficios de los conocimientos que otros poseen, incluyendo los avances de las ciencias, llegan hasta nosotros a través de los canales que provee y dirige el mecanismo del mercado... La causa principal del carácter creador de riqueza del juego del mercado, [que él llama '*catallaxia*'] es que lo que se obtiene con los esfuerzos

[270] Buchanan, *Etics, Efficiency and the Market*.

[271] Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2, cap. 7.

de cada jugador actúa como un signo que lo habilita para contribuir a las necesidades de otros que desconoce, y para hacerlo de modo que toma ventaja de condiciones de las cuales sólo se entera indirectamente a través de su reflejo en los precios de los factores de producción que usa. De este modo es un juego productor de riqueza, porque él provee a cada jugador con información que lo capacita para satisfacer necesidades de las cuales no tiene directo conocimiento y usando medios de cuya existencia él no tendría conocimiento si no fuera por el juego, brindando de esta manera la satisfacción de una mayor cantidad de necesidades que lo que sería posible de otro modo" [272].

Pero el mercado no sólo es defendido en términos de eficiencia, sino también sobre la base de consideraciones morales que apelan a los valores de justicia y libertad. Uno de los argumentos más fuertes en favor del mercado es su absoluto carácter antiperfeccionista: el mercado procesa las preferencias subjetivas de la gente cualesquiera ellas sean. El mismo Hayek enfatiza este rasgo de lo que él llama "la Gran Sociedad" (basada en el mercado) de este modo: "Mucha gente estima repugnante que la Gran Sociedad no tenga propósitos comunes concretos o, como podemos decir, que esté sólo conectada con medios y no con fines. Es por cierto verdad que el principal propósito común de todos sus miembros es el puramente instrumental de asegurar la formación de un orden abstracto que no tiene propósitos específicos pero que va a realzar para todos las posibilidades de alcanzar sus propósitos respectivos. La tradición moral prevaleciente, buena parte de la cual todavía deriva de la sociedad tribal conectada con fines, hace que la gente vea frecuentemente a esta circunstancia como un defecto moral de la Gran Sociedad que debe ser remediado. Sin embargo, fue la misma restricción de la coerción a la observancia de las reglas negativas de la coerción justa la que hizo posible la integración a un orden pacífico de individuos y grupos que perseguían fines diferentes; y es la ausencia de los fines comunes prescriptos que hace de la sociedad de hombres libres todo lo que ha venido a significar para nosotros" [273]. Además de este argumento, fundado en la autonomía personal, que puede ser completado con consideraciones sobre las cualidades del mercado para hacer posible la autorrealización (con lineamientos tal vez coincidentes a los que Hegel avanzaba para fundamentar el derecho de propiedad), se puede recurrir a un argumento relacionado con la promoción de la libertad política, ya que la centralización del poder e información que es necesaria en sistemas económicos alternativos, es

[272] Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2, p. 113 y 115.

[273] Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2, p. 110-111.

seriamente peligrosa para esa libertad, debido a las tentaciones de abusos autoritarios. Friedman[274], asegura que el mercado tiene tanto valor intrínseco en términos de libertad –puesto que la libertad económica es parte constitutiva de la libertad, y el mercado es la única forma de coordinar las acciones económicas de millones de individuos– como valor instrumental para asegurar la libertad política, ya que, por ejemplo, en una economía de mercado cualquier grupo puede conseguir los fondos necesarios para promover sus ideas.

Autores como Nozick[275] arguyen que el mercado surge naturalmente de la interacción de la gente que respete un marco de derechos naturales, como el de propiedad. También el argumento de la autonomía personal puede tener otra extensión: la que toma en cuenta que esa autonomía debe ir acompañada de un sentido de responsabilidad, dado por la percepción de cuán caros son los recursos necesarios para materializar un plan de vida en términos del esfuerzo de los demás para producirlos, y de cuántos comparten el mismo plan que necesita esos recursos; el mercado asegura que se dé esa percepción, puesto que el precio de los recursos para cada uno resultará, precisamente, de los favores apuntados, y la decisión de obtener recursos para un plan de vida caro incidirá, necesariamente, en el grado de satisfacción en el plan de vida elegido; ello contrasta con el sistema que intente igualar a la gente en el grado de satisfacción del plan de vida elegido. La autonomía y la libertad política que –se sostiene– el mercado asegura, lleva implícitas también una promoción de la igualdad, puesto que las preferencias que el mercado procesa no son discriminadas por ninguna característica que no sea relevante para el flujo de recursos, de acuerdo con la voluntad de pagar por la satisfacción de esas preferencias.

También se sostiene que el mercado satisface la idea de mutualidad e interdependencia, ya que implica ventajas para todos los participantes; como dice Buchanan[276] este argumento puede implicar que el mercado es ventajoso respecto de una situación inicial de estado de naturaleza, lo que lo hace demasiado débil, o que es ventajoso respecto de otros sistemas alternativos posibles, lo que lo convierte en una derivación de la eficiencia paretiana. También está relacionado con criterios de eficiencia el argumento de defensa del mercado sobre una base moral utilitarista. Los que propugnan esta línea justificatoria del mercado hacen advertir las notables ventajas que el mercado tiene sobre cualquier otro sistema económico conocido en términos de maximización de la utilidad, la felicidad general o la sa-

[274] Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*.

[275] Nozick, *Philosophical Explanations*.

[276] Buchanan, *Ethics, Efficiency and the Market*, p. 63.

tisfacción agregativa de las preferencias, tomando en cuenta la productividad que resulta de los factores motivacionales y cognitivos mencionados antes; el hecho de que aun elementos *prima facie* negativos como la desigualdad sirven en el mercado de estímulo hacia una mayor productividad; el reducido costo que conlleva el mercado en términos de interferencia estatal, etcétera. También se ha dado otro argumento de índole agregativo y consecuencialista para defender al mercado, que es el del "darwinismo social", o sea, la teoría que sostiene que la interacción humana, a través de instituciones como el mercado económico, promueve una dinámica moralmente valiosa de selección de los más aptos, desplazando a los más deficientes en términos de satisfacción, con el menor costo posible, de las necesidades o preferencias de los demás. Este argumento puede o no combinarse con un argumento independiente fundado en el mérito: se sostiene que el mercado permite que se retribuya positivamente a los más capaces y esforzados, y negativamente a los más torpes y haraganes.

Los opositores a que se diseñen las libertades de comercio, trabajo e industria sobre la base del mercado también recurren tanto a argumentos de eficiencia como a argumentos de justicia y moralidad social. Respecto de la eficiencia, estos opositores al mercado señalan algunos factores sumamente relevantes que socavan o anulan la eficiencia del sistema, ya sea en condiciones reales o aun bajo las ideales. El primero de esos factores es el hecho de que en los mercados reales los costos de transacción nunca son iguales a cero, sino que siempre hay altos costos de comunicación, transporte, formalización y ejecución jurídica, y comportamiento estratégico de los participantes que hacen que los resultados del mercado se desvíen considerablemente de los criterios de eficiencia y exigen la intervención estatal. También se hace notar, en segundo lugar, que no obstante lo que dice Hayek el mercado exige alguna información a los participantes que a veces no se suministra produciendo graves faltas de eficiencia (uno de los casos más demostrativos de esta causal de ineficiencia lo constituye el mercado de medicamentos, que se caracteriza porque quienes prescriben los remedios –los médicos– no saben o no les interesa saber los precios de las diferentes alternativas, mientras que los que sí saben y sufren tales precios –los pacientes– no conocen las propiedades de los otros productos como para poder elegir entre tales alternativas). En tercer lugar, se señala tradicionalmente como una grave limitación de la eficiencia del mercado la formación de tendencias monópolicas, aunque es una cuestión discutida si esta tendencia es connatural al mercado o si se origina por la intervención deformante de los gobiernos, y si, en este caso, puede ser realmente eliminada. En cuarto lugar, se suelen señalar como causas de ineficiencias del mercado la existencia de externalidades, o

sea, de efectos positivos o negativos hacia terceros que no participan en una transacción y sin embargo se benefician o perjudican con ella, como ocurre con quienes se benefician con el hecho de que otros se vacunen o con el hecho de que otros construyan un faro con el que uno puede guiar su navegación a pesar de no haber colaborado con su construcción, en el caso de las externalidades positivas, o con quienes se perjudican con la contaminación de una industria o con la construcción de un edificio vecino que tapa el sol, en el caso de las externalidades negativas; las externalidades pueden ser vistas como deficiencias de subproducción en el caso de las positivas o de superproducción en el caso de las negativas, ya que se produciría más de una cosa o servicio si todos los que se beneficiaran pagaran por ella y se produciría menos de una cosa o servicio si hubiera que pagar a todos los que se perjudican por ellos.

Las externalidades negativas están relacionadas con una última deficiencia que se suele señalar al mercado que es su dificultad para producir eficientemente los llamados *bienes públicos* –como la defensa y la seguridad pública, los parques públicos, la comunicación pública por ondas hertzianas, etcétera–. Éstos, al caracterizarse por el hecho de que el consumo por algunos no limita el consumo por parte de otros, y porque la provisión a algunos miembros de una clase implica su disponibilidad para todos los miembros de esa clase, hacen posible que si proveen a través del mercado, haya "colados" (*free riders*) que disfrutan del bien sin pagarlo y que no se pueda asegurar, a quien está dispuesto a pagar por él si los demás lo hacen que no haya tales colados. Todas estas fuentes de ineficiencias del mercado parecen justificar una amplia intervención estatal, para suplir los costos de transacción, superar la falta de información, reprimir los monopolios, establecer límites a la acción mediante penas, impuestos o servicios públicos para impedir los efectos de las externalidades positivas y negativas y permitir la provisión de bienes públicos (p.ej., respecto del tema de la contaminación ambiental Bruce Ackerman y otros[277] han propuesto una interesante solución, que probablemente sea adoptada por el gobierno norteamericano, que consiste en vender a las industrias y a otros potenciales contaminadores bonos que permiten contaminar el medio ambiente hasta un cierto límite por un cierto tiempo –lo que implica haber estatizado antes el medio ambiente–, e ir reduciendo con el tiempo esos plazos y límites al mismo tiempo que recaudando fondos para controlar el cumplimiento de las condiciones de los bonos).

[277] Ackerman, Bruce, exposición oral en el seminario sobre privatizaciones, Centro de Estudios Institucionales, Bs. As., 1989.

Los argumentos morales en contra del mercado que levantan sus oponentes consisten, en parte, en descalificar los anteriores argumentos en su favor y, en parte, en avanzar argumentos positivos que, supuestamente, demuestran su carácter injusto. Por ejemplo, los argumentos utilitaristas, además de enfrentarse con argumentos utilitaristas en sentido opuesto, como los que arguyen que las desigualdades que el mercado genera afectan la maximización de la utilidad por efecto de la llamada "utilidad marginal decreciente", se hacen desde ya pasibles al cargo general de que desconocen la separabilidad e independencia de las personas y que deben enfrentar el problema aparentemente insoluble de las comparaciones interpersonales.

La misma crítica, aunque con un grado mucho mayor, es aplicable a un darwinismo social que sólo bajo una forma extrema de organicismo puede justificar su completo desdén por los derechos de individuos o minorías. El argumento de que el mercado favorece la autonomía, puesto que es neutral respecto de las preferencias, suele ser contestado sosteniendo que el mercado, a través de mecanismos como el de la publicidad, crea nuevas preferencias, a menudo "artificiales", o incentiva preferencias que conviene comercialmente satisfacer. También la relación con la libertad política, que enfatizan pensadores como Friedman, es cuestionada, sosteniéndose que el poder económico diferencial que da el mercado a algunos de sus participantes, incide nocivamente en el sistema político democrático y hasta favorece la instauración de sistemas autoritarios, creando oportunidades de influencia indebida en funcionarios, jueces, y candidatos a la usurpación del poder.

La idea general de autores como Nozick de que el mercado es la resultante natural del respeto de la libertad, no toma en cuenta que la libertad no sólo se afecta por acciones positivas sino también por omisiones, y que la negativa de la gente de ofrecer recursos que posee a quien tiene necesidad de ellos pero sólo puede ofrecer un trabajo u otros bienes de inferior calidad a los que ofrecen otros con menos necesidades, es tan violatoria de la libertad de tales individuos como ciertas agresiones activas. Esto también sirve de respuesta a autores como Friedman que, como vimos, sostienen que el mercado es el único sistema capaz de coordinar la interacción de millones de personas sin coacción; sin embargo, la abstención de proveer bienes y servicios a quien los necesita, está apoyada en la coacción que protege una propiedad cuya legitimidad incondicionada es lo que está en discusión. Se puede sostener que no hay justificación para distinguir entre la llamada libertad "negativa" y la "positiva", así como no la hay para distinguir entre los derechos mal llamados "formales" y los "materiales"; todos esos derechos y libertades se refieren a conductas activas o pasivas de los demás que inciden

igualmente en nuestras posibilidades de acción. Esto se relaciona con el cargo principal que se hace al mercado y que está basado en consideraciones de igualdad: las desigualdades iniciales con que opera el mercado tienden a multiplicarse, por factores como la suerte, la incapacidad o los errores de los participantes, y la desigualdad se refleja en un poder diferencial de negociación que genera nuevas desigualdades. Además, la voluntad de pago con que se determina los estados sociales a los efectos de determinar el bienestar de las partes y la eficiencia del sistema, depende de los recursos de los individuos y de la intensidad y cantidad de sus otras preferencias satisfechas o insatisfechas. Las desigualdades que genera el mercado no pueden justificarse en términos de merecimientos, en el contexto de una teoría liberal que no toma al mérito como un dato moral primitivo sino como un derivado institucional. Los marxistas suelen poner estas críticas al mercado por sus efectos inigualitarios en términos de *explotación*, aunque esta idea es relativamente esquiva y confusa (como lo muestra Buchanan, hay diferentes nociones de explotación y todavía se busca una teoría que dé contenido a este concepto). También el marxismo suele acudir a la idea de alienación para objetar el valor del mercado, con lo que se denota, también bastante confusamente, la falta de control y de identificación con las cosas producidas y el deterioro de las relaciones interpersonales producido por la competitividad propia del mercado.

Es extremadamente difícil hacer un balance entre los argumentos de eficiencia y de justicia que favorecen y cuestionan al mercado. En primer lugar, algunos argumentos son de difícil verificación: como lo han puesto de manifiesto varios autores, las comparaciones entre diversos sistemas en términos de eficiencia son extremadamente difíciles de hacer, tanto por problemas conceptuales como empíricos. En segundo lugar, los términos de la comparación son problemáticos, ya que, mientras existen en el planeta muchas sociedades en las que rigen sistemas capitalistas o mixtos, con diversos grados de intervención estatal, los países en donde rige el "socialismo real" o bien no reúnen las condiciones de la democracia liberal que hacen posible la comparación, como en el caso de China, o bien están evolucionando rápidamente, como ocurre actualmente en Europa oriental, hacia la adopción de modelos con diversos grados de capitalismo. Esto da, por cierto, un fuerte apoyo a los argumentos a favor del sistema de mercado, puesto que es indicación de una presunta incompatibilidad entre la democracia liberal y sistemas económicos alternativos, y de la mayor ineficiencia de esos sistemas respecto del mercado, medida por factores irrefutables: la desventaja competitiva en el comercio internacional y, lo que es más importante, el descontento de la población expresado de diversas maneras (emigración, movilizaciones populares a favor del cambio, etcétera).

Sin embargo, la historia de la humanidad ha demostrado que no sigue cursos lineales, a pesar de quienes pronostican su "fin", y los oponentes del mercado siempre tienen el recurso de sostener que todavía no se ha probado un sistema de control e intercambio de bienes, principalmente los de producción, que elimine las causas de desigualdad inherentes al capitalismo, al mismo tiempo que sea lo suficientemente descentralizado y democrático como para impedir el surgimiento de una burocracia que se autosirva y ser no sólo compatible sino reforzador de una democracia liberal en el plano político. Es evidente que los que propugnan este tipo de modelos ideales tienen la carga de la prueba de mostrar que ellos no incorporan los elementos generadores de los atentados a la libertad personal y política que han caracterizado al socialismo real, y que las unidades políticas que los adoptaran estarían en condiciones de competir con aceptable eficiencia, en un marco de creciente integración internacional, con los países en los que rigen diversos grados de capitalismo; *a priori* las comparaciones entre sistemas reales e ideales son extremadamente problemáticas. En tercer lugar, constituye también un problema de evaluación de los argumentos a favor y en contra del mercado, el hecho de que ellos se basan en los valores diferentes de eficiencia y justicia: si bien, como vimos, la justicia prevalece sobre la eficiencia, este último valor tiene implicaciones morales, ya que una mayor eficiencia, en el sentido de productividad, permite contar con más recursos para desarrollar la autonomía personal. En cuarto término, también es problemático el hecho de que haya argumentos tanto a favor como en contra del mercado basados en los *mismos* valores de libertad e igualdad, por un lado, y eficiencia, por el otro, ya que ello no permite resolver la disputa mediante una jerarquización de valores sino que requiere una sutil estimación de las condiciones que permiten maximizar tales valores.

Si pasamos a un plano menos especulativo y más pragmático, el mismo factor mencionado en último término –el hecho de que los mismos valores morales y de eficiencia provean argumentos tanto a favor como en contra del mercado– nos indica un camino prudencial: la conveniencia de adoptar un *sistema mixto*, que combine amplios márgenes de iniciativa privada, de control individual de recursos, de intercambios consensuales, con el intervencionismo democrático de que habla Popper[278], en protección de los más desvalidos, en favor de la disminución de las desigualdades irritantes, para superar las disfuncionalidades y limitaciones del mismo mercado y para proteger al sistema político de las distorsiones a que puede verse sometido por su combinación con el mercado.

[278] Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, vol. 2, cap. 17, VII.

Cuál debe ser el alcance de la propiedad privada y del mercado y cuál el de la propiedad pública y el intervencionismo democrático, dependerá de las condiciones de cada sociedad en cada época –sus recursos, las motivaciones prevalecientes en su población, su distribución preexistente de bienes– y de las condiciones de interacción internacional –grados de integración, grados de proteccionismo, sistemas económicos vigentes en otros países con los que se interactúa, grados de dependencia con otros países, etcétera. Pero hay ciertos aspectos generales que sí pueden ser indicados en general y que tienen una directa relevancia constitucional: hay razones independientes, algunas de las cuales hemos visto anteriormente, para sacar del mercado en forma total o parcial a algunos bienes o servicios, como la educación, la justicia, la seguridad, los medios de comunicación pública, la influencia sobre los partidos políticos. Hay formas de corregir las desviaciones que produce el mercado respecto de las exigencias de un liberalismo pleno, o sea, igualitario, que son menos disruptivas que otras en términos de autonomía personal y de eficiencia, lo que, como vimos también redunda en la autonomía personal. El procedimiento redistributivo que es menos perturbador de esos valores es un sistema impositivo progresivo –que grave diferencias en ganancias, patrimonios y transmisión gratuita de bienes–, transparente y eficaz. Desde el punto de vista de las prestaciones, salvo en casos como los mencionados antes, en que la prestación pública directa es exigida por consideraciones valorativas independientes, el procedimiento igualitario menos disruptivo de la autonomía y la eficiencia parece estar dado por la distribución de dinero o de vales equivalentes. El sistema de distribución de vales que Friedman [279] ha propuesto en materia de educación, y que es parcialmente objetable en ese ámbito por las razones que hacen exigible una fuerte participación pública en la educación y que fueron antes discutidas, puede ser aplicado, por ejemplo, al ámbito de la salud o del esparcimiento. También son mecanismos que, al mismo tiempo que promueven la igualdad, minimizan las perturbaciones de la autonomía personal y de la eficiencia, la participación en el mercado de cooperativas y la profundización de la democracia industrial y empresaria en general, aunque su concreción todavía plantea problemas no resueltos claramente como lo muestra el análisis que hace Buchanan del llamado "socialismo de mercado" [280].

De esta discusión surge que es fundamental, para el diseño de prácticas constitucionales que reflejen principios de una concepción auténticamente liberal de la sociedad, advertir que, salvo en lo que

[279] Friedman, *Capitalism and Freedom*, cap. 6.

[280] Buchanan, *Ethics, Efficiency and the Market*.

hace a la disposición de bienes centrales para el ejercicio de la autonomía personal y el respeto de la dignidad de la persona, tanto los alcances de la propiedad individual de bienes de producción como los de la vigencia del mercado, sobre todo de capitales, como mecanismo de intercambio de tales bienes, es una cuestión eminentemente *instrumental*, cuya resolución en un sentido u otro depende de verificaciones empíricas que tomen en cuenta las circunstancias de cada sociedad en cada momento de su evolución. De cualquier modo, es sumamente importante que se tome en cuenta en la conformación de tales prácticas constitucionales, que la eficiencia del mercado y también sus cualidades morales, depende de que se mantengan *en el ámbito donde se admita que el mercado satisface tales valores* las precondiciones para su funcionamiento adecuado; ese funcionamiento requiere previsibilidad e imparcialidad, lo que, a su vez, exige información adecuada, estabilidad de las reglas, aplicación de tales reglas en forma efectiva y honesta, etcétera. Hay ocasiones en que no se intenta limitar al mercado o reemplazarlo en algún ámbito por sistemas alternativos de provisión de bienes y servicios sino alterar alguna regla que *a priori* parece injusta, afectándose la eficiencia del mercado, del cual se sigue esperando, empero, que funcione adecuadamente en la provisión de tales bienes y servicios. El resultado es que el mercado provee ahora deficientemente ese bien o servicio, con una mengua en autonomía que tal vez no esté compensada por la alteración de la regla que aseguraba su normal funcionamiento. La falta de estabilidad y coherencia en los límites entre el intervencionismo público y la operatoria del mercado, asi como la falta de un cálculo cuidadoso de las consecuencias que decisiones de diferente índole tienen sobre la dinámica de interacción en que consiste la vida económica, a menudo frustran tanto la eficiencia del sistema y su consiguiente productividad en beneficio de la autonomía global de la sociedad, como el ideal de una distribución más equitativa de esa autonomía entre los miembros de tal sociedad.

El tratamiento del derecho de propiedad y la libertad de mercado en el derecho internacional y en el derecho interno de las democracias occidentales se orienta, en general, hacia la visión *instrumentalista* que deriva de los principios de un liberalismo pleno. El derecho de propiedad privada y la libertad de empresa ha sido objeto de variado reconocimiento por normas de derecho internacional. El art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente, y que nadie puede ser privado arbitrariamente de su propiedad. En el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se prevé el derecho de todos al uso y goce de sus bienes, aunque la ley puede subordinar tal uso y goce al interés general. También establece que nadie puede ser privado de sus bienes sin in-

demnización justa por razones de utilidad pública o de interés social en las formas establecidas por la ley. La Convención Europea de Derechos Humanos no preveía el derecho de propiedad, que sólo aparece en el Primer Protocolo Adicional, el que sostiene que "toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes" y que "nadie podrá ser privado de su propiedad más que por ley y los principios generales del derecho internacional". El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es bastante restrictivo en cuanto a la revisión de los actos de los Estados respecto a este derecho (como se muestra, p.ej., en el caso "Handyside", del 7 de diciembre de 1976, en que, frente a la alegación de la confiscación y destrucción en Gran Bretaña del "pequeño libro rojo del Cole", se sostuvo que no era impugnable por haber sido hecha conforme a las normas de derecho interno).

El art. 222 del Tratado de Roma, de la Comunidad Económica Europea, es muy genérico en materia de propiedad, estableciéndose que "el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros". Más específico es este Tratado sobre las libertades económicas, ya que los arts. 48 a 51 prevén la libertad de movimiento de los trabajadores, los arts. 52 a 58 la libertad de establecimiento, los arts. 59 a 66 la libertad de prestación de servicios, los arts. 67 a 73 la libertad de circulación de capitales, el art. 106 la libertad de pagos.

Estas libertades se pusieron a prueba frente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea en casos como "Nold" del 14 de mayo de 1974 (una empresa de ese nombre se sintió afectada por cambios en las regulaciones comerciales de la comisión de la Comunidad Económica Europea); allí sostiene el Tribunal que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales que él debe aplicar tomando en cuenta las tradiciones constitucionales comunes de sus Estados miembros y que, si bien estos principios reconocen el derecho de propiedad y la libertad de comercio, pueden estar limitados, siempre que no se afecte su esencia, sobre la base del interés público y del bien común. El mismo enfoque fue ratificado en el caso "Hauer" del 13 de diciembre de 1979 en el que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea sostiene, frente al caso de una señora a la que se denegó el permiso de plantar viñas en una finca de su propiedad, que el derecho comunitario es independiente del derecho de los Estados miembros y que, según aquel derecho, hay dos formas de afectar el derecho de propiedad: la expropiación y la limitación de uso y que la última, en el caso presente, no es ilegítima, puesto que está de acuerdo con la función social de la propiedad sin lesionar su contenido esencial. La misma idea de la Comunidad de que si bien la propiedad es un derecho fundamental tiene necesariamente una función social, fue reiterada por

el mismo Tribunal en el caso "Testa-Maggio Vitale" del 19 de junio de 1980, sobre todo en las conclusiones del abogado general Reischl.

La idea de que la propiedad y los demás derechos económicos tienen una función social y están al servicio del interés general está explícita o implícitamente expresada en casi todas las Constituciones de Europa occidental, principalmente las sancionadas luego de la postguerra. Para tomar dos ejemplos sumamente relevantes: la Ley Fundamental de la República Federal Alemana establece en su art. 14 que la propiedad y el derecho de herencia están garantizados, y que su naturaleza y límites están determinados por las leyes; pero a renglón seguido establece que la propiedad obliga y que su uso debe servir al interés general; también se establece que la expropiación debe ser por causas de interés general y que debe ser fijada por la ley e indemnizada tomando en cuenta no sólo los intereses de los afectados sino también los de la comunidad. A su vez el art. 15 establece que, con fines de socialización, y mediante una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización, la tierra, el suelo, las riquezas naturales y los modos de producción podrán ser convertidos en propiedad colectiva o en otras formas de economía colectiva. Por su parte el art. 12 establece el derecho de elegir libremente la profesión, su lugar de trabajo y de aprendizaje.

Asimismo, la Constitución española de 1978 establece en el art. 33 de su sección 2ª (la que a diferencia de la primera, no consagra derechos fundamentales sino meros derechos y deberes de los ciudadanos) el derecho a la propiedad privada y a la herencia; a continuación establece ese artículo que la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes; también se prevé que la expropiación sólo podrá ser por causa de utilidad pública social mediante la correspondiente indemnización determinada por las leyes. El art. 35 establece el derecho y el deber de los españoles de trabajar. El art. 38 reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado; pero a continuación estipula que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Entre los principios rectores de la política social y económica establecidos en el cap. III, el art. 40 de la Constitución española estipula que los poderes públicos promoverán las condiciones para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica y promoviendo el pleno empleo.

La práctica constitucional norteamericana ha evolucionado desde un respeto casi sagrado a la propiedad privada y a la libertad de mercado a una visión mucho más restrictiva e instrumentalista de ta-

les derechos. Algunos autores llegan a sostener que el derecho de propiedad se ha desintegrado con el transcurso del tiempo a través de esa práctica. Nedelsky[281], por ejemplo, sostiene: "La propiedad presenta una paradoja en el sistema constitucional norteamericano. La propiedad privada fue por lo menos durante 150 años la quintaesencia de los derechos individuales como límites al poder gubernamental. La propiedad establece fronteras entre una esfera protegida de la libertad individual y el área legítima de la autoridad del gobierno. Pero el poder retórico y el carácter absoluto de esas fronteras ha sido alcanzado por su permeabilidad variable en la práctica. El concepto jurídico de propiedad –un símbolo de estabilidad y seguridad– ha sufrido cambios que alcanzan a la desintegración. Sin embargo, paradójicamente la propiedad parece retener su fuerza simbólica como el cimiento de las libertades norteamericanas... es el *mito* de la propiedad, su poder retórico que ha sido crucial para nuestro sistema, y los cambios corrientes en el concepto pueden amenazar esta cualidad mítica".

La libertad de comercio está indirectamente reconocida en la Constitución de Estados Unidos a través de la cláusula del contrato incluida en el art. I, secc. 10, que establece que ningún Estado podrá dictar una ley que menoscabe las obligaciones de los contratos. Como se sabe, el derecho de propiedad fue introducido en esa Constitución por la enmienda V como parte de la cláusula del debido proceso, al establecer que ninguna persona será privada de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal, y que la propiedad privada no será tomada para uso público sin compensación justa; por su parte la enmienda XIV introduce la misma garantía contra los Estados. Como veremos en su momento, estas cláusulas del debido proceso legal son interpretadas tanto procesal como sustantivamente. Al debido proceso procedimental nos referiremos cuando veamos las garantías procesales (en ap. F, § 48, 49). El debido proceso sustantivo fue desarrollándose en la jurisprudencia norteamericana al par que ésta adoptaba diferentes grados de protección, sobre todo del derecho de propiedad y de la libertad de comercio. En el caso "Mugler v. Kansas"[282] donde se reconoció la posibilidad de hacer una revisión sustantiva de una ley, tomando en cuenta si es un medio racional para la persecución de fines legítimos de los Estados, la Corte Suprema se mantuvo sobre la base de que se hacía uso legítimo del poder de policía al prohibirse la venta de bebidas alcohólicas. En el caso "Allgeyer v. Lousiana"[283], en el que se empleó la

[281] Nedelsky, Jennifer, *American Constitutionalism and the Paradox of Private Property*, en Elster *et al* (comp.), "Constitutionalism and Democracy", p. 241.

[282] 123 US 623, 1887.

[283] 165 US 578, 1897.

idea del debido proceso sustantivo por primera vez para anular una ley estatal, se sostuvo que un Estado no tenía jurisdicción sobre contratos realizados fuera de él con una compañía extranjera. Este enfoque inauguró un período que se da en llamar "Lochner" por el caso de ese nombre, que se extiende desde comienzos de este siglo hasta 1936, y en el que la Corte Suprema norteamericana empleó la cláusula del debido proceso sustantivo para dar una amplísima protección al derecho de propiedad y a la libertad de contratar y comerciar. El caso "Lochner v. New York"[284] versaba sobre la validez constitucional de una ley de este Estado que imponía un límite de 10 horas diarias o 60 semanales al trabajo de los panaderos; la mayoría del Tribunal invalidó la ley, por considerar que interfería con la libertad de contratar entre obreros y patrones. El juez Holmes dijo en su famoso disenso, en el que fue acompañado por el juez Harlan, que la enmienda XIV no convierte en ley los principios de estática social de Herbert Spencer. Sin embargo, este tipo de argumentos no arredró a la mayoría, que durante todo este período se sintió obligada a preservar los principios económicos del *laisser faire* contra lo que veían como una inadmisible intromisión de los Estados en los derechos de propiedad y de comercio de los ciudadanos. Otro ejemplo de la misma línea de pensamiento está dado por el caso "Morehead v. New York ex re Tipaldo"[285], en el que se invalidó una ley en la que se establecía un salario mínimo para las mujeres, sobre la base de que socavaba la libertad de contratar, y todos aquellos a través de los cuales la Corte Suprema invalidó las leyes propuestas por el presidente Roosevelt como parte del *New Deal* para combatir la recesión del país[286]. Sólo cuando la Corte entendió que estaba excediendo sus funciones, que eran interpretadas en forma considerablemente pasiva, admitía regulaciones laborales cuando el Estado podía demostrar que estaban justificadas, como en el caso "Bunting v. Oregon"[287]. Como se sabe, este período terminó cuando el presidente Roosevelt intentó ampliar la Corte para impedir que siguiera obstaculizando su política; aun cuando el Congreso rechazó el proyecto de ampliación, el abrumador apoyo electoral que

[284] 198 US 45, 1905.

[285] 298 US 587, 1936.

[286] En el fallo "Panamá Refining Co. v. Ryan", 293 US 388, 1935 y en "Shechter Poultry Corp. v. United States", 295 US 495, 1935, se declaró inconstitucional la ley de recuperación industrial por dar excesivas delegaciones al Ejecutivo; en "Railroad Retirement Board", 295 US 330, 1935, se sostuvo que la ley de retiro de empleados ferroviarios excedía la cláusula del comercio; en "United States v. Butler", 297 US 1, 1936, se declaro inconstitucional la ley de ajuste agrícola por entenderse que excedía los poderes del Gobierno federal, etcétera.

[287] 243 US 426, 1917.

recibió para su reelección, hizo cambiar de idea a algunos de los jueces de la Corte, lo que se unió al hecho de que se produjeron algunas vacantes en el cuerpo que fueron convenientemente cubiertas. Así comenzó una nueva tendencia, a partir de 1937 y hasta nuestros días, en la que se usa mucho menos la cláusula del debido proceso legal sustantivo para proteger la propiedad privada y la libertad de comercio. Este período fue inaugurado con decisiones como la de "Chas. C. Steward Machine Co. v. Davis"[288], en la que la Corte convalidó una ley de seguridad social que creaba un fondo de desempleo; se dijo que los poderes de imposición y gasto del Gobierno federal estaban siendo apropiadamente utilizados para prevenir las consecuencias económicas del desempleo y para eliminar las obstrucciones a los Estados causadas por el hecho de que había Estados que daban ventajas a los negocios por no tener un sistema de desempleo. El más famoso caso de esta etapa inaugural del nuevo enfoque de la Corte lo constituyó "Carolene Products Co."[289], en el que la Corte convalidó una ley que impedía el transporte interestatal de leche aguada; lo más célebre de este fallo es, sin embargo, la nota al pie de página del juez Stone, que estableció que debía estar sujeta a un escrutinio más estricto la legislación que afecta los procesos políticos, por perjudicar a minorías discretas e insulares. Una opinión que marca la nueva tendencia fue la del juez Black en "Ferguson v. Skrupa"[290], en el que se convalidó una ley de Kansas que prohibía ejercer el negocio de ajuste de deudas si no era como parte de la práctica de la abogacía, cuando sostuvo: "Nos negamos a convertirnos en una superlegislatura para determinar la sabiduría de la legislación... Si la legislatura toma como su libro de texto uno de Adam Smith, de Herbert Spencer o de lord Keynes o algún otro, a nosotros no nos concierne". La posición actual de la Corte es que una ley conserva su presunción de constitucionalidad si aparece como un medio concebiblemente racional para algún objetivo legítimo del gobierno, a menos que aparezca como privando a las personas de derechos fundamentales (entre los que no está el de propiedad y el de comerciar) o como discriminando entre las personas, en cuyo caso la ley está sujeta a un escrutinio más estricto, en el que debe mostrarse que ella responde a un interés imperioso del gobierno.

Paralelamente a este desarrollo de la cláusula del debido proceso legal, entendido sustantivamente, la cláusula del contrato incorporada como se dijo al art. I, secc. 10, de la Constitución norteamericana, que durante el período de 1874 al fin del siglo sirvió para

[288] 301 US 548 57, 1937.

[289] 304 US, 1938.

[290] 3782 US 726, 1963.

invalidar leyes estatales en treinta y nueve ocasiones, es ahora raramente usada para tal fin. Un buen ejemplo de la resistencia de la Corte a usar tal cláusula es el caso "El Paso v. Simmons" [291] que versaba sobre la constitucionalidad de una ley del Estado de Texas que modificó, retroactivamente, el plazo en el cual un comprador de tierras fiscales que dejaba de pagar las cuotas podía recobrar la propiedad perdida saldando su deuda; el juez White sostuvo que la legislatura tenía derecho de impedir la especulación de tierras que había provocado la antigua regulación con esa modificación. Sin embargo, hay algunos casos más recientes en los que se ha usado la cláusula del contrato para invalidar leyes o acciones gubernamentales que lesionaban contratos públicos [292]. En materia de expropiación, según Ackerman [293], se enfrentan una práctica dominada por el recurso al lenguaje ordinario y al valor de las expectativas con un enfoque académico crecientemente comprometido con un lenguaje técnico y con la invocación de principios generales para reformular el sistema; ello tiene consecuencias en la interpretación de cuestiones como el concepto de apropiación y los alcances de la compensación. Hay en la jurisprudencia norteamericana dos criterios acerca de cuándo la primera se produce: uno de ellos es el defendido por el juez Harlan en el citado caso "Mugler v. Kansas" [294] y consiste en considerar que sólo hay apropiación cuando hay un acto deliberado del Estado de pasar una propiedad privada a su patrimonio; en cambio, el juez Holmes, quien expuso su opinión en el mismo caso, consideraba que bastaba cualquier acción gubernamental que implicara una afectación sustancial del valor de la propiedad; la Corte oscila entre ambos criterios [295]. Respecto de las regulaciones sobre el uso de la propiedad, los casos de zonificación son, en general, resueltos según el criterio permisivo sentado en el caso "Euclid v. Ambler Realty Co." [296], en el que la Corte rechazó considerar que era expropiatoria una ordenanza de esa índole. En cuanto al *test* del uso público de la propiedad expropiada, también hubo oscilaciones de acuerdo con la tendencia general de la Corte en cuanto a la intervención en cuestiones económicas: originariamente se había defendido un criterio amplio de beneficio público; luego durante la era "Lochner" se restringió el criterio, admitiéndose sólo la expropiación cuando la pro-

291 379 US 497, 1965.

292 Como ocurrió en "United States Trust Co v. New Jersey", 431 US 1977, o privados como en "Allied Structural Steel Co. v. Spannaus", 438 US. 234, 1978.

293 Ackerman, Bruce, *Private property and the Constitution*.

294 123 US 623, 1887.

295 Tribe, *American Constitutional Law*, p. 460-461.

296 272 US 365, 1926.

piedad expropiada fuese usada por el público en general; más tarde (sobre todo a partir de "Bernman"[297] en el que se expropió un comercio como parte de un plan de reurbanización de un área de Washington, con lo que el solar sería revendido como propiedad privada) y, en el plano estatal, "Poletown v. City of Detroit"[298], en el que la Suprema Corte de Michigan admitió la expropiación de todo un barrio para dárselo a la General Motors para ampliar una fábrica, se volvió al criterio amplio (esto fue confirmado en "Hawaii Housing Authority v. Midkiff"[299], en el que el gobierno expropió tierras para evitar la concentración de propiedad, vendiéndola luego a particulares). En relación a la compensación justa, el criterio está dado por lo que el propietario ha perdido, lo que no siempre se determina por los valores de mercado, y no por lo que el Estado ha ganado[300]. Respecto de los poderes impositivos del gobierno frente al derecho de propiedad y a la libertad de comercio, la Corte Suprema norteamericana les ha reconocido pocos límites: el Tribunal se negó con pocas excepciones a aplicar la cláusula del debido proceso sustantivo a las leyes impositivas, aun cuando fueran retroactivas, comenzando por "Brushaber v. Union Pacific R.R.Co."[301] –que versó sobre la primera ley federal de impuestos directos– y siguiendo con casos como "Burnett v. Wells"[302]. A partir de 1928, con el fallo en "J. W. Hampton Co. v. United States"[303] la Corte admitió que se establecieran impuestos y tasas sin propósitos recaudatorios y para regular la economía. Desde "United States v. Butler"[304] el Tribunal aceptó claramente el poder del Gobierno federal para hacer gastos relacionados con el bienestar general; en la era del *New Deal* se intentó limitar este poder del Gobierno federal cuando colisionaba con el de los Estados, pero actualmente esta limitación ha desaparecido.

A pesar de esta evolución que se ha dado en Estados Unidos y en todas las democracias liberales hacia una visión más instrumentalista y restringida del derecho de propiedad y de la libertad de comercio, los cambios se han producido a lo largo de amplios períodos y con orientaciones definidas. En cambio, en la Argentina los al-

297 348 US 26, 1954.

298 Michigan 304 N. W. 2nd. 455.

299 467 US. 229, 1984.

300 Ver, por ejemplo, "United States v. Fuller", 409 US 488, 1973.

301 240 US, 1, 1916.

302 289 US 670, 1933.

303 276 US 394, 1928.

304 297 US 1, 1936.

cances del reconocimiento efectivo de estos derechos han sido mucho más tornadizos, confusos y contradictorios.

La propiedad privada y la libertad de industria y comercio fueron reconocidos desde el origen de la práctica constitucional argentina –recordemos las ideas que, al respecto, sustentaba Mariano Moreno[305]–, aunque en sus inicios era claro el carácter instrumental de un reconocimiento amplio de esos derechos respecto de los fines de independencia nacional, aseguramiento de las libertades civiles y políticas y el progreso social. En el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, el art. 2º reconocía el derecho de propiedad luego del de la vida, la honra, la libertad, la seguridad y la igualdad; y el art. 9º definía a la propiedad como "el derecho de gozar imperturbablemente de sus bienes, rentas y productos industriales". El proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1813, abolía en su art. 160 la confiscación de bienes. El Estatuto Provisional de 1815 (arts. I y II), el Estatuto Provisional de 1816 (arts. 1º y 2º) y el Reglamento Provisorio de 1817 (arts. I y II) tienen la misma redacción en cuanto reconocen como derechos de los habitantes del Estado los de la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad, y definen la propiedad como el derecho de gozar de sus bienes, rentas y productos. Las Constituciones de 1819 y 1826 coinciden (en sus arts. CXXIII y 175, respectivamente) en el mismo texto: "Siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, los habitantes del Estado no pueden ser privados de ella ni gravados en sus facultades, sino en los casos establecidos por la ley". La Constitución de 1826 agregaba que cuando la propiedad de algún individuo particular deba ser destinada a usos públicos bajo las formalidades de la ley, el propietario debe recibir justa compensación; también prohíbe la pena de confiscación de bienes y reconoce los derechos de autores e inventores por tiempo determinado.

El proyecto de Constitución de Alberdi contiene en su art. 18 prácticamente el mismo texto del actual art. 17 de la Constitución, y en su art. 16 el antecedente más directo del actual art. 14, al preverse las libertades de trabajar, ejercer cualquier industria, la navegación y el comercio de todo género y el derecho de disponer de sus propiedades de toda forma. En una obra, publicada dos años más tarde de la sanción de la Constitución, Alberdi expuso más ampliamente que en las *Bases* sus ideas en favor de la propiedad privada y la libertad de mercado. Por ejemplo, sostenía: "La riqueza no nace por nacer: tiene por objeto satisfacer las necesidades del hombre

[305] Moreno, Mariano, *La representación de los hacendados*.

que la forma. Así es que luego que existe, ocurre averiguar cómo es que se *reparte* o *distribuye* entre los que han colaborado a producirla. Para esto es producida; y si el productor no percibe la parte que corresponde a su colaboración, deja de colaborar en lo sucesivo, o trabaja débilmente, la riqueza decae y con ella la prosperidad de la Nación. Luego es preciso que se cumpla la ley natural, que hace a cada productor dueño de la utilidad o provecho correspondiente al servicio de su trabajo, de su capital o de su tierra, en la producción de la riqueza común y partible"[306]. Y más adelante agrega: "Comprometed, arrebatad la propiedad, es decir el derecho exclusivo que cada hombre tiene de usar y disponer ampliamente de su trabajo, de su capital y de sus tierras para producir lo conveniente a sus necesidades o goces, y con ello no hacéis más que arrebatar a la producción sus instrumentos, es decir, paralizarlas en sus funciones fecundas, hacer imposible la riqueza. Tal es la trascendencia económica de todo ataque a la propiedad, al trabajo, al capital y a la tierra, para quien conoce el juego o mecanismo del derecho de propiedad en la generación de la riqueza general. La propiedad es el móvil y estímulo de la producción, el aliciente del trabajo, y un término remuneratorio de los afanes de la industria"[307]. Por cierto que estas ideas se reflejaron en las normas de la Constitución vigente de 1853/60, que en su art. 14 establece los derechos de trabajar y ejercer toda industria lícita, de comerciar y de usar y disponer de la propiedad, y que en su art. 17 dispone que la propiedad es inviolable, y ningún habitante puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley, que la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada, que las contribuciones al Tesoro Nacional sólo pueden ser fijadas por el Congreso, que los autores o inventores son propietarios exclusivos de su obra por el término que fije la ley, y que quedan suprimidas las requisiciones y confiscaciones.

Esta confianza en las virtudes de la propiedad privada ilimitada y la libertad del comercio y la industria, como motores de la prosperidad y de la efectividad de las demás libertades, se fue socavando con el tiempo en el país, hasta llegar, sobre todo a partir del primer tercio de este siglo, al extremo de confiar en un excesivo proteccionismo, regulación del mercado e intervención del Estado en la prestación de servicios como formas de satisfacer ideales de independencia nacional y justicia social.

[306] Alberdi, *El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*, t. IV, p. 151.

[307] Alberdi, *El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*, t. IV, p. 165.

Como sostiene Waisman [308], en los años de postguerra los grupos de poder, sobre todo político y militar en la Argentina, adoptaron un modelo de proteccionismo radical, no advirtiendo las tendencias del nuevo orden económico que se estaba estableciendo en el mundo, principalmente por una apreciación equivocada sobre los riesgos de revolución social; en sus palabras: "Mi tema central [es] que la Argentina no era un país subdesarrollado previamente a la depresión, pero fue convertido en uno de ellos a consecuencia de los procesos sociales y políticos en los años de postguerra. Como lo dije, el país cambió de riel de desarrollo: de ser un tipo de sociedad periférica de 'nuevo país' [como Canadá o Australia], pasó a ser un tipo de país subdesarrollado. Así que la reversión del desarrollo fue la consecuencia no intencional de las políticas industriales y laborales instauradas en los años cuarenta. Una justificación central de estas políticas era la necesidad de contener una movilización revolucionaria en el período de postguerra. También he sostenido que no había peligro de revolución, que la aprehensión sostenida por un segmento de la elite del Estado fue el producto de un conocimiento político distorsionado, y que estas políticas tuvieron las consecuencias que tuvieron por características especiales de la estructura social argentina" [309]. Estas exageraciones contraproducentes en la dirección de un proteccionismo y un intervencionismo disfuncional (aunque con algunos progresos importantes que luego comentaré en el plano social) fueron respondidas por exageraciones en sentido opuesto en la ideología de las elites socioeconómicas del país –que abrazaron un extremo libertarianismo en el plano económico apoyado por un radical autoritarismo político–. En definitiva, se produjo en el país una lamentable confusión entre fines y medios que todavía persiste: en primer lugar, se advirtió correctamente que la propiedad privada, sobre todo de los bienes de producción, y la libertad de mercado no son centrales a la autonomía personal. Pero, en segundo término, se confundió esa conclusión con una supuesta superación del liberalismo en favor de doctrinas holistas y perfeccionistas, en lugar de verlo como una profundización del liberalismo pleno que preconiza una distribución igualitaria de la autonomía. Finalmente, no se advirtió el valor instrumental de la propiedad privada y del mercado dentro de ciertos límites para favorecer las libertades públicas y la productividad, sobre todo dadas las condiciones de creciente integración comercial y competitividad del mundo contemporáneo.

De este modo la historia argentina de las últimas décadas estuvo dominada por una tensión permanente y constante entre quienes

[308] Waisman, *The Reversal of Development in Argentina*.

[309] Waisman, *The Reversal of Development in Argentina*, p. 253.

conciben a la propiedad privada y al mercado como el principal derecho natural en aras del cual se justifica el más radical sacrificio de los demás derechos y quienes suponen que una justicia social, concebida en términos antagónicos con las libertades individuales, exige un sistema económico cerrado y protegido. Esta tensión provocó oscilaciones y contradicciones tanto diacrónicas como sincrónicas en las políticas del Estado respecto de la propiedad y de la libertad de mercado, con grave daño tanto de las exigencias de distribución igualitaria de la autonomía como de eficiencia productiva. No obstante, en el medio de esta pugna se produjeron algunos avances interesantes, de conformidad con los que se daban en Europa occidental, en el tratamiento jurídico de la propiedad, como el art. 38 de la Constitución de 1949. Éste disponía, en su primera parte: "La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".

Este enfoque de la propiedad se fue reflejando en las constituciones provinciales recientemente sancionadas. Para dar uno de los ejemplos más relevantes, la Constitución de Córdoba, sancionada en 1987, establece en su art. 67 que el capital cumple una función social y se orienta al crecimiento de la economía; también se reconoce la libre iniciativa privada con sanción de los monopolios, la usura y la especulación; pero al referirse específicamente a la propiedad, se estipula que su ejercicio estará limitado por la función social que debe cumplir.

La pugna ideológica sobre los alcances del derecho de propiedad y la libertad de mercado se fue reflejando también en la jurisprudencia de nuestros tribunales, con oscilaciones bruscas que, obviamente, afectaron tanto la aplicación coherente de consideraciones de justicia como la eficiencia del mercado. Las regulaciones que limitan la propiedad en atención al interés general fueron aceptadas muy tempranamente. En "Saladeristas, Santiago, José y Jerónimo Podestá c/Provincia de Buenos Aires"[310] del 14 de mayo de 1887, se intentó impugnar una ley de la provincia de Buenos Aires prohibiendo las faenas de los saladeros a la vera del Riachuelo por razones de salubridad; la Corte rechazó el reclamo sosteniendo que "la propie-

[310] CSJN, *Fallos*, 31:274.

dad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado". En el célebre fallo "Ercolano c/Lanteri de Renshaw"[311], del 28 de abril de 1922, se trató la constitucionalidad de una ley de alquileres que imponía el congelamiento por dos años del precio de la locación. La Corte rechazó la impugnación de que se violaban los arts. 14 y 16, atento a las excepcionales circunstancias en que se encontraba el país, el interés público intenso y la situación de concentración de los propietarios de inmuebles. Conviene destacar algunos párrafos relevantes de esta decisión: "Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social... Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio sino en su extensión. Tales son las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas; y hay asimismo otras limitaciones, como son las que tienden a proteger los intereses económicos, que no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen, porque podrían contrariar los principios de libertad económica y de individualismo profesados por la Constitución... Existen, sin embargo, circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del Estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad... La crisis de la habitación es un fenómeno general observado en los últimos años... la edificación de viviendas no ha guardado relación con el aumento progresivo de la población... Ha existido una opresión económica irresistible, porque se ejercía sobre la base de una de las cosas más esenciales para la vida; sobre algo que es más indispensable que cualquier otro servicio público... Exigencias materiales y consideraciones de decoro y moral, todo contribuye a hacer de la habitación la necesidad más premiosa y a convertirla, por lo tanto, en el instrumento más formidable para la opresión... Desde luego, no puede ponerse en duda que interesa a la comunidad en conjunto la situación económica de los distintos grupos que la constituyen y que tratándose como en este caso de la suerte de la mayoría de la población, no son solamente consideraciones de humanidad y de justicia social las que reclaman su intervención, sino también su interés directo, ya que es elemental que una situación afligente del mayor número tiene que repercutir desfavorablemente sobre la economía general, dada la vinculación

[311] CSJN, *Fallos*, 136:170.

lógica de todos los intereses materiales... No es del resorte del Poder Judicial decidir el acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado para conjurar esa situación crítica, ni las consecuencias de orden económico que puedan derivar de la aplicación de la ley. Le incumbe únicamente pronunciarse acerca de los poderes constitucionales del Congreso para establecer la restricción al derecho de usar y disponer de la propiedad que encierra la ley impugnada... Las consideraciones y antecedentes de que se ha hecho mérito en el curso de esta sentencia conducen a una conclusión favorable respecto a la facultad legislativa para ejercitar en este caso, el poder de reglamentación sobre los precios, como una medida transitoria y de emergencia". Este fallo fue suscripto por Figueroa Alcorta, Méndez, y Palacio. En cambio, el juez Antonio Bermejo expresó su disidencia sobre la base de la intangibilidad del derecho de propiedad, el abuso del poder de policía que se estaba convalidando, el que debía restringirse a los casos en que unos causan daño a otros, y el peligro de que se incurriera en un progresivo intervencionismo estatal hasta caer en un comunismo de Estado. En "Horta c/Harguindeguy"[312] fallado pocos meses después, el 21 de agosto de 1922, la Corte trató la aplicación de la misma ley convalidada en el fallo anterior, pero esta vez en forma retroactiva, a contratos celebrados con anterioridad a su sanción. La Corte sostuvo que la garantía de la irretroactividad de la ley civil no tiene carácter constitucional, salvo cuando se trata de un derecho patrimonial ya adquirido, en cuyo caso afecta el derecho de propiedad. Sostuvo que así ocurría en el caso presente, no pudiéndose invocar la doctrina de la omnipotencia legislativa fundada en una presunta voluntad mayoritaria, ya que la esencia de nuestro sistema de gobierno es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Esta misma doctrina fue aplicada por el Tribunal en "Mango c/Traba"[313], del 20 de agosto de 1925, en el que se cuestionó con éxito la aplicación de una ley de alquileres a un caso decidido con autoridad de cosa juzgada antes de la promulgación de la ley; además la Corte agregó que la tolerancia de este tipo de leyes estaba basada en una situación provisoria de emergencia, que se advertía que estaba pasando. Pero la tolerancia judicial con la interferencia en la propiedad privada por razones de interés público se puso de manifiesto en otro caso rector, "Oscar Agustín Avico c/Saúl de la Pesa"[314], decidido el 7 de diciembre de 1934. Se impugnaba, en este caso, una ley que prorrogaba por tres años los préstamos hipo-

[312] CSJN, *Fallos*, 136:59.

[313] CSJN, *Fallos*, 144:220.

[314] CSJN, *Fallos*, 172:29.

tecarios y limitaba la tasa de interés. Con profusión de antecedentes norteamericanos y europeos, la Corte, integrada por Repetto, Nazar Anchorena, Pera, Sagarna y Linares, sostuvo la constitucionalidad de la ley, sobre la base de que la profunda crisis económica tenía los caracteres de un caso fortuito capaz de modificar las relaciones contractuales creadas al abrigo de la normalidad. Repetto disintió respecto de la modificación de los intereses invocando la doctrina de los derechos adquiridos.

La misma doctrina fue aplicada recientemente por la Corte Suprema en "Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional, Ministerio de Economía, BCRA", del 27 de diciembre de 1990[315], para declarar la constitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia (36/90), que convirtió depósitos a plazo fijo en bonos públicos. Lamentablemente el fallo de la mayoría de la Corte Suprema implica un nuevo socavamiento a la continuidad de nuestra práctica constitucional, no sólo por el reconocimiento de poderes casi omnímodos al Ejecutivo –a lo que haremos referencia en el apartado siguiente–, sino por la extrema ligereza con que se trata al art. 17 de la Constitución. En efecto, la mera invocación de la situación de emergencia económica (consids. 39, 40, 47 y 48), o de la facultad del poder público de velar por el bienestar general (consids. 38 y 45), o de que los derechos no son absolutos (consid. 45), no basta para eliminar la impresión de que la protección constitucional de la propiedad ha sido vaciada de contenido.

La idea general de los derechos adquiridos fue sufriendo sucesivas limitaciones en la jurisprudencia de la Corte: si bien se determinó que no pueden alterarse los derechos adquiridos por sentencia firme –ver "Ferrari c/Peii"[316], decidido en 1944–, se admitió en un fallo de 1960[317] que la garantía de la propiedad no impide la aplicación de las leyes de orden público en tanto no exista sentencia firme; y que una ley de locaciones urbanas puede aplicarse, incluso, a causas aún no falladas definitivamente (criterio adoptado en "Diodato c/Gómez" y "Domla de Nohra c/Maitia" del 15 de febrero de 1967[318]. De igual modo, la aplicación retroactiva del arancel de orden público de honorarios de abogados y procuradores en situaciones no concluidas con anterioridad no es inconstitucional[319], pero los honorarios regulados por sentencia firme no pueden modificarse so-

[315] Ver CSJN, 27/12/90, *ED*, 22/4/91.

[316] CSJN, *Fallos*, 199:466.

[317] CSJN, *Fallos*, 246:197.

[318] Ver CSJN, *Fallos*, 266:170 y *LL*, 126-261, respectivamente.

[319] Ver una decisión en este sentido en CSJN, *Fallos*, 244:31.

bre la base de una ley posterior[320]. La Corte sostuvo también que no afecta un derecho adquirido la disminución para el futuro del haber jubilatorio, salvo que resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada, como se decidió en "Florio, Lucio s/jubilación"[321], del 21 de diciembre de 1966. En cambio, afecta la garantía de la propiedad la aplicación de una ley que suprime el beneficio de jubilación por retiro voluntario, dictada después del momento de cesado el trabajo, argumento de "Cadorini s/jubilación"[322], del 7 de octubre de 1966.

Se han admitido también otros tipos de restricciones a la propiedad. Un fallo absolutamente cuestionable en este sentido es el dictado en "Merk Química Argentina c/Gobierno Nacional"[323], del 9 de junio de 1948: se trataba de la incautación de una empresa alemana como propiedad enemiga, realizada a través de actos del Poder Ejecutivo amparados en una serie de decretos leyes; la Corte convalidó la apropiación sobre la base de los poderes de guerra del Presidente y la importancia de la producción económica para una situación de guerra que ponía en peligro a la Nación. Todo esto resulta peligroso y ridículo, tomando en cuenta la fecha de los decretos, la posición de la Argentina en la guerra y las facultades no revisables judicialmente que se le estaban reconociendo al Presidente (algunas de estas debilidades fueron puestas de manifiesto por el presidente de la Corte, Casares). De similar desaprensión hacia los procedimientos legales en protección del patrimonio fue víctima el mismo que la había inspirado en el caso recién examinado; en la causa "Juan Domingo Perón"[324], fallada el 21 de junio de 1957, la Corte admitió la confiscación de los bienes de Perón hecha por una comisión creada por normas *de facto*, sin que se hubiera recurrido a los procedimientos judiciales correspondientes (esto es típico, como oportunamente dijimos, de nuestra práctica constitucional: el afán de lograr resultados aparentemente justos saltando sobre los procedimientos). En el régimen militar instaurado en 1976 se repetiría el mismo tipo de mecanismo confiscatorio.

Hay una jurisprudencia constante que, sobre la base del poder de policía, admite restricciones menores al dominio, tomando en cuenta razones de interés público. Para dar un ejemplo; en el fallo "Sánchez, Arturo c/Segba"[325], del 19 de septiembre de 1969, se re-

[320] CSJN, *Fallos*, 258:189.
[321] CSJN, *Fallos*, 266:279.
[322] CSJN, *Fallos*, 266:19.
[323] CSJN, *Fallos*, 211:193.
[324] CSJN, *Fallos*, 238:123.
[325] CSJN, *LL*, 32-242.

chazó la demanda de un particular que sostenía que su derecho de propiedad sobre una finca se vería seriamente afectado por una construcción hecha por la empresa de servicios eléctricos sobre terreno público.

El mismo poder de policía fue invocado, sobre todo a partir de la década del 30, para restringir la libertad de comercio e industria. En 1934 se dictaron los fallos "Swift c/Gobierno Nacional" [326], en el que se legitimaba la facultad del Poder Ejecutivo para requerir informes a los frigoríficos y revisar su contabilidad y correspondencia, y "Anglo c/Gobierno Nacional" [327], en el que se convalidaba la obligación de los frigoríficos de clasificar el ganado antes de comprarlo, informar de las operaciones al Poder Ejecutivo y se admitían sanciones en caso de infracción. En 1944 se dictaron los fallos "Inchauspe c/Junta Nacional de Carnes" [328], en el que se admitió la constitucionalidad de una contribución obligatoria de los ganaderos a la Junta Nacional de Carnes, con amplias facultades de intervención en el mercado, y "Viecen Martini e Hijos" [329], en el que se admitió, sobre la base del poder de policía y la razonabilidad mínima de la ley, la constitucionalidad de una ley de precios máximos. En 1960 se decidió "Prattico, Carmelo y otros c/Basso y Cía." [330], en el que se aceptó la constitucionalidad de un aumento mínimo de emergencia de sueldos y salarios, y el caso "Cine Callao" [331], en el que se admitió la validez constitucional de la obligación impuesta a los cines de dar "números vivos", aceptándose un control mínimo de razonabilidad sobre la base de la adecuación de la carga que la ley impone a los fines proclamados. En 1967 la Corte aprobó en "Caja de Subsidios Familiares c/Talleres Metalúrgicos Ricardo Urbe" [332] la constitucionalidad de cargas que no son impuestos y que tienen un claro sentido social.

En materia impositiva la Corte sostuvo, en 1964, que la garantía de la propiedad no impide la aplicación de gravámenes en tanto no sean confiscatorios [333]. El impuesto hereditario fue inicialmente impugnado por la Corte en 1882 [334], por no ser el Fisco un heredero,

[326] CSJN, *Fallos*, 171:348.
[327] CSJN, *Fallos*, 171:366.
[328] CSJN, *Fallos*, 199:483.
[329] CSJN, *Fallos*, 200:450.
[330] CSJN, *Fallos*, 246:345.
[331] CSJN, *Fallos*, 247:121.
[332] CSJN, *Fallos*, 267:313.
[333] CSJN, *Fallos*, 258:230.
[334] CSJN, *Fallos*, 23:647.

pero lo empezó a admitir a partir de 1904[335]. Se estableció que la alícuota no puede ser confiscatoria; en general se sostiene, en forma arbitraria e injustificada tomando en cuenta la experiencia de otros países liberales, que el límite de la confiscatoriedad se alcanza cuando esa alícuota sobrepasa la tercera parte del valor del patrimonio (tal lo resuelto en *Fallos* de 1941 y 1956[336]. También se fija el límite de la contribución territorial sobre la renta anual en un 33 %, pasado el cual se considera confiscatorio, en decisiones de la Corte como las del año 1943 y del año 1956. Pero posteriormente se decidió que ese límite no se debía fijar sobre la renta obtenida por el propietario, que podía ser el resultado de una mala administración, sino sobre la base de una renta normal. En una decisión de 1961[337] el Tribunal sostuvo que no se infringe el derecho de propiedad con el impuesto a los réditos sobre el capital y el trabajo. En cuanto a las tasas, la Corte exige que tengan una aproximación equitativa, aunque no exacta, con el servicio que se presta[338]. Se admitió, en 1937, la constitucionalidad del cobro de un servicio de aguas corrientes a un propietario que lo rehusa en atención a los intereses de la salud pública[339]. Las contribuciones de mejoras pueden ser confiscatorias si son excesivas en relación al mayor valor de la propiedad beneficiada[340]. La Corte Suprema ha admitido, en 1961, la constitucionalidad de la doble imposición nacional y provincial sobre un mismo hecho[341].

En materia de expropiación, la Corte Suprema ha sostenido que ella deriva de la originaria soberanía estatal[342], y que concilia en su justa medida el derecho de propiedad individual con el interes público[343]. Respecto de la calificación de utilidad pública, si bien primero se decidió que era exclusiva discreción del Congreso[344], luego la Corte sostuvo que es facultad de los jueces determinar si concurre o no la causa de utilidad pública en casos de gravedad o arbitrariedad extrema, como cuando se expropia a un particular para dárselo a otro como dádiva, sin beneficio público alguno[345]. Sin embargo,

[335] CSJN, *Fallos*, 100:51.
[336] Ver CSJN, *Fallos*, 190:159 y 234:129.
[337] CSJN, *Fallos*, 249:657.
[338] Ver CSJN, *Fallos*, 248:285.
[339] Ver CSJN, *Fallos*, 149:32.
[340] Ver, por ejemplo, CSJN, *Fallos*, 181:418.
[341] Ver, por ejemplo, la decisión de CSJN, *Fallos*, 249:657.
[342] CSJN, *Fallos*, 256:232.
[343] CSJN, *Fallos*, 187:72.
[344] CSJN, *Fallos*, 4:311.
[345] CSJN, *Fallos*, 251:246.

sería necesario distinguir estos casos de otros, en los que la propiedad es redistribuida no como dádiva sino para satisfacer necesidades elementales de los sectores menos favorecidos de la población, sobre todo cuando se está frente a situaciones de oligopolio[346]. La expropiación sólo puede ser realizada cuando es absolutamente necesaria para realizar una obra pública o darle un destino público, y no para recaudar fondos para el Estado[347]. La indemnización es "justa" si restituye integralmente al propietario y cubre además los daños y perjuicios que sean consecuencia de la expropiación[348]. La indemnización debe ser actualizada por depreciación monetaria al tiempo de la sentencia[349]. Un propietario puede obtener la expropiación inversa si, por ejemplo, se ha puesto al inmueble en situación de indisponibilidad respecto de uno de los usos del mismo[350], también cuando hay un serio menoscabo del dominio como cuando la Municipalidad niega el permiso de ampliación y modificación de un inmueble afectado a la extensión de una avenida[351]. El propietario tiene derecho de retrocesión cuando no se da al inmueble expropiado el destino previsto por la ley[352].

Por cierto que la propiedad protegida por el art. 17 de la Constitución no se extiende sólo a la que se refiere a cosas materiales, sino que, como lo dispone expresamente ese artículo, se incluyen también la intelectual e industrial. Se admiten mayores restricciones en este tipo de propiedad, como su duración temporal, o que se niegue la protección legal a una invención que resulta perjudicial en términos de moralidad, seguridad o salubridad pública[353].

En suma, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al igual que la de los demás tribunales que han seguido temperamentos parecidos, ha sido exageradamente oscilante: algunas veces ha admitido una extrema intervención en los derechos de propiedad y de comerciar –hasta llegar a la expropiación lisa y llana o a la supresión radical de la voluntad contractual de las partes–, y otras veces ha adoptado una actitud de extrema reverencia hacia la propiedad individual, desconociendo su carácter instrumental –como

[346] Ésta es precisamente la doctrina de "Ercolano" (*Fallos*, 136:170) y "Avico" (*Fallos*, 172:29).

[347] CSJN, *Fallos*, 33:162.

[348] CSJN, *Fallos*, 281:354.

[349] Ver, por ejemplo, CSJN, *Fallos*, 277:75.

[350] Ver la decisión de CSJN, *Fallos*, 226:606.

[351] CSJN, *Fallos*, 231:377.

[352] Ver, por ejemplo, CSJN, *Fallos*, 276:186.

[353] Ver CSJN, *Fallos*, 278:313.

cuando ha considerado confiscatorios los impuestos que excedieran el tercio de la renta–.

Si la comparamos con la jurisprudencia constitucional norteamericana sobre esta materia, es como si el cambio que se dio entre la de la "era Lochner" y la que acompañó al *New Deal* –cambio tan profundo y raro que, según algunos autores como Ackerman[354], importó una verdadera reforma constitucional informal–, se repitiera en nuestro país cada pocos años, con continuos vaivenes y hasta con inconsistencias sincrónicas. Detrás de muchas de estas variaciones –sobre todo las que se orientaron hacia la restricción de la propiedad– es obvio que se hacen sentir las presiones del poder público. De cualquier modo, este breve examen parece confirmar lo que se dijo al comienzo en el sentido de que la visible incoherencia de las pautas jurisprudenciales, coincidentes con los cambios bruscos de políticas de gobierno, no ha permitido constituir una práctica constitucional en esta área, no habiendo ayudado ni a cimentar la eficiencia del mercado ni a producir una redistribución de riqueza acorde con exigencias de justicia social.

Es evidente que una reforma de la Constitución nacional no puede ignorar la tendencia de todos los textos constitucionales dictados en el marco de democracias liberales en las últimas décadas –incluyendo a los de Europa occidental, los de Latinoamérica y los de varias provincias argentinas– de asignar a la propiedad privada y a la libertad de comercio una función social. Lejos de constreñir al legislador, la inclusión de este principio (que, por otra parte, como vimos, es ampliamente receptado por nuestra jurisprudencia –a veces con excesivo impulso, afectando la necesaria previsibilidad de cualquier sistema económico–) daría al proceso democrático un mayor margen para definir la orientación del sistema económico de acuerdo a las diferentes circunstancias fácticas y al balance de diversos intereses.

§ 44. ***Derechos sociales.*** – Un necesario complemento de los derechos económicos son los derechos llamados "sociales". En realidad, estos derechos pueden verse como un indispensable correctivo frente a las falencias de los derechos económicos, ya sea en lo que hace a la deficiente distribución equitativa de la propiedad y de la libertad de trabajo, comercio o industria, o en lo que se refiere a un ejercicio de esos derechos que no contempla las necesidades de los menos favorecidos.

[354] Ackerman, *The Storrs Lectures*, en "The Yale Law Journal", 1984, vol. 93, 1013.

Derechos como el de la salud, la vivienda, la alimentación, el trabajo, y su ejercicio en condiciones de libertad y dignidad son a menudo incluidos en esta categoría de "derechos sociales". En realidad, el rótulo es equívoco, puesto que induce a pensar que se contraponen a los derechos individuales, y que lo hacen por el hecho de no ser gozados por individuos sino por grupos, o por presuponer la inserción social como condición necesaria de su título a ellos. En verdad, una concepción liberal de la sociedad enfoca a los derechos sociales (tal cual vimos en el cap. I, ap. F) como una *extensión natural* de los derechos individuales, y sólo por convención se insiste con la terminología tradicional. Ni siquiera se trata de derechos diferentes a los derechos a la vida, la integridad corporal y a los demás derechos individuales que protegen bienes necesarios para la autonomía personal. Generalmente los derechos sociales se refieren a condiciones ulteriores a las que eran tomadas tradicionalmente en cuenta para preservar esos mismos bienes.

Defensores de lo que suele denominarse "liberalismo clásico o conservador" se oponen vigorosamente al reconocimiento de los derechos sociales. Uno de los más enfáticos en ese sentido es Hayek[355]. Para él la justicia se plasma en reglas esencialmente negativas que prohíben interferencias con el orden espontáneo ("cosmos") del mercado, exigiendo sólo actos positivos en circunstancias muy especiales en las que hay algún tipo de compromiso voluntario. Considera Hayek que el concepto de justicia social es absolutamente vacuo, ya que no tiene sentido evaluar los resultados de un proceso espontáneo; detrás de esta noción hay la pretensión de suplantar ese proceso espontáneo, por un orden deliberado ("taxis") de sujeción. Sostiene que tampoco tiene sentido hablar de "derechos sociales", puesto que no hay derechos sin la correspondiente obligación, y no hay aquí obligación alguna correlativa, sobre todo cuando no se puede identificar cuál sería el sujeto de semejante obligación; ese sujeto no puede ser la sociedad, ya que ésta no es un organismo con facultad de deliberar. Los derechos sociales, como los establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, presuponen, según Hayek, una visión de la sociedad como una organización, y a los ciudadanos como empleados de esa organización. Con argumentos parecidos, aunque a veces no tan extremos, muchos pensadores han sostenido que los verdaderos derechos están relacionados con lo que Isaiah Berlin llamó "libertad negativa", la ausencia de interferencias por parte de otros y en especial del Estado, y no con la libertad positiva, que se refiere a la autorrealización del individuo.

[355] Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2, cap. 9.

En este planteo del liberalismo conservador hay una serie de confusiones. Una de ellas es suponer que el orden del mercado es un orden *espontáneo*. Nada más lejos de la verdad: en primer lugar, el orden del mercado se basa en la estructura de propiedad, que, como es obvio, está establecida por leyes deliberadamente dictadas que convalidan ciertos actos de posesión y transmisión de bienes –los que podrían no ser reconocidos–, les imputan ciertos derechos y obligaciones –que podrían, como vimos, tener diferente alcance–, y establecen sanciones penales para quienes interfieran con esos derechos. En segundo lugar, esas leyes son ejecutadas por tribunales y policías que se mantienen con el resultado de obligaciones positivas de pagar impuestos. En tercer lugar, el mercado funciona a través de contratos que también requieren leyes, tribunales, oficiales de justicia, e impuestos para pagar todo lo anterior, para ser ejecutados; en realidad, a una mayor extensión de la autonomía de la voluntad le corresponde un mayor intervencionismo estatal en la forma de ejecución contractual, y a un mayor reconocimiento de nulidades contractuales una menor interferencia estatal representada por más casos de negativa de prestar el servicio público de la coacción [356].

La segunda confusión del liberalismo conservador, a la que ya aludí en el apartado anterior, es la de pensar que la autonomía personal sólo se constituye a través de *condiciones* negativas, como la no interferencia de otros, y no a través de condiciones positivas, como las prestaciones de otros. La posibilidad efectiva de elegir y materializar planes de vida requiere de bienes y recursos que deben ser proporcionados tanto por abstenciones como por actos positivos de los demás. Como se ve claro en el caso de Nozick [357], el liberalismo conservador, como dije, descalifica sin fundamento la posibilidad de que los derechos se violen por omisión, y sólo percibe como interferencia con el "orden natural" a los actos positivos. La idea de que este prejuicio en contra de las omisiones, como fuente de violación de derechos, se basa en que raramente adscribimos a ellas efectos causales como los daños –la muerte, las lesiones, etc.– que materializan una violación de derechos. Pero cuando analizamos por qué se discrimina causalmente entre acciones y omisiones, la explicación más plausible parece ser la de que nuestros juicios causales presuponen pautas normativas que diferencian el curso normal de lo "desviado", e implícitamente tomamos acríticamente esas pautas normativas de la moral positiva, que sólo en casos excepcionales ad-

[356] Ver esta interpretación de las nulidades en Nino, *La validez del derecho*, cap. X.

[357] Nozick, *Philosophical Explanations*, p. 27-28.

judican responsabilidades por omisiones que son condición suficiente de daños. Una evaluación crítica de esas pautas lleva a revisar nuestros juicios causales, y a adscribir efectos causales y la consiguiente responsabilidad, tanto a acciones como a omisiones que son condición de la restricción de la autonomía de otros, siempre que tales responsabilidades no impliquen poner a los propios agentes en situación de menor autonomía relativa que aquellos cuya autonomía se protege.

Este planteo ha sido recientemente cuestionado en un interesante trabajo de Spector[358] que merece un comentario. Spector reconoce que el liberalismo clásico no puede sustentarse en la supremacía de la libertad positiva sobre la negativa (tesis que convierte a ese liberalismo en un liberalismo negativo), ya que es conceptual y valorativamente imposible distinguir entre una y otra libertad una vez que uno toma como valor básico el de la autonomía personal. Sin embargo, sostiene que el liberalismo clásico puede ser defendido sobre la base de una concepción de la racionalidad práctica deontológica que presupone: *a*) que el deber de no atacar comisivamente el valor de la libertad positiva predomina sobre el deber de no impedir un detrimento de ese valor; *b*) que el bien de cada persona constituye un valor distinto e inconmensurable, y *c*) que la exigencia de no atacar los bienes humanos –como la libertad positiva es agencialmente relativa, de modo que mi deber de no violar la libertad de otro no se extiende con igual grado al deber de impedir que otros lo hagan. Mi disenso radica principalmente en el punto *a*.

Spector rechaza mi análisis de la causalidad que lleva a asimilar las acciones y las omisiones sobre la base de que hay un concepto descriptivo de causa que no presupone las consideraciones normativas que yo aduzco (cuando se dice que el verdugo causó la muerte del acusado ejecutándolo, no se presupone que él está violando un deber). Por otro lado, si un evento es condición suficiente de un resultado, la mención de otro evento que no lo ha impedido es, como dice Mack, superflua para la explicación del resultado. Sin embargo, estos argumentos no son convincentes: las pautas de normalidad que excluyen a ciertos eventos como parte de la condición suficiente de un cierto resultado que tomamos como causa, no son fácticas pero no siempre son morales (como en el famoso ejemplo de Hart y Honoré sobre la mención o no del oxígeno como causa del fuego en el laboratorio), y cuando lo son no siempre la relación entre ellas y la adscripción de causalidad es tan simple como la de equiparar la inmoralidad con la generación causal (esto no ocurre obviamente en el caso del verdugo, aunque aquí también intervie-

358 Spector, Horacio, *Autonomy and Rights*, por publicarse.

nen pautas normativas para distinguir, a los fines causales, entre la acción del verdugo y la acción del carpintero que ha construido el cadalso y al que nadie le adscribiría el efecto causal de la muerte de los ejecutados). En cambio, en el caso de las omisiones –como se muestra en los famosos ejemplos de Hart y Honoré[359] sobre la imputación de la muerte de las flores a la abstención de regarlas por parte del jardinero y no a igual abstención de los vecinos que no tenían tal deber– las pautas de normalidad presupuestas en la adscripción de efectos causales parecen ser morales e identificar la desviación con su violación. Si admitimos como causa de un resultado dañoso a algunas omisiones (como la del jardinero, la de la madre que mata a su bebé no dándole de comer, la del guía de montaña que, contrariando su deber, no le extiende la mano al alpinista para sostenerlo) debemos concebir también como causa a toda omisión que no difiera relevantemente de esos casos ni desde el punto de vista fáctico, ni –una vez reconocidas las presuposiciones morales– desde el punto de vista valorativo.

El argumento de Mack es trivial, puesto que, cuando hemos identificado a un cierto evento como condición suficiente del resultado, es porque ya hemos excluido, de acuerdo con las pautas mencionadas de normalidad y, a veces, de moralidad, la ausencia del factor impidiente como parte de esa condición suficiente. Sin embargo, hay muchos contextos en los que no es explicativamente superfluo incluir, como parte de la condición suficiente de un resultado, la ausencia de tal condición que hubiera impedido otra condición; por ejemplo: podemos citar como causa del fuego en un laboratorio el mal funcionamiento del sistema de exclusión de oxígeno, así como citamos llanamente la omisión del jardinero de regar las flores, y sería explicativamente absurdo mencionar, en cambio, el efecto de deshidratación producido por el calor solar. Una vez que admitimos esto no hay razón para sostener que los deberes negativos de no afectar la libertad positiva tienen prioridad sobre los deberes positivos, aun cuando admitamos, como yo lo hago, la idea de separabilidad de las personas –que hace incompensable la libertad negativa de una con la de otra– y la idea de relatividad agencial, que se pone de manifiesto no en la supuesta diferencia entre violar por acción positiva la libertad de otro y omitir impedir que otros lo hagan, sino en el hecho de que yo no causo y no soy igualmente responsable por el daño causado a un tercero cuando entre mi acción –o mi omisión– y ese daño se interpone la *acción voluntaria* de otros (lo mismo ocurre cuando es una acción comisiva lo que yo realizo, como se pone de manifiesto en el caso del carpintero que construye el cadalso que

[359] Ver Hart, Herbert L. A. - Honoré, A. M., *Causation in the Law*, p. 35.

luego usa el verdugo). De cualquier modo, puede haber alguna responsabilidad de impedir que otros causen daño, aunque indudablemente menor que la responsabilidad de no causarlo directamente por acción u omisión. Si el argumento de Spector fuera válido no se podría fundamentar en la necesidad de salvaguardar la libertad positiva de la gente, la obligación positiva de pagar impuestos para mantener la policía y los tribunales.

Una tercera confusión en la que el liberalismo conservador suele incurrir –aquí acompañado, curiosamente, por posiciones de izquierda que sustentan enfoques valorativos diametralmente opuestos– es entre las *condiciones normativas* de la libertad y las *condiciones materiales*. Según aquel liberalismo, las libertades que se concretan en normas tienen prioridad sobre las que se refieren a las condiciones para el efectivo ejercicio de las primeras libertades (un eco de esto, se muestra en la distinción que hace Rawls entre libertades y recursos a los efectos de la prioridad de su primer principio). La izquierda, incluyendo diversas vertientes del marxismo, acepta la misma distinción, pero sostiene que el primer tipo de libertades es meramente "formal" y no tiene ningún valor, el que queda radicado exclusivamente en el segundo tipo. Ambas posiciones son erróneas: las llamadas "libertades normativas" no son formales; en la medida en que ellas estén establecidas por normas positivas consisten, en definitiva, en conductas activas o pasivas de diferente gente –legisladores, jueces, policías– y son condiciones esenciales de la autonomía personal; por ello mismo, no hay una diferencia moral relevante entre esas condiciones y otras –que también deberán ser establecidas por normas– que involucran prestaciones de los demás de ciertos recursos. A propósito, el argumento de Hayek de que no hay sujeto de tales obligaciones de prestaciones positivas es infundado: el sujeto son todos los ciudadanos en forma conjuntivamente general –para usar la terminología de von Wright [360], los que están obligados a realizar las acciones correspondientes –generalmente pagar impuestos– para que quienes ven su autonomía afectada cuenten con recursos suficientes; con el mismo argumento de Hayek se podría decir que nadie está obligado a no contaminar el medio ambiente, dado que la obligación se satisface cuando hay una cantidad suficiente de personas innominadas que realizan la –en este caso– omisión correspondiente.

Estas tres confusiones muestran que el llamado "liberalismo conservador" que las exhibe es más conservador que liberal. Esto es así puesto que, contrariamente al primer postulado metodológico del liberalismo de tomar *distancia crítica* tanto del orden social

[360] Wright, Georg H. von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, cap. III

como del natural, en primer lugar, asume como espontáneo el orden que está establecido por leyes positivas y un fuerte aparato estatal apoyado por obligaciones positivas de los ciudadanos; en segundo término, adopta acríticamente las pautas de la moral positiva al negarse a adscribir efectos causales dañosos a la mayoría de las omisiones, y en tercer término, discrimina entre las normas vigentes y las que deberían estarlo para establecer condiciones adicionales de la autonomía, dando prioridad a una supuesta libertad normativa fundada sólo en aquellas normas vigentes.

Una vez que determinamos esto, queda espacio todavía para un auténtico liberalismo conservador en el consenso que sirva de base para fundar una práctica constitucional en torno a un liberalismo pleno –cuya orientación más conservadora o progresista deberá decidirse a través del proceso democrático–. Ese liberalismo conservador genuino no se basa en las distinciones espurias que acabamos de comentar, sino en la necesidad de preservar la autonomía personal frente a deberes excesivos correlativos a derechos sociales, que –según esta posición– puede amenazar, cuando se sobrepasa un cierto límite, con excluir todo margen para la realización de planes de vida, con concentrar un poder excesivo en órganos estatales –con posibilidades de abuso y corrupción– y con restar toda eficacia al sistema de producción de bienes, con mengua, en definitiva, de la autonomía personal de los menos favorecidos. Con esto quiero decir que, si bien la negativa total y absoluta de los derechos positivos o sociales queda fuera del consenso que promueva una práctica constitucional en torno de un liberalismo no deficitario, el alcance preciso de esos derechos *vis à vis* los derechos de propiedad y de comercio, es algo que debe ser resuelto a través de la discusión y decisión democráticas.

Los derechos sociales han tenido amplio reconocimiento en el derecho internacional. Como ya se ha sugerido, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, dictada en 1948, prevé en sus arts. 22 a 27 inclusive tales derechos. El primero de los articulos menciona el derecho a la seguridad social, entendida en un sentido amplio que comprende todos los demás derechos, corresponde a todo miembro de la sociedad, y él implica el derecho a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional y tomando en cuenta la organización y recursos de cada Estado, los derechos sociales, económicos y culturales, indispensables a su dignidad y al desarrollo de su personalidad.

En artículos sucesivos se prevén: el derecho al trabajo; a la libre elección de éste; a la protección contra el desempleo; el derecho a una remuneración equitativa, satisfactoria e igual por trabajo igual; el derecho al descanso; al disfrute del tiempo libre; a una duración

razonable del trabajo y a vacaciones pagas; el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a los existentes para la defensa de los intereses laborales; derecho a un nivel de vida adecuado que asegure a cada persona, así como a su familia, la salud, la alimentación, el vestido, la vivienda; el derecho a la seguridad social por invalidez, vejez, desempleo, viudez, etc.; el derecho a cuidados y asistencia especial para la infancia y la maternidad; el derecho a la educación y a participar de la cultura; etcétera.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 1966, aprobado por nuestro país por ley 23.313, en 1986, establece en su preámbulo que el ser humano no puede realizarse como ser libre a menos que se creen las condiciones que le permitan a cada persona gozar de los derechos sociales, económicos y culturales, aunque, según el art. 1°, cada pueblo tiene el derecho de autodeterminación para proveer a su desarrollo y disponer de sus riquezas y recursos naturales. Luego enuncia los diferentes derechos, agregando algunos a los de la Declaración, como el derecho de huelga, o el de la protección de las madres asalariadas.

Alrededor de la Organización Internacional del Trabajo se fueron celebrando diversos convenios en materia de derechos sociales, como el Convenio 87 sobre libertad sindical (aprobado por ley 14.932), el Convenio 98 sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva (aprobado por ley 11.594) o el Convenio sobre igualdad de remuneraciones (aprobado por ley 11.595).

La Carta Social Europea, dictada en 1961 y en vigencia desde 1965, ha sido ratificada por Gran Bretaña, Noruega, Suecia, Irlanda, Alemania Federal, Dinamarca, Italia, Chipre, Austria, Francia, Islandia, Países Bajos y España. Ella establece derechos sociales como el de la orientación y formación profesional; protección de la salud, a los beneficios de los servicios sociales, a condiciones de trabajo equitativas, con el correspondiente tiempo de reposo y vacaciones, protección de los menores y mujeres asalariadas, derecho sindical, de negociación colectiva, de huelga, derecho de iguales condiciones de nacionales y extranjeros residentes en cualquiera de los Estados partes. Además se establecen mecanismos de protección de estos derechos a través de diversos organismos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por ley 23.054) incluye un artículo, el 26, que estipula que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la

Organización de los Estados Americanos reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

En los países de Europa occidental, luego del famoso antecedente de la Constitución de Weimar de 1919, algunas cartas constitucionales contienen un reconocimiento significativo de los derechos sociales. La que inauguró esta tendencia en la postguerra fue la Constitución italiana de 1948, cuyo art. 3º expresa: "Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". Esta tendencia fue seguida por constituciones más recientes.

Por ejemplo, la Constitución española en su cap. 3º incluye lo que denomina "principios rectores de la política social y económica", entre los que se encuentra la prescripción de que los poderes públicos aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia; la promoción de las condiciones favorables para el progreso social económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa; el fomento de la capacitación profesional y la higiene del trabajo; el reconocimiento de los períodos de vacaciones; la adopción de un régimen de seguridad social para situaciones de necesidad como el desempleo; la protección de la salud; la protección del medio ambiente; el fomento de la participación de la juventud en la actividad económica; la protección de los disminuidos físicos y mentales y de los ancianos; la protección de los consumidores; etcétera. También se establece el derecho de formar sindicatos, siempre que tengan una organización democrática.

La Constitución portuguesa es sumamente amplia en el reconocimiento de los derechos sociales: en el cap. III de la secc. II prevé los derechos, libertades y garantías de los trabajadores, y en la sect. III se estipulan los derechos sociales, económicos y culturales con gran minuciosidad y con referencias a protección de la niñez de la juventud, de la ancianidad, etcétera.

En el continente americano, la Constitución mexicana de Querétaro, sancionada en 1917, tiene el mérito de haber inaugurado el constitucionalismo social. Su famoso título sexto contiene una regulación circunstanciada de las condiciones de trabajo, de los beneficios de la seguridad social y de la organización económica del país en sus distintas áreas. La Constitución política de Perú, sancionada en 1979, es también muy minuciosa en su cap. III que lleva el título "De la seguridad social, salud y bienestar"; allí se regulan derechos tales como el de la salud, la vivienda, la atención a los desvalidos, las pensiones a la vejez, el acceso de todos a la seguridad social. Como

se sabe, la reciente Constitución del Brasil, sancionada en 1988, regula detalladamente en su cap. II los derechos sociales, que están definidos en el art. 6° como los de educación, salud, trabajo, ocio, seguridad, bienestar social, cuidado maternal e infantil, cuidado de los pobres (la Constitución llega a regular detalles como el del pago de horas extra al menos en un 50% superior al pago normal). También en el tít. VIII se prevén normas sobre el orden social, incluyendo la seguridad social, la salud, la familia, los niños, los adolescentes y los ancianos.

Estados Unidos parece, a primera vista, una de las únicas democracias occidentales en la que los derechos sociales no son constitucionalmente reconocidos. Por cierto que la Constitución vigente no se refiere explícitamente a ellos. Pero la impresión es engañosa, puesto que en la terminología constitucional norteamericana los "derechos fundamentales" son aquellos que son justiciables y que los jueces deben tener en cuenta en su tarea de control de constitucionalidad de las leyes y demás normas. Este *status* es, en efecto, denegado a los derechos sociales, como se mostró, por ejemplo, en la decisión de la Corte en "Dandridge v. Williams"[361] por la que se negó el Tribunal a hacer un escrutinio estricto sobre la base de la cláusula de protección igual a una ley de Maryland que imponía topes a los pagos de seguridad social, discriminando a las familias con más hijos; la Corte sostuvo que en el área de la economía y el bienestar social bastaba que las clasificaciones de la gente fueran mínimamente razonables, ya que no hay derechos fundamentales involucrados. Esto no quiere decir que los derechos a la salud, vivienda y alimentación no sean reconocidos como un bien básico por las leyes y por medidas de gobierno (recuérdese la legislación del *New Deal*), sino que implica admitir las dificultades para hacerlos judicialmente exigibles en ausencia de tales leyes (como lo admite también la Constitución española, y será objeto de discusión en un apartado ulterior). Aun constitucionalistas, como Michelman[362] y Blackstone[363], que urgen por el más amplio reconocimiento de estos derechos, aceptan la dificultad para hacerlos justiciables sin una regulación legal.

En la Argentina, la preocupación por los derechos sociales se inició a principios del presente siglo. En 1904 Joaquín V. González, ministro del Interior de Roca, presentó un proyecto de ley na-

[361] 397 US 471, 1970.

[362] Michelman, Franck, *Constitutional Welfare Rights and Theory of Justice*, en "University of Pennsylvania Law Review", vol. 121, p. 926.

[363] Blackstone, William, *On Health Care as a Legal Right*, en "Georgia Law Review", vol. 10, p. 391.

cional del trabajo, la que fue resistida por las mismas organizaciones obreras. En cambio, por influencia de legisladores y juristas como Alfredo Palacios se sancionaron otras leyes de protección laboral y promoción social, como la ley de descanso dominical (1905), la ley sobre trabajo de mujeres (1907), la ley de accidentes de trabajo (1915), la ley sobre trabajo de menores (1924), la ley sobre jornada de trabajo (1929), la ley de protección de la maternidad de empleadas (1934). Pero el intento más comprensivo de dictar normas en protección de los derechos sociales, lo realizó el gobierno de Juan D. Perón, tanto a través de diversas leyes como de la reforma constitucional de 1949. En la fundamentación de esta última, Arturo Sampay sostenía: "La experiencia del siglo pasado y de las primeras décadas del presente demostró que la libertad civil, la igualdad jurídica, y los derechos políticos no llenan su cometido si no son complementados con reformas económicas y sociales que permitan al hombre aprovecharse de esas conquistas". En el cap. III de la nueva Constitución se preveían los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, y de la educación y la cultura, previéndose los derechos a trabajar; a una remuneración justa; derecho a la capacitación; derecho a condiciones dignas de trabajo; derecho a la preservación de la salud; derecho al bienestar; derecho a la seguridad social; derecho a la protección de la familia; derecho al mejoramiento económico, y el derecho a la defensa de los intereses profesionales. Sin embargo, se omitió, significativamente, la inclusión del derecho de huelga.

Como se sabe, esta reforma fue anulada por un decreto del régimen militar inaugurado en 1955, el que convocó a una Convención Constituyente en 1957, con la proscripción del Partido Peronista. La Convención sólo se pudo poner de acuerdo –además de una reforma al art. 67, inc. 11, de la Constitución de 1853 para incluir el Código del Trabajo y de la Seguridad Social entre los que puede dictar el Congreso de la Nación– en el agregado del art. 14 *bis* que incluye un amplio catálogo de derechos laborales, sindicales y sociales; entre los primeros figuran: el de condiciones dignas y equitativas de labor; descanso y vacaciones pagadas; retribución justa y salario mínimo; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público. Entre los derechos sindicales enuncia: el de la organización social libre y democrática; el de recurrir a la conciliación y al arbitraje; concertar convenios colectivos; el derecho de huelga; la estabilidad de los representantes gremiales y, entre los derechos estrictamente sociales, se mencionan: el otorgamiento de los beneficios de la seguridad social; el seguro social, y la protección de la familia y el acceso a una vivienda digna. A pesar de su conci-

sión, coincidente con el estilo general de la Constitución, este artículo es lo suficientemente comprensivo como para satisfacer las exigencias del constitucionalismo social contemporáneo. El cuestionamiento principal que se les ha hecho a estas cláusulas es el de su falta de operatividad y su mero carácter programático, como luego lo veremos reflejado en algunos fallos judiciales. Sin embargo, hay varias aclaraciones que hacer sobre este punto. En primer lugar, como bien aclara Vanossi en su interesante trabajo sobre el tema[364], en el art. 14 *bis* hay cláusulas programáticas, pero también hay cláusulas operativas como la que establece el derecho de huelga. En segundo término, la terminología de "cláusulas no operativas" es equívoca, puesto que oscurece la idea de que tal cláusula puede contener directivas muy precisas al legislador y a otros órganos políticos, por más que no sea directamente aplicable por los jueces. En tercer lugar, en el apartado respectivo discutiremos si es no plausible, de acuerdo con cierta concepción justificatoria de la democracia, una mayor operatividad judicial en la aplicación de estas cláusulas. Aquí conviene tomar en cuenta que una Constitución tan avanzada como la española de 1978 establece en su art. 53, inc. 3°, que "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el cap. 3° [o sea los principios rectores de la política social y económica] informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Es decir, se adopta la solución de que estos principios no son directamente justiciables sino a través de un desarrollo legislativo. Pero es conveniente tomar en cuenta que esta solución no implica, como se dijo antes y se refleja en el texto de esta cláusula de la Constitución española, que los poderes públicos deban permanecer indiferentes frente a los derechos sociales no operativos y no tomarlos como base de la legislación, de las medidas de gobierno y de la interpretación.

Las más modernas constituciones provinciales contienen una amplia recepción de los derechos sociales. Por ejemplo, la Constitución de Córdoba, después de incluir entre las "Declaraciones de fe política" del tít. I, secc. I, el principio de que la convivencia social se funda en la solidaridad e igualdad de oportunidades, en la secc. II dedica todo el cap. II a los derechos sociales, entre los que se reconocen los del trabajador, de libre elección de su trabajo y condiciones laborales equitativas, dignas, seguras, salubres y morales; la jornada limitada a un máximo de cuarenta y ocho horas; a un sistema

[364] Vanossi, Jorge R., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, p. 300.

de seguridad social integral; a la defensa de los intereses profesionales, etcétera. Contiene, además, declaraciones, harto vagas a decir verdad, respecto de la mujer, de la niñez, la juventud, la ancianidad, etcétera.

Entre los avances del Ejecutivo, que implican un cierto socavamiento del Estado de derecho, y al que haremos referencia oportunamente (ver cap. III, ap. A), está el haber reglamentado –17 de octubre de 1990– el derecho de huelga por un mero decreto presidencial.

La Corte Suprema ha interpretado y aplicado algunos de estos derechos sociales, como por ejemplo, el de la remuneración justa, cuando sostuvo que la alegación de percibir salarios menores que los establecidos en un convenio colectivo del que se es ajeno, no demuestra menoscabo esencial al derecho constitucional a una retribución justa, ya que ello solo no acredita que el salario de los actores no estuviera de acuerdo con esta última garantía. También sostuvo la Corte[365] que el reconocimiento de una indemnización por un despido arbitrario satisface la exigencia del art. 14 *bis* de la Const. nacional[366]. Declaró asimismo la Corte que el derecho de estabilidad del empleado público no es absoluto, y que puede ser limitado en atención a las necesidades de prestación del servicio público[367], o cuando el empleado fue nombrado al margen del escalafón[368], o si fueron funcionarios nombrados por interventores federales[369]. También los representantes gremiales pueden ser removidos por razones de racionalización[370]. Pero no pueden ser invocadas leyes de prescindibilidad para aplicar medidas de cesantía sin el sumario correspondiente[371]. La Corte sostuvo también que el derecho de huelga no es óbice a que se sancionen las extralimitaciones[372]. El carácter suspensivo de la huelga no justifica, según la Corte, la obligación del empleador de pagar los salarios, dado el cáracter conmutativo del contrato de trabajo[373]. El derecho de huelga, decidió la Corte Suprema, puede ser ejercido por los gremios aun cuando no medie ley reglamentaria a su respecto[374].

365 CSJN, *Fallos*, 270:429.
366 CSJN, *Fallos*, 258:171.
367 CSJN, *Fallos*, 263:474.
368 CSJN, *Fallos*, 286:182.
369 CSJN, *Fallos*, 261:361.
370 CSJN, *Fallos*, 282:332.
371 CSJN, *Fallos*, 283:182.
372 CSJN, *Fallos*, 258:267.
373 CSJN, *Fallos*, 256:305.
374 CSJN, *Fallos*, 254:56.

Como dice Vanossi[375], uno de los aspectos más interesantes de la jurisprudencia constitucional en materia laboral es el reconocimiento, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la "libertad contra la opresión" a partir del caso "Prattico"[376], en el que se tomaron en cuenta las normas de los arts. 14 *bis* y 33 de la Constitución para convalidar leyes que establecen el salario vital mínimo, sosteniendo que "toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la presión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo". La misma invocación de la justicia social se hizo explícita en un fallo del 28 de enero de 1975, *in re* "Aldo Pereyra c/Cooperativa de Vivienda Ltda."[377], en el que se convalidó una norma de protección contra el desempleo en el área de la construcción.

De nuevo advertimos aquí, en nuestra jurisprudencia constitucional, oscilaciones similares a las percibidas en materia de libertad de comercio y derecho de propiedad: ora la Corte Suprema se muestra sumamente restrictiva en el alcance de los derechos laborales y sociales, permitiendo una amplia reglamentación legislativa, ora es sumamente generosa en relación al ámbito de esos derechos frente a los de propiedad y de comerciar. Es difícil eludir la conclusión de que esas oscilaciones responden a una actitud de deferencia frente al poder político del momento, que no siempre se fundamenta en un enfoque favorable a la prescindencia judicial, sino que parece responder a la coincidencia en la ideología sustantiva de los magistrados con aquel poder político de turno.

Mientras se producen estas oscilaciones en la amplitud del reconocimiento jurisprudencial de los derechos sociales, es un hecho evidente, en la Argentina, que el goce de esos derechos ha sufrido un proceso de paulatino deterioro en las últimas décadas, con servicios sociales que, como los hospitales públicos, ofrecen cada vez peores prestaciones; con mecanismos de seguridad social, como las cajas de jubilaciones y pensiones, que se vuelven progresivamente impotentes para atender las necesidades por las que deben velar, y con condiciones económicas que no permiten que los más desvalidos obtengan a través del mercado la satisfacción de sus requerimientos más elementales de vivienda, alimentación, vestido, etcétera. Es obvio que éste es un proceso que como se dijo en el cap. I, ap. A, socava la vigencia del constitucionalismo y que no se revierte con declaraciones constitucionales de objetivos, sino con los cambios estructu-

[375] Vanossi, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, p. 305.

[376] CSJN, *Fallos*, 246:345.

[377] CSJN, *Fallos*, 291:103.

rales que son necesarios para que el sistema de producción y distribución de bienes se ponga al servicio de la expansión de la autonomía de los menos autónomos, como lo requiere un liberalismo constitucional genuino.

Esos cambios estructurales sólo en forma relativa y mediata están relacionados con reformas constitucionales: más que incluir nuevas declaraciones que se agreguen a las que en forma suficientemente comprensiva están incorporadas al art. 14 *bis* y a las mayorías de las constituciones provinciales, y más que extender una operatividad por vía judicial que, como veremos en otro apartado, salvo en lo que hace a los prerrequisitos esenciales para el buen funcionamiento del proceso democrático, interfiere con ese proceso (ver el cap. III. ap. D), lo que se requiere ineludiblemente son modificaciones en la organización del poder democrático. De ese modo se hará posible la formación del consenso que es necesario para encarar aquellas reformas estructurales, permitiendo materializar los derechos sociales frente a la resistencia de las formaciones corporativas que procuran preservar el *statu quo*.

E) Igualdad y discriminación

§ 45. ***El principio de igualdad.*** – El principio *todos los hombres son iguales* parece ser central en una democracia constitucional. Sin embargo, como lo muestra Wilson[378], no es nada fácil decidir cómo debe ser interpretado. Una posible interpretación consiste en concebirlo como un enunciado *descriptivo*, según el cual los hombres son de hecho relevantemente iguales. Sin embargo, esta interpretación es poco atractiva, ya que como enunciado descriptivo el principio de que todos los hombres son iguales aparece como obviamente falso. Cualquiera sea la propiedad relevante que tomemos en cuenta, los hombres parecen diferir entre sí de un modo radical. La interpretación alternativa del principio reside en considerarlo como un enunciado *normativo* que prescribe que los hombres *deben* ser tratados igualmente. Sin embargo, con esta interpretación el principio parece ser también inaceptable, ya que todos admitiríamos que individuos con diferencias relevantes deben ser tratados, a ciertos efectos, en formas diferentes: los enfermos necesitan una atención médica que no requieren los sanos; los inválidos necesitan que se les proporcione sillas de ruedas o prótesis; los más pobres necesitan que se les provea de medios de subsistencia que para los ricos son superfluos.

[378] Wilson, John, *Equality*.

Dado este carácter poco satisfactorio de las interpretaciones corrientes del principio de que todos los hombres son iguales, es tentador recurrir a una tercera interpretación: la de que éste es un enunciado *analítico*, que simplemente articula el concepto de *hombre*, poniendo de manifiesto que él designa a una propiedad que no es gradual sino de tipo "todo-o-nada": a diferencia de otras propiedades como la de ser gordo, inteligente, inmoral, etc., la de ser hombre tiene, aparentemente, la característica de que se la posee o no, pero no se la puede poseer en diferentes grados. Esto tiene la implicación de que si esa propiedad es relevante para la adscripción de consecuencias normativas por parte de principios morales –como es el reconocimiento de derechos humanos– tales consecuencias son adjudicables con el mismo grado y alcance, con tal de que se posea la propiedad en cuestión.

No obstante, como he argumentado en otro lugar[379], esta interpretación tiene dificultades insuperables: la propiedad de ser hombre no parece ser una característica primitiva e inanalizable, como por ejemplo, la de los colores; si se la analiza en términos de otras propiedades aparece la siguiente disyuntiva: o bien ella se reduce a propiedades biológicas –como la pertenencia a la especie *homo sapiens* caracterizada, tal vez, por datos como el número de cromosomas en el núcleo celular–, en cuyo caso la propiedad de ser hombre es efectivamente del tipo "todo-o-nada", pero no parece en absoluto relevante como antecedente en un principio moral de consecuencias normativas (so pena de caer en una suerte de "especismo" tan injustificado como el racismo) o, de lo contrario, la propiedad de ser hombre es reducible a propiedades –como la racionalidad, la inteligencia, la afectividad–, si bien pueden ser del tipo "todo-o-nada", son de índole gradual (y justificarían una adjudicación de consecuencias normativas de diverso alcance, según el grado en que se posea la propiedad en cuestión).

Esto justifica sostener que los principios morales básicos, como los que conceden derechos fundamentales, no pueden ser inherentemente condicionales; cualquier propiedad que los condicione plantea la pregunta de por qué limitar tales consecuencias normativas –como el goce de derechos– sólo a quienes la posean, o por qué graduar el alcance de la consecuencia según el grado en que se posea. Esto me ha llevado a sostener en el trabajo citado que los principios básicos de moralidad social como los que, según dijimos antes (ver cap. I, ap. F) generan derechos humanos, deben ser principios categóricos, que tienen un dominio *erga omnes*, y que lo que varía no es la titularidad de los derechos que ellos establecen sino la posibilidad

[379] Nino, *Ética y derechos humanos*, p. 41

efectiva de gozar de ellos. Esto se pone de manifiesto, por ejemplo, en relación al principio de autonomía: él no condiciona el valor de la autonomía a la posesión de ninguna propiedad, sino que valora tal autonomía en cualquier individuo en que ella se dé, aunque no todo individuo es igualmente capaz de gozar de tal autonomía.

Respecto del principio de igualdad, el fracaso de la salida que hemos revisado brevemente, consistente en considerarlo como un enunciado analítico, hace necesario volver a explorar las alternativas tradicionales. La que parece con más posibilidades de ser rescatada es la interpretación normativa: la dificultad que plantea el enunciado "los hombres deben ser tratados de igual forma" se debe quizás a que él es concebido con un bajo nivel de abstracción; tal vez haya una forma igual de tratar a los hombres que se ponga de manifiesto en la provisión de una silla de ruedas para los inválidos o en la contratación preferencial de un indígena. Por ejemplo, Dworkin[380] defiende una formulación del principio normativo de igualdad, en el sentido de que todos los hombres deben ser tratados como iguales, según la cual éste prescribe tratar a todos *con igual consideración y respeto*; esta prescripción implicaría la distribución diferencial de bienes que se pone de manifiesto en los ejemplos anteriores. Sin embargo, formulaciones tan generales como las que acabamos de ver plantean problemas, no sólo por la obvia vaguedad de la expresión "consideración y respeto", tampoco únicamente por el problema, que hemos visto antes, de definir quiénes son "todos", sino principalmente por la ambigüedad de la expresión "igual". Hay, en realidad, dos grandes concepciones de la igualdad, que han dominado la historia del pensamiento filosófico y que se ponen de manifiesto en la interpretación de esa expresión.

La primera concepción de la igualdad se centra en la idea de *equiparación*; según esta concepción se da una situación de desigualdad entre personas cuando ellas están ubicadas en diferentes posiciones respecto de la dimensión relevante. El ideal es que todas las personas morales estén parificadas en cuanto a los bienes, recursos, satisfacciones, etc., que se tomen como relevantes. Claro está que, como esta situación óptima es en la práctica imposible de alcanzar, luego hay divergencias sobre cuáles otras situaciones se aproximan más o menos a tal estado de cosas ideal: por ejemplo, Temkin[381] muestra cómo esta idea de igualdad encierra diferentes parámetros de comparación con consecuencias incompatibles, como el que toma en cuenta –para definir una situación de desventaja de alguien– la si-

[380] Dworkin, *Taking Rights Seriously*.

[381] Temkin, Larry, *Inequality*, en "Philosophy & Public Affairs", 1986, vol. 15, nº 2.

tuación de la persona promedio, la situación de la persona mejor situada en términos absolutos, o la situación de cualquiera que esté relativamente mejor situado.

Ello incide en decidir, por ejemplo, si una situación en la que, digamos, 999 personas tienen 100 del beneficio relevante y una tiene 20, es mejor o peor que otra situación en la que una persona tiene 100 y las otras 999 tienen 20. Esta indeterminación muestra cierta falta de claridad en los fundamentos de esta idea de igualdad como equiparación: ¿qué hay de valioso en una relación comparativa que no se refleje en beneficios absolutos de los individuos involucrados en esa relación? Muchos han sostenido que si yo estoy satisfecho con mi posesión del bien relevante en el grado x, el hecho de que ahora advierta que hay alguien que tiene ese bien en el grado $x+1$ en lugar, de como yo creía, en el grado $x-1$, sólo puede dar lugar a quejas sobre la base de un sentimiento que, en el mejor de los casos es irracional, como la envidia. Estas dudas llevan a enfocar nuestra atención en la otra concepción de la igualdad, la de la igualdad como *no explotación*.

Esta concepción que se advierte en Locke, cuando sostenía[382] que los hombres no fueron hechos para estar al servicio de otros, se plasma sobre todo en la famosa segunda formulación del imperativo categórico de Kant, que ya he mencionado (cap. I, ap. F), y que prohíbe que los hombres sean usados sólo como medios y no como fines en sí mismos, y llega a su máxima expresión con la idea de Marx de que los trabajadores son explotados en el sistema de producción capitalista al serles expropiada la plusvalía de su trabajo. Tal como lo describe Reiman[383]: "Marx sostenía que en el capitalismo los obreros trabajan gratuitamente porque le proporcionan a sus patrones más tiempo-trabajo que el tiempo-trabajo que reciben a través de los salarios. Un trabajador trabaja, digamos, una semana de cuarenta horas y recibe de vuelta un salario que sirve para comprar una cantidad de mercaderías que lleva (cualquiera sea quien las produce) menos de cuarenta horas en ser producidas. El trabajador provee una plusvalía de trabajo por encima de lo que recibe de vuelta, y esta plusvalía de trabajo se sostiene que resulta impaga". Sin embargo, este concepto de explotación presupone la teoría marxista del valor en términos de trabajo, que es casi universalmente rechazada por los teóricos sociales[384]. Esto ha conducido a intentos

[382] Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, p. 7-8.

[383] Reiman, Jeffrey, *Exploitation, Force and the Moral Assessment of Capitalism: Thought on Roemer and Cohen*, en "Philosophy & Public Affairs", 1987, vol. 16, nº 1, p. 6.

[384] Ver, por ejemplo, el análisis de Roemer, John E., *Property Relations vs.*

de definir la idea de explotación en términos no marxistas, como la propuesta de Steiner de un concepto liberal de explotación[385]. Sin pretender seguir los meandros de esta compleja cuestión, debo recordar que el principio de inviolabilidad de la persona que he defendido anteriormente (cap. I, ap. F) está relacionado con esta idea de igualdad como no explotación; él proscribe, como vimos, sacrificios o daños a una persona por la sola razón de que ello beneficia, aun en mayor medida, a otras personas o a alguna entidad supraindividual. Pero, como vimos, así formulado este principio se muestra inaplicable una vez que comprendemos que no hay razón *a priori* para diferenciar las acciones de las abstenciones de actuar como fuentes de daños, y advertimos, consecuentemente, que prácticamente todo lo que el Estado o los ciudadanos hacen o dejan de hacer puede ampliar la autonomía de unos a costa de la de otros. Esto lleva a una segunda formulación del principio de inviolabilidad de las personas, que proscribe reducir la autonomía de algún individuo para que otro aumente su autonomía hasta un nivel superior al de la que goza el primero.

Sin embargo, sorpresivamente, esta articulación de la idea de no explotación a través de la segunda formulación del principio de inviolabilidad de las personas, parece convergir con la idea de equiparación: en efecto, la inviolabilidad de la persona ahora se ve afectada por actos u omisiones dañosos para la autonomía sólo cuando la autonomía que se reduce resulta inferior a la autonomía que se expande, lo que parece presuponer un cierto valor en la equiparación de las personas en términos de autonomía. Pero esta convergencia, en primer término, no implica una superposición absoluta. Hay muchos casos de diferencias en autonomía que no son objetables, de acuerdo con la segunda formulación del principio de inviolabilidad de la persona: cuando la autonomía mayor se expande sin ningún efecto causal en los alcances de la autonomía más restringida; cuando, si bien esa expansión tiene un efecto en la autonomía más acotada el efecto es, por el contrario, favorable a su expansión, aun cuando se mantiene todavía por debajo de la otra; cuando, principio de dignidad de la persona mediante, la reducción de la autonomía de la persona con un grado de autonomía inferior ha sido libremente consentida por tal persona.

En segundo lugar, la convergencia parcial entre las dos ideas de igualdad a través del principio de inviolabilidad de la persona, sirve para fortalecer el ideal de igualdad como equiparación que de otro

Surplus Value in Marxian Exploitation, en "Philosophy & Public Affairs", 1982, vol. 11, nº 4.

[385] Steiner, Hiller, *A liberal theory of exploitation*, en "Ethics", 1984, vol. 92, nº 2.

modo tiene, como vimos, fundamentos poco sólidos: ese ideal no está fundado en la envidia sino en la convicción de que las relaciones de cooperación entre seres separados e independientes deben estar fundadas en una equiparación de fuerzas entre los que así se relacionan, para que esa relación sea *libre* por parte de quienes participan en ella. En última instancia, el fundamento de la igualdad como equiparación en contextos de cooperación es la promoción de la libertad, como vimos cuando tratamos la relación entre estos dos valores tradicionales y cuando se sostuvo que el principio de dignidad de la persona sólo excluye aquellos actos de consentimiento que están determinados por factores causales desigualmente distribuidos en el grupo social relevante (ver cap. I, ap. F).

También la idea de igualdad como equiparación tiene validez independiente cuando se aplica a todas las condiciones que hacen a la participación en el proceso de discusión y decisión democráticas: la justificación de la democracia que he resumido en el capítulo y apartado recién citados exige una estricta igualdad entre los participantes en el proceso como requisito para maximizar el valor epistémico de ese proceso que, como debe recordarse, está basado en su tendencia a alcanzar soluciones imparciales en cuanto a la apreciación de los intereses de todos los involucrados. Ello requiere igual voz e igual voto, con todo lo que esto implica respecto de las precondiciones para que esa igualdad sea real y no meramente formal, lo que excluye aun diferencias que favorecen a quienes tienen un nivel inferior de libertad (esto se refleja en la teoría de Rawls, en el principio de igualdad de las libertades civiles y políticas, y en la prioridad de este principio sobre el de diferencia respecto de los bienes económicos y sociales). Dado que la determinación de cuáles diferencias favorecen a los menos beneficiados debe decidirse a través del proceso democrático, no habría ninguna garantía de que ello se decida imparcialmente, si el proceso mismo reflejara esas diferencias sobre la base de un presupuesto, no testado a través de él, de que ellas favorecen la participación de quienes están en peor situación. El requisito de estricta equiparación en el proceso democrático tiene amplias implicaciones, puesto que, como he insinuado, éste presupone una idea de igualdad de ciudadanía que se extiende sobre factores que tienen que ver con la identidad e integridad personal y con la autoestima.

Este enfoque del principio de igualdad también sirve para despejar el problema de cuál es la dimensión a lo largo de la cual las personas deben ser equiparadas; en otras palabras cuál es el contenido del tratamiento igualitario o de la consideración y respeto a que se refiere Dworkin. La respuesta es que, en el marco de una concepción liberal de la sociedad, como la que se articuló en el cap. I, ap. F, el bien que debe ser distribuido igualitariamente es la *autono-*

mía personal, o sea la efectiva capacidad para elegir y materializar concepciones del bien personal y planes de vida fundados en ellas. Pero esta misma formulación del bien en cuestión muestra una cierta ambigüedad, que ha provocado recientemente controversias en el marco de la filosofía política: la idea de autonomía personal es una idea bidimensional, puesto que se refiere tanto a la elección como a la materialización de planes de vida y estos subvalores pueden empujar en diferentes direcciones en un contexto real de escasez de bienes; mientras que la elección de planes de vida requiere recursos lo más amplios y versátiles posibles para permitir un amplio espectro de opciones, la materialización de planes de vida exige recursos especializados para permitir la satisfacción de las exigencias del plan de vida previamente elegido. La discusión se da entre quienes sostienen que igualar a la gente en bienes primarios, como sostiene Rawls[386], recursos, como dice Dworkin[387], o capacidades como sugiere Sen[388], es una especie de *fetichismo*, porque lo que importa es la satisfacción que la gente obtiene del empleo de esos medios dado el proyecto vital que se han propuesto, y quienes replican que igualar a la gente en su bienestar, o sea en el grado de satisfacción que obtienen de tales medios según su plan de vida, implica tomar a las preferencias o elecciones de la gente como meros accidentes que deben ser compensados y de los que no son responsables (de modo que si alguien tiene preferencia por el *champagne* y otro por la cerveza más barata, hay que proporcionarles el mismo grado de satisfacción de ambas preferencias, aunque ello implique recursos ampliamente diferentes, del mismo modo que hay que proporcionar recursos diferentes a una persona inválida y a una sana para que ambas satisfagan en igual grado su preferencia por desplazarse). Aunque no puedo entrar aquí en este complejo tema que he tratado en otro lugar, creo que el argumento más fuerte en apoyo de que el principio de igualdad se aplique prioritariamente a los medios para la elección de planes de vida es que, de otro modo, la autonomía de alguien no sólo se ve afectada en su grado de satisfacción por sus propias decisiones, sino por las de los demás, ya que el grado –igual– de satisfacción de sus preferencias dependerá, más que de sus propias decisiones –que se sumergen en el mar de millones de decisiones de todos los miembros del grupo relevante–, de las elecciones de los demás. Esto

[386] Rawls, *A Theory of Justice*, cap. 1.

[387] Dworkin, *What is Equality?*, en "Philosophy and Public Affairs", 1981, vol. 10, nº 3 y 4.

[388] Sen, Amartya, *Rights and Capabilities*, en Honderich, T. (comp.), "Morality and Objectivity".

afecta la idea de separabilidad e independencia de las personas que, como vimos en el cap. I, ap. F, subyace al principio de inviolabilidad de la persona, y en última instancia, la misma idea de autonomía.

Claro está que el rechazo de la propuesta que aplica el principio de igualdad sobre la dimensión del bienestar, deja abiertas varias alternativas en la banda opuesta; en realidad, hay una especie de continuo de posibilidades, las que dependen del grado de exterioridad o interioridad de los medios que se propone igualar: está la posibilidad de tomar como base de la igualación recursos absolutamente externos al individuo, como los medios económicos o la conducta de otros; está la posibilidad de tomar también en cuenta las condiciones físicas del individuo; asimismo es posible tomar en cuenta sus condiciones intelectuales o psíquicas, cuidando de no traspasar el límite que conduce a la otra banda de la igualdad de bienestar, que se cruza cuando se toma, como vimos, a las mismas preferencias de los individuos como precondiciones y no como objeto de igualación. Sen, como se dijo, sugiere tomar en cuenta la igualación en términos de capacidades, que están asociadas con los diversos funcionamientos de los individuos tomando en cuenta sus caracteres constitucionales (p.ej., sus distintos metabolismos, que determinan diferentes necesidades alimenticias).

Lo que resulta obvio, como se sugirió en otras partes de esta obra, es que, entre los medios que constituyen la dimensión a lo largo de la cual los individuos deben ser igualados, hay que tomar en cuenta las conductas no solamente negativas de los demás sino también las acciones comisivas y no solamente las condiciones normativas –que cuando se refieren a normas positivas son reducibles a conductas– sino también las fácticas.

En cuanto al tercer aspecto del principio de igualdad, que es el de quiénes deben ser los destinatarios del tratamiento (definido en términos de autonomía) igualitario (definido en términos de no disminuir la autonomía menor), ya hemos visto al principio de que la respuesta es *todos* o incluso *todo*, ya que los principios básicos de moralidad social son *erga omnes*, y sólo varía la posibilidad fáctica de gozar de sus beneficios. Pero es obvio que, dada la escasez de recursos, surge de inmediato la cuestión de la prioridad en la asignación de tales recursos. Esta prioridad se determina sobre la base del criterio de promover la autonomía de los menos autónomos, salvo en lo que hace a la participación en el proceso democrático, que requiere una equiparación estricta. Las dificultades mayores aparecen cuando se emplean las implicaciones de estos criterios generales al diseño y funcionamiento de multitud de instituciones y arreglos interindividuales. Es aquí donde aparece la materia de la *discriminación*.

§ 46. ***Discriminaciones legítimas e ilegítimas.*** – Como bien lo muestra Rabossi [389], prácticamente todas las definiciones de discriminación que se han propuesto, sobre todo en el contexto de convenciones internacionales que luego mencionaremos, incluyen alguna referencia abierta a la *razonabilidad* de tratos diferenciales no incluidos en la idea de discriminación ilegítima, lo que parece indicar una imposibilidad de sistematizar nuestras intuiciones en esta área sobre la base de principios generales y coherentes. Sin embargo, si a las consideraciones anteriores sobre el trato igualitario, que coinciden con lo prescripto por los dos principios de Rawls [390], las complementamos con un enfoque sobre la relación de los arreglos institucionales y los acuerdos privados con tales exigencias de igualdad, es posible contar con una orientación menos abierta, aunque con ineludible generalidad, sobre la distinción entre discriminaciones ilícitas y admisibles.

La primera consideración que debe hacerse es si la institución, o el arreglo intersubjetivo en cuestión, está intrínsecamente asociado o no con el presupuesto de igual participación en el proceso democrático. Es obvio que, en este sentido, hay una diferencia esencial entre, por ejemplo, la discriminación en la pertenencia a un partido político y en la pertenencia a un club de armas. Sin embargo, hay que tener en cuenta respecto de este parámetro que, en muchos casos, lo que determina que se afecte la concepción de igual ciudadanía no es el tipo de relación en la que se es discriminado, sino el factor determinante de la discriminación: por ejemplo, el ser discriminado por el color de piel, en un contexto de desvalorización social de la raza en cuestión, afecta valores de integridad, fraternidad y autoestima presupuestos por el proceso democrático, aunque la relación de la que se es excluido esté muy distante del funcionamiento del proceso democrático mismo.

Si los límites del parámetro anterior están respetados, lo que hay que ponderar, en segundo lugar, es la vinculación de la institución o arreglo intersubjetivo del que un individuo es excluido respecto del valor de autonomía de la persona. Muchos acuerdos e instituciones responden a la necesidad de promover la formación y el ejercicio de la autonomía de los individuos. Aquí, de nuevo, hay que dar una cierta prioridad a la creación de la autonomía sobre su ejercicio: por ejemplo, el sistema escolar primario y secundario es esencial, como ya vimos (§ 38), para la conformación de la autonomía de los individuos, y nadie puede ser privado de acceder a ese sistema en ninguna circunstancia. En cambio, el sistema universita-

[389] Conferencia sobre el tema dada en el Centro de Estudios Institucionales, en 1990, en prensa.

[390] Rawls, *A Theory of Justice*, cap. 2.

rio está más asociado con el ejercicio de la autonomía que con su formación, y las universidades tienen, además, un papel instrumental muy importante –como muchos arreglos e instituciones del sistema económico– en la promoción (a través de la formación profesional y científica que ella provee y de las tareas de investigación que se encaran en ellas) de la autonomía de los menos autónomos. Ello quiere decir, no tanto como dice Dworkin[391], que los ciudadanos no tienen derecho a que se les provea un lugar en el sistema universitario para estudiar cierta carrera (yo creo que lo tienen sobre la base de la necesidad de materializar el plan de vida que han elegido libremente), sino que ese derecho puede ser desplazado por exigencias de eficiencia, en el rol instrumental de la universidad, de promover la formación de autonomía en los menos autónomos. Hay otras instituciones y arreglos intersubjetivos –como se ve en el caso extremo del matrimonio–, que no tienen un papel instrumental en relación a la formación de la autonomía de los menos autónomos, sino que están centralmente relacionadas con el ejercicio de la autonomía. Ello presenta dos aspectos: *a*) el derecho de no relacionarse con quien no se desee, de acuerdo con el plan de vida que cada uno tiene, y *b*) el derecho de relacionarse con quien se desee, también según el proyecto vital que se tenga. En el caso del matrimonio se dan, obviamente, los dos derechos en forma máxima, lo que, como vimos antes (§ 41), plantea problemas en el caso de propuestas de matrimonios no ortodoxos. En el caso de clubes y asociaciones privadas, contratos laborales, etc., un derecho puede estar en conflicto con otro, resolviéndose ese conflicto (bajo el presupuesto de que no están afectadas tanto la igualdad de ciudadanía cuanto la eficiencia instrumental en la promoción de la autonomía de los menos autónomos) tomando en cuenta, por ejemplo, qué posibilidades de ejercicio alternativo ellos pueden presentar, cuán central es para el plan de vida de cada uno de los contendientes la asociación y la exclusión, etcétera.

Resumiendo, la configuración institucional de la igualdad y la distinción entre discriminaciones lícitas y proscriptas, están regidas por estas consideraciones normativas, en el orden siguiente: *a*) por el respeto de las precondiciones de la participación igual en el proceso democrático; *b*) por la necesidad de promover la formación de la autonomía de todos, dando preferencia en caso de conflicto a la de los menos autónomos, lo que en algunos casos (más relacionados con la formación de la autonomía de los que participan en la institución) implica igual oportunidad efectiva de acceder a instituciones o arreglos –como en caso de la escuela primaria y secundaria– y en

[391] Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cap. 9.

otros casos (más relacionados con el ejercicio de la autonomía de los que participan en la institución y con la formación de la autonomía de los que no participan) –como en el de la universidad– puede permitir diferencias estrictamente relacionadas con la eficiencia en la promoción del objetivo de maximizar la autonomía de los menos autónomos, aunque dando también algún peso a la consideración siguiente, y *c*) por la exigencia de respetar instituciones que hacen posible el ejercicio de la autonomía personal de los que participan o quieren participar en ellas, lo que conlleva las dos dimensiones, que están a veces en conflicto, de la asociación con quien se desea y de la no asociación con quien no se desea. Sobre la base de estas consideraciones normativas podemos tratar sucintamente algunos de los problemas más importantes que se suelen presentar en materia de discriminación.

Una de las situaciones de discriminación más relevantes es la de la nacionalidad; los extranjeros suelen ser discriminados negativamente en un país, aun cuando residan permanentemente en él, en cuestiones tales como la participación política, algunos cargos o funciones, sobre todo las públicas, hasta los beneficios sociales. También los extranjeros suelen ser discriminados positivamente al excluirlos de cargas tales como el servicio militar. Por otro lado, está el problema de la admisión de extranjeros como residentes y ciudadanos, la que, generalmente, está sometida a variadas restricciones. La nacionalidad plantea problemas a una concepción liberal de la sociedad, dado sus presupuestos universalistas. Así como está excluida del discurso moral liberal toda razón que descanse en el interés de una persona, identificada con nombre propio, que no pueda extenderse a cualquier otra persona que comparta sus mismas propiedades generales relevantes, del mismo modo están excluidas razones putativas que se refieran, en forma irreducible, a la pertenencia a una cierta Nación como un factor moral relevante (de este modo, se pregunta, p.ej.[392], cuál es la magia del pronombre *mío*).

Diferentes autores liberales han presentado concepciones de la nacionalidad que procuran ser compatibles con los principios del liberalismo, admitiendo algunos tratamientos diferenciales que se supone que no contradicen el presupuesto de derechos universales. Por ejemplo, Goodin[393] defiende una teoría según la cual la nacionalidad sirve como un esquema de asignación de deberes especiales de cuidado de una persona frente a un grupo de ellas, que derivan de los deberes generales que tiene cada uno frente a todos los demás,

[392] Godwin, William, *Enquires Concerning Political Justice*

[393] Goodin, Robert E. *What is so Special about our Fellow Countrymen*, en "Ethics", 98, jul. 1988, p. 663.

pero que requieren algún tipo de distribución para poder cumplirse eficazmente en la práctica. Esta visión, que parece bastante plausible, puede justificar programas de ayuda diferenciales a los necesitados dentro del país en relación a aquellos que viven fuera del país, pero no parece justificar discriminaciones respecto de extranjeros residentes ni exclusiones en cuanto al acceso tanto a la residencia cuanto a la nacionalidad. En relación a este último punto, una concepción liberal debe ser, por cierto, considerablemente amplia; no parece que haya una diferencia moral relevante entre quien accede a la comunidad política a través de una maternidad o a través de un aeropuerto. Algunas restricciones parecen ser, sin embargo, justificables y ellas tienen que ver con las condiciones del inmigrante para participar de la *polis* democrática y para llevar a cabo una vida autónoma, dado que él no ha recibido previamente los beneficios de la educación liberal que se supone que la sociedad ha proveído a los demás. Algunas de estas exigencias son defendidas, por ejemplo, por autores como van Gusteren[394], quien establece que entre las condiciones de admisión deben incluirse la capacidad dialógica, ser capaz y estar dispuesto a ser miembro de la particular comunidad histórica de que se trate y tener medios para una vida autónoma.

La participación política debe ser necesariamente correlativa a las cargas y obligaciones que emergen del proceso político; así como afecta la imparcialidad del proceso que participen en él quienes no estarán sometidos a eventuales cargas que se decidan a través de él, como el servicio militar, también afecta tal imparcialidad el que los extranjeros residentes sean sometidos a cargas y obligaciones, como las impositivas, en cuya creación no participan, aunque esto puede verse compensado por los servicios públicos de los que puedan ser beneficiarios. De cualquier modo, la ciudadanía política debería ser concedida con facilidad a quienes expresen su voluntad de participar lealmente en la vida comunitaria y formar parte del consenso constitucional que estructura a la comunidad en cuestión. Salvo para funciones muy específicas, que requieren actitudes de lealtad a la comunidad democrática de que se trate y una voluntad de pertenencia indefinida –como puede ser estar implicado en los más altos cargos políticos–, no parecen justificables otras discriminaciones en virtud de la nacionalidad.

Una cuestión que ha resurgido con considerable fuerza en los últimos años es la de la discriminación de las mujeres, lo que ha dado lugar a todo un movimiento no sólo político sino también intelectual –incluso con proyecciones en el ámbito constitucional–, de

[394] Gusteren, Herman van, *Admission to citizenship*, en "Ethics", 98, p. 731.

carácter feminista. Es obvio que la discriminación por sexo tiene una naturaleza sumamente particular por su alcance a la mitad del grupo social relevante, por el hecho de que discriminados y discriminantes están en permanente interactuación, y por su difusión a innúmeras situaciones sociales. MacKinnon[395], entre otras feministas, argumenta que el feminismo, es una teoría política con enorme poder explicatorio por derecho propio sobre el problema de la dominación. Ella ataca el esquema liberal corriente que trata de resolver el problema de la discriminación de sexos en términos de igualdad y de neutralidad, que suelen ser medidas con escalas masculinas; tampoco es cuestión de reconocer diferencias que yacen reprimidas. Para MacKinnon el problema que el feminismo teórico debe esclarecer y enfrentar es pura y simplemente el de la dominación sexual de las mujeres por parte de los hombres; el de la apropiación –a través de innumerables mecanismos–, del cuerpo femenino, lo que se refleja en la estructura de poder y en los arreglos institucionales básicos de las sociedades contemporáneas como, por ejemplo, la prohibición del aborto y la permisibilidad de la pornografía.

Cualquiera que sea el valor descriptivo de estos análisis (y parece a primera vista dudoso que la dominación masculina sea primariamente sexual en lugar de ser fundamentalmente política, social y económica y ejercerse en el ámbito sexual como en muchos otros), ellos no parecen afectar las conclusiones éticas extraídas a partir de los presupuestos de la práctica de la discusión moral, los qué, a pesar de las dudas de otras feministas como Gilligan[396], no parecen antagónicos del razonamiento moral de mujeres activas en la vida pública. Precisamente, las promesas del feminismo deben ser testeadas a través de esa participación, lo más amplia y activa posible del sexo femenino en la comunidad de diálogo democrático. Por ahora, lo que parece haberse establecido a través del debate abierto es que las estructuras de discriminación son mucho más amplias y encubiertas que lo que se piensa cuando se perciben la manifestaciones más obvias de discriminación; por ejemplo, la organización laboral suele estar trazada sobre bases masculinas, lo que hace que la presencia de la mujer sea inestable y extraña. Otro ejemplo: las licencias por maternidad y enfermedad de los hijos convierten a la mujer en un empleado indeseable, lo que, tal vez, solo se podría superar si los hombres dispusieran de licencias equivalentes. De cualquier modo, un análisis más profundo del tema debe tomar en cuenta hasta qué punto también la mayoría de los hombres no es-

[395] MacKinnon, Catherine, *Feminism Unmodified*.

[396] Gilligan, Caron, *From a Different Voice*.

tán delimitados en su libertad por roles sociales fijos que presionan a favor de su dedicación laboral y de su productividad económica y en contra de alternativas que son vistas como "inherentemente femeninas" como el cuidado de los hijos y la concentración en el ámbito doméstico; tal vez el prejuicio de quienes se preocupan por estos problemas en favor de la autorrealización a través del trabajo (lo que olvida que esto no se da en la mayoría de los varones) no los deja percibir que los hombres también tienen alternativas precluidas, y que la desvalorización de ellas no se puede fácilmente hacer sin una petición de principio.

Estos problemas están relacionados con la cuestión general de la admisibilidad de la discriminación llamada "inversa". Según sugiere Rabossi[397], del principio de igualdad se infiere no sólo una exigencia de no incurrir en discriminaciones inadmisibles, sino también un principio de protección que puede conducir a la discriminación inversa. Ella consiste en tomar en cuenta factores como la raza, el sexo o la religión para favorecer a los miembros de un grupo social –en cuestiones tales como la contratación laboral o la admisión a universidades– como compensación al relegamiento que han sufrido tradicionalmente tales grupos sociales. Como se sabe, esto ha llevado a prácticas muy generalizadas de establecer cuotas en beneficio, por ejemplo, de mujeres o de razas minoritarias, en muchos países con democracias consolidadas. Sin embargo, se han levantado dudas acerca de la admisibilidad de estas prácticas en el marco de una concepción liberal de la sociedad. Estas dudas tienen que ver fundamentalmente con tres cuestiones: *a*) la de si quienes resultan beneficiados por la discriminación inversa son las personas realmente perjudicadas por la discriminación directa o si se trata de personas diferentes; *b*) la de si quienes resultan perjudicados por la discriminación inversa (las personas que hubieran sido contratadas o admitidas si no fuera por las cuotas) son las personas que fueron beneficiadas por la discriminación directa, y *c*) la de si admitir la discriminación inversa en casos que despiertan nuestra simpatía no homologa un criterio que puede ser extendido, lógica o psicológicamente a otros casos (p.ej., a que se discrimine en contra de un grupo racial en el ingreso a la universidad porque se sostenga que ello tiene resultados socialmente valiosos aun para los miembros de esos grupos, por cierto proceso causal en que pueden intervenir diferentes factores como la inteligencia promedio de ese grupo, su probabilidad de acceso a cargos políticos, las reacciones de los demás).

397. Conferencia sobre el tema dada en el Centro de Estudios Institucionales, en 1990, en prensa.

Algunas de estas observaciones parecen tan fuertes que han movido a liberales a oponerse a la discriminación inversa, y a otros pensadores a proponer la introducción de recursos teóricos dudosamente compatibles con las exigencias de un liberalismo pleno defendidas anteriormente (ver cap. I, ap. F), como es la idea de justicia entre *grupos* propuesta por Fiss[398]. Sin embargo, otros autores liberales como Thomson[399] y Dworkin[400], han proporcionado argumentos importantes para neutralizar las objeciones. Por ejemplo, Thomson (seguida por Boxill)[401], sostiene que del hecho de que no todos los varones y los blancos hayan participado de la discriminación contra las mujeres y los negros, no se infiere que no se hayan visto directa o indirectamente beneficiados con los resultados de esa discriminación, y que del hecho de que no todos los negros y mujeres hayan sido perjudicados directamente por la discriminación, no se infiere que no lo hayan sido directamente en su autoestima y en los esfuerzos que debieron hacer para evitar los daños directos. Por otro lado, también se sostiene que la extensión de la discriminación inversa a casos indeseables se evita si tomamos en cuenta que lo que se quiere maximizar son los valores de justicia y autonomía.

Creo que el orden de consideraciones que dimos un poco más arriba provee alguna orientación para estas dificultades: *a*) no es permisible la discriminación, ni directa ni inversa, cuando está en juego el principio de igual ciudadanía; *b*) hay que tomar en cuenta la prioridad que tiene la formación sobre el ejercicio de la autonomía, aunque sin desplazar, por supuesto, totalmente a esta segunda dimensión (esto hace que si bien hay un derecho de acceder a una universidad como parte de la materialización de un plan de vida si se tienen las condiciones para ello, ese derecho puede ser desplazado por razones imperiosas que tienen que ver con mecanismos que claramente contribuyan a ampliar la autonomía de los menos autónomos), y *c*) debe tomarse en cuenta que cuando se trata del ejercicio de la autonomía en relaciones intersubjetivas, hay que poner en balance la autonomía de quien desea incorporarse a una cierta relación, con la autonomía de quien no quiere asociarse con el primero. De cualquier modo, la complejidad de los diversos factores en juego determina que el debate siga abierto

[398] Fiss, Owen, *Groups and the Equal Protection Clause*, en "Philosophy & Public Affairs", 5 Winter 1967.

[399] Thomson, Judith, *Preferential Hiring*, en Rachels, James (comps.), "Moral Problems", p. 144.

[400] Dworkin, *Taking Rights Seriousiy*, p. 223.

[401] Boxill, Bernard, *The Morality of Preferential Hiring*, en "Philosophy & Public Affairs", 1978, vol. 7, nº 3.

§ 47. *TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA IGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN.* – El principio de tratamiento igualitario y de exclusión de las discriminaciones odiosas ha sido permanentemente reiterado en el marco del derecho internacional. Una de las Convenciones más antiguas es la que se refiere a la esclavitud, aprobada en Ginebra en 1926 y modificada por el Protocolo de Naciones Unidas de 1953; en 1956 se agregó una Convención adicional. Por aquélla los Estados firmantes se comprometían a abolir progresivamente la propiedad de unos hombres sobre otros en las regiones por ellos dominadas. En 1957 se celebró una Convención para la abolición del trabajo forzoso. La Carta de las Naciones Unidas de 1945 tiene varias normas excluyendo las distinciones por raza, sexo, idioma o religión en cuanto al goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 1°, inc. 3°, y arts. 13 y 55). La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece en su art. 1°, inc. 1°, que "todos los hombres nacen iibres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" y el art. 2° dispone que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". Se advierten aquí algunas omisiones que luego se reproducen en casi todos los textos, tal como la mención de los defectos físicos y mentales. También el inc. 2° del mismo artículo prescribe que no se hará distinción de acuerdo a la condición del país o territorio del que dependa una persona. El art. 7° establece que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley y que todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación. El art. 21 establece la igualdad de acceso a los cargos públicos de su país y el art. 23 dispone igual salario por igual trabajo.

En 1960 la Unesco adoptó una Convención sobre discriminación en la enseñanza (que fue aprobada por la Argentina por decr. ley 7672, del 19 de septiembre de 1963), proscribiéndose la discriminación en el área educativa de acuerdo con las categorías mencionadas en la precedente Declaración de las Naciones Unidas, aunque se hace excepción de los establecimientos separados por sexo, de las escuelas facultativas de ciertas religiones y de los establecimientos privados.

También Naciones Unidas adoptó, en 1965, una Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (aprobada por la Argentina por ley 17.722 del 24 de abril de 1968); allí se define la discriminación racial como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u ori-

gen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica y social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública". Los Estados condenan la discriminación racial, y se comprometen a adoptar las políticas encaminadas a eliminar las acciones o prácticas de discriminación, así como a no incurrir en tales acciones o prácticas; se condena especialmente la segregación y se declara delito la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, la incitación a la discriminación, y la violencia por motivos raciales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas adoptado en 1966 (y aprobado por la Argentina en 1986 por ley 23.313) dispone en su art. 3° la igualdad de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos; en el art. 4° se excluye a la discriminación de la suspensión de derechos en situaciones de emergencia; el art. 8° declara abolida la esclavitud; el art. 26 consagra la igualdad ante la ley y la exclusión de toda discriminación por las causales mencionadas en la Declaración.

En 1967 las Naciones Unidas adoptaron una Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, la que establece el compromiso de los Estados firmantes de garantizar la igualdad de derechos políticos, civiles y económicos entre los miembros de ambos sexos, previéndose especialmente normas de equiparación de las relaciones familiares. En 1979 se adoptó otra Convención sobre el mismo tema (la que fue aprobada por la Argentina por ley 23.179 de 1985), que es bastante más específica que la anterior en la regulación de las discriminaciones prohibidas en los ámbitos penal, familiar, laboral, educativo, etcétera. También en las Naciones Unidas se adoptó en 1973 una Convención sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* (aprobada por la Argentina por ley 23.221 de 1985), a través de la cual se declara a esa práctica un crimen de lesa humanidad. En 1981 Naciones Unidas proclamó una Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión y en las convicciones.

En el ámbito regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 establece en su art. 2° que todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes que la Declaración consagra sin distinción de raza, sexo, idioma, o credo. (Adviértase que las omisiones son aun más amplias que las que se producen en la Declaración de las Naciones Unidas.) La Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer suscripta en 1948 y aprobada por la Argentina por decr. ley 9983 de 1957) compromete a los Estados que la han suscripto a otorgar a la mujer los mismos derechos civiles que a los hombres. La

Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054) establece en su art. 1º que todos deben gozar de los derechos y libertades que ella reconoce, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Por su parte el art. 24 consagra el principio de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley sin discriminación.

En el año 1984 la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de aplicar estas cláusulas en relación a una opinión consultiva respecto a una eventual cláusula constitucional, que establecía que una mujer no costarricence que contraía matrimonio con un hombre de esa nacionalidad podía, bajo ciertas condiciones, contraer la nacionalidad del marido; la Corte sostuvo que la cláusula era discriminatoria puesto que la distinción carece de justificación objetiva y razonable.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, firmado en Roma en 1950, establece en su art. 14 que los derechos y libertades reconocidos en él han de ser asegurados sin distinción alguna por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. El Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957 también ha sido invocado en temas de igualdad; el Tribunal de la Comunidad entendió, en casos como "Ruckdeschel"[402] del 19 de octubre de 1977, que el art. 40, 3-2 del Tratado, que se refiere a la igualdad entre productores y consumidores, es una expresión del principio general de igualdad, que forma parte de los principios fundamentales de la Comunidad y que exige no discriminar entre casos relevantemente iguales (lo mismo se repite en el caso "Royal"[403] y "Edeka Zentrale"[404]).

Prácticamente todas las Convenciones que hemos mencionado proscriben la discriminación globalmente, sin distinguir la persecutoria de la que tiene por objeto promover la situación de los grupos menos favorecidos.

Varias de las constituciones europeas más modernas tienen normas explícitas sobre igualdad y discriminación. Por ejemplo, la ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949 incluye en su art. 3º el principio de igualdad ante la ley, que tiene especificaciones

[402] Rec. 1977, p. 1753.

[403] Rec. 1978, p. 2037.

[404] Rec. 1982, p. 2754.

sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, e incluye una norma según la cual nadie puede ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria de origen, su credo y sus opiniones religiosas y políticas. Siguiendo este precepto, se dictaron leyes como la del 13 de agosto de 1980 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (*Gleichbehandlung*), que se refiere fundamentalmente al ámbito laboral. El art. 14 de la Constitución española de 1978, establece que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La misma igualdad está establecida para todos los ciudadanos por el art. 13 de la Constitución de Portugal de 1976, la que es extendida por el art. 15 para los extranjeros. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que forman parte de la Constitución de Francia de 1958 establece en su famoso art. 1° que "los hombres nacen libres e iguales en derechos y las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común" (la que es una fórmula bastante coincidente con los dos principios de Rawls).

En Gran Bretaña existen diferentes leyes en materia de discriminación: respecto de la discriminación por sexo, se dictó, en 1970, la ley del pago igual y, en 1975, la ley de la discriminación sexual. Esta última define cuatro casos de discriminación (tratar a la mujer en forma menos favorable que al hombre; tratar al hombre, salvo en materia de maternidad, menos favorablemente que a la mujer; tratar a una persona casada menos favorablemente que a la soltera, y victimizar a alguien por recurrir a la ley). La ley ha establecido una Comisión de Igualdad de Oportunidades y tiene una serie de normas en materia educativa (la aplicación ha sido amplia: por ejemplo, en el caso "Quinn v. Williams Furniture Ltd." del 18 de noviembre de 1980, la Cámara de Apelaciones declaró ilegal la exigencia de un comerciante de que el marido de una compradora suscribiera una garantía. La Comisión condenó a la Asociación de Fútbol a pagar una multa por no admitir a una niña de 12 años en un equipo de varones). En materia de discriminación racial rige desde 1968 la ley de relaciones raciales, reemplazada por otra más comprensiva en 1975. La ley convierte en ilegal el discriminar por razones de color, raza, etnia, origen nacional, ciudadanía. Una acción o práctica resulta discriminatoria por sus efectos, aun indirectos, cualquiera sea el propósito. Para determinar tales efectos se tienen en cuenta consideraciones estadísticas. Tiene un amplio campo de aplicación: empleo, provisión de servicios, educación, asociaciones, clubes, ejercicio de profesiones, sindicatos, esparcimiento, avisos, etcétera. Se creó una Comisión de Relaciones Raciales, con muy importantes poderes. Hay una innumerable cantidad de casos en que los tribu-

nales o la Comisión han intervenido para corregir situaciones de discriminación racial. En Suiza, la reforma del art. 4° de la Constitución, introducida en 1981 por plebiscito, consagró el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

La Constitución política de México de 1917, establece en su art. 4° que el varón y la mujer son iguales ante la ley; en cambio, su art. 32 dispone que los mexicanos serán preferidos a los extranjeros, en igualdad de circunstancias, para todas las concesiones y cargos de gobierno en los que no sea indispensable la calidad de ciudadano. El art. 2°, inc. 1°, de la Constitución de Perú de 1979, dispone que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. La Constitución brasileña de 1988 establece en su art. 5° que los hombres y las mujeres son iguales en derechos y obligaciones, que la ley debe penar cualquier discriminación ofensiva a los derechos fundamentales y que la práctica del racismo es un delito inexcarcelable; por su parte, el art. 12 dispone que la ley no debe hacer distinciones entre los ciudadanos nativos y naturalizados, excepto en los casos previstos por la misma Constitución.

En la Constitución norteamericana el principio de igualdad está directamente contenido en la enmienda XIV, párr. 1°, cuando dice "Ningún Estado... denegará a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes". Pero también son importantes la enmienda XIII, que establece que "Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria, excepto cuando está establecida como pena cuando la parte haya sido debidamente condenada, existirá dentro de los Estados Unidos o en ningún lugar sujeto a su jurisdicción", y la enmienda XV que dispone: "El derecho de voto de los ciudadanos de los Estados Unidos no será denegado o menoscabado por los Estados Unidos o por ningún Estado sobre la base de raza, color, o previa situación de servidumbre". Como se sabe estas enmiendas son el resultado del proceso de reconstrucción, luego de la guerra civil que tuvo como eje central explícito el tema de la esclavitud. En 1972 el Congreso aprobó una enmienda sobre derechos iguales, que tomaba en cuenta, entre otras cosas, a la discriminación por sexo; pero esta enmienda no fue ratificada por un número suficiente de Estados. Las normas anteriores han determinado una profusísima jurisprudencia de la Corte Suprema y de otros tribunales, de la cual sólo puedo dar aquí una visión muy limitada.

Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, la cláusula de la igual protección de la ley requiere razonabilidad en las clasificaciones legislativas y administrativas. Se extiende, en primer lugar, a una aplicación arbitraria de la ley en perjuicio de cierta persona o grupo, como se puso de manifiesto en el famoso caso "Yick Wo v.

Hopkins"[405] en el que la Corte descalificó la aplicación que hacía una Junta del municipio de San Francisco en la habilitación de lavanderías –aplicando ordenanzas sobre el material de construcción– en contra de los peticionantes de origen chino, pero no de otros. El Tribunal sostiene que las ordenanzas son aplicadas "con una interpretación tan desigual y opresiva que llegan a constituir una denegación en la práctica por parte del Estado del principio de igual protección de las leyes". Sin embargo, en lo que se refiere al contenido de la misma ley, en un principio esa exigencia de razonabilidad era, como dice Tribe[406], muy limitada hasta ser prácticamente vacua. Así en "Powell v. Pennsylvania"[407] sostuvo que ninguna regulación era repugnante a la cláusula de la igual protección en la medida en que "sitúe bajo las mismas restricciones, y sujete a penas y cargas similares a todos los que están abarcados por sus prohibiciones, reconociendo y preservando de este modo el principio de igualdad entre todos los que realizan las mismas actividades reguladas". Pero pronto la Corte comprendió que para que su control de la igualdad tuviera algún sentido sustantivo era necesario contar con algún criterio para determinar la racionalidad de la clasificación adoptada. Ese criterio, según lo determinó la Corte en casos como "Hurtado v. California"[408], debe estar conectado con un propósito legítimo relacionado con el bien general, aunque la Corte es considerablemente deferente en la apreciación de la legitimidad del propósito. Aun así, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de leyes cuando la exclusión de alguien parece irracional en relación al propósito declarado, como en "Morey v. Doud"[409] en la que se declaró inconstitucional una ley de Illinois que eximía de cierta regulación de cambio a una compañía en lugar de toda una rama de los negocios. La expresión general de deferencia a propósitos declarados por los gobiernos, sobre todo en el área económica y social se hace en términos de que haya "una base concebible" para suponer la razonabilidad de la distinción a la luz del propósito de la regulación; así, por ejemplo, lo sostuvo en "Kotch v. Board of River Port Pilot Commissioners"[410], cuando rechazó la objeción de inconstitucionalidad de una ley de Lousiana que requería un término de aprendizaje para dar licencia de pilotos de puerto.

[405] 118 US 356, 1986.

[406] Tribe, *American Constitutional Law*, p. 994.

[407] 127 US 678, 1888.

[408] 110 US 516, 1884.

[409] 354 US 457, 1957.

[410] 330 US 552, 1947.

Sin embargo, cuando la ley contiene clasificaciones sospechosas por menoscabar, aparentemente, derechos fundamentales, su racionalidad respecto a un propósito legítimo es sometida a lo que se llama "escrutinio estricto". En un solo fallo la Corte no descalificó bajo escrutinio estricto una ley que contenía una discriminación racial explícita; ése fue el caso "Korematsu v. United States"[411], en el que se admitió la legitimidad de una orden militar que excluía a los norteamericanos de origen japonés de ciertas áreas de la costa occidental, después de Pearl Harbor. El escrutinio estricto de leyes con clasificaciones sospechosas se suele relacionar con su impacto en la calidad del proceso político, desde la famosa nota al pie de página, ya mencionada, del juez Stone en "United States v. Carolene Products Co."[412]. Así, por ejemplo, por su impacto en el proceso político se descalificó en "Hunter v. Erickson"[413] una ordenanza municipal que hacía más dificultosa la revisión de la discriminación racial en materia de vivienda. Pero hay, por cierto, muchos otros casos, en los que bajo el escrutinio estricto se descalificaron leyes con discriminaciones sospechosas, como en el caso "Shapiro v. Thompson"[414] en el que se declaró inconstitucional una ley que denegaba los beneficios del bienestar social a quienes residían en la jurisdicción correspondiente por menos de un año; dado que el derecho al bienestar no es considerado, como vimos, un derecho fundamental en el esquema constitucional norteamericano, el derecho que se consideró desigualmente afectado por este fallo de la Corte Warren fue el de viajar. El Tribunal sostuvo que no sólo se hace pasible, bajo escrutinio estricto, de descalificación una clasificación sospechosa que penaliza el ejercicio de un derecho fundamental, sino también cuando lo hace desigualmente accesible para alguna gente: por ejemplo, en un *dictum* en "San Antonio Independent School District v. Rodriguez"[415] la Corte sostuvo que un mínimo de fondos para educación son exigibles en un distrito escolar, como prerrequisito para el ejercicio de los derechos de voto y de expresión. La extensión equitativa del derecho del voto ha sido objeto de especial preocupación por parte de la Corte norteamericana; por ejemplo, en "Kramer v. Union Free School District"[416], la Corte descalificó una regulación que impedía votar para consejeros escolares a quienes no tenían hijos en las escuelas del distrito o no eran propietarios.

[411] 323 US 214, 1944.
[412] 304 US 144, 1938.
[413] 393 US 385, 1969.
[414] 394 US 618, 1969.
[415] 411 US 1, 1973.
[416] 395 US 621, 1969.

También la Corte Suprema norteamericana tuvo en cuenta que un derecho puede ser considerado fundamental, a los efectos de descalificar una clasificación sospechosa, si permitir que los gobiernos decidan discrecionalmente sobre el ejercicio de ese derecho puede promover el *status* de opresión de una cierta minoría. De este modo, en el famoso caso "Skinner v. Oklahoma"[417] la Corte descalificó como inconstitucional una norma que preveía la esterilización de reincidentes en delitos que mostraban torpeza moral, excepto cuando el delito era el de estafa y evasión impositiva. El caso más típico en el que el tratamiento de un grupo aparece como persecutorio y perjudicial, es cuando se pone en situación de desventaja explícitamente a grupos ancestrales o raciales. Así, en "Strauder v. West Virginia"[418] en el que se descalificó la posibilidad de que un negro sea juzgado de acuerdo a un jurado totalmente compuesto por blancos, según las exigencias de una ley estatal.

Pero más complejos que estos casos, son los casos en los que se discrimina a una minoría bajo el lema "separados pero iguales". La decisión más vergonzosa de la Corte en este sentido fue la célebre en "Plessy v. Ferguson"[419], en la que se admitió la constitucionalidad de disposiciones estatales que segregaban a la gente, por su color, en los ferrocarriles. Por el contrario, la decisión más gloriosa de la Corte norteamericana, bajo la presidencia de Warren, sobre esta cuestión fue la de "Brown v. Board of Education"[420], por la que se descalificó la existencia de escuelas separadas para blancos y negros sobre la base de que ello violaba la cláusula de igual protección de la ley. La Corte sostuvo: "La separación de los chicos de otros de similar edad y calificaciones sólo en virtud de su raza genera un sentimiento de inferioridad en cuanto a su *status* en la comunidad que puede afectar sus corazones y mentes de un modo difícil de revertir". Hay diversas explicaciones sobre cuál es la razón fundamental de este fallo para descalificar, como odiosa, la segregación racial en las escuelas. Están los que sostienen que hay una reducción en el aprendizaje de los negros cuando no se los expone al contacto con los blancos; otros sostienen que las facilidades "separadas" generalmente no son "iguales"; también se ha argumentado que la segregación perpetúa los estigmas y el sentimiento de inferioridad racial; o se ha argüido que se viola el derecho de asociarse con otros. Lo cierto es que "Brown" tuvo un gran impacto en el proceso de integración racial norteamericana; así como al principio casi provoca

[417] 316 US 535, 1942.
[418] 100 US 303, 1880.
[419] 163 US 537, 1896.
[420] 347 US 483, 1954.

una quiebra del orden constitucional con un riesgo cierto de rebelión de autoridades estatales, con el tiempo sus exigencias fueron ampliamente cumplidas, con "toda rapidez deliberada" como fue la conminación de la misma Corte a las autoridades en la decisión conocida como "Brown II, Brown v. Board of Education"[421], en la que la Corte sentó orientaciones precisas acerca de cómo debía implementarse su fallo anterior, delegando en los tribunales de distrito la responsabilidad primaria de supervisar la transición acelerada hacia un sistema de educación pública sin segregación; a este fallo le siguieron muchos otros –como "Cooper v. Aaron"; "Goss v. Board of Education", y "Green v. County School Board"[422], en los que la Corte fue demostrando creciente impaciencia con la lentitud de los Estados en implementar el mandato de "Brown" y fue dando instrucciones precisas de actuar de inmediato.

Luego la Corte, con cambios importantes en su integración, fue debilitando su impulso de los años 60 y mostrando crecientes vacilaciones a intervenir en cuestiones más sutiles de segregación racial en el área escolar, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en "Pasadena City Board of Education v. Spangler"[423], en el que la Corte, ya influida por el juez Rehnquist, sostuvo que una vez ordenado por los tribunales un esquema de mezcla racial, los jueces no lo podían estar revisando a perpetuidad. De cualquier modo, el impacto de "Brown" en la superación efectiva de la práctica de la segregación racial ha sido indeleble y ha servido para marcar la posibilidad de un papel activo de la Corte Suprema norteamericana en la reorientación profunda de la práctica político-constitucional.

En materia de discriminación inversa, ella fue admitida indirectamente por la Corte Suprema en casos como "North Carolina v. Swann"[424] en la que se invalidó una ley que prohibía que se trasladara mediante ómnibus a los chicos de escuela sobre la base de distinciones raciales; el presidente Burger sostuvo que la clasificación racial no sólo debe tenerse en cuenta para determinar si hay una violación constitucional sino también en la formulación de su remedio. En el famoso caso "De Funis v. Odegaard"[425] se había planteado la inconstitucionalidad del rechazo de la admisión del demandante a una Escuela de Derecho, sobre la base de cuotas para minorías raciales que permitían aceptar postulantes con menores calificaciones; la Corte Suprema de Washington rechazó la demanda, y la Corte Su-

[421] 349 US 294, 1955.

[422] 358 US 1, 1958; 373 US 683, 1963 y 391 US 430, 1968, respectivamente.

[423] 427 US 424, 1976.

[424] 402 US 43, 1971.

[425] 416 US 312, 1974.

prema federal lo declaró abstracto, puesto que el postulante fue admitido a la Escuela en el curso del procedimiento. En "Bakke v. Regents of the University of California" [426], la Suprema Corte de California, en una decisión sumamente criticada por algunos sectores académicos, invalidó el rechazo de la admisión de un postulante a la Escuela de Medicina de la Universidad de California, como efecto de las cuotas en protección de minorías, sosteniendo que, si bien los objetivos de promover a las minorías discriminadas es legítimo, no se lo debe satisfacer a través de medios que sean "racialmente específicos". En cambio, la Suprema Corte de los Estados Unidos en "United Jewish Organizations of Williamburgh v. Carey" [427] admitió que podía haber distinciones basadas en la raza al convalidar una distribución de distritos electorales que tomaba en cuenta un balance entre diferentes etnias.

La Corte Suprema norteamericana ha tomado también en cuenta la discriminación contra extranjeros. Por ejemplo en "Turax v. Raich" [428], el Tribunal descalificó una ley que prohibía a los empleadores de más de cinco trabajadores emplear a más de un veinte por ciento de extranjeros. Hasta 1970, la Corte admitió clasificaciones basadas en el sexo; en "Reed v. Reed" [429] la Corte anuló una ley de Idaho que prefería a los varones para una administración de herencia. En "Frontiero v. Richardson" [430] la Corte rechazó una ley paternalista que declaraba, a las esposas de militares varones, "dependientes" a los fines de obtener ciertos servicios sociales. En "Stanton v. Stanton" [431] el Tribunal declaró inconstitucional una ley de Utah que extendía el mantenimiento parental de los varones hasta los veintiún años, mientras que el de las mujeres se extendía a los dieciocho años. En relación a la discriminación inversa en favor de las mujeres, en "Kahn v. Shevin" [432], la Corte admitió una exención impositiva en beneficio de viudas.

En nuestro país el reconocimiento normativo del principio de igualdad se remonta a los primeros tiempos de la Independencia, por más que muchas veces la práctica jurídica y social no haya estado a la altura de tales antecedentes. Por ejemplo, en materia de esclavitud se produjo la prohibición del respectivo comercio en 1812. El proyecto de Constitución de la Comisión Oficial abolía la esclavi-

[426] 18 Cal., 3nd. 34, 1976.
[427] 7 S. Ct. 996, 1977.
[428] 239 US 33, 1915.
[429] 404 US 71, 1971.
[430] 411 US 677, 1973.
[431] 421 US 7, 1975.
[432] 416 US 351, 1974.

tud para los nacidos o entrados en el territorio (cap. VI, art. 1°). El de la Sociedad Patriótica establecía (en su art. 196) la opción de los negros de adquirir la ciudadanía. El proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1813 dispone (en su art. 178) la abolición del comercio de esclavos y la libertad de los que nazcan o entren al territorio nacional. Un hito, realmente notable para la época, lo constituyó el famoso decreto del 2 de febrero de 1813 de la Asamblea General Constituyente, que establece: "Siendo tan deshonroso, como ultrajante a la humanidad, el que en los mismos pueblos, que con tanto tesón y esfuerzo caminan hacia su libertad, permanezcan por más tiempo en esclavitud los niños que nacen en todo el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata, sean considerados y tenidos por libres, todos los que en dicho territorio hubiesen nacido desde el 31 de enero de 1813 [en dicho territorio] inclusive en adelante, día consagrado a la libertad por la feliz instalación de la Asamblea General, bajo las reglas y disposiciones que al efecto decretara la Asamblea General Constituyente". Dos días más tarde se dispone que todos los esclavos que de cualquier manera se introduzcan de países extranjeros quedarán libres, aunque al año siguiente se establece que ello no debe entenderse que se aplica a los prófugos. La Constitución de 1819 establecía en su art. CXXVIII que los indios eran iguales en dignidad y derechos a los demás ciudadanos y el art. CXXIX elimina para siempre el tráfico de esclavos y prohíbe su introducción en el territorio argentino. El art. 181 de la Constitución de 1826 ratificaba la ley de libertad de vientres y prohibía el tráfico de esclavos y su introducción en el país.

En cuanto al principio más general de igualdad el proyecto de la Comisión Oficial establecía en su art. 1° que todos los ciudadanos gozan de igualdad ante la ley, y el art. 25 prohibía al Congreso conceder títulos de nobleza; por su parte el de la Sociedad Patriótica establecía en el art. 8° que "la igualdad consiste en que la ley, bien sea preceptiva, penal o aflictiva es igual para todos y asiste igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de los derechos que cada uno disfruta", mientras que su art. 93 prohibía también al Congreso conceder títulos de nobleza. El decreto del 12 de marzo de la Asamblea del año 1813 abolió los tributos, la mita y el yanaconazgo de los indios teniéndolos por perfectamente libres; por su parte su decreto del 21 de mayo del mismo año abolió ciertos títulos de nobleza; el decreto del mismo cuerpo del 13 de agosto de 1813 eliminó los mayorazgos, y el del 26 de octubre prohibió la exhibición de escudos de armas mediante los cuales algunas familias intentaran diferenciarse de las demás. El art. I del cap. I del Estatuto Provisional de 1815 incluye a la igualdad entre los derechos fundamentales; el art. II repetía el art. 8° del de la Sociedad Patriótica. Estas normas son prácticamente repetidas por los arts. I y II del Reglamento

Provisorio de 1817. En cuanto a la Constitución de 1819, ella establece en el art. CX la misma norma que vimos repetida en el Estatuto de 1815 y que venía del proyecto de la Sociedad Patriótica; el art. CXXVII establecía que a ningún hombre o corporación se le concederán ventajas, distinciones o privilegios exclusivos, sino los que sean debidos a la virtud o a los talentos, aboliéndose también nuevos títulos de nobleza; el artículo siguiente declara a los indios iguales en dignidad y derechos.

La Constitución de 1826 disponía en su art. 160 que "los hombres son de tal manera iguales ante la ley, que ésta, bien sea penal, preceptiva o tuitiva, debe ser una misma para todos, y favorecer igualmente al poderoso que al miserable en la conservación de sus derechos", mientras su art. 180 disponía: "A ningún hombre o corporación se le concederán ventajas, distinciones o privilegios exclusivos, sino los que sean concedidos a la virtud o los talentos; y, no siendo éstos transmisibles a los descendientes, se prohíbe conceder título alguno de nobleza".

Los artículos relevantes de la actual Constitución en materia de igualdad son los siguientes: el art. 15 que establece: "En la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República"; el art. 16 que dispone: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas"; el art. 20, que prescribe: "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". Esta última norma se complementa con la del art. 25, la que, después de prescribir el fomento de la inmigración europea, establece que el Gobierno federal no podrá restringir, limitar o gravar con impuestos el ingreso de extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, promover la industria y enseñar las ciencias y las artes.

Conviene concluir esta breve reseña de antecedentes nacionales, apuntando que la Constitución de 1949 agregaba en su art. 28 al texto del actual art. 16 que la Nación Argentina no admite "diferencias raciales" y que no sólo la igualdad sino también la "proporcionalidad" será la base del impuesto y de la carga pública.

Cabe recordar aquí, que a pesar de las amplias normas sobre igualdad, hay en la misma Constitución vigente algunas cláusulas que afectan seriamente esa igualdad, como vimos oportunamente: una de ellas es la norma del art. 2° disponiendo el sostenimiento del culto católico, lo que implica un subsidio de quienes profesan otros cultos, o ninguno, a la población católica; otra es la exigencia del art. 76 de que el Presidente pertenezca a la comunión católica, lo que tiene un efecto simbólico sumamente negativo para quienes no pertenecen a ese culto; tampoco refleja exigencias de igualdad la norma del art. 67, inc. 15, que establece que el Congreso debe dictar leyes para promover la conversión de los indios al catolicismo. Estas normas discriminatorias de la Constitución nacional –extendidas a veces inconstitucionalmente por algunas constituciones provinciales que exigen, por ejemplo, la condición de católico para ser gobernador, violando el art. 16 de la norma suprema nacional, que establece que todos son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad– ha sido acompañada por algunas prácticas jurídicas y sociales que son excluyentes o persecutorias de algunos grupos.

Hay muchas leyes y disposiciones que excluyen a los extranjeros de ciertos empleos y cargos públicos, no obstante lo preceptuado por los arts. 16 y 20 de la Const. nacional. Hay prácticas objetables, como la aparente resistencia a incorporar no católicos al ámbito militar[433], además de algunas tendencias hacia el antisemitismo de ciertos grupos sociales que a veces ha tenido manifestación en actos de violencia. También hay una discriminación latente en sectores de la sociedad respecto de la población total o parcialmente descendiente de los antiguos pobladores indígenas, lo que se expresa cotidianamente en referencias despectivas a los "cabecitas negras" o llanamente "negros". Las mujeres son objeto de una muy seria discriminación de hecho, como se observa con advertir la distribución por sexos de los principales cargos de la Administración Pública, de la administración de justicia, de las universidades, de las Fuerzas Armadas, y de las diferentes actividades privadas, además de la subsistencia de normas aberrantes como el art. 118, inc. 1°, del Cód. Penal, que castiga diferencialmente el adulterio en perjuicio de la mujer.

[433] Como lo afirmó el investigador Robert Potash en una reunión del Consejo para la Consolidación de la Democracia en 1986.

Durante el primer período de la transición democrática iniciada en 1983 se hizo un serio esfuerzo para superar estas situaciones de discriminación. Se ratificaron buena parte de las Convenciones contra la discriminación mencionadas anteriormente y se sancionó la ley 23.592 contra todo tipo de discriminación. La ley prohíbe los actos de impedir, obstruir, restringir, menoscabar arbitrariamente el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución por razones de raza, religión, nacionalidad, opinión política, ideología, opinión gremial, sexo, posición económica o social y caracteres físicos. Como se ve, los criterios de clasificación excluidos son aun más amplios que los de las Convenciones internacionales más generosas. Los delitos previstos en el Código Penal se agravan, según esta ley, cuando fueran cometidos por odio o persecución a una raza, religión o nacionalidad. Es un delito autónomo participar en organizaciones destinadas a promover el odio o la persecución racial, religiosa o por nacionalidad, o hacer propaganda en tal sentido. Hasta ahora la ley no ha tenido una aplicación judicial efectiva, lo que no debe ser seguramente por falta de circunstancias subsumibles en ellas (en 1988 el subsecretario de Derechos Humanos la invocó en denuncia por apología del nazi Göering, pero el proceso no prosiguió).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido, en general, bastante restrictiva en el contralor de desigualdades legislativas y administrativas, además de haber actuado con las oscilaciones e inconsistencias que caracterizan su trayectoria. Por ejemplo, Garay[434] ha mostrado en un valioso estudio lo restrictiva que ha sido la Corte argentina en la descalificación de medidas o prácticas administrativas que aplican desigualmente una ley, en contradicción con su par norteamericana. En un primer período caracterizado por decisiones como la de "Ferré"[435] del año 1943, en el que se descalificó por violar el art. 16 de la Const. nacional medidas administrativas por las cuales se sujetaba a un impuesto a quien vendía frutas en el Mercado de Abasto, pero no a los que la vendían afuera, se sostuvo que se afectaba la garantía de igualdad ante la ley si, aunque la aplicación de la ley a un caso fuese inobjetable, se excluían en esa aplicación casos similares que merecían igual tratamiento.

Sin embargo, a partir del caso "La Martona", de 1945[436], en el que la demandante objetaba que una cierta tasa sólo era aplicada a ella y a otra empresa lechera y no a las demás del ramo, la Corte cambia de rumbo, adoptando un criterio distintivo, según el cual si

[434] Garay, Alberto, *Igualdad ante la ley*.

[435] CSJN, *Fallos*, 193:337.

[436] CSJN, *Fallos*, 202:130.

la discriminación irrazonable no está en la ley sino, en todo caso, en el modo en que ella es aplicable por el poder administrador, la declaración de inconstitucionalidad no puede ser la vía para objetar el procedimiento, eximiéndose de una carga que fue correctamente impuesta, aunque no haya sido impuesta a otros. Esta jurisprudencia fue reiterada en otros casos como "Vesta", de 1957[437] y "Smithfield" del mismo año[438], en los que, ante medidas administrativas que también consistían en cobros desigualitarios de impuestos, la Corte insiste en que, para invocar la garantía del art. 16, la desigualdad debe estar en la norma legal y no sólo en la forma en que ella es aplicada. Como lo muestra Garay[439] las dos únicas excepciones a este principio general son: *a*) la que surge de la doctrina de las decisiones de "Mussini" de 1974[440], un caso en que se objetaba que la jubilación se había liquidado en forma desigual a otro caso similar; y "Madereras Lanín" de 1977[441], en el que se trataba del rechazo de una concesión por parte de Parques Nacionales para extraer madera, en las que, si bien se rechazó las pretensiones de las actoras, se sostuvo que diferente hubiera sido el caso si el beneficio que se les negó hubiera sido parte de una *práctica habitual*, y *b*) la que emerge de las decisiones en "Villegas" de 1974[442], en el que también se objeta una liquidación desigual del haber jubilatorio, y "Bagley" del mismo año 1974[443], en el que se alegaba que la Dirección General Impositiva negaba una exención de impuestos previamente reconocida a Terrabusi, casos ambos en los cuales se admitió la demanda de inconstitucionalidad sobre la base de que las decisiones, concediendo en otros casos el beneficio negado en éste, eran en cumplimiento de decisiones de la misma Corte. Garay objeta con razón esta jurisprudencia que adopta un criterio sumamente restrictivo sobre la aplicación de la garantía de la igualdad ante la ley, no sólo por sus contornos poco claros, sino también porque limita absurdamente los ataques contra la igualdad a los que pueden provenir del legislador pero no de los funcionarios administrativos; comparar esta jurisprudencia con la que se originó en Estados Unidos a partir del caso "Yick Wo v. Hopkins"[444], ya mencionada, jurisprudencia que llega a aplicar criterios estadísticos para determinar si la administración está haciendo

[437] CSJN, *Fallos*, 237:239.

[438] CSJN, *Fallos*, 237:266.

[439] Garay, *Igualdad ante la ley*, p. 36 y siguientes.

[440] CSJN, *Fallos*, 289:82.

[441] CSJN, *Fallos*, 298:223.

[442] CSJN, *Fallos*, 289:185.

[443] CSJN, *Fallos*, 290:407.

[444] 118 US 356, 1986.

una aplicación desigual de las leyes. En verdad, la posición de nuestra Corte implica una seria falencia, ya que deja a los ciudadanos indefensos frente a acciones discriminatorias de órganos administrativos, cuando la decisión que niega un beneficio que se otorga a otros similarmente situados puede ser subsumida en una ley que no es, en sí misma, discriminatoria.

En cambio Garay no considera que se extiende la violación de la igualdad ante la ley a los casos de diferentes interpretaciones jurisprudenciales, a diferencia de la conocida posición de Bidart Campos[445] de que esas contradicciones violan la igualdad ante la ley y deben ser superadas por la Corte Suprema. Este Tribunal ha seguido, en general, un criterio restrictivo, admitiendo la impugnación sólo cuando la decisión contradictoria con otra reviste interés institucional, a la luz de otras garantías o exhibe el vicio de arbitrariedad. En cambio no admite la impugnación en otros casos de decisiones contradictorias, de tribunales locales; la Corte sostiene siguiendo el precedente de "Rovegno" de 1955[446] que la garantía constitucional de la igualdad no se ve afectada por fallos contradictorios, puesto que se trata de la consecuencia natural de la facultad de juzgar que tienen los jueces en aplicación del derecho común. En casos de decisiones contradictorias de Cámaras Federales, admitió la impugnación en "Mercedes Benz", del año 1963[447], en el que se invocaba la jurisprudencia contradictoria respecto a la extensión de la caducidad de instancia en el proceso penal, sosteniendo la Corte que había interés institucional, puesto que la caducidad de instancia no se compadece con la garantía de la defensa en juicio en el proceso penal. También admitió la impugnación en "Barri" de 1978[448], en el que se objetó con éxito la decisión de dar por desistido el recurso por no presentación de la expresión de agravios, en oposición a lo resuelto por otras Cámaras Nacionales, por lo que se consideró violado el derecho de defensa. En cambio cuando se trata de jurisprudencia contradictoria entre la Cámara Federal y la Cámara local donde ella tiene su asiento, la Corte parece entender que la primera debe tomar en cuenta la interpretación del derecho común de esta última, conforme a lo preceptuado por el art. 67, inc. 11, de la Const. nacional; así se decidió en "Angellini", del año 1961[449], en el que, en un pedido de extradición, se alegó que la Cámara Criminal y Correccio-

[445] Bidart Campos, Germán, *Igualdad ante la ley y desigualdad en su aplicación*, *ED*, 78-512.

[446] CSJN, *Fallos*, 233:173.

[447] CSJN, *Fallos*, 256:94.

[448] CSJN, *Fallos*, 300-II:921.

[449] CSJN, *Fallos*, 250:653.

nal de la Capital Federal, computaba el plazo de prescripción para el delito de quiebra fraudulenta desde la declaración de quiebra. Cuando se trata de diferentes Salas del mismo Tribunal, la Corte mantiene en general la doctrina de que la decisión discordante sólo es impugnable cuando no se hace explícitamente cargo de los precedentes contradictorios e incurre así en arbitrariedad como se muestra, por ejemplo, en las decisiones recaídas en "Da Silva", de 1959[450], y "Zaracho", de 1962[451].

Defiende Garay la posición restrictiva de la Corte Suprema respecto de que la jurisprudencia contradictoria de diferentes tribunales no afecta la igualdad ante la ley y no es impugnable, a menos que se den otros supuestos como la violación de la defensa en juicio o la arbitrariedad, sobre la base de que, a diferencia de lo que sostiene Bidart Campos, no es posible distinguir entre la interpretación y la aplicación de las leyes a los efectos del art. 67, inc. 11, y que no está dentro de las funciones de la Corte una intervención propia de la casación. Sin embargo, discrepo parcialmente de esta posición sin llegar a la defendida por Bidart Campos que se ubica en el otro extremo: la ley no es un mero texto, sino que está dada por las proposiciones normativas que surgen de la interpretación corriente de un texto; cuando el mismo texto es objeto de dos interpretaciones contrapuestas, es como si se aplicaran a los individuos concernidos leyes distintas, no obstante estar en similaridad de circunstancias relevantes, lo que puede vulnerar la garantía de la igualdad si el diferente trato se da en forma relativamente sincrónica por parte del mismo aparato estatal; éste es, en definitiva, el mismo principio que Garay defiende contra el poder administrador en casos como los estudiados antes, y no es admisible que el principio en cuestión no se extienda también a la administración de justicia. Por cierto, que si la garantía de la igualdad está afectada, se da un caso federal y corresponde a la Corte Suprema intervenir de acuerdo con lo dispuesto por el art. 100 de la Const. nacional.

Sin embargo, la garantía de la igualdad no resulta afectada cuando el diferente tratamiento parte de aparatos estatales autónomos; así como esa garantía no resulta afectada, por ejemplo, cuando las Constituciones o leyes de dos provincias tienen normas contrapuestas, tampoco resulta afectada cuando sus tribunales interpretan en forma distinta las mismas normas nacionales de derecho común, ya que, en este caso, el art. 67, inc. 11, de la Constitución establece un sistema de coproducción normativa entre la Nación que emite el texto y las provincias que lo interpretan. Tampoco resulta afectada

[450] CSJN, *Fallos*, 244:468.
[451] CSJN, *Fallos*, 252:216.

la garantía de la igualdad cuando la interpretación diferente de la norma, aun por parte de tribunales pertenecientes al mismo aparato estatal, refleje un análisis valorativo diferente a lo largo del tiempo, como podría ocurrir con un cambio legislativo, haciéndose cargo del criterio anterior y criticándolo explícitamente. Vale decir que la igualdad ante la ley está afectada en todos aquellos casos en que son tribunales del mismo aparato estatal –por ejemplo, Salas de una misma Cámara o diferentes Cámaras de la misma jurisdicción– los que aplican criterios contrapuestos sin que se hagan cargo de un cambio valorativo a través del tiempo. Aun cuando se pueda alegar que la independencia judicial exige que cada juez, incluso de una misma jurisdicción, llegue a conclusiones independientes, es responsabilidad de cada jurisdicción organizar sus instituciones para que no se produzcan inconsistencias sincrónicas que afecten el tratamiento igualitario de los ciudadanos a un mismo tiempo en una misma jurisdicción. Por cierto que en estos casos no es el papel de la Corte Suprema reemplazar a los jueces locales en la interpretación de la norma, sino ordenar el procedimiento correspondiente para que en la jurisdicción del caso se unifique la interpretación.

La Corte ha decidido distintos casos en los que se cuestionaba la preservación de la igualdad ante la ley en el curso de un proceso. Por ejemplo, se consideró que la exigencia de arraigo no responde a exigencias de privilegio indebido ni es muestra de hostilidad hacia quienes se exige, si está fundada en la razón objetiva de que no se tiene domicilio en la jurisdicción[452]. La exclusión que hace una ley de la posibilidad de apelación en ciertos casos tampoco se consideró que violara la garantía de la igualdad[453]. Tampoco viola el principio de igualdad ante la ley el que la ley procesal local admita la excarcelación para algunos delitos y no para otros[454]. Se declaró, en cambio, que es inconstitucional el decreto que excluye la intervención de peritos en juicios de expropiación de inmuebles únicamente cuando el Estado es parte[455]. Sin embargo, se admitieron ciertas diferencias procesales en favor del Estado como parte, como la eximición de los gobernadores de absolver posiciones[456].

En materia de propiedad, la Corte Suprema, el 10 de mayo de 1968, en "Muñiz Barreto de Álzaga"[457], sostuvo que violaba la exigencia de igualdad ante la ley la norma de la ley 14.451, que no au-

[452] CSJN, *Fallos*, 261:313.
[453] CSJN, *Fallos*, 259:89.
[454] CSJN, *Fallos*, 254:288.
[455] CSJN, *Fallos*, 201:249.
[456] CSJN, *Fallos*, 246:194.
[457] CSJN, *Fallos*, 270:374.

torizaba el reajuste de los arrendamientos a favor de los propietarios de campos, cuando estos campos constituyeran cuatro o más unidades económicas arrendadas íntegramente a cuatro o más arrendatarios. En el fallo "Guardian Assurance c/Gobierno Nacional", de 1927[458], se consideró razonable la discriminación entre contribuyentes impositivos, según estuvieran domiciliados en el país o en el exterior.

En cuanto a fueros especiales, el caso más discutido es el de la justicia militar; según el Código de Justicia Militar sancionado en 1951, el fuero militar corresponde en tiempo de paz cuando el delito, aun común, haya sido realizado en un lugar militar o por un militar en ocasión de un acto de servicio. La Corte Suprema sostuvo que no se trataba de un fuero personal prohibido por el art. 16 de la Const. nacional, sino un fuero real o de causa, que toma en cuenta la materia o el lugar. Sin embargo, esta interpretación es dudosa habida cuenta de que la circunstancia de ser militar y no sólo la naturaleza del acto determinaba una jurisdicción que no correspondía frente a actos similares. A esto se le agregaba la objeción a la existencia de tribunales penales que juzguen en última instancia ordinaria sin dependencia del Poder Judicial sino en relación directa con el Ejecutivo, lo que va en violación del art. 95 de la Const. nacional. Este estado de cosas fue superado por la ley 23.049 que suprimió el fuero militar para delitos comunes, dejándolo sólo para los delitos esencialmente militares, y aun así con apelación a la Justicia federal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación intervino en muy pocos casos de discriminación religiosa. Uno de ellos fue el caso "Glaser"[459]. La mayoría del Tribunal tuvo en cuenta consideraciones de igualdad y de libertad de cultos para extender a un seminarista del Instituto de Estudios Religiosos Judaicos la exención al servicio militar que la ley sólo parece extender a los seminaristas católicos. En cambio, el juez Guillermo Borda sostuvo en su disidencia parcial que la extensión debía hacerse sobre la base de la pura interpretación de la ley, puesto que la libertad de cultos no se ve afectada por la restricción del servicio militar, lo que quiere decir pura y simplemente oponerse a una igual libertad de cultos[460].

Hay un fallo realmente notable de la Corte Suprema del primer periodo de transición democrática iniciado en 1983, me refiero al

[458] CSJN, Fallos, 150:89.

[459] CSJN, Fallos, 265:336.

[460] Valiente Noailles, Carlos, *Manual de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, p. 148, lo reconoce explícitamente en su comentario aprobatorio.

caso "Arenson c/Nación Argentina"[461] en un fallo suscripto por los jueces Carrió, Caballero, Fayt, Petracchi y Belluscio. Se trataba, como se recuerda, de una acción de amparo interpuesta por alguien que no había sido admitido en el Instituto de Enseñanza Secundaria por no contar con la altura mínima que exigía una resolución administrativa; en el voto separado de los jueces Petracchi y Belluscio se invoca, entre otras, la garantía de la igualdad, haciéndose un poderoso alegato contra discriminaciones basadas en argumentos irracionales y místicos basados en una "ética elitista, perfeccionista y autoritaria".

A pesar de nobles gestos como el precedente, es obvio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al igual que el aparato judicial argentino en su conjunto, nunca se ha aproximado al grado de activismo de tribunales como los norteamericanos –tal como se vio en el caso "Brown" y sus secuelas– puestos al servicio del logro de una sociedad más igualitaria. Los casos más recurrentes de discriminación, como algunos de los que he mencionado en materia racial, religiosa o sexual, raramente llegan a los tribunales (dada, entre otras cosas, la dificultad de acceso al aparato judicial que veremos en el próximo apartado), cuyos repertorios bajo el rubro "igualdad ante la ley" están, por el contrario, repletos de quejas por desigualdades en materia de propiedad. Los pocos que llegan no siempre –como en el caso "Comunidad Homosexual Argentina", fallado por la Corte el 22 de noviembre de 1991– son resueltos conforme a la convicción de que la lucha contra la discriminación es central para promover el bien común.

Parece claro que en ocasión de una reforma de la Constitución nacional se debería reformular el art. 16, en consonancia con las cláusulas sobre igualdad y discriminación que son corrientes ahora en las convenciones internacionales y en las constituciones más modernas. Se debería prohibir expresamente, tanto en la esfera pública como en el ámbito privado, toda discriminación arbitraria por razones de raza, religión, género, origen nacional, hábitos o acciones privadas, rasgos físicos, opiniones políticas, condición social. Además, como ya se dijo, se deberían abolir las cláusulas discriminatorias de la misma Constitución, como los arts. 2°, 67, inc. 15, y 76.

F) Las garantías, restricciones y suspensión de los derechos

§ 48. *La idea del debido proceso.* – En este apartado me voy a ocupar de las garantías procesales a los derechos individuales. Es-

[461] CSJN, *Fallos*, 306:400.

tas garantías son la contracara del debido proceso, o sea que ellas consisten en la posibilidad de acceso activo, por propia iniciativa, o pasivo, por iniciativa de otro, a un proceso debido en protección de un derecho individual amenazado.

Como ya se dijo y se va a ver con mayor detalle más adelante, el debido proceso legal (*due process of law*) ha sido entendido en los Estados Unidos, sobre la base de las enmiendas V y XIV, tanto en forma sustantiva como procesal. Aquí se analizará esta segunda noción.

El debido proceso y las garantías vinculadas a él hacen a la forma en que un acto de coacción estatal –que, por ser tal, es *prima facie*, atentatorio de un derecho individual y, por lo tanto, debe ser especialmente justificado– pueda ser ejercido contra una persona determinada. El principio general en una democracia liberal, es que en un acto de privación de un bien a un individuo deben intervenir todos los poderes del Estado que tengan la debida independencia entre sí. El Poder Legislativo interviene necesariamente reglamentando los derechos, de modo de hacer una balance entre ellos y determinando las condiciones en que uno de ellos de una clase de personas puede ser limitado, mediante el uso de la coacción estatal, en aras de otros derechos de una clase de personas diferente. La necesaria generalidad de las leyes restrictivas de derechos garantiza alguna imparcialidad, pero es obvio que las leyes pueden ser aplicadas arbitrariamente, falsificando los hechos que condicionan su aplicación. Ello hace necesario todavía que la pretensión de ejercer un acto de coacción contra un individuo por parte del Poder Ejecutivo, a instancias o no de otro particular, sea revisada por un Poder Judicial independiente. El ideal de una democracia liberal es que *entre el individuo y la coacción estatal se interponga siempre un juez.* Pero para ejercer este papel no basta que haya funcionarios que se denominan "jueces", sino que ellos satisfagan condiciones de independencia respecto de los demás poderes del Estado. Como luego veremos, una condición generalmente no escrita en ningún texto legal pero que es inherente a un verdadero Poder Judicial que tiene control autónomo de las compuertas de la coacción estatal, es su monopolio de la determinación de la verdad fáctica, o sea el que tenga la última palabra sobre la ocurrencia de hechos particulares.

Como dice Tribe[462], hay dos justificaciones principales de la necesidad de interponer un proceso contra la privación de un bien y el individuo que es objeto de ella: la primera, que este autor favorece, aduce un *valor intrínseco* en el hecho de que el individuo pasible de

[462] Tribe, Lawrence, *The Constitutional Protection of Individual Rights*, p. 502.

coacción no sea simplemente manipulado, sino que sea partícipe de un *diálogo* en el que se lo trata de convencer –así como él trata de convencer de la posición contraria– sobre la justificabilidad del acto de coacción. Ello implica respetar la dignidad de la persona, considerándola capaz de valorar y participar de la búsqueda conjunta de la verdad. El otro enfoque del debido proceso le adjudica un *valor instrumental*, como un mecanismo adecuado para asegurar que las leyes sean aplicadas en forma imparcial y ecuánime. En realidad los dos enfoques se complementan mutuamente y reflejan diversos aspectos que hacen al debido proceso central en la democracia liberal: por un lado, el hecho de que un acto que puede implicar, *prima facie*, la infracción de un derecho debe hacerse con los máximos recaudos de que se den las condiciones que lo hacen justificable; por el otro, la circunstancia de que en la justificación de ese acto de coacción debe participar el individuo que es o puede ser destinatario de él, no solamente en el debate democrático que conduce a la sanción de la ley que lo permite en términos generales, sino también en la discusión sobre la procedencia de la privación en el caso particular.

La garantía general del debido proceso legal implica una serie de subgarantías: *a*) las del acceso a la jurisdicción; *b*) las de las características que debe tener el proceso, y *c*) las que se refieren a las condiciones generales que debe satisfacer un acto de coacción dispuesto como consecuencia del proceso.

a) En cuanto a las garantías de acceso a la jurisdicción, el respeto de los derechos individuales exige la existencia de acciones rápidas y eficientes para prevenir la violación inminente de aquellos derechos. El hábeas corpus, el amparo y los diferentes interdictos, son recursos corrientes que prevén los diferentes órdenes jurídicos (al menos desde el *Habeas Corpus Act* inglesa de 1679) para provocar la expeditiva intervención judicial frente a la amenaza o la realidad de la violación de un derecho. Por cierto que la efectividad de estas acciones depende no sólo de su regulación jurídica sino de la buena disposición e independencia de los magistrados, como se ha mostrado en la sombría década del 70 en la Argentina.

Un tema central en el acceso a la jurisdicción es el de la legitimación activa; ello se da sobre todo respecto de la cuestión de los llamados "intereses difusos", en los que, como vimos, por el hecho de que el consumo del bien por algunos no excluye el de otros, y la provisión del bien a cierta gente beneficia a otras. Una caracterización demasiado estrecha de los "derechos subjetivos" que son dignos de protección judicial, puede afectar la preservación de esos bienes que son esenciales para la elección y materialización de planes de vida. Por ello, es conveniente una apertura de la administración de justicia hacia instituciones de bien público, grupos de individuos

o aun individuos aislados, que se presenten en representación eventual de clases de individuos que soliciten protección para bienes que, aun cuando su goce no esté individualizado en la persona afectada, constituyen prerrequisitos de la autonomía personal y del patrimonio colectivo.

Además de estas acciones, el acceso a la jurisdicción exige otras garantías, como la de no ser juzgado en ausencia, al menos en el ámbito penal, y la de tener un recurso rápido frente a la justicia o la de ser puesto a disposición de ella frente a actos de coacción que la administración esté autorizada a realizar directamente; lo que debe darse sólo en situaciones extremas: la detención de alguien sorprendido *in fraganti delito*, la destrucción o remoción de una cosa peligrosa para los demás, etcétera.

No hay un acceso efectivo a la jurisdicción si no hay tribunales fácilmente asequibles para el ciudadano afectado, tanto desde el punto de vista de la ubicación geográfica, del costo de actuar frente a ellos, de la disponibilidad de asistencia letrada gratuita cuando ella es necesaria y se carece de posibilidades de solventarla, y de la eficiencia del procedimiento. En muchas ocasiones se alega la necesidad de una acción coactiva directa por un órgano administrativo dada la imposibilidad de recurrir expeditivamente a los tribunales para requerir la autorización de tal acción; pero si el Poder Ejecutivo cuenta con recursos suficientes para asegurar la eficiencia en su acción coactiva, bien podría volcar esos recursos en el aparato judicial para que actúe con la misma eficiencia. En una democracia liberal es imperativo que haya una gran red de tribunales independientes, a los que los individuos tengan fácil y rápido acceso, sea para reclamar protección o cuando se intenta someterlos a alguna privación.

b) El proceso judicial debe estar guiado por tres grandes principios, mutuamente complementarios en su contribución a que se haga justicia en el ejercicio de la coacción estatal: *1*) el de la observancia de la ley dictada por los órganos democráticos; *2*) el de la búsqueda irrestricta de la verdad sobre los hechos, y *3*) el de la imparcialidad, tan absoluta cuanto sea posible entre las partes contendientes en el proceso, incluido el Ejecutivo cuando actúa como persona jurídica y aun cuando actúa en representación de la sociedad en conjunto.

La observancia de la ley democrática por parte de los tribunales exige una actitud diferente tanto del formalismo –que se atiende al texto literal de la ley aun cuando se llegue a resultados opuestos a los que la sanción de la ley estaba dirigida a alcanzar– como del finalismo –que va en busca de resultados satisfactorios, aun cuando ello implique torcer el texto legal–. La actitud frente a la ley que corresponde a una democracia liberal es la de ser respetuosa de las *razones* que se han impuesto en el debate democrático determinando

la sanción de la prescripción jurídica. Tanto el respeto del procedimiento democrático cuanto la necesidad –expuesta en el cap. I, ap. C– de preservar la práctica jurídica, que concede eficacia a las decisiones que se toman como resultado de ese debate, exigen que el juez rechace las dos alternativas de concebir a la ley como un mero texto o de sustituir las razones del legislador por sus propias razones. En otro lugar[463], he defendido la idea de que las normas penales deben aplicarse según el principio de *enantiotelidad*, que prescribe penar sólo aquellos actos de los comprendidos en la descripción del tipo que pertenecen a la clase de los que la sanción de la ley procuró prevenir. Lo mismo debe regir, en lo posible, respecto de la aplicación de cualquier norma jurídica, ya que lo que tiene fuerza vinculante en una democracia es el contenido proposicional del consenso democrático y no el que surge de la interpretación de un texto de acuerdo con el uso ordinario o técnico de las palabras empleadas. Esto no quiere decir, por cierto, que no haya agudos problemas de interpretación que requieran de la máxima creatividad judicial. Como vimos anteriormente (cap. I, ap. D), la construcción de las intenciones de un cuerpo colegiado y de varios órganos que intervienen en la sanción de una ley es sumamente difícil. Más complejo es todavía el problema del paso del tiempo, que hace que el consenso democrático que se obtuvo en el pasado para la sanción de una ley, no necesariamente está fundado en las mismas razones en las que se apoyaría si la ley fuera sancionada en la época de su aplicación, que es lo que cuenta para la legitimidad democrática. El juez debe, de este modo, hacer juicios contrafácticos acerca de tales razones sobre la base de inferencias, a partir de debates y actos legislativos más recientes. Dejando de lado mayores complejidades que no es el caso dilucidar aquí, lo cierto es que la garantía del debido proceso de ley que tienen los ciudadanos de una democracia liberal, exige que los jueces estén sometidos a la ley de una forma igualmente alejada tanto del formalismo como del finalismo, que desvirtúan ese sometimiento.

En segundo término, el Poder Judicial no puede ser sustituido o restringido en su responsabilidad de determinar la real ocurrencia de hechos particulares. Esa responsabilidad es lo que lo hace genuinamente independiente y la que lo habilita para llegar a soluciones justas en los casos particulares. Como dice Ferrajoli[464], la verdadera independencia del Poder Judicial está fundada en que él se guía por

[463] Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, I, cap. IV.

[464] Ferrajoli, Luigi, ponencia en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Symposium internacional sobre la transformación de la justicia en la República Argentina", 1989, p. 117.

el principio *veritas, non auctoritas facit iudicium*, invirtiendo el principio hobbesiano, válido para la legislación, *auctoritas non veritas facit legem*; esto implica que el consenso democrático no puede funcionar como criterio de verdad fáctica para fundamentar la legitimidad jurisdiccional. Son incompatibles con los principios de una democracia liberal las leyes que preconstituyen hechos particulares, creando ficciones o presunciones *iuris et de iure*, como los llamados "delitos de peligro abstracto"; ellas implican que los poderes políticos se arrogan una función inherente al Poder Judicial. Ello es aplicable también a leyes excusatorias, que crean presunciones irrevocables de que se dieron ciertos hechos eximentes de pena, como ocurrió con la ley de obediencia debida en la Argentina; por lo tanto, el voto del juez Jorge A. Bacqué en "Camps"[465], declarándola inconstitucional por arrogarse funciones judiciales parece coherente con la posición de la Corte Suprema en "Bazterrica"[466] en contra de los delitos de peligro abstracto. También son cuestionables las normas probatorias rígidas que obstaculizan la búsqueda de la verdad fáctica por parte de los tribunales. El ritualismo en el procedimiento es uno de los enemigos más peligrosos de la responsabilidad epistémica de los jueces.

Es deseable que los Códigos Procesales se limiten a ofrecer los lineamientos más generales del proceso, dejando a los tribunales la más amplia discreción para seguir los pasos necesarios en el cumplimiento de su misión. En realidad, el Código de Procedimiento es, en buena medida, el reglamento interno de un poder del Estado, poder que es, además, descentralizado, por lo que la injerencia de los otros poderes en su configuración debería reducirse al mínimo.

El tercer principio de imparcialidad entre las partes es esencial para que el proceso albergue un genuino diálogo, en el que las partes tengan amplia posibilidad de justificar sus pretensiones, percibiéndose a la decisión final como la conclusión que refleja el balance de razones ofrecidas. Es inherente a la democracia liberal que los intereses agregativos de la comunidad no desplazan automáticamente los intereses antagónicos de un individuo, sino que éstos, cuando son protegidos por derechos, tienen un peso propio que puede llegar a cancelar el cálculo del beneficio global de la sociedad. Ello es representado en el proceso por la paridad de condiciones en el diálogo entre el individuo y los órganos que expresen los intereses del conjunto social –como los fiscales–, manteniendo el juez una posición equidistante. De allí se sigue que el proceso, aun el penal, debe ser contradictorio y acusatorio, y no inquisitivo.

[465] CSJN, *Fallos*, 310-1:1162.

[466] CSJN, *Fallos*, 308:1412.

Lo que se dijo implica que las partes deben tener la más plena libertad de expresión en el proceso –quedando excluida cualquier compulsión para confesar un hecho o para declarar en contra de sus intereses–, que deben tener paridad de asistencia letrada –lo que supone un servicio eficiente de defensa pública para quienes no pueden contratarla privadamente–, que deben tener el acceso más amplio posible a las vías probatorias. El imputado en un proceso penal debe beneficiarse con la presunción de inocencia, que obliga al Estado a demostrar positivamente los hechos que hacen a la intervención en un hecho delictivo y a la responsabilidad por esa participación; esta presunción es una barrera imperativa frente a los abusos de poder que se harían posibles si la actividad acusatoria pudiera tomar como base las meras sospechas, o si los ciudadanos se vieran permanentemente obligados a demostrar su inocencia.

El proceso judicial, como todo acto de un gobierno republicano, debe ser público, o sea, sus diferentes pasos deben estar abiertos al conocimiento directo e inmediato de la población en general. Por cierto que ello exige la oralidad de los procedimientos principales, ya que sólo así se puede tomar conocimiento inmediato de la marcha del diálogo en que el proceso consiste.

Casi todas las democracias liberales contemporáneas –desde la lejana Carta Magna inglesa de 1215– prevén la existencia de jurados populares, sea en la forma tradicional, que exige una instancia de decisión sobre los hechos de un cuerpo de jueces legos, sea en la forma del jurado anglosajón o sea en la forma de jueces "escabinos" que se combinan con jueces letrados para constituir todos los aspectos de la decisión. Al jurado no se lo puede defender o atacar basándose en la mayor o peor calidad de sus decisiones, comparadas con las de los jueces letrados, ya que los estudios empíricos muestran pocas diferencias significativas[467]. Sin embargo, el jurado tiene un enorme valor como expresión de la participación directa de la población en el acto de gobierno fundamental que es la disposición inmediata de la coacción estatal[468]. Ello disminuye la distancia entre la sociedad y el aparato estatal y atenúa el sentimiento de alienación del poder, o sea la percepción corriente en los ciudadanos de democracias menguadas de que el poder es algo ajeno a ellos. Consolida el sentido de responsabilidad en la ciudadanía, puesto que se adoptan actitudes muy diferentes frente a las normas legales cuando

[467] Meyer, B. - Padawer Singer, A. M., *Improvement of the Jury System*, en American Bar Association, Div. of Judicial Administration, "The Improvement of the Administration of Justice", 1981.

[468] Cavallero, Ricardo J. - Hendler, Edmundo S., *Justicia y participación*.

se sabe que cabe la posibilidad de que se las tenga que aplicar, de ser llamado al sitial del jurado.

Por otro lado, la existencia de jurados impide que el derecho se convierta en un instrumento esotérico que sólo puede ser interpretado por una especie de casta secerdotal, de modo que se rompe el diálogo con el ciudadano común que acude o es requerido por la justicia, y se hace imposible la posibilidad de que perciba la justificación del acto de la imposición o rehusamiento de un acto de coacción; cuando el derecho se transmuta en un Código para iniciados el ciudadano asiste perplejo a una seguidilla de términos técnicos que aluden a teorías, definiciones, escuelas de pensamiento, que conducen sorpresivamente a tantos años de cárcel o al rechazo de la demanda. Esta tendencia deletérea se atenúa cuando los jueces profesionales deben explicar a jurados legos que deciden antes que ellos o con ellos las alternativas de decisión.

Por último, pero no de último, la institución del jurado cumple un papel importantísimo de valla frente a los abusos de poder, ya que implica la mayor descentralización posible en la tarea de dar la luz verde final antes de poner en movimiento el aparato coactivo del Estado. Una vez que la institución está lo suficientemente arraigada en los hábitos ciudadanos, no es tan fácil para un régimen con vocación autoritaria hacer un uso arbitrario de la coacción estatal, saltando por encima de los jurados que pueden rehusar dar permiso para que el aparato estatal se ponga en marcha contra un individuo determinado.

Las condiciones de independencia del juez que preside el proceso son fundamentales. Todos los sistemas conocidos de designación de jueces parecen imperfectos para asegurar esa independencia, más allá de las restricciones obvias, como es la referida a los tribunales *ad hoc* para ciertos casos. La designación por los órganos políticos promueve el favoritismo con el órgano del que proviene la designación, aunque la estabilidad de por vida atenúa en parte ese riesgo, cuando ella es respetada. La designación por órganos en los que predominan los propios magistrados y representantes de entidades profesionales, corre el riesgo de fomentar la formación de una burocracia judicial elitista y sin mayor contacto con las valoraciones y necesidades del conjunto social. El procedimiento electivo se presta a que los jueces se sometan más a las corrientes de la opinión pública que a los dictados de la justicia. Tal vez los inconvenientes de estos métodos se atenúen con algunas combinaciones, como la intervención de consejos de la magistratura en propuestas de candidatos o la intervención en los jurados, junto a los miembros del Poder Judicial, de letrados insaculados de listas propuestas por los colegios profesionales.

También es importante la independencia de un Ministerio Público que vele por los intereses del conjunto social, que incluye la pretensión de que se cumplan regularmente las leyes aun en contra de gobierno de turno. La investigación criminal dirigida por ese Ministerio Público, con el auxilio de los cuerpos policiales, asegura tanto la autonomía de esa investigación de posibles influencias gubernamentales como que la justicia –que es la que debe autorizar de cualquier modo los actos coactivos que se ejecuten en el transcurso de ella– tome la suficiente distancia de los resultados de esa investigación. El Ministerio Público debería tener un grado considerable de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal que asegure la racionalidad en la administración del aparato coactivo del Estado, evitando que la selección que, inevitablemente debe hacerse de los casos en que la Justicia debe intervenir de oficio, se haga en forma azarosa o con favoritismos y sin el control de criterios selectivos defendidos públicamente. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal no ofende el principio de igualdad ante la ley, cuando la renuncia a proseguir con el proceso no deriva del reconocimiento de un derecho que deba universalizarse sino que se hace en persecución del objetivo colectivo de maximizar la eficacia preventiva de una amenaza real de coacción[469].

c) En cuanto a las condiciones generales que deben reunir los actos de coacción dispuestos por el Poder Judicial, a instancias de la Administración, del Ministerio Público o de un particular, como penas, como medidas asegurativas o como medidas de ejecución de contratos u otros actos de voluntad de particulares, ellas dependen de la justificación general de tales actos de coacción. De los principios generales de una concepción liberal de la sociedad (articulados anteriormente –cap. I, ap. F– y aquí ampliados) surgen sólo tres causales de habilitación del ejercicio de la coacción estatal contra un individuo y una limitación general a esas causales. Ellas son: *1*) la promoción de la autonomía de los menos autónomos; *2*) el consentimiento, y *3*) la compensación. La limitación general es el respeto de la integridad de la persona. Veamos brevemente tales causales y esta limitación.

Como se dijo, la *autonomía* que se valora no es la de algunos individuos sino la de todos; ello exige necesariamente limitar la ampliación, por acción u omisión, la autonomía de algunos a costa de la de otros. Como prácticamente todo lo que los ciudadanos y el gobierno hacen o dejan de hacer puede expandir la autonomía de algunos a costa de la de otros, el principio de inviolabilidad de la perso-

[469] Nino, *Cuestiones constitucionales del ejercicio discrecional de la acción penal*, en rev. "Tribunales", por aparecer.

na que veda tal explotación sólo se salva de vacuidad si es interpretado en términos igualitarios: lo que está proscripto es ampliar la autonomía de algunos a expensas de una *menor* autonomía de otros. Esto es prácticamente equivalente a la prescripción de aumentar la autonomía de los menos autónomos. Ello habilita la coacción estatal que procura ese fin, como cuando tal coacción respalda impuestos redistributivos. Claro está que el límite a esta causal de coacción es claro: salvo que se den, además, algunas de las otras causales de permisibilidad de la coacción, el individuo coaccionado no debe quedar en situación de menor autonomía relativa que aquellos individuos cuya autonomía se promueve.

La segunda causal que hace legítima la coacción estatal está dada por el *consentimiento* de los destinatarios de tal coacción estatal. El valor del consentimiento deriva, como ya vimos brevemente (cap. I, ap. F), del principio de dignidad de la persona, que permite tomar en cuenta como antecedente de responsabilidades los actos voluntarios o las decisiones de los individuos. Como dije, ello hace posible el manejo dinámico de los derechos y que la autonomía de la gente pueda ser ampliada o restringida sin que ello redunde necesariamente en la expansión de la autonomía de los menos autónomos. Si una persona consiente en que su autonomía se vea restringida, luego no puede protestar porque, como consecuencia de esa restricción, otra persona resulte con más autonomía neta de la que él goza. Este principio descalifica a una variedad normativa del determinismo, que, como vimos, sobre la base de hipótesis empíricas acerca de la determinación causal de nuestros actos de voluntad, deriva ilícitamente la conclusión normativa de que tales actos de voluntad no deben tomarse como antecedentes de consecuencias normativas. La descalificación de ese determinismo normativo no impide, sin embargo, desestimar, para imputar consecuencias normativas, aquellos actos de voluntad que están no simplemente causalmente determinados, sino causalmente determinados en una forma que no se extiende igualitariamente sobre diferentes sectores de la sociedad.

Por supuesto que el caso central en que la coacción estatal está habilitada por el consentimiento de los individuos ocurre cuando ella se emplea para ejecutar contratos. Como dijimos en este mismo apartado, a veces no se adivierte claramente que los contratos necesitan del servicio público de la coacción para que haya razones para su cumplimiento que no se vean frustradas por la expectativa del incumplimiento de la otra parte. La nulidad implica no la prohibición de que el contrato se celebre –ya que tal celebración puede ser perfectamente lícita– sino la negativa del Estado de prestar el servicio público de la coacción a los particulares para que puedan ejecutar ese contrato.

En otro lugar[470] he tratado de defender una teoría de la pena fundada en el consentimiento, sobre la base de que el fin de la pena no puede ser en una sociedad liberal la retribución (la que presupone un enfoque perfeccionista que hace relevante la valoración del carácter de los agentes); el fin de la pena que es compatible con exigencias de un liberalismo pleno es el de minimizar los daños a la sociedad maximizando –a través de los diversos mecanismos por los que la pena puede prevenir delitos– la autonomía agregativa de la que los individuos gozan en la sociedad. Del mismo principio de autonomía se infiere la permisibilidad de aquellas restricciones a la autonomía, tendientes a preservar una mayor autonomía que la que se restringe (prohibiendo aquellos actos y permitiendo penas por su comisión que lesionan la autonomía de otros en un grado superior a la limitación de la autonomía involucrada en tales prohibiciones y penas). Pero el principio de inviolabilidad de la persona proscribe restringir la autonomía de alguien por la sola razón de que ello aumenta la autonomía global de que goza en la sociedad, salvo que ello involucre incrementar la autonomía de los menos autónomos hasta grados que no sean superiores a la de aquellos cuya autonomía se restringe (lo que no suele suceder en el caso de la pena). Esto hace necesario acudir al consentimiento, que está habilitado por el principio de dignidad de la persona: quien realiza un acto voluntario sabiendo que una ley imputa a la realización de ese acto una cierta responsabilidad penal, consiente esa responsabilidad penal, de la misma manera que consiente la obligación de pagar una suma de dinero impuesta por una ley como consecuencia de un acto voluntario (como firmar un documento) quien realiza ese acto con conocimiento de esa consecuencia normativa. Cuando la ley está, además, justificada por estar dirigida a aumentar la autonomía global de que se goza en la sociedad, o tiene un origen democrático que le concede una presunción de justificabilidad, es legítimo ejecutar la responsabilidad penal imponiendo una sanción al individuo que ha consentido en asumir aquella responsabilidad.

Esta justificación de la pena permite derivar principios fundamentales para la regulación de la coacción estatal como el de legalidad y el principio *non bis in idem*. El principio de legalidad en sus tres especificaciones: *nulla poena sine lege praevia*, *nulla poena sine lege stricta* y *nulla poena sine lege scripta* se deriva de la necesidad de que la responsabilidad penal pueda ser previsible con certeza para que pueda ser consentida por el individuo sujeto a una pena posible; sin una ley previa, escrita y con tipos lo más precisos posibles, es imposible que un individuo pueda conocer que una consecuencia nor-

[470] Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. III

mativa se deriva de su acto voluntario. Ello es tanto más así cuanto que el consentimiento requiere el conocimiento de la consecuencia, consentido como un efecto necesario del acto y no meramente probable; de lo contrario se consiente sólo el *riesgo* de cierto estado de cosas y no el estado de cosas mismo. En cuanto al principio *non bis in idem*, éste deriva también de la misma exigencia de consentimiento: cada acto voluntario implica consentir la consecuencia establecida por una norma; es admisible una pluralidad de penas a partir de una pluralidad de subsunciones de actos en normas, que está dada por el hecho de que varios actos de un individuo encuadran en la misma norma, o que un mismo acto encuadra en varias normas. Pero cuando un solo acto voluntario del individuo encuadra en una sola norma, y, sin embargo, esta norma es aplicada más de una vez para justificar una pluralidad de penas, se está ampliando la responsabilidad penal más allá de lo consentido por el individuo.

La tercera situación en la que se justifica el ejercicio de la coacción estatal se da cuando esa coacción es necesaria para impedir que se reduzca la autonomía de algunos individuos que no han consentido esa reducción y se compensa adecuadamente a quienes sufren la coacción aplicada. El principio de *compensación* es el que debería regir en el caso de medidas de seguridad no consentidas por los individuos que las padecen, como son las cuarentenas de enfermos contagiosos, el confinamiento de dementes peligrosos, la destrucción o la confiscación de objetos necesarias para evitar un mal mayor, la prisión preventiva de individuos que son luego absueltos, etcétera. Es realmente asombroso cómo estas violaciones de derechos son aceptadas en las sociedades modernas sin que se satisfaga el requisito de compensación suficiente, lo cual, dada la falta de consentimiento, es lo único que evita la utilización de personas como meros medios en beneficio de otros, infringiendo el principio de inviolabilidad de la persona. No siempre la indemnización debe ser en términos monetarios: puede consistir, por ejemplo, en un tratamiento médico adecuado o en la provisión de servicios compensatorios.

El límite general a la acción coactiva del Estado, aun cuando se den las causales que se acaban de mencionar, está dado por preservar la integridad de las personas, lo que incluye la preservación de su identidad. Aun cuando el individuo lo consienta, una sociedad que ve a cada sujeto como un ente con dignidad intrínseca y como un partícipe ineludible en el diálogo, tendiente a justificar los mismos actos de coacción, debe excluir de su seno medidas tales como la pena de muerte –como lo hemos visto–, las torturas, las mutilaciones, el tratamiento degradante, los "lavados de cerebro", la "reeducación", etcétera. Todas estas medidas son incompatibles con la preservación de la identidad e integridad de un ser que es inherentemente valioso por su propia capacidad de valorar, la que debe pre-

servarse como prerrequisito, para que podamos justificar, frente a él, la misma coacción a la que lo queremos someter.

§ 49. *Reconocimiento jurídico de las garantías procesales.* – Las garantías vinculadas al debido proceso han tenido un amplio reconocimiento en el ámbito internacional. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 prescribe en su art. 8º que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. El art. 9º establece, a su vez, que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso o desterrado. El art. 10 prevé que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. El art. 11 establece que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en un juicio público conforme a la ley y en el que se hayan asegurado todas las garantías para su defensa; también dispone que nadie puede ser condenado por actos u omisiones que no eran delictivos conforme a la ley en el momento de ser cometidos, o que tenían una pena más baja que la que se les aplica.

El Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente aprobó, en 1955, reglas mínimas para el tratamiento de reclusos que fueron adoptadas en 1977 por el Consejo Económico y Social de esa organización; entre otras se prevé la separación de mujeres y hombres, y entre condenados y procesados, normas sobre trabajo, disciplina, quejas, libertad de religión, traslados, etcétera. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por las Naciones Unidas en 1976 y aprobado por la Argentina por ley 23.313, establece en su art. 9º que nadie podrá ser privado de su libertad sin el procedimiento establecido por la ley, y que toda persona detenida tiene derecho a saber de inmediato la causa de su detención y a ser llevada sin demora ante un juez y juzgada en un plazo razonable. También el mismo artículo establece que toda persona privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un tribunal para que él decida sobre la legalidad de su detención y ordene su libertad, si ésta fuera ilegal, en cuyo caso tendrá además el derecho efectivo a tener reparación. El art. 15 establece el principio de irretroactividad de la ley penal, salvo en el caso de delitos que sean tales según los principios de derecho internacional. En relación a este último tema, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, en 1968, una Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. Iguales principios están es-

tablecidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa; en el art. 5º, inc. 2º, se prevé la información sobre las causas de la detención y la obligación de presentar al detenido a un juez en forma inmediata, el hábeas corpus para determinar la causa de la detención y la reparación frente a la detención ilegítima; en el art. 6º se prevé el derecho a un juicio público e imparcial, en el que estén asegurados los derechos de defensa. En el art. 7º se establece el principio de irretroactividad de la ley penal, salvo el caso de delitos que violen principios reconocidos por las naciones civilizadas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicó el Convenio en diferentes casos: En el caso "De Wilde, Ooms y Versyp", fallado en junio de 1971, tres ciudadanos belgas reclamaron contra su gobierno por aplicar una legislación respecto de los vagabundos que los sometía a un trabajo obligatorio; el Tribunal sostuvo que se violaba el art. 5º por no existir un recurso ante un juez contra la orden de internamiento en un centro de rehabilitación. En el caso "Winterwerp", decidido en octubre de 1979, el Tribunal sostuvo, también, que se había violado esa norma al no haber un recurso suficiente frente al procedimiento seguido ante un juez de paz, que culminó en la orden de internación en un hospital psiquiátrico.

En el caso "Engel y otro", decidido en junio de 1976, se sostuvo que la necesidad de recursos judiciales también comprende a las medidas disciplinarias en materia militar. En el caso "Guzzardi", de febrero de 1973, el Tribunal entendió que el mismo art. 5º había sido violado en el caso de una medida de seguridad contra alguien que demostraba una propensión a la delincuencia. En el caso ya mencionado de las medidas tomadas en Irlanda del Norte por el gobierno británico contra el terrorismo, el gobierno entendió que el art. 5º había sido violado en sus cuatro apartados. En el caso "Delcourt", del 17 de enero de 1970, el Tribunal decidió que el procedimiento de casación belga, si era interpretado en forma amplia, no violaba los derechos de defensa establecidos en el art. 6º. En el caso "Reingeisen", del 6 julio de 1971, el Tribunal sostuvo que ese art. 6º no se refiere sólo a cuestiones de carácter civil sino también a las de índole administrativa, aunque desestimó que en el caso hubiera habido una infracción al requisito de imparcialidad. En "Luedicke, Belckacem y Koc" se sostuvo que el derecho a la asistencia letrada gratuita había sido infringido (era un caso de extranjeros residentes en Alemania) si luego se reclamaban los gastos del intérprete. En el caso "Airey", del 9 de octubre de 1979, se decidió que el art. 6º es violado si una mujer no puede acceder a un procedimiento judicial económico para separarse de su marido. En el caso "Artico", del 13 de mayo de 1980, se resolvió que el derecho a la defensa es vulnerado si el abogado gratuito es inadecuado. Y en el caso "Le Com-

te, Van Leuven, De Meyese", del 23 de junio de 1981, el Tribunal resolvió que se había violado el art. 6° al no concederse a los procesados un juicio *público*.

Por último, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Argentina mediante ley 23.054, establece en su art. 8° las garantías judiciales de acceso a un tribunal judicial independiente e imparcial para determinar sus derechos o para afrontar una acusación penal; de presunción de inocencia; de asistencia jurídica gratuita; de comunicación previa de la acusación; de no ser obligado a declarar contra sí mismo; de apelar el fallo; de invalidez de la confesión compulsiva; de no ser sometido a un doble proceso por el mismo hecho; de publicidad del proceso penal, etcétera. El art. 9° de la Convención establece los principios de irretroactividad de la ley penal y de ultraactividad de la ley más benigna. El art. 10 prevé el derecho de indemnización de una persona condenada injustamente por error judicial.

a) Todas las constituciones de los países de Europa occidental dan amplio reconocimiento a las garantías procesales. Por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que forma parte de la Constitución de Francia de 1958, establece en su art. 7° que nadie puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos previstos por la ley y con las formalidades que ella establece, y en su art. 8° dispone que la ley no puede establecer más pena que la estricta y evidentemente necesaria y que nadie puede ser castigado sino en virtud de ley previa; el art. 9° establece la presunción de inocencia. La Ley Fundamental de la República Federal Alemana establece en su art. 101 que no son lícitos los tribunales de excepción y que nadie podrá ser sustraído a su juez legal. Por su parte el art. 102 declara abolida la pena de muerte.

El art. 103 establece que todos tienen derecho a ser oídos ante los tribunales, y los principios de irretroactividad de la ley penal y el *non bis in idem*. El art. 104 prevé que en caso de detención de una persona, ella debe ser llevada inmediatamente ante un juez y comunicada la causa de la detención. El art. 24 de la Constitución española vigente establece la prerrogativa de todas las personas a obtener la tutela efectiva de sus derechos por parte de los jueces, a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley, a una asistencia letrada, a no declarar contra sí mismo, a la presunción de inocencia y a ser informados de la acusación. Por su parte, el art. 25 establece el principio de irretroactividad de la ley penal y la finalidad de reeducación y readaptación social de las penas privativas de la libertad. El art. 53.1 establece el sistema interno de protección de los derechos fundamentales que está dado por el recurso sumario y preferente ante los tribunales ordinarios y el recurso de amparo ante el

Tribunal Constitucional. La Constitución portuguesa de 1976 establece una amplia gama de garantías procesales en sus arts. 27 a 33, incluyendo la obligación de llevar a un detenido ante un juez en 48 horas, la exclusión de penas como la prisión perpetua, el hábeas corpus y el derecho de extradición. En Gran Bretaña, que fue precursora de las garantías judiciales desde la Carta Magna, buena parte de esas garantías están dadas por normas consuetudinarias o por recomendaciones como las Reglas de los Jueces, de 1964, por las que se estableció una serie de prescripciones sobre el interrogatorio de sospechosos de delitos, incluyendo la invalidez de las declaraciones involuntarias, la obligatoriedad de informarle de sus derechos y de la asistencia letrada. En el caso "Sherman and Apps", de 1980, un juez del Alto Tribunal decidió que la demora de la policía, por más de cuarenta y ocho horas, en llevar ante un magistrado a sospechosos de un delito, era antijurídica.

b) En los Estados Unidos, como ya se ha visto, el debido proceso de ley para privar a alguien de la vida, libertad y propiedad, está establecido en las enmiendas V y XIV, aunque estas cláusulas han sido usadas más para fundar el debido proceso sustantivo –relacionado con los requisitos que debe cumplir la ley– que el procesal. Como dice Tribe[471], este último fue fundado más bien en principios generales como el de "equidad", "necesidad" y "los privilegios que desde antiguo el *common law*, reconoce a los hombres libres". Según aquel constitucionalista, en el modelo simplista de antes de 1970, el debido proceso procesal se podía resumir en el principio general de que para que sea legítima una grave privación de un bien por parte del gobierno son necesarias dos condiciones: notificación y audiencia. Así en el caso "Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. Mac Grath"[472], de la era MacCarthy, la Corte Suprema, por el voto de Frankfurter, sostuvo que la calificación de "comunista" de un grupo aunque no era formalmente una sanción, sí lo era en la práctica, por lo que no podía imponerse por la mera decisión del Procurador General sin audiencia previa. Las garantías procesales del debido proceso no están fijas sino que según lo expresó la Corte en "Hannah v. Larche"[473] ellas dependen del contexto. Sin embargo, comprenden el derecho a no ser penado sin un juicio abierto, tal como se decidió en "Oliver"[474], frente a un magistrado neutral e imparcial, de acuerdo con el "Coolidge v. New Hapshire"[475]; que no esté presionado

[471] Tribe, *The Constitutional Protection of Individual Rights*, p. 507.

[472] 341 US 123, 1951.

[473] 363 US 420, 1960.

[474] 33 US 257, 1948.

[475] 403 US 433, 1971.

por las masas, según "Moore v. Dempsey"[476]; con asistencia letrada gratuita en casos penales, de acuerdo con lo resuelto en "Gideon v. Wainwright"[477]. El debido proceso se viola si la ley en que se basa el juicio es tan vaga, indefinida e incierta que uno no puede determinar su significado, de acuerdo con lo que determinó la Corte en "Tot v. United States"[478]. Según la decisión de la Corte en "Vachon v. New Hampshire"[479] se niega el debido proceso si una persona es detenida sobre la base de un expediente donde no hay prueba relevante. El debido proceso procesal es también impuesto a los órganos administrativos que toman medidas que pueden afectar a grupos de personas y que deben ser oídas, pero no cuando simplemente se está formulando una recomendación de salario mínimo, tal como se decidió en "Opp Cotton Mills Inc. v. Administrator"[480].

A partir de 1970 la Suprema Corte de los Estados Unidos extendió la protección del debido proceso procesal a intereses que van más allá de los personales, protegidos por el *common law*, ampliando enormemente los conceptos de libertad y propiedad a los fines de la protección.

Por ejemplo, en "Goldberg v. Kelly"[481] la Corte Suprema sostuvo que el Ejecutivo no podía terminar los pagos de asistencia pública a un beneficiario sin oirlo en una audiencia de prueba. También sostuvo la Corte norteamericana en "Morrison v. Brewer"[482], que no se podía concluir con los beneficios de la libertad condicional sin algún procedimiento ordenado, aunque informal, en el que el beneficiario pueda defenderse. Así, fue surgiendo la doctrina de la protección a través del debido proceso de los derechos legislativos, la que se extendió, por ejemplo, en "Perry v. Sidermann"[483] al cargo de profesor adjunto en una universidad estatal, el que sólo podía no ser renovado si se hacía previamente una audiencia con el perjudicado; o al honor y al nombre de una persona, como se decidió en "Wisconsin v. Constantineau"[484], al reconocerse que uno tiene derecho a que su nombre no sea mencionado en una lista de bebedores habituales distribuida en los bares sin garantías procesales.

[476] 261 US 86 1923.
[477] 372 US 335, 1973.
[478] 3119 US 463, 1943.
[479] 414 US 478, 1974.
[480] 312 US 126, 1941.
[481] 397 US 254, 1970.
[482] 408 US 471, 1972.
[483] 408 US 593, 1973.
[484] 400 US 433, 1971.

En cuanto a las garantías que son debidas, la Corte ha mantenido un enfoque flexible en el que se incluye un balance entre el interés en la protección y el costo involucrado en ella. Una de las cuestiones tomadas en cuenta es el factor temporal, pues, en "Boddie v. Connecticut"[485], la Corte sostuvo que en general, debe respetarse el derecho a una audiencia previa, salvo que el gobierno demuestre que hay un interés válido en posponer la audiencia para después de la medida. Otro factor tomado en cuenta por la Corte, al hacer el balance de intereses involucrado en el debido proceso procesal, es el de las formalidades exigidas en la audiencia pública que es, en general, condición para privar de un derecho; así en "Wolff v. Mac Donnell"[486] el Tribunal decidió que, en la audiencia necesaria para suspender los créditos por buena conducta a un preso, éste debía presentar testigos y prueba documental. La Corte vincula estrechamente el derecho a ser oído, que es parte del debido proceso, con el derecho a tener explicaciones del proceder restrictivo por parte del gobierno, como lo decidió, por ejemplo, en "Burlington Truck Lines Inc. v. United States"[487]. También la Corte ha puesto gran énfasis en que el procedimiento previo a la medida restrictiva debe estar conducido con la mayor neutralidad o imparcialidad posible, tal como lo sostuvo, por ejemplo, en "Arnett v. Kennedy"[488]. El máximo Tribunal de Estados Unidos ha admitido también que el afectado puede renunciar a los procedimientos penales o no penales si lo hace de un modo plenamente voluntario y consciente como, por ejemplo, en "Brady v. Maryland"[489].

c) La Constitución de Canadá, consolidada en 1982, establece en su art. 7° el derecho a no ser privado de su vida, libertad y propiedad si no es de acuerdo con los principios de "justicia fundamental". En los arts. 8° a 14 se establecen las usuales garantías de irretroactividad de la ley penal; de presunción de inocencia; la acción de hábeas corpus; el derecho a ser notificado de la causa de su detención; el derecho a no ser testigo en la propia causa, etcétera. En la Constitución de Brasil de 1988 se prevé, en su art. 5°, un amplísimo sistema de garantías procesales que incluyen la exclusión de tribunales excepcionales, el establecimiento del jurado, el principio de irretroactividad de la ley penal; la abolición de la pena de muerte así como la de carácter perpetuo y los trabajos forzados o de naturaleza cruel; la asistencia letrada; la invalidez de la prueba obtenida ilegal-

[485] 401 US 371, 1971.
[486] 418 US 539, 1974.
[487] 371 US 156, 1962.
[488] 416 US 134, 1974.
[489] 397 US 742, 1970.

mente; la obligación de ser informado de la causa de detención y la de ser llevado ante un juez; las acciones de hábeas corpus; de *mandamus* individual y colectivo, frente a un derecho cierto afectado por funcionarios, de *injuntion*, para remediar la falta de normas regulatorias, de *habeas data*, para obtener acceso o rectificación de la información que se tiene sobre la propia persona en registros públicos, etcétera.

La Constitución del Perú prevé en su art. 20 garantías como la presunción de inocencia; la irretroactividad de la ley penal; la necesidad de informar la causa de la detención; la invalidez de las declaraciones forzadas; la necesidad de orden judicial para la detención de las personas, salvo el caso de delito flagrante o –lo que es sorprendente– en caso de los delitos de terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas, en los que la policía puede detener por un plazo de quince días con cargo de dar cuenta al juez.

d) A diferencia de la consolidación progresiva de las garantías del debido proceso que se observa, según vimos, en las democracias liberales consolidadas y en el derecho internacional, en la Argentina el respeto efectivo de esas garantías ha sufrido grandes oscilaciones y una combinación entre piezas constitucionales o legislativas y fallos judiciales progresistas y prácticas y actuaciones que exhiben un extremo desconocimiento de tales garantías. Sin embargo, ellas fueron reconocidas desde el comienzo de la existencia independiente del país: el art. 9º del Reglamento de la Junta Conservadora, del 22 de octubre de 1811 establecía: "El Poder Ejecutivo no podrá tener arrestado a ningún individuo, en ningún caso, más de 48 horas, dentro de cuyo término deberá remitirlo al juez competente, con lo que se hubiese obrado. La infracción de este artículo se considerará como un atentado contra la libertad de los ciudadanos y cualquiera en ese caso podrá elevar su queja a la Junta Conservadora". El decreto de seguridad individual de noviembre de 1811 exigía en su art. 1º que ningún ciudadano sea penado o expatriado sin que proceda forma de proceso o sentencia legal, y en sus arts. 2º y 3º requería orden escrita para decretar el arresto de un ciudadano; en su art. 6º disponía que, siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que, so pretexto de precaución, sirva para mortificarlos será castigada severamente.

El Estatuto Provisional de 1815 exigía, en la secc. VII, cap. I, arts. IX y X, orden escrita para proceder a la detención de alguien, y en la secc. III, cap. II, art. II, requería al Poder Ejecutivo que, cuando por razones de urgencia procedía a arrestar a alguien, debía ponerlo, dentro de las 24 horas, a la orden de un juez independiente; en el cap. I, arts. III y IV se establece que el crimen es sólo la infracción a la ley que está en plena observancia y vigor y que ningún habitante puede ser penado ni confinado sin que preceda forma de

proceso y sentencia legal. En la secc. VII, cap. I, art. XVII, repite la misma cláusula sobre las cárceles que establecía el decreto de seguridad, con el agregado de la obligación de indemnizar a los agraviados.

La Constitución de 1819 no incluía la exigencia de orden escrita para efectuar un arresto, pero en su art. 118 establecía el mismo texto que el Estatuto precedente; también esta Constitución incluye un texto análogo al Estatuto respecto de que las cárceles no son para castigo sino para seguridad de los reos, y que toda medida que los mortifique debe ser corregida según las leyes.

La Constitución de 1826 establece en su art. 169 que para el arresto de un individuo, fuera del caso del detenido *in fraganti*, se necesita mandamiento del magistrado designado por la ley, que exprese el motivo del arresto y que debe hacerse conocer al detenido en el acto de la prisión, incluso dándosele una copia del mandamiento si él lo pidiese. En su art. 171 repetía el mismo texto que la Constitución anterior respecto de la necesidad de juicio y sentencia para penar a alguien, y en su art. 170 reiteraba el texto relativo a la condición de las cárceles.

Estos antecedentes muestran la continuidad del texto del art. 18 de la Constitución de 1853-1860 que establece las siguientes garantías: *a*) irretroactividad de la ley penal; *b*) exigencia de juicio previo a la pena; *c*) exclusión de tribunales especiales o modificación de la jurisdicción de los tribunales creados por leyes anteriores al hecho; *d*) inmunidad contra la obligación de declarar contra sí mismo; *e*) necesidad de orden escrita de autoridad competente para el arresto; *f*) inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos; *g*) inviolabilidad del domicilio y los papeles privados, cuyo allanamiento sólo puede hacerse en los casos legalmente previstos; *h*) abolición de la pena de muerte por causas políticas y de toda especie de tormentos y azotes, y *i*) exigencia de que las cárceles sean sanas y limpias y que estén dirigidas a la seguridad y no al castigo de los reos, y responsabilidad del juez por toda medida que lleve a mortificarlos. Además, el art. 102, con el que concuerdan los arts. 24 y 67, inc. 11, establece que todos los juicios criminales ordinarios se terminarán por jurados.

l) Es materia de discusión la cuestión de si estas garantías incorporan o no implícitamente las acciones de hábeas corpus y de amparo. Es obvio que la operatividad de los derechos fundamentales en el marco de una democracia liberal hace que sea inherente esos derechos el que se cuente con remedios eficaces y expeditivo para su protección. De cualquier modo, el hábeas corpus fue reglamentado, en el ámbito federal, por primera vez por la ley 48 de 1863, la que preveía en su art. 20 que cuando un individuo esté dete-

nido por orden o a disposición de una autoridad nacional o cuando una autoridad provincial haya detenido a un miembro del Congreso o cualquier otro individuo que obre en comisión de autoridad nacional, la Corte Suprema o los jueces de sección podrán investigar el origen de la detención y mandar su liberación, si ésta no está hecha de acuerdo con la ley. En el ámbito federal regían los art. 617 a 645 del Cód. de Procedimientos. Para dar ejemplos de regulaciones provinciales, el hábeas corpus está previsto en el art. 17 de la Constitución de Sante Fe de 1962, en el art. 47 de la Constitución de Córdoba de 1988, y en el art. 32 de la Constitución de San Juan de 1986.

Como se dijo, dada la falta de disposición de una buena parte de los magistrados, esta regulación resultó inoperante para contener la masiva desaparición de personas ocurrida en el período militar iniciado en marzo de 1976, tanto más cuanto la acción de hábeas corpus se restringió notablemente por la abusiva aplicación del estado de sitio, que luego analizaremos, y por las reformas introducidas por las leyes 21.312, del 18 de mayo de 1976 –que ratifica un decreto de febrero del mismo año, haciendo suspensiva la apelación de la orden de libertad del juez– y 22.383, del 28 de enero de 1981 –que concentra en el fuero federal los hábeas corpus.

El informe *Nunca más* es extraordinariamente expresivo sobre la desnaturalización de esta garantía en los siguientes párrafos: "Fruto de una larga y a veces penosa evolución histórica, el hábeas corpus ha llegado a ser la garantía fundamental para proteger la libertad ambulatoria, habiendo sido señalada con razón como el mecanismo jurídico más odiado por el despotismo. Sin él resulta prácticamente inimaginable una sociedad en donde imperan la ley y la libertad... En nuestro país siempre se ha entendido que es una de las garantías implícitas en la Constitución nacional... Entre los años 1976 y 1983 fueron presentados millares de recursos de hábeas corpus. No una vez, sino repetidamente en favor de cada desaparecido. Ello habla de la fe puesta por los familiares en la intervención judicial. Las estadísticas que brindan los registros de la Cámara Criminal y Correccional Federal son por demás elocuentes. Sin contar ninguna reiteración del pedido, la cantidad de presentaciones efectuadas en el período 1976-1979 sólo en ese fuero de la Capital Federal asciende a 5487 recursos, contra 1089 del período 1973-1975 y 2848 del período 1980-1983. La misma proporción, aunque sean diferentes los guarismos, se repiten en las principales ciudades del interior del país. Se debe decir que los resultados en ningún caso respondieron a tan grandes expectativas... La reforma por la ley 21.312, vino a estipular en la práctica que si el beneficiario del recurso era individualizado, pero se encontraba arrestado a disposición del Poder Ejecutivo, la sentencia favorable a su libertad no se cum-

plía de inmediato, en caso que la misma fuera apelada por el Fiscal. Como ello pasó a ocurrir invariablemente, el amparado quedaba privado de su libertad mientras se tramitara la apelación. Así fue que a través de sucesivas apelaciones, la causa llegaba forzosamente a la Corte Suprema Nacional, ordinarizando el juicio, que pasaba a durar varios años, con gravísimas consecuencias para quien necesitara la urgencia del amparo... Asimismo, casi inexorablemente al llegar a la Corte Suprema, ésta fallaba en contra de la libertad. Las únicas excepciones conocidas en los primeros cinco años de gobierno *de facto* fueron los casos "Timerman" y "Moya"... De esta forma, todos los fallos favorables a la libertad –total o limitada– emanados de tribunales inferiores, no podían ejecutarse hasta que en la cúspide del Poder Judicial se resolviese en definitiva. No ha de extrañar entonces que desde 1973 en adelante, los jueces no hayan logrado ubicar ni recuperar a uno solo de tantos secuestrados... Sin dejar de reconocer que la responsabilidad principal de lo que estuvo ocurriendo le cabe a los organismos que ejercieron el monopolio de la fuerza estatal, un imperativo de verdad nos mueve a señalar que el Poder Judicial no impulsó con la debida firmeza en todas sus instancias las medidas de excepción que aconsejaban las circunstancias para resolver la pérdida de jurisdicción que debió afrontar" [490].

Creo que esta larga cita se justifica puesto que los párrafos transcriptos muestran, con elocuencia, cómo la práctica constitucional argentina se suele alejar diametralmente por largos períodos –y el comentado no fue por el único lapso en que ello ocurrió– de exigencias del liberalismo pleno.

Afortunadamente estas reformas a la regulación del hábeas corpus en el Código de Procedimientos en Materia Penal fueron abolidas por la ley 23.050, del 9 de febrero de 1984. En el mismo año, por iniciativa del senador Fernando De la Rúa, el Congreso de la Nación sancionó la ley 23.098, publicada el 25 de octubre. La ley se refiere a la acción de hábeas corpus frente a la limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria o cuando se agravaran las condiciones de una detención legítima. La ley es muy amplia en materia de legitimación activa para presentar el hábeas corpus (la persona afectada o cualquier otra a su favor) y respecto de los tribunales competentes (en la Capital Federal, los de Instrucción; en las provincias, los Juzgados Federales). Una importante innovación está contenida en el art. 6° de la ley, que permite al juez declarar de oficio, en el caso concreto, la inconstitucionalidad de la orden de detención, lo que contradice la jurisprudencia tradicional de la Corte, que

[490] Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca más*, p. 401-404.

veremos en el apartado correspondiente, que exige que haya un reclamo de inconstitucionalidad de la parte interesada.

Lo que tal vez pueda objetarse a esta ley es que repite textualmente la fórmula de la Constitución que exige, en su art. 18, "orden escrita de autoridad competente" para legitimar una detención, cuando era la oportunidad de fijar, por ley, cuál es la autoridad competente según la misma Constitución (como lo hace, p.ej., el art. 42 de la Constitución de Córdoba de 1988, que habla de autoridad *judicial* competente"): ella no puede ser el Presidente o algún funcionario que dependa de él, salvo en el caso de estado de sitio, de acuerdo con el art. 23, ya que ello implica ejercer funciones judiciales que le está prohibido por el art. 95. Además, la detención (aun preventiva, como se pone de manifiesto en la necesidad de computarla en la prisión objeto de una condena) es, a los efectos relevantes, una pena, y el Presidente, según el mismo art. 23 interpretado *a fortiori*, no puede imponer penas. Tampoco puede imponerla el Congreso, salvo en los casos restringidos en que las Cámaras ejercen poderes disciplinarios; por lo tanto, el único poder autorizado para emitir una orden de detención legítima es el Judicial, salvo el caso de estado de necesidad, o la excepción ya mencionada del estado de sitio.

La Corte Suprema admitió, por ejemplo, un hábeas corpus en contra de la decisión del director de un hospicio de alienados de mantener recluida a una mujer, sin que se hubiera efectuado el procedimiento judicial pertinente[491]. En cambio, sostuvo[492] que no procede el hábeas corpus contra la detención ordenada según un bando militar. También sostuvo la Corte, en "Celeda"[493], que no procede el hábeas corpus contra sentencias firmes emanadas de tribunales militares, puesto que ello lo convertiría en un recurso de revisión. En el caso "Solari Yrigoyen"[494], la Corte decidió que el hábeas corpus procede no sólo cuando una persona está detenida, sino también cuando la libertad física está restringida sin derecho, como ocurre con la prohibición de entrar al país. En "P. de Bonafini"[495] el Tribunal sostuvo que el hábeas corpus no era la vía adecuada para remediar la situación de hecho de la desaparición de personas, y que si la Corte interviniera directamente ello iría "en desmedro de la desaparición e independencia de los poderes". En

[491] CSJN, *Fallos*, 139:154.
[492] CSJN, *Fallos*, 279:40.
[493] CSJN, *Fallos*, 303:1354.
[494] CSJN, *Fallos*, 305:269.
[495] CSJN, *Fallos*, 304:523.

cambio, como vimos, en "Pérez de Smith"[496] la Corte se dirigió al Ejecutivo para expresarle su preocupación por las desapariciones. La grave desnaturalización del hábeas corpus producida por la jurisprudencia de la Corte se pone de manifiesto sobre todo en relación al tratamiento del estado de sitio, lo que se verá en el próximo parágrafo.

La vía de protección expeditiva de los derechos distintos de la libertad ambulatoria es el amparo. Esta acción tuvo origen jurisprudencial en el país, luego de la negativa a admitirla en casos como "Bertotto"[497] ya citado, y "Malvar"[498]. La brecha favorable al amparo se abrió con el célebre caso "Ángel D. Siri"[499] del 27 de diciembre de 1957. El accionante era el propietario de un periódico de Mercedes que fue cerrado por la policía sin orden judicial y sin que dieran resultado los reclamos judiciales ordinarios.

En un voto suscripto por los jueces Orgaz, Argañaraz, Galli y Villegas Basavilbaso, la Corte comenzó aclarando que el recurrente no había interpuesto un hábeas corpus, sino que invocó directamente la libertad de imprenta y de trabajo. Luego sostuvo: "Que basta esta comprobación inmediata de la restricción ilegítima de las libertades mencionadas, para que la garantía invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer en qué caso y con qué justificativo son requeridas para proceder a su allanamiento y ocupación como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas... Que en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la carta fundamental relacionados con los derechos individuales, esta Corte Suprema, en su actual composición y en la primera oportunidad que debe pronunciarse sobre el punto, se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada por el Tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales la protección de las garantías no directamente relacionadas con el hábeas corpus... Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas". El juez Herrera disintió, expresando la tesis

[496] CSJN, *Fallos*, 300:1282.
[497] CSJN, *Fallos*, 168:15.
[498] CSJN, *Fallos*, 169:103.
[499] CSJN, *Fallos*, 239:459.

tradicional de que en ausencia de remedios legislativos específicos la justicia debería abstenerse de extender la vía expeditiva del hábeas corpus a casos no comprendidos por él.

Esta nueva doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue expandida en el caso "Samuel Kot SRL"[500], del 5 de septiembre de 1958. Se trataba del reclamo –fundado en la libertad de trabajo, el derecho de propiedad y la libre actividad–, del propietario de una fábrica textil que había sido ocupada por los obreros como consecuencia de un conflicto sindical y ante la falta de decisión favorable de la justicia penal que había sobreseído la causa.

El voto mayoritario de la Corte fue firmado por los jueces Orgaz, Villegas Basavilbaso y Béccar Varela; entre otras cosas este trascendente fallo sostiene: "Es verosímil presumir que en el ánimo de los constituyentes de 1853, las garantías constitucionales tuvieron como inmediata finalidad la protección de los derechos esenciales de los individuos contra los excesos de la autoridad pública. En el tiempo en que la Constitución fue dictada, frente al individuo solo e inerme no había otra amenaza verosímil e inminente que la del Estado. Pero los constituyentes, tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores históricos, sino, más bien, sus aspiraciones y designios permanentes y aun eternos: la protección de la libertad. Esto último es lo que resulta del inequívoco y vehemente espíritu liberal de la ley suprema, aquello otro lo que se comprueba objetivamente en los textos constitucionales mismos. Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' –porque son los derechos esenciales del hombre– esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada –que es, desde luego, la del hábeas corpus y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.– por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente no los derechos esenciales sino las violaciones manifiestas de esos derechos. Las circunstancias concretas de esta causa constituyen por sí solas un ejemplo significativo".

[500] CSJN, *Fallos*, 241:295.

La disidencia de los jueces Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte sostiene que no todos los derechos subjetivos gozan del *status* de garantía constitucional, y que para tener ese carácter es preciso que se trate de un derecho público subjetivo, reconocido al hombre frente al poder público; agrega que el alegado en la especie no es más que el desconocimiento de atributos inherentes al derecho de dominio, que es un derecho privado que tiene adecuada protección por vías ordinarias.

La tesis de la minoría en "Kot" fue receptada por la ley 16.986, de octubre de 1966. El art. 1° de esta ley protege todo derecho o garantía no alcanzado por el hábeas corpus, pero sólo contra todo acto u omisión de autoridad pública, que en forma actual o inminente lo lesione, restrinja o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. La ley exige que no haya remedios o recursos judiciales o administrativos para la protección del derecho, pero, como dice Padilla[501], ello debe entenderse en el sentido de recursos o remedios efectivos, que no demoren la protección del derecho. Tampoco prospera el recurso cuando el acto emanara del Poder Judicial. Pero lo que ha sido más controvertido es la exclusión del amparo cuando la intervención judicial en virtud de él comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia en la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado; se ha dicho que la cláusula es extremadamente vaga y crea un elemento de inseguridad en el ejercicio de la acción. También ha sido cuestionada la cláusula que excluye la declaración de inconstitucionalidad del acto o norma restrictiva en el trámite del amparo, la que, como dice Padilla[502] podría ser ella misma inconstitucional.

Para el caso de violaciones a los derechos provenientes de particulares, la ley 17.454 modificó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de modo que en su art. 321 crea un proceso sumarísimo similar al amparo para estos casos, regulado en su art. 498. A diferencia de la ley de amparo no hay las limitaciones mencionadas, y la de plazo, para el ejercicio de esta acción. Algunos casos importantes en los que la Corte Suprema hizo lugar al amparo fueron "Barros"[503] en el que se lo admitió contra una resolución del Consejo Nacional de Educación por la que se expulsó a niños de la secta Testigos de Jehová por no reverenciar símbolos patrios (diciendo que la actitud pasiva en niños de esa edad no muestra una motiva-

[501] Padilla, Miguel, *Lecciones de derechos humanos y garantías*, t. III, p. 55.

[502] Padilla, *Lecciones de derechos humanos y garantías*, t. III, p. 58.

[503] CSJN, *Fallos*, 301:151.

ción de menosprecio sino de obediencia paternal); "Almirón" [504], en el que se consideró que la exclusión, por parte del Ministerio de Educación, de un estudiante de profesorado de geografía por faltarle la visión de un ojo, contrariaba el derecho de enseñar y aprender, y "Arenzon" [505], en el que, como vimos, se sostuvo lo mismo que en el caso anterior respecto de alguien que no satisfacía la estatura mínima de 1,60 m. En cambio, el amparo fue rechazado por la Corte en casos como "Scipione" [506], en el que se discutía la intervención del Poder Ejecutivo a una asociación profesional; "La Misión de la Luz Divina" [507] en el que se cuestionaban decretos del Poder Ejecutivo que prohíben, con diversas medidas, el ejercicio de un culto no católico no registrado legalmente; "Hernández y otros" [508], en el que se cuestionó la concentración de un ramo de la venta al por mayor de unas legumbres en el Mercado Central, y se sostuvo que podía estar afectado un servicio público y que la cuestión requería mayor debate; "Greco" [509] en el que se sostiene que el amparo no es la vía apta para obtener la inconstitucionalidad de decretos, leyes y ordenanzas. Sin embargo, esta doctrina fue excepcionada en el conocido caso "Outon" [510] del 29 de marzo de 1967 en el que se impugnó la inconstitucionalidad de un decreto presidencial que obligaba a afiliarse a un sindicato a los trabajadores marítimos para inscribirse en la Bolsa de trabajo; sostuvo la Corte que el Poder Judicial no puede sustraerse de su obligación de aplicar la Constitución en salvaguarda de los derechos humanos. También en "Larangeira Mendes" [511], se sostuvo que la disposición de la ley que veda la declaración de inconstitucionalidad en el amparo no es obstáculo para restablecer a la persona en el goce inmediato del derecho vulnerado, cuando la violación de un derecho humano es evidente.

El amparo está previsto en varias constituciones provinciales; un ejemplo de ello son los arts. 40 y 41 de la Constitución de San Juan de 1986 y los arts. 48 y 52 de la Constitución de Córdoba (los artículos citados en segundo término en ambos casos se refieren a las omisiones de los funcionarios de ejecutar actos legalmente prescriptos).

[504] CSJN, *Fallos*, 305:1489.
[505] CSJN, *Fallos*, 306:405.
[506] CSJN, *Fallos*, 271:152.
[507] CSJN, *Fallos*, 300:1263.
[508] CSJN, *Fallos*, 306:398.
[509] CSJN, *Fallos*, 274:79.
[510] CSJN, *Fallos*, 267:215.
[511] CSJN, *Fallos*, 269:396.

2) Otra cuestión relevante sobre el acceso a la justicia es la del concepto de *caso*, lo que se proyecta a cuestiones como la admisibilidad de decisiones declarativas, o sea decisiones que no tienen carácter ejecutivo en la resolución de un conflicto, o la admisibilidad de la defensa judicial de los llamados "intereses difusos", que no se concretan en un derecho subjetivo, tal como suele ser entendido por la dogmática jurídica. La primera cuestión fue tratada por la Corte Suprema en "Hidronor c/Provincia de Neuquén"[512] del 28 de febrero de 1973; se trataba de un reclamo de la empresa Hidronor SA para que se declarara la inconstitucionalidad de un impuesto que la provincia de Neuquén reclamaba administrativamente, pero sin haber recurrido a la justicia. El procurador Marquardt en un estudiado dictamen sostuvo que el Poder Judicial está constitucionalmente autorizado para tomar decisiones en casos concretos, que den certeza a las relaciones jurídicas, pero la Corte no pudo finalmente decidir, porque hubo desistimiento del proceso.

En el caso "Baeza c/Nación Argentina"[513], fallado el 28 de agosto de 1984, un ciudadano requirió la declaración de inconstitucionalidad del decreto del Poder Ejecutivo por el cual se había convocado a una consulta popular no vinculante sobre el Tratado referido al canal de Beagle. La mayoría del Tribunal rechazó el recurso sobre la base de que no había un caso concreto, en el sentido de litigio contencioso. En cambio el juez Fayt entendió que se aplicaba la doctrina del dictamen de "Hidronor" y que la justicia estaba autorizada a emitir una decisión declarativa, dada la incertidumbre que el acto podía acarrear sobre los límites del sistema representativo. El juez Belluscio no entró a considerar la cuestión en su disidencia (todos coincidieron por diferentes caminos en rechazar el recurso).

En materia de reconocimiento de intereses difusos, hubo algunas decisiones judiciales aisladas, como el amparo interpuesto por dos particulares no directamente afectados y concedido por un juez contra la autorización del Poder Ejecutivo a firmas japonesas para capturar y exportar delfines y toninas[514], y varios proyectos en ese sentido, además de su recepción por algunas constituciones provinciales, como la de San Juan de 1986 (art. 40) y la de Córdoba de 1987 (art. 53).

3) En cuanto a las condiciones de los procesos judiciales en la Argentina, lo primero que es necesario destacar es la muy relativa

[512] CSJN, "Hidronor c/Provincia de Neuquen", *LL*, 154-517.

[513] CSJN, *Fallos*, 306:1125.

[514] Juzg. 1ªInstContAdmFed, 10/7/83, *ED*, 105-244.

independencia de que han gozado los tribunales a lo largo de nuestra historia constitucional, lo que se pone de manifiesto en las oscilaciones de la jurisprudencia de éstos y, en especial, de la Corte Suprema, que hemos ido comprobando a lo largo de todo este apartado. La inestabilidad institucional trajo como consecuencia una permanente remoción de los jueces y la desafortunada circunstancia de que, desde el año 1930 en adelante, prácticamente todos los gobiernos estuvieran respaldados por una justicia de su propia elección: en el caso de los gobiernos *de facto*, por el asalto inconstitucional al Poder Judicial que cometían tan pronto usurpaban el gobierno –contando de inmediato con el reconocimiento de su propia legitimidad por parte de los nuevos jueces–, y en el caso de los gobiernos constitucionales, por la necesaria reconstitución del Poder Judicial de acuerdo con los mandatos de la Constitución, removiendo o confirmando las designaciones ilegítimas hechas por los regímenes *de facto*. Pero, incluso los gobiernos constitucionales atentaron innecesariamente contra la continuidad y estabilidad de los jueces. El caso más notorio fue el juicio político promovido por el presidente Juan Domingo Perón, en 1947, contra casi todos los miembros de la Corte anterior.

Otro caso profundamente deletéreo para la continuidad de nuestra práctica constitucional es el que produjo el presidente Carlos Menem. Cuando se daba la única oportunidad de mantener la continuidad de la Corte Suprema, dado el hecho excepcional de la alternancia entre dos gobiernos democráticos producida en 1989 –lo que hubiera consolidado la jurisprudencia plenamente liberal que la Corte designada en 1983 fue esforzadamente construyendo con considerable coherencia–, en 1990 el Ejecutivo tomó ventaja de su mayoría en las dos Cámaras del Congreso para presentar un proyecto de ampliación –a casi el doble– del número de ministros de la Corte Suprema. Los argumentos ofrecidos –aumento de la celeridad y de la jerarquía académica de los miembros– no fueron confirmados por los hechos ulteriores. A diferencia de lo que le ocurrió a Roosevelt en 1937, el proyecto fue prontamente votado, incluso con procedimientos cuestionables, en la Cámara de Diputados. El acuerdo para la designación de los cuatro jueces de la nueva Corte, en sesión secreta del Senado, llevó cuatro minutos. Al poco tiempo –en julio de 1990– la nueva Corte, con el voto de todos los miembros a los que se asignan simpatías con el partido gobernante, produjo un hecho insólito en la historia judicial argentina, al avocarse *per saltum* en un amparo iniciado por un diputado nacional contra el proceso de privatización de Aerolíneas Argentinas y revocar la medida precautoria de suspensión en el plazo de diez minutos.

Luego se dictaron fallos que socavan profundamente la continuidad y legitimidad de nuestra práctica constitucional como "Go-

doy"[515], "Montalvo"[516], "Fernández"[517], "Peralta"[518], etcétera. También el pedido de renuncia al procurador general de la Nación, Andrés D'Alessio, y su reemplazo por alguien designado sin acuerdo del Senado es gravemente deletéreo para la continuidad de la práctica constitucional.

Como resulta obvio, estas circunstancias lamentablemente no contribuyen a consolidar el urdido de una práctica constitucional continua, cuya necesidad ya fue valorada (ver cap. I, ap. C) y su falencia en el caso argentino, comprobada (ver cap. I, ap. E), y tampoco cimentan la expectativa de un Poder Judicial independiente (con mengua, aun, del desarrollo económico a través de la expansión del mercado, ya que éste requiere, como vimos en el § 43, previsibilidad e imparcialidad en la aplicación de las reglas).

También ha sido lamentable para la independencia del Poder Judicial el precedente sentado en el caso del juez Miguel Del Castillo en el que la Corte Suprema –en fallo de superintendencia del 22 de marzo de 1990– admitió que se pudiera trasladar a un juez con su consentimiento sin mediar un nuevo acuerdo del Senado, decisión que contó con la disidencia del juez Jorge A. Bacqué. Es obvio que el acuerdo del Senado no es para que una persona sea juez en general, sino para que desempeñe ciertas funciones judiciales específicas, por lo que se desvirtúa, como bien lo argumentó el juez disidente, el papel que la Cámara alta debe desempeñar en la integración de las designaciones judiciales. Por otra parte, también es claro que la admisión de estos traslados sin el necesario control del Senado, abre las puertas para presiones del poder político que los jueces no pueden resistir por sí solos. De este modo se puede conseguir, con facilidad, apartar a un juez de causas cuyo resultado puede resultar molesto para el Ejecutivo, reemplazándolo por otro más deferente, que será trasladado, a su vez, de otro cargo judicial.

Otra situación de dependencia del Poder Judicial respecto de los poderes políticos la constituye la hipertrofia de tribunales administrativos, en algunos casos, sin las salvaguardas de revisión inmediata y efectiva por el Poder Judicial, según lo impone el art. 95 de la Constitución, al prohibir al Presidente el ejercicio de funciones judiciales. Según hemos visto (ap. E, § 47), ello ha ocurrido con los tribunales militares, hasta la sanción de la ley 23.049 que desplaza la jurisdicción de los delitos comunes a los tribunales civiles y prevé un

[515] CSJN, *Fallos*, 243:265.

[516] CSJN, 11/12/90, *LL*, 1991-C-80.

[517] CSJN, *Fallos*, 400:22.

[518] CSJN, 27/12/90, *LL*, 1991-C-158.

recurso de apelación a la Cámara Federal en lo Criminal para los delitos militares. Como un ejemplo adicional se puede mencionar la facultad del jefe de la Policía Federal –según art. 27, Cód. Proc. en Materia Penal– para juzgar contravenciones y aplicar penas; aunque se prevén recursos ante el juez correccional, el hecho de que las penas incluyan la privación de la libertad hace que el sistema contravenga el *desideratum* constitucional, expresado en el art. 18 correctamente interpretado, de que, entre la coacción –sobre todo la que perturba la libertad física– y el individuo que la sufre, se interponga un juez.

A esto debe agregarse la facultad policial, ya mencionada, de detención para averiguación de antecedentes, sin intervención judicial, la que afortunadamente fue delimitada por el Congreso, mediante una ley que luego vetó sin éxito el presidente Menem.

Las garantías que deben darse en el curso del proceso se hallan seriamente afectadas en la Argentina por las deficiencias de los procedimientos judiciales, principalmente –aunque no exclusivamente– en materia penal y en el ámbito federal y de la Capital Federal. La extrema lentitud de los procesos judiciales; el hecho de que en la práctica sean secretos, dado que la mayoría de ellos se tramitan por expediente escrito; el exagerado ritualismo con que los procedimientos son conducidos, con mengua de la búsqueda de la verdad fáctica; la práctica judicial de tener conversaciones informales con las partes del proceso, o sus abogados, en ausencia de la otra; y la delegación de pasos fundamentales del proceso en funcionarios que ni siquiera revisten el carácter letrado, afectan muy gravemente la garantía del debido proceso de ley, y con ello la posibilidad de consolidar un genuino liberalismo constitucional en la Argentina.

En lo que hace al proceso penal federal, que, como se sabe, fue establecido por un Código en vigencia desde 1889, y tiene como fuente un viejo Código español que ya había sido modificado en 1882, su falta de adecuación a los ideales de publicidad, inmediación, amplitud de debate entre las partes, flexibilidad para aproximarse a la verdad fáctica y participación ciudadana es evidente. El principal autor del proyecto que el Poder Ejecutivo envió en 1987 al Congreso para superar este estado de cosas, Julio Maier, dice lo siguiente[519]: "Si un sistema procesal moderno debe cumplir la doble función de brindar al poder estatal medios idóneos para averiguar la verdad y asegurar la administración de justicia, garantizándole al individuo, al mismo tiempo, el respeto de su dignidad humana y la preservación de sus derechos fundamentales, se puede decir, sin te-

519 Ver Maier, Julio, *Proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación*, en "Hacia una nueva justicia penal".

mor a equivocarse que el orden judicial establecido por el Código vigente no cumple eficazmente alguna de estas dos funciones. Reiteradamente hemos experimentado la poca ductilidad del ordenamiento nacional para adaptarse a las cambiantes –y siempre urgentes– orientaciones de la política criminal del Estado y su resistencia a seleccionar, de un modo conveniente, los conflictos que el cuerpo social necesita seleccionar con prontitud y justicia. Por el contrario, en él la rutina reemplazó a la consideración del caso concreto, el formalismo a la verdad y el secreto a la publicidad republicana; todo ello sin ser siquiera un instrumento eficaz al servicio de la persecución penal pública".

El proyecto enviado al Congreso, y ahora lamentablemente retirado por el gobierno constitucional iniciado en 1989 y reemplazado por otro, finalmente aprobado en 1991, que es mucho menos avanzado (ley 23.984), preveía superar estos defectos mediante un proceso oral y público que incorporaba la experiencia hecha en esta materia por varios países y provincias argentinas. Preveía entre otras cosas la citación directa por parte del Ministerio Público, que se convertía en el órgano de investigación en el procedimiento preparatorio, controlado por los jueces; este procedimiento estaba seguido por un procedimiento intermedio en el que el Tribunal controla la acusación del Ministerio Público y puede modificar la acusación o sobreseer; luego venía la etapa del juicio propiamente dicho con un marcado carácter acusatorio. Una de las características más novedosas de este proyecto la constituía el hecho de satisfacer la prescripción constitucional de los jurados en la forma de jueces escabinos, al igual que muchos países europeos. Uno de los síntomas de la tendencia a la ajuridicidad y de la dificultad para constituir en la Argentina una práctica constitucional continua, que constituya el marco estructural que otorga eficacia a las decisiones democráticas, es la ligereza con que ha sido tomada esta prescripción de la Constitución nacional (con la notable excepción del juez de sentencia Luis Cevasco, quien en su admirable sentencia en el caso "Antonio Rilo" del 3 de septiembre de 1991 actuó como un juez de la Constitución debe hacerlo y declaró inaplicable el libro tercero del Código de Procedimientos Penales por incurrir en inconstitucionalidad por omisión al no establecer jurados). Con un mero gesto que alude vagamente a la derogación por desuetudo de ese mandato y a su incompatibilidad con la idiosincrasia del país, se deja de lado una exigencia expresa y reiterada de la Constitución, con lo que se contribuye a socavar el respeto que ella, en general, recibe como fundadora de una práctica continua. Ello sin perjuicio de los beneficios positivos, que, como se dijo, tiene un sistema con participación directa de la población en la administración de justicia, beneficios verificados en países con idiosincrasias similares a la nuestra.

El nuevo procedimiento penal nacional y federal sancionado por ley 23.984, no se hace cargo de estas rémoras, aunque al menos elimina por fin el carácter escrito de la etapa plenaria del proceso.

Independientemente de la introducción del jurado, que, según el art. 24 de la Constitución, deberá ser hecha por el Congreso, la eventual continuación de prácticas procesales que obstaculizan, especialmente en la materia criminal, la operatividad de la justicia, debería se ponderada seriamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se justificaría sancionar –por vía de acordada– normas procesales que garantizaran el carácter público, equitativo y expeditivo de las actuaciones procesales, además de poner coto a corruptelas originadas en prácticas judiciales, como las ya mencionadas de delegación de actividades inherentes a los magistrados a funcionarios administrativos, o los contactos unilaterales con las partes.

La jurisprudencia de la Corte Suprema incluye innumerables decisiones sobre los requisitos de la defensa en juicio en procesos penales y no penales. Por ejemplo, en "Della Roca"[520] la Corte sostuvo que la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que se otorgue a los interesados ocasión adecuada para su audiencia y prueba, en la forma y con las solemnidades dispuestas por las leyes procesales; aunque también aclaró, por ejemplo, en "Schvartzman"[521], que ese derecho "no es absoluto, sino que está sujeto a las reglamentaciones necesarias para hacerlo compatible con los derechos de los demás litigantes y con el interés social en obtener una justicia eficaz". La profusa jurisprudencia de la Corte en materia de arbitrariedad está, en parte, fundada en la garantía de la defensa en juicio. Esto se muestra, asimismo, en el caso "Saimeron"[522], cuando se dice que "la garantía de la defensa en juicio incluye la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, lo que exige un correcto análisis de las constancias de la causa que acrediten los hechos y una razonable conclusión sobre la valoración que le corresponde a la luz del derecho vigente". También se ve esa vinculación cuando se sostiene, como en "Call"[523], que "los pronunciamientos que por un exceso ritual manifiesto ocultan la verdad objetiva, vulneran la exigencia del adecuado servicio de justicia que garantiza el art. 18 de la Const. nacional".

La Corte Suprema en sentencia dictada en autos "Capranzano, Pompeo Pascual s/acción de hábeas corpus en favor de Romero,

[520] CSJN, *Fallos*, 290:297.

[521] CSJN, *Fallos*, 212:473.

[522] CSJN, *Fallos*, 303:1295.

[523] CSJN, *Fallos*, 294:394.

Juan Carlos" de fecha 8 de octubre de 1991, sostuvo que el recurso de apelación del art. 587 del Cód. de Proc. en Materia Penal contra las sanciones de la Policía Federal, que prevé un plazo de 24 horas para la interposición del recurso, garantiza el control judicial suficiente de los actos administrativos sancionatorios. El voto minoritario resolvió que, sin perjuicio de la constitucionalidad o no del plazo de apelación que prevé el Código de Procedimientos, la ausencia de patrocinio letrado, en ocasión de notificarse al administrado el acto sancionatorio, es un imperativo constitucional "a efecto de otorgar al sancionado la oportunidad, atento el exiguo plazo previsto en el art. 587 del Cód. de Proc. en Materia Penal, de interponer oportunamente el recurso de apelación ante la justicia correccional".

Sin embargo, en los autos "Provincia de Santiago del Estero c/Compagno" [524] y "Sueldo" [525], entre otros, la Corte adoptó un criterio más garantista de los derechos de los administrados y, en particular, del derecho de defensa en juicio con respecto a la actividad de la Administración. En efecto, la Corte dispuso, en el primero de los autos citados, que la administración en ejercicio de potestades jurisdiccionales debía respetar las garantías y derechos consagrados por la Constitución nacional. En el caso "Sueldo" la Corte resolvió que la garantía de defensa en juicio llevaba implícito que quien se encontrase sometido a enjuiciamiento pudiese contar, al menos ante los tribunales de justicia, con asistencia profesional.

De igual modo son trascendentes, dada la realidad de la justicia argentina, los fallos de la Corte que sostienen que la demora en dictar sentencia vulnera la garantía de la defensa en juicio; por ejemplo, el caso "Estévez" [526] en el que se sostuvo que "las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad no se compadecen con la posibilidad de que se dilate sin término, o más allá de lo razonable, la decisión de las cuestiones llevadas a los estrados judiciales, con la consiguiente imposibilidad de la libre disposición de los bienes afectados". En materia del derecho de defensa, la Corte Suprema ha sostenido en "Gordillo" [527] que no basta la mera posibilidad formal de designar defensor, sino que es menester que el acusado haya recibido una sustancial y efectiva asistencia letrada; y en "Magui Agüero, Ciriaco" [528], del 1 de diciembre de 1988, la Corte sostuvo que es obligación de los tribunales velar por que se satisfaga el dere-

[524] CSJN, *Fallos*, 198:78.

[525] CSJN, *Fallos*, 306:821.

[526] CSJN, *Fallos*, 289:183.

[527] CSJN, *Fallos*, 310-2:1934.

[528] CSJN, 1/12/88, *LL*, 1989-B-292.

cho de asistencia letrada, debiendo, sobre todo en el proceso penal, extremar los recaudos para que así ocurra.

Un fallo de gran trascendencia, no obstante la época en que fue dictado, es el que adoptó la Corte en "Montenegro" [529] del 10 de diciembre de 1981, por el que se declaró inválida la confesión obtenida por apremios ilegales; la Corte sostuvo que "el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional [el de la no obligación de declarar contra sí mismo] no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y al apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito". También es relevante sobre este punto la decisión de la Corte recaída en "Francomano" [530]. El mismo criterio fue seguido en el fallo de la Corte Suprema *in re* "Fiorentino, Diego Enrique" [531], del 27 de noviembre de 1984, en el que se determinó que si un allanamiento de domicilio se realizó ilegalmente, la prueba obtenida a través de él no puede ser tomada en cuenta en el proceso, y en "Rayford, Reginald" [532]. Lamentablemente, en su actual integración que está produciendo un acelerado retroceso en todos los avances liberales alcanzados por la Corte anterior, el Tribunal admitió en "Fiscal c/Fernández, Víctor Hugo" [533], del 11 de diciembre de 1990, la validez de la prueba obtenida en un procedimiento realizado en un domicilio al que la policía tuvo acceso sin orden judicial y mediante engaño a los moradores.

Siguiendo con esa misma tendencia, la Corte también admitió en "Ferrer, Florentino C. s/infracción art. 189, incs. 3° y 5°, Cód. Penal" [534], del 10 de octubre de 1990 que es válido el consentimiento para que se allane un domicilio, cuando su titular "invita a pasar a la policía", indicando el lugar donde se escondía un arma, no obstante que ya estaba detenido.

4) En cuanto a las características de las leyes que se aplican en los procesos judiciales, regulando la coacción que allí se dispone o se contiene, uno de los fenómenos distintivos de nuestra práctica constitucional es, como se vio antes (cap. I, ap. E), el reconocimiento por parte de los jueces de normas *de facto* que carecen de origen

[529] CSJN, *Fallos*, 303-1:1938.
[530] CSJN, *Fallos*, 310-2:2384.
[531] CSJN, *Fallos*, 306-2:1752.
[532] CSJN, *Fallos*, 308-1:733.
[533] CSJN, *Fallos*, 400:22.
[534] CSJN, 10/7/90, *LL*, 1991-A-3.

democrático. Como se dijo y se verá con más detalle en el próximo apartado, estas leyes carecen de presunción de validez y deben ser reconocidas sólo en la medida en que su contenido sea valorativamente adecuado, lo que se aproxima a la doctrina que ha sentado la Corte a partir de 1983 con fallos como "Aramayo"[535], lamentablemente abandonada ahora en "Godoy", del 27 de diciembre de 1990. El art. 18 de la Constitución exige que la ley penal sea previa al hecho del proceso –lo que es esencial para la verificación del consentimiento que justifica la aplicación de una pena–; según la Corte, y tal como lo decidió en "Peters Hermanos"[536], "el principio de legalidad en materia penal exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar". También la Corte Suprema descalificó los tipos penales excesivamente vagos en "Mussotto"[537].

El principio de la irretroactividad de la ley penal plantea, por cierto, problemas en relación al principio, aparentemente opuesto, de ultraactividad y retroactividad de la ley penal más benigna, que se resuelve tomando en cuenta que el art. 18 de la Const. nacional crea un *derecho* de los imputados en un proceso penal: *el de no ser penados con base en una ley posterior*, que no es incompatible con la prohibición dirigida a las autoridades de aplicar la ley anterior en todo o en parte, en la medida en que sea incompatible con una ley posterior más benigna. Asimismo, la Corte Suprema ha excluido expresamente, sobre la base del art. 18 de la Constitución, la analogía en materia penal (ver, p.ej., "Cupeiro"[538]).

Un fallo de gran trascendencia en materia de las características que debe tener la ley que determina el debido proceso, es el que dictó en "Mouviel"[539], del 17 de mayo de 1957; en él, y previo un lúcido dictamen del Procurador General Sebastián Soler, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de los edictos policiales que legislaban en materia de faltas; en tal dictamen se sostiene que la ley a la que se refiere el art. 18 es una ley formal del Poder Legislativo, y que una ley penal en blanco sólo es admisible cuando la figura penal está descripta en tal ley y únicamente debe integrarse con circunstancias de hecho que debe determinar el poder administrador. Según la Corte, el principio, *nullum crimen, nulla poena* exige la doble precisión, por la ley, de los hechos punibles y de las penas a aplicar.

[535] CSJN, *Fallos*, 306-1:73.
[536] CSJN, *Fallos*, 293:378.
[537] CSJN, *Fallos*, 310-2:1909.
[538] CSJN, *Fallos*, 306:799.
[539] CSJN, *Fallos*, 237:637.

En suma, en el tratamiento legal y jurisprudencial de la garantía del debido proceso se reflejan, todavía más evidentemente que en el de los derechos que ella protege, las oscilaciones de nuestra práctica constitucional, lo que ha impedido, por cierto, consolidar en el país los principios de un liberalismo pleno.

Una eventual reforma constitucional debería ocuparse de precisar algunos aspectos de la garantía del debido proceso; habría que incluir las acciones de hábeas corpus y de amparo explícitamente en el cuerpo constitucional, estableciendo: su carácter expeditivo; la posibilidad de presentarlos ante cualquier juez de la materia; el carácter no suspensivo de la apelación de una decisión judicial que conceda los remedios; la posibilidad de dictar de oficio, en su curso, la inconstitucionalidad de una norma o medida, y su extensión a la revisión de la razonabilidad de medidas dictadas bajo el estado de sitio y aun de la ley misma de su declaración. También se debería establecer constitucionalmente el carácter público y oral de los procesos judiciales; debería ratificar la necesidad de jurados para los procesos penales; abolir la pena de muerte para cualquier delito.

§ 50. ***Restricción y suspensión de derechos y garantías.*** – El desconocimiento de los derechos y garantías analizados en los apartados precedentes casi nunca se presenta como una negativa lisa y llana a su validez, sino a través de planteos sobre su carácter "relativo"; el hecho de que deben ceder ante consideraciones de "bien común"; la necesidad de "reglamentar su ejercicio"; la de dar lugar al "poder de policía" que tiene el gobierno; la de impedir los "abusos" de tales derechos, o la de atender a situaciones de "emergencia" en que el "ser nacional" está en peligro.

Todas estas consideraciones responden a concepciones de la sociedad antagónicas con un liberalismo pleno. Dado que de acuerdo con este último, como vimos anteriormente (cap. I, ap. F), la única justificación del Estado y de la coacción que él ejerce es la preservación y promoción de los derechos individuales, no hay otros valores que puedan ser invocados para restringir o suspender tales derechos. La misma noción de derechos individuales incluye, como se dijo, la de poner límites a la persecución de objetivos colectivos o consideraciones de bien común, por lo que invocar estas consideraciones para restringir los derechos implica claramente negar la función limitadora de los derechos.

La única consideración que admite una concepción liberal de la sociedad para limitar los derechos es la necesidad de preservar otros derechos. La frontera de los derechos individuales está dada no por otros valores sino por los conflictos de derechos. Estos conflictos son, por cierto, un fenómeno real; más aún, son un fenómeno

omnipresente en la medida en que se adopte (como se defendió en el cap. I, ap. F) un enfoque "robusto" de los derechos, a los que les asigna un vasto alcance debido a su correlato de deberes, no sólo negativos sino también positivos. Mientras que en una concepción "flaca" de los derechos, como la de Nozick, los conflictos entre ellos son más bien raros, en el enfoque del liberalismo pleno, o sea igualitario, los conflictos de derechos son recurrentes.

Hay formas más sutiles de desconocer los derechos al dar un tratamiento a sus conflictos que es equivalente a su negación. La más prominente de ellas es la del utilitarismo, adoptada por mucha gente que no se adscribe explícitamente a sus postulados, que consiste en dar preeminencia siempre, en caso de conflictos, a los derechos sobre bienes más importantes de más gente. Así, por ejemplo, si está en juego la vida de alguien contra la integridad corporal de otro, o la vida de más gente contra la de menos gente, este enfoque siempre da preeminencia a la primera opción, como vimos, por ejemplo, en algún voto del fallo de la Corte Suprema argentina en "Saguir y Dip".

Como hemos, visto, el defecto principal de esta posición es que no toma en cuenta la separabilidad de las personas, que es inherente a la idea de derechos; su función es, precisamente, poner límites a las compensaciones interpersonales.

Una distinción relevante entre una ética deontológica como la del liberalismo pleno y una consecuencialista, como la del utilitarismo, consiste en que, para la primera, no toda situación en la que dos o más derechos no pueden satisfacerse simultáneamente es una situación de conflicto de derechos; el conflicto de derechos aparece cuando cualquier cosa que haga o deje de hacer un agente –como el Estado– viola los derechos de alguien. Como vimos, ello no ocurre cuando la violación de un derecho que emerge en una de las opciones es el resultado de la acción voluntaria de otros agentes. Si alguien secuestra a varias personas y amenaza con matarlas en caso de que el jefe de gobierno no tome alguna medida violatoria de los derechos de otros, no es el jefe de gobierno el que viola el derecho a la vida de los rehenes si éstos son muertos. Por cierto, que hay un deber moral de evitar, en lo posible, que otros violen los derechos de terceros, pero éste es un deber de rango inferior al deber de no violar uno mismo, por acción u omisión, ese derecho. Esta relatividad agencial inherente al deontologismo no está vinculada (como vimos en el § 43), con la diferencia entre deberes positivos o negativos, sino con el principio de dignidad de la persona, que veda concebir a las decisiones de otros como fenómenos naturales de cuya producción somos tan responsables como de los procesos físicos originados en nuestra voluntad.

Esto es crucial para analizar fenómenos como el del terrorismo de Estado que responde a un terrorismo subversivo: el primero no puede ser justificado sobre la sola base de un mero cálculo de víctimas y daños cometidos por él, *vis à vis* las que hubiera de otro modo cometido el terrorismo subversivo, ya que el Estado no es responsable de los daños de este último terrorismo, y su obligación moral de impedir tales daños tiene un peso menor que la de no causarlos directamente. Por cierto que esto no resuelve todos los problemas acuciantes, ya que hay muchos supuestos de derechos que no pueden ser conjuntamente satisfechos, no por efecto de la acción voluntaria de terceros, sino por fenómenos naturales o actos involuntarios de otros, cuyas consecuencias podrían ser impedidas con nuestra propia actividad.

Hay otros conflictos de derechos que resultan disueltos *ab initio* por intervención del consentimiento del titular de algunos de los derechos en pugna. Como vimos, el principio de dignidad de la persona permite restricciones a la autonomía consentidas por su propio titular, por lo que no se produce un conflicto de derechos cuando el beneficiario de uno de ellos ha aceptado libre y conscientemente cederlo o renunciarlo. Esto se aplica, tal cual se dijo, al caso de la pena, excepto de aquellas como la de muerte o las degradantes, que afectan la integridad o identidad del sujeto como partícipe permanente en igualdad de condiciones en la comunidad de discusión moral.

Algunos conflictos genuinos entre diferentes derechos pueden resolverse mediante alternativas a su ejercicio, que los haga compatibles o mediante compensaciones satisfactorias. Lo primero ocurre en casos como aquellos en los que el ejercicio de un aspecto importante del plan de vida de alguien puede resultar ofensivo para otros (pongamos el caso de la práctica del nudismo; es obvio que ella no puede ser prohibida totalmente en una sociedad liberal, pero sí puede restringirle su ejercicio a zonas acotadas, fuera de la vista de quienes se sienten perturbados por esa práctica; lo mismo ocurre, como vimos, con el consumo de tabaco, alcohol o estupefacientes). En cuanto a la compensación, ella puede resolver los conflictos de derechos que se dan, por ejemplo, en casos de necesidad como los que llevan a poner en cuarentena a enfermos contagiosos, a confinar a dementes peligrosos, a confiscar o incautar bienes para evitar males mayores, etcétera.

Hay casos en los que el conflicto de derechos no puede disolverse o resolverse y no hay más remedio que optar entre los derechos en conflicto. Una posición liberal deontológica debe enfrentar estas situaciones con la percepción de que hay derechos que resultan violados, percepción que tiene implicaciones respecto de la cautela con que debe procederse, de la necesidad de oír, en lo posible, a los

afectados, de la necesidad de indemnizarlos cuando ello es factible, etcétera. La combinación del principio de inviolabilidad de la persona con el de autonomía implica que, cuando una violación de derechos es inevitable para no violar otros derechos, hay que optar por la menor violación, y ello conlleva sacrificar el bien de menor jerarquía –en función de su centralidad para la autonomía– independientemente, dentro de límites razonables, del número de personas que detentan los bienes de una y otra jerarquía. La idea de separabilidad de personas implícita en el principio de inviolabilidad impone la comparación de cada persona perjudicada con cada persona beneficiada por la acción que constituye la infracción mínima a tal principio.

La centralidad del bien no debe determinarse en abstracto, sino en función del grado de autonomía de que disfrutan las personas cuyos intereses están en tensión. Recordemos que el principio de inviolabilidad de la persona prescribe no menoscabar la autonomía de alguien hasta colocarla en un nivel inferior de autonomía de la que disfrutan aquellos cuyas autonomías se expanden como consecuencia del acto o medida. Cuando los bienes en pugna son equivalentes y no hay forma de disolver o resolver el conflicto, el principio de inviolabilidad de la persona no tiene aplicación y aquí sí debe tomarse en cuenta el número de individuos involucrados, de modo de maximizar la autonomía global, conforme a lo prescripto por el principio de autonomía cuando no está limitado por aquel otro principio.

De modo que cualquier limitación de los derechos, tanto de tipo general –p.ej., mediante leyes reglamentarias– como en casos particulares –a través de medidas administrativas y judiciales–, debe hacerse en función de otros derechos, sea de los mismos derechos de unas personas o de derechos diferentes de las mismas u otras personas. En una práctica constitucional orientada hacia las exigencias de un liberalismo pleno, debe evitarse el recurso a expresiones como la de "bien común" o "poder de policía", que denotan directa o indirectamente conceptos holistas que ocultan la posibilidad de determinar si la limitación del derecho está justificada, de acuerdo con los principios que acabamos de analizar, en función de la preservación de otros derechos. Aunque esas expresiones puedan ser usadas para hacer referencia a derechos de terceros, ellas no ayudan para mostrar las diferencias entre concepciones individualistas y colectivistas y para tener claramente presente cuáles son los derechos que se pretende preservar con la afectación de otros; cuáles son los mecanismos para alcanzar esa preservación, etcétera. Es bueno enfatizar las variables que deben tomarse en cuenta en la ponderación de si la limitación de un derecho está justificada: si la satisfacción de un derecho lleva a la frustración de otro no sólo por acción sino también por omisión; si la incompatilidad en la satisfacción de diversos

derechos se debe o no a acciones voluntarias de otros; si los titulares de los derechos frustrados consintieron o no, libre y conscientemente esa frustración; si no es posible ofrecer vías alternativas para un ejercicio compatible de los derechos en pugna; si es o no posible compensar suficientemente a los titulares de los derechos frustrados; cuál es la jerarquía de los bienes protegidos por los derechos en conflicto en función de la autonomía personal, dando preferencia a la autonomía de los menos autónomos; el número de la gente involucrada en el conflicto de derechos.

Todos estos factores deben ser tomados en cuenta lo más explícitamente posible –para hacer posible la deliberación democrática– por la ley o medida limitativa de derechos. Desde ya que esto implica que la reglamentación de derechos debe ser objeto de los procedimientos de máxima participación de la sociedad, representada en sus diversos matices ideológicos, lo que sólo se da a través de mecanismos de decisión directa, como los plebiscitos, o en su defecto, por medio de los cuerpos legislativos. Sólo el Parlamento está capacitado para hacer las valoraciones y las hipótesis fácticas de índole general (ya que, en cambio, no puede sustituir a los jueces, como vimos, en las verificaciones fácticas particulares) para hacer el balance apropiado entre los derechos en pugna, definiendo sus respectivos alcances.

Los derechos pueden ser limitados pero no suspendidos. Los que eventualmente pueden suspenderse son las garantías que protegen los derechos, como las que vimos en el apartado anterior, y la razón de la suspensión de las garantías puede ser que haya circunstancias que determinen una mayor limitación de ciertos derechos de lo que es normalmente admisible. Tales garantías procuran que el ejercicio del poder coactivo estatal se haga efectivo bajo las condiciones que justifican limitaciones de derechos. La interposición de un juez independiente a través de un juicio contradictorio y, a su vez, limitado por una ley previa antes de la activación del aparato coactivo estatal, es el principal conjunto de garantías de que se den las circunstancias fácticas que justifican la limitación de un derecho. Puede haber situaciones extremas en las que el ejercicio de estas garantías de derechos puede poner en peligro mayor a otros derechos. Sin embargo, es problemático prefijar tales circunstancias; las garantías en cuestión tienen fundamentalmente un valor epistémico: el de permitir determinar, con un grado aceptable de confiabilidad, que se dan los factores que mencionamos antes y que justifican la limitación de derechos. Cuando tales garantías no se cumplen es como si diéramos un salto al vacío epistémico y debiéramos confiar en procedimientos que son *a priori* mucho menos confiables para verificar los hechos que justifican la limitación de derechos.

Por ello es que debe haber metagarantías para decidir y ejercer la suspensión de garantías; debe ejercerse con el máximo grado de participación y reflexión posible el procedimiento democrático de discusión y decisión para decidir una eventual suspensión de garantías. Debe quedar claro que los procedimientos sustitutivos de las garantías suspendidas deben acercarse lo más posible a lo requerido por tales garantías y, sobre todo, que ellos están dirigidos a los mismos objetivos de determinar si las circunstancias que justifican una limitación de derechos se verifican en cada caso particular; debe haber posibilidad de revisión *a posteriori* del resultado de esos procedimientos, a través de procedimientos que respetan las garantías normales una vez reestablecidas.

a) La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su art. 29.2 que "en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 4.1 que, en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente por los Estados partes (e informada a los demás de acuerdo con lo prescripto por el inc. 3º), el Estado podrá suspender las obligaciones que contrae por el Pacto, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación y siempre que no involucre discriminaciones o afecte los derechos a la vida, a no ser torturado, no ser esclavizado, no ser sometido a prisión por deudas, se le reconozca su personalidad jurídica, y se respete su libertad de culto y de conciencia. También es importante por referirse a situaciones límites en lo que hace al respeto por los derechos, el Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, que entró en vigencia en 1978, y que establece una serie de limitaciones respecto del trato de civiles inocentes en conflictos armados internos (allí se incluyen actos como los ocurridos en la Argentina en la década del 70, como es la tortura, la toma de rehenes, etcétera).

Disposiciones parecidas a las del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre suspensión de derechos contiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 27; una diferencia relevante está dada por la descripción de la situación de suspensión de derechos: "...en caso de guerra, de peligro público, o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado", además agrega que el tiempo debe ser limitado a las necesidades de la situación. Del mismo modo el art. 15 del Convenio

para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, permite que se tomen medidas que deroguen las obligaciones del Convenio en el caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la Nación, con exclusiones parecidas a las del Pacto Internacional. El Tribunal Europeo falló, por ejemplo, en el caso "Lawless" de 1961, que las condiciones de detención impuestas por el gobierno británico en Irlanda del Norte, violaban el art. 5º del Tratado, pero estaban adoptadas de conformidad con el art. 15, lo que fue oportunamente comunicado.

b) La Ley Fundamental de la República Federal Alemana establece la suspensión de diversas garantías cuando los derechos están limitados por circunstancias especiales. Por ejemplo, el art. 10, inc. 2º, prevé la restricción de los secretos de correspondencia y de las comunicaciones en caso de que sean necesarios para defender la libertad, la democracia o la existencia o seguridad de la Nación o de una provincia, siempre que haya controles democráticos suficientes; el art. 11 prevé similar restricción para la libertad de movimientos; el art. 12 prevé diversas restricciones en caso de requerirlo las necesidades de defensa. A su vez, el art. 80 establece exigencias especiales, como la aprobación, por dos tercios de votos, de una ley para casos de tensión que regule las necesidades de defensa.

El art. 19 establece las condiciones de las leyes reglamentarias de derechos: la ley debe tener alcance general y no estar limitada al caso individual; debe citar especialmente el derecho fundamental que resulta restringido; el derecho no puede ser afectado en su esencia. La Constitución española de 1978, siguiendo a la de Bonn (art. 19.2) establece en su art. 53.1 que la regulación de las libertades fundamentales debe hacerse sólo por ley, y que esa regulación debe respetar, en todos los casos, su contenido esencial. En cuanto a la posibilidad de suspender las garantías de los derechos, ella está prevista en los arts. 55 y 116: el primero de los artículos prevé la declaración de los estados de excepción y de sitio, lo que implica la suspensión de los derechos de libertad y seguridad, el de privacidad de domicilio y la correspondencia, reunión, huelga y otras medidas de fuerza, delegándose a una ley orgánica la regulación de estas suspensiones, y previéndose responsabilidades penales para los funcionarios que violaran los límites allí establecidos. El art. 116 regula la forma de dictar los estados de alarma –por el gobierno en Consejo de ministros, durante quince días con comunicación al Congreso, sin cuya autorización no puede prorrogarse–; de excepción –por el gobierno con previa autorización del Congreso–, y de sitio –por la mayoría absoluta del Congreso–; también se establece que el Congreso no podrá disolverse mientras duren estos estados, quedando convocadas las Cámaras, y las responsabilidades de los funcionarios subsisten. Estas disposiciones fueron desarrolladas por la ley orgánica

4/81, sobre los estados de alarma, excepción y sitio, la que dispone que procederá la declaración de dichos estados cuando circunstancias extraordinarias hicieran imposible el mantenimiento de la normalidad, mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes; que los actos y disposiciones de la Administración Pública, adoptados durante la vigencia de los estados mencionados, serán impugnables en vía jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en las leyes; y que quienes, como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptados durante la vigencia de estas disposiciones sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les son imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.

c) La Constitución del Perú prevé en su art. 231 un régimen de excepción, el que tiene dos variantes: *1*) el estado de emergencia, en caso de perturbación del orden público o de la paz o en caso de catástrofe, permitiendo al Presidente –que lo puede declarar en Consejo de ministros, hasta por sesenta días, dando cuenta al Congreso– suspender las garantías relativas a la libertad y seguridad personal, a la inviolabilidad de domicilio, etc., y *2*) el estado de sitio, en caso de invasión, guerra civil o guerra exterior, el que puede ser declarado por el Presidente en Consejo de ministros hasta por cuarenta y cinco días (la prórroga requiere aprobación del Congreso), debiendo especificarse las garantías personales que quedan suspendidas. También la Constitución de Brasil de 1988 tiene previstos, en sus arts. 136 y 137, dos estados de excepción: *1*) el estado de defensa, que lo puede decretar el Presidente previa consulta con los Consejos de la República y de Defensa –pero convocando de inmediato al Congreso el que lo debe aprobar por mayoría absoluta– y que restringe algunos derechos, como el de reunión, uso de la propiedad, y permite la posibilidad de detenciones por diez días sin orden judicial, y *2*) el estado de sitio, en caso de seria conmoción interior, en cuya oportunidad no puede durar más de treinta días, o en situaciones de guerra o agresión exterior, que permite una suspensión más extensa de garantías tales como la detención por plazos más prolongados, etcétera.

d) En Estados Unidos antes de la guerra civil se empezó a desarrollar la doctrina del *poder de policía*, como un reconocimiento del poder genérico de los gobiernos de limitar los derechos de los ciudadanos, en atención a consideraciones de salubridad, bienestar, etcétera. El caso clásico en este sentido es "Charles River Bridge v. Warren Bridge Co."[540] en el que la Corte Suprema invocó ese poder para contrarrestar el reclamo de un concesionario de un puente sobre el famoso río Charles a fin de que se respetara su monopolio.

[540] 36 US 420, 1837.

Sin embargo, en la actualidad son muy raras las invocaciones al poder de policía, lo que muestra una considerable tendencia de los órganos políticos y de los tribunales a justificar las limitaciones a los derechos en términos de otros derechos. La Constitución norteamericana prevé en su secc. 9ª, art. 1º, inc. 2º, que el privilegio de la acción de hábeas corpus no será suspendido, salvo si ello fuere requerido por la seguridad pública en casos de rebelión o invasión. Ésta no ha sido una fuente importante de restricción de garantías. Sin embargo, no obstante que por su ubicación en la Constitución esta suspensión parece corresponder al Congreso, presidentes como Lincoln –quien autorizaba a los jefes militares durante la guerra civil a emplearla– la ejercieron, declarándose inconstitucional esta actitud en el fallo "Merryman" de la Corte Suprema en 1861. En cambio, sí han sido un mecanismo de restricción de garantías los poderes que asume el gobierno, principalmente el Ejecutivo, en caso de guerra.

Entre los casos más controvertidos en esta materia están los que, durante la Segunda Guerra Mundial, limitaban los movimientos en ciertas áreas, de los ciudadanos de origen japonés; el más destacado y controvertido de ellos fue el ya citado "Korematsu v. United States", en el que la mayoría de los miembros de la Corte mostró una diferencia, excesiva según todos los comentaristas, a los poderes de guerra combinados del Congreso y el Presidente, de modo de admitir limitaciones a la libertad de movimientos de ciudadanos que, según las mismas opiniones, no se justificaban por las necesidades de guerra. De cualquier modo, los poderes de guerra del Ejecutivo, al menos en lo que se refiere al ámbito internacional, han sido considerablemente restringidos por la resolución del Congreso sobre los poderes de guerra de 1973, que requiere autorización del Congreso para involucrarse en conflictos externos, salvo para mandar tropas en caso de que los Estados Unidos sean atacados.

e) En la Argentina, la institución del estado de sitio, prevista en el art. 23 de la Const. nacional, ha sido lisa y llanamente el cementerio de nuestras libertades. Esta institución tiene antecedentes nacionales en el decreto de seguridad individual, de 1811, que permitía su propia suspensión en "el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la Patria"; en el proyecto de la Comisión Oficial de 1812, cuyo art. 20 admitía que la ley de seguridad individual podía suspenderse cuando la salud pública lo exigiera o en caso de rebelión o invasión; en el Estatuto Provisional de 1815, que en su art. XXI sostiene que las garantías jamás serán suspendidas y cuando por "un muy remoto y extraordinario acontecimiento" no pudiera observarse lo que en él se previene, se dará cuenta a la Junta de Observación en el Reglamento Provisorio de 1817, que repite la misma fórmula en su art. XIV, al igual que la

Constitución de 1819 en su art. CXXII. La Constitución de 1826 habla de suspensión de las disposiciones relativas a la seguridad individual en caso de inminente peligro, o que se comprometa la tranquilidad pública o la seguridad de la patria.

Al igual que el extremo presidencialismo, el estado de sitio fue tomado por Alberdi en su proyecto del art. 161 de la Constitución chilena, todavía agravando las facultades del Presidente con relación a lo que allí se prevé. El art. 23 de la actual Constitución determina dos causales del estado de sitio: la conmoción interior y el ataque exterior, con un resultado igual que es el de poner en peligro el ejercicio de la Constitución y las autoridades que ella crea. Se establece un alcance territorial variable; se establece, como consecuencia normativa de la declaración, la suspensión de las garantías constitucionales; ello tiene una limitación respecto del Presidente (no puede condenar o aplicar penas); hay una limitación a su poder sobre la libertad de las personas, que es el de arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, y este poder está limitado por el derecho de opción de esas personas a salir del territorio.

En cuanto a la facultad de declarar el estado de sitio, de acuerdo con el art. 67, inc. 26, corresponde al Congreso en caso de conmoción interior; en caso de ataque exterior, el Senado –de acuerdo con el art. 53– debe autorizar al Presidente a que lo declare por un tiempo limitado; pero cuando el Congreso está en receso, el Presidente –según el art. 86, inc. 19–, puede declarar por sí el estado de sitio por conmoción interior. La Constitución de 1949 preveía en su art. 34, además del estado de sitio, un estado de prevención y alarma de efectos más limitados, el que, según el art. 83, inc. 19, es facultad del Presidente declarar.

Como dije, esta institución ha sido nefasta en la práctica constitucional argentina. Según Vítolo[541], en los últimos cincuenta años, el 43% del tiempo el país vivió bajo estado de sitio; en los últimos veinte, el 65% del tiempo, y en los últimos diez, el 80% de ese período. Recién a partir de 1983 se comenzó a vivir un período –que perdura afortunadamente al momento de escribir estas páginas– en el que se practica una democracia sin la restricción del estado de sitio, pero aun el presidente Alfonsín dictó por dos veces, aunque por muy breves períodos, esa medida excepcional (el primero de los cuáles era constitucionalmente objetable por su carácter individualizado) y lo mismo hizo, también muy brevemente, el presidente Menem en ocasión del levantamiento militar del 3 de diciembre de 1990. Como nuestra historia, desde el punto de vista de la inseguridad e

[541] Vítolo, Alfredo, *Estado de sitio*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia. "Reforma constitucional. Dictamen preliminar", p. 305.

intranquilidad públicas, no ha sido fácil pero tampoco ha transcurrido permanentemente en el *clima* de desorden y de peligro institucional que, como decían los antiguos textos, justifican remedio tan extraordinario y fatal, la conclusión simple es que se ha hecho un tremendo abuso de esta institución, del que el Poder Judicial fue, sin duda, corresponsable por su extrema complacencia con la arbitrariedad y ligereza con que el poder político, *de iure* o *de facto*, trataba las libertades públicas. Al comienzo la Corte Suprema adoptó una actitud más severa. Así en el caso "Alvear" [542] de 1933 se sostuvo que, dado el carácter de excepción del estado de sitio, las facultades que él concede deben interpretarse restrictivamente. En general, en un principio se consideraba que el estado de sitio restringía fundamentalmente sólo la libertad de locomoción, pero con el tiempo se fue ampliando al reconocimiento de que se suspendían otras garantías. Un paso fatal en este sentido fue el mencionado caso "Bertotto", de 1931, en el que la Corte sostuvo alegremente que el estado de sitio suspende todas las garantías constitucionales, incluyendo la de imprenta, con lo que no se sabe cómo puede funcionar así la democracia que se pretexta defender.

Otro antecedente lamentable fue el también comentado caso "Sofía" [543], de 1959, en el que se admitió que se suspendían las garantías referentes a los derechos "individuales, civiles y políticos, en relación con la necesidad razonable de prevenir la emergencia que le dio motivo", estableciéndose que, si bien se podía ejercer un control de razonabilidad (el que luego fue ratificado en "Primera Plana") [544], ese control no debía hacerse de acuerdo a los motivos concretos iniciales, sino también a factores sobrevinientes, los que son, por cierto, interpretados en forma laxa. En el mencionado caso "Primera Plana" se admitió explícitamente que la suspensión alcanza a la libertad de prensa, siguiendo a antecedentes como "La Hora", "Norte" y "Azul y Blanco" [545], aunque se aceptó el control de razonabilidad respecto de la relación con las causales constitucionales y la proporción con los fines declarados.

Estos abusos al estado de sitio y la correspondiente condescendencia judicial alcanzaron, por supuesto, su *climax* en el proceso militar que se vivió entre 1976 y 1983, en cuyo lapso total estuvo vigente el estado de sitio. Adviértase solamente que la Junta Militar llegó al extremo de suspender el derecho de opción de salida del país que la propia Constitución prevé en el art. 23 para el caso de

[542] CSJN, *Fallos*, 167:267.

[543] CSJN, *Fallos*, 243:504.

[544] CSJN, *Fallos*, 276:72.

[545] CSJN, *Fallos*, 236:41; 244:59; 250:832.

arresto o traslado de un punto a otro del país, lo que fue convalidado por la Corte Suprema de Justicia[546].

Recién avanzado el proceso militar, y producida la violación masiva de los derechos humanos, la Corte fue adoptando algunas actitudes más valerosas en defensa de las libertades de los ciudadanos: en "Zamorano s/Hábeas corpus"[547], fallo del 9 de agosto de 1977, el Tribunal sostuvo que, en la emergencia del estado de sitio, el control de constitucionalidad del Poder Judicial sobre el ejercicio de los poderes de excepción no se retrae sino que, al contrario, debe desarrollarse hasta donde convergen sus competencias con los valores de la sociedad argentina. En "Timerman"[548], la Corte fue todavía un poco más lejos y cuestionó la forma genérica en que se había justificado la relación entre la detención y las causas que motivaron el estado de sitio, ordenando la libertad del detenido.

Restablecida la democracia, se dictó, como vimos, la ley de hábeas corpus 23.098, del 19 de octubre de 1984, en cuyo art. 4° dispone que en el procedimiento de hábeas corpus debe tenderse a determinar en el caso concreto: la legitimidad de la declaración del estado de sitio; la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen al estado de sitio; la agravación ilegítima de las condiciones de detención, que en ningún caso deberá hacerse efectiva en establecimientos donde se alojan condenados; y el efectivo ejercicio del derecho de opción. Este nuevo régimen fue aplicado por la Corte Suprema sobre todo en el caso "Granada"[549] en el que se discutió la aplicación del decr. 2049/85. Allí la Corte acentuó el control sobre los actos del Poder Ejecutivo y sostuvo que esos actos, si bien discrecionales, deben tener restricciones de tiempo y objeto; el plazo del estado de sitio debe ser breve para permitir una continua discusión de la medida.

Pero es obvio que esto no es suficiente para que el estado de sitio deje de ser el cementerio de nuestras libertades. Ahí está un texto constitucional excesivamente concesivo y una montaña de decisiones judiciales, prestas para servir de precedentes a cualquier abuso de poder futuro. También allí está una costumbre política que recurre a un remedio, realmente extremo y "fatal", como lo calificaban los antecedentes constitucionales, apenas los nervios de los gobernantes se alteran frente a síntomas de intranquilidad.

En una reforma constitucional el estado de sitio debe ser severamente limitado del siguiente modo:

546 CSJN, *Fallos*, 167:267.

547 CSJN, *Fallos*, 298:441.

548 CSJN, *Fallos*, 300:818.

549 CSJN, *LL*, 1986-B-221.

1) Debe determinarse que sólo lo puede declarar el Congreso. Eventualmente, en el caso de conmoción interior esta facultad la puede tener la Cámara de Diputados, así como el Senado tiene la atribución de autorizar al Ejecutivo a declararlo en el caso de ataque exterior. El Presidente debería convocar de urgencia al órgano legislativo encargado de dictarlo, y éste debe quedar en sesión permanente mientras dure el estado de sitio.

2) El estado de sitio debería tener un lapso estrictamente limitado, por ejemplo, de quince días, debiendo renovarse explícitamente a su vencimiento.

3) Deberían agravarse las circunstancias que permiten el estado de sitio en caso de conmoción interior, en consonancia con los precedentes constitucionales que hablaban de circunstancias extraordinarias en las que esté en juego la supervivencia de la Nación y de sus instituciones democráticas.

4) Debería especificarse con precisión cuáles son las garantías que se suspenden: ellas no deberían ser más que la de no ser arrestado sin juicio previo por un término limitado, con aislamiento de los condenados, con opción de salir del país; la del secreto de las comunicaciones; la de protección del domicilio; la de reunión en sitio público sin autorización previa, y la de huelga. Jamás deben suspenderse las garantías que protegen derechos esenciales para el funcionamiento del proceso democrático, como son las que se relacionan con la libertad de expresión.

5) Debe establecerse un escrutinio estricto de razonabilidad por parte del Poder Judicial, tanto de las causas que determinan el dictado y perdurabilidad del estado de sitio, como de la vinculación de las medidas específicas tomadas con esas causas, y la razonabilidad general de estas mismas medidas; se podría establecer un comité judicial permanente para controlar la razonable aplicación de las atribuciones del estado de sitio. Tal vez con estas restricciones está riesgosa medida deje de ser la amenaza permanente que ha sido en las últimas décadas para el desarrollo de la democracia constitucional en la Argentina (no obstante, debe reconocerse que –hasta el momento de escribir estas líneas– en el período democrático inaugurado en 1983, el estado de sitio fue empleado con suma cautela, tanto por el presidente Alfonsín como por el presidente Menem).

También el poder reglamentario que concede el art. 14 –cuando dice que todos los habitantes gozan de los siguientes derechos "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio"– ha sido usado con considerable ligereza por los órganos políticos, contando con la consabida condescendencia de los tribunales; ello no obstante, la conminación del art. 28 de que tales leyes no deben alterar los derechos que ellas reglamentan. A lo largo del examen de distintos derechos

hemos visto decisiones judiciales que convalidaban las más absurdas desnaturalizaciones de derechos –como en "Schuster", "Bertotto", "Montalvo" [550], etcétera. En la mayoría de estos casos los jueces intervinientes se escudaron bajo los sellos "los derechos no son absolutos", "los derechos pueden ser reglamentados", "los derechos ceden frente al bien común", "los derechos tienen su límite en el poder de policía que ejercen los órganos políticos". Por cierto que estos sellos sirven para justificar absolutamente cualquier decisión. Algunos de los textos de decisiones de la Corte que suelen ser citados cada vez que se quiere ser deferente frente al poder político son los siguientes: "En el sistema de nuestras instituciones no hay derechos absolutos, sino que todos deben ejercerse con arreglo a las respectivas leyes reglamentarias, indispensables para el orden social. La normación constitucional es genérica en este ámbito, es decir, enunciativa de los derechos y principios fundamentales que las leyes regulan para su ejercicio, las cuales, siendo razonables, no pueden impugnarse con éxito" [551]. "La admisión de un derecho ilimitado importaría una concepción antisocial. Los derechos que la Constitución consagra no son absolutos; están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponden a la comunidad. La defensa del Estado democrático, es decir la preservación de las instituciones vigentes, justifica la restricción de los derechos que la Constitución consagra. De ahí que el Estado, comprobada una conducta socialmente dañosa que amenaza, vulnera, o destruye valores jurídicos de contenido público, puede, para asegurar el logro de sus fines, prohibir cierto modo de ejercicio de los derechos que la Constitución prevé" [552]. "La facultad del Estado de reglamentar los derechos de acuerdo con los fines públicos que la justifican, puede ser más enérgicamente ejercida que en los períodos de sosiego y normalidad, en momentos excepcionales de perturbación social o en otras situaciones análogas de emergencia y urgencia, con tal de que se trate de medidas razonables, justas y de carácter transitorio, como la emergencia cuyos efectos están destinados a temperar" [553]. Es de destacar que la Corte Suprema llegó al extremo de admitir que los edictos de policía podían reglamentar derechos individuales [554], o que la prohibición de meras actividades proselitistas comunistas, sin la mínima amenaza

[550] CSJN, *Fallos*, 191:390; 168:15 y 300:245.

[551] Ver, en este sentido, CSJN, *Fallos*, 132:360; 188:105; 240:223; 262:205 y 263:28.

[552] CSJN, *Fallos*, 253:133.

[553] CSJN, *Fallos*, 200:450.

[554] CSJN, *Fallos*, 191:81 y 240:223.

del empleo de violencia, era un ejercicio legítimo del poder de policía y de la reglamentación de los derechos[555].

También una reforma constitucional debería encarar una serie de preceptos para evitar que los derechos sean completamente anulados por su supuesta reglamentación. Debería prescribirse con toda explicitación que la reglamentación siempre tiene que ser por ley general del Congreso de la Nación (lo que excluye actos como la reglamentación por decreto del derecho de huelga, como ha hecho el presidente Carlos Menem, el 17 de octubre de 1990), que debe individualizar claramente los derechos que pretende reglamentar, que siempre debe identificar los derechos de terceros que se pretenden preservar con tal reglamentación, indicando razones por las cuales se considera que, de otro modo, estos derechos estarían en peligro, y por qué se concluye que la prevención de ese peligro justifica la limitación de los derechos.

Quizá disposiciones como las que se acaban de sugerir ayuden a formar una conciencia de protección y promoción de los derechos individuales, que el examen realizado a lo largo de este parágrafo muestra que no está suficientemente consolidada en la práctica constitucional argentina. En el cap. I, ap. E, se hizo una revisión somera de la evolución de los aspectos más superficiales de esa práctica constitucional, mostrando que esa evolución es resultado de una pugna permanente entre concepciones liberales deficitarias y enfoques con diferentes grados de autoritarismo. Esa pugna se materializa en oscilaciones de esa práctica respecto de las exigencias de un liberalismo pleno y en una recurrente tendencia a la ajuridicidad, desbordándose las mismas normas que la práctica genera. El microanálisis del tratamiento que ha hecho esa práctica de los derechos individuales, en contraste con la evolución que ha sufrido ese tratamiento en el ámbito internacional y en el de las democracias liberales consolidadas, confirma las conclusiones anteriores: permanentemente ha habido oscilaciones hacia un mayor o menor respeto de esos derechos en medidas legislativas y administrativas y en decisiones judiciales generalmente deferentes hacia el poder político de turno, sobre todo si éste es autoritario. Hay decisiones judiciales que son tan valiosas por su defensa de las libertades públicas como las que han emitido los tribunales mas prestigiosos del mundo –piénsese si no en "Bazterrica" o "Portillo"[556], pero con pocos años o a veces meses de diferencia se encuentran también decisiones típicas de áreas del planeta insuficientemente civilizadas, como el fallo en los casos "Peralta" o "Comunidad Homosexual Argentina". Y lo

[555] CSJN, *Fallos*, 278:287 y 283:42.

[556] CSJN, *Fallos*, 308:1412. Ver fallo "Portillo", en *ED*, 133-372.

que importa, en definitiva, no son las decisiones o medidas brillantes pero aisladas, sino la solidez de la estructura de una catedral constitucional, construida a través de generaciones que se van apoyando en los avances de las precedentes y orientada hacia ideales de un liberalismo democrático, igualitario y social.

En el capítulo siguiente, ascenderemos un nivel más, y trataremos de analizar los mecanismos institucionales referidos a la organización del poder, que han permitido estas oscilaciones de la práctica de reconocimiento de los derechos individuales en el país, así como también cuáles son las alternativas para perfeccionar aquellos mecanismos.

CAPÍTULO III

LA ORGANIZACIÓN DEL PODER

A) ACTUAL ORGANIZACIÓN DEL PODER EN LA ARGENTINA

§ 51. *INTRODUCCIÓN.* – Al comenzar este capítulo del libro debemos recapitular el curso de la argumentación.

En el primer capítulo vimos que el significado de la Constitución está dado por ser un hecho fundador de una práctica institucional exitosa, frente a otros intentos fallidos de fundar o refundar tal práctica y frente a la improbabilidad de éxitos futuros de intentos semejantes. Ello hace que la Constitución y la práctica constitucional por ella generada se interponga entre, por un lado, los principios valorativos que consideramos válidos –los de un liberalismo social– y el método más confiable para fijar los alcances de tales principios –el método de una democracia participativa–, y, por otro lado, una acción o decisión que debe ser justificada. Los principios, tales como los de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona, no se aplican directamente a una acción o decisión aislada –como la de un legislador o la de un juez– sino a través de la práctica constitucional que le da relevancia y la convierte en eficaz gracias a las expectativas y regularidades de comportamiento asociadas con ella.

Esto hace que el razonamiento jurídico justificatorio se dé en forma escalonada, ya que debe necesariamente pasar por dos etapas distintas: *a*) la evaluación de la práctica jurídico-constitucional a la luz de los principios que se consideran válidos, cuyos alcances se determinan por el proceso de discusión y decisión democrática, y *b*), si el resultado del primer análisis es positivo –sea en forma condicional o incondicional– la aplicación de las reglas establecidas por la práctica jurídica a la decisión que debe adoptarse. En este segundo nivel se presenta siempre una tensión entre la necesidad de preservar la práctica y la de perfeccionarla, sobre todo cuando su justificación, a la luz de los principios valorativos, está condicionada a ese perfec-

cionamiento. La práctica jurídico-institucional que debe ser justificada en función de principios ideales, y que, si lo es, debe ser a la vez perfeccionada y preservada, incluye también los criterios de interpretación generalmente aceptados de los textos que la práctica produce; la inserción de esos criterios en la práctica jurídica que necesariamente se interpone entre los principios valorativos últimos y la decisión, es lo que permite superar la paradoja de la indeterminación radical de los textos constitucionales respecto de la decisión.

Vimos también en ese primer capítulo –en un orden inverso al que aquí tomo en cuenta– que de los presupuestos del discurso moral, que constituye la base más sólida para inferir principios de justicia se derivan principios de un liberalismo igualitario y fraterno. También vimos que ese liberalismo se materializa a través del proceso democrático de discusión y decisión, que, como organización lo más aproximada posible de aquel discurso moral, es el método más confiable para fijar los alcances de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de las personas, que definen a un liberalismo pleno. Aquí también aparecen tensiones entre los prerrequisitos para maximizar el poder epistémico del método democráctico y la materia de decisión; cuanto más se amplíen esos prerrequisitos de modo de dar más valor epistémico al método, reconociendo derechos *a priori*, más se restringe lo que es materia de decisión mediante el método democrático.

Cuando la práctica constitucional argentina es contrastada con estas exigencias sustantivas y procesales de índole valorativa, ella aparece como seriamente deficiente. Desde los orígenes de la Nación, se advierte que nuestra evolución constitucional es resultado de un dualismo que condujo a una pugna no resuelta entre una concepción liberal de la sociedad y un modelo de sociedad cerrada. Si bien la concepción liberal definió la orientación positiva de nuestra práctica constitucional en momentos decisivos –el movimiento de Mayo, el de la generación del 37, la sanción de la Constitución vigente de 1853-1860, la Organización Nacional y el pensamiento de la generación del 80, el movimiento por la universalización del voto, la democratización a partir de 1983–, ese liberalismo fue mostrando déficits –primero en materia federal, luego en el plano democrático, más tarde en el de la autonomía personal, y, por último, respecto de la cuestión social– que permitieron que la concepción favorable a una sociedad cerrada no fuera desplazada del todo (como ocurrió en otras sociedades occidentales pluralistas), sino que de tanto en tanto resurgiera con renovados bríos.

Este dualismo recurrente provoca tensiones y crisis permanentes de legitimidad subjetiva que explican, en parte, el rasgo distintivo de nuestra práctica institucional, que es una tendencia constante

hacia la ajuridicidad. Ella se manifiesta en un desborde de las propias normas que la práctica genera por parte de los órganos estatales, de los grupos de poder y de la sociedad misma. Este desborde normativo muestra una desviación radical del rasgo profundo del liberalismo, consistente en respetar los procedimientos de decisión individual y colectiva, en lugar de dejarse tentar por un finalismo que busca la materialización de estados de cosas supuestamente valiosos, sin reparar en los procedimientos. De este modo la secuencia de un *liberalismo deficitario*, que conduce a un permanente *dualismo* entre ese liberalismo y concepciones partidarias de la sociedad cerrada –lo que provoca una permanente *tendencia a la ajuridicidad*, que se manifiesta en una actitud *finalista* y poco respetuosa de los procedimientos–, caracteriza a nuestra práctica constitucional. Esta descripción global de tal práctica muestra que, si bien ésta tiene elementos sumamente valiosos para ser rescatados en un futuro desarrollo de la práctica –sobre todo los que fueron introducidos en momentos decisivos de su evolución–, ella no puede ser justificada –a la luz de los principios de un liberalismo pleno que han sido enunciados–, si no es radicalmente reorientada hacia un mayor respeto de la autonomía personal, una mayor vigencia de los ideales de igualdad y fraternidad que son el complemento necesario de esa autonomía personal, una profundización del proceso democrático, y, como consecuencia esperable de lo anterior, una más estricta observancia por parte de los distintos actores del proceso político y social de las normas ínsitas en la práctica, sobre todo las que se van introduciendo en ella, apoyándose en los elementos precedentes, a través del método democrático de resolución de los conflictos. La reformulación de la práctica constitucional argentina debe estar dirigida a superar el dualismo ideológico subyacente –con una consolidación del liberalismo social y democrático– y a contener la tendencia hacia la ajuridicidad.

En el segundo capítulo de la obra hemos hecho un microanálisis de cuáles son las exigencias de un liberalismo pleno respecto de cada uno de los principales derechos y garantías; de cómo esas exigencias se ven reflejadas en la evolución del consenso internacional y en las democracias constitucionales más consolidadas; de cuáles avances y desviaciones se han producido en la Argentina como resultado de la pugna del dualismo ideológico subyacente y de la recurrente inobservancia normativa, y de cómo puede consolidarse un mayor respeto de tales derechos y garantías a través de reformas constitucionales y legislativas, y de decisiones judiciales.

El resultado de tal microanálisis fue coincidente con el que se hizo en un plano más global sobre la práctica constitucional argentina: el reconocimiento de los derechos y garantías que se derivan de los principios de un liberalismo pleno ha sufrido serias oscilaciones

a lo largo de nuestra evolución constitucional, con momentos brillantes de profundo compromiso con la protección de tales garantías y derechos, seguidos, a veces en muy poco espacio de tiempo, por momentos de brutal ignorancia de sus implicaciones. De los decretos de seguridad individual, de libertad de imprenta, de las disposiciones luminosas de la Asamblea del año 13, de las disposiciones progresistas de las Constituciones de 1819 y 1826, pasamos a los degüellos y al oscurantismo de la época de Rosas; de la Constitución de 1853-1860 con su tendencia –en general– liberal, no obstante algunos renunciamientos, pasamos a los fraudes y manipulaciones electorales; de la conquista del sufragio universal, secreto y obligatorio, pasamos a los golpes de Estado; de los avances sociales, pasamos a nuevas persecuciones políticas, al abuso del estado de sitio y de las intervenciones provinciales; de la preocupación por la tolerancia, el Estado de derecho, la educación –en parte de la década del 60– pasamos a la profundización de las dictaduras burocráticas y luego al terrorismo de Estado y subversivo de la década del 70. La jurisprudencia de los tribunales y, sobre todo, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido acompañando estos vaivenes, exhibiendo cumbres luminosas como "Siri", "Mouviel", "Pérez de Smith", "Montenegro", "Aronzon", "Bazterrica", "Sejean", "Portillo", "Aramayo", "Videla", etcétera, y profundos valles en sombras como "Malmonge Nobreda", "Cullen", "Bonevo", "Arlandini", "Ziella", "Schuster", "Merck", "Perón", "Batalla", "Sofía", "Bertotto", y, más recientemente, "Montalvo", "Godoy", "Peralta", "Müller", "Fernández", y tantos otros. La inestabilidad política fue acompañada por una inestabilidad jurídica, que no sólo tuvo efectos obviamente deletéreos en la seguridad individual, sino que perjudicó gravemente el desarrollo social y económico, con bruscos cambios en las reglas de juego de la interacción social que frustraban cualquier expectativa (el profundo cambio en la práctica constitucional norteamericana que significó pasar de la "era Lochner" a la jurisprudencia del Estado de bienestar –que para autores como Ackerman es uno de los tres grandes "momentos constitucionales", junto con la creación de la Constitución y con la reconstrucción luego de la guerra civil–, en nuestro país se da cada dos o tres años).

La superación de estas oscilaciones en el reconocimiento de los derechos y garantías que se infieren de los principios de un liberalismo pleno, suprimiendo sus giros restrictivos hacia tales derechos y garantías, se alcanza cuando comprendemos adecuadamente los alcances y justificación de tales principios y nos apoyamos, para profundizarlos, en los elementos de nuestra práctica constitucional favorables a ellos, sobre todo los que se fueron dando en la primera etapa del proceso de transición democrática iniciado el 10 de diciembre de 1983.

Pero también la superación de tales oscilaciones en el reconocimiento de los derechos humanos por parte de nuestra práctica constitucional requiere entender y operar sobre los factores de la misma práctica que generan un empleo abusivo del poder y una marcada inestabilidad en las pautas sobre su organización y transmisión.

Aquí llegamos al objeto de este tercer capítulo: ya hecha una descripción global de la práctica constitucional argentina y una evaluación de ella a la luz de principios generales de una concepción liberal de la sociedad, pasamos a un análisis más minucioso y circunstanciado del plano de la práctica, que tiene carácter sustantivo puesto que se refiere a cómo las personas morales son tratadas a través del reconocimiento de derechos y garantías; tal análisis comprendió, naturalmente, un contraste con implicaciones más específicas de los principios de un liberalismo pleno y con su aplicación en democracias liberales consolidadas. Pero, detrás de este plano de la práctica constitucional, está el plano de carácter instrumental, que está ocupado por los mecanismos efectivamente empleados en el país para la distribución y organización del poder. Este plano, que condiciona completamente al anterior –ya que los mecanismos institucionales generan dinámicas políticas que desembocan en diferentes tratamientos de los derechos individuales– también debe ser objeto de un microanálisis, y de un contraste con procesos ideales y con su implementación en democracias liberales consolidadas.

No está de más subrayar la importancia de este análisis y evaluación del plano de nuestra práctica constitucional ocupado por las pautas efectivas de organización del poder. Hay quienes tienen la actitud voluntarista de suponer, generalmente en forma no consciente, que basta querer un resultado valioso para que él se produzca, por lo que centran su atención casi en forma exclusiva en el plano sustantivo de los derechos y garantías, creyendo que su materialización está garantizada con reformas o declaraciones favorables a sus concepciones. Pero esto implica un error de perspectiva: supone adoptar el punto de vista de la sociedad en conjunto y confundir su propia voluntad y deseos con los de toda la sociedad. Cuando alguien sostiene en forma enfática –como si creyera que bastara que otro lo escuchase para que sus deseos de reforma social se materializaran– "hay que adoptar tal o cual curso de acción", la pregunta que corresponde hacerle es quiénes son los destinatarios de su exhortación, y si no cree que corresponde limitar o modificar su recomendación, partiendo del reconocimiento de la realidad de que la mayoría de quienes deben actuar para cambiar las cosas, seguramente harán oídos sordos a su exhortación inicial.

Cuando los cambios necesarios requieren de una práctica social que involucra una acción cooperativa de muchos, tal vez millones de individuos, no basta querer y proclamar tales cambios para que se

materialicen. Por un lado, hay que contar con la dificultad de modificar las motivaciones quizás opuestas de muchos otros. Por otro lado, en muchas situaciones, del tipo de las del "dilema de los prisioneros", aun cuando se quiera el objetivo valioso, y precisamente porque se lo quiere, él no se puede producir. Esto obliga a dirigir la mirada a los mecanismos que definen las estructuras de interacción. Son estas estructuras las que generan diferentes dinámicas de comportamiento, a veces con el mismo *imput* motivacional. Por ejemplo, el mercado ideal, tal cual lo detectó Adam Smith, es una estructura de interacción que produce beneficios colectivos con un aporte motivacional egoísta; cuando esa estructura se transforma, por la presencia de externalidades o por condiciones inflacionarias, por ejemplo, en una estructura del tipo del "dilema de los prisioneros", la misma motivación genera perjuicios para cada uno de los participantes.

De esta forma, el cambio de las reglas y las condiciones que determinan la estructura de interacción, puede lograr una reorientación de los procesos de conducta hacia los objetivos deseados, con un ahorro importante en los esfuerzos, siempre arduos, para cambiar las motivaciones de los otros actores del proceso. Por otro lado, la resistencia hacia los cambios en las estructuras procesales –cuando las propuestas aparecen, obviamente, como razonables y ecuánimes– son generalmente menores –aunque, por cierto, no desdeñables– que las que se dirigen directamente hacia los resultados sustantivos que se procura obtener.

Esto justifica, creo, que prestemos especial atención al plano orgánico de nuestra práctica constitucional, en función de las preocupaciones que surgieron de los temas analizados en el apartado precedente. En este apartado se intentará hacer una descripción somera de la estructura de organización del poder en la Argentina, en el marco de una comparación general con otros sistemas de democracias consolidadas. En el apartado siguiente se lo evaluará en función de su justificabilidad tomando en cuenta la concepción de la democracia ya sugerida (ver cap. I, ap. F). En el ap. C de este capítulo se lo evaluará a la luz de criterios de eficacia y estabilidad. Por último (ap. D) veremos el tipo de contralor jurisdiccional que requiere el modelo defendido para materializar las aspiraciones sustantivas expuestas en el cap. I, ap. F y en todo el segundo capítulo de este libro.

Muchas veces se describen y evalúan aspectos aislados del sistema político: su régimen de separación de poderes, sus reglas de transmisión de las funciones ejecutivas, la estructura y funcionamiento del Parlamento, su sistema electoral, su régimen de partidos, su mecanismo de contralor de constitucionalidad, etcétera. Sin em-

bargo, un sistema político es un todo integrado, cuyas diferentes piezas están imbricadas como las de un mecanismo de relojería. Un sistema presidencialista, por ejemplo, opera de diferente manera según se combine con un sistema de representación proporcional o con otro sistema electoral, con un sistema bipartidista o pluripartidista, con un sistema de partidos poco disciplinados e integrados, o con partidos con fuerte integración o disciplina, con un Parlamento unicameral o bicameral, con un régimen federal o unitario, con un contralor de constitucionalidad concentrado o difuso. Es la combinación de estos mecanismos lo que produce una u otra dinámica de acción política. Por lo tanto, es todo el conjunto del sistema político lo que debe ser evaluado desde el punto de vista de su justificabilidad moral y funcional, y la descripción del sistema debe reflejar la interconexión de sus elementos componentes.

En el próximo apartado veremos que el concepto de democracia es fundamentalmente un concepto normativo y no descriptivo, vale decir que no podemos distinguir cuáles instituciones son centrales a la democracia y cuáles son periféricas, sin una concepción justificatoria de la democracia. Sin embargo, hay un núcleo mínimo que sí parece ser común a todas las concepciones justificatorias de la democracia y que, por lo tanto, puede aceptarse como el componente descriptivo necesario, pero sin duda insuficiente, del concepto de democracia: me refiero a la existencia de expresiones periódicas y operativas de las preferencias políticas de la población –la necesidad de elecciones o manifestaciones alternativas de la voluntad popular– y la existencia de una oposición organizada –o sea el hecho de que, aun después de definida la preferencia política de la mayoría de la población, la minoría tiene oportunidades de crítica, de control, y hasta de alguna injerencia en las decisiones–.

Según como esté organizada la forma de expresión de las preferencias políticas de la población y la garantía de la oposición, hay diferentes formas de Estado y de gobierno: si la jefatura de Estado, diferenciada de la jefatura de gobierno, depende, directa o indirectamente, de las preferencias políticas de la población –expresadas en forma explícita y periódica–, tenemos una república; mientras que si esa jefatura de Estado es transmitida en forma hereditaria, estamos frente a una monarquía. Si las expresiones de la voluntad popular se unifican en cierto plano, teniendo impacto en decisiones que afectan, directa o indirectamente –o sea a través de la formación de un gobierno–, a toda la población de la unidad política en cuestión, pero en un diferente plano están también diversificadas, ya que inciden en la toma de decisiones o en la formación de gobiernos que rigen sólo en territorios parciales, estamos ante un régimen federal; en cambio, si las preferencias de todos los componentes de la población convergen sólo en la formación de decisiones que son comunes

para todos, se trata de un régimen unitario. A su vez, en cada uno de los ámbitos territoriales las expresiones de la voluntad popular pueden convergir en la formación de un solo órgano, que luego puede tener divisiones o delegaciones funcionales, o pueden dar lugar a órganos independientes con funciones distintas; esto determina las diversas formas de gobierno: el parlamentarismo, el presidencialismo y las formas mixtas.

En lo que sigue, voy a comenzar por hacer una caracterización y descripción de la forma de gobierno adoptada por nuestra práctica constitucional –la que denominaré el "hiperpresidencialismo argentino"–; al hacerlo veremos las facultades que esa práctica ha asignado al presidente de la República; luego me ocuparé del funcionamiento del Congreso de la Nación; más tarde haré referencia al sistema electoral y al régimen de partidos; a continuación aludiré a las formas de participación directa de la población; finalmente, me referiré a la organización federal del país.

§ 52. ***EL HIPERPRESIDENCIALISMO ARGENTINO EN CONTEXTO.*** – La tesis que voy a defender en este parágrafo es que el sistema de gobierno argentino se ubica en un extremo de un continuo formado por democracias pluralistas que organizan, de diversos modos, las relaciones entre los órganos legislativos y ejecutivos: ese extremo está constituido por un sistema hiperpresidencialista.

a) *LAS VARIEDADES DEL GOBIERNO DEMOCRÁTICO.* Tal vez convenga recordar, para entender cómo se organiza ese continuo, que la democracia fue emergiendo al limitarse el poder de los gobernantes hereditarios –generalmente los reyes– mediante la creación de cuerpos colegiados con alguna representación de sectores más amplios de la población que, con el tiempo, fueron asumiendo la función de vetar o dictar normas de índole general. De acuerdo a cómo fue evolucionando la formación del órgano que ejerce las funciones ejecutivas, se generaron distintos sistemas de gobierno que ocupan diversos lugares en el continuo mencionado. En algunos países, el Parlamento fue conquistando del monarca esas facultades ejecutivas y las fue poniendo en manos de ministros que dependían, de formas diversas, de ese Parlamento. La jefatura de Estado, como cargo representativo de la Nación en su conjunto, o bien siguió en manos de un rey hereditario o bien fue transferida a un Presidente u otro órgano republicano, también designado por el Parlamento o a través de algún mecanismo indirecto de expresión de la voluntad popular.

En otros países las jefaturas de Estado y de gobierno siguieron unidas entre sí y separadas de las funciones legislativas de un Congreso; en estos casos, la democratización del sistema se produjo mediante la elección popular, directa o indirecta, de un Presidente en-

cargado de desempeñar esas jefaturas. Por último, modelos más recientes combinan los dos esquemas anteriores, previendo un gobierno que depende del Parlamento y también un Presidente designado por elección popular directa o indirecta, que desempeña primariamente la jefatura de Estado pero también, con mayor o menor amplitud según los casos, algunas funciones de gobierno.

Obsérvese que en estas modalidades de formación de los órganos ejecutivos y legislativos intervienen diferentes variables: una de ellas es la de si la voluntad popular tiene incidencia en la formación de uno o más órganos en el mismo nivel de poder. En el sistema parlamentario puro, la voluntad popular sólo tiene incidencia en la formación del Parlamento; es luego el Parlamento el que interviene decisivamente en la formación del gobierno; en cuanto al jefe de Estado, o es hereditario o bien es designado por algún método indirecto, en el cual el mismo Parlamento tiene generalmente un papel decisivo. En el sistema presidencialista, la voluntad popular tiene dos expresiones que inciden separadamente en la formación de los órganos ejecutivo y legislativo. En el sistema mixto se dan también esas dos expresiones de la voluntad popular, con la diferencia de que el órgano ejecutivo se desdobla y las funciones de gobierno son desempeñadas por un tercer órgano –primer ministro y su gabinete– en cuya designación intervienen, de diversas maneras y grados, los órganos que son expresión de la soberanía popular.

Pero hay otra variable que interviene en la constitución de las formas de gobierno y ella es en qué medida las diversas expresiones de la soberanía popular, en el caso de haber más de una, están coordinadas. En el sistema presidencialista puro no hay coordinación en cuanto a la formación de los órganos ejecutivo y legislativo, aunque –por cierto– hay mecanismos de coordinación de sus diversas decisiones. Hay un presidencialismo atenuado en el que el Congreso puede tener una incidencia –por vía de necesidad de acuerdo o de la posibilidad de censura– en órganos menores del Poder Ejecutivo que no tiene facultades de gobierno autónomas –los ministros de gabinete–. Todavía podría haber un presidencialismo aun más atenuado –que no tiene hasta hoy ejemplificaciones reales, pero que ha sido propuesto en diversos contextos[1]– en el que el Poder Ejecutivo, llámese "Presidente" o "Primer ministro", es a la vez electo popularmente, pero puede ser censurado políticamente por el Parlamento. En el sistema mixto, en cambio, el órgano ejecutivo se desdo-

[1] Ver Mangabeira Unger, Roberto, *La forma de gobierno que conviene al Brasil*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Presidencialismo versus parlamentarismo". Destacamos, también, que en la Universidad de Tel-Aviv se elaboró un proyecto en el que se proponen elecciones directas para Primer ministro.

bla y una rama es ocupada por un funcionario elegido popularmente –el Presidente, que ejerce básicamente la jefatura de Estado, aunque también puede ejercer funciones de gobierno importantes, como la de elegir al gabinete y a su jefe–, mientras que la rama que ejerce la mayor parte de las funciones de gobierno es desempeñada por otros funcionarios –el Primer ministro y los miembros de su gabinete– en cuya designación intervienen, en forma positiva o negativa y con variados grados de injerencia, tanto el Presidente como el Parlamento.

Por otro lado, hay una coordinación adicional entre la formación de los órganos representativos de la soberanía popular, ya que el Presidente puede, usualmente en estos sistemas mixtos disolver el Parlamento, sin que comúnmente el Parlamento pueda censurar al Presidente (aunque puede surgir una práctica –que algunos han propuesto formalizar en normas explícitas– con el efecto de que el Presidente debe renunciar si pierde la elección parlamentaria ulterior).

En el parlamentarismo puro no hay coordinación entre las expresiones de la soberanía popular, por la sencilla razón de que tal soberanía sólo se expresa directamente en la formación del Parlamento. Sin embargo, por más que el gobierno depende del Parlamento, lo que se extiende generalmente –aun de modo más indirecto– al jefe de Estado, él suele adquirir diversos grados de independencia que requieren coordinación entre la formación de ambos órganos: el procedimiento de formación del gobierno suele involucrar más o menos explícitamente al Parlamento según sean las configuraciones electorales, lo cual depende fundamentalmente del régimen de partidos políticos (en sistemas básicamente bipartidistas, la nitidez en la determinación de las mayorías suele habilitar al jefe de Estado para hacer una designación directa, mientras que cuando se dan sistemas multipartidistas la determinación de la mayoría requiere gestiones y coaliciones parlamentarias). La censura parlamentaria al gobierno puede ser más sencilla o más dificultosa, como en la modalidad "constructiva" que requiere acuerdo para la formación de un nuevo gobierno. Por último, el gobierno, directamente o a través del jefe de Estado, generalmente tiene el poder de disolución anticipada del Parlamento.

Estas diversas modalidades de relación entre las expresiones de la voluntad popular y la formación de los órganos que ejercen el poder estatal, y de coordinación entre tal formación de los órganos mencionados, inciden claramente en el papel de la *oposición política*, cuya garantización, como se dijo, constituye parte del núcleo descriptivo del concepto de democracia. Esto tiene que ver con un proceso de transformación de la naturaleza de esa oposición que es

correctamente descripto por De Vergotini[2]. Antes de la consolidación de los partidos políticos como mediadores del proceso democrático, el rol de discusión y control que cumple la oposición era ejercido por el órgano legislativo en su conjunto frente al órgano ejecutivo, en un principio, como vimos, monárquico, y luego presidencial o de origen en el mismo Parlamento. Pero, con el surgimiento de los partidos políticos, comenzó a darse la situación de que el mismo partido que ocupa el órgano ejecutivo esté representado en el Parlamento, sea en forma mayoritaria –lo que es casi indefectible en los sistemas en que el órgano ejecutivo es designado por el legislativo– o sea como representación minoritaria. En el primer caso, son los partidos minoritarios los que van concentrando el rol de oposición, ya que un sistema de lealtades o disciplina interna –que puede tener mayor o menor fuerza– disminuye el papel de crítica y control del partido "oficialista", y, en este caso, del Parlamento como órgano colectivo. Sólo cuando el partido del órgano ejecutivo es minoritario en el legislativo –lo que prácticamente sólo es posible en sistemas presidencialistas– o cuando el grado de disciplina y cohesión interna de los partidos es muy bajo, vuelve a ser el Congreso como un todo el órgano de crítica y control efectivos del órgano ejecutivo.

La forma en que se garantiza el papel de la oposición en una democracia pluralista –según las variables indicadas– da lugar a dos modelos que De Vergotini[3] denomina los modelos "de conflicto y alternancia" y "compromisorio". En el primer modelo –que generalmente se da en sistemas bipartidistas– el papel del partido de la oposición es vigilar al gobierno, criticarlo y constituirse eventualmente en una alternativa para reemplazarlo en el futuro, por lo cual ese partido de oposición trata de no comprometerse en la obra directa de gobierno, aunque puede colaborar en diversos grados con tareas legislativas. En cambio, en el modelo compromisorio, la oposición participa –aunque como socio menor– en la formación de las decisiones de gobierno, tratándose de alcanzar un consenso que comprenda ciertos denominadores comunes; en general este tipo se da cuando rigen modelos multipartidistas, que en muchos casos requieren la formación de gobiernos de coalición. Como se ve, estos dos modelos presuponen diversas relaciones entre la toma de decisiones y el proceso de discusión en el ámbito parlamentario y social; el modelo conflictivo asume un corte temprano de la discusión, de modo que la prevalencia de ciertas preferencias lleva a la formación de un gobierno y a la toma de decisiones consiguientes, quedando a

[2] De Vergotini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*

[3] De Vergotini, *Derecho constitucional comparado*.

las minorías el papel de continuar la discusión desde una posición crítica con la intención de convertirse en la futura mayoría. En cambio, el modelo compromisorio corta la discusión en un punto tardío, en el que se origina un consenso amplio para la formación de un gobierno y la toma de decisiones, consenso amplio que implica, por cierto, concesiones mutuas entre los diversos sectores y un menor espacio crítico, una vez que la decisión fue tomada.

Una distinción cercana es adoptada por Lijphart en un conocido trabajo[4], para distinguir dos formas de democracia: la democracia "mayoritaria", y la democracia "consocional" o de "consenso". Hay, según este autor, ocho rasgos que permiten distinguir los dos modelos: *1*) en las democracias mayoritarias prevalecen los gabinetes de un partido, mientras que en las de consenso generalmente los gabinetes comprenden coaliciones amplias; *2*) en las democracias mayoritarias predomina el Poder Ejecutivo, mientras en las de consenso hay un mayor equilibrio entre éste y el Poder Legislativo; *3*) los regímenes mayoritarios son generalmente bipartidistas, en tanto que los de consenso son multipartidarios; *4*) en las democracias mayoritarias los partidos suelen ser unidimensionales (generalmente se ubican a lo largo del eje "izquierda-derecha" con un fuerte eje en el aspecto socioeconómico), mientras en las democracias de consenso los partidos suelen ser multidimensionales (tomando en cuenta dimensiones religiosas, culturales, étnicas); *5*) en los sistemas mayoritarios, el régimen electoral suele ser por pluralidad de distritos uninominales, en tanto que en los de consenso se da el sistema proporcional de representación; *6*) en las democracias mayoritarias se suele dar una organización unitaria, mientras que en las de consenso hay una organización federal y descentralizada; *7*) en las democracias mayoritarias prevalece el unicameralismo, mientras que en las de consenso predomina el bicameralismo, y *8*) las democracias del primer tipo tienen muchas veces una Constitución no escrita, en tanto que en las del segundo tipo predominan las Constituciones escritas y rígidas. Según Lijphart, el ejemplo típico de una democracia mayoritaria es Gran Bretaña y la mayor parte de los países que constituían sus dominios (Canadá, Australia, Nueva Zelanda, etcétera). Los casos más distintivos de democracias consensuales son la mayoría de los de Europa continental (Holanda, Bélgica, Italia, etcétera). En el caso de un sistema presidencialista como el de los Estados Unidos, Lijphart se inclina por sostener que está más cerca de los gobiernos mayoritarios.

No se limita Lijphart a hacer la clasificación precedente sino que, además, sugiere normativamente que los gobiernos democráti-

[4] Lijphart, Arend, *Democracy in Plural Societies*.

cos consocionales consensuales son mucho más adecuados que los mayoritarios para aquellas sociedades que exhiben graves divisiones religiosas, linguísticas, sociales y aun ideológicas. Un sistema consensual evita que la mayoría monopolice todos los resortes del poder, y otorga un cierto poder de veto a las minorías, consolidando así su integración y la paz social. Ésta es una consideración interesante que debemos tomar en cuenta en nuestro análisis normativo del próximo apartado, aunque anotando también que la búsqueda de consensos amplios se obtiene a un costo importante, que está dado por una limitación de las posibilidades de acción –dada la necesidad de buscar comunes denominadores– y a un favorecimiento del *statu quo*. Este costo se hace sentir, sobre todo, cuando la democracia consensual se propone no sólo para situaciones excepcionales, sino como ideal de acción de gobierno.

Por ahora, debemos tomar en cuenta, desde el punto de vista descriptivo, que, en realidad, el factor determinante de que una democracia funcione dentro de los lineamientos del modelo mayoritario o de consenso, parece ser el señalado por Lijphart en tercer lugar, vale decir la existencia de un régimen bipartidista o multipartidista. En efecto, es el hecho de que un sistema –como el inglés– funcione centralmente sobre la base de dos partidos, lo que permite que uno de ellos adquiera una mayoría suficiente como para formar un gobierno por sí mismo, de modo que no hay incentivos para ofrecer una coalición al partido opositor o para que éste acepte un eventual ofrecimiento. En cambio, los sistemas multipartidarios generan situaciones en las que ningún partido es lo suficientemente fuerte como para gobernar por sí solo, ni para que le convenga permanecer en la oposición a la espera de poder gobernar él solo en el futuro; esto hace necesaria la búsqueda de consensos, aun con partidos pequeños que en muchos casos pueden representar minorías insulares.

A su vez, este rasgo está en buena medida condicionado, aunque no en forma exclusiva, por el que señala Lijphart en quinto término, o sea por el sistema electoral (como luego veremos, el sistema electoral por circunscripciones uninominales tiende a producir una configuración partidaria binaria). Por otro lado, conviene destacar que, aun cuando Lijphart clasifica a un sistema presidencialista, como el norteamericano, como una democracia mayoritaria, en realidad, cuando se da un régimen bipartidista, el sistema presidencialista es menos mayoritario que el parlamentarismo puro, ya que da más canales de control posible de algunos resortes de poder a minorías, que de ese modo pueden imponer algún poder de veto para tratar de alcanzar un consenso más amplio.

b) *Breve examen comparativo de regímenes de gobierno.* Estas distinciones nos permiten ahora hacer una breve revisión de las

características de algunos regímenes políticos de democracias consolidadas o cercanas a la nuestra, con el fin de tener más claridad sobre las propiedades distintivas de nuestro propio sistema de gobierno.

1) El régimen político británico ha sido denominado "gobierno de gabinete", dada la preeminencia que ocupa el gabinete, y en especial su jefe, el Primer ministro, en el equilibrio de poderes. Como se sabe, la jefatura de Estado está ocupada en Gran Bretaña por un monarca hereditario, que según la tradición constitucional ejerce sólo funciones simbólicas y representativas. El rey elige como Primer ministro al líder del partido que haya tenido la mayoría en las elecciones parlamentarias, y sólo cuando no hay una mayoría clara tiene el monarca cierta discrecionalidad en la elección del Primer ministro. Si bien el Parlamento tiene el poder de censurar al gabinete, sólo ejerce ese poder en muy raras ocasiones –lo hizo en 1924 y 1979– dada la identidad política entre la mayoría parlamentaria y el gabinete y la fuerte disciplina partidaria. El Primer ministro tiene una clara preeminencia en el gabinete, dada su tradicional posición de jefe del partido y su poder para proponer al monarca la designación y destitución de los demás miembros de ese gabinete. El Primer ministro también tiene poder para disolver anticipadamente el Parlamento, cosa que suele hacer cuando cree que hay una situación de tensión política que ha restado credibilidad al gobierno o cuando, al contrario, supone que el electorado es favorable al gobierno, por lo que es oportuno renovar el mandato parlamentario.

El Parlamento está centrado básicamente en la Cámara de los Comunes, que se elige cada cinco años sobre la base de distritos uninominales, con sistema mayoritario a una sola vuelta. El gobierno tiene una decisiva función de iniciativa legislativa. La Cámara alta es la de los Lores, que está formada por miembros hereditarios y designados de por vida; sus funciones son muy reducidas, ya que no trata las leyes de presupuestos, fiscales o cuestiones conexas; normalmente asiente a todas las leyes aprobadas por la Cámara de los Comunes, la que de cualquier modo vence una vez que insiste en dos sesiones distintas, pasado un año. Una parte de la Cámara de los Lores constituye el "Comité Judicial", que constituye la más alta instancia judicial del Reino. Como se sabe, el sistema inglés está basado fundamentalmente en dos grandes partidos –el conservador y el laborista– que se suelen alternar en el gobierno; hay un tercer partido –el liberal, que se alió por un tiempo con un desprendimiento socialdemócrata del laborismo– que está en una lejana posición, en buena medida por efecto del sistema electoral.

2) El sistema de gobierno de Alemania Federal es de carácter parlamentario con predominio del jefe de gobierno que lleva el título de "Canciller". La Ley Fundamental de Bonn, de 1949, estable-

ció una jefatura de Estado separada de la de gobierno y en manos de un Presidente, el que es elegido por una Asamblea Federal *ad hoc* (formada por los miembros de la Cámara Baja –*Bundestag*– y por representantes de las provincias –*Länder*–). El Presidente tiene algunas facultades importantes como las de nombrar al Canciller sin refrendo, disolver al Parlamento, promulgar las leyes, proclamar el estado de emergencia legislativa. El Canciller es designado por el Presidente luego de ser elegido por el *Bundestag* y tiene todas las funciones de jefe de gobierno, prevaleciendo sobre los ministros y fijando la orientación de la política gubernamental. El Canciller puede ser censurado por el *Bundestag* pero la censura es extremadamente difícil, puesto que requiere la elección simultánea por mayoría absoluta de un nuevo Canciller (esto es lo que se denomina "censura constructiva"). Además, si es el Canciller quien pidió la confianza de la Cámara baja y perdió la votación, puede, aun así, seguir gobernando mediante el trámite de pedir al Presidente la declaración de la emergencia legislativa y gobernar sólo con el apoyo de la Cámara alta durante un semestre. El Parlamento es bicameral, predominando la Cámara baja sobre la alta, el *Bundesrat*. Esta última no puede oponerse, sino con carácter suspensivo, a un proyecto aprobado por la primera, puesto que basta que ésta insista por mayoría calificada para que el proyecto quede aprobado. El *Bundestag* está formado por miembros elegidos por cuatro años, parte de ellos por distritos uninominales en los que se aplica el sistema mayoritario a una sola vuelta, y otra parte por el sistema proporcional en colegios plurinominales. El *Bundesrat* está formado por delegados de los gobiernos de los *Länder* en número que varía según la población. La Constitución prevé un Tribunal Constitucional formado por dieciséis miembros, elegidos por mitades por las dos Cámaras. Tiene amplísimas facultades de control, abstracto y concreto de constitucionalidad y de resolución de conflictos de poderes, sea dentro del gobierno federal o entre éste y los *Länder*. El multipartidismo de Alemania Federal es limitado, en especial por causa del piso establecido (cinco por ciento) para la representación partidaria en el Parlamento. En el parágrafo correspondiente se hará referencia a la forma novedosa de organización federal que presenta el país.

3) En Italia la Constitución de 1948 establece un sistema parlamentario puro. El presidente de la República –elegido por siete años en sesión conjunta de ambas Cámaras del Parlamento, aumentadas con delegados regionales– tiene, sin embargo, más facultades de las que son de práctica en este tipo de sistemas: no solamente tiene las facultades representativas de la jefatura de Estado, sino que tiene el mando de las fuerzas armadas, la facultad de declarar la guerra, la de ratificar tratados internacionales, la de indultar y conmutar penas, el nombramiento de ciertos funcionarios públicos, el veto

suspensivo de las leyes, la designación de un tercio de los jueces constitucionales, etcétera. El gobierno está constituido por un Consejo de ministros, compuesto por un Presidente y los demás ministros; el Presidente tiene preeminencia para fijar la política del gobierno, pero fuera de ello rige la responsabilidad colegiada de los ministros. El gobierno tiene responsabilidad fiduciaria frente a las Cámaras del Parlamento que se materializa a través de la posibilidad de votos de censura, aunque el gobierno no debe renunciar antes del rechazo de un proyecto de ley por el Parlamento. El bicameralismo italiano es casi perfecto, ya que ambas Cámaras –la de Diputados y la de Senadores– tienen las mismas facultades de censurar y controlar al gobierno y de participación en la sanción de las leyes. La Cámara de Diputados se elige por el sistema proporcional, mientras el Senado por colegio uninominal. En el Parlamento hay una delegación importante de funciones a las comisiones, tanto desde el punto de vista legislativo como del control. Hay una Corte Constitucional compuesta por nueve miembros, elegidos por tercios por el presidente de la República, por las Cámaras en sesión conjunta y por los magistrados superiores. Tiene esta Corte el control constitucional de las leyes, el poder de dirimir los conflictos de poderes, el de admitir el referéndum abrogativo, etcétera. El sistema italiano ha sido caracterizado como de un multipartidismo extremo, lo que está favorecido por diversos mecanismos –como la exigencia de mayorías calificadas para ciertas iniciativas– que dan poder de veto a agrupaciones minoritarias.

4) El sistema de gobierno francés, establecido por la Constitución de 1958 con la reforma de 1962, es el más conocido de los sistemas mixtos o semipresidencialistas. En el modelo diseñado por Michel Debré para De Gaulle se exhibe una clara intención de apartarse de los sistemas parlamentarios puros –"asambleístas", como los denominaban sus críticos– de las III y IV Repúblicas. A partir de la reforma de 1962 el presidente de la República es elegido directamente por siete años, con un sistema de doble vuelta o *ballotage*. El Presidente tiene una serie de facultades sumamente importantes, como la conducción de la política exterior, la fejatura de las fuerzas armadas, el nombramiento del Primer ministro y, a propuesta de éste de los demás ministros, la presidencia del Consejo de ministros. También efectúa el nombramiento de otros altos funcionarios, algunos de ellos en Consejo de ministros; promulga las leyes sancionadas por el Parlamento o las veta, en cuyo caso vuelven a éste, que puede insistir con la misma mayoría; promulga las leyes y ordenanzas que el gobierno puede sancionar por delegación del Parlamento; en ciertas materias puede, a propuesta del gobierno, someter proyectos de ley a referéndum; puede recurrir al Consejo Constitucional para que declare la inconstitucionalidad de una ley y puede

disolver la Asamblea Nacional (no así el Senado); puede adoptar medidas de emergencia cuando están amenazados la integridad territorial, la independencia de la Nación o los poderes públicos.

El gobierno de Francia está formado por el Primer ministro y los ministros designados por el Presidente; tiene a su cargo la política general del país. El gobierno puede por sí mismo presentar proyectos a la Asamblea; dicta decretos y ordenanzas en caso de delegación de la Asamblea; propone nombramientos que el Presidente debe efectuar. El gabinete es responsable políticamente ante la Asamblea, la que puede censurarlo por la mayoría absoluta de sus miembros, así como puede también rechazar el programa o la declaración política general que el gobierno haya presentado. En este caso el gobierno debe dimitir ante el Presidente (no está claro si éste debe aceptar la dimisión).

El gobierno tiene un gran ascendiente sobre el Parlamento: sus proyectos de ley sólo son rechazados si vota en contra una mayoría absoluta de los miembros de las Cámaras; también el gobierno puede fijar el orden del día de las sesiones de las Cámaras; los poderes implícitos, o sea los poderes no expresamente conferidos por la Constitución, no corresponden al Parlamento sino al gobierno; además el Parlamento puede delegar en el gobierno, con promulgación del Presidente, el dictado de decretos con contenido legislativo sobre ciertas materias, los que deben ser ratificados, aun tácitamente, por el Parlamento.

En contraposición, la Asamblea ejerce un control cotidiano del gobierno mediante la obligación de éste de concurrir en pleno una vez por semana a dar explicaciones al recinto de aquel cuerpo. La Asamblea, elegida por circunscripciones uninominales, tiene un peso mayor que el Senado, que está compuesto por representantes de colectividades regionales (es de recordar que De Gaulle renunció al perder el plebiscito de 1969 por el que se proponía la abolición del Senado). La Asamblea prevalece en el caso de un conflicto con el Senado sobre la aprobación de una ley, si éste no fue resuelto por una comisión bicameral. Hay un Consejo Constitucional, compuesto por nueve miembros que duran nueve años, elegidos por tercios por el presidente de la República, el presidente de la Asamblea y el presidente del Senado. A partir de 1971 el Consejo decidió que tenía competencia para realizar un control abstracto y preventivo de la constitucionalidad de las leyes, a pedido del Presidente, del Primer ministro, de los presidentes de las Cámaras, y, a partir de la reforma de 1974, de sesenta diputados o sesenta senadores. La revisión de los decretos y ordenanzas que dicta el gobierno corresponde al Consejo de Estado, que además de funciones consultivas, es también el máximo órgano jurisdiccional en lo contenciosoadministrativo.

También se prevé un Consejo Económico y Social, con representación sindical, empresaria y del gobierno y con funciones consultivas.

Lo más interesante del sistema francés es su versatilidad ante diversas situaciones: en los casos en que el Presidente cuenta con mayoría parlamentaria –como ocurrió durante buena parte de su vigencia– el sistema funciona en gran parte como un régimen presidencialista. La gran incógnita era cómo funcionaría cuando el Presidente perdiera esa mayoría y debiera designar como Primer ministro a un hombre de la oposición; esa incógnita fue revelada en 1986 con la "cohabitación" forzada de Miterrand y Chirac, la que operó sorprendentemente bien (el sistema tendió a parlamentarizarse, no sólo por las amplias facultades de gobierno con que cuenta el Primer ministro, sino por cuestiones prácticas, como el hecho de que el Presidente no cuenta con contactos directos con la Administración Pública, debiendo apoyarse en un personal considerablemente reducido).

5) Conviene tomar en cuenta también otro sistema mixto que ha tendido aún más a parlamentarizarse por una situación de cohabitación continuada: el sistema de Portugal. El presidente de la República, según la Constitución de 1976, tiene facultades diferentes de las de su homólogo francés. Tiene la atribución explícita, a diferencia de este último, de pedir la dimisión del Primer ministro, además de disolver la Asamblea. Pero no tiene la conducción de las relaciones exteriores, aunque tiene algunas facultades en esa área; tampoco preside necesariamente el Consejo de ministros sino cuando el Primer ministro se lo pide. El Presidente portugués puede vetar no sólo las leyes del Parlamento, sino también los decretos del gobierno, tanto por consideraciones constitucionales –en cuyo caso la norma va en revisión al Tribunal Constitucional–, como por consideraciones políticas –en cuyo caso la norma vuelve al órgano que la sancionó–. A diferencia de Francia en que basta que la Asamblea insista por mayoría simple para que la ley vetada sea sancionada, en Portugal se requiere que la insistencia sea por mayoría absoluta o de dos tercios, según los casos. Pero el presidente de Portugal tiene poderes considerablemente inferiores al francés en caso de emergencias (sólo puede hacer declaraciones y dictar el estado de sitio con autorización de la Asamblea o con ratificación posterior si no está en sesiones), para convocar a referéndum y para hacer designaciones. El Parlamento está formado por una Asamblea de la República que es elegida en forma proporcional; ella tiene facultades legislativas considerablemente mayores que su homóloga francesa (no puede delegar al gobierno las cuestiones absolutamente reservadas, no aprueba tácitamente los proyectos del gobierno no rechazados y fija su propio orden del día).

La Asamblea puede ser disuelta por el presidente de la República pero no en los primeros y últimos seis meses de su período y durante el estado de emergencia. Existe también un *ombudsman* de origen parlamentario. El Tribunal Constitucional portugués tiene facultades mucho mayores que el Consejo Constitucional francés: hace un control de constitucionalidad no sólo de leyes sino también de decretos, no sólo preventivo sino también remedial, y no sólo en abstracto sino también en casos concretos; además puede intervenir cuando se cuestiona la omisión en la implementación de derechos que sean inmediatamente operativos. El Consejo de Estado portugués también es muy diferente a su homólogo francés: está formado por el presidente de la Asamblea, el del Tribunal Constitucional, el *ombudsman*, los presidentes de los gobiernos regionales, los ex presidentes constitucionales y cinco ciudadanos elegidos por el Presidente y cinco por la Asamblea; es un órgano de consulta del Presidente, obligatorio en algunos casos como en la dimisión del gobierno y la disolución de la Asamblea. El sistema portugués se ha parlamentarizado más que el francés en la práctica, en buena medida seguramente por una práctica de cohabitación casi continua entre Presidentes y Primeros ministros de diferentes partidos.

6) El sistema de gobierno norteamericano merece una atención un poco más detenida, dada la influencia directa no sólo en nuestra práctica constitucional sino en casi todas las de aquellos países que han adoptado el modelo presidencialista. Como dice Tribe[5], la presidencia norteamericana –concebida bien imperialmente o como una magistratura– no es fácil de ubicar en el cuadro constitucional, dado su carácter de "más igual" que las cabezas de los otros dos poderes del Gobierno federal: el Congreso y la Corte Suprema. El presidente de los Estados Unidos, que es elegido mediante un colegio electoral cada cuatro años, con la posibilidad de una reelección, ejerce según el art. II, inc. 1°, el Poder Ejecutivo. Según Hamilton, la diferencia entre esta expresión y la del art. I que asigna al Congreso los poderes legislativos "aquí concedidos", es indicativa de una intención de atribuir al Ejecutivo poderes menos contenidos por la enumeración de la Constitución (específicamente en los restantes incisos del art. II). En el caso "Myers v. United States"[6] la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos aceptó la tesis de Hamilton de que el Poder Ejecutivo federal puede ejercer facultades no enumeradas por la Constitución en tanto en cuanto ésta no las prohíba.

En materia internacional, no obstante que la Constitución prevé que el Presidente y el Congreso comparten poderes concurrentes, la

[5] Tribe, *The Constitutional Protection of Individual Rights*, p. 157.

[6] 272 US 52, 1926.

Corte ha permitido amplias delegaciones del Congreso al Presidente; esto ha sido fundamentado principalmente por el juez Sutherland en el caso "United States v. Curtiss-Wright Export Corp"[7], en el que se trataba de una resolución del Congreso facultando al Presidente a declarar ilegal la venta de armas a las naciones involucradas en la guerra del Chaco. Esto está asociado con la idea de soberanía de la Nación y con el concepto de que el Presidente es el representante de esa soberanía. En cambio, en cuestiones domésticas, se entiende que el principal depositario de la soberanía del pueblo y de los Estados es el Congreso y que el Presidente tiene sólo un rol auxiliar. Incluso en cuestiones exteriores se produce una suerte de "domesticación" de las decisiones, y por ende, una preeminencia del Congreso sobre el Presidente, tan pronto tales decisiones tienen efectos internos inmediatos, como cuando inciden en los impuestos, en el comercio, etcétera. Por cierto el Presidente tiene el poder de negociar y ratificar tratados, con el consentimiento de los dos tercios de los miembros presentes del Senado, tratados que, según el art. VI, inc. 2°, de la Constitución forman parte de la Ley Suprema de los Estados Unidos. Según lo estableció la Corte en "Whitney v. Robertson"[8] la última expresión de la soberanía popular –o sea la ley o el tratado dictado posteriormente– debe prevalecer. Sin embargo, el Congreso tiene una variedad de modos de controlar al Poder Ejecutivo aun en lo que hace a la celebración de tratados: puede negarse a "apropiar" los fondos necesarios para cumplir con el tratado. Esto implica que si el tratado no es "autoejecutivo", como cuando requiere el empleo de fondos, debe dictarse una ley del Congreso para regular sus efectos internos. Otro poder importante del Presidente norteamericano está dado por el art. II, inc. 2°, de la Constitución y consiste en su rol como comandante en jefe del Ejército, de la Marina y de las milicias estatales cuando están llamadas al servicio del Gobierno federal. Dado que el Congreso tiene, sin embargo, en virtud del art. I, inc. 8°, el poder de declarar la guerra, ha habido controversias no resueltas sobre el poder del Presidente para hacer uso de las fuerzas armadas. En el caso "Prize"[9] vinculado a la guerra civil, se reconoció al Presidente el uso defensivo de las fuerzas militares. El 10 de agosto de 1964 el Congreso dictó una resolución conjunta delegando en el Presidente la posibilidad del empleo de las tropas en relación al incidente del golfo de Tonkín. El 7 de noviembre de 1973 el Congreso dictó una resolución, que fue respaldada por los dos tercios de votos necesarios para superar el veto

[7] 299 US 304, 1936.

[8] 124 US 190, 1888.

[9] 67 US 635, 1963.

del presidente Nixon, limitando considerablemente los poderes del Presidente de involucrar a las tropas norteamericanas en hostilidades: él debe consultar al Congreso o, si esto es imposible, informarlo de inmediato y cesar en el uso de las fuerzas en sesenta días, salvo que el Congreso autorice una extensión o declare la guerra. Los poderes de guerra del Presidente incluyen también los inherentes a la justicia militar: puede promover juicios militares y revisar las decisiones de los tribunales correspondientes, extendiéndose estas facultades en tiempo de guerra en la medida en que se expanden los tribunales marciales.

Sin embargo, el llamado "poder inherente" del Presidente en asuntos internos ha ido declinando, según lo apunta Tribe[10]. Por ejemplo, a pesar del precedente contrario de "In re Debs"[11] –en el que la Corte consideró legítimo que el Presidente pidiera una orden judicial para movilizar a los trenes paralizados por una huelga–, en "Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer"[12] la Corte Suprema hizo lugar al reclamo de inconstitucionalidad de una toma de molinos de acero hecha por Truman para neutralizar una huelga que, según el Poder Ejecutivo, afectaba el esfuerzo de guerra en Corea; según la Corte, ello representaba una invasión de facultades legislativas; esto fue ratificado en "United States v. United States District Court"[13], en que la Corte rechazó unánimemente el poder inherente del Presidente de ordenar escuchas electrónicos en cuestiones de seguridad interna.

En cuanto al poder del Presidente de hacer designaciones, la Constitución, en su art. II, inc. 2°, establece que el Presidente debe hacer designaciones con el consejo y consentimiento del Senado, salvo cuando la misma Constitución, o el Congreso por una ley, dispusieren lo contrario, por ejemplo, autorizando al Presidente a hacer las designaciones por sí solo. En "Springer v. Philippine Islands"[14], la Corte estableció que el Congreso no puede retener para sí la facultad de nombrar a los funcionarios que deben ejecutar sus leyes, excluyendo así al Presidente y al Senado en su rol de hacer designaciones. En cuanto al poder de remoción del Presidente, en "Myers v. United States"[15], la Corte, con el disenso de Holmes, Brandeis y McReynolds, declaró inconstitucional una ley del Congreso que exigía el consentimiento del Senado para que el Presidente pudiera re-

[10] Tribe, *The Constitutional Protection of Individual Rights*, p. 181.
[11] 158 US 564, 1895.
[12] 343 US 579, 1952.
[13] 407 US 297, 1972.
[14] 277 US 180, 1928.
[15] 272 US 52, 1926.

mover a funcionarios nombrados con ese consentimiento; pero en "Humphrey's Executor v. United States" [16], la Corte limitó radicalmente la regla anterior, estableciendo que si el Congreso fijaba un término de duración para una función, el Presidente no podía remover al funcionario antes del vencimiento de ese término (allí se estableció que la autoridad de Congreso de crear cargos cuasilegislativos o cuasijudiciales aislados de la discreción del Poder Ejecutivo no podía ser puesta en duda). La diferencia entre estos dos criterios fue elucidada en "Wiener v. United States" [17] en función de si el cargo pertenece al aparato ejecutivo o si requiere, en cambio, una considerable independencia del Poder Ejecutivo.

La preeminencia del Congreso sobre el Poder Ejecutivo se establece sobre todo a partir de las cláusulas constitucionales que le dan al primero prioridad en todo lo que hace al manejo financiero: el art. I, inc. 7º, establece que las leyes para obtener fondos deben originarse en la Cámara de Representantes; en el inc. 8º del mismo artículo se establece que corresponde al Congreso colectar impuestos, tasas, cargas, pagar la deuda y proveer a la defensa y al bienestar común; en el art. I, inc. 9º, se dispone que no se extraerá dinero del Tesoro si no es por medio de una apropiación hecha por ley. Sin embargo, durante este siglo se ha expandido la iniciativa del Presidente en materia financiera, sobre todo mediante la práctica de transferir fondos o de no gastarlos para el destino definido por el Congreso en la ley de apropiación. En "Kendall v. United States" [18], la Corte declaró que el Presidente no podía decidir no gastar fondos dispuestos por el Congreso (ordenando al jefe de Correos pagar a un demandante la suma que un árbitro externo dispusiera). En 1974 el Congreso dictó una ley de control del poder de no gasto por parte del Poder Ejecutivo, disponiendo que si el Presidente quiere terminar el financiamiento de un programa dispuesto por el Congreso, debe pedir al Congreso que rescinda la apropiación; si, en cambio, quiere suspender el financiamiento de un programa, lo puede hacer unilateralmente, pero tanto la Cámara de Representantes como el Senado pueden sacar una resolución compeliendo al Poder Ejecutivo a hacer los correspondientes gastos.

Por cierto que el Presidente norteamericano tiene el poder de vetar una ley de acuerdo con lo dispuesto por el art. I, inc. 7º, cláusula 2ª; el Congreso puede insistir por dos tercios de votos de sus Cámaras. El Presidente tiene también lo que se ha dado en llamar un "veto de bolsillo", que es el poder de no poner en efecto una ley

[16] 295 US 602, 1925.

[17] 357 US 349, 1958.

[18] 37 US 524, 1838.

si el Congreso hace imposible el veto mediante el levantamiento de sus sesiones (este veto impide que la ley quede promulgada tácitamente al pasar el período de diez días desde la sanción de la ley). También el Presidente tiene el poder de indultar y conmutar penas, de acuerdo con lo dispuesto por el art. II, inc. 3°. Tal como se estableció en "United States v. Nixon" [19], el Presidente tiene absoluta discreción para decidir sobre la persecución penal de los delitos federales, pero el Congreso puede encargar al Procurador de la Nación, y a los funcionarios que éste delegue, la prosecución de una cierta acción penal (como ocurrió en el caso "Watergate").

En cuanto a las inmunidades, los funcionarios del Poder Ejecutivo están exentos de responsabilidad civil en tanto actúen dentro de los límites de sus funciones, según se estableció en "Spalding v. Vilas" [20], pero no tienen inmunidad penal. Sólo se entiende que el Presidente está exento de sanciones penales –aunque no enteramente de procedimientos investigatorios, según surge de "United States v. Nixon"– hasta que no sea removido por juicio político. El Poder Ejecutivo tiene una serie de privilegios respecto del secreto de Estado, aunque como se estableció claramente en "United States v. Nixon", el Poder Judicial tiene amplias facultades para determinar si se dan las causales que fundamentan esos privilegios. También el privilegio de no dar información cede frente al Congreso cuando éste requiere información concerniente a tratados en los que debe intervenir el Senado, cuando la información es necesaria para el dictado de una ley o cuando se la requiere para llevar adelante un juicio político. El art. II, inc. 4°, prevé la posibilidad del juicio político contra el Presidente, el Vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos, por traición, corrupción y otros delitos o faltas. Se entiende por delitos o faltas algo cercano a los "grandes ilícitos" del *common law* inglés, los que comprenden malversación de caudales, incumplimiento de los deberes del funcionario, atentado a las prerrogativas legislativas, etcétera. Sólo se intentó el juicio político contra dos presidentes, Andrew Johnson y Richard Nixon, pero ninguno de los dos concluyó en la remoción (Johnson fue absuelto por un voto en el Senado y Nixon renunció).

En conclusión, se observa que si bien el Poder Ejecutivo es en los Estados Unidos una institución poderosa, sobre todo en el área de las relaciones exteriores, está fuertemente condicionada por el Congreso gracias a su contralor financiero y a la injerencia en materia de designaciones (sea a través de la intervención constitucional del Senado o mediante leyes que, sin quitarle al Presidente su atri-

[19] 418 US 683, 1974.

[20] 161 US 483, 1896.

bución constitucional en la materia, regulan esa atribución). Por otro lado, no obstante que es obvio que, de hecho, el Presidente fue adquiriendo en la práctica política norteamericana un peso progresivo, sobre todo a partir de Franklin Roosevelt, también es cierto que, principalmente en los años 70 y en especial durante la presidencia de Nixon, el Congreso fue readquiriendo buena parte de su peso perdido. Como ejemplo se puede mencionar el ejercicio amplio que el Senado está haciendo de su poder de confirmación, tanto de los miembros del Poder Judicial –recordemos el arduo proceso que llevó al rechazo de la designación de Bork para la Corte Suprema–, como de funcionarios del Poder Ejecutivo, lo que cada vez se parece más a una confianza parlamentaria. Aquí cabe traer a colación el rechazo que hizo el Senado, a principios de 1989, de la nominación de Towers como secretario de Defensa del nuevo presidente Bush.

7) Entre los países latinoamericanos es especialmente interesante el caso de Chile. Entre 1891 y 1924 este país contó, prácticamente, con un sistema parlamentario, que fue desarrollándose a partir de un ejercicio expansivo por parte del Congreso de sus facultades establecidas en la Constitución de 1833 y reformas ulteriores, por las que podía aprobar periódicamente ciertos actos del Poder Ejecutivo, especialmente en lo que hacía al gasto público. El período se inició precisamente con la deposición del presidente Balmaceda en un conflicto sobre el presupuesto. El juicio político de los ministros fue grandemente facilitado y se usó prácticamente como un arma de censura. Ahora se está produciendo una revalorización del progreso socioeconómico y el absoluto respeto de los derechos individuales que se dieron durante la era parlamentaria. Ella concluyó en 1925 con la terminación forzosa del Congreso y con la sanción de una Constitución presidencialista. Esta Constitución establece que el Presidente es elegido directamente por la población si resulta favorecido por más del cincuenta por ciento de los sufragios; de lo contrario el Congreso elige entre los dos candidatos más votados. El Presidente tiene una serie muy amplia de facultades que fueron ulteriormente expandidas por las reformas de 1934 y 1970; tiene, por ejemplo, la facultad de sancionar decretos con fuerza de ley y puede por sí mismo disponer la mayor parte de las medidas de índole económica. Es obvio que esta plétora de facultades puede no coincidir con el consenso de origen o de ejercicio de un Presidente, como ocurrió en la época de Allende.

En 1980, bajo el régimen de Pinochet, se sancionó una nueva Constitución para Chile, la que fue modificada, en acuerdo con la oposición en 1989, a través de un plebiscito. El régimen que esta Constitución establece es extremadamente presidencialista, con un Presidente con mandato de ocho años, elegido directamente por mayoría absoluta, con doble vuelta. Las facultades del Presidente *vis*

à vis el Poder Legislativo son amplísimas (designa un número de senadores, tiene grandes atribuciones en materia de estado de excepción, puede dictar decretos con fuerza de ley en ciertas circunstancias, el principio de reserva juega a su favor y en contra de las facultades legislativas, tiene iniciativa exclusiva sobre ciertos proyectos de ley sobre temas importantes (servicios públicos, impuestos, presupuestos, división política del Estado, remuneraciones y jubilaciones públicas, empréstitos, etc.), designaciones de algunos alcaldes, designación de diferentes funcionarios judiciales, y muchas otras. Las limitaciones mayores al Presidente no favorecen en general al Congreso, sino a otros órganos, como el Consejo de Seguridad Nacional, en el que tienen una participación decisiva las fuerzas militares. Esta estructura constitucional chilena convierte al régimen de ese país en una democracia vigilada o condicionada. Hay un consenso creciente entre los partidos políticos democráticos y los constitucionalistas y politólogos en la necesidad de modificar profundamente el régimen de gobierno, en favor de una estructura semiparlamentaria o puramente parlamentaria. Ya fue propuesto un sistema mixto en un proyecto suscripto por veinticuatro constitucionalistas de casi todos los partidos democráticos.

8) Brasil adoptó un sistema presidencialista en sus Constituciones de 1891, 1934 y 1946. En 1961 se produjo una grave crisis política, a raíz de la terminación de la presidencia de Kubitschek y de la renuncia del Presidente electo Quadros; los militares vetaron la posibilidad de que el vicepresidente Goulart asumiera. El presidente de la Cámara de Diputados, que asumió provisoriamente la presidencia, negoció con los militares la alternativa de una reforma constitucional que adoptara un sistema parlamentario (sobre la base de un proyecto anterior del diputado Pilla y el apoyo del influyente senador Arinos de Melo). Según este sistema, que rigió hasta 1963, el gobierno residía en las manos del presidente del Consejo de ministros, que era propuesto por el presidente de la República al Congreso, el que podía aceptar o rechazar la designación (después de tres rechazos el jefe de gobierno era designado por el Senado).

Lanzó Goulart una campaña para recuperar los poderes presidenciales; ello motivó una ley (denominada "Capanema - Valladares") que llamó a un referéndum sobre el tema, triunfando la posición de retorno al presidencialismo. Luego Goulart fue depuesto por los militares, que iniciaron un largo régimen autoritario hasta 1985. A partir de 1986 se constituyó una Convención Constituyente para reformar la Constitución. El proyecto de la Comisión de Consolidación estableció un régimen mixto de gobierno, con un Presidente electo popularmente y con algunas funciones propias (designaciones judiciales, declaración de guerra, disolución del Consejo de la República, veto total o parcial de las leyes o pedido de reconside-

ración, etc.); sin embargo, su poder más importante es el de designar al Primer ministro, que es el jefe de gobierno, y, a propuesta de éste a los demás miembros del gabinete; el Primer ministro y su gabinete podían ser removidos tanto por el Presidente como por la Cámara de Diputados. La propuesta fue rechazada en 1988, con el antecedente de inocultables presiones militares, y en su lugar fue sancionado un sistema presidencialista con algunas atenuaciones. No obstante, se estableció la realización de un plebiscito a los cinco años para decidir la cuestión del régimen de gobierno.

La atenuación del presidencialismo que la Constitución brasileña de 1988 prevé es similar a la de muchas otras constituciones latinoamericanas, ya que ella consiste en la posibilidad de censurar a los miembros del gabinete presidencial por una mayoría calificada de la Cámara de Diputados.

9) La Constitución de Venezuela de 1961 prevé una atenuación similar del presidencialismo, al mismo tiempo que se establece que algunas decisiones del Presidente, como las de negociar empréstitos o declarar el estado de sitio, no pueden ser sino tomadas en Consejo de ministros. En la reforma de 1983 se introdujo otro elemento de parlamentarización, previéndose que el Presidente debe presentar, en su primer año de mandato, un programa de desarrollo económico y social para ser aprobado conjuntamente por ambas Cámaras del Congreso. De cualquier modo, la parlamentarización no se dio en la práctica por el hecho de que la alternancia entre los dos partidos principales, Adeca y Copei, coincidió con similar alternancia de las mayorías parlamentarias, por lo que no ocurrió que el Presidente estuviera limitado por ministros que resultaran de una negociación con la oposición en el Congreso. También hay un sistema similar de censura a los ministros en la Constitución de Costa Rica de 1949.

10) La Constitución uruguaya de 1966, que ha vuelto a los rasgos esenciales de la Constitución de 1942, después del gobierno colegiado establecido por la Constitución de 1952, también incluye atenuaciones importantes del presidencialismo. El Presidente ejercita sus poderes ejecutivos en Consejo de ministros, y puede delegarlos en el ministro correspondiente. La Cámara de Diputados puede interpelar a los ministros y la Asamblea General puede censurarlos. El Parlamento puede ser disuelto si insiste por tres quintas partes de sus miembros en censurar a un ministro que el Presidente apoya; en tal caso el Presidente puede convocar al electorado para que arbitre en el conflicto, en elecciones parlamentarias.

11) El sistema establecido por la Constitución peruana de 1975 va todavía más lejos en la dirección parlamentaria. El Presidente es el jefe de Estado y personifica a la Nación. Él tiene el poder de fijar la orientación política general del gobierno, pero debe nombrar

un presidente del Consejo de ministros, quien le propone al Presidente los nombres de los otros ministros. El Consejo de ministros tiene las funciones de aprobar los proyectos de ley que el Presidente envía al Congreso, los decretos y de deliberar sobre cuestiones públicas. Sin embargo, el Consejo y su presidente tiene pocas funciones autónomas, ya que la mayoría de ellas son las que el presidente de la República les delega. Esto quita alguna relevancia a la facultad de la Cámara de Diputados de censurar, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, a los ministros individual o colectivamente. En tal caso el Presidente tiene también la facultad de disolver esa Cámara, llamando a elecciones dentro de un plazo de treinta días.

c) *Formación en la Argentina de una presidencia hipertrofiada.* Cuando comparamos el sistema de gobierno argentino con prácticamente todos los que analizamos él emerge como ubicado en un extremo de los sistemas democráticos pluralistas, con un presidencialismo absolutamente hipertrofiado.

Esta configuración peculiar del régimen político argentino es el resultado tanto de disposiciones normativas como de desarrollos sociopolíticos. El mismo esquema de presidencialismo diseñado por Alberdi[21] se apartó explícitamente del modelo norteamericano, al que había seguido con bastante fidelidad en otros aspectos.

En efecto, en el cap. XXV de su obra mayor, Alberdi decía lo siguiente: "Llamaré únicamente la atención, sin salir de mi objeto, a dos puntos esenciales que han de tenerse en vista en la constitución del Poder Ejecutivo, tanto nacional como provincial. Este es uno de los rasgos en que nuestra Constitución hispanoargentina debe separarse del ejemplo de la Constitución federal de los Estados Unidos. 'Ha de continuar el virrey de Buenos Aires con todo el lleno de la superior autoridad y omnímodas facultades que le conceden mi real título e instrucción y las leyes de la India', decía el art. 2° de la Ordenanza de Intendentes para el Virreynato de Buenos Aires. Tal era el vigor del Poder Ejecutivo en nuestro país, antes del establecimiento del gobierno independiente. Bien sabido es que no hemos hecho la revolución democrática en América para restablecer ese sistema de gobierno que antes existía, ni se trata de ello absolutamente; pero si queremos que el Poder Ejecutivo de la democracia tenga la estabilidad que el Poder Ejecutivo realista, debemos poner alguna atención en el modo en que se había organizado aquél para llevar a efecto su mandato.

El fin de la revolución estará salvado con establecer el origen democrático y representativo del poder, y su carácter constitucional

[21] Alberdi, *Bases*, cap. XXV.

y responsable. En cuanto a la energía y vigor, el Poder Ejecutivo debe tener todas las facultades que hacen necesarios los antecedentes y condiciones del país y la grandeza del fin que es instituido. De otro modo, habrá gobierno en el nombre, pero no en la realidad; y no existiendo gobierno, no podrá existir la Constitución, es decir, no podrá haber ni orden, ni libertad, ni Confederación Argentina. Los tiempos y los hombres que recibieron por misión proclamar y establecer en la América del Sur el dogma de la soberanía radical del pueblo, no podían ser adecuados para constituir la soberanía derivada y delegada del gobierno. La revolución que arrebató la soberanía a los reyes para darla a los pueblos, no ha podido conseguir después que éstos las deleguen en gobiernos patrios tan respetados como los gobiernos regios; y la América del Sur se ha visto colocada entre la anarquía y la omnipotencia de la espada durante muchos años. Dos sistemas se han ensayado en la extremidad meridional de la América antes española, para salir de esa posición. Buenos Aires, colocó la omnipotencia del poder en las manos de un solo hombre, erigiéndose en hombre-ley, en hombre-código. Chile empleó una Constitución en vez de la voluntad discrecional de un hombre [la referencia es aquí a la Constitución de 1813 inspirada por Juan Egaña]; y por eso esa Constitución dio al Poder Ejecutivo los medios para hacerla respetar con la eficacia de que es capaz la dictadura misma. El tiempo ha demostrado que la solución de Chile es la única racional en repúblicas que poco antes fueron monarquías. Chile ha hecho ver que entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno posible; y es el de un Presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante en que la anarquía le desobedece como Presidente republicano. Si el orden, es decir la vida de la Constitución exigen en América esa elasticidad del poder encargado de hacer cumplir la Constitución, con mayor razón la exigen las empresas que interesan al progreso material y al engrandecimiento del país. Yo no veo por qué en ciertos casos no puedan darse facultades omnímodas para vencer el atraso y la pobreza, cuando se dan para vencer el desorden, que no es más que el hijo de aquéllos".

Esta larga cita de Alberdi se justifica porque nos sirve para entender el apartamiento de la Constitución norteamericana en puntos cruciales. Uno de esos puntos en que el presidencialismo argentino es mucho más acentuado que el norteamericano es el de la discrecionalidad absoluta que tiene el Presidente de nuestro país para designar a los miembros del gabinete y a los demás integrantes del gobierno y de la administración en general, frente a la cláusula de la Constitución norteamericana que exige tanto el *consejo* como el *consentimiento* del Senado para las designaciones en el gobierno y la administración, lo que tiene un alcance amplísimo, que implica una considera-

ble parlamentarización del sistema, limitándose sólo por el propio texto de la Constitución o por una ley del Congreso que disponga lo contrario. También el poder de fiscalización del Congreso norteamericano es mucho más estricto gracias a la cláusula de las apropiaciones de fondos del Tesoro, que ha sido interpretada en el sentido de que requiere una intervención del Poder Legislativo mucho más circunstanciada que lo que implica la aprobación del presupuesto en nuestro sistema (también hemos visto las limitaciones a que está sujeto el presidente norteamericano para *no* usar fondos dispuestos por el Congreso). Por otro lado, en las últimas leyes de presupuesto en la Argentina, se ha incluido una cláusula, el art. 4°, que permite al Presidente una amplia discrecionalidad en las transferencias de fondos entre diversas partidas.

Pero la concentración del poder en el presidente argentino se pone de manifiesto en el punto específico referido por Alberdi, cuando da cuenta de su inspiración chilena, que es las facultades del Presidente en caso de estado de sitio (sin parangón en la Constitución norteamericana, ya que, como vimos, en ella sólo existe la suspensión del hábeas corpus que ha sido raramente dispuesta y sobre la que el Congreso ha asumido su propia autoridad). Dado el hecho de que ese verdadero cementerio de nuestras libertades que es el estado de sitio rigió en buena parte de la vida institucional del país –sobre todo antes de la democratización de 1983– las facultades que el art. 23 le da al Presidente de arrestar y trasladar a las personas, y la que el inc. 19 del art. 86 le concede, de declarar tal estado de sitio por sí mismo durante el largo receso del Congreso de la Nación, el Presidente se convierte así en un verdadero árbitro de los derechos de los ciudadanos. Esto se agrava por la jurisprudencia de la Corte Suprema que hemos mencionado en su oportunidad, que consideraba cuestiones políticas no justiciables, la declaración y aplicación del estado de sitio, lo que fue modificándose, como vimos, con la última legislación y jurisprudencia.

También desde el punto de vista normativo son relevantes las facultades que tiene el Presidente en materia de intervención federal, que es un mecanismo inconcebible en el marco de la estructura constitucional norteamericana, en la que sólo existe el auxilio de la fuerza a pedido de la legislatura o del gobernador (secc. 4ª, art. IV). Como se sabe el art. 6° de la Constitución exhibe una obvia laguna, al no definir qué órgano del Gobierno federal tiene la facultad de intervenir una provincia. Al comienzo de nuestra práctica constitucional –en el que la intervención a una provincia era más limitada, ya que no se solía sustituir a las autoridades provinciales, sino mediar en sus conflictos internos– era el Poder Ejecutivo el que intervenía, por decreto, a las provincias. Cuando posteriormente se comenzó –principalmente con Avellaneda– a deponer a las autoridades

provinciales mediante la intervención, se acudía a la intervención legislativa; pero, finalmente, esta práctica se desvirtuó, y el Poder Ejecutivo pasó, progresivamente, a intervenir más y más veces sólo por decreto –sobre todo durante el gobierno de Yrigoyen–, primero cuando el Congreso estaba en receso, y luego aun estando el Congreso en sesión (se llegó al extremo de no comunicar siquiera al Congreso la intervención efectuada).

Todo ello fue favorecido por la doctrina de la Corte Suprema en "Cullen c/Llerena"[22] y en "Orfila"[23], de que lo concerniente a las intervenciones federales son cuestiones políticas que escapan al control de constitucionalidad por parte de los jueces. De este modo, el Presidente vino a adquirir una facultad casi omnímoda de nombrar delegados prácticamente personales en cualquier jurisdicción del país, desplazando a las autoridades electas de las provincias y aun a las judiciales. Según la jurisprudencia de la Corte, el interventor federal actúa en nombre del Gobierno nacional[24] y responde sólo ante ese gobierno, no estando sujetos a las acciones frente a sus gobernantes establecidas por las leyes locales[25]; sus facultades emanan de la ley o el decreto que lo haya designado[26]; el interventor puede dictar decretos leyes en el caso en que haya caducado la legislatura de la provincia intervenida[27]. Si se combina esta facultad –que fue ejercida en innumerables ocasiones por casi todos los presidentes constitucionales argentinos– con la del estado de sitio, se comprende la cercanía del rol presidencial con el de un monarca absoluto.

Sin llegar al empleo de estas facultades extraordinarias, el Presidente ha asumido con el transcurso del tiempo facultades que implican absorber funciones que normalmente corresponden a los otros poderes del Gobierno federal. Obsérvese el paralelismo entre los avances producidos en materia de promulgación parcial y de indulto a los procesados: a través de la promulgación parcial de una ley vetada en parte por el Poder Ejecutivo (que, no obstante la declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte en "Collela c/Fevre y Basset SA"[28] de 1967, se ejerció con entusiasmo), éste despliega prácticamente funciones legislativas, ya que puede componer la ley de su agrado con retazos del texto votado originariamente por el Congreso. Por otro lado, con la práctica del indulto a procesados

[22] CSJN, *Fallos*, 53:520.
[23] CSJN, *Fallos*, 154:192.
[24] CSJN, *Fallos*, 127:92.
[25] CSJN, *Fallos*, 54:557.
[26] CSJN, *Fallos*, 173:272.
[27] CSJN, *Fallos*, 208:497.
[28] CSJN, *Fallos*, 268:352.

no condenados (que contradice la proscripción del art. 95 de que el Presidente se arrogue el conocimiento de causas pendientes, la norma del art. 86, inc. 6°, que a diferencia del texto norteamericano que le sirve de antecedente habla de "indultar... las penas por delitos" y la interpretación que le ha dado a estas reglas el art. 68 del Cód. Penal, que prevé el indulto como causal de extinción de penas) el Presidente puede ejercer discrecionalmente funciones judiciales, decidiendo qué procesos deben continuar y cuáles deben ser extinguidos sin siquiera investigarse los hechos.

Pero aún hay más: el Presidente tiene, en la práctica constitucional argentina, amplísimas funciones reglamentarias. Nuestra Constitución establece en el art. 86, inc. 2°, que el Presidente puede reglamentar las leyes, cuidando de no alterar su espíritu. Es problemático deslindar esta facultad de dictar decretos para *ejecutar* las leyes, de la *delegación* de facultades legislativas que están, en principio, prohibidas. En el famoso caso "Delfino"[29] de 1927 la Corte Suprema estableció ciertos criterios distintivos: se trataba de la ley 3445 de 1896 que se refiere al mantenimiento de las condiciones sanitarias del puerto de la Capital; según la Corte, no había aquí una delegación para dictar la ley, sino para establecer la forma de su ejecución; esto ocurre, según el Tribunal, cuando la ley fija el marco general y permite al Poder Ejecutivo establecer los detalles y pormenores, lo que difiere del caso vedado al Ejecutivo de reglamentar un derecho no existiendo ley al respecto. También se planteó el tema en el caso "Bonevo"[30] en el que se cuestionaba el art. 27 del Cód. de Proc. en Materia Penal, que delegaba en el jefe de Policía el dictado de edictos contravencionales; la Corte sostuvo que se estaba actuando dentro del marco autorizado por la ley, siendo imposible para el legislador prever todos los casos. Como hemos dicho, esta doctrina fue modificada en el caso "Mouviel"[31] oportunamente citado. Pero en otros fallos la Corte siguió insistiendo en una actitud concesiva respecto de las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo, haciéndose cada vez más vago el límite entre decreto de ejecución y delegación legislativa. En "Gabino"[32], por ejemplo, la Corte admitió la constitucionalidad de las leyes contra el agio y la especulación 12.830 y 12.983, respectivamente, que delegaban en el Poder Ejecutivo la facultad de aplicar precios máximos; la Corte sostuvo que se trata de facultades propias del poder de policía, lo que, como vimos, es una expresión sumamente peligrosa para la preservación de los

[29] CSJN, *Fallos*, 148:430.

[30] CSJN, *Fallos*, 155:178.

[31] CSJN, *Fallos*, 237:636.

[32] CSJN, *Fallos*, 243:276.

derechos y, de cualquier modo, menciona una facultad que reside, en principio, en el Congreso y no en el Poder Ejecutivo. En el caso "De Ángelis"[33] (del 1° de abril de 1982) la Corte admitió la constitucionalidad de la ley de procedimiento tributario, que delegaba en la Dirección General Impositiva la facultad de dictar normas generales sobre responsables y terceros; se admitió que había una delegación legislativa, a pesar de lo cual se la consideró constitucional. Sobre la base de esta actitud permisiva de la Corte se generó una amplísima práctica de dictado de leyes que implican la delegación de facultades legislativas, como la ley 12.966, que aprobó un plan quinquenal; la ley 14.184, que aprobó el segundo plan; la ley 13.030, que autoriza a la Policía Federal a dictar y aplicar edictos, la ley 20.539 que constituye la carta orgánica del Banco Central, con amplísimas facultades reglamentarias; la ley 20.680 de abastecimiento; la ley 23.614 de promoción industrial, que delega en el Poder Ejecutivo el dictado de decretos sectoriales de promoción; la reciente ley 23.696, de reforma del Estado, que delega en el Ministerio de Obras y Servicios Públicos muy extensas facultades; etcétera. A estas delegaciones hay que agregar las leyes "ómnibus" dictadas en períodos anteriores cuando las instituciones democráticas eran restablecidas, convalidando las normas *de facto* promulgadas por los regímenes militares.

Además de esta facultad de dictar decretos de ejecución, que en la mayoría de los casos implica el ejercicio de una amplísima función legislativa, la doctrina le ha reconocido al presidente de la República la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia en ciertas condiciones[34]. Al principio, se suponía que era necesaria la ratificación posterior del Congreso para que estos decretos de emergencia tuvieran validez, pero luego se hizo costumbre simplemente comunicar al Congreso el decreto, y a veces ni siquiera ello, tomándose su silencio como una ratificación tácita. Así, según una investigación de Balbín y Gargarella[35], en el caso de Roca, el Congreso ratificó el decreto del año 1885 dando curso legal a los billetes del Banco Nacional; en la presidencia de Pellegrini, el Congreso ratificó un decreto de suspensión del pago de depósitos en el Banco Nacional; Yrigoyen dictó innumerables intervenciones a las provincias por decreto, sin ratificación legislativa; Justo creó por decreto la Junta Reguladora de Granos[36]; Perón dispuso por decreto la nacionalización

[33] CSJN, *Fallos*, 304-1:864.

[34] Sagüés, Néstor P., *Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino*, *LL*, 1985-E-798; ver también, Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional*, p. 834.

[35] Balbín, Carlos - Gargarella, Roberto, *Investigación sobre presidencialismo y gobernabilidad en la Argentina*.

[36] Lo que fue homologado por la Corte en el fallo "Avico c/De la Pesa", citado.

del Banco Central, la creación del Instituto de Promoción del Intercambio, el rescate de los empréstitos, la nacionalización de la Unión Telefónica y de los Ferrocarriles, la enseñanza religiosa en las escuelas (ratificada posteriormente por ley del Congreso); Frondizi dictó por decreto, en 1958, el estado de sitio alegando que el Congreso estaba en receso (aunque en realidad estaba sesionando), dispuso la creación del Yacimientos Carboníferos Fiscales y de Segba, la celebración de convenios de explotación de petróleo, la instauración del plan Conintes de seguridad interna; Illia decidió, por decreto, la anulación de los contratos petrolíferos celebrados por Frondizi; el gobierno iniciado en 1973 clausuró por decreto varios diarios, y se autorizó por el mismo medio a las Fuerzas Armadas a "aniquilar" el accionar subversivo; Alfonsín dispuso, por un decreto de necesidad y urgencia, el traslado del feriado del 2 de abril, la suspensión de los juicios previsionales, la suspensión de las sentencias ejecutorias frente al Estado, el estado de emergencia económica del sistema previsional, el "plan Austral", incluso en lo que hace al cambio de moneda y a la conversión de las obligaciones contractuales; Menen recurrió a un decreto para convertir en bonos los depósitos a plazo fijo de los bancos (lo que fue convalidado por la Corte en el mencionado fallo "Peralta"), para prorrogar la ley de emergencia económica, para reglamentar el derecho de huelga, para derogar las jubilaciones de privilegio, etcétera.

Esta somera revisión de las facultades que los presidentes fueron adquiriendo por una interpretación extensiva de cláusulas constitucionales, por claudicación de los otros poderes del Estado, o por un ejercicio liso y llano de la musculatura política, muestra que, desde el mero punto de vista normativo, el presidente argentino es, como lo preveía Alberdi, un verdadero monarca, aunque a diferencia de lo que él suponía, sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos. También se confirma, con la desvirtuación del espíritu y muchas veces de los textos constitucionales, en la concesión y asunción de facultades extraordinarias por parte del Presidente, la tendencia a la ajuridicidad que ha sido una constante en nuestra práctica político-institucional, aun en períodos con gobiernos *de iure*.

Esta asunción de facultades normativas excepcionales por parte del Presidente se hizo, en general, a expensas sobre todo del Congreso de la Nación. Pero habiendo avanzado sobre el Congreso, el Presidente se benefició también de los avances del Gobierno federal en su conjunto frente a otros ámbitos de poder. Uno de esos avances, como veremos más adelante, fue el que se produjo frente a los gobiernos provinciales y municipales, no sólo mediante el poder de intervención ya mencionado, sino por un progresivo movimiento ha-

cia la centralización de los servicios y hacia el manejo monopólico de los fondos. La existencia de escuelas, universidades, hospitales, agencias viales, eléctricas, de transporte, de comunicación, etc., de índole nacional, fue acompañada por un manejo cuasimonopólico de las finanzas públicas. Esta expansión del Gobierno federal redundó en la correlativa ampliación del poder del presidente de la República.

El Presidente también incrementó enormemente sus atribuciones fácticas gracias a la expansión de la Administración Pública y del Estado frente a otros centros de decisión y de generación de bienes y servicios de la sociedad. Por de pronto, el crecimiento desmesurado de la Administración Pública, le dio al Presidente un enorme poder para hacer designaciones, sobre todo frente a la inexistencia o debilidad de carreras administrativas que aseguraran la estabilidad y las promociones ordenadas; de este modo, uno de los aspectos más codiciados del cargo presidencial fue la atribución para hacer una enorme cantidad de nombramientos (aparentemente un nuevo Presidente en la Argentina tiene a su alcance la posibilidad de llenar muchas más vacantes que su par norteamericano, no obstante la incomparable mayor complejidad de los Estados Unidos).

También se produjo una enorme hipertrofia de las Fuerzas Armadas y de seguridad de orden nacional, que dependen directamente del Presidente (aunque la relación fáctica a veces haya sido la inversa), a expensas de las fuerzas de seguridad locales; ello le da al Presidente un apreciable poder de hacer designaciones y promociones, mover fondos, controlar la inteligencia, y tener injerencia judicial (a través de la justicia militar que depende de él), además del ejercicio liso y llano de la coacción en caso, por ejemplo, de conflictos con otros poderes del Estado nacional o de las provincias. La inmensa expansión de los servicios públicos, sea a través de agencias que dependen directamente del gobierno o de empresas o entes descentralizados (sobre los que el Presidente conserva poderes de designación o de intervención) también le dan al titular del Poder Ejecutivo un apreciable poder de hecho. Por último, pero no de último, el manejo financiero que la Constitución le asigna en parte al Presidente, se acrecienta enormemente a través de su control del Banco Central y de otras entidades bancarias y financieras, que le permite una importantísima injerencia en diversos aspectos del proceso económico y circunvalar limitaciones constitucionales (por ejemplo, la exclusividad del poder del Congreso de establecer temporalmente concesiones de privilegio o recompensas de estímulo –establecido por el art. 67, inc. 16–, se ve desvirtuada por el poder del Banco Central, controlado por el Presidente, de otorgar líneas especiales de redéscuento).

Este examen sucinto de los poderes normativos y fácticos, que ha ido adquiriendo la presidencia de la Nación en la Argentina, no tiene en cuenta a los gobiernos *de facto* que frontalmente suprimieron a los restantes poderes y concentraron todas las facultades en las juntas militares y en el cargo unipersonal que denominaron "Presidente de la República". Por cierto estos "generales presidentes" con facultad de dictar leyes, remover a los jueces, nombrar gobernadores e intendentes, mucho contribuyeron a crear en la conciencia colectiva de la sociedad argentina la imagen de que el cargo presidencial es absolutamente todo poderoso, lo que luego se proyectó, en forma de presiones y expectativas a los presidentes constitucionales, quienes no fueron lerdos en intentar satisfacer esas expectativas.

Creo que aun esta síntesis justifica el aserto de que el régimen de gobierno argentino ha generado –de derecho y de hecho– un hiperpresidencialismo que lo ubica en forma absoluta en el extremo de democracias pluralistas con ejecutivos reforzados y que no tiene parangón en ningún país con democracia consolidada ni aun con la mayor parte de los países latinoamericanos (las excepciones son México, que recién ahora está emergiendo como un sistema pluralista, y Chile, que está intentando superar su estado actual de "democracia vigilada").

§ 53. ***El debilitamiento del Congreso argentino.*** – Como señala De Vergotini[37], el Parlamento cumple en las democracias pluralistas básicamente dos funciones: la función de orientación política y la función de control.

La primera función –de orientación– implica definir el marco más amplio dentro del que se debe realizar la acción de gobierno, determinando el alcance y el equilibrio entre diversos derechos individuales que pueden estar en conflicto, y los medios y mecanismos generales para satisfacer y promover esos derechos de acuerdo al alcance que se les ha fijado y al balance que se ha definido. El carácter básico y general de esta orientación política hace indispensable la intervención de un órgano como el Parlamento: su carácter deliberativo permite proseguir, en un ámbito más circunscripto, la discusión pública indispensable para proceder con imparcialidad –como vimos en el cap. I, ap. F–, la resolución de los conflictos de derechos individuales. No solamente el Congreso por su carácter colegiado actúa mediante discusión, sino que esa discusión (que también puede darse en el seno del gobierno) tiene un carácter público que hace que ella retroalimente el debate en el ámbito de la sociedad en general. Por otro lado, el carácter pluralista del Parlamento contribuye

[37] De Vergotini, *Derecho constitucional comparado*.

a que la orientación general deba ser consensuada entre sectores con ideologías e intereses diferentes, cuando o bien no hay ninguno de ellos que tenga la mayoría necesaria para impulsarla por sí misma, o bien, cuando la intensidad del conflicto entre intereses contrapuestos o la profundidad de las reformas que deben encararse, requieren un consenso vasto. La forma más directa y frecuente de hacer efectiva esta función de orientación es mediante la *legislación*, que tiene el carácter general, abstracto y original que se adecua a la fijación de un marco de equilibrio y extensión de derechos que, a la vez, condicione las posibilidades de acción del gobierno y le concedan cierta libertad de movimientos en materia instrumental. También se ejerce la función de orientación mediante mecanismos como la aprobación de un programa de gobierno o la censura y la confianza, que son distintivos de los sistemas parlamentarios; a través de ellos se puede fijar un marco general para la política del gobierno con mayor inmediación al desarrollo de esa política que lo que permite la legislación.

La otra función importante del Parlamento es la de controlar los actos de gobierno, que cada vez es más amplia en comparación con la de legislar. Es en relación a esta función que la presencia necesaria de la oposición en los cuerpos legislativos de las democracias pluralistas aparece como más relevante. El contralor del gobierno por parte del Parlamento comprende, por cierto, la constitucionalidad y legalidad de sus actos, lo que puede dar lugar a su desplazamiento por los mecanismos de censura o juicio político, de acuerdo con los distintos sistemas. Pero también puede estar basada en valoraciones éticas, de eficacia o competencia y de carácter político, cuando están basadas en el respeto de la orientación fijada por el propio Parlamento. En muchos casos, el contralor no puede desembocar en la destitución del gobierno –principalmente en los sistemas presidencialistas en los que el juicio político es por causales restringidas y a través de un procedimiento arduo–, pero puede dar lugar a la crítica y a la denuncia pública o a piezas de legislación correctiva. Los medios más usuales para el ejercicio de esta función son: las interpelaciones a miembros del gobierno; los pedidos de informes; las preguntas en las sesiones previstas para la rendición de cuentas por parte del gobierno; las comisiones investigadoras; las audiencias públicas con testimonios de sectores que pueden estar afectados por una u otra medida de gobierno; la acción de un comisionado parlamentario u *ombudsman*, etcétera.

Cuando hablamos del Parlamento es importante tener en cuenta que éste suele ser un órgano complejo. En muchas organizaciones políticas está compuesto por más de una Cámara. Dejando de lado las alternativas corporativas, casi todos los Parlamentos de las democracias occidentales tienen, como vimos, una Cámara baja que pre-

tende representar a la población conjunta de la unidad política –las Cámaras de Diputados o Representantes–, y una Cámara alta, que suele articular la representación de acuerdo a algún principio de base territorial. El más definido en este sentido es, como se mencionó, el *Bundesrat* de Alemania Federal que está compuesto por representantes de los gobiernos de los *Länder*. En el caso del modelo norteamericano, que ha inspirado a muchos otros, los senadores representan a los Estados en números iguales –dos por Estado en ese caso–, habiéndose cambiado el sistema de designación por las Legislaturas estaduales, que la Argentina conserva, por la elección por parte de la población de los Estados. En la mayoría de los países de Europa continental –como Francia o Italia–, el Senado incluye representantes comunales y/o regionales sin un criterio estricto de nivel y equidad de representación que evite las superposiciones y los desequilibrios numéricos. En algunos Senados se incluyen miembros con títulos especiales, como los ex presidentes, o en el caso de la Constitución de Chile de 1980, además de ellos, a un número de personas designadas por el Presidente y otros órganos del Estado; el caso extremo es la Cámara de los Lores británica, la que, como vimos, tiene miembros hereditarios y otros designados de por vida.

La relevancia de la representatividad de los miembros del Senado es relativa a las funciones que éste ejerza. Un extremo es el del bicameralismo *perfecto*, lo que implica que ambas Cámaras tienen las mismas funciones y el mismo peso en caso de conflicto. El régimen norteamericano adoptado por la Argentina, es de un bicameralismo casi perfecto, ya que en general las funciones y pesos de ambas Cámaras son idénticos, pero hay algunas excepciones relevantes (como la iniciativa en las leyes impositivas y de conscripción por parte de la Cámara de Diputados, y los acuerdos para altos funcionarios y para la declaración de estado de sitio en caso de ataque exterior por parte del Senado). En el caso del bicameralismo *diferenciado* las funciones de ambas Cámaras son distintas, teniendo generalmente el Senado funciones más limitadas y un peso menor (esto ocurre claramente con la Cámara de los Lores británica, sobre todo aquellas leyes con contenido financiero; también el *Bundesrat* de Alemania Federal tiene especialmente un poder de veto, que el *Bundestag* puede superar por una mayoría de dos tercios, salvo en cuestiones concernientes a los *Länder*).

También la complejidad del órgano parlamentario se pone de manifiesto con la posibilidad de que haya *comisiones* parlamentarias que actúen con alguna autonomía. Por ejemplo, en Italia, el Parlamento puede delegar en las comisiones directamente la sanción de ciertas leyes.

En principio la importancia del Parlamento está dada por la dirección que toma el principio de reserva. La tradición norteameri-

cana a este respecto es compleja, ya que si bien se entiende que los poderes del Congreso son taxativos –sobre todo frente a los Estados–, la interpretación prevaleciente es que puede dictar todas las leyes que son instrumentales para el ejercicio de los poderes asignados al Gobierno federal. Hay un doble juego de poderes implícitos; de acuerdo con la enmienda X, los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución y no prohibidos por ella a los Estados quedan reservados a tales Estados o al pueblo, mientras que el Congreso tiene la facultad para dictar las leyes para ejercer todos los poderes asignados por la Constitución taxativamente al Gobierno federal. Esta doctrina de los poderes implícitos está basada en el art. I, inc. 8°, el que fue interpretado en sentido amplio por Hamilton y ratificado por la Corte Suprema en el *leading case* "McCulloch v. Maryland"[38], en el que, con el voto de Marshall, decidió que el Congreso puede ejercer los medios que son apropiados, aunque no sean estrictamente necesarios como sostenía Jefferson, para ejercer los poderes concedidos por la Constitución.

El mismo criterio fue adoptado por la Constitución argentina, cuyo art. 67, inc. 28, le otorga la potestad de dictar leyes y reglamentos para poner en ejercicio todos los poderes concedidos por la misma Constitución al Gobierno de la Nación Argentina. Esto se agrega a una cláusula tan amplia como la famosa del "bienestar" del art. 67, inc. 16, que faculta al Congreso a proveer "lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración". En cambio, se puede dar el ejemplo de la Constitución de Chile de 1980, la que en su proemio al art. 60 que establece las funciones del Congreso dice "*sólo* son materias de ley" (mientras el art. 32, inc. 8°, concede al presidente de la República la facultad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal).

Sin embargo, el peso específico del Parlamento en sus funciones de orientación y contralor no está determinado sólo por el tenor de los textos constitucionales. Hay una serie de circunstancias concernientes a la dinámica política que determina un cierto equilibrio de fuerzas del órgano legislativo *vis à vis* el órgano ejecutivo y que, sin duda, incide en interpretaciones más o menos extensivas o restrictivas de los textos. En el caso argentino, la formación de una presidencia hipertrofiada que fue sucintamente retratada en el parágrafo anterior tuvo como *pendant* la formación de un Congreso débil y disminuido en sus funciones, ya que prácticamente todo lo que el Presidente ganó en poder se lo extrajo al Congreso (además, por supuesto, de la ampliación de funciones del Gobierno federal en su conjunto

[38] 17 US 4 Wheat 316, 1819.

por contraposición a las provincias y a otros centros de decisión de la sociedad). Esto se ve claramente en cuestiones como las que ya vimos en relación al dictado del estado de sitio –de las 45 veces que fue dictado entre 1962 y 1989, 29 veces lo fueron por decreto del Poder Ejecutivo–; las intervenciones federales –de las 165 intervenciones que hubo entre 1954 y 1966, 116 fueron decididas por decreto del Poder Ejecutivo–; de los decretos delegados y de necesidad y urgencia, respecto de las que el Presidente fue desplazando al Congreso y adquiriendo por sí solo un enorme poder discrecional frente a los ciudadanos. También se advierte en el porcentaje de leyes sancionadas que tuvieron iniciativa en el Poder Ejecutivo (según Molinelli, el 51% en el período 1983-1987) y en el porcentaje de leyes con iniciativa del Poder Ejecutivo que resultan aprobadas, aunque generalmente con modificaciones (también segun Molinelli, el 59% en el período de 1983-1987), aunque en esto no ha habido sustanciales variaciones a lo largo de la historia institucional argentina. Asimismo, debe señalarse la creciente práctica del veto parcial.

Tal vez el elemento decisivo de contracción de las funciones del Congreso frente a la expansión del Poder Ejecutivo se relaciona con los poderes financieros. Como lo muestra Molinelli[39], hay varios aspectos en los que la orientación y el contralor financiero que el Congreso debe hacer del Poder Ejecutivo se fue debilitando. En primer lugar fue haciéndose cada vez más tardía la fecha en que el Poder Ejecutivo debe presentar el presupuesto (comenzándose con el mes de mayo en el que las sesiones ordinarias comienzan, y llegándose, a partir de 1965, a fijar como fecha tope quince días antes del cierre de las sesiones ordinarias, que es el 30 de septiembre). A esto se le agrega la demora crecientemente mayor en que incurre el Poder Ejecutivo en la presentación –de hecho– del presupuesto (tendencia recién superada por el presidente Menem respecto del presupuesto de 1992). La demora en cuestión resultó parcialmente convalidada a partir de la ley 12.961 de 1947 que permitía al Poder Ejecutivo hacer desembolsos para gastos de urgencia a descontar de las partidas presupuestarias del presupuesto todavía no aprobado, y mucho más a partir de la ley 23.354 que dispone la extensión automática del presupuesto anterior, si al 1° de enero el presupuesto no ha sido aprobado (hay que recordar el antecedente de 1908, en que el presidente Figueroa Alcorta puso en vigencia el presupuesto anterior por un mero decreto, sin que hubiera ninguna sanción ni consecuencia negativa por esta radical irregularidad).

[39] Molinelli, Guillermo, *President-Congress Relations in Argentina (1960's-1990's)*, ponencia presentada en el "XIV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política".

De este modo, como dice Molinelli, se generaron dos tendencias claras: una, de darle cada vez menos tiempo al Congreso para discutir el presupuesto, y la otra, de una creciente transferencia de poder en materia presupuestaria del Congreso al Presidente. A esto hay que agregar una tendencia contraria, que se puso de manifiesto sobre todo durante la Presidencia de Arturo Illia, con la falta de aprobación de la ley de presupuesto de 1965, que consiste en el uso de la demora parlamentaria en sancionar el presupuesto como instrumento de bloqueo político. La misma menor injerencia del Congreso se pone de manifiesto en el otro extremo del proceso presupuestario: el de la cuenta de inversión, que permite al Congreso controlar cómo el Poder Ejecutivo ha cumplido con la ley de presupuesto. Como dice Molinelli, a partir de 1947, con la ley 12.196 se adoptó el sistema de considerar que el Congreso aprobaba automáticamente la cuenta de inversión si no la rechazaba en un plazo de cinco años, que desde 1956 fueron convertidos en cinco períodos de sesiones parlamentarias. La tendencia general, que también se manifiesta en forma creciente, es la de grandes demoras por parte del Poder Ejecutivo en el envío de la cuenta de inversión, que a veces llega a años, y grandes demoras del Congreso en considerarla. Esto muestra que crecientemente se fue dejando de tomar en serio, tanto por parte del Poder Ejecutivo como por parte del Poder Legislativo, el papel fundamental del Congreso de orientar y controlar las políticas del gobierno por medio de su injerencia financiera, que es una de las armas más poderosas que cuentan los Parlamentos de democracias consolidadas frente a los gobiernos.

Tomando en cuenta este tipo de factores, autores como Molinelli[40] han llegado a la conclusión de que el Congreso argentino efectivamente ha tenido un papel declinante –aun en períodos constitucionales–, sobre todo a partir de un punto de inflexión que parece localizable durante el gobierno de Castillo y que se profundizó nítidamente durante el primer gobierno de Perón.

Por cierto que la contracción del rol del Congreso frente al expansionismo presidencial no siempre es indicativa de una actitud de colaboración o sumisión del Congreso frente al Poder Ejecutivo. De acuerdo con una serie de indicadores de conflicto entre ambos poderes elaborados por Molinelli[41] –como dilaciones en la apertura del Congreso, vetos, demora en aprobación presupuestaria, interpelaciones, etc.–, la relación entre el Congreso y el Presidente fue de adversarios desde el mandato de Figueroa Alcorta hasta el de Castillo (con un pico máximo durante la presidencia de Yrigoyen) y desde

[40] Molinelli, *President-Congress Relations in Argentina (1960's-1990's)*.

[41] Molinelli, *President-Congress Relations in Argentina (1960's-1990's)*.

la presidencia de Frondizi hasta la de Alfonsín, aunque este carácter conflictivo implicaba un equilibrio de fuerzas en el primer período indicado (hasta con cierta superioridad del Congreso en algunas de las presidencias entre 1914 y 1941), mientras que en el segundo período el conflicto está marcado por una clara superioridad del Presidente.

La debilidad del Congreso en la Argentina está asociada a varios rasgos negativos de su funcionamiento. Entre ellos cabe señalar el hecho de que él ha dejado de ser el ámbito principal donde se localiza la discusión pública en el país (los debates más importantes no se hacen en su ámbito, ya que el Presidente y los ministros han abandonado la práctica de ir espontáneamente a exponer la política del gobierno al Congreso, y las interpelaciones son raras); generalmente las discusiones parlamentarias no se difunden adecuadamente a la sociedad; las reuniones de comisiones no suelen ser públicas y sólo raramente se realizan audiencias con representantes de diferentes intereses que pueden estar afectados por medidas legislativas, como es de práctica en otros países. La disciplina partidaria y de bloque también afecta seriamente la relevancia del Parlamento argentino: los partidos se presentan al recinto de sesiones con posiciones tomadas y no hay una verdadera discusión destinada a convencer a los adversarios (esa disciplina hace que prácticamente cada partido podría tener un solo representante con diferente poder de voto según su caudal electoral); también la sumisión de los parlamentarios a la orientación de la dirección del partido hace que, cuando el jefe del partido mayoritario en la respectiva Cámara es el presidente de la República, el cuerpo mantenga una posición adicta al Poder Ejecutivo –reduciendo sus facultades de orientación y contralor–, mientras que esa posición se torna en invariablemente adversaria, y a veces obstruccionista, cuando el partido mayoritario en el cuerpo pretende desgastar al Presidente de turno para reemplazarlo por uno surgido de sus filas en la próxima contienda. Es, asimismo, un rasgo negativo del Congreso la exigüidad de su período de sesiones, y el hecho de que en las sesiones extraordinarias sólo se puedan tratar iniciativas del Poder Ejecutivo, lo que se agrava por el hecho de que el cuerpo sesiona normalmente la mitad de la semana. Las normas del *quorum* traban también la funcionalidad de las Cámaras legislativas, sea porque muchas veces el ausentismo de los legisladores no les permite sesionar (ausentismo que no suele ser desalentado como prevé el reglamento con descuentos en las dietas), o sea porque la no formación del *quorum* es empleada muchas veces por las minorías como instrumento de obstrucción (que sólo es legítimo cuando se trata de cuestiones –como la reciente ampliación de la Corte Suprema– que, por su carácter verdaderamente constitucional, aunque puedan ser reguladas legislativamente, exigen un amplio consenso).

Por último, algunas prácticas parlamentarias adicionales como el envío de los proyectos para su estudio a un excesivo número de comisiones, la extensión de los discursos; la dilación de las sesiones con homenajes banales, etc., son también causantes de un procedimiento pesado que contribuye a la irrelevancia creciente del cuerpo legislativo.

Hay politólogos que sostienen que el creciente debilitamiento del Congreso en nuestro país también reconoce causas que tienen que ver con la forma que adoptó la lucha política a partir de 1958. Por ejemplo, Cavarozzi[42] argumenta que, desde la proscripción del peronismo en 1955, la política argentina adoptó un carácter dual, con una vía "legal" de coexistencia de partidos en el Parlamento, por un lado, y, por el otro, con una serie de mecanismos extraparlamentarios de confrontación de fuerzas. De este modo, cuando la UCRI perdió, después de la elección de Frondizi, el apoyo del peronismo proscripto que había determinado tal elección, se convirtió en una mera máquina electoral con escasa representatividad social y política, y su ámbito de confrontación con los partidos legalizados –el Congreso– se convirtió en irrelevante. La verdadera contienda política entre el gobierno y la oposición –el peronismo, sus sindicatos y los militares– se daba fuera del ámbito parlamentario. Según Cavarozzi a esto contribuyeron también las tácticas conspirativas de la Unión Cívica Radical del Pueblo, que buscó medios de presión extrainstitucionales para ejercer su musculatura opositora. Aunque el punto de partida del período 1963-1966 fue diferente (triunfando la Unión Cívica Radical sin apoyo del peronismo proscripto y con una posición debilitada que preanunciaba su necesidad de llegar a acuerdos con las fuerzas de oposición), al cabo, la dinámica se tornó parecida por la falta de representatividad de los actores políticos y su falta de voluntad negociadora (cuando el peronismo, a través de la Unión Popular, comenzó a tener peso en el Congreso a partir de 1965, adoptó actitudes obstruccionistas).

Según Cavarozzi, las condiciones con que se inició el período constitucional, en 1973, eran muy diferentes de las de etapas anteriores, dada la amplia mayoría que había respaldado al peronismo que, por primera vez desde 1955, se había podido presentar en elecciones libres, y dado el acuerdo entre los principales partidos para mantener un juego político leal; sin embargo, según este autor, el debilitamiento de los partidos y del Parlamento esta vez ocurrió por los conflictos internos del peronismo, que hicieron estallar "desde adentro" los mecanismos de contienda política; por la débil actitud opositora del radicalismo que no acudió a la movilización popular

[42] Cavarozzi, Marcelo, *El parlamento argentino*, p. 138.

para apoyar sus críticas, y por la inclinación de los principales actores políticos a anteponer aspectos partidarios a los institucionales, aun en la grave crisis que desembocó en el golpe de Estado de 1976. Sin embargo, a pesar del interés de estas explicaciones sobre el debilitamiento del Congreso y de los partidos en las diferentes experiencias constitucionales del país, ellas terminan sin identificar factores constantes en las variadas circunstancias de tales experiencias (sobre todo si a ellas agregamos la que se inició en 1983, en condiciones muy diferentes a las anteriores). Esta falencia parece dar apoyo a la necesidad de tomar en cuenta –junto a otros factores como las que tales explicaciones consideran– el impacto que tiene la estructura institucional –dominada por el hiperpresidencialismo– en la dinámica política que conduce a un debilitamiento del ejercicio efectivo de las funciones de orientación y control del Congreso argentino. Una explicación de esa índole, aunque proyectada en general sobre la estabilidad y eficiencia de nuestras instituciones democráticas, será ensayada más adelante (ap. C).

§ 54. ***PARTIDOS POLÍTICOS, SISTEMA ELECTORAL Y PARTICIPACIÓN EN LA ARGENTINA.*** – Como se sugiere al comienzo de este apartado, el sistema de gobierno está intrínsecamente ligado al sistema de partidos y al sistema electoral, por lo que la hipertrofia del Poder Ejecutivo y el debilitamiento del Congreso en la Argentina deben estar necesariamente asociados con la configuración del régimen de partidos y del sistema electoral.

Los partidos políticos se han convertido en instituciones mediadoras esenciales en todas las democracias consolidadas. Hay constituciones que reconocen expresamente ese papel de los partidos políticos, como la Ley Fundamental de Alemania Federal, que establece en su art. 21 que los partidos cooperarán en la formación de la voluntad política del pueblo, la Constitución de Francia, que dispone en su art. 4º que los partidos y las agrupaciones políticas concurren a la expresión del sufragio, la Constitución de Italia, que determina en su art. 49 que los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente en partidos para determinar democráticamente la política nacional. Según Blondel[43] los partidos políticos son asociaciones singulares, puesto que se caracterizan por ser promotores de puntos de vista, teniendo fines de índole general y no específico, y por ser, en la mayoría de los casos, de afiliación abierta. De este modo, Blondel define a los partidos como a cualquier grupo que admita miembros sin restricciones y que pueda intervenir posiblemente en todo el espectro de asuntos que se le presenta en la sociedad.

[43] Blondel, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, p. 125.

Esto hace que los partidos tengan necesariamente que conciliar diferentes intereses o someterlos a un cierto programa; deben tener también una comunicación permanente con la sociedad; y deben asignar cargos en su organización como requisito previo para la acción[44].

Según Blondel todos los partidos son, tanto agregativos de intereses como programáticos, en función de ciertas ideologías, pero las proporciones que se dan de ambos elementos varían de partido en partido y de sistema en sistema. Este autor toma en cuenta tres criterios para clasificar a los partidos: *a*) sus opiniones democráticas o aristocráticas, en cuanto a la participación; *b*) el uso de medios liberales o autoritarios, y *c*) las metas socioeconómicas conservadoras, intermedias o radicales. Sobre la base de estos criterios, Blondel sostiene que en el área atlántica (América septentrional, Europa occidental y la antigua comunidad británica de Naciones) predominan los partidos democráticos, liberales y de centro (aunque con variaciones relevantes a este último respecto); en la zona comunista prevalecían los partidos democráticos, autoritarios y radicales; en América latina se da una mezcla de partidos conservadores clásicos (que son aristocratizantes en cuanto a la participación, aunque algunos son más abiertos), partidos democrático-liberales de tipo atlántico, partidos populistas (que son democráticos, autoritarios y centristas); en África y Oriente Medio se suelen dar o bien regímenes autoritarios sin partidos o regímenes populistas de partido único; en Asia meridional y sudoriental se dan sistemas muy mezclados, con áreas en las que predomina el modelo atlántico (como Japón o la India), otras en las que se dan partidos populistas (como Camboya), otras con partidos conservadores (como Pakistán en la década del 60), etcétera. También pueden clasificarse a los partidos por su estructura interna, por ejemplo el tipo de dirección –carismática, burocrática, etc.–, el tipo de dispersión en diferentes ámbitos de la sociedad, su vinculación con ciertos grupos –como sindicatos–.

Una clasificación que se ha difundido mucho fue la propuesta por Maurice Duverger[45] entre partidos "de masa" y partidos "de cuadros", la que toma en cuenta varios círculos de personas vinculadas al partido –militantes, afiliados, simpatizantes constantes– y la proporción entre los afiliados y los votantes, que es muy alta entre los partidos de masa y sustancialmente baja en los de cuadros (Blondel le objeta a la distinción su carácter fundamentalmente legalista, y propone tomar en cuenta si la adhesión al partido es directa o es mediada a través de una cadena de personas o grupos).

[44] Blondel, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, p. 127.

[45] Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, p. 114 y siguientes.

Lo más importante para determinar qué tipo de dinámica política se establece es la conformación del *sistema* de partidos en su conjunto. Uno de los rasgos más relevantes para explicar los diferentes tipos de dinámica es el número de partidos: además de los casos de partido único, que no corresponden, por supuesto, a democracias liberales, se suelen distinguir el caso de dos partidos (como Estados Unidos, Gran Bretaña y buena parte de sus ex dominios, en los que los dos partidos principales se llevan más del 80% de los votos); sistemas de dos partidos y medio, en los que hay dos partidos grandes y un partido más pequeño que puede entrar en coalición de gobierno con uno de ellos (como ocurre en Alemania occidental, Bélgica e Irlanda, en los que los dos partidos más importantes se llevan hasta el 80% de los votos); partidos múltiples con uno dominante (como Italia, Suecia, Holanda, y tal vez Japón, en los que los dos partidos más importantes se llevan hasta el 70% de los votos); y partidos múltiples sin uno dominante (como Suiza, Finlandia, Chile, Brasil, en los que los dos primeros partidos se llevan hasta el 60% de los votos). Otra variable importante para analizar el sistema de partidos es la del espectro ideológico que ellos ofrecen. Blondel[46] propone un continuo que va desde el comunismo hasta el conservadurismo, pasando por el socialismo, el liberalismo y la democracia cristiana. Según Blondel, en las democracias liberales consolidadas las macrovariaciones ideológicas son raras (generalmente están dadas por la existencia de partidos comunistas) y prevalecen las microvariaciones alrededor del centro, aunque en los sistemas multipartidarios hay un abanico más rico que en los otros sistemas.

Pero lo que incide más directamente en la conformación del sistema de partidos es el sistema electoral. Éste comprende el conjunto de normas y prácticas respecto de las condiciones para participar en las elecciones de autoridades, las condiciones para ser elegido, los requisitos y recaudos para el sufragio y escrutinio de los votos,,y la forma en que se computan los votos para determinar la elección de diferentes cuerpos gubernamentales (en un sentido restringido, se suele denominar "sistema electoral" sólo a este último punto referido a la elección de cuerpos colegiados; más específicamente se llama "fórmula electoral" a la que permite transformar votos en bancas).

Una de las variables que definen el sistema electoral es el universo de electores: han quedado ya en la historia de la mayoría de los países las distinciones por raza (que, sin embargo, todavía se aplica en Sudáfrica, al constituirse electorados independientes según este rasgo), origen nacional, religión, propiedad, educación, y últimamente, sexo. Las distinciones que se suelen aceptar tienen que

[46] Blondel, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, p. 192.

ver con la ciudadanía (aunque hay países que aceptan la participación de los no ciudadanos para cierto tipo de elecciones), la edad, la condena por delitos, ciertos estados (como el militar o el religioso). Las mismas distinciones suelen definir la capacidad para ser elegido, aunque aquí puede exigirse una edad mayor, el pertenecer a algún partido político que lo proponga como candidato, e incluso en algunos casos condiciones adicionales como una profesión religiosa (como ocurre, tal cual vimos –cap. II, ap. C– en algunos países árabes y en la Argentina). Una variable que tiene importancia es si el voto es obligatorio (como ocurre en Italia, Australia y Argentina) o voluntario (como en la mayoría de las democracias liberales). En cuanto al método de sufragio y escrutinio, se han generalizado los métodos de sufragio secreto (a través de diferentes procedimientos) y sufragios controlados por entes independientes judiciales o cuasijudiciales y supervisados por los partidos contendientes.

Respecto del sistema electoral en sentido estricto, hay que tomar en cuenta el tipo de sistema de gobierno al que se aplica. Cuando las expresiones de la voluntad popular se desdoblan y el Poder Ejecutivo es electivo –sistemas presidencialistas– hay diferentes formas de que los resultados electorales definan quién ocupará el cargo unipersonal de titular del Poder Ejecutivo: en forma indirecta –a través de la elección de un colegio electoral *ad hoc*–; en forma directa por simple mayoría, mediante la exigencia de una mayoría absoluta o con otra calificación, previéndose una doble vuelta entre los candidatos más votados si ninguno obtiene esa mayoría en la primera elección. Estos métodos pueden a su vez operar sobre un único distrito para toda la unidad política o a través de un conjunto de distritos menores.

Las variaciones mayores del sistema electoral en sentido estricto se dan cuando se trata de la elección de cuerpos colegiados, como son los Parlamentos (o mejor dicho de las Cámaras populares de dichos Parlamentos si ellos incluyen también Senados con otro tipo de representación). Como expone Blondel[47], hay dos dimensiones a lo largo de las cuales pueden variar los sistemas electorales: *a*) el método de adjudicación de escaños, y *b*) el tamaño de los distritos en los que ese método se aplica. Esto es importante porque la medida en que el cuerpo electivo refleje las frecuencias de preferencias políticas del electorado no sólo depende del método de adjudicación de escaños, sino también del tamaño del distrito sobre el que él se aplica. Comenzando por esta última dimensión, el distrito puede ser (como lo es en el caso de Holanda e Israel) toda la Nación, o puede ser una unidad política menor, como una provincia o condado

[47] Blondel, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, p. 216.

definida por factores independientes del número de electores y representantes, o pueden ser distritos formados *ad hoc* a los fines electorales sobre la base, por ejemplo, del número de representantes a elegir (puede ser uno, como en Inglaterra o Estados Unidos; dos, como en Chile; tres, como en Japón; etcétera). Cuando los distritos son *ad hoc* a los fines electorales, el problema que se presenta, como se sabe, es cómo trazarlos en forma imparcial sin incurrir en límites artificiosos impuestos por intereses políticos (lo que se conoce como *gerry mandering*).

En cuanto al método de adjudicación de escaños, se puede presentar un continuo que tiene la siguiente secuencia: *a*) el sistema de simple pluralidad por el que se adjudican todos los escaños del distrito al partido que obtenga mayoría simple (el "primero que pase el poste", como se dice en Inglaterra donde se aplica el sistema); *b*) el sistema de doble vuelta con simple mayoría también en la segunda, como se aplicaba en Francia; *c*) el sistema de doble vuelta con mayoría absoluta, para lo cual se reducen los contendientes en la segunda a los dos primeros; *d*) el sistema con voto alternativo, por el cual el ciudadano expresa una segunda preferencia que se suma a los candidatos con mayor cantidad de votos –para que obtengan así mayoría absoluta– si los que son objeto de la primera preferencia no pasan un cierto umbral; *e*) el sistema de lista incompleta o el de voto único no transferible, por los que se impide que la mayoría obtenga más de un porcentaje de escaños, por ejemplo el 60%, cualquiera sea su tamaño, asignándose el resto a la primera minoría, a la primera y a la segunda en ciertos porcentajes, o por representación proporcional, y *f*) el sistema de representación proporcional, por el cual se adjudican los escaños en los mismos porcentajes que los porcentajes de votos que reciben los diferentes partidos, habiendo diferentes sistemas para tratar los votos insuficientes para dar lugar a bancas adicionales (la fórmula D'Hondt –que adjudica escaños a los partidos cuyos cocientes de votos sean los mayores luego de dividirlos sucesivamente por 1, 2, 3, 4, etc.; la fórmula Saint Lague, que obtiene el cociente dividiendo los votos por 1.4, 3, 5, 7, etc.; la fórmula del resto mayor, que determina un cociente mínimo para obtener un escaño, adjudicándose tantas bancas a un partido como veces cabe el cociente en su caudal electoral, y asignándose los escaños sobrantes a los partidos con los restos más altos; etcétera). Por cierto que además cabe la posibilidad de combinar los sistemas, eligiéndose parte del cuerpo colegiado por un sistema y parte por otro: éste es el caso de Alemania, en el que cada elector tiene dos votos: uno para un diputado en particular elegido por un distrito uninominal por mayoría simple, y otro para una lista por un distrito mayor, normalmente el *Land*, elegida por representación proporcional con el sistema D'Hondt; los diputados que los partidos tienen por el sistema de

distritos electorales se deducen de los que les corresponde por representación proporcional. Otro factor determinante de la representación es la fijación o no de un piso de porcentaje de votos para obtener algún escaño, como el famoso 5% que rige en Alemania.

También es relevante la cuestión de cómo se conforman las listas de los partidos. En primer lugar, si ellas son decididas exclusivamente por la dirección de cada partido o por la votación interna de los afiliados al partido, o si el electorado externo puede participar en esa elección (método que denomina de "primarias abiertas"). En segundo lugar, cabe la cuestión de si las listas son cerradas y bloqueadas de modo que el elector en distritos plurinominales no puede alterar el orden, borrar a algún candidato, o agregar nombres de candidatos de otros partidos o de ningún partido, o si tiene algunas de estas posibilidades (como el voto de preferencia, aplicado en países como Italia, Bélgica o Brasil, que puede expresarse sea poniendo una marca en el candidato preferido o votando por sólo un miembro de los propuestos por el partido, por lo que, entre el número de diputados elegidos por el partido según los votos totales que éste recibe, se prefieren los candidatos más individualmente votados). Un sistema con alguna semejanza –pero con diferencias cruciales en cuanto al control de quienes son candidatos por la dirección partidaria– es el de la "ley de lemas" que rige en Uruguay y que permite que líneas internas de un partido se presenten a competir directamente por el favor del electorado, acumulándose los votos de todas ellas en favor de la que haya obtenido mayor cantidad relativa de votos.

Los politólogos se han preocupado por señalar algunos efectos de las fórmulas electorales que se aplican para conformar los cuerpos colegiados. Uno de esos efectos es el de la manera en que reproducen las preferencias del electorado. Ello no sólo depende, como se dijo, del mecanismo de adjudicación que se emplee, sino también del tamaño de los distritos en los que se aplica (los sistemas de mayoría producen más deformaciones a medida que los distritos sean más grandes en cuanto a los representantes a elegir, mientras que con los sistemas proporcionales ocurre lo contrario) el sistema para adjudicar los restos insuficientes en la representación proporcional y el piso mínimo para tener un escaño. Pero lo más interesante son las correlaciones entre los sistemas electorales y el número, variedad y amplitud ideológica de los partidos políticos. La correlación entre el sistema de mayoría y el bipartidismo y el sistema proporcional y el multipartidismo fue enunciada hace varias décadas por Duverger[48], aunque los politólogos que se han ocupado del tema

[48] Duverger, Maurice, *Political parties*.

más recientemente sostienen, como Nohlen[49] y Grofman y Lijphart[50], que se trata más bien de una tendencia y que intervienen además otros factores, como el sistema de gobierno. Este último punto merece una consideración especial: dado que en el sistema presidencialista se elige a su principal autoridad por un sistema que es, por fuerza, de mayoría, y, dado que esa elección tiende a arrastrar a la de diputados –sobre todo cuando es total o parcialmente simultánea–, este sistema genera una presión hacia el bipartidismo, que puede combinarse con una presión coincidente del sistema electoral del Parlamento –si es de tipo mayoritario–, o divergente –si es de tipo proporcional–.

Una última referencia general debe hacerse a la participación de los ciudadanos en el sistema político. Hay diferentes grados de participacionismo o de apatía según el involucramiento de la población en los partidos políticos, en los debates colectivos, en las demostraciones y movilizaciones públicas, en las elecciones, cuando éstas son de carácter voluntario, etcétera. Además, como es obvio, hay formas de participación directa de la población en las decisiones políticas. En todo el análisis anterior se supuso que en las democracias constitucionales las decisiones políticas son tomadas por representantes, sujetos de algún modo en su designación y remoción a la voluntad popular. Sin embargo, pueden concebirse mecanismos de participación directa de la gente en todas las decisiones que corresponden a alguna jurisdicción o en algunas de ellas. Lo primero ocurre, por ejemplo, en algunos cantones suizos, en los que la asamblea cantonal reunida periódicamente adopta las decisiones políticas más importantes que corresponden al cantón. Lo segundo puede materializarse a través de varios métodos: la iniciativa popular, que consiste en que cuando cierto número de ciudadanos presenta al Parlamento un proyecto, éste está obligado a considerarlo; el referéndum aprobatorio, que consiste en convocar a la población para que se exprese a favor o en contra de un cierto proyecto; el referéndum revocatorio, que es la convocatoria a que la ciudadanía se exprese a favor o en contra de la derogación de una ley vigente; el plebiscito, que consiste en la convocatoria a la ciudadanía para que se exprese a favor o en contra de una medida particular de gobierno todavía no adoptada; la consulta popular, que tiene las mismas características pero no tiene carácter vinculante para la autoridad que debe tomar la medida; la revocación de mandato, que es la posibilidad de que el pueblo se exprese para revocar el mandato a alguna

[49] Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales del mundo*.

[50] Grofman, B. - Lijphart, A. (comps.), *Electoral Laws and their Political Consequences*, Introducción.

autoridad. En la Constitución de Francia se prevé (art. 11) la posibilidad de que el presidente de la República, a propuesta del gobierno o de dos Asambleas, convoque a referéndum para decidir sobre un proyecto de ley referido a los poderes públicos, de un acuerdo de comunidad, o de un tratado que pudiera afectar el funcionamiento de las instituciones. La Constitución de España establece en su art. 92.1 que las decisiones políticas de especial trascendencia pueden ser sometidas a referéndum consultivo de los ciudadanos; el referéndum tiene que ser convocado por el rey a propuesta del gobierno y aprobada por el Congreso de los Diputados. También esta Constitución prevé en su art. 87.3, que una ley orgánica regulará la forma y ejercicio de la iniciativa popular, exigiéndose no menos de quinientas mil firmas acreditadas. En el art. 79, párr. 2°, de la Constitución de Uruguay, se prevé que el veinticinco por ciento del total de inscriptos habilitados para votar podrán interponer, dentro del año de su promulgación, el recurso de referéndum contra leyes no tributarias y ejercer el derecho de iniciativa ante el poder legislativo.

En la Argentina los partidos políticos fueron reflejando diferentes contingencias de la evolución socioeconómica. El esquema actual de partidos está constituido por la Unión Cívica Radical, originada a partir de la Unión Cívica en 1890 y que compitió con los partidos conservadores hasta la aparición del peronismo a partir de 1946, habiendo llegado al Poder Ejecutivo en 1916, con Yrigoyen, en 1922 con Alvear, en 1928 nuevamente con Yrigoyen, en 1958 con el desprendimiento de la Unión Cívica Radical Intransigente liderada por Frondizi y con apoyo peronista, en 1963 con Illia y en 1983 con Alfonsín; el peronismo, que asumió el gobierno en 1946 y 1952 con Perón, en 1973 con Cámpora, también en 1974 con Perón, y en 1989 con Menem; la Unión de Centro Democrático, que fue fundada por Álvaro Alsogaray y que fue absorbiendo a los grupos conservadores menos numerosos; pequeños partidos socialistas, demócratas cristianos, troskistas, etc.; partidos provinciales con vigencia importante en algunas jurisdicciones –como el Bloquista de San Juan, el Movimiento Popular Neuquino, etcétera–.

Si tenemos en cuenta las clasificaciones anteriores, el sistema de partidos argentino, en el orden nacional, oscila entre el régimen de dos partidos y dos partidos y medio: en marzo de 1973 el peronismo y el radicalismo sumaron 70% de los votos (casi el 50% correspondió al peronismo), mientras la Alianza Popular Federal, de tendencia conservadora, llegó casi al 15% de los votos y la Alianza Popular Revolucionaria, de izquierda, alcanzó al 7,4% de votos; en septiembre del mismo año, con Perón como candidato, los dos principales partidos alcanzaron más del 86% de los votos (61,6% para el peronismo), bajando el porcentaje de la fuerza de derecha al 12,2% y siendo insignificante el resto; en 1983, en la elección de diputados,

el radicalismo y el peronismo sumaron casi el 87% (47,97% correspondieron a la Unión Cívica Radical), mientras que ninguno de los partidos menores superó el 5%; en 1985, también en elecciones de diputados, los dos partidos mayores sumaron alrededor del 78% de los votos, mientras hubo una gran dispersión de partidos menores, obteniendo el tercer partido, la Alianza del Centro el 3,26% de los votos; en 1987 el peronismo y el radicalismo sumaron más del 78% de los votos para diputados (de los cuales 41,46% eran del justicialismo, mientras la UCeDé obtuvo el 5,80% y los partidos distritales el 5,67%); en 1989 el peronismo (FREJUPO) y la UCR sumaron para diputados más del 73% de los votos (44,68% de los cuales correspondieron al justicialismo), mientras la Alianza del Centro sumó 9,92%, la Confederación Federalista Independiente –de coalición de partidos conservadores del interior– el 3,78%, y los partidos distritales el 4,03%. Por lo tanto se observa una tendencia ligera hacia una menor polarización –significativa en una elección simultánea con la presidencial como la de 1989–, emergiendo una tercera fuerza de derecha, que ahora ha entrado en una coalición informal con el gobierno del justicialismo. En las elecciones de septiembre de 1991 los dos partidos mayoritarios obtuvieron el 72,45% de los votos para diputados nacionales (de los cuales 42,09% correspondieron al justicialismo), los partidos provinciales obtuvieron el 13,57%, la UCeDé el 6,57%, y otros el 3,19%.

En cuanto al abanico ideológico de los partidos, los dos más importantes son amplias coaliciones, siendo mayor el arco de variaciones ideológicas en el justicialismo que en el radicalismo. En el radicalismo conviven tendencias socialdemócratas, liberales progresistas y liberales conservadores, mientras que en el justicialismo convergen populistas, demócratas cristianos, conservadores y nacional-corporativistas. La Unión de Centro Democrático está dominada por la tendencia conservadora y conservadora-nacionalista, aunque incluye un grupo más débil de liberales de derecha. El grupo de izquierda más fuerte se presenta como el troskista Movimiento al Socialismo. Los partidos provinciales son o bien populistas o conservadores tradicionalistas. Respecto de la participación en los partidos, hay una inmensa afiliación de varios millones a los partidos peronista y radical, lo que, salvo en períodos excepcionales –como el que se dio entre 1982 y 1984– no está, en general, correlacionada con una militancia activa (aunque es notable, sobre todo en el radicalismo, la profusión de una inmensa red descentralizada de comités barriales o de pueblos, así como lo es el involucramiento activo del sindicalismo en la vida interna del peronismo). En relación a la metodología de acción y de conducción, siguen predominando en los partidos argentinos los grandes líderes: el peronismo fue dominado desde su creación y hasta 1974 por el liderazgo carismático de Perón,

entrando, luego de la muerte de éste, en un proceso de grandes conflictos internos hasta desembocar en una democratización más ordenada a partir de 1983, aunque la figura del actual presidente Menem ha pasado ahora a tener un peso decisivo; en el radicalismo se han respetado tradicionalmente mecanismos democráticos para la solución de conflictos y la selección de los líderes, aunque es indudable el peso decisivo que han tenido en su orientación ciertas grandes personalidades (Alem, Yrigoyen, Alvear, Balbín, Alfonsín). Lo mismo ocurre con el peso de Álvaro Alsogaray en la Unión de Centro Democrático.

En una investigación sobre el tema[51] Alegre ha señalado como rasgos del sistema argentino de partidos: *a*) la falta de una organización nacional genuina (ya que suele prevalecer la organización distrital); *b*) el personalismo y el faccionalismo de los partidos, que implica una convergencia en la figura de algún gran líder, al mismo tiempo que se producen salvajes disputas entre las figuras de segunda línea; *c*) una gran ambigüedad ideológica, como ya vimos; *d*) una progresiva crisis de participación, ya que si bien se mantiene una altísima afiliación, ella, como se dijo, no está correlacionada con altos niveles de militancia activa, y *e*) una falencia en dar legitimidad subjetiva al sistema democrático, en parte por la fuerte confrontación entre los partidos, que, en el pasado, llevaba a la inexistencia de una oposición leal (lo que parece estar superándose a partir de 1983).

Sin duda, en esta configuración de partidos ha tenido incidencia el sistema electoral. De Micheli[52] ha distinguido siete etapas en cuanto a la evolución del sistema electoral en la Argentina. El primer período va desde 1857 hasta 1912: se aplicaba por cada distrito provincial el sistema de la simple pluralidad de votos; el voto era voluntario, público y limitado a los varones de más de dieciocho años; el abstencionismo era significativo y las manipulaciones y fraudes electorales omnipresentes. Dentro de esta etapa hay una efímera vigencia, a principios de siglo, del sistema de distritos uninominales –dividiéndose el país en 120 distritos–, lo que permitió elegir por primera vez a un diputado socialista. El segundo período se inicia en 1912 con la sanción de la ley Sáenz Peña, que estableció el voto universal (para los varones), secreto y obligatorio, lo que incrementó grandemente la participación electoral (del 21%, en 1910, al 69% en 1912, trepando al 81% en 1928); se establecieron procedimientos que garantizaron mayor escrupulosidad en los comicios y en el escru-

[51] Alegre, Marcelo, *Investigación sobre presidencialismo y gobernabilidad en la Argentina*, Centro de Estudios Institucionales, 1991.

[52] De Micheli, Roberto, *Investigación sobre presidencialismo y gobernabilidad en la Argentina*, Centro de Estudios Institucionales, 1991.

tinio; se estableció también la distribución de los escaños parlamentarios por cada distrito entre dos tercios para el partido más votado y un tercio para el que lo siguiera (esto no siempre aseguró al Poder Ejecutivo la mayoría en el Congreso –como ocurrió en el caso de Yrigoyen– ya que intervenían factores como la distribución del partido mayoritario en distintos distritos, las divisiones internas de ese partido mayoritario, etcétera). El tercer período va desde el golpe de 1930 hasta el nuevo golpe de 1945, y, si bien el sistema electoral no fue formalmente modificado, él se distingue por la manipulación que se producía a través del veto a partidos –como el radical y el comunista–, la anulación de elecciones –como la de la provincia de Buenos Aires de 1931–, y los fraudes electorales. El cuarto período abarca el gobierno peronista entre 1946 y 1955, y se destaca por la paulatina transformación de los territorios nacionales en provincias, por el otorgamiento del voto a la mujer en 1951, por un aumento importante de los votos en blanco y por sospechas de ciertos fraudes electorales. El quinto período va desde la caída del peronismo hasta 1966, y se caracterizó por dos hechos sumamente relevantes: *a*) la introducción del sistema de representación proporcional con el mecanismo D'Hondt para la representación en el Congreso, y *b*) la proscripción del peronismo y la división del radicalismo en las elecciones presidenciales de 1958 y 1963, con el incremento extraordinario de los votos en blanco. El sexto período comienza con el golpe de 1966 y termina con el de 1976; en las elecciones que se realizan en marzo y en septiembre de 1974 se aplicó la reforma constitucional *de facto* de 1972, que estableció el sistema de elección directa con segunda vuelta para la nominación del Presidente, cuyo mandato duraba cuatro años, la elección unificada por el mismo período de los diputados nacionales, y la elección directa de senadores; en este período el proceso electoral se realizó sin fraudes ni proscripciones. El séptimo período se inicia en 1976 y se distingue porque, por primera vez, en las elecciones de 1983, 1985, 1987 y 1989, se aplica la Constitución de 1853-1860 en elecciones sin fraudes ni proscripciones; el sistema que se aplica para la elección de diputados es el proporcional con la fórmula D'Hondt, con un piso del 3% por distrito y con un mínimo de cinco diputados por provincia, lo que, sin duda, produce una significativa sobrerrepresentación de las provincias menos pobladas.

Las deformaciones que ha sufrido el procedimiento democrático hasta 1983 hace difícil apreciar el impacto del sistema electoral sobre la dinámica política argentina. De cualquier modo, se advierte que el actual sistema proporcional por distrito tiene algún impacto centrífugo en el sistema de partidos, aunque no el suficiente como para neutralizar la presión centrípeta que ejerce el sistema presidencialista: en efecto, mientras el presidencialismo –sobre todo cuando se da

en una variedad extrema como en la Argentina– produce una polarización hacia el bipartidismo –cosa que se advierte en la Argentina contemporánea con el amplio predominio del justicialismo y el radicalismo–, el sistema electoral proporcional por distritos genera una tendencia contraria, que explica la aparición variable de un tercer partido significativo de derecha, de partidos provinciales importantes, y de algunas agrupaciones menos relevantes. También explica alguna tendencia hacia la división partidaria, como la que se dio con el radicalismo en las elecciones de 1958 y 1963, y con el peronismo en las elecciones legislativas de 1985. Por cierto que también el sistema proporcional tiene que haber contribuido a que los legisladores tengan relativamente escasos vínculos con los electores, y mayores con la conducción partidaria –que confecciona las listas electorales–. Ello no puede sino tener incidencia en las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, que mencionamos oportunamente: los legisladores del partido oficialista suelen adoptar una actitud relativamente sumisa ante el Presidente –lo que se traslada a la Cámara en conjunto cuando el partido es mayoritario–, y los legisladores de los partidos de oposición suelen adoptar una actitud fuertemente adversa hacia el Poder Ejecutivo– que convierte a la Cámara en obstruccionista cuando la oposición controla la mayoría de ella. Por último, debe mencionarse que mecanismos como el sistema D'Hondt, el piso del 3% y sobre todo el mínimo de cinco diputados por provincia alteran fuertemente las proporcionalidad de la representación en la Cámara de Diputados, como se muestra en un trabajo de Corbacho[53].

En cuanto a la participación de la población, ya se ha dicho que la introducción de la ley Sáenz Peña incrementó en un 300% aproximadamente el presentismo electoral. También se dijo que los partidos argentinos se caracterizan por la afiliación masiva, aunque ello no siempre se refleja en una militancia activa, que más bien parece en crisis en los últimos años. La población tiene pocas oportunidades de participación directa en decisiones trascendentes. Hay una interpretación del art. 22 de la Const. nacional según la cual él vedaría todas las formas de democracia semidirecta, al establecer que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes. Sin embargo, en 1984 se llevó a cabo una consulta popular no vinculante acerca de la ratificación del Tratado con Chile sobre el canal del Beagle, que tuvo un resultado auspicioso. La Corte Suprema lo declaró constitucional, por su carácter no vinculante y no obligatorio para los electores, en el ya citado fallo "Baeza". Varias constituciones provinciales prevén mecanismos de democracia semi-

[53] Corbacho, Alejandro, *Elecciones y representación*, Documento nº 102, 1988.

directa como la iniciativa popular, el referéndum y la revocatoria, aunque no han sido prácticamente empleados.

§ 55. *EL PROCESO DE SUMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.* – Ya en el parágrafo sobre la garantía del debido proceso (ver § 48 a 50) se dijo bastante sobre el presupuesto del Estado de derecho, que consiste en asegurar una administración de justicia independiente de quienes dictan las normas generales que regulan el uso de la coacción, encargada de tener la última palabra sobre la verificación de los hechos que las normas juzgan relevantes para tal uso de la coacción. Cuando esa independencia se da efectivamente, los jueces comparten una cuota de poder apreciable. Surge del primer capítulo de este libro que la función de esa administración de justicia no es claramente escindible de la formación de aquellas normas, entendidas como prácticas sociales, ya que su aplicación a casos concretos implica interpretarlas superando sus inevitables indeterminaciones, tarea que sólo está exenta de un carácter de creación radical si está dirigida a recrear el consenso que se ha obtenido a través del proceso político democrático, cuidando al mismo tiempo la continuidad de los aspectos más básicos –sobre todo los constitucionales– de las prácticas jurídicas que dan efectividad a ese consenso. En el cap. IV veremos cómo esto se traduce en la función de la justicia de controlar la constitucionalidad de las leyes y otras normas generales.

Los mecanismos que se han previsto en diversos países para asegurar una aceptable independencia de la justicia, tienen que ver con los mecanismos de designación de los jueces, su estabilidad y los mecanismos de remoción, la autarquía económica, la garantía de acceso a organismos de investigación, de coacción, etcétera.

La forma de designar los jueces tiene diversas variantes. Existe el procedimiento de los comicios populares, que, como dice Sagüés[54] se aplica en cuarenta Estados norteamericanos; en nueve cantones suizos, y se dispuso para el Tribunal Supremo en la Constitución de Honduras de 1984. También existe el procedimiento de designación por la Legislatura, como lo dispone para el Tribunal Federal la Constitución Suiza de 1874 y varios Estados norteamericanos (como Connecticut, Rhode Island, New Jersey). Existe el procedimiento en que la designación la produce el Poder Ejecutivo, como en Gran Bretaña e Irlanda. Existe el procedimiento de cooptación por parte del propio Poder Judicial, como lo dispone la Constitución de Ecuador de 1945, al establecer que la Corte Suprema elegirá a los miembros de los tribunales superiores y otros tribunales lo harán con los jueces de sus respectivos distritos. Existe el procedi-

[54] Sagüés, Néstor P., *Reforma judicial*, p. 38.

miento de designación de los jueces por parte del Consejo de la Magistratura –que establece, p.ej., la Constitución italiana de 1947, disponiendo que estará presidido por el presidente de la República, el primer presidente y el fiscal general del Tribunal de Casación, dos terceras partes de sus miembros restantes elegidos por los jueces y una tercera parte elegidos por el Parlamento entre profesores de derecho y abogados con quince años de ejercicio.

Existen luego procedimientos mixtos –como los que emplean varios países europeos –como Francia, p.ej., para la designación de los miembros de los Tribunales Constitucionales, designación que se reparte por número de miembros entre los diferentes poderes políticos del Estado. Hay también procedimientos complejos como el de que el Poder Ejecutivo designa a los jueces federales con consejo y consentimiento –como en Estados Unidos– o con acuerdo –como en la Argentina– del Senado, o de la Legislatura –como en las provincias argentinas de Chubut o San Luis–, o de la Cámara de Diputados –como ocurre con la Constitución de 1956 de Holanda, en que tal Cámara propone tres candidatos al Poder Ejecutivo–, o del Consejo de la Magistratura –como ocurre en Francia en que ese Consejo eleva al Presidente propuestas para la designación de los magistrados titulares del Tribunal de Casación y para la de primer presidente del de Apelación. A estas variantes hay que agregar las que se producen respecto de la designación de jurados populares cuando éstos existen como tribunales plenos, como tribunales de hechos o como integrantes –a través de la institución del escabinato– de tribunales mixtos; generalmente los jurados son insaculados por los jueces de listas de ciudadanos, como las que proveen los padrones electorales.

En cuanto a la estabilidad de los jueces, ella se suele asegurar a través de un lapso prolongado de duración de su gestión –que puede ser de por vida, como en los Estados Unidos y Argentina– y a través de complejos procedimientos de remoción, como el juicio político. Se les suele también proveer a los jueces garantías de inmunidad contra persecuciones criminales, salvo cuando son removidos por el procedimiento regularmente establecido. También se procura asegurar la independencia de la administración de justicia mediante algunas garantías contra la presión económica, como la autarquía financiera del Poder Judicial en su conjunto, la exención impositiva y la prohibición de la disminución de su salario.

Hay bastante poco que agregar a lo que se dijo en varios apartados precedentes sobre la configuración deplorable que ha ido adquiriendo la relación de los jueces con el poder político en la Argentina, a pesar de que la Constitución introduce garantías de independencia a través de procedimientos de designación, remoción, seguridades de estabilidad y no disminución de sueldos. Obviamente uno de los factores más importantes para determinar la sumisión de los jue-

ces al Poder Ejecutivo lo ha constituido los golpes de Estado –convalidados por los mismos jueces– que han llevado a los dictadores a remover jueces *manu militari*, sujetando a su férula a los que designaba, y han obligado a las democracias restablecidas a renovar el aparato judicial. Incluso la Corte Suprema ha llegado al extremo de homologar la remoción de los jueces por los gobiernos dictatoriales[55].

A esto se le ha agregado que, aprovechándose de la laguna constitucional de no establecer el número máximo de jueces de la Corte Suprema, varios presidentes constitucionales, incluyendo al presente, han procurado tener una Corte Suprema adicta, mediante el expediente de ampliar el número de sus miembros a través de una ley aprobada por un Congreso también adicto. Tampoco el Senado ha cumplido correctamente con su papel constitucional de controlar las designaciones de los jueces nacionales –sobre todo cuando está dominado por una mayoría oficialista–; en sus sesiones de acuerdo, carentes de la elemental publicidad republicana, se suele proceder al trueque de diferentes designaciones, según las fuerzas políticas, o a cambiar el apoyo a la designación por la aprobación de proyectos de diversa índole (el acuerdo del año 1990 para cuatro ministros de la Corte Suprema, llevó unos pocos minutos, contra los meses que toma el Senado norteamericano para decidir si accede o no a cada propuesta del Poder Ejecutivo). Los efectos de esta sujeción de la Corte Suprema al poder político se hicieron sentir de inmediato en decisiones lamentables como las recaídas en "Peralta", "Godoy" (ambas del 27/12/90) y "Molinas" (24/9/91), que fueron oportunamente comentadas.

Los mismos jueces, a través de doctrinas como la de las cuestiones políticas –que de ningún modo es una mera deferencia al proceso democrático– han cedido buena parte de sus funciones a los órganos políticos. Además, como vimos, los tribunales se encuentran atados por procedimientos –algunos de los cuales, por acción u omisión, son de su propia responsabilidad– arcaicos, ineficientes y antirepublicanos. Un factor importante en este sentido ha sido la injustificada inobservancia de la prescripción constitucional de que se establezca el juicio por jurados, que hubiera implicado una descentralización de la disposición del aparato coactivo estatal, con la consiguiente limitación de los abusos del Poder Ejecutivo. Desde ya que ha restringido, asimismo, la acción del Poder Judicial la vigencia recurrente del estado de sitio, que pone en manos del Poder Ejecutivo facultades que corresponden, normalmente, sólo a los jueces. También ha ido en desmedro del Poder Judicial la proliferación de

[55] Ver, por ejemplo, CSJN, *Fallos*, 172:344.

tribunales administrativos, a veces sin contralor judicial ulterior, como fue la justicia militar hasta 1984. La administración de justicia no cuenta con recursos (como cuerpos técnicos, policía judicial) adecuados para llevar a cabo sus funciones de investigación y juzgamiento en forma correcta –sobre todo cuando tiene que enfrentar a grandes intereses que cuentan con tales recursos para proteger su posición–. Los salarios de los jueces han sufrido un deterioro constante, lo que también afecta la independencia y honestidad de quienes administran justicia, lo que ha provocado el alejamiento de la gente más capacitada y hasta acciones judiciales sobre la base del art. 96 de la Const. nacional (que es cuestionable que se aplique a situaciones en que se da el mero proceso de desvalorización monetaria y no como elemento de presión contra la magistratura).

La falta de real independencia de la administración de justicia del poder político ha determinado que, en muy pocas ocasiones, los jueces hayan constituido un obstáculo real en el juego de fuerzas en el país. Tal vez una excepción lo constituyó la intervención de la Corte en 1962 para determinar el reemplazo del presidente Frondizi por el presidente provisional del Senado –Guido– en lugar del comandante en jefe del Ejército, pero ello fue más bien el resultado de una maniobra traviesa más que el efecto de un verdadero ejercicio de musculatura judicial. También constituyó algún obstáculo al poder político la decisión de la Corte Suprema del último régimen militar en "Timerman" [56], pero es difícil computarlo como muestra de fortaleza de la Corte después de la aquiescencia demostrada por ésta de las más atroces violaciones a los derechos humanos.

Este peso relativamente escaso que el Poder Judicial ha tenido en la distribución del poder real en el país permite explicar, junto con otros factores que fuimos anotando a lo largo de este libro, tanto las deficiencias en el reconocimiento pleno de los derechos y garantías de los individuos por parte de nuestra práctica constitucional, como la acumulación del poder en el órgano ejecutivo central, *de iure* o *de facto*, que estamos advirtiendo a lo largo de este mismo apartado. Los jueces no jugaron un papel importante para preservar la desconcentración del poder, indispensable en una democracia liberal, y para evitar los desbordes de ese poder centralizado en desmedro de los derechos fundamentales.

§ 56. ***Declinación relativa del federalismo en la Argentina.*** – Cuando hicimos el macroanálisis de nuestra práctica constitucional (ver cap. I, ap. E), uno de los rasgos que surgió con más obviedad es el del déficit del liberalismo, inaugurado en 1810, a raíz de la desa-

[56] CSJN, *Fallos*, 300:818 y 301:771

tención de los reclamos del interior del país. Ese déficit federal generó conflictos cruentos, hasta que fue saldado *en parte* por la Constitución de 1853 y la incorporación de Buenos Aires a la Confederación con la reforma de 1860.

La adopción de un régimen federal de gobierno, como lo establece la Constitución vigente en su art. 1°, implica adscribirse a una organización complicada del poder, que fue básicamente diseñada por la Convención de Filadelfia que dictó la Constitución norteamericana. Como dice Schwartz[57], él se caracteriza por las siguientes notas: *a*) consiste en la unión de una serie de entidades comunes; *b*) la división de entre los Poderes Legislativos del Gobierno central y los de los Estados componentes se rige por la regla de que el primero tiene competencias taxativamente enumeradas, mientras que los últimos tienen competencias residuales; *c*) la competencia de cada uno de estos centros de gobierno se ejerce directamente sobre las personas y las cosas que se encuentran dentro de sus límites territoriales dentro de su esfera de acción; *d*) cada uno de los gobiernos cuenta con las ramas legislativa, ejecutiva y judicial para hacer valer sus decisiones, y *e*) en caso de conflicto dentro de sus esferas asignadas entre el Gobierno central y los estatales, tiene preeminencia el primero. Como dice este autor, estos rasgos del federalismo norteamericano implica el establecimiento de un sistema *dual*, o sea de un sistema con dos áreas de poder mutuamente excluyentes y cuyos titulares se encuentran en pie de igualdad. Uno de los ejes divisorios de las dos áreas estuvo dado por la regulación del comercio interestatal, que corresponde al Gobierno federal, por oposición a la del intraestatal, que corresponde a cada Estado. Este sistema entró en crisis con el Estado de bienestar y cuando la jurisprudencia de la era "Lochner" fue reemplazada por la del "New Deal", que le reconoce al Gobierno federal amplios poderes de regulación de la vida económica y social. A partir de mediados de la decada del 70, con casos como "National League of Cities v. Usery"[58], de 1976, se revirtió en algo la tendencia al centralismo federal.

Otros sistemas federales tienen una organización diferente. Por ejemplo, la organización federal canadiense prevé, según el art. 91 de la ley constitucional de 1867, que todas las materias no asignadas a las provincias son parte de las competencias del Gobierno central. Además hay dos poderes especiales de asunción de competencias por parte del Gobierno central: *a*) en situaciones de urgencia –guerra, invasión, hambruna, catástrofe, etc.– el Parlamento federal puede legislar en materias que dependen normalmente del legislador

[57] Schwartz, Bernard, *El federalismo norteamericano actual*.

[58] 426 US 833, 1976.

provincial, y *b*) el Parlamento federal puede avocarse a asuntos de naturaleza provincial cuando ellos adquieren una dimensión nacional de modo que puedan afectar el funcionamiento de las instituciones centrales. Con la reforma constitucional de 1982 se transfieren a las provincias una serie de facultades, sobre todo en materia económica, y el Gobierno central se compromete a dar a las provincias la ayuda necesaria para que puedan prestar adecuadamente los servicios públicos.

También el federalismo de la Ley Fundamental de Bonn tiene una estructura muy diferente al modelo norteamericano. Se trata de un federalismo que ha sido llamado "de cooperación", más que dual. Las leyes federales son aplicadas por los gobiernos de los *Länder*, los que tienen amplios márgenes para la interpretación de tales leyes. Para la ejecución de alto nivel de las leyes federales se establecieron agencias centrales, mientras que la ejecución operativa corresponde al gobierno de cada *Land*.

En relación a la competencia legislativa, la Ley Fundamental veda a los *Länder* dictar leyes en el campo de la competencia federal, a menos que una ley federal lo autorice expresamente. En el plano de la competencia concurrente, la Ley Fundamental dispone que los *Länder* pueden legislar en tanto no lo haga el Parlamento federal; aun cuando haya una ley federal, la ley estatal mantiene sus efectos en la medida en que no entre en conflicto con la anterior. Con el tiempo se fueron celebrando una serie de acuerdos entre el Gobierno federal –que fue progresivamente ampliando su esfera de acción en contra de las de los *Länder*– y los gobiernos locales, formándose un sistema de interacción burocrática y de consulta permanente, comprometiéndose el Gobierno federal a aportar fondos para ayudar a los *Länder* a encarar diferentes programas. Esto culminó en 1969 con la enmienda de la Ley Fundamental que constitucionalizó los mecanismos de cooperación entre la Federación y los *Länder*.

También es interesante hacer alguna referencia al modelo español de las autonomías que, de algún modo, se sitúa entre los esquemas regionales y los federales. La Constitución de 1978, luego de arduas discusiones, adoptó un modelo de descentralización intermedio. Las competencias de las comunidades autónomas no está establecida por la misma Constitución, que sólo contiene el marco de posibilidades, dentro de los cuales un Estatuto especial, aprobado por las Cortes generales mediante ley orgánica, para cada comunidad definirá cuáles se otorgan a ella. El art. 148 prevé diversas facultades que pueden asumir, como máximo, las comunidades autónomas (darse sus instituciones de autogobierno, régimen municipal, regulación de obras públicas, fomento de la economía, de la cultura, de la educación en la propia lengua, sanidad, higiene, urbanismo, etcétera). Transcurridos cinco años, las comunidades podrán am-

pliar sus competencias reformando sus Estatutos dentro del marco del artículo que se menciona a continuación. El art. 149, inc. 1°, fija una serie de competencias que corresponden exclusivamente al Estado Central (la regulación de las condiciones que garanticen la igualdad de los españoles, nacionalidad, inmigración, relaciones exteriores, defensa, administración de justicia, legislación civil, penal, laboral, bases de la administración pública, obras públicas de interés general, cultura –sin perjuicio del ejercicio por parte de las comunidades–); las que no correspondan al Estado por el inciso anterior podrán ser asumidas por Estatuto por las comunidades autónomas, pero si no la asumen corresponde al Estado, y si hay normas contradictorias prevalecen las del Estado en todo lo que no sea de la exclusiva competencia de las comunidades. El art. 150 establece la posibilidad de delegación de poderes por las Cortes generales a las comunidades autónomas. La aplicación de este sistema tuvo una primera etapa, con el reconocimiento de autonomías muy amplias para Euskadi y Cataluña; luego se entró en una *impasse* por las dudas surgidas sobre la amplitud de la autonomía para las demás comunidades (se intentó limitar la autonomía de Galicia y Andalucía, con un procedimiento de control de las Cortes en el ejercicio de las competencias, pero éste fracasó por diversas reacciones y protestas). A partir de 1981 hubo un acuerdo entre los principales partidos para generalizar la autonomía de las diversas comunidades de una forma controlada. Según un informe preparado por varios constitucionalistas españoles[59], el sistema presenta varias disfuncionalidades serias, como la imprecisión en la distribución de competencias, el carácter poco representativo de los Parlamentos autonómicos, el pesado aparato burocrático de las comunidades, la falta de importancia que se presta a los municipios, etcétera.

El federalismo argentino fue moldeado sobre la base del norteamericano. La base del sistema está dada por el art. 104 de la Constitución, que reserva a las provincias todo el poder no delegado al Gobierno federal. Éste tiene los poderes delegados explícitamente, los delegados implícitamente del art. 67, inc. 28, de la Const. nacional, y los concurrentes que surgen del art. 67, inc. 16, que prescribe ocuparse de la prosperidad, el adelanto y el bienestar de todas las provincias. El art. 5°, recordemos, garantiza a las provincias sus instituciones autónomas, con tal de que garanticen la administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Sin embargo, hay algunas diferencias notables entre el esquema constitucional argentino y el norteamericano en el mismo nivel normativo,

[59] Tornos, J. - Aja, E. - Fonti Llovet, T. - Perulles, J. M. - Alberti, E., *Informe sobre las autonomías*.

principalmente la facultad del Congreso de dictar la legislación común (art. 67, inc. 11) y, como se ha dicho ya muchas veces en esta obra, el poder de intervención federal. Recordemos que si sumamos los períodos en que hubo gobiernos *de facto* y los períodos en que cada provincia estuvo intervenida, probablemente la mayoría de las provincias haya estado gobernada más tiempo por autoridades delegadas del Gobierno central en Buenos Aires que por autoridades electas por su propia población. Las facultades conferidas al Gobierno federal por la Constitución –sobre todo la cláusula del comercio interprovincial y los poderes implícitos del Congreso, del art. 67, inc. 28– fueron en general interpretadas generosamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el plano impositivo, por ejemplo, se pueden citar los fallos en "Fiscal General de la Provincia de Buenos Aires c/Banco Nacional", de 1876[60] y "F.C.Argentino c/Provincia de Santa Fe" de 1897[61], que eximen del pago de impuestos provinciales tanto al Banco de la Nación como a una empresa ferroviaria privada, por sus operaciones en una provincia, sobre la base de que así había sido dispuesto por leyes nacionales y que se trataba de actividades relacionadas con los fines del Gobierno federal; así como también casos como "Frigorífico Armour de La Plata c/Provincia de Buenos Aires" de 1929[62], por el que se establece la inconstitucionalidad de un impuesto provincial sobre una empresa por el hecho de operar en un territorio adquirido por la Nación de acuerdo al art. 67, inc. 27, de la Constitución.

Pero lo que es más relevante es la deformación fáctica que ese federalismo fue sufriendo. Según Frías[63], la dependencia de las provincias respecto del Estado central crece en relación a estos supuestos: *a*) en materia de recursos naturales, que deben sujetarse a la explotación por parte de las empresas del Estado, que concentra capital y tecnología; *b*) en materia de ingresos fiscales que son cada vez menos susceptibles de legislación y recaudación provincial y se someten, por lo tanto, al régimen de coparticipación; *c*) en materia de la necesidad de planeamiento para armonizar las prioridades de las distintas jurisdicciones; *d*) en materia de aportes del Tesoro Nacional que se hacen necesarios para compensar los desequilibrios financieros por repercusión de las políticas nacionales en áreas como la salarial, la cambiaria, etc.; *e*) en materia de diversos problemas sociales, económicos y políticos que requieren innovación legislati-

[60] CSJN, *Fallos*, 18:344.

[61] CSJN, *Fallos*, 68:234.

[62] CSJN, *Fallos*, 155:107.

[63] Frías, Pedro J., *El sistema federal*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Elementos para una Reforma de la Constitución Nacional", p. 213.

va, coordinación de régimen y originalidad de soluciones, y *f*) en materia de instrumentación de medidas de gobierno para las múltiples emergencias del Estado actual.

El tema impositivo ha sido sumamente relevante en esta deformación centralista, dada la asunción, por parte de la Nación, de la facultad de establecer impuestos directos como algo normal y permanente y el régimen de unificación de los impuestos indirectos. Según Masnatta[64] esa unificación, a partir de la ley 12.139, dio un poder impositivo casi total al Estado; ello hizo que, en 1946, las provincias recibieran el 19,6% de la participación impositiva, lo que fue aumentando gradualmente para ser establecido ese porcentaje en el 50% en 1973 y en el 54,66% en 1987.

También la apropiación por parte de la Nación de los recursos naturales, legitimado por la Corte Suprema en decisiones como la que se dio en "YPF c/Provincia de Mendoza" del 3 de marzo de 1979[65], –por más que se paguen a las provincias donde se encuentran regalías que ellas consideran insuficientes– ha sido un instrumento de crecimiento desproporcionado del poder económico del Gobierno nacional en desmedro de los gobiernos provinciales. De más está agregar la enorme ventaja que significa para el Gobierno nacional contar con el control del Banco Central, que, a través del manejo de la política monetaria y financiera del país, permite a las autoridades nacionales un inmenso margen de maniobra y múltiples instrumentos de gestión política.

Este movimiento centrípeto de acumulación de poder por parte del Gobierno federal –y dentro de éste, como vimos antes, por el presidente de la Nación– se fue volcando indudablemente en beneficio del área del país donde el Poder Ejecutivo se asienta –la zona del Gran Buenos Aires–. Ella fue concentrando no sólo una cantidad desproporcionada de la población argentina –más de un tercio– sino una parte aun más desproporcionada del producto bruto, junto con buena parte de las obras públicas, de los servicios, etcétera. Generalmente se confunden los procesos de centralización del poder institucional en el Gobierno federal con el proceso de concentración del poder social y económico en el área de Buenos Aires, no obstante que son dos fenómenos diferentes aunque interrelacionados (la relativa concentración del poder que también benefició al Gobierno federal de los Estados Unidos a partir del New Deal, no fue en cambio

[64] Masnatta, Héctor, *El problema de los recursos financieros en el sistema federal*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Elementos para una reforma de la Constitución Nacional", p. 231.

[65] CSJN, *Fallos*, 301:341.

en beneficio del área de Washington D.C. donde ese Gobierno federal se asienta).

En el caso argentino se produjo una alimentación recíproca entre la concentración institucional y la concentración económica y social: el hecho de que la ciudad de Buenos Aires y sus alrededores concentrara la mayor parte de la riqueza y de quienes gozan de influencia por disponer de ella, hizo que hubiera una tendencia a presionar para que el Gobierno federal –al que esa gente tenía facil acceso– adquiriera la mayor cantidad posible de atribuciones –lo que no resultaba difícil cuando regía un gobierno militar o era posible echar mano al remedio de la intervención federal; a su vez tales atribuciones fueron ejercidas en beneficio de las personas y el área donde se concentraba esa riqueza y poder social.

También es necesario señalar que en las provincias mismas se fue produciendo un movimiento centrípeto de concentración de poder, generalmente en manos de los gobernadores o interventores provinciales, los que son tan fuertes frente a las legislaturas y a los tribunales locales como el Ejecutivo federal lo es frente a los otros dos poderes. Lo mismo ocurre con los municipios, que en general, sobre todo en la provincia de Buenos Aires, tienen pocas facultades y pocos recursos, y, salvo excepciones, gozan de escasa autonomía frente al gobierno de la respectiva provincia.

Sin embargo, a partir del proceso de democratización producido desde el 10 de diciembre de 1983 se advierte una tendencia importante a revertir ese proceso de concentración de poder en el Gobierno federal. Ello ha estado favorecido por las diferencias de tendencia política entre la mayoría de los gobiernos provinciales y el Senado, por un lado, y el Gobierno federal, por el otro, que se produjo entre 1983 –sobre todo 1987– y 1989. En esta tendencia tiene mucho que ver la representación igualitaria de todas las provincias en el Senado y el piso de representación por distrito en la Cámara de Diputados, que se estableció a partir de 1983, que otorga a las provincias con escasa población una sobrerrepresentación. Estos mecanismos –sobre todo el del Senado que se ocupa exclusivamente de los acuerdos para cargos públicos trascendentes– da a las provincias más pequeñas un inmenso poder de negociación, que no se había puesto de manifiesto antes debido a la no aplicación plena de la Constitución. Esto se advierte en los avances progresivos de las provincias sobre el Gobierno central en lo que hace a la coparticipación federal. En realidad, a medida que este proceso se despliega, sale a relucir que a la antigua contradicción de intereses entre las provincias y el Gobierno federal se superpone otra contradicción que va en sentido contrario: la de las provincias menos pobladas y la inmensa provincia de Buenos Aires, que –junto con importantes recursos indus-

triales y agrarios– acumula las carencias sociales más importantes del país; no sólo el Gobierno federal, sino la provincia de Buenos Aires está disminuyendo notablemente su porcentaje en la coparticipación impositiva. A su vez, también se da el conflicto entre las provincias poseedoras de recursos naturales, que cada vez presionan más para que se les reconozca la titularidad de tales recursos o que se aumenten las regalías que reciben por su explotación, y las provincias carentes de tales recursos. Estos dos últimos conflictos se ocultaban antes, dado que el Gobierno federal absorbía recursos capaces de compensar a la provincia de Buenos Aires por su población carenciada y a las provincias que carecen de recursos naturales propios.

Hay también otras señales que muestran un interés en revertir el proceso centrípeto de acumulación de poderes normativos y fácticos en el Gobierno nacional. El traslado de la Capital Federal a Viedma-Carmen de Patagones, dispuesto por la ley 23.512 dictada por el Congreso, y todavía no materializada –dada la falta de comprensión de sectores influyentes del país acerca de cuestiones estructurales– tiene el alegado propósito de neutralizar la alimentación recíproca mencionada entre el proceso de concentración de poder institucional en el Gobierno nacional y el proceso de concentración de poder social y económico en el área de Buenos Aires. También el Acuerdo de Reafirmación Federal firmado entre el Gobierno federal y los provinciales el 25 de mayo de 1990 tiene el declarado propósito de revertir la acumulación de funciones en las autoridades nacionales. En los principios de la década del 90, los enfrentamientos con el Gobierno federal se multiplicaron, con varias intervenciones federales (Tucumán, Catamarca) y disputas de carácter financiero (como la que llevó al gobernador de Río Negro, en julio de 1991, a apropiarse de fondos federales para hacer frente a gastos locales, alegando que eran compensables con créditos que la provincia tenía contra el Gobierno federal).

Es también importante la descentralización del poder que se está produciendo lentamente dentro de las provincias mismas, sobre todo por la sanción en los últimos años de nuevas Constituciones, que, en general, garantizan una mayor autonomía municipal (siguiendo el ejemplo de la Constitución de Santa Fe de 1921, que permite a los municipios dictar su propia carta orgánica).

§ 57. *Las formaciones corporativas.* – La descripción de la distribución del poder no puede dejar de mencionar a organizaciones que, sin estar autorizadas para adoptar decisiones que afectan los intereses de la sociedad en su conjunto, ejercen tal presión o influencia, sea directamente sobre los ciudadanos o sea indirectamente a través de los órganos formales de gobierno, que asumen, de hecho, una cuota importante de poder. Se trata de las llamadas "faccio-

nes", "corporaciones" o "grupos de interés". Que ellas constituyen el principal obstáculo a la consolidación de un proceso democrático ha sido advertido al menos desde el famoso documento nº 10 de *El Federalista*, en el que Madison las definía como "un número de ciudadanos, sea que alcancen a ser una mayoría o una minoría del conjunto que están unidos y actúan sobre la base de un impulso de la pasión común, o de un interés, en forma adversa al derecho de otros ciudadanos o a los intereses permanentes y agregados de la comunidad".

Esta caracterización de Madison tiene vigencia aún hoy porque muestra que lo distintivo de las facciones o corporaciones es que, a diferencia de los partidos políticos, ellas agrupan individuos en función de intereses crudos –aun de la mayoría– y no de principios o ideologías que procuran justificar un cierto esquema de derechos o intereses agregativos de toda la comunidad vistos desde una perspectiva imparcial. Como veremos en el apartado siguiente, esta característica de las corporaciones hace que cuando ellas pretenden ejercer influencia sobre decisiones que afectan a la comunidad en su conjunto desnaturalicen el proceso democrático concebido como un diálogo organizado sobre los principios que deben regir las medidas de gobierno. Algo cercano a esto debe haber determinado seguramente la famosa ley "Le Chapelier" dictada por la Asamblea Constitucional francesa en 1791, que disponía: "No debe haber más gremios en el Estado, pero sólo el interés individual de cada ciudadano y el interés general. No se debe permitir a nadie despertar en ningún ciudadano clase alguna de interés intermedio y separarlo del bien público a través del medio de intereses corporativos". Pero, como se sabe, las corporaciones reemergieron en el Estado liberal, incluso cumpliendo funciones invalorables –como los sindicatos– cuando se mantienen a cierta distancia del proceso político.

Hay una literatura expansiva que muestra el papel central que tiene el fenómeno del corporativismo para entender la política latinoamericana y su conexión con regímenes políticos como el autoritarismo burocrático y con ideologías como el populismo[66]. Sin embargo la expresión misma "corporativismo" tiene contornos confusos y una importante ambigüedad. El significado originario denotaba el control que ejercía el Estado de organizaciones sociales y grupos de interés a través de su institucionalización como parte de la organización política, tal como ocurría típicamente con el régimen fascista en Italia. Pero el empleo más técnico que se hace de la expresión en la actualidad, y el que también se hace en la arena política,

[66] Ver Malloy, James (comp.), *Authoritarianism and Corporativism in Latin America*.

parece denotar el fenómeno contrario de injerencia de los grupos de interés y organizaciones sociales sobre las decisiones políticas. Esto, a su vez, parece confundirse con la existencia normal en todas las democracias consolidadas de grupos de presión, que hacen *lobby* a favor o en contra de una decisión, ejerciendo influencia sobre los órganos encargados de adoptarla.

En realidad el corporativismo latinoamericano es bastante más complejo y absorbe, entre otros, parte de los rasgos designados por los dos conceptos arriba mencionados. Por un lado, implica un cierto control del Estado sobre los grupos de interés y organizaciones sociales, con mecanismos que afectan de cierto modo sus operaciones. Por el otro lado, los grupos corporativos obtienen del Estado un conjunto inmenso de privilegios, protecciones y beneficios, los que a veces implican un monopolio legal sobre los intereses representados que se aproximan al establecido por una organización fascista, sin suponer, en cambio, un control completo del Estado sobre la organización.

La complejidad del corporativismo latinoamericano ha sido captada correctamente por O'Donnell[67] cuando lo caracteriza como "bifronte" y "segmentario". El primer rasgo se pone de manifiesto, según O'Donnell, en el hecho de que el corporativismo que se da en Latinoamérica tiene tanto componentes "estatizantes" como "privatistas": es estatizante en la medida en que presenta un elemento de conquista y subordinación por parte del Estado respecto de organizaciones de la sociedad civil; es privatista en la medida en que sectores de las instituciones públicas devienen "colonizados" por grupos privados y organizaciones.

Los dos aspectos se dan interrelacionados, llevando a una interpenetración entre el Estado y los grupos corporativos. En palabras de O'Donnell: "El Estado 'conquistador' es también un Estado 'poroso' abierto en numerosos intersticios –informales e institucionalizados– a relaciones que contienen procesos bidireccionales de control e influencia, especialmente con las clases dominantes de la sociedad civil"[68]. La bifrontalidad es también descripta por Nun en estos términos: "Ahora nosotros debemos no sólo tomar en cuenta la influencia que pueden ejercer las organizaciones autónomas de interés sobre un Estado fragmentario y básicamente pasivo, sino también las prácticas complejas y densas a través de las cuales este último tiene un fuerte impacto sobre tales organizaciones... Esto promueve

[67] O'Donnell, *Corporatism and the Question of the States*, en Malloy (comp.), "Authoritarianism and Corporatism in Latin America", p. 47.

[68] O'Donnell, *Corporatism and the Question of the States*", en Malloy (comp.), "Authoritarianism and Corporatism in Latin America", p. 79.

una doble dependencia: del Estado respecto de los grupos de interés principales que definen la división social del trabajo... y de tales grupos en relación al Estado en la medida en que condiciona decisivamente sus actividades. Esta doble dependencia genera nuevas redes de interacción social"[69].

El aspecto segmentario del corporativismo latinoamericano al que se refiere O'Donnell es evidente en el hecho de que este modo de vinculación entre Estado y sociedad opera de diferente modo y tiene un impacto sistemáticamente divergente en los arreglos sociales e institucionales, dependiendo de los enclaves que se constituyen, lo que depende, entre otras cosas, de la clase social involucrada.

No es posible profundizar aquí en la etiología de este fenómeno, más allá de decir que parece haber un componente cultural importante tal cual fue descripto por Lipset[70], que junto con otros factores entra en una relación causal circular en la que los efectos retroalimentan a las causas. Es importante, por cierto, la conexión del fenómeno del corporativismo con experiencias populistas, burocrático-autoritarias y pretorianas en Latinoamérica. Respecto del populismo, Malloy dice lo siguiente: "Es ahora evidente que el populismo está basado en una imagen corporativa implícita de la organización sociopolítica. Con la excepción de Vargas, la preferencia populista por una solución corporativa a las presiones de la modernización fue raramente expuesta explícitamente, pero no es necesario adivinar que el populismo ha mostrado siempre una alta afinidad con los principios corporativos acerca de la organización de las relaciones entre el Estado y la sociedad"[71].

También señala Malloy que el populismo en su primera fase enfatizaba la movilización de un modo "inclusionario", ya que trataba de ampliar los actores del proceso político, incluyendo al sindicalismo, pero al mismo tiempo intentaba controlarlos a través de organizaciones fragmentarias aunque con elites interrelacionadas, formadas sobre la base de criterios sectoriales y funcionales. Esta relación entre el populismo y el corporativismo es diferente de la que éste tiene con el Estado burocrático-autoritario, el que, según O'Donnell, es un sistema de exclusión del sector popular, pero sumamente poroso a otros sectores como los militares, la iglesia, sectores empresarios, y que emerge sólo cuando niveles importantes de industrialización

[69] Nun, José, *La política y la transición democrática*, en "Ensayos sobre la transición democrática en la Argentina", p. 30.

[70] Lipset, Seymour, *Values, Education and Entrepreneurship*, en "Promise of Development. Theories of Change en Latin America", p. 41-43.

[71] Malloy, James, *The moral pattern*, en Malloy (comp.), "Authoritarianism and Corporatism in Latin America".

han sido alcanzados y ha habido grados importantes de activación de los sectores populares. Esos grados de activación pueden haber llegado antes a los niveles que determinan la situación que Huntington[72], llamó "pretorianismo" y que se distinguen por bajos niveles de institucionalización con altos grados de participación de fuerzas sociales móviles que penetran las esferas políticas y entran en agudas confrontaciones entre ellas y con las clases tradicionales. Según Malloy[73] esto ocurrió en Latinoamérica en el final de la década del 50 y entre mediados de la del 60 y principios de la del 70.

En la Argentina la corporativización del Estado ha sido obvia. Por ejemplo, la repetida toma del poder por parte de los militares ha estado acompañada y ha sido seguida de un sistema de inmunidades que, de hecho, protegían su actuación, sistema que se quebró con los juicios por violaciones a los derechos humanos, por la conducción de la guerra de Malvinas y por actos de rebelión instaurados a partir de 1984. Una manifestación de ese *status* especial lo constituía, entre muchas otras situaciones, el fuero especial aun para los delitos comunes cometidos por agentes militares en conexión con actos de servicio o en lugares militares, lo que fue abolido, por primera vez desde 1823, por la ley 23.049.

También la Iglesia Católica goza de un *status* especial concedido en un principio, como vimos, por la misma Constitución, al establecer en su art. 2° la obligación del Estado de sostener el culto católico, y extendido a través de otros procedimientos como la financiación de la enseñanza privada. Además, sectores de la jerarquía eclesiástica procuran ejercer informalmente, pero con gran fuerza, una injerencia sobre aspectos de la vida social, sobre todo en lo que hace a la autonomía personal y a la libertad de expresión (como se advirtió en sus reacciones frente a la ley de divorcio y ante la abolición de la censura).

Los sindicatos gozan también de grandes privilegios legales e informales, principalmente el ejercicio de una representación excluyente por parte de las organizaciones reconocidas y su relevante injerencia en el manejo de las obras sociales.

Pero, tal vez, lo que ha penetrado más profundamente en el tejido social es el inmenso conjunto de protecciones y privilegios que caracterizan al sistema económico que fue desarrollándose a partir de las décadas del 30 y, más aceleradamente, del 40. Este conglomerado de monopolios legales, subsidios, exenciones impositivas,

[72] Huntington, Samuel, *Political Order in Changing Societies*, p. 195-198.

[73] Malloy, *The moral pattern*, en Malloy (comp.), "Authtoritarianism and Corporativism in Latin America", p. 15.

regímenes de promoción, tarifas especiales, redescuentos, acceso a *status* privilegiados de contratistas del Estado, etc., está bien descripto en un libro de Bustamante Segura[74], y su etiología, vinculada a la posición de sectores militares absorbidos luego por el peronismo, está explicada en forma sumamente interesante en la obra citada de Waisman[75].

Tomando en cuenta todos estos casos, el orden jurídico argentino aparece más como un mosaico de regímenes especiales que, como debe ser en una democracia liberal, un sistema de reglas y órganos jurisdiccionales universalmente vinculantes.

A partir de 1983 se fue produciendo una aparente reversión de este fenómeno corporativo en la Argentina. El gobierno del presidente Raúl Alfonsín llevó explícitamente a cabo –con éxitos importantes pero dispares– una política de expansión del espacio del poder democrático frente a las presiones de los grupos corporativos, lo que se puso de manifiesto en los juzgamientos de delitos cometidos durante el último régimen militar y en la integración del sector militar al régimen común del resto de la sociedad; en los progresos producidos en materia de autonomía personal no obstante las presiones de sectores confesionales; en los intentos –en buena medida fallidos– de democratizar los sindicatos, etcétera. El presente gobierno del presidente Carlos Menem comenzó con intenciones explícitas de gobernar sobre la base de acuerdos corporativos, retrocediendo sobre algunos avances del gobierno anterior. Sin embargo, algunos aspectos de la política económica parecen encaminados a eliminar buena parte del sistema corporativo existente en esa área. En conjunto, la transición democrática iniciada en 1983 parece haber revertido en grado relevante el corporativismo tradicional en la sociedad argentina.

§ 58. ***La transferencia de soberanía a entes supranacionales.*** – Una exposición, aun sucinta como ésta, de la organización del poder en una unidad política independiente no es completa si no hace referencia a las limitaciones que sufre precisamente esa independencia sobre la base de las relaciones entre las naciones. Es un viejo problema el de la relación entre la validez de las normas jurídicas del derecho estatal y las del derecho internacional: como vimos en el cap. I, ap. B, las posiciones sobre el tema con el *monismo nacional*, que sostiene que la validez de las normas internacionales deriva de que estén autorizadas por las normas del derecho nacional de que se trate; el *monismo internacional*, que sostiene que, por el contra-

[74] Bustamante Segura, Jorge, *La república corporativa*.

[75] Waisman, *The Reversal of Development in Argentina*.

rio, es un principio como el de efectividad del derecho internacional, el que otorga validez a las normas de los derechos nacionales; y el *dualismo* o *pluralismo*, que sostiene que los sistemas jurídicos nacionales y el internacional gozan de validez independiente. La cuestión está oscurecida por la sempiterna confusión entre los conceptos normativo y descriptivo de validez. Desde el punto de vista descriptivo, la cuestión se puede decidir solamente a través de una verificación empírica de qué prácticas de reconocimiento se desarrollan entre quienes tienen acceso a los aparatos coactivos relevantes para aplicar las normas en cuestión. Una visión rápida del problema nos indicará que en el ámbito mundial la prevalencia de las normas internacionales sobre las nacionales de cada Estado no está de ningún modo asegurada –sobre todo cuando se trata de la acción de las naciones más poderosas–, y que sólo en ámbitos regionales –como en la Comunidad Económica Europea– se produce un proceso claro de prevalencia de normas interestatales sobre el derecho nacional. No es éste el lugar para definir, en cambio, la cuestión desde el punto de vista valorativo.

Precisamente es importante tomar en cuenta el proceso de regionalización que se está dando en el planeta –asociado, aunque no exclusivamente, con la necesidad de constituir grandes mercados económicos–, transfiriéndose cuotas importantes de soberanía a organismos supranacionales. En este sentido es especialmente importante la experiencia de la Comunidad Europea de Naciones. Según Weiler[76] ella ha sufrido tres fases: en la primera fase que va desde 1958 a 1973 la organización comunitaria consolidó un sistema jurídico común y preeminente (gracias a decisiones de la Corte Europea en casos como "Van Gen en Loos" –en el que se admitió el efecto directo y ejecutable a través de los órganos de cada país de las decisiones de los órganos comunitarios sobre los ciudadanos de los Estados miembros– y "ENEL" –según el cual las normas comunitarias prevalecen sobre las de los Estados miembros), al mismo tiempo que no hubo mayor impulso en las decisiones políticas para la integración. En la segunda fase que va desde 1973 a mediados de los años 80, se fueron produciendo tales decisiones políticas gracias a la flexibilización de la clausula de los poderes enumerados de la comunidad, al mismo tiempo que ello se compensaba por el tácito respeto de la regla de unanimidad –expresada a través de la Comisión– para decisiones trascendentes. La tercera fase está en función de la integración en un mercado único que se producirá en 1992, en con-

[76] Weiler, Joseph, ver ponencia presentada al Simposio sobre constitucionalismo comparado organizado por el American Council of Learned Societies, Princeton, 1989.

junción con el Acta Europea Única, lo que implica un movimiento hacia la aceptación de la regla de la mayoría.

En Latinoamérica los intentos de integración han sido hasta ahora tímidos, aunque en los últimos años se han producido avances importantes con los tratados en materia de derechos humanos, y en el campo económico con los acuerdos bilaterales de integración con Brasil, Uruguay y ahora Chile, y los que se están produciendo en el marco del Mercosur. Mols[77] sostiene que el movimiento hacia la unidad latinoamericana se desarrolla en ocho niveles diferentes que se condicionan recíprocamente, como es la posición latinoamericana en organismos internacionales, la comunidad histórica, etcétera.

Desde la perspectiva argentina hay ciertos obstáculos normativos a estos procesos de internacionalización. Respecto de la adhesión a organismos jurisdiccionales supranacionales se ha alegado que ello infringe lo dispuesto por el art. 100 de la Const. nacional que dispone que corresponde a la Corte Suprema *y a los tribunales inferiores de la Nación* el conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación (con la reserva de lo dispuesto en el art. 67, inc. 11) *y por los tratados con las naciones extranjeras*; que no podría haber un tribunal superior a la Corte para tratar cuestiones previstas por las fuentes normativas mencionadas.

Pero esta cuestión depende, a su vez, de la cuestión más general de cuál es la relación entre las normas de derecho interno argentino, incluyendo la Constitución y tratados internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El art. 31 determina que la Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y los tratados internacionales son "la Ley Suprema de la Nación", pero no establece el orden jerárquico entre estas fuentes normativas (respecto a la relación entre los tratados y las leyes, se sostiene alternativamente que vale, en caso de conflicto, el que entre en vigencia en último término, o que prevalece siempre el tratado). En cambio, el art. 27 de la Constitución da preeminencia a los principios de derecho público contenidos en la misma Constitución; esto ha sido convalidado por la Corte en casos como "Alfonso Chantrain c/Gobierno Nacional"[78] Por cierto que la cuestión de si esto es decisivo o no depende de la misma cuestión de si la Constitución debe prevalecer sobre los tratados internacionales, ya que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, ratificada por nuestro país sin reservas, establece en sus arts. 27 y 46 que un Estado parte en un tratado no podrá invocar en contra de su cumplimien-

[77] Mols, Manfred, *El marco internacional de América latina*, p. 82 y siguientes.

[78] CSJN, 208:84.

to una norma de derecho interno, al menos que la violación implique un vicio del consentimiento al celebrar el tratado, por ser manifiesta para todos y por tratarse de una norma trascendental de su derecho interno. De modo que, como vimos antes (cap. I, ap. B), si se decide que prevalece la Constitución será aplicable el art. 27 que ratifica esa preeminencia, y si se decide que prevalecen los tratados, será aplicable la Convención de Viena, que ratifica en cambio, esta última prevalencia.

§ 59. *Conclusión.* – En este apartado he pretendido hacer una síntesis apretada que describe la organización actual del poder en la Argentina, tratando de ponerla en un marco comparativo con los modelos de otras democracias constitucionales.

La descripción ofrecida pretende constituir un microanálisis respecto de la organización del poder respecto del análisis más grueso de la práctica constitucional argentina que ya se hizo (ver cap. I, ap. E) así como en los diferentes apartados de la parte anterior del libro se hizo el correspondiente microanálisis sobre el tratamiento de los derechos. A su vez, la descripción de este apartado procura mostrar un plano de la práctica constitucional argentina que es más básico que el tratamiento de los derechos, puesto que como se ha manejado el poder en la Argentina, ha sido sin duda determinante de las decisiones adoptadas en materia de reconocimiento o no de derechos individuales.

Creo que esta "microfísica del poder" (para usar una expresión de Foucault) completa el cuadro que se venía trazando en aquellos otros apartados: los déficits del liberalismo –que fortalecieron a tendencias antiliberales dando lugar en la Argentina a un dualismo en permanente pugna, y que estuvieron determinados por una concepción finalista poco respetuosa de procedimientos esenciales– fueron generando una gran concentración de poder en, principalmente, un órgano del Estado –el presidente de la Nación–, sea *de facto* o *de iure*, lo que está sin duda asociado tanto a los abusos de poder, que determinan las violaciones de derechos analizadas en el segundo capítulo de esta obra, como la inestabilidad en las reglas para transferir y preservar ese poder.

B) Evaluación del hiperpresidencialismo argentino desde el punto de vista de su legitimidad democrática

§ 60. *Introducción.* – En el apartado precedente he intentado proveer una descripción somera del sistema político argentino, caracterizándolo como un *hiperpresidencialismo*. Esto se debe a la

concentración de poderes jurídicos y fácticos en el presidente de la República, en desmedro del Congreso federal, del Poder Judicial y de los gobiernos provinciales, a lo que se agrega la existencia de un entramado de relaciones corporativas de poder que están intercompenetradas con el poder presidencial (por más que se advierta a partir de 1983 cierta reversión en beneficio, sobre todo, de estos gobiernos de las provincias y en perjuicio de los grupos corporativos).

Si bien he sugerido en que estas características del sistema político argentino tienen que ver con los déficits del liberalismo tal como fue defendido en el país, que fueron apuntados en el cap. I, ap. F, y con las desviaciones en materia de derechos individuales, que se apuntaron en el segundo capítulo del libro, todavía no se ha ensayado una valoración de ese sistema. Aún no se han presentado razones de peso para sostener un juicio adverso sobre un sistema hiperpresidencialista corporativo y para propugnar su reemplazo por un sistema más parlamentario y participativo, en una reconstrucción radical de nuestra práctica constitucional.

Los politólogos suelen encarar tal evaluación tomando en cuenta los valores de legitimidad, estabilidad y eficacia. Entre esos valores, el de legitimidad tiene cierta prioridad, puesto que es una condición contribuyente para la materialización de la estabilidad y, hasta cierto punto, de la eficacia del sistema.

Sin embargo, la legitimidad de que nos hablan los politólogos es una legitimidad *subjetiva*: para los cientistas políticos un régimen de gobierno es legítimo cuando la población lo considera legítimo. Esto quiere decir que se está empleando el concepto de legitimidad como un concepto del discurso indirecto, en un uso como el que Hare[79] denomina "entrecomillado", de forma análoga a como Marx trataba el concepto de justicia (para él un arreglo económico era justo cuando era adecuado a las reglas del sistema que la gente aplicaba para evaluarlo). Esto quiere decir que este concepto de legitimidad es dependiente de otro, al que podemos denominar de "legitimidad *objetiva*". Este concepto no hace referencia a las creencias de la gente sino a propiedades que el sistema de gobierno realmente tiene. Garzón Valdés[80] distingue entre "legitimidad" para la idea objetiva y "legitimación" para la subjetiva.

Esta propiedad de legitimidad objetiva de los regímenes de gobierno es sistemáticamente ignorada por los politólogos. Sin embargo, ella está presupuesta en todas sus preocupaciones. Tales

[79] Hare, R. M., *The Language of Morals*, p. 18

[80] Garzón Valdés, Ernesto, *Acerca de la tesis de la separación entre ética y política*, en "Sistema", nº 76, ene. 1987; p. 111

preocupaciones están dirigidas, como dije antes, a determinar la legitimidad subjetiva como valor instrumental de la estabilidad y eficacia de un sistema político. Pero de nada valdría preocuparse por tales propiedades de un sistema de gobierno si uno asumiera que el sistema en cuestión es intrínsecamente perverso desde el punto de vista moral. Un cientista político seguramente respondería que él sólo necesita asumir que las democracias –tal cual las conocemos en la realidad contemporánea, con rasgos tales como la división de poderes, la representación, los partidos políticos, el control judicial de constitucionalidad– son sistemas moralmente valiosos, por lo menos más valiosos que otros sistemas alternativos, para que tenga sentido la preocupación por las condiciones empíricas para su preservación, sin que sea necesario entrar en sesudas cuestiones sobre su justificación moral.

Sin embargo, este tren de pensamiento está equivocado. El de "democracia" es, como implica Sartori[81] (y vimos en el cap. I, ap. A) un concepto normativo, y los fenómenos que él denota no pueden ser profundamente identificados sin articular plenamente la concepción valorativa que justifica sus instituciones distintivas. En palabras del autor recién mencionado "lo que *es* la democracia no puede ser separado de lo que la democracia *debe ser*"[82].

Esto se muestra, como vimos en el cap. I, ap. A, por el hecho de que cuáles son tales instituciones distintivas de la democracia es algo inherentemente controvertido. ¿Es esencial el fenómeno de la representación o es, en cambio, un mecanismo auxiliar impuesto por las dificultades de la democracia directa en una sociedad grande y compleja? ¿Es inherente a la democracia la separación de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, o es un arreglo opcional que no es adoptado en las democracias parlamentarias sin pérdida de valor? ¿Es intrínseco a la democracia el reconocimiento de una declaración de derechos como límites a las decisiones mayoritarias y ejecutables ante una justicia independiente o es, por el contrario, compatible la democracia con una soberanía completa del Parlamento? ¿Son los partidos políticos distintivos de una democracia operativa, o puede prescindirse de ellos en una democracia más perfeccionada? ¿Es el sistema de representación proporcional la forma más perfecta de representación democrática o lo es, en cambio, el sistema de distritos uninominales?

Cuando advertimos la variedad de estas preguntas llegamos a la conclusión de que no hay instituciones distintivas de la democracia –tal vez exceptuando a un pequeño núcleo central de propiedades,

[81] Sartori, Giovanni, *Democratic Theory*, vol. 1, p. 8

[82] Sartori, *Democratic Theory*, vol. 1, p. 7.

como las elecciones periódicas, que son, de cualquier modo, insuficientes para identificar procesos políticos– fuera de una teoría valorativa que justifica un conjunto de opciones. El "hiperrealista" que piensa que él puede partir de algunas instituciones presentes en la realidad y elaborar los medios para estabilizarlas sin traer a colación sistemáticamente la teoría moral que las justifica, incurre en una confusión conceptual. La realidad no nos dice qué instituciones son esenciales y cuáles son contingentes en relación a un concepto normativo como el de democracia, y, de esta forma, no podemos determinar qué contingencias podemos manipular para preservar lo esencial del concepto.

El mismo punto puede hacerse recurriendo a la caracterización de una práctica y de la necesaria actitud interpretativa hacia ella, destacada –como vimos–, por Dworkin[83]: la democracia es una práctica social –es en realidad uno de los núcleos de una práctica constitucional–, y como tal ella consiste en una regularidad de conductas y actitudes que están orientadas hacia cierto objetivo o valor. Nosotros no podemos participar concienzudamente en la práctica ni la podemos entender como observadores inteligentes si no adoptamos hacia ella una actitud interpretativa, que consiste en ver a las conductas y actitudes a la luz de objetivos o valores. La práctica puede ser compatibilizada con objetivos y valores diferentes –aunque no con cualquiera que se nos ocurra–, y así debemos elegir aquellos que supongamos más justificados. Una vez que hacemos esto, la interpretación de la práctica en relación al nuevo valor puede revertir a la conformación de la práctica misma, ya que veremos algunos de sus aspectos como contingentes y por lo tanto prescindibles, mientras que concebiremos a otros como centrales y entonces como necesitados de que se los expanda.

El resultado de esta discusión es que no podemos encarar la tarea de ponderar cuál diseño institucional es mejor para alcanzar legitimidad subjetiva, estabilidad y eficacia, sin una articulación de la concepción más plausible bajo la cual la democracia es valiosa.

En el cap. I, ap. F, de esta obra ya avanzamos en esa labor, comparando diferentes concepciones justificatorias de la democracia, que fueron agrupadas según se tomen los intereses o preferencias actuales de la gente como elementos dados, cuya modificación no es esencial para el valor de la democracia o están fundadas precisamente en la transformación de tales preferencias o intereses.

Adelanté en ese capítulo y apartado que la teoría justificatoria de la democracia que parece más plausible, es una que la concibe

[83] Dworkin, *Law's Empire*, p. 66

como institucionalización de la práctica de discusión moral –que presupone los criterios de validación de principios morales intersubjetivos–, de modo que su ejercicio que resulta en cierto acuerdo mayoritario tiene cierto *valor epistémico* respecto de soluciones basadas en tales principios. Esto es así porque el método democrático de discusión y decisión genera una dinámica de acción colectiva que tiene mayor tendencia que cualquier otro procedimiento de decisión a aproximarse, a la larga, a soluciones imparciales, que es lo que define la validez de los principios morales intersubjetivos. Esta fundamentación de la democracia tiene varias ventajas teóricas sobre sus rivales en el mercado.

En primer lugar, permite superar la aparente paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del derecho (de la que vimos –cap. I, ap. B– su aplicación al caso especial de la Constitución), ya que muestra que cuando el gobierno es democrático y las normas jurídicas tienen ese origen, ellas constituyen razones para creer que hay motivos morales que justifican el comportamiento prescripto. En segundo lugar, se trata de una justificación de la democracia, que no obliga a hacer un balance entre los valores que la democracia o sus consecuencias supuestamente materializa y los valores que pueden resultar frustrados por el contenido mismo de las decisiones democráticas o sus consecuencias, ya que se hace residir el mérito de la democracia en el hecho de que el contenido de las decisiones es indicativo de la satisfacción de ciertos valores. En tercer lugar, evita una *identificación* entre las decisiones democráticas y los principios morales, que es propia del convencionalismo que hemos analizado (cap. I, ap. C), y va en contra de la intuición compartida de que hay muchas decisiones mayoritarias notoriamente injustas. En cuarto término, excluye la alternativa opuesta de un elitismo epistémico que presupone que la reflexión individual de cada uno es más confiable que el procedimiento de discusión y decisión colectiva, lo que conduce a la paradoja de la irrelevancia del gobierno que vimos en el primer capítulo. En quinto lugar, los principios morales respecto de los que la democracia es un método de acceso confiable son los de índole intersubjetiva –ya que la validez de los ideales de virtud personal no está relacionada con la imparcialidad, que es lo que la democracia maximiza–, por lo que esta justificación converge adecuadamente con el principio de autonomía de la persona que excluye a tales ideales de la esfera de las decisiones políticas. Finalmente, la justificación epistémica de la democracia permite distinguir ciertos derechos *a priori* –como la libertad de expresión, de participación política, de verse libre de persecuciones y discriminaciones ideológicas– como precondiciones para que el método democrático tenga valor epistémico y haya razones para observar sus resultados, por lo que da márgenes a la intuición de que hay decisiones demo-

cráticas que no pueden ser observadas. De este modo, la democracia epistémica es perfectamente compatible con los principios del liberalismo igualitario y social que ya fueron expuestos (cap. I, ap. F), como base de un consenso profundo para reconstruir nuestra práctica constitucional: tales principios y los derechos que ellos generan son, en parte, materia de determinación a través del proceso democrático y, en parte, establecen precondiciones para que ese proceso tenga valor epistémico.

Esta concepción epistémica de la democracia es utópica en el buen sentido de la palabra que mencionamos en el § 5. Probablemente no hay ningún proceso político real que satisfaga plenamente sus exigencias. Recordemos que el proceso democrático ideal que esta justificación realza deriva de una regimentación de la práctica de la discusión moral y, por lo tanto, él se daría en plenitud si todos a los que le concierne la decisión participaran del debate público en igualdad de condiciones y con plena libertad; si cada uno justificara la solución que propone para el problema planteado sobre la base de principios generales, universales, públicos y finales, alegando que todos aceptarían tales principios si fueran suficientemente imparciales, racionales y conocedores de los hechos; si cada uno expusiera ante los demás sus intereses; si los justificara sobre la base de principios y los invocara al solo efecto de alegar que los principios que proponen los demás no son suficientemente imparciales por no tomar en cuenta injustificadamente esos intereses; si la decisión adoptada fuera objeto del mayor apoyo posible; y si hubiera una disposición a reabrir el debate tan pronto haya suficientes indicios de que un sector de los involucrados tiene nuevos argumentos para presentar al debate colectivo. Si bien no hay probablemente ningún sistema político real cuyas decisiones más trascendentes se tomen de este modo, podemos construir un continuo de mayor a menor aproximación a este ideal: seguramente algunos cantones suizos estarían cerca del punto máximo de aproximación, mientras Irak estaría ubicado en una posición remota.

Pero si bien esta concepción de la democracia permite discriminar valorativamente los procesos políticos reales de una forma no totalmente tangencial con nuestras intuiciones preteóricas, debemos estar alertas a sus potencialidades revisionistas. Esto es así por la siguiente razón: politólogos como Schumpeter[84] y Dahl[85] sostienen que, desde el punto de vista descriptivo, las democracias reales, y sobre todo la norteamericana, responden más bien a la concepción pluralista, elitista o poliárquica de la democracia, o sea, a la idea ya

[84] Schumpeter, Joseph, *Capitalism, Socialism and Democracy*.

[85] Dahl, Robert, *A Preface to Democratic Theory*, p. 131 y siguientes.

analizada (ver cap. I, ap. F) de que la democracia es una forma de impedir que ninguna minoría prevalezca a través de permitir el acceso a diversos centros de poder o en distintos tiempos a una pluralidad de minorías, que así se van neutralizando, controlando y reemplazando mutuamente.

Muchos politólogos razonan en una forma hiperrealista, e infieren del hecho de que las democracias reales responden al modelo pluralista, que ese modelo es el que debe servir para justificarlas –si es que partimos del presupuesto de que las democracias reales son sistemas políticos más valiosos que otros regímenes también reales– y que, en consecuencia, deben fortalecerse en el caso de las democracias reales y adoptarse, en el caso de los regímenes que se procura convertir en democráticos, aquellos aspectos que maximizan los valores destacados por el modelo pluralista. Sin embargo, este razonamiento hiperrealista de ninguna manera es compulsivo; podemos razonar de un modo muy diferente: es cierto que el modelo pluralista tiene más fuerza explicatoria y descriptiva respecto de las democracias reales que los otros modelos alternativos. Pero tales democracias reales también tienen, en muy diversos grados, componentes que pueden satisfacer otros modelos de democracia, como el que la concibe como organización de la discusión moral. Por cierto que las democracias reales pueden quedar ordenadas de un modo diferente en una escala de mayor a menor valor según tomemos en cuenta un modelo alternativo como el mencionado, que si tomamos en consideración el modelo pluralista. Si asumimos que desde el punto de vista axiológico, el modelo de la organización de la discusión es superior al modelo pluralista, no es necesario negar la fuerza explicativa de este último para entender cómo funcionan las democracias reales, pero sí es indispensable cambiar radicalmente el énfasis en qué aspectos de tales democracias reales necesitan ser expandidos o adoptados por los sistemas que todavía no son plenamente democráticos.

Ésta es precisamente la metodología que seguiré en el resto de este apartado. Voy a suponer que el modelo pluralista, si bien es adecuado para explicar y describir el funcionamiento de las democracias reales –especialmente de la de los Estados Unidos– es deficiente desde el punto de vista axiológico. En primer lugar, como dije en el cap. I, ap. F, el pluralismo es, en realidad, una teoría meramente negativa, puesto que parte del valor de evitar la tiranía, pero frente a los diversos sistemas posibles para impedir la dominación por un grupo –hasta un sorteo de rotación en el poder podría servir con tal de que sea aceptado– no ofrece razones positivas de por qué elegir la regla de la mayoría sobre esos otros sistemas. En segundo lugar, cuando se insinúa algún argumento positivo en favor de la democracia detrás de la fundamentación pluralista, generalmente él es

subsirviente de las justificaciones utilitaristas y economicistas, que tienen deficiencias aparentemente insalvables (sobre todo la visión agregativa de los intereses y derechos de los individuos). En tercer lugar, la visión pluralista no ofrece una explicación clara de la fenomenología del proceso político democrático: ¿por qué es que se discute acerca de principios, ideologías, visiones morales, y no se exponen simplemente intereses crudos? ¿Para qué sirve, en definitiva, la discusión democrática? Finalmente, la visión pluralista violenta radicalmente uno de los valores centrales generalmente asociados con la democracia, ya que es un enfoque profundamente *inigualitario*; esto deriva del hecho de que el poder de las minorías que compiten por el gobierno no es necesariamente proporcional al número de sus miembros. Esto está bien descripto por MacPherson[86] cuando sostiene que este modelo pluralista está basado en la desigualdad económica, que hace que algunos puedan formar parte de las elites que hacen las propuestas, mientras que los demás deben desempeñar un papel pasivo y apático. También Arendt señala[87] que el problema de esta visión elitista es que ella consagra una forma oligárquica de gobierno, la dominación de los muchos bajo el gobierno de los pocos (aun cuando los muchos puedan decidir entre un limitado menú de pocos).

Vale decir que, en los términos de la actitud interpretativa que analiza Dworkin según vimos antes, se trata de interpretar la práctica democrática no de acuerdo con el valor en función del cual generalmente es interpretada por los propios agentes de la práctica y por observadores inteligentes, sino según un valor diferente. Como se dijo, para que éste sea un valor de lo que identificamos como las prácticas democráticas reales, tiene obviamente que tener una relación relevante con el núcleo de conductas y actitudes que conforman la práctica. Pero la actitud interpretativa revisionista revierte sobre la práctica e implica criticar aspectos importantes de las conductas y actitudes corrientes a la luz del nuevo valor que se postula como más plausible que el que se asocia generalmente con la práctica. Esta actitud revisionista presupone un cambio importante en la identificación de cuáles son los casos centrales de la práctica, en este caso de la práctica democrática, y cuáles se alejan más del ideal que la nueva concepción normativa postula.

Es esta actitud interpretativa revisionista, acorde con el objetivo de proponer una reconstrucción radical de la práctica constitucional argentina, la que subyacerá a las páginas que siguen. Voy a analizar diferentes deficiencias del sistema político argentino –y por

[86] MacPherson, M. B. *The Life and Times of Liberal Democracy*, p. 55 y 95.

[87] Arendt Hannah, *On Revolution*, p. 276.

implicación, de otros con diversos grados de analogía– a la luz de la concepción de la democracia como institucionalización de la discusión moral. Trataré de explicar que el hiperpresidencialismo corporativo vigente en nuestro país presenta problemas de dispersión de soberanía, de deficiente procesamiento del consenso colectivo, de apatía política, de mediación imperfecta, de empobrecimiento del debate público, que lo alejan considerablemente del ideal de democracia deliberativa. El objetivo será mostrar que la reconstrucción radical de la práctica constitucional argentina deberá dar prioridad a la modificación del diseño institucional para facilitar así el debate y el consenso sobre los principios de un liberalismo pleno que fundamentan los derechos y garantías cuyo desconocimiento parcial advertimos en el segundo capítulo de esta obra.

§ 61. *El problema de la dispersión de soberanía.* – La concepción pluralista de la democracia valora el hecho de que en un sistema democrático operativo nadie está autorizado a hablar por todo el pueblo. La voluntad popular está dispersa a través de las dimensiones temporal, espacial y funcional. Desde el punto de vista temporal está la división entre la expresión que condujo a la Constitución y que se supone que es interpretada por órganos como la Corte Suprema, y expresiones corrientes a través de elecciones y sanciones normativas ordinarias; por supuesto, estas últimas expresiones normativas responden a expresiones de voluntad que se han dado en diferentes momentos; luego está el hecho de que diferentes órganos son electos en diferentes tiempos (en la Argentina aún la Cámara de Diputados es elegida por mitades cada dos años con representantes que tienen mandato de cuatro años). Desde el punto de vista espacial, la voluntad de la gente se dispersa, en el caso, por ejemplo, de los Estados Unidos y la Argentina, en la elección de representantes nacionales, provinciales y locales que están supuestamente encargados de tratar diferentes cuestiones, pero que, con frecuencia, se superponen. Funcionalmente, la soberanía popular se dispersa a través de diversos cuerpos y funcionarios que concurren positiva o negativamente en la toma de las mismas decisiones –como, en el nivel nacional, el Presidente, la Cámara de Diputados, el Senado, los jueces y en especial la Corte Suprema–: no obstante que estas facultades se distinguen formalmente de manera razonable, no es novedad decir que hay una buena medida de superposición sustantiva (p.ej., el rol legislativo del Presidente ha crecido, como vimos, enormemente, hasta el punto que es la fuente de la mayor parte de las leyes sancionadas).

La alaoanza que hace el pluralismo de este fenómeno esta basada, como vimos, en la evitación de la tiranía, ya que la dispersión de la soberanía impide que algún grupo político o faccioso monopolice

el centro de poder con el pretexto de que habla con la voz del pueblo. Ni la mayoría ni minoría alguna puede controlar todas las manijas del poder ya que hay tantas de éstas y están tan separadas entre sí.

Sin embargo, esto se hace a un costo considerable en el debilitamiento del valor epistémico de la democracia. No hay una conexión directa entre la conclusión del diálogo democrático y una pauta para tomar decisiones de acuerdo a esa conclusión.

Asumiendo por el momento la legitimidad de la representación, el problema es cómo combinar la voluntad expresada en niveles temporales, espaciales y funcionales tan diferentes en una única decisión que represente la conclusión aprobada por la mayoría, después de un proceso de debate abierto y libre.

Tomemos cualquier problema, digamos el aborto: la estructura final de la decisión de la cuestión estará determinada por un procedimiento sumamente complejo en el cual, en un país como los Estados Unidos, intervienen los gobernadores, Legislaturas y los jueces de los Estados, elegidos generalmente en diferentes tiempos, que establecen el régimen jurídico básico; el Presidente, el Senado y la Cámara de Representantes, también elegidos en diferentes tiempos por un procedimiento muy diferente, que pueden establecer ciertos límites a las soluciones de los Estados (p.ej., a través de condiciones legales para el uso de los fondos federales); y los jueces federales, en especial la Corte Suprema, que pueden limitar la acción estatal o federal sobre la base de una interpretación de la Constitución que puede estar basada en la voluntad de la población que vivió hace doscientos años. No hay ninguna garantía en absoluto de que el resultado de esta engorrosa mezcla de diferentes decisiones, que pueden responder en última instancia a una combinación de conclusiones de debates diferentes llevados a cabo por diferentes grupos de gente en diferentes tiempos, tenga alguna semejanza con el consenso mayoritario que se obtenga después de un debate abierto y libre que se tenga, en la actualidad, entre toda la gente interesada.

Podría ser que el gobernador de un Estado particular fue elegido dos años atrás después de una fuerte campaña contra el aborto, pero que la Legislatura se atiene a una conclusión favorable a la libre elección de la madre alcanzada en el debate popular que culminó con la elección de sus miembros; que en el Senado, la mayoría de los miembros que representan a los Estados menos poblados y más conservadores favorecen la restricción de los fondos federales para el aborto, mientras que en la Cámara de Representantes tiene una posición opuesta sobre la base del consenso mayoritario que se obtuvo en el pasado en apoyo de la libre elección de la madre; que el Presidente fue elegido no obstante su fuerte postura contraria al

aborto; y que la Corte Suprema tiene ahora una mayoría de sus miembros –debida a nuevos miembros designados por el Presidente anterior que el Senado no objetó– que piensan que los padres fundadores estaban en favor de un fuerte derecho a la privacidad que incluye el aborto, por lo menos en los primeros tiempos del embarazo. Si el resultado de todo este embrollo es que la señora Jean Smith de New Haven, Connecticut, puede o no hacerse legalmente un aborto en el hospital público local, parece ser casi una cuestión de puro azar y sin una conexión significativa con el consenso del debate público por parte del grupo relevante.

La impresión de que, cuantas más voliciones inciden en la decisión adoptada, más esa decisión refleja la voluntad de la gente que esas voliciones representan, es errada: todo depende de la forma en que esas voliciones se combinan y del peso relativo que se les asigna de acuerdo con su grado de representatividad; la acumulación de decisiones puede bien afectar el reflejo de la opinión general en la solución adoptada. No conozco una defensa de que el sistema de combinación particular de voliciones y de pesos relativos que adopta la Constitución norteamericana y que fue adaptado con pocas modificaciones por la de la Argentina es adecuado para reflejar la opinión general de los ciudadanos.

Hay un efecto seguro de la acumulación de voliciones que podría fundamentar la impresión de que él realza la reflexión de la opinión general: ella hace más difícil tomar una decisión, y de acuerdo con las reglas generales aplicables, la falta de decisión implica que la decisión anterior que se ha tomado sobre la cuestión prevalece. Esto da prioridad a la conservación del *statu quo*, salvo que la ola mayoritaria sea tan fuerte que lo supere. Para muchas mentes conservadoras, el *statu quo* es en sí mismo una posición moralmente permisible, y lo único que se requiere es que haya una mayoría a favor de modificarlo. Sin embargo, esta prioridad que se otorga a la situación corriente, sin requerir también que haya una mayoría en favor de su preservación, es difícil de justificar cuando esa situación es obviamente injusta.

Algunos autores, como Sunstein[88] sostienen que la división de poderes que produce esta dispersión de soberanía determina un gobierno altamente *pasivo*, que fue pensado como especialmente apropiado para proteger un *statu quo* en el que la distribución dada de la propiedad privada prevalece.

En el caso de la Argentina, esta pasividad del gobierno, dada por la exigencia de una gran acumulación de voliciones para tomar

[88] Sunstein, Cass, *Interests Group in American Public Law*, en "Stranford Law Review", 1985, p. 29.

una decisión, debilita el poder democrático contra el poder de las corporaciones y facciones que se mencionó antes. Por lo tanto se produce el resultado inverso al buscado por la concepción pluralista: puede ser verdad, como dijimos en el apartado anterior, que para las corporaciones y facciones sea difícil adquirir un control intenso de los resortes del Estado cuando los centros de decisiones están dispersos; pero, si adquirieron ese poder durante períodos autoritarios cuando los centros de decisión estaban concentrados, la dispersión de la soberanía hace extremadamente difícil para un gobierno democrático sacarles ese control.

Veamos cómo la dispersión de la soberanía se produce y cómo puede ser revertida en el caso de la Argentina, en las tres dimensiones a las que me refería antes.

a) *Dispersión temporal*. El problema de la dispersión de la soberanía a través del tiempo es dependiente del problema más amplio y profundo del carácter vinculante de las decisiones tomadas en el pasado.

Por un lado, es fácil percibir el déficit democrático que las decisiones mayoritarias adquieren con el paso del tiempo: en la medida que los intereses de la gente cambian y la gente misma cambia, hay un debilitamiento progresivo de la presunción de que la decisión refleja la consideración imparcial de los intereses de todos los individuos concernidos. Con el tiempo, muy probablemente la decisión no tomará en cuenta nuevos intereses de la gente o los intereses de nueva gente.

Como no podemos tener una "democracia instantánea", que adaptaría sus decisiones a la emergencia continua de nueva gente e intereses, tenemos que apoyarnos en alguna idea de consentimiento tácito de los individuos presentes en cada momento de tiempo, de tal forma de dar cuenta del carácter vinculante presente de decisiones pasadas. Si la decisión en cuestión no es revisada, es de suponer que hay una mayoría actual que la favorece, o al menos favorece el no asumir el costo de un cambio de situación. Para que esta presunción de consentimiento tenga alguna verosimilitud debe ser relativamente fácil para una mayoría que se opone al *statu quo* revertirlo. Esto significa que las exigencias de mayorías calificadas disminuyen la legitimidad democrática, aunque pueden ser justificadas sobre la base de otras consideraciones. También significa que debe haber algún procedimiento para llamar la atención de la gente presente sobre decisiones pasadas que pueden no contemplar intereses corrientes; esto puede ser instrumentado, por ejemplo, mediante un procedimiento por el cual los jueces pueden requerir a las legislaturas la reconsideración de viejas piezas legislativas que aparentan ser particularmente injustas.

Pero, por otro lado, hay aparentemente argumentos fuertes en favor del carácter vinculante de decisiones mayoritarias pasadas sobre las mayorías presentes. Holmes, en un artículo sumamente interesante[89], ha recurrido a la idea de que las restricciones a la regla mayoritaria adoptadas por mayoría en el pasado pueden expandir el poder de las mayorías presentes en diferentes formas. Una de esas formas consiste en adoptar un precompromiso voluntario que implica una especie de autopaternalismo como el practicado por Ulises para resistir el canto de las sirenas. Pero, como el mismo Holmes dice, es peligroso extender a todo un grupo colectivo un esquema conceptual que se aplica a una persona: las mayorías están formadas en diferentes momentos por personas distintas y, por lo tanto, parece difícil hablar de autopaternalismo. Sin embargo, algunos casos de heteropaternalismo pueden estar justificados, como vimos antes (cap. 1, ap. F), si –como en las relaciones laborales– hay un riesgo de que la voluntad irrestricta de una persona pueda dañar sus propios intereses subjetivos. Pero no es fácil ver aquí cuáles son los riesgos a los que en general una mayoría puede verse expuesta en el tiempo *t1* que justifica que su decisión sea constreñida por la decisión de otra mayoría en el tiempo *t0* que no está sujeta a los mismos riesgos. Holmes recurre, *á la* Ackerman[90], a la presunta mejor cualidad de la voluntad popular en los momentos constitucionales, debido a la mayor movilización, participación y atención de la población, pero esto es dudoso a la luz del proceso real de sanción de la mayoría de las constituciones vigentes.

Más persuasivo parece, sin embargo, el argumento de Holmes de que no todas las decisiones pueden ser tomadas al mismo tiempo, sino que las decisiones presentes deben ser tomadas sobre la base de algunas decisiones pasadas; en sus propias palabras: "Es un sinsentido hablar de gobierno popular fuera de cierto tipo de marco jurídico que permite al electorado tener una voluntad coherente. Por esta razón, los ciudadanos democráticos requieren la cooperación de los padres fundadores del régimen. Formulando la idea en forma algo paradójica: sin atarse las manos, el pueblo no tendrá manos. Las decisiones deben hacerse sobre la base de predecisiones... La democracia, en otras palabras, no es nunca simple sino que es siempre el gobierno del pueblo dentro de ciertos canales predeterminados, de acuerdo a ciertos procedimientos prefijados, siguiendo ciertos criterios de selección electoral, y sobre la base (para elegir un ejemplo revelador) de ciertos distritos electorales predibujados".

[89] Holmes, *Pre-commitment and the Paradox of Democracy*, en Elster (comp.), "Constitutionalism and Democracy".

[90] Ackerman, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, en "Yale Law Journal", 1985, p. 1013.

A pesar del atractivo intuitivo de esta invocación de la necesidad de decidir dentro de ciertos procedimientos establecidos en el pasado, los fundamentos de este atractivo son bastante oscuros. ¿Por qué es que la mayoría presente no puede decidir todo? Es obvio que, para que la democracia tenga poder epistémico, debe observar cierto procedimiento que garantice una discusión amplia y abierta y la decisión mayoritaria, y es también obvio que lo que la mayoría decide sobre ese procedimiento no determina su validez, ya que esta misma decisión puede estar afectada por vicios procesales. Pero no es tan obvio que una mayoría pasada está en mejores condiciones para establecer el procedimiento correcto. Es verdad que no hay gobierno mayoritario sin reglas previas que establezcan el procedimiento correcto que realza el valor epistémico de las decisiones que se tomen, pero no hay una forma que no implique una petición de principio de atrincherar ese procedimiento (si uno supusiera que el procedimiento establecido en la Constitución es correcto, uno celebraría que ninguna mayoría simple lo pueda reformar; pero si uno creyera que es incorrecto, lamentaría ese hecho).

Aquí sólo puedo traer a colación algunas consideraciones (que en parte ya fueron desarrolladas más ampliamente –ver cap. I, ap. C–) que una vez articuladas podrían fundamentar parte del aparente atractivo del último argumento de Holmes. Una de ellas es la de que, como vimos en aquel lugar, ninguna mayoría puede adquirir por sí misma el poder de mandar eficazmente fuera de una práctica colectiva en curso. Una mayoría, como vimos, raramente puede fundar una nueva práctica, y, por lo tanto, frecuentemente debe apoyarse en la práctica existente para ser capaz de gobernar; de ahí la conformación de "tejado" que tiene, según vimos antes (cap. I, ap. D) una práctica constitucional. Esto está conectado con otra circunstancia, que es que la mayoría, a diferencia de un monarca o de un cierto grupo aristocrático, no es un individuo o un conjunto de individuos; la mayoría es una abstracción que está formada por diferentes conjuntos de manos que se levantan ante preguntas distintas. Algunas de las personas cuyas manos hacen un número mayor en relación a un cierto tema pueden estar en minoría respecto de un tema diferente. Mas aún, ellas podrían haber votado en sentido diferente si el tema en cuestión hubiera sido presentado para la votación en conjunción con temas distintos a aquellos junto a los que, en realidad, fue presentado. Lo que es más importante todavía, la mayoría puede cambiar porque, como vimos antes, algunos individuos cambian o sus ideas o intereses se modifican. Esto quiere decir que algún equilibrio debe ser alcanzado entre proveer un marco para permitir estos cambios de mayorías, ya que no hay una mayoría que pueda dominar a otras mayorías, y al mismo tiempo proveer cierta estabilidad para las decisiones, de modo que ellas no se vean

permanentemente frustradas. Esto se conecta con una tercera circunstancia que es que, en la medida que la democracia tiende a proteger los intereses de la gente que puedan ser justificados sobre la base de principios imparciales, su operatoria debe tener en cuenta el hecho de que los intereses no son instantáneos sino que se extienden en el tiempo. Muchos intereses se refieren a estados de cosas que deben darse en el futuro, y es en beneficio de todos que una vez que esos intereses hayan sido legitimados por la discusión y decisión públicas haya alguna garantía de satisfacción, a pesar de los cambios de otra gente y de sus intereses.

Estas observaciones son todavía demasiado poco elaboradas e interconectadas como para asegurar conclusiones definitivas. Como pienso que no hay por ahora teorías concluyentes acerca del peso de decisiones pasadas y de la justificación de su atrincheramiento, el mejor camino práctico es proceder con cautela, tratando de reconciliar las diferentes consideraciones mencionadas.

En lo que hace a la Argentina, de acuerdo con lo expuesto, no creo que sea recomendable una flexibilización completa del sistema de reforma de la Constitución nacional establecido en el art. 30, sobre todo en lo que hace al sistema de derechos y garantías. Pero sí, en cambio, parece apropiado adoptar un procedimiento menos rígido de reformas parciales, sobre todo de la parte orgánica, permitiendo que sean hechas por una mayoría calificada del Congreso, tal vez con un referéndum ratificatorio[91]. Además no parece aconsejable elecciones demasiado frecuentes de funcionarios y reiteradas consultas populares, aunque parece obvio que deberían acortarse todos los mandatos que son ahora extremadamente largos (compárense los seis años del presidente argentino con los cuatro del norteamericano, los cuatro de los diputados de nuestro país, con los dos de los norteamericanos, los nueve de los senadores argentinos con los seis de los de Estados Unidos). Asimismo, no parece conveniente la elección por mitades de la Cámara de Diputados, ya que esto impide dar efecto legislativo incluso a un consenso popular amplio que se forme en un momento dado. También, como argumentaré más tarde, parece conveniente la introducción de un variado sistema de consultas populares en el esquema constitucional argentino, aunque con resguardos para evitar algunos abusos políticos que se pueden cometer a través de ellos[92].

[91] Ver sobre el punto Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional. Dictamen preliminar*.

[92] Ver sobre el punto Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional. Dictamen preliminar*.

Pero lo más grave respecto de la dispersión temporal de la soberanía popular es el hiperpresidencialismo que caracteriza al sistema de gobierno argentino. Aun suponiendo –lo que, como vamos a ver más tarde, es del todo falso– que el principal centro de poder, o sea el presidente de la República, estuviera de algún modo constreñido fácticamente por el consenso alcanzado por su elección, la *rigidez* del mandato presidencial, además de su excesiva duración en la Argentina, hace absolutamente imposible, como vamos a ver con más detalle en el § 62, que los cambios que se produzcan en ese consenso mayoritario se reflejen en la formación del gobierno y, en consecuencia, en las políticas a seguir. Si bien es verdad que esos cambios de consenso se traducen en las elecciones parlamentarias bianuales, tales expresiones de la nueva orientación de la opinión pública tienen escasas posibilidades de incidir en la política de gobierno, dadas las amplísimas facultades jurídicas y fácticas que, según vimos en el apartado anterior, el Presidente tiene para imponer sus decisiones, sobre todo cuando ellas están respaldadas por presiones corporativas. En el mejor de los casos, el cambio de consenso de la población expresado en las elecciones parlamentarias intermedias puede tener un efecto de *bloqueo* de las políticas de gobierno, si es que el Congreso puede ejercer alguna musculatura política. Pero de ningún modo ello se expresa de forma positiva en una reorientación de la política de gobierno, tanto más cuando la dinámica de confrontación entre los partidos que estudiaremos en el próximo apartado hace que difícilmente haya una negociación constructiva entre los órganos políticos del Estado en el marco del sistema presidencialista.

Por supuesto, esta dificultad de reflejar el nuevo consenso que se constituye en la sociedad en la formación del gobierno no está sólo determinada por la duración prolongada del mandato presidencial sino también por las dificultades para la remoción del Presidente. Como se dijo antes, el juicio político al Presidente –tal como está regulado por los arts. 45 y 51 de la Const. nacional– es un mecanismo de casi imposible ejercicio, no sólo porque requiere una acusación por mala conducta y no una mera desconfianza política, sino además porque exige tales mayorías calificadas que sólo con la colaboración del partido del Presidente –lo que es un suicidio político para ese partido– se puede llevar a cabo (en la Argentina nunca pudo siquiera iniciarse; en Estados Unidos se lo hizo en dos ocasiones: en una el Presidente fue absuelto por un voto, y en la otra renunció antes de que el juicio progresara). Por otro lado, el Presidente suele tener tal sentido de mandato místico, lo que coincide con la visión popular de la presidencia como una misión epopéyica, que muy pocas veces tiene el gesto valedero de renunciar antes de que su mandato finalice, sabiendo que el costo de ese gesto es enorme

para su futuro político. De este modo, es imposible reconstituir el consenso popular y proyectarlo en la formación y el ejercicio del gobierno una vez que, con el paso del tiempo, el consenso que llevó a la elección del Presidente se deteriora.

En este sentido, los sistemas parlamentarios y mixtos son ampliamente superiores en su capacidad de atenuar la dispersión temporal de la soberanía popular. En un sistema parlamentario puro la formación del gobierno es directamente dependiente de las mayorías electorales que se van expresando en elecciones parlamentarias periódicas, tanto más cuanto el Parlamento puede ser disuelto en cualquier momento en que se perciba que el gobierno no cuenta con consenso suficiente. En un sistema *mixto dinámico* como el propuesto por el Consejo para la Consolidación de la Democracia[93] también las variaciones de consenso que se van dando en la población tienen forma de expresión flexible en la formación del gobierno y en sus políticas. Cuando el Presidente cuenta con consenso popular que se expresa en la mayoría de la Cámara de Diputados –ya que de lo contrario puede disolverla y hacer que su popularidad se exprese en la conformación de la nueva mayoría parlamentaria–, él gobierna a través del Primer ministro y su gabinete, puesto que, aunque formalmente el gobierno está radicado en estos últimos, ellos dependen enteramente del Presidente, ya que no es posible una censura parlamentaria contraria a los deseos de éste.

En cambio, cuando el Presidente pierde consenso –lo que inevitablemente ocurre en la Argentina más temprano que tarde y asociado con los ciclos de la crisis económica–, y ello se expresa en la conformación de la Cámara baja, él debe negociar con la mayoría de ésta la conformación del gobierno, que adquirirá así independencia del Presidente y se aproximará al consenso popular. Para que esta flexibilidad sea efectiva se exige que el Primer ministro sea un genuino jefe de gobierno y que, aunque sea nombrado y removido por el Presidente, pueda ser censurado por una mayoría parlamentaria factible. De este modo, con estos sistemas hay una distancia temporal menor entre la constitución de un cierto consenso en la opinión pública y su impacto en la formación del gobierno y en la consiguiente adopción de las políticas acordes con ese consenso.

b) *Dispersión espacial.* Esta dimensión de la dispersión de la soberanía presenta menos problemas teóricos que la anterior, aunque las dificultades prácticas que plantea su reversión son enormes. Como vimos en el apartado anterior, en la Argentina –como en mu-

[93] Ver Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional. Segundo dictamen.*

chos otros países federales, comenzando por el modelo norteamericano– hay, por lo menos, tres ámbitos diferentes en los que la política democrática es ejercitada: el local, el provincial y el nacional. Como se dijo también en ese apartado, en el curso de la historia del país (una vez que el déficit federal al que aludimos antes –cap. I, ap. E– fue superado por la sanción de la Constitución de 1853-1860) se fue produciendo una concentración de poderes, tanto normativos como fácticos, en el orden nacional, que redundó en beneficio del área de Buenos Aires, aun cuando con el restablecimiento de la democracia en 1983, se advierte una saludable reversión de este proceso.

Esto está conectado con la cuestión general de cuál es el ámbito apropiado para practicar el procedimiento de discusión y decisión democráticas. La necesidad de un intenso diálogo entre la gente a quien concierne la decisión –realzada por la concepción deliberativa de la democracia– empuja en la dirección de que ese ámbito esté dado por unidades tan pequeñas como sea posible; la necesidad de contar con mercados más grandes y esquemas de compensación amplios empuja hacia una coordinación en el contexto de unidades más extensas. Las dificultades comienzan a emerger cuando los arreglos institucionales que fueron pensados para cierto grado de descentralización se aplican a situaciones fácticas en las que ese grado ha resultado alterado.

En la Argentina éste es el caso del Senado y aun de la representación en la Cámara de Diputados. Como en los Estados Unidos, el Senado fue, tal cual vimos, la gran solución al conflicto entre unidad nacional y autonomía de las provincias cuando el país se constituyó. Pero es sumamente dudoso que ahora el Senado satisfaga, tal cual está estructurado, necesidades legítimas. Provincias que tienen más o menos la misma población que un barrio de la ciudad de Buenos Aires tienen los mismos dos senadores que provincias con cuarenta veces más habitantes. Además, la regla que establece un mínimo de cinco diputados por provincia implica, como vimos, que los diputados de las provincias menos pobladas representan aproximadamente cuatro veces menos gente que los de aquellas con mayor densidad demográfica, no obstante que unos y otros tienen igual voto en el recinto de Diputados. Esto constituye ciertamente una considerable distorsión del reflejo de la opinión general en las decisiones nacionales, cuando las cuestiones políticas más importantes son decididas en el plano federal. El caso sería, por supuesto, muy diferente si las cuestiones políticas de mayor relevancia fueran decididas en el nivel de las provincias y la misión de los delegados al Gobierno nacional no fuera decidir *ex novo* tales cuestiones, sino cuidar que las decisiones tomadas en el plano provincial sean respetadas.

Esta distorsión puede ser resuelta a través de diferentes modificaciones que operan, a veces, en direcciones contrapuestas. Una de ellas consistiría en producir una descentralización profunda, de modo que cuestiones crucialmente importantes sean decididas en el nivel provincial, y aun en el local. Esto podría ser materializado si los servicios públicos relevantes –como la educación secundaria y universitaria, además de la primaria que hoy ya ha sido descentralizada, los de salud, seguridad y previsión social, etc.– fueran desplazados hacia la responsabilidad de las provincias. Lo mismo podría ser hecho –como ocurre en los Estados Unidos–, con la facultad de dictar la legislación común sustantiva, previa reforma del art. 67, inc. 11, de la Const. nacional. Esto podría facilitar la discusión colectiva de estas cuestiones atendiendo a las peculiaridades de cada provincia, o aun –en lo que hace a los servicios– de cada ciudad. Los dictámenes sobre reforma constitucional del Consejo para la Consolidación de la Democracia, contienen diversas propuestas para descentralizar el control de los recursos naturales, la prestación de servicios públicos y la percepción impositiva. Pero ciertamente esta descentralización tiene la desventaja de que tiende a debilitar la cooperación entre las diversas provincias y, consiguientemente, a incrementar las diferencias sociales y económicas entre ellas.

Otro tren de reformas tiende a superar las distorsiones de la representación en el plano nacional. El Senado debiera ser modificado –como se propuso en el dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia– de modo que se especialice en cuestiones que conciernan directamente a la defensa de la autonomía de las provincias –como el presupuesto, coparticipación impositiva, posibles intervenciones a las provincias, etc.–, mientras sólo tendría un poder de veto respecto de la legislación que tiene que ver directamente con los derechos individuales (y por supuesto, no participaría en la censura al gobierno en el marco del sistema mixto, sino que tendría un rol especial como cuerpo de consulta vinculante del Presidente). De este modo, una ley que no se refiera a temas federales, aprobada por la Cámara de Diputados, quedaría automáticamente sancionada si en un cierto lapso no es vetada por el Senado (esto evitaría que el Senado bloquee iniciativas con amplio apoyo popular que se reflejan en la posición de la mayoría de la Cámara de Diputados, como ocurrió con el intento fallido de obstaculizar la sanción de la ley de divorcio; el exitoso de impedir la sanción de la ley sindical enviada por el presidente Raúl Alfonsín al Congreso en 1984; y casi exitoso en impedir la ratificación del Tratado del Beagle, lo que sólo se superó con la consulta popular no vinculante). Por cierto que la representación diferencial en la Cámara de Diputados, que beneficia a las provincias menos pobladas, también debe ser modificada.

El tercer tipo posible de reformas que va en una dirección contraria que el primero, y que, a diferencia de él, presupone el segundo, está inspirado en un diferente tipo de federalismo que el sistema presente. En lugar de dividir las cuestiones de incumbencia federal y provincial –una división que es difícil de hacer en muchos casos y que debilita la cooperación–, este tipo diferente de federalismo dividiría el proceso de decisión o implementación. Muchas decisiones podrían ser adoptadas en el nivel provincial por las Legislaturas o por procedimientos de consulta pública y luego los senadores y diputados de esa provincia podrían estar comprometidos a defender la solución en el plano nacional. Este proceso que, en ciertos casos, podría comenzar aun en el nivel local, constituiría algo análogo al mecanismo de centralización democrática defendido por MacPherson[94]. Una vez que la decisión es tomada en el orden nacional, un proceso en dirección inversa se podría dar en relación a la implementación de la decisión, haciendo posible algo similar a lo que Habermas[95] llama "discurso de implementación", en el que las condiciones locales fácticas para aplicar una medida son tomadas en cuenta. Este tipo de federalismo en el cual los tres niveles del gobierno cooperan en la formación de una decisión y en su aplicación está más cerca del federalismo "cooperativo" que, como vimos en el apartado anterior, se da en Alemania Federal y en España, que del federalismo dual de los Estados Unidos.

Éstas son ideas muy genéricas que necesitan una articulación más precisa antes de fundamentar propuestas prácticas. De cualquier modo, parece claro que el federalismo argentino, que ha sido desvirtuado en varias direcciones a lo largo de la historia, necesita una profunda revisión para hacer convergir la exigencia de descentralización –que es esencial a una democracia deliberativa– con la de coincidencia del consenso que se forme en el ámbito de posibles afectados por una decisión y el contenido de esa decisión.

c) *Dispersión funcional*. La dimensión funcional del problema de la dispersión de la soberanía nos enfrenta con la cuestión de la división de poderes, principalmente en lo que hace a los ámbitos ejecutivo y parlamentario.

Hemos visto en el apartado anterior que la práctica constitucional argentina ha expandido enormemente las facultades normativas y fácticas de un Poder Ejecutivo que goza de una legitimidad subjetiva de origen prácticamente plebiscitaria –por más que en el papel

[94] MacPherson, *The Life and Times of Liberal Democracy*, cap. V.

[95] Habermas, Jürgen, Manuscrito sin publicar sobre el fundamento de la democracia.

haya un sistema indirecto con intervención de un colegio electoral para elegir al Presidente– a costa de otros órganos del Estado: los jueces, los gobiernos provinciales, y, sobre todo, el Congreso de la Nación, cuya Cámara baja compite con el Presidente en su representatividad popular.

El sistema presidencialista quiebra el resultado de la deliberación pública en dos diferentes expresiones en el mismo nivel de gobierno. De hecho, cuando la elección parlamentaria coincide con la elección presidencial, esa fractura se atenúa en la Argentina, ya que la elección del Presidente tiene un efecto de arrastre sobre la de los diputados (sobre todo por la técnica de que las boletas de candidatos de un mismo partido para los diferentes cargos estén adheridas, lo que hace que sólo una porción baja de electores se tome el trabajo de diferenciar su voto cortándolas); sin embargo, la brecha se amplía –combinada con la dispersión temporal– en las dos elecciones parlamentarias intermedias y aun se da en la coincidente con la presidencial si tenemos en cuenta la diferencia entre la fórmula electoral del Presidente –que es por fuerza a pluralidad de votos– y la fórmula proporcional para la elección de la Cámara de Diputados.

La división de las expresiones de la soberanía popular da lugar al efecto que la concepción pluralista de la democracia realza, cual es que nadie puede invocar por sí mismo la voz del pueblo. Esto resulta atractivo si lo asociamos con imágenes de hombres fuertes que hablan y actúan como si encarnaran en sí las ideas, pasiones y voluntades de millones de personas. Pero el atractivo se atenúa si advertimos por qué se produce ese efecto en un sistema de expresiones de soberanía dividida: para hablar metafóricamente, no es porque "la voz del pueblo" se componga a través de la convergencia de muchas voces representativas de diferentes sectores ideológicos o de distintos ámbitos territoriales, sino porque esa voz no se oye, dada la superposición de voces con distinto registro representativas del mismo electorado. En palabras menos pictóricas, el sistema presidencialista, que admite dos órganos con la misma legitimidad de origen pero con diferentes mecanismos de transformación de votos en cargos y operando con secuencias temporales distintas, descompone el resultado del debate público de tal forma que no permite garantizar que el consenso, que es resultado de ese debate, se traduzca en directivas de acción política unívocas.

Como vamos a ver en el parágrafo siguiente, hay varios factores que hacen que en un sistema hiperpresidencialista, como el argentino, sea dudoso que el Poder Ejecutivo y el Legislativo absorban adecuadamente al consenso a que se llega sobre diferentes cuestiones en el proceso de deliberación colectiva. Pero aun si el Presidente y el Congreso reflejaran el consenso mayoritario que resul-

ta de la deliberación pública, la combinación de la actuación de ambos no reflejaría ese consenso, porque el sistema presidencialista no prevé una forma de coordinar la orientación del Presidente con la del Congreso. El Congreso tiene un muy escaso poder de iniciativa política, y cuando expresa mayoritariamente una orientación contraria a la del Poder Ejecutivo ello generalmente deriva en una actitud de obstrucción a las iniciativas del Presidente. Éste es el curso de acción más probable cuando una de las Cámaras está dominada por un partido de oposición, dada la dinámica de confrontación inherente al sistema presidencialista por su carácter de juego de suma cero (como veremos en el apartado siguiente), sobre todo cuando éste se combina con partidos políticos fuertes y un sistema de representación proporcional. El poco poder de iniciativa positiva de un congreso opositor suele ser cortado de raíz por el Presidente, ejerciendo su poder de veto –sobre todo cuando la posibilidad de la promulgación parcial le permite armar la ley de su preferencia– o interfiriendo con esas iniciativas a través de sus poderes legislativos que ha adquirido en la práctica constitucional argentina –como la de los decretos delegados o los de necesidad y urgencia–.

Si el Presidente y el Congreso expresaran diferentes acuerdos mayoritarios, ello sería, o bien por la diferencia de tiempos en la elección de unos y otros o por la diferencia de regímenes electorales, que permitiría que el Presidente fuera expresivo de la minoría mayor y la Cámara de Diputados (no tomemos en cuenta al Senado por ahora) de la suma mayor de minorías, que podría excluir a la minoría individualmente mayor. La única coordinación posible de estas expresiones consensuales diferentes sería si en el principal centro de poder que es el Poder Ejecutivo se formara una coalición en la que interveniera el conjunto de minorías que constituyen la mayoría del Congreso. Pero el sistema presidencialista de gobierno –sobre todo cuando se da con un régimen bipartidista y con partidos fuertes y disciplinados– es especialmente antagónico con la formación de coaliciones. Obviamente el cargo presidencial no puede ser repartido y los cargos de gabinete –por su dependencia total del Presidente– no son atractivos para los partidos de oposición (independientemente de que lo sean para políticos individuales), ya que implican comprometerse con la política del gobierno sin posibilidad de incidir en ella. Aun en situaciones excesivamente críticas, los partidos de oposición prefieren mantenerse en una posición extremadamente adversaria respecto del Poder Ejecutivo, para aprovecharse en las próximas elecciones del desgaste del partido oficialista.

De este modo, un sistema presidencialista –sobre todo cuando es extremo y más todavía si funciona en combinación con una formacion de dos partidos o dos partidos y medio fuertemente disciplinados y en el marco de un sistema electoral proporcional– no permite

coordinar las diferentes expresiones de la voluntad popular, de forma de reconstruir el consenso público. Esto se da aun en el mejor de los casos en que los dos órganos representativos de la soberanía popular en el nivel nacional –el Presidente y la Cámara de Diputados– expresaran con relativa claridad diferentes resultados del proceso de deliberación pública, lo que tendré ocasión de poner en duda en el parágrafo siguiente.

Las cosas son diferentes en los sistemas parlamentarios o mixtos. En ellos la coordinación se produce por la relación fiduciaria que se da entre el gobierno y el Parlamento. En el caso de un sistema parlamentario puro, el gobierno es expresión directa del Parlamento que es el único órgano representativo de la voluntad popular. En el sistema mixto de gobierno se da la misma división de las expresiones de la soberanía del pueblo que en el sistema presidencialista, pero se produce una coordinación necesaria entre las dos expresiones, ya que debe haber un acuerdo entre el Presidente y la Cámara de Diputados para formar gobierno, y el Presidente tiene el recurso de disolver la Cámara de Diputados si ese acuerdo no se alcanza. Es posible pensar, incluso, en un sistema presidencialista que incluya algún mecanismo de coordinación entre las dos expresiones de la voluntad popular: por ejemplo, el sistema que propone Unger que permite al Presidente disolver la Cámara de Diputados y a la Cámara de Diputados censurar al Presidente, en cuyos casos se producen elecciones simultáneas de ambos órganos.

En conclusión, la dispersión temporal, espacial y funcional de la soberanía popular en un sistema con la estructura del argentino (y en buena medida del norteamericano –aunque en este último hay mejores mecanismos de coordinación, como por ejemplo el acuerdo senatorial para los nombramientos en cargos del Poder Ejecutivo–), distancia a este sistema considerablemente del ideal de democracia deliberativa.

Ello es así porque no hay una fórmula de traducción clara y unívoca entre el consenso mayoritario que resulte como conclusión del debate público sobre diferentes temas y la formulación de políticas de gobierno. Esta crítica, de ningún modo debe verse como una apología implícita de la concentración de poder; al contrario, hemos visto diferentes estructuras institucionales –como mandatos más cortos, mecanismos de participación directa, federalismo cooperativo, un sistema de gobierno mixto– que promueven una mayor descentralización del poder que la existente, al mismo tiempo que incluyen elementos racionales de coordinación entre las diferentes expresiones de la voluntad popular de modo de garantizar una reconstrucción adecuada del consenso que resulta de la deliberación pública. Lo que nos muestra esta discusión es que hay una descentralización legítima y necesaria –cuando se distribuye entre diferen-

tes ámbitos y momentos la capacidad de tomar decisiones que concierne a esos ámbitos y momentos, o cuando se separa en etapas el proceso de toma de decisiones y de implementación de esas decisiones, asignando cada etapa a una instancia más o menos cercana a los intereses o a las circunstancias que deben ser tomados en cuenta en la decisión y en su implementación–, y hay también una dispersión ilegítima y engorrosa, cuando se subdividen las expresiones de la voluntad de la población de tal modo que es imposible reconstruir el consenso colectivo.

§ 62. *El deficiente procesamiento del consenso.* – En la presentación anterior se ha presupuesto que los órganos representativos de la soberanía popular expresan ciertos "cortes" del consenso mayoritario que resulta del proceso de discusión pública, y sólo se ha cuestionado la racionalidad del método para proceder a esos "cortes" y para luego recomponerlos en una supuesta reproducción del consenso global que no guarda relación con la realidad. En este parágrafo voy a cuestionar la hipótesis de que tales órganos –sobre todo el presidente de la Nación, pero también la Cámara de Diputados en cierta medida– sean plenamente expresivos de consensos deliberativos relevantes.

La deficiencia en la expresión del consenso mayoritario por parte del presidente de la Nación puede estar dada desde el origen de su mandato.

Es posible que los mecanismos de elección del Presidente permitan que ocupe ese cargo quien apenas gozó en la votación del apoyo de una pequeña minoría mayor. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el Presidente es elegido a simple pluralidad de votos y se da un sistema pluripartidista.

El caso más famoso es el de Salvador Allende en Chile, quien resultó electo con poco más del 30% de los votos. También es ejemplo de este fenomeno el caso de Illia en la Argentina, quien, a causa de la proscripción del peronismo, resultó electo aun con un porcentaje de votos menor que el de Allende. Pero aun cuando haya procedimientos para asegurar que el Presidente que resulte designado haya tenido apoyo electoral –como el *ballotage* en Francia y el que estaba previsto en las elecciones argentinas de 1973 o el procedimiento del colegio electoral y asamblea legislativa de la Constitución de 1853-1860–, ello no asegura que el Presidente designado sea expresivo de un grar consenso mayoritario: tal cosa ocurre porque o bien en la segunda vuelta muchos ciudadanos han votado por el que consideran menos malo, o porque el procedimiento indirecto diluye en buena medida el apoyo real de la ciudadanía. A esto se agrega el hecho de que el "juego de suma cero" de la contienda elec-

toral a que obliga –como anota Linz[96]– el sistema presidencialista, por la indivisibilidad del principal centro del poder, produce una polarización que obliga a los candidatos presidenciales a presentar programas vagos y promesas contradictorias, tratando de hacer compatibles casi todos los intereses e ideologías, al mismo tiempo que lleva a la ciudadanía, aun en la primera elección, a resignarse a apoyar el segundo o tercero mejor; de este modo, el Presidente electo, aun con un gran caudal electoral, no es expresivo de un compromiso firme y claro adoptado entre él y la mayoría que lo ha votado en favor de cierta orientación de gobierno. Por otro lado, la necesidad de dar mandato por largos años a un solo hombre para que resuelva infinidad de cuestiones, hace que la gente deba ordenar sus preferencias sobre distintas políticas, dando prioridad a algunas de ellas y suspendiendo su juicio sobre muchas otras, o aun votando a quien tiene posiciones claramente contrarias sobre estas últimas (p.ej., parece claro que en 1983 el electorado votó mayoritariamente a Raúl Alfonsín, priorizando su preferencia por un compromiso claro con los derechos humanos y el régimen democrático, mientras fue en cambio muy oscuro cuáles eran las coincidencias entre sus preferencias sobre otras cuestiones como las económico-sociales –que luego adquirieron suma importancia– y las posiciones del candidato).

El débil consenso de origen de los presidentes contrasta agudamente con el sentido de misión que los suele embargar. Muchos de ellos creen que están munidos de un mandato histórico de todos los ciudadanos –y no solamente de la generación presente sino también de las pasadas y futuras– para transformar radicalmente la realidad. Este contraste entre el consenso real de origen y la profundidad de los cambios emprendidos, ha jugado sin duda un rol relevante en el deterioro de la posición del presidente Allende que condujo, previa intervención de otros actores, a su caída.

Pero aun cuando el Presidente cuente con un consenso de origen para sus políticas, lo suele perder al poco tiempo, sobre todo cuando tiene que enfrentar graves crisis. El Presidente –quien tiene en la Argentina un mandato de seis años supuestamente de todo el electorado no obstante grandes contradicciones ideológicas y de intereses–, siente que no está atado al consenso alcanzado sobre las cuestiones específicas en el debate público y en la votación. Generalmente asume que su relación con sus mandantes es una relación carismática, que está basada en la confianza personal y no en la adhesión a cierto programa o propuestas particulares. De tal modo

[96] Linz, Juan, *Democracia presidencialista o parlamentaria. ¿Hay algunda diferencia?*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Presidencialismo versus parlamentarismo", p. 19 y siguientes.

se suelen producir agudos cambios de rumbo entre las posiciones enunciadas por el candidato electo en la campaña electoral y las políticas adoptadas una vez que llega al gobierno. Y esto no sólo se produce luego de varios años de experimentar el ejercicio del poder y las limitaciones que plantea la dura realidad, sino que a veces los giros radicales se manifiestan a los pocos días de asumir el gobierno. Esto pasó notoriamente en la Argentina con los casos del ex presidente Frondizi y del actual presidente Carlos Menem, quienes adoptaron políticas de contracción de los servicios sociales y de apertura de mercados, luego de defender en sus campañas posiciones populistas y nacionalistas. En realidad la cuestión se da casi al revés: es el hecho de que el candidato sabe que si es electo no será responsabilizado por sus promesas incumplidas (en la Argentina ni siquiera está la posibilidad de la reelección como elemento disuasivo) lo que lo lleva a prometer fácilmente lo que supone que será halagüeño para los oídos del electorado.

Pero en el electorado mismo se desarrolla un proceso paralelo: como ellos saben que una vez electo el Presidente, no serán llamados a expresar sus preferencias sobre el principal centro del gobierno por largos años, genera un sentimiento de irresponsabilidad y adoptan una actitud crítica sin necesidad de tomar partido por una alternativa positiva.

De este modo la relación consensual entre el Presidente y el electorado tiende a desaparecer rápidamente, y tanto uno como otro se siente liberado de mutuas ataduras casi tan pronto se produce la elección.

La relación consensual entre el electorado y el Congreso es más oscura pero no más feliz: es cierto que constituye una ventaja para mantener esa relación consensual el que la Cámara de Diputados sea electa por mitades cada dos años, de modo que la gente tiene mayor oportunidad que en el caso del cargo presidencial de incidir con sus preferencias de una forma más directa y recurrente. Por otro lado, la relativa proporcionalidad de la Cámara de Diputados permite que el proceso de discusión de la sociedad en conjunto tenga algún reflejo en el curso de sus actuaciones. Pero, sin embargo, estos rasgos positivos se pierden debido a su conjunción con varios aspectos negativos: el hecho de que la Cámara de Diputados tenga que combinar su decisión con la del Senado, que no tiene ninguna relación directa con el consenso general; el hecho de que la proporcionalidad está alterada por reglas como el piso de cinco diputados por provincia y el mecanismo D'Hondt para los restos; la renovación por mitades de la Cámara de Diputados, que hace que aun la formación de un consenso decisivo en la opinión pública sobre ciertos temas no tenga un impacto completo en la conformación de la Cámara; el hecho de que ese consenso esté distorsionado por el arrastre de la elec-

ción presidencial y esté filtrado por la disciplina partidaria. Todo esto sin tener centralmente en cuenta el tema del sistema electoral empleado, que analizaremos en el parágrafo siguiente. De modo, que tampoco el Congreso es un buen receptor de la conclusión alcanzada en el debate colectivo que debe darse con el desarrollo del proceso electoral.

Por estas razones el presente sistema hiperpresidencialista tal como opera en la Argentina no asegura que el consenso que resulta del debate público se refleje permanentemente en la formación y ejercicio del gobierno. Esto implica, por supuesto, un considerable apartamiento de las condiciones que otorgan valor epistémico a las operaciones del gobierno democrático. En contraste, el sistema mixto propuesto por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, sobre la base de la experiencia de países como Francia, Portugal y Finlandia, tiende a reflejar de una manera mucho más flexible aquel consenso en la constitución y operatoria de los gobiernos. Como dije antes, el Presidente sería el centro del poder dentro de ese sistema, en tanto en cuanto tenga suficiente apoyo popular como para hacer la censura parlamentaria imposible o muy riesgosa, dada su facultad de disolver la Cámara de Diputados. Cuando el consenso que apoya las políticas del Presidente empieza a desgastarse, probablemente tenga que comenzar a negociar la formación del gabinete y las políticas del gobierno aun con los diputados de su propio partido antes de las elecciones parlamentarias. En ese caso, el Primer ministro y su gabinete adquirirían alguna independencia del Presidente y comenzarían a ser más responsables ante la mayoría parlamentaria, aun cuando ella esté formada por el mismo partido del Presidente. Si el Presidente sufre una pérdida severa de apoyo popular, ello se reflejará en la próxima elección parlamentaria, ya que la propuesta del Consejo incluye la idea de que toda la Cámara sería electa por cuatro años en la mitad del período presidencial de cuatro años. Esto implicaría, como se explicó, que el Presidente debería negociar con la mayoría opositora en la Cámara de Diputados la formación del gobierno, el que en este caso sería considerablemente independiente del Presidente. Ello ayudaría a proteger la figura presidencial del desgaste político, la que tal vez podría reconstituir su prestigio, y en la próxima elección comenzar un nuevo ciclo de apoyo popular (como ocurrió con Mitterrand en su segundo mandato). Como dije antes, es condición necesaria para que este sistema mixto dinámico tenga capacidad para procesar el consenso colectivo y proyectarlo en la formación del gobierno que el Primer ministro sea un verdadero jefe de gobierno y que pueda ser censurado por una mayoría parlamentaria viable.

Aun sin modificar el sistema presidencialista, la reconstrucción de nuestra práctica constitucional puede orientarse hacia algunas re-

formas que permitan que cada uno de los órganos independientes de la soberanía popular reflejen por separado, con mayor nitidez de lo que lo hacen en la Argentina, algún corte transversal del consenso público. Una de ellas es la posibilidad de admitir la iniciativa popular para revocar el mandato presidencial, que podría ser un mecanismo interesante dentro del sistema presidencialista puro, para descomprimir las tensiones políticas y constituir un elemento disuasivo frente a la tentación de romper las promesas electorales. Otra medida adicional, menos dramática que la anterior, podría ser la unificación de los mandatos de los diputados y la elección de toda la Cámara en momentos no coincidentes con la elección presidencial, como lo propuso el Consejo para la Consolidación de la Democracia (por supuesto que a medida que sea más nítido el consenso que cada órgano expresa es tanto más necesario coordinar esas expresiones). Otra reforma es, ciertamente, la adopción de un bicameralismo diferenciado con un Senado ocupado, como vimos, centralmente de las cuestiones que hacen a las autonomías provinciales. También el sistema electoral y de elección del Presidente pueden ser perfeccionados, pero ello tiene que ver con otras cuestiones que veremos enseguida. Es también imperioso que el Congreso y el Poder Judicial asuman sus funciones absorbidas por el presidente de la Nación y que en una acción conjunta se restrinjan sus abusos en materia de estado de sitio y de intervención federal, de decretos de necesidad y urgencia y reglamentos delegados, de promulgación parcial de leyes, de indultos a procesados, etc.; ello irá, en última instancia, en beneficio de la misma Presidencia al estar orientado a hacer coincidir sus facultades normativas con su capacidad real de absorber el consenso colectivo.

§ 63. *El problema de la mediación imperfecta.* – Parte de las dificultades para procesar adecuadamente el consenso que tiene el hiperpresidencialismo corporativo argentino se materializan en deficiencias en la representatividad de los órganos de gobierno. Pero conviene que veamos en su conjunto el tema de la representación, pues ella presenta otros problemas de índole diferente que el que se refiere a la proyección del consenso en la formación y el ejercicio del gobierno.

Hay dos formas de ver a la representación: como algo que realza el valor del proceso democrático o como un mal necesario, dada la imposibilidad de la democracia directa. La concepción deliberativa de la democracia no ve a la representación como un componente intrínsecamente valioso del sistema político, a diferencia de la visión pluralista que percibe en ella otro mecanismo, junto con la división de poderes, para impedir la monopolización facciosa del poder. La idea de muchos pluralistas –incluyendo tal vez a los autores de *El*

Federalista– es que el separar a quienes toman las decisiones de aquellos cuyos intereses están más directamente afectados, es una forma de impedir que los grupos corporativos ejerzan una influencia demasiado preponderante sobre tales decisiones (sobre todo cuando, además, se trata de que los representantes desarrollen ciertas virtudes cívicas y hasta se los aisla físicamente del campo de batalla de los intereses en una capital administrativa). El enfoque de la justificación epistémica basada en la discusión es totalmente diferente: el remedio contra el poder faccioso está dado por la necesidad de justificar los intereses que ellos defienden en la deliberación colectiva *vis à vis* otros intereses contrapuestos y someterlos a una decisión en la que cada individuo afectado tiene igual injerencia. Ello hace que la forma más plena de maximizar el valor epistémico de la democracia sea mediante la participación directa en la discusión y decisión de los propios interesados, ya que la intervención de mediadores hace correr el riesgo de que se desvirtúe la apreciación de los intereses involucrados, principalmente teniendo en cuenta que, como decía Mill, no hay mejor juez de sus propios intereses que uno mismo.

Luego vamos a tener ocasión de hablar de los beneficios y peligros de la participación directa. Por ahora basta decir que por más que los beneficios de esa participación sean considerables, es cierto que en una sociedad grande y compleja, se necesitan mecanismos de mediación, dada la imposibilidad de que millones de ciudadanos intervengan permanentemente para decidir en forma colectiva las miles de cuestiones que un gobierno moderno debe decidir cotidianamente. Es obvio que, aun cuando fuera físicamente posible, tal proceso de discusión y decisión directa de los ciudadanos implicaría un grave menoscabo a su autonomía personal, ya que en muchos casos la actividad pública no es central para el plan de vida de los individuos.

Si la representación es, entonces, necesaria, la concepción deliberativa de la democracia debe proveer una justificación para ella, so pena de debilitar sus credenciales. Creo que la forma más plausible de proveer esa justificación es concibiendo a la representación como una *delegación para continuar con la discusión pública* y tomar luego ulteriores decisiones, a partir de las posiciones que gozaron de un consenso mayoritario en el momento de culminar el debate que precedió al sufragio popular. Vale decir, podemos concebir una campaña electoral como un proceso de deliberación colectiva sobre políticas públicas que desemboca en un consenso que queda fijado con el resultado electoral. La obligación de los representantes es continuar con el proceso de deliberación, respetando ese consenso y profundizando en los puntos más específicos dentro del marco de tal consenso.

Es conveniente poner esta concepción de la representación en el contexto de las diferentes teorías que se han formulado tradicionalmente para dar cuenta de ella. Según Sartori[97] el término "representación" tiene por lo menos tres significados, ya que está asociado con las ideas de mandato, de semejanza o similaridad y de responsabilidad. Por su lado, Pitkin[98] diferencia diversas teorías, algunas de las cuales coinciden con estos significados distinguidos por Sartori, especialmente las teorías formalistas de la autorización y la responsabilidad –defendida, con muy diversas variantes, por autores como Hobbes, Weber, Jellinek, Tussman– y la teoría descriptiva o "especular" de la representación, defendida especialmente por John Stuart Mill y actores de las revoluciones francesa y norteamericana.

Creo que, en realidad, la idea de representación es ineludiblemente *dual*, puesto que encierra dos nociones diferentes que están captadas por algunos de los sentidos y teorías que mencionamos: por un lado, la noción de representación como mandato y responsabilidad, que son dos caras de la misma moneda, puesto que sólo tiene sentido autorizar a alguien a actuar en su nombre si se lo puede hacer responsable si no lo hace, y sólo se es responsable por una gestión desafortunada si se ha obrado en consecuencia de un mandato expreso o tácito. Por el otro lado, está la noción de representación como reproducción de un original que el representante sustituye, o sea la noción "especular" de la representación.

Bajo la primera noción la representación consiste en que un grupo de ciudadanos autorice a un mandatario para que defienda sus ideas e intereses, debiendo responsabilizarse ante ellos por una gestión contraria a tales ideas e intereses. Bajo la segunda noción la representación está dada por sustituir el conjunto social representado por un cuerpo semejante en los aspectos relevantes, pero más manejable y operativo, sobre todo por su tamaño mucho menor, que hace posible la discusión y la decisión. Difícilmente se dé una representación adecuada sin absorber, en parte, a alguna de estas nociones: la autorización y la responsabilidad en la defensa de ideas e intereses nunca es del todo definida, y necesita de la reproducción del grupo con tales ideas e intereses en el cuerpo que tomará la decisión para asegurar la convergencia de la incidencia de ese grupo en la decisión con las preferencias de sus integrantes. Por otra parte, no hay una garantía de que la reproducción sea adecuada si los sectores a ser reflejados en el cuerpo que tomará la decisión no eligen a quienes espejarán sus preferencias, las que por otra parte necesitan

[97] Sartori, Giovanni, *Representation: Representational Systems*, en "International Encyclopedia of Social Sciences", p. 465 y siguientes.

[98] Pitkin, Hanna, *El concepto de representación*.

ser explicitadas en el proceso de autorización mediante la elección; asimismo, la fidelidad de la reproducción se garantiza con la responsabilidad del representante cuando el representado no se siente reflejado en sus posiciones.

La concepción de la representación como una delegación para continuar el proceso de discusión y decisión iniciado en la campaña electoral y materializado en el consenso sobre principios y políticas definido con la elección, requiere también de ambas nociones. Desde ya que necesita de la idea de reproducción, puesto que la continuación de la deliberación pública sobre principios de justicia y políticas de gobierno basadas en ellos, sólo tiene probabilidad de convergir con soluciones análogas a las que se hubiera llegado si fuera el cuerpo social original el que llevara a cabo ese proceso de discusión, en la medida que el cuerpo sustitutivo esté formado por quienes defienden con la misma intensidad los mismos intereses e ideologías existentes en el conjunto social representado. Sin embargo, sin un acto compromisorio entre quienes detentan los intereses e ideologías originarios y quienes deben exponerlos en el cuerpo representante, no queda garantizado el carácter genuino de tales intereses e ideologías ni la fidelidad de su reproducción. El problema es que cada aspecto de la representación, bajo esta concepción como delegación para continuar la deliberación colectiva, deja sin resolver un problema importante: la representación como autorización y responsabilidad no permite en sí misma que quienes no votaron por el mandatario elegido encuentren sus intereses e ideologías reflejados en el órgano representativo; la representación como reproducción no permite que los representantes identifiquen a aquellos cuyas ideologías e intereses deben representar y, por lo tanto, tampoco permite detectar claramente esas ideologías e intereses, mientras que los representados tampoco pueden identificar claramente a quienes deben representar sus ideologías e intereses, con el objeto de pedirles cuentas cuando la reproducción es infiel.

Por cierto que estas dos nociones de representación tienen implicaciones en cuanto al tipo de órgano que debe funcionar como representante y en cuanto a la fórmula de transformación de votos en miembros de ese órgano. Cuando el mayor poder de decisión está concentrado en un órgano unipersonal, como ocurre con el hiperpresidencialismo argentino, se maximiza uno de los dos aspectos de la representación como mandato-responsabilidad, ya que los representados pueden identificar perfectamente quién está encargado de defender sus ideologías e intereses. Sin embargo, desde el punto de vista del mandatario, su relación con el electorado resulta sumamente diluida, puesto que es una relación con todo el cuerpo electoral, sin poder identificar quiénes lo votaron y, en consecuencia, qué ideas e intereses debe defender; cierto que ello hace prácticamente

imposible la responsabilización del Presidente ante sus mandantes. Desde ya que en este caso se aumenta al máximo el déficit de este aspecto de la representación, puesto que todos los que votaron en contra del Presidente electo no tienen quien represente sus ideas e intereses en el órgano que concentra el mayor poder de decisión en la respectiva unidad política.

En cuanto a la noción de representación como reproducción, ella no puede tener ninguna proyección en el órgano unipersonal, puesto que su carácter unipersonal impide –salvo el caso de esquizofrenia aguda– que estén espejados intereses e ideologías contrapuestas en quien ocupa ese órgano. Esto implica que un cargo unipersonal es gravemente deficiente desde el punto de vista representativo, lo que genera una razón adicional para concluir que el presidencialismo –sobre todo en su variedad extrema con que se da en la Argentina– es un sistema considerablemente más distante que las variables más parlamentarias del modelo ideal de democracia deliberativa. En realidad, la existencia de un órgano unipersonal sólo podría estar justificada bajo ese modelo si se tratara efectivamente de un organo *ejecutivo*, que sólo cumpliera tareas de implementación de políticas bajo el control estricto del órgano que, por su carácter colectivo y deliberativo, puede continuar la discusión pública a partir del punto en que la dejó el electorado, con el fin de fijar los principios y políticas que informarán la acción del Estado. Pero sabemos que ello no es así, sobre todo en la Argentina, ya que el Presidente tiene un inmenso margen de maniobra que sólo puede ejercer mediante una permanente ponderación axiológica, para lo cual –por su falta de representatividad– es epistémicamente poco confiable. Para decirlo en forma paradójica, el Presidente no puede –a riesgo de ser declarado insano– deliberar en voz alta, exponiendo todos los puntos de vista involucrados en una decisión a tomar, como lo exige la justificación deliberativa de la democracia.

En lo que se refiere al Parlamento, su representatividad en las dos dimensiones que hemos visto estará dada por el sistema electoral que se aplique para asignar sus escaños, lo que dependerá, como vimos en el apartado anterior, tanto de la fórmula para transformar votos en representantes como del ámbito en el que esa fórmula se aplique. En un extremo, si se aplicara en el Parlamento la fórmula de la simple pluralidad de votos a lo largo de un distrito que comprendiese a toda la comunidad política, él tendría los mismos problemas de representatividad que el presidente de la Nación (maximizaría un aspecto de la representación como mandato, pero no el otro, y no satisfaría en absoluto la noción de representación como reproducción). Dejando este extremo, el sistema de representación por distritos uninominales es altamente satisfactorio desde el punto de vista de la idea de la representación como mandato-respon-

sabilidad –ya que permite una identificación mutua entre mandantes y mandatarios y hace posible el control y la responsabilidad del representante–, pero es en cambio seriamente deficiente respecto de la noción de representación como reproducción –ya que el órgano parlamentario no refleja fielmente los matices de ideas e intereses, tal como se distribuyen en el conjunto social representado–. En el otro extremo está el sistema proporcional, sobre todo cuando se emplea sin piso, número mínimo de diputados por distrito, y se reparte el cociente según mecanismos que distorsionan menos la proporcionalidad que el D'Hondt –como p.ej., el sistema Saint Lague–: él maximiza la satisfacción de la noción "especular" de la representación, pero se distancia considerablemente de la idea de representación como mandato-responsabilidad ya que diluye la relación directa y la identificación mutua entre representantes y representados.

Dado que, como se dijo, ambas ideas incluidas en el concepto de representación son legítimas, parece razonable adoptar un sistema electoral que alcance un punto de equilibrio entre la satisfacción de cada una de ellas. Esto está dado, como vimos en el apartado anterior, por sistemas mixtos que combinan ambos principios de representación, como el de los distritos trinominales o pentanominales –que permiten alguna proporcionalidad en cada distrito– o el del voto de preferencia o la borratina que permiten que en el marco de un sistema porporcional, el electorado pueda preferir o desplazar a uno o varios candidatos –adquiriendo una relación particularizada con él–, o el sistema de dividir la Cámara de Diputados entre una porción elegida por distritos uninominales y otra por representación proporcional.

En la Argentina se advierte un creciente reclamo relacionado con las deficiencias, en el sentido de la representación como mandato-responsabilidad, que acarrean el presente sistema de representación porporcional aplicado a las unidades federales; ello lleva a que en jurisdicciones muy pobladas, el elector tenga que votar por una larga lista de diputados sin que pueda conocer a la gran mayoría de ellos.

Sin embargo, la adopción del sistema de distritos uninominales traería aparejadas deficiencias también graves en la satisfacción de la noción de representación como reproducción, lo que se pondría de manifiesto sobre todo en la inequidad con que estarían representados en la Cámara los partidos que ocupan del tercer lugar para abajo en el orden de preferencias. Lo más adecuado sería adoptar algunos de los sistemas mixtos que tratan de equilibrar ambos principios de representación. Es por ello que el Consejo para la Consolidación de la Democracia[99] recomendó alternativamente el modelo

[99] Ver Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional. Segundo dictamen.*

mixto aplicado en Alemania Federal y en provincias como San Juan, o el sistema del voto de preferencia, tal como rige –con variaciones relevantes– en países como Brasil, Italia y Bélgica.

También debe tenerse en cuenta que la representación en el Congreso debe compensar la deficiencia en la representatividad del Presidente, de modo de poder reflejar el consenso colectivo. Dado que, como vimos, tal deficiencia se da en la dimensión de la representación como reproducción, ella tiene que satisfacerse en forma amplia en el Congreso, dando un margen importante para el sistema proporcional. No obstante, como veremos en el próximo apartado, ello puede implicar algún riesgo para la estabilidad del sistema, puesto que la proporcionalidad tiene consecuencias para la fuerza y número de los partidos políticos de un modo que puede ser generadora de tensiones en el marco de un sistema presidencialista.

Esta última referencia permite conectarnos con el tema de los partidos políticos, que es esencial para entender el funcionamiento de la mediación política en una *polis* contemporánea. Como dice Sartori[100] una visión realista del proceso de representación nos conduce a advertir que él está cortado en dos pasos: la relación entre los electores y su partido, y la relación entre el partido y los representantes. Por su parte, Duverger[101] sostiene que el representante moderno tiene dos mandatos: el de su partido y el del electorado, con precedencia del primero sobre el segundo.

En realidad, esta intermediación de los partidos, suple algunos puntos oscuros respecto de la representación, sobre todo en el marco de una concepción deliberativa de la democracia: como se sabe, la tradición desde la Constitución francesa de 1791, y reproducida en Constituciones contemporáneas como la italiana de 1948 y la alemana de 1949, es la prohibición de los mandatos vinculantes, lo que está asociada a la idea *prima facie* holista de que los diputados no representan a sus electores sino a la "Nación". Esto parece frustrar las nociones tanto de autorización-responsabilidad como de reproducción, y no parece compadecerse con la explicación que hace la concepción deliberativa de la democracia de la representación como delegación para continuar el debate, a partir del los principios que fueron objeto de consenso como resultado de la elección. Sin embargo, aquí intervienen los partidos políticos porque son ellos los que ofrecen al electorado el "menú" de alternativas ideológicas y de

[100] Sartori, *Representation: Representational Systems*, en "International Encyclopedia of the Social Sciences", p. 472 y siguientes.

[101] Duverger, Maurice, *Esquisse d'une théorie de la représentation politique*, en "L'évolution du droit public", p. 211-220.

políticas de gobierno y son ellos los que luego vinculan a los representantes a esas alternativas ideológicas y propuestas de acción política, a través de medios formales e informales. Por otra parte, también la intermediación de los partidos políticos permite hacer efectivo el rasgo de la democracia que realza la concepción deliberativa de que los diferentes intereses deben justificarse a la luz de principios y enfoques de moralidad social: cuando los ciudadanos votan a un partido, eligen en realidad un conjunto de principios –que se postulan como imparciales– sobre la base de los cuales justifican sus opciones políticas más específicas.

Es el hecho de que los partidos son –y deben ser– esencialmente agrupaciones alrededor de principios y concepciones de moralidad social, lo que los hace protagonistas ineludibles en una democracia deliberativa que debe recurrir a la mediación. Aun cuando un partido esté asociado de hecho con ciertos intereses o cierta clase social, necesita intentar justificar tales intereses sobre la base de principios y visiones societales que postula como aceptables imparcialmente. Esto es lo que distingue radicalmente a los partidos de los grupos de interés o corporativos; estos últimos agrupan a la gente sobre la base de algún interés crudo o de alguna actividad o función en la sociedad, sin estar compelidos a intentar adoptar el punto de vista de todos, expresado a través de principios que se alega que todos podrían aceptar.

Este rol insustituible de los partidos en una democracia deliberativa y, en buena medida, indirecta incluye varios *desiderata* que tales partidos deberían satisfacer: ellos deben ofrecer opciones ideológicas suficientemente variadas, claras y distintas, que puedan ser usadas por los ciudadanos como justificación de sus preferencias electorales; sus propuestas de acción política deben ser coherentes con tales principios programáticos y deben contar con medios de disciplina interna que aseguren la sujeción de los representantes elegidos a tales principios y propuestas. Deben ser lo suficientemente participativos como para que cuenten con fuerza suficiente como para contener las presiones corporativas y suficientemente transparentes como para que se pueda detectar esa injerencia o la formación de intereses corporativos de la propia burocracia partidaria.

Lamentablemente muchos de estos rasgos son incompatibles con el hiperpresidencialismo que distingue a las instituciones políticas argentinas, en conjunción o no, según los casos, con otros *desiderata*, como el de la estabilidad; aun otros no se satisfacen por motivos independientes al sistema de gobierno. En efecto, el presidencialismo, como vimos en el apartado anterior, genera una fuerza centrípeta que conduce al bipartidismo, contraponiéndose a la fuerza centrífuga del sistema electoral proporcional, que promueve el

pluripartidismo. En la medida en que prevalece la primera fuerza, como ocurrió tradicionalmente en la Argentina, ello contradice la exigencia de variedad y definición ideológica de los partidos ya que los partidos tienden a ser grandes coaliciones que engloban muy diferentes concepciones ideológicas expuestas en forma extremadamente vaga. Dado el rol de intermediarios en la representación que tienen los partidos ello afecta gravemente el valor epistémico del sistema bajo la concepción deliberativa de la democracia.

Por otra parte, si prevalece la fuerza centrífuga del sistema proporcional y se establece un pluripartidismo, como está empezando a ocurrir en la Argentina y ha ocurrido tradicionalmente en Chile, ello puede tener serias consecuencias para la estabilidad del régimen presidencialista, puesto que permite la elección de presidentes con muy escaso consenso de origen y aumenta la posibilidad de bloqueos parlamentarios. El *desideratum* de la disciplina interna de los partidos favorece ampliamente, como lo veremos en el próximo apartado, la dinámica de confrontación entre los partidos que es propia del sistema presidencialista. De igual modo, la amplia participación popular en los partidos puede agregar puntos a la tensión política que se da, debido a esa dinámica de confrontación. En la Argentina se dan todos estos rasgos (con una tendencia a pasar de los déficits del bipartidismo a los riesgos del pluripartidismo), agregándose a ellos una falta de transparencia y corporativización de los partidos debido a procedimientos internos de selección de líderes basados en el caudillismo y en la confrontación sectorial).

Esto ha llevado en la Argentina contemporánea a que se esté produciendo un marcado descrédito de los partidos políticos y de sus dirigentes. Ello crea el riesgo de que se intenten mecanismos –como las primarias abiertas o la ley de lemas– que debilitan a tales partidos en beneficio del poder de los grupos corporativos, los que, frente a la debilidad de aquellos partidos para vincular a sus representantes electos, encontrarían facilitado el camino para ejercer más fácilmente presiones en defensa de sus intereses. Es extremadamente riesgoso pretender modificar un solo aspecto del sistema político, como el sistema de partidos o el sistema electoral, sin atender a los efectos del cambio sobre los otros aspectos. En realidad, sólo un sistema en el que un Parlamento con un fuerte componente proporcional interviene en la formación del gobierno, promueve y es a la vez compatible con un sistema de partidos ideológicamente definidos, participativos y disciplinados, que permiten resistir las presiones corporativas, acercándose al ideal de democracia deliberativa.

Conviene destacar aquí nuevamente los riesgos de dejar un margen amplio para la actuación de los grupos corporativos como entidades mediadoras: como dije antes, estos grupos no sólo se dis-

tinguen por representar intereses crudos, sin intentar justificarlos sobre la base de principios que puedan ser aceptados imparcialmente –por lo que su actuación desnaturaliza el proceso democrático, convirtiéndolo en una contienda de intereses y preferencias personales en lugar de estar centrado en un debate acerca de principios y concepciones de moralidad social–, sino que, además, están conformados de acuerdo a principios profundamente inigualitarios. A diferencia de los partidos, su fuerza no está dada por el número de sus afiliados y posibles adherentes en el proceso electoral, sino por el poder económico de sus integrantes, por sus vinculaciones con quienes ocupan posiciones de poder, y por su habilidad para conquistar favores oficiales y tener injerencia en el tejido de la burocracia estatal.

Una democracia corporativa –como son muchas de las que han logrado consolidarse en Latinoamérica– es una democracia esencialmente limitada y condicionada, ya que se distancia considerablemente de las precondiciones que hacen que el proceso democrático tenga valor epistémico. Fundamentalmente, resultan frustrados el requisito de justificación de los intereses sobre la base de principios que puedan ser aceptados imparcialmente y el requisito de igual incidencia individual en el proceso de discusión y decisión. Por cierto que lo que es verdad de un corporativismo informal es tanto más verdad de un corporativismo institucionalizado. La institucionalización de la participación de los grupos corporativos en el proceso político es sólo aceptable, como forma de hacer transparente lo que, de cualquier modo ocurre en corredores oscuros del poder, si se limita a facilitar el proceso de concertación en su esfera específica de acción y tiene, frente a las decisiones políticas, un mero carácter consultivo –como ocurre con los Consejos Económicos y Sociales en países como Francia–.

§ 64. *El problema de la apatía política.* – Como vimos en el parágrafo anterior, hay dos maneras de concebir a la representación: como un mecanismo valioso –que lo presupone el pluralismo– o como un mal necesario –como la percibe la concepción deliberativa de la democracia–. Esto quiere decir que hay dos maneras también de concebir la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos: como un fenómeno indeseable, o como algo deseable pero extremadamente difícil de materializar. Estos dos puntos de vista inciden naturalmente en la valoración del fenómeno de la apatía política que distingue a las democracias contemporáneas, incluyendo a la argentina.

La concepción deliberativa de la democracia necesariamente adopta la segunda visión que deplora la apatía; por más perfeccionado que esté el proceso de representación, él implica indudablemente

una mengua en el valor epistémico de la democracia; esto es así, ya que la aplicación del principio de que nadie es mejor juez de sus propios intereses que uno mismo sugiere que, en la medida en que sea otro el encargado de testear los principios propuestos para solucionar una cuestión política a la luz de los intereses de un individuo o de un grupo de individuos inevitablemente se producirá una distorsión en la apreciación de esos intereses. Tal distorsión se produce por la falta de explicitación clara de sus intereses por parte del mandante, por falta de conocimiento cierto de tales intereses por el mandatario, por la interposición de los intereses del propio mandatario, etcétera.

Esto hace que la concepción deliberativa de la democracia promueva la participación de los ciudadanos en el proceso político. Esta participación debe darse, en primer lugar, a través de los canales de representación, participando en los partidos políticos y en los debates públicos que se desarrollan alrededor de elecciones o de medidas de gobierno y en los procesos electorales. Pero también debe darse una participación amplia de los ciudadanos directamente en la toma de decisiones, cuando ello es posible.

La gran ventaja de un proceso de *descentralización* genuina y no de *dispersión* de las decisiones –que desconcentre en unidades políticas pequeños servicios y bienes públicos y la captación y manejo de los fondos para proveerlos– es que facilita la participación directa de los ciudadanos en decisiones cruciales. Por ejemplo, si servicios como los educativos o de salud se prestaran por medio de los municipios o aun por entidades barriales en las ciudades grandes, y se diera a tales unidades políticas poder para fijar y controlar determinados impuestos y tasas, los vecinos podrían tener una injerencia directa en las decisiones sobre tales servicios y los medios para proveerlos.

Pero también es posible que los ciudadanos participen directamente en decisiones sobre grandes cuestiones de relevancia nacional, a través de medios como el referéndum, el plebiscito y la consulta popular. La tecnología en materia de votación –a través del uso de computadoras– va a hacer cada vez más fácil montar un sistema confiable y sencillo para que los ciudadanos expresen directamente su voluntad, con tanta frecuencia como se crea necesario. Así como las máquinas de votos van a reemplazar, con el tiempo, a las urnas, así como éstas reemplazaron a las manos levantadas, los medios de comunicación masiva, como la televisión, son cada vez más el ámbito de encuentro para la deliberación colectiva –bajo las condiciones que veremos en el próximo parágrafo– en lugar de la plaza pública (pronto habrá también una televisión interactiva, que permita a los espectadores hacer conocer sus reacciones frente a los mensajes que recibe, incluso votando).

Dada la superación progresiva de las dificultades técnicas para la participación directa en cuestiones políticas, los adversarios de tal participación directa aducen otros inconvenientes que conviene analizar con cuidado, ya que algunos de ellos presentan problemas reales, aun bajo la concepción deliberativa de la democracia.

En primer lugar, se alega la falta de conocimientos técnicos por parte de la gente común para resolver los complejos problemas que la política contemporánea requiere enfrentar. Esto es cierto si tomamos en cuenta la enorme complejidad de las relaciones causales que se dan en ámbitos como la economía, las relaciones internacionales, la educación, la defensa, etc., y similar complejidad de los medios técnicos para actuar en todas esas áreas. Sin embargo, este hecho real no debe oscurecer que, en definitiva, en todas esas esferas de acción política están en juego intereses de los individuos, y que ningún tecnócrata puede sustituir a cada individuo en el conocimiento cabal de sus propios intereses. Por ello, no sólo cuando se discute la participación directa de los ciudadanos, sino también la de los políticos, que son quienes profesan de manera articulada principios y programas que efectúan diferentes equilibrios entre los intereses en juego, *vis à vis* la intervención de expertos, es necesario distinguir entre las cuestiones valorativas y las técnicas. Los expertos deben ofrecer tanto a los políticos como a la ciudadanía en general las opciones relevantes, haciendo explícitos cuáles son los presupuestos valorativos distintos de los que esas opciones parten. Es función del proceso democrático, sea directo o indirecto, determinar el balance de intereses que subyace a cualquier decisión sobre cuestiones públicas, y esto no puede ser suplido por un juicio técnico.

La segunda objeción relevante que se hace a la participación directa de los ciudadanos es el hecho de que ella requiere una dedicación y absorción que no todos están dispuestos a prestar, ya que mucha gente tiene planes de vida antagónicos a la preocupación por los asuntos públicos. Se sostiene que forzar esa participación implica incurrir en un tipo de perfeccionismo del que ya hablamos (ver caps. I, ap, F y II, ap. B) ya que se está imponiendo una idea de virtud personal, la que realza el civismo y el compromiso con las causas públicas. Este tipo de objeción se suele dirigir contra la visión republicanista de la democracia, que exalta un ideal personal de ese involucramiento en la vida colectiva. Frente a ello, autores como Ackerman[102] distinguen la política ordinaria –que se desarrolla cuando la mayor cantidad de ciudadanos están dedicados a sus asuntos privados– de la política constitucional –que se da en aquellos po-

[102] Ackerman, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, en "Yale Law Journal", 1985, p. 1013.

cos momentos en que se produce una gran movilización colectiva alrededor de las cuestiones públicas–. Creo que la posición correcta es la que trata de evitar los extremos del perfeccionismo y de la exaltación de la apatía y del desinterés egoísta por los asuntos colectivos. Por un lado, es verdad que el principio de autonomía personal exige respetar planes de vida que no están centrados en la actividad política, y que forzar una amplia participación en la cosa pública implica una variedad de perfeccionismo. Por lo tanto, aquellas variedades de participación que exigen gran dedicación de tiempo y esfuerzo –sobre todo la intervención directa en ciertas decisiones– deberían ser voluntarias. Sin embargo, tener un gobierno democrático implica poseer un *bien público*, y, como vimos anteriormente (ver cap. II, ap. D) los bienes publicos –o sea los bienes que no pueden proveerse a ciertos individuos sin que el resto del grupo social se beneficie, y cuyo goce por parte de unos no menoscaba el goce por parte de otros– dan lugar al fenómeno de los "colados" (*free riders*), que son quienes se benefician con el bien sin contribuir a su provisión (lo que termina perjudicando la provisión del bien). Dado que si la participación en el proceso democrático cayera a niveles sumamente bajos, el sistema democrático en su conjunto se debilitaría (p.ej., un gobierno votado por, digamos, el 10% de la población tendría poca fuerza para resistir presiones de grupos corporativos); esto provee una razón de interés social para que, en tales casos, se pueda compeler a la gente a una participación mayor.

Pero esta razón se complementa con otra aún más importante: como vimos, la calidad epistémica de la democracia está dada por su tendencia a la imparcialidad, al ser un proceso en el que la participación de los interesados hace que sus intereses deban ser tomados en cuenta en las decisiones. Sin embargo, puede generarse una situación del tipo de dilema de prisioneros, en la que los intereses de un grupo social no son tomados en cuenta. Si un grupo de personas –p.ej., los más pobres o los menos educados, como ocurre en Estados Unidos– suelen no votar, es irracional para cualquier persona asociada con esos grupos concurrir a votar, ya que la incidencia de su voto individual en la decisión colectiva es ínfima como para compensar los costos y molestias de concurrir al comicio, sobre todo sabiendo que, como los demás, que están en las mismas condiciones que tal persona no concurrirán en general a votar, los intereses de todas ellas no serán tomados en cuenta. Como todos los que están en las mismas condiciones razonan igual, efectivamente no van a votar, con lo que se confirma la presunción que cada uno de ellos hace sobre el comportamiento de los demás y, efectivamente, tales intereses no son tomados en cuenta. Por otro lado, una vez que los políticos advierten que la gente con ese origen social no participa del proceso electoral, sus promesas y mensajes no se dirigen a ellos, con

lo que hacen todavía menos atractiva la alternativa de participar por parte de quienes pertenecen a ese grupo. Como dije en el cap. II, ap. C, en este tipo de situaciones de falta de coordinación colectiva se justifica una medida paternalista, como la de obligar a votar, que es la única manera de romper el círculo vicioso de expectativas cruzadas que provoca un comportamiento autofrustrante respecto de los propios intereses. Ello no implica incurrir en perfeccionismo, ya que no se impone a la gente intereses que ellos no perciben sino que es un modo de ayudarlos a satisfacer sus intereses subjetivos, reasegurándoles que los demás obrarán de manera tal que no hace irracional por parte de él desplegar el comportamiento que satisface su interés. De este modo, creo que se justifica el voto obligatorio, cuando hay peligro de que sin él los miembros de cierto sector social dejarán de participar en el proceso electoral, de modo que para cada uno de ellos individualmente sea irracional hacer lo contrario, con lo cual los intereses de ese sector serán ignorados, afectando la calidad epistémica del proceso democrático. En resumen, creo que hay razones para justificar hacer obligatorias, bajo ciertas circunstancias, las formas más mínimas de participación en el proceso democrático –como la participación periódica en elecciones–, aunque, cuando se trata de formas que insumen mucho tiempo y esfuerzo –como la decisión directa de los asuntos públicos– la compulsión puede convertirse en perfeccionista, puesto que puede terminar coartando la libre elección de planes de vida ajenos a la actividad pública.

La tercera objeción a la participación directa de la población puede montarse en este carácter voluntario de ella, que emerge de la discusión del punto anterior. Esta objeción sostiene que si una buena parte de la gente no participa de los procedimientos de decisión directa de los asuntos públicos, se deja margen para que la decisión sea grandemente influida por aquellos que, en lugar de tener intereses dispersos –como la mayoría de la gente–, lo que hace que no valga la pena perder tanto tiempo y esfuerzo en la discusión de alguna cuestión, tienen intereses concentrados en un solo tema, defendiendo su posición con gran dedicación y esfuerzos sumamente intensos. Esto permite a los fanáticos sobre ciertas cuestiones salirse con la suya en la resolución de los problemas que ellas plantean, aun cuando la mayoría de la gente tiene opiniones distintas, aunque no están tan interesados en ella como para perder tanto tiempo y dedicarle tantos desvelos. Puede suponerse que esto ocurre con grupos como los ecologistas, que tienen preferencias intensas y concentradas en la preservación del medio ambiente, prevaleciendo sobre quienes entre sus muchos intereses tienen el de promover, por ejemplo, una industria o una planta de energía, creyendo que producen más beneficios que el daño al medio ambiente que puede implicar el caso particular.

En la Argentina ocurrió este fenómeno de la prevalencia de una minoría con intereses concentrados en el proceso de participación directa y voluntaria, materializado a través del Congreso Pedagógico Nacional, que era un mecanismo de intervención de toda la población en la definición de un proyecto educativo, y en el que ocuparon una posición dominante quienes militaron intensamente en favor de la educación privada y de la enseñanza religiosa en la escuela pública. Como la concentración e intensidad de una preferencia no es un factor decisivo en la obtención de imparcialidad a través del proceso democrático (de lo contrario, quienes tienen las preferencias dispersas serían ignorados en la resolución de toda cuestión, aunque su número fuera superior al de los fanáticos), esta consideración debe ser tenida en cuenta para, o bien hacer obligatorias ciertas formas de participación directa –siempre que no implique incurrir en el perfeccionismo excluido por la consideración anterior–, o bien para hacer al resultado de esa participación meramente orientativo, dejando a los órganos electos por un proceso que asegura la injerencia igualitaria de todos los ciudadanos, la última palabra sobre la cuestión.

El último argumento en contra de la participación que quiero analizar es el que sostiene que ella incrementa las presiones de demandas sociales dirigidas al sistema democrático y cuya insatisfacción pone en crisis de gobernabilidad a ese sistema. Éste es el argumento empleado para recomendar el cierre de los canales de participación popular en el informe para la Comisión Trilateral suscripto por Huntington, Croizier y Watanuki[103]. Croizier sostiene, por ejemplo, que los síntomas de la crisis de las democracias europeas están constituidos por la mencionada sobrecarga de las demandas que se hacen a los gobiernos, la falta de control sobre los burócratas que deben implementar las decisiones, y la ampliación –por la integración europea– del escenario en el que deben tomarse esas decisiones, lo que multiplica los problemas anteriores. Entre las causas de la crisis menciona: el enorme incremento de la interacción social; el impacto de la recesión económica; el colapso de las instituciones tradicionales; las perturbaciones producidas en el mundo intelectual; el abuso de poder de los medios de comunicación, y el cuestionamiento de ciertos valores y creencias básicos. Huntington, a su vez, señala que el aspecto central de la crisis en los Estados Unidos está dado por un enorme aumento de la actividad gubernamental, acompañado por una declinación de la autoridad del gobierno, la que está causada por factores tales como el desafío a la autoridad que implica el igualitarismo; la disminución de la fe y confianza pública; la decadencia del sistema de partidos; la inestabilidad del equilibrio del poder entre el gobierno y la oposición, incluyendo la prensa, etcétera.

[103] Huntington, S. - Croizier, M. - Watanuki, J., *The Crisis of Democracy*.

El remedio que propone el informe a la Comisión Trilateral para encarar la crisis de la democracia está claramente expuesto por Huntington y consiste en moderar los excesos de la democracia, reforzando el principio de autoridad y limitando la participación y las consiguientes demandas; según este autor, si bien la democracia es un valor, no siempre un valor se optimiza cuando se maximiza. Esta conclusión es cuestionada por Dahrendorf en la misma publicación, cuando sostiene que debe evitarse caer en la tentación de retroceder en los derechos y beneficios de la gente que han llevado a la situación actual, o sea la tentación de suponer que lo que se necesita es un poco menos de educación, un poco menos de libertad de expresión, un poco más de disciplina, un poco más de desempleo, ya que es imposible hacer retroceder la rueda de la historia hacia un mundo menos civilizado. También Bobbio[104] critica la solución al problema de no poder satisfacer las demandas sociales mediante la represión de esas demandas; cree que en lugar de suprimir los servicios públicos hay que buscar la forma de organizarlos más eficientemente, ya que la crisis de la democracia no se debe a un exceso de poder del Estado sino, al contrario, a su debilidad en el ejercicio de ese poder. Claramente es esta última la única posición compatible con la justificación de la democracia que aquí se defiende y con los principios del liberalismo pleno: si para evitar la crisis de la democracia suprimimos los canales para que la gente exprese sus demandas, corremos el riesgo de preservar algo que ha perdido buena parte de su valor, ya que el valor de la democracia está dado, como se dijo varias veces, precisamente por su tendencia a producir soluciones imparciales, gracias a la posibilidad que tienen los afectados de hacer conocer sus intereses, al mismo tiempo que deben intentar justificarlos.

Se puede sostener, como decía Al Smith, que la única cura para los males de la democracia es más democracia, ya que promover una participación más directa de la gente, si bien puede facilitar la canalización de nuevos reclamos también obliga a la gente a justificarlos y a fundamentar sus prioridad respecto de los reclamos de otros. Cuando son los propios interesados los que deben manejar los recursos para satisfacer sus pretensiones, ellos adquieren conciencia acerca de la limitación de esos recursos y de la necesidad de jerarquizar tales pretensiones, lo que va generando un sentido de responsabilidad en la formulación de los reclamos. A medida que, con una mayor participación, va desapareciendo en los ciudadanos la sensación de *alienación del poder* –según la cual perciben al gobierno como algo ajeno a la sociedad– van percibiendo que ellos mismos son los

[104] Bobbio, Norberto - Pontara, Giuliano - Vecchio, Salvatore, *La crisis de la democracia*.

destinatarios de los reclamos y que hay una correlación forzosa entre las prestaciones estatales y las contribuciones de la sociedad al Estado.

En la Argentina se advierte una apatía política creciente de la ciudadanía –aunque menor que en otros ámbitos democráticos–, la que, sin duda, afecta el valor epistémico del proceso de discusión y decisión. La participación política de la ciudadanía, como ya vimos (ver caps. I, ap. E y III, ap. A), tuvo un punto de inflexión con la sanción de la ley Sáenz Peña, la que, con la introducción del voto universal, secreto y obligatorio provocó que se triplicara el presentimo electoral. Bien se podría sostener que ese hecho beneficioso no fue ajeno, sin embargo, a la inestabilidad política subsiguiente, ya que a partir de esa ley siempre triunfaron en las elecciones –de no ser proscriptos– los partidos de base popular –la Unión Cívica Radical y el Justicialismo–, lo que condujo a grupos conservadores a buscar el acceso al poder por el atajo del golpe de Estado. Es obvio, sin embargo, que aunque ello sea así, éste no es un argumento para restringir la participación popular, ya que el objetivo de la estabilidad del sistema político está supeditado al de su legitimidad democrática. En cambio, sí puede ser éste un argumento adicional para reconstruir la práctica constitucional argentina, modificando su hiperpresidencialismo, puesto que, como veremos en el próximo apartado, la mayor participación electoral expande algunos de los defectos del presidencialismo incrementando su inherente inestabilidad: una participación muy expandida en las elecciones obliga a los candidatos presidenciales a tratar de hacer promesas a sectores muy variados de la sociedad, lo que, por un lado, incrementa la vaguedad y el carácter contradictorio de esas promesas, y, por el otro, aumenta la desilusión por su incumplimiento y las tensiones sociales por la confrontación entre los partidos.

Además de la amplia participación electoral obligada –que, por las razones mencionadas anteriormente habría que pensar dos veces antes de convertirla en voluntaria tal como lo proponen algunos sectores– también se da en la Argentina una importante participación en los partidos políticos, aunque cada vez más crece la falta de militancia activa en sus tareas internas. En cambio, no hay muchas otras posibilidades de participación directa de la población en decisiones de gobierno. Por un lado, existe el obstáculo, como vimos, del art. 22 de la Const. nacional, que mucha gente percibe como contrario a esa participación (aunque no impide, por supuesto, que se pueda recurrir a consultas populares no vinculantes, como ocurrió en el caso del Tratado del Beagle). Por otra parte, la centralización del poder que hemos tratado en el apartado anterior impide que la gente pueda participar en ámbitos políticos reducidos, en los que se discutan cuestiones trascendentes. Por otro lado, hay una desconfianza en las elités respecto de la participación de la po-

blación en forma directa en cuestiones públicas, como se muestra en la falta de establecimiento de la institución del jurado, no obstante la prescripción constitucional.

La consolidación de la democracia deliberativa en la Argentina requiere que, en el marco de la reconstrucción de la práctica constitucional, se abran nuevos canales de democracia semidirecta y que se superen los atisbos crecientes de apatía política de la población. Como se dijo, una reforma constitucional debe introducir mecanismos como el referéndum, la iniciativa y la revocatoria, la consulta popular, etcétera. Debe cumplirse el mandato constitucional de introducir el juicio por jurados, sea en la forma clásica o en la forma de escabinos. Debe introducirse, como diremos en el próximo parágrafo, las audiencias públicas antes de tomar las decisiones trascendentes. Pero sobre todo debe producirse un proceso de desconcentración genuina del poder que permita a los ciudadanos participar en forma directa en ámbitos políticos reducidos donde se tomen decisiones importantes. Esa participación –que, como acabamos de decir, entra en tensión con la dinámica del presidencialismo– es fundamental para ampliar los espacios de poder democrático frente a las presiones corporativas, las que encontrarán más dificultades de ejercicio cuando las decisiones sean adoptadas no por unos cuantos burócratas condescendientes, sino por los propios ciudadanos afectados.

§ 65. ***Empobrecimiento del debate público.*** – Otra causa de la disminución del valor epistémico del proceso democrático que está bastante generalizada en el mundo contemporánco, pero más aún en la Argentina, es la pobre calidad del debate colectivo.

La discusión de los principios de organización social y política, de concepciones generales de la sociedad, y de las soluciones justas para encarar los aspectos problemáticos de la vida social, es reemplazada por imágenes pictóricas de los candidatos, por formulaciones extremadamente vagas de sus posiciones, o por invocaciones emotivas. Hay un aire de falta de seriedad en todo el proceso que hace que los candidatos, una vez que son elegidos, se sientan eximidos, como vimos, de seguir los compromisos que hayan resultado del intercambio preelectoral con la sociedad, por vagos que sean.

Una buena parte del empobrecimiento del debate público es causado, como tuvimos ocasión de sugerir, por el mismo sistema presidencialista. Uno de sus efectos es la tendencia a concentrar las campañas electorales en las personas individuales que son candidatos para el centro de poder unipersonal en lugar de enfocarlas en ideologías o en propuestas sustantivas. La apariencia del candidato, su vida familiar, sus gustos y pasatiempos son más importantes que sus posiciones sobre el tamaño del sector público, la desocupa-

ción, o la seguridad social. Es verdad que algo parecido está ocurriendo aun en sistemas parlamentarios como el inglés o el español, en los que se está produciendo una cierta personalización de la política. Pero, en primer lugar, el grado de esta distorsión es aún menor en tales sistemas que en los presidencialistas, y, en segundo término, ello se debe a su relativa presidencialización (por factores tales como la estructura de los partidos y el impacto de los medios masivos de comunicación), por lo que no es una razón para pensar que los sistemas presidencialistas están mejor parados a este respecto.

Pero los sistemas presidencialistas, como vimos, contribuyen esencialmente a degradar la discusión pública gracias a la polarización que producen y la necesidad de los candidatos de dirigirse a enormes sectores del electorado. Ello hace que sus mensajes incluyan el mínimo contenido ideológico, que estén plagados de promesas vagas e inconsistentes y que apelen a factores emocionales con los que se intenta unificar, detrás del candidato, a grupos con intereses e ideologías contrapuestos.

Las cosas son significativamente diferentes en un sistema con mayores componentes parlamentarios. En ellos, aun cuando la elección pueda estar dominada por ciertas personalidades, se asume que cualquier miembro del Parlamento, principalmente si es miembro del bloque mayoritario, puede terminar siendo jefe de gobierno o miembro del gabinete; en el peor de los casos hay varios candidatos de la primera plana del partido que podrían ocupar esas posiciones. La personalidad de los líderes en esos sistemas es menos importante: aun cuando se den casos como el de la señora Thatcher en Gran Bretaña o de González en España, que tienen un fuerte componente de carisma personal, los sistemas parlamentarios o mixtos pueden funcionar perfectamente bien en condiciones como las de Wilson, Soares, Kohl, o las que son normales en Italia. Esto significa que en estos sistemas son más importantes los partidos detrás de los líderes que los líderes al frente de los partidos.

Mas aún los partidos en un sistema parlamentario o mixto no se ven adversamente afectados por compromisos ideológicos; por el contrario, ello puede ser la única manera de tener una identidad definida y de atraer una porción del electorado, deseosa de que esa ideología esté representada en el Parlamento. La polarización y la confrontación, que está generada por el carácter de juego de suma cero de la competencia política presidencialista, se evita en estos sistemas ya que un partido que adquiere algunas bancas en el Parlamento puede tener un papel decisivo en la formación del gobierno.

Esto tiene el efecto de realzar la discusión acerca de principios en el Parlamento y aun dentro del gabinete, puesto que las políticas de gobierno están determinadas por el consenso alcanzado entre

partidos de diversas posturas ideológicas. El Parlamento, con su carácter abierto, público e igualitario, se convierte en el verdadero *foro* de la discusión pública, en el que el gobierno debe exponerse cotidianamente de igual a igual a la crítica de la oposición sobre cada medida de gobierno, a la vista de toda la opinión pública. Esto se echa totalmente de menos en la Argentina, donde el Congreso ha dejado de ser el ámbito en el cual se discuten las cuestiones que más interesan a la población. Los grandes agentes del proceso político –los miembros del Poder Ejecutivo– o no concurren al Congreso con la periodicidad debida, o si lo hacen es con una actitud imperial –como el Presidente cuando inaugura las sesiones– o con cierta condescendencia, ante los legisladores; estos mismos generalmente no están lo suficientemente bien informados como para hacer interpelaciones efectivas y se limitan a extensos y vagos discursos: generalmente los temas son discutidos con mucha diferencia temporal respecto del momento en que el problema se suscitó y despertó el interés de la opinión pública; los debates parlamentarios no son suficientemente difundidos. Esto hace que el verdadero *locus* de la discusión pública en la Argentina no sea el recinto parlamentario, sino cualquier lugar en que el Presidente se digne a hacer sus breves y cortantes declaraciones a la prensa –generalmente en el curso de algún desplazamiento majestuoso– o los programas periodísticos en la televisión.

Pero, por supuesto, el deterioro del debate público como el que se observa hoy en la Argentina no está sólo determinado por la dinámica del sistema presidencialista. La discusión en el Congreso mismo está sufriendo una degradación importante. Esto tiene que ver ciertamente con la calidad de los legisladores, lo que a su vez está determinado con la forma de seleccionarlos, como vimos en el paragrafo anterior, pero también con las regulaciones internas de las Cámaras sobre la forma en que los debates son conducidos y las decisiones son adoptadas. El fenómeno de la "disciplina de bloque" –contrariamente a la disciplina partidaria que, como vimos, tiende a mantener la fidelidad a los principios del partido–, que obliga a todos los miembros de un bloque a votar como lo decidió la mayoría de sus integrantes, es extremadamente perjudicial para la calidad del debate en el Parlamento, ya que nadie habla para convencer a los demás, pues la posición de cada bloque está ya adoptada antes de la discusión.

El deterioro del debate colectivo en el ámbito más amplio de la sociedad está determinado por la dificultad de acceder a los medios masivos de comunicación, por la forma en que las campañas electorales son encaradas y por el involucramiento de los grupos de intereses en esas campañas.

La equidad en el acceso a los medios masivos de comunicación es esencial para la calidad epistémica de la discusión pública, ya que tales medios son el equivalente moderno del ágora ateniense: constituyen el medio en que la política es ejercida. Cuando los medios masivos de comunicación están casi completamente en manos privadas, la distorsión –como vimos en el cap. II, ap. B– es similar a si el ágora fuera reemplazada por un teatro privado cuyo ingreso estuviera supeditado a la discreción de sus propietarios. Por supuesto las cosas no mejoran si los medios de comunicación están controlados por entidades estatales que son, a su vez, controladas por el partido de gobierno. Por eso es que, como se expuso en el capítulo y apartado mencionados, lo más adecuado para realzar la calidad del debate público en la Argentina es contar con un sistema mixto de comunicación pública, tanto en el sentido de que haya una pluralidad de vías de acceso a los medios (privada comercial, privada comunitaria, pública gubernamental, pública no gubernamental –controlada por el Congreso–, nacional, provincial y municipal), como en el sentido de que no haya monopolios comunicacionales y que en cada medio haya espacios de diferente origen, tal como lo propuso el Consejo para la Consolidación de la Democracia [105].

Pero es también necesario producir una reorientación radical de la forma en que las campañas políticas son conducidas. Nada se gana en términos democráticos con la publicidad extremadamente intensa y de índole semicomercial que caracteriza a las modernas campañas. Por el contrario, mucho se pierde en términos de irracionalidad y en la posibilidad de corrupción dado el hecho de que el costo inmenso de esas campañas debe ser cubierto por los intereses privados. Debe ponderarse la posibilidad de regular mediante acuerdos de los partidos los términos de las campañas limitando su intensidad y extensión y excluyendo la apelación a elementos como rostros, *slogans* y nombres en lugar de ideas y propuestas. Es también necesario adoptar en la Argentina normas vigentes en otros países que tienden a asegurar la transparencia de las contribuciones políticas de las campañas políticas.

También hay un factor cultural en la Argentina que debe superarse, sobre todo a través del proceso educativo: no hay una tradición de justificación pública, como se advierte en la falta de publicidad de los procesos judiciales, y en la inexistencia de audiencias públicas cuando se toman diversas medidas de gobierno. En Estados Unidos, por ejemplo, la idea del debido proceso ha conducido a

[105] Véi Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Proyecto y dictamen sobre radiodifusión*.

generalizar la existencia de debates entre los diversos grupos afectados, antes de tomar una medida por parte de casi cualquier órgano público. Es esencial profundizar lo que recién comenzó tímidamente en nuestro país, haciendo obligatorias las audiencias públicas cada vez que se tomen cierto tipo de decisiones en las que hay posiciones enfrentadas. En los diversos niveles educativos debe estimularse la argumentación racional y los debates colectivos para encarar cuestiones teóricas y prácticas.

El empobrecimiento de la discusión pública debilita, por supuesto, las constricciones que una democracia operativa impone a las corporaciones y a las facciones, reduciendo el poder de tal democracia para transformar los intereses de los individuos y grupos. Como he argumentado, el mecanismo de tales constricciones a las presiones corporativas está constituido por la necesidad de justificar, públicamente, intereses sobre la base de principios generales que serían aceptados imparcialmente. Aun cuando en todas las democracias reales los grupos de interés ejercen presiones fuertes, sea abiertamente o detrás del escenario político, tales presiones se atenúan si cualquier medida que podría favorecer a esos grupos es sometida a un debate saludable en el foro público y en los ámbitos parlamentarios en que debe ser adoptada.

§ 66. *Conclusión.* – En este apartado traté de mostrar por qué un sistema como el hiperpresidencialismo corporativo que, según vimos en el apartado anterior, caracteriza a la organización del poder en la Argentina se aleja considerablemente de las exigencias de la concepción deliberativa de la democracia. Ello, por cierto, afecta el poder epistémico del proceso democrático, comparado con el que tendría un sistema más parlamentario, más descentralizado y al mismo tiempo menos disperso en las expresiones de la voluntad popular, más participativo, más unívoco en la forma de procesar el consenso, más consustanciado con un discurso ideológico preciso y transparente. Por cierto que, aun con sus distorsiones, el proceso democrático argentino tiene infinitamente más calidad epistémica que los mecanismos oscurantistas de decisión empleados durante los frecuentes períodos autoritarios que ha debido sobrellevar nuestra práctica constitucional.

La combinación del nulo valor epistémico de los gobiernos autoritarios y del menguado valor epistémico de los gobiernos hiperpresidencialistas corporativos, bien puede explicar las desviaciones de las exigencias del liberalismo pleno que han caracterizado a nuestra evolución constitucional, tal como vimos en el cap. I, ap. E, y el deficiente reconocimiento de los derechos y garantías individuales que surgen de los principios de tal liberalismo, tal como hemos percibido en el segundo capítulo de esta obra.

Alguien podría sostener que la concepción de la democracia sobre la base de la cual he evaluado en este apartado el hiperpresidencialismo argentino es, después de todo, utópica en el mal sentido de la palabra. Esto sería así ya que las democracias "reales" a las que les asignamos intuitivamente valor, no exhiben los aspectos institucionales que corresponderían a una democracia deliberativa. Sin embargo, esto no es así: imperfectas como son las democracias corrientes, ellas muestran hasta un grado considerable, aunque variable, los rasgos de discusión abierta y libre e igual participación popular que fundamentan su valor epistémico. Claro está que bajo la concepción deliberativa, el continuo de mayor o menor aproximación a las exigencias que dan valor a la democracia presenta una configuración diferente que bajo una concepción, por ejemplo, pluralista. Posiblemente habría que comenzar con algunos cantones suizos, seguir con las democracias escandinavas, continuar con la mayoría de las de Europa occidental, las de Australia, Canadá; luego recién vendría la de Estados Unidos (con su apatía, su dispersión de la soberanía popular, sus partidos débiles e ideológicamente diluidos, su comercialización de las campañas políticas, su control judicial de constitucionalidad a veces excesivo. como veremos luego en el ap. D), más lejos estarían la mayoría de las democracias latinoamericanas (condicionadas como están por las influencias corporativas), al final de la fila, confundiéndose ya con regímenes no democráticos, sin valor epistémico alguno, se encontrarían los regímenes con tendencia al partido único y cuyos hombres fuertes acostumbran a plebiscitar su mandato, etcétera.

Se podría decir también que, desde que las democracias corrientes presentan serias imperfecciones en relación al modelo de democracia defendido, por qué nos deberíamos preocupar en un diseño institucional para la Argentina que pretenda superar de modo radical tales imperfecciones en una reconstrucción de nuestra practica constitucional como la que antes se propició (ver cap. I, aps. E y F). Dado el *record* poco afortunado del país respecto de la vigencia de la democracia, sobrepasaría todas las expectativas razonables que un sistema similar a las democracias consolidadas alcanzara estabilidad. Sin embargo, mi respuesta sería que, tal vez, estemos forzados a tomar un atajo hacia una forma más perfecta de democracia, ya que la que es corriente en otros ámbitos está fuera de nuestro alcance. Como he sostenido en el apartado anterior, los grupos corporativos han adquirido tal fuerza en la Argentina durante los períodos autoritarios y populistas, que sólo una democracia más fuerte de la que es usual en países desarrollados puede contener sus presiones a través de la transformación de las preferencias e intereses de la gente. De modo que, quizá la única forma en que podamos tener democracia es alcanzando una forma superior de ella, a partir de la

reconstrucción radical de nuestra práctica constitucional que incluya no sólo las reformas necesarias al texto constitucional y a los instrumentos legislativos, sino también a la interpretación jurisprudencial (que revierta sobre todo su tendencia a admitir la absorción de poder por parte del presidente de la Nación en materias tales como el estado de sitio, la intervención federal, los decretos delegados y de necesidad y urgencia, la promulgación parcial de las leyes, el indulto a procesados, etcétera). Esto tiene que ver con el tema de la estabilidad y eficiencia del sistema de gobierno argentino, que será analizado en el próximo apartado.

C) Evaluación del hiperpresidencialismo argentino desde el punto de vista de su estabilidad y eficacia

§ 67. *Introducción.* – Este apartado es, en cierto sentido, un complemento del anterior. En él vimos que hay una dimensión generalmente ignorada por los politólogos en la evaluación de los sistemas políticos, y ella es la legitimidad, no en el sentido subjetivo –como creencia en tal legitimidad– sino en el sentido que hace referencia a la justificación moral del sistema político. Se dijo que esa dimensión no se puede pasar por alto cuando se estudian las condiciones para que una democracia tenga legitimidad subjetiva, estabilidad y eficacia, ya que la misma identificación de las instituciones democráticas requiere recurrir a la concepción normativa que justifica esa forma de gobierno. Por otro lado, de nada vale preocuparse por la estabilidad y eficacia de un sistema que carezca de valor moral. En este apartado vamos a encarar el tema de las condiciones para que un gobierno tenga tal estabilidad y eficacia, y su verificación en el caso del hiperpresidencialismo argentino. El foco de atención estará dirigido a determinar si hay convergencia entre la valoración ética del régimen político argentino y su valoración funcional, o sea si lo que se pierde en legitimidad democrática se gana en estabilidad y eficacia, o si, por el contrario, también el sistema es cuestionable en función de estos valores instrumentales. Pero antes de pasar a este análisis es necesario algunas aclaraciones conceptuales y una cierta inspección del territorio fáctico.

Uno de los pocos teóricos de la estabilidad de los sistemas políticos que no se ha dejado confundir por su relación con los dos sentidos de "legitimidad" es Garzón Valdés [106]. Este autor distingue claramente entre "legitimidad" como justificación moral de un sistema

[106] Garzón Valdés, Ernesto, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos.*

político y lo que denomina "legitimación", que es la aceptación generalizada del sistema y de sus normas, de la forma que implica la adopción de lo que Hart (como vimos en el cap. I, ap. B), denomina "el punto de vista interno frente a las normas", o sea el punto de vista de quienes aceptan las reglas del sistema jurídico y cooperan en su mantenimiento (y se consideran obligados y no meramente compelidos por sus prescripciones).

Según Garzón Valdés, la existencia de un sistema jurídico-político depende tanto de su legitimación o legitimidad subjetiva como de la capacidad de imposición de sus reglas por parte de los órganos de tal sistema. Pero esta existencia del sistema jurídico-político es independiente tanto de su estabilidad, como de su legitimidad objetiva o justificación moral; como después veremos, puede haber sistemas existentes estables o inestables y legítimos o ilegítimos.

Caracteriza Garzón Valdés a la estabilidad como una *propiedad disposicional*, o sea una propiedad que, tal cual fue propuesto por Carnap y Ryle, es descripta por un enunciado que indica que una persona o cosa tiene una cierta capacidad, tendencia o propensión, o sea que frente a ciertas circunstancias reacciona de determinada manera. Sobre la base de este presupuesto teórico, Garzón Valdés formula la siguiente primera definición de estabilidad: *D1: un sistema político (S) es estable si y sólo si en determinadas circunstancias (C) tiene la tendencia (disposición) a reaccionar en forma tal que logra mantener su identidad (Ri)*. El autor caracteriza a la identidad de un sistema jurídico-político sobre la base de la regla de reconocimiento de Hart, la que, como vimos (cap. I, ap. B), consiste en una práctica del grupo social, especialmente de sus órganos y más especialmente de sus jueces, de aceptar ciertas reglas, identificadas de acuerdo con determinados criterios, para justificar acciones y decisiones[107]. Esto le permite a Garzón Valdés sugerir una segunda definición más precisa de estabilidad en términos de la capacidad de un cierto sistema político para reaccionar frente a ciertas circunstancias manteniendo su regla de reconocimiento; sin embargo, frente a la posibilidad de cambios de reglas, aun de cambios de reglas constitucionales sujetos a la paradoja de Ross de la autorreferencia que también vimos en el cap. I, ap. B, Garzón Valdés se ve obligado a formular una tercera caracterización de estabilidad tomando en cuenta que los cambios del sistema sean una explicación de su regla de reconocimiento. El autor enfatiza, además, la importancia del factor temporal para medir la estabilidad y la relativización contextual de ese factor.

[107] Nino, *Introducción al análisis del derecho*, cap. III.

Presenta Garzón Valdés una interesante taxonomía de situaciones históricas de sistemas latinoamericanos que han combinado su existencia con su legitimidad o ilegitimidad objetiva, y cada una de estas dos variantes con la estabilidad o inestabilidad. Como ejemplo de un sistema existente ilegítimo e inestable presenta, entre otros, el caso de Bolivia en el sexenio entre la ejecución de Villarroel, en 1946, y la revolución de 1952; como ejemplo de sistemas existentes ilegítimos y estables da, entre muchos otros, el de la dictadura de Gómez, en Venezuela, entre 1908 y 1935; el caso de los sistemas legítimos e inestables es ilustrado por Garzón Valdés con el gobierno de Illia en la Argentina (lo que muchos querrán discutir dada la proscripción del peronismo, aunque el autor toma en cuenta el intento de superar esa proscripción); finalmente como caso de sistema existente, legítimo y estable, Garzón Valdés señala el de Costa Rica a partir de la Constitución vigente desde 1949.

A las nociones de legitimidad objetiva, que fue aplicada en el parágrafo anterior para evaluar el sistema de gobierno argentino, y de estabilidad, debemos agregar ahora la idea de *eficacia*. Linz ha ofrecido una caracterización de este concepto que se suele tomar como *standard*, en su importante obra sobre la caída de los sistemas democráticos[108]. Antes de ver tal caracterización es conveniente advertir que Linz parte de una definición de democracia –y por implicación de su legitimidad objetiva– cercana a la concepción pluralista que ya analizamos (ver cap. I, ap. F) y a la que aludimos en el apartado anterior (en la que, además de requisitos como la libertad de expresión y de participación política de la comunidad, se pone el acento en la competencia libre y no violenta entre líderes con validación periódica de su pretensión de gobernar). Luego de caracterizar la legitimidad subjetiva o legitimación, en la terminología de Garzón Valdés, como adhesión a las reglas del sistema, Linz define la eficacia de éste como la capacidad del régimen para encontrar soluciones a los problemas básicos que enfrenta cualquier sistema político (y aquellos que se hacen salientes en cierto momento histórico) que sean percibidas más como satisfactorias que como insatisfactorias por los ciudadanos conscientes. Este autor distingue la noción de eficacia de la de efectividad, que es la capacidad del régimen de implementar, de hecho, las políticas formuladas con el resultado deseado.

Debemos prestar una atención especial al cuadro que traza Linz sobre las relaciones mutuas entre las propiedades de un sistema político de legitimidad subjetiva: eficacia, efectividad y estabilidad.

[108] Linz, Juan, *The Breakdown of Democratic Regimes. Crisis Breakdowns and Reequilibration*.

Según el autor hay una relación directa entre las tres primeras propiedades de legitimidad subjetiva, eficacia y efectividad, por un lado, y la de estabilidad, por el otro, en el sentido de que cuantos más valores positivos tengan las tres primeras variables durante un período de tiempo, más estable será un sistema. Por el otro lado, la legitimidad del sistema tiene una relación indirecta con su eficacia y efectividad, ya que, a través de mecanismos que necesitan más investigación, la adhesión a las reglas del sistema promueve la satisfacción con las soluciones que adoptan los órganos de éste y facilita su implementación. Por otro lado, las propiedades de eficacia y efectividad tienen un efecto de retroalimentación sobre la legitimidad, ya que en la medida en que la gente percibe al sistema como eficaz y efectivo tiende a aumentar su adhesión a él; por cierto que también la estabilidad del sistema retroalimenta la eficacia, la efectividad y la legitimidad subjetiva del sistema, puesto que cuando un sistema logra perdurar en el tiempo la gente tiende a considerar sus soluciones satisfactorias, a contribuir a que ellas se implementen y a adherir a sus reglas (en realidad este último efecto de la retroalimentación que produce la estabilidad sobre la legitimidad subjetiva es el que a su vez, como vimos, causa los incrementos en la eficacia y la efectividad).

Es sumamente interesante la forma en que Linz proyecta estas relaciones entre legitimidad subjetiva, eficacia, efectividad y estabilidad para explicar la caída de los sistemas democráticos. Entre los elementos que contribuyen a la ruptura de los sistemas democráticos, Linz destaca varios de ellos.

En primer lugar, la configuración del sistema de partidos, ya que sostiene que la excesiva fragmentación de partidos y la existencia de movimientos extremos importantes es un factor contribuyente a la inestabilidad como lo prueba el caso de Chile. También es relevante que la oposición sea desleal o semileal al sistema democrático, lo que se da cuando hay una oposición que cuestiona la legitimidad del gobierno y recurre a medios extraelectorales para hacer sentir su presencia, que van desde el abstencionismo electoral hasta "golpear las puertas de los cuarteles". La lealtad se verifica en forma ideal, según Linz, cuando se da un compromiso inequívoco de acceso al poder sólo por medios electorales, cuando se rechaza claramente la violencia política o cualquier apelación a las fuerzas armadas, o la retórica de la violencia para producir grandes movilizaciones; cuando se participa del proceso electoral sin condicionamientos; la disposición a ser parte del gobierno o de unirse a grupos ideológicamente distantes en la defensa del sistema; de denunciar los que conspiran contra él; de reducir el rol de poderes neutrales como los jueces; las fuerzas armadas, etcétera.

Tiene también alguna relevancia –según Linz– en la ruptura del sistema el desencanto con un régimen democrático recién instalado, hacia el que se suelen generar expectativas desmedidas que él no está en condiciones de satisfacer, y la capacidad que él tiene de obtener la lealtad de los defensores del antiguo régimen. Es asimismo un factor decisivo para la caída de un sistema democrático, según Linz, la incapacidad del régimen para obtener legitimación a través de la adhesión de ciertos sectores influyentes, como la *intelligentsia*. También tiene relevancia para la inestabilidad democrática la existencia de sectores sociales sumergidos en crisis profundas, como una gran desocupación. Otro factor importante que contribuye al deterioro del régimen democrático es el empleo de violencia política por parte de diversos sectores y la pérdida por parte del Estado del monopolio de la fuerza para combatir la anterior violencia. Desde ya que incide también en el debilitamiento de la democracia la existencia de conflictos de nacionalidades irresueltos. Otro factor relevante es la pérdida de la autenticidad democrática por parte del gobierno, por ejemplo, cuando asume poderes extraordinarios o se apoya en las fuerzas armadas. Por último, Linz hace un *ex cursus* acerca de la contribución del sistema de gobierno presidencialista al debilitamiento del sistema democrático, tema que, por su importancia, veremos por separado más adelante.

Según Linz, el proceso de ruptura de un sistema democrático pasa por diferentes fases. La primera consiste en el enfrentamiento de algún problema insoluble –que tal vez deriva de no reconocer que la solución del problema está fuera del alcance del gobierno o de la generación de expectativas exageradas o de haber creado el problema para solucionar u ocultar otro, etc.–; esta imposibilidad de resolver problemas apremiantes deteriora, por cierto, la creencia de la gente en la eficacia y aun la legitimidad del régimen (dependiendo de la acumulación previa de legitimidad), lo que es aprovechado por la oposición desleal conduciendo a una segunda fase. Esta segunda fase se caracteriza por la pérdida de poder del gobierno democrático y la transferencia de poder a fuerzas ademocráticas, lo que está inaugurado por tres procesos que se alimentan mutuamente: *a*) la inestabilidad de los gabinetes y la dificultad creciente para formar coaliciones; *b*) la faccionalización y posterior fragmentación de los partidos, y *c*) los movimientos del electorado hacia los extremos; esto acrecienta la pérdida de eficacia y de legitimidad subjetiva. La tercera fase se caracteriza por una atmósfera de generalizada tensión, de movilización de la gente, de presiones de la oposición desleal, de generalización de creencias conspirativas.

Frente a ello el poder democrático debilitado puede adoptar diversas alternativas: una de ellas es la de asumir facultades extraordinarias, lo que puede conducir a una mayor pérdida de legitimidad

o no, dependiendo de la cohesión de las fuerzas políticas democráticas y de la imparcialidad con que son manejadas; puede hacerse intervenir en el régimen a la oposición desleal, lo que frecuentemente conduce a una toma del poder por ésta y a su transformación en un régimen autoritario; la tercera alternativa puede ser dejar que el proceso de polarización continúe, sea dejando el poder –lo que deja un vacío que es llenado por las fuerzas autoritarias–, o movilizando a un sector social y provocando una guerra civil, como ocurrió con la República española. La última fase es por supuesto la del fin de la democracia, lo que se puede efectivizar de diferentes modos: el desplazamiento inconstitucional del gobierno democrático por un grupo dispuesto a usar la fuerza y que se legitima a través de mecanismos institucionales planeados para situaciones de emergencia; la asunción del poder por estructuras de autoridad ademocráticas o predemocráticas que encaran pocos cambios institucionales y sociales; el establecimiento de un poder autoritario, basado en la exclusión de las fuerzas políticas anteriores y en un realineamiento de los sectores sociales, pero sin intentar establecer un orden institucional enteramente nuevo y permanente; el establecimiento de un nuevo régimen institucional autoritario; un intento de toma de poder que no tiene éxito y conduce a una prolongada guerra civil; etcétera.

Por cierto que los factores que proveen los elementos que constituyen este proceso y lo van haciendo avanzar o no en sus diferentes fases –sobre todo en la generación de los problemas insolubles que constituyen la primera fase– son de índole muy variada: puede haber factores económicos, como una hiperinflación, que determine la interrupción de servicios esenciales y el comercio normal, o una gran recesión que provoque desempleo, o una caída brusca de alguna exportación vital, etc.; puede haber factores internacionales, como una guerra perdida con gran mengua del prestigio nacional, o una amenaza de invasión extranjera que cree gran inseguridad, o acciones desestabilizadoras de potencias extranjeras; puede haber factores culturales, como la persistencia de un sistema de valores antagónicos con la tolerancia y el procesalismo democráticos; puede haber fracturas ideológicas, nacionales, religiosas o lingüísticas muy grandes en la comunidad que no se logran superar por un consenso democrático. En el caso argentino, es obvio que jugaron varios de estos factores en las rupturas pasadas de los procesos democráticos.

Sin embargo, en el análisis que sigue de la estabilidad y eficacia del sistema político argentino no me voy a referir a ninguno de esos factores, sino a la incidencia del factor institucional. Lo que trataré de mostrar es en qué medida el hecho de que la democracia argentina esté organizada sobre la base de una enorme concentración de facultades formales e informales en el presidente de la Nación –el que a su vez es el principal blanco de las presiones y tentaciones corpora-

tivas–, afecta negativamente la estabilidad y la eficacia de ese sistema político. En este análisis no presupongo que el diseño institucional es determinante para la ruptura de un sistema democrático; es muy posible que varios de los factores antes mencionados sean más relevantes. Pero sí asumo que la forma en que las instituciones están estructuradas en la práctica, es un factor que puede ayudar a evitar la caída de un sistema democrático cuando está acosado por la combinación de varios factores adversos o puede, por el contrario, contribuir a darle el golpe de gracia. Además de ser un factor significativo para la estabilidad y la eficacia de un sistema democrático, el diseño institucional es prácticamente el único en el que podemos incidir en forma consciente y deliberada, por lo que merece una atención especial.

§ 68. *La estabilidad del hiperpresidencialismo.* – Lo primero que hay que decir sobre este tema es la necesidad de cambiar la presunción, corriente en nuestro medio, de que la configuración presidencialista de un régimen político democrático es normal y generalizada en el mundo contemporáneo. Esto de ningún modo es así: la inmensa mayoría de las democracias pluralistas que existen en el planeta tienen sistemas parlamentarios o mixtos de gobierno, siendo una marcada minoría las que exhiben regímenes presidencialistas puros. Una rápida revisión a las tablas que presenta Blondel[109], nos permite hacernos una somera idea de la frecuencia de gobiernos parlamentarios y presidencialistas, y de la proporción de cada clase que tiene regímenes democráticos en el caso de 138 países hasta el 1º de enero de 1969. En efecto, considerando como elemento distintivo (por cierto inseguro) del régimen parlamentario la separación entre la jefatura de Estado y la de gobierno, y como elemento distintivo del régimen presidencialista la coincidencia de ambas jefaturas en un mismo organismo, y tomando en consideración algunas variables de las tablas indicadas, como tipo de régimen, técnicas para mantenerlo, personalización del poder, restricciones electorales, número de partidos (y admitiendo la imprecisión de muchos de estos datos y las dificultades para sopesarlos mutuamente) resulta que aproximadamente el 58% de ellos eran de índole parlamentaria y el otro 42% presidencialista, proporciones que se convierten en 54% y 46% si excluimos a los países comunistas, los que sin duda son –o eran– *sui generis*.

Hasta ahora, la frecuencia de los dos tipos de sistemas está bastante bien repartida; pero si prestamos atención al porcentaje de los

[109] Blondel, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, p. 589 y siguientes.

regímenes parlamentarios que tienen los rasgos de democracias pluralistas, ellos constituyen el 63% de tales regímenes (54% si computamos a los países comunistas), mientras que los regímenes presidencialistas que son democráticos constituyen sólo el 19%. Si ahora procedemos al revés y examinamos cuántos países tenían rasgos de democracias pluralistas, ellos eran aproximadamente 56, o sea el 40% de los países tomados en cuenta; de esos 56 países democráticos, 45 tenían sistemas parlamentarios o mixtos y sólo 11 (aproximadamente, dada la dificultad de sopesar las variables) exhibían regímenes presidencialistas; o sea el 80% aproximadamente de las democracias pluralistas eran de índole parlamentaria o mixta.

Esto quiere decir que los sistemas presidencialistas democráticos son extremadamente raros. Obviamente, mucho más raro es un *hiperpresidencialismo* democrático. También es importante advertir que si tomamos en cuenta el tipo de variables que indican estabilidad en las tablas de Blondel, el presidencialismo, sea autoritario o democrático es menos estable que el parlamentarismo, sea autoritario o democrático (muy aproximadamente, sólo el 49% de los primeros regímenes son estables, contra el 68% de los parlamentarios). O sea que si unimos las variables de legitimidad democrática, estabilidad y presidencialismo, los casos que las satisfacen son verdaderas flores exóticas, que cuesta trabajo encontrar y mucho más preservar. En las tablas de Blondel –e insisto en la considerable imprecisión de mi inferencia– tal vez reúnan estas condiciones sólo 4 o 5 casos sobre los 138 países tomados en cuenta (o sea bastante menos del 5%), los 56 países aproximadamente democráticos (menos del 10%) y los aproximadamente 11 países donde hay democracias presidencialistas (menos del 50%). A "ojo de buen cubero" esos casos no se extienden mucho más allá del de Estados Unidos (con las peculiaridades que hacen que muchos constitucionalistas se nieguen a calificarlo de régimen presidencialista y lo llaman "congresional"), Costa Rica (con un presidencialismo considerablemente debilitado), y tal vez Venezuela (que dado el tiempo de mantenimiento de su democracia va adquiriendo títulos para ser considerada estable, siendo necesario notar que también su presidencialismo tiene alguna atenuación).

Estas impresiones sobre la rareza y la inestabilidad de las democracias presidencialistas son confirmadas por Riggs[110] con estas palabras: "Un punto de partida para el análisis puede ser el hecho de que unos 33 países del Tercer Mundo (pero ninguno en el Primero o Segundo) han adoptado (siguiendo el ejemplo norteamericano)

[110] Riggs, Fred, *La supervivencia del presidencialismo en Estados Unidos: prácticas paraconstitucionales*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Presidencialismo versus parlamentarismo", p. 45 y siguientes.

constituciones presidencialistas. Casi universalmente esos regímenes han soportado quiebras institucionales –usualmente en la forma de uno o más golpes de Estado– por medio de los cuales grupos conspirativos de oficiales militares arrebatan el poder, suspenden la Constitución, desplazan a los funcionarios electos, imponen la ley marcial y promueven normas autoritarias... Ningún país que siga el modelo presidencialista, excepto Estados Unidos, ha sido capaz de eludir por lo menos alguna de las experiencias antidemocráticas... En cambio, casi dos tercios de los países del Tercer Mundo que han adoptado Constituciones parlamentarias, comúnmente basadas en los modelos británico o francés, han mantenido sus regímenes y han eludido las típicas rupturas del tipo de sistema norteamericano".

También politólogos como Linz, Valenzuela, Sartori, y Lijphart, como después veremos, no sólo advierten una conexión entre la inestabilidad democrática y el presidencialismo, sino que se sorprenden de que ello no haya sido advertido con más frecuencia e intensidad, sobre todo en Latinoamérica. Linz[111] por ejemplo sostiene: "El compromiso casi automático con el presidencialismo en la tradición constitucional latinoamericana, y el predominio más reciente de análisis sociológicos conductistas de la política latinoamericana ha conducido a un olvido casi total del rol del presidencialismo en la inestabilidad política al sur del Río Grande".

De este modo, creo que debe revertirse la presunción corriente de que la forma de gobierno presidencialista es una modalidad posible de democracia estable. Quienes defienden la preservación de un régimen político como el argentino, deberían intentar probar su hipótesis de que un sistema así puede funcionar en forma continuada, no obstante que sólo ha operado satisfaciendo exigencias democráticas mínimas en los últimos siete años y que escasamente tiene parangón en el exclusivo club de las democracias pluralistas estables.

A pesar de que la carga de la prueba debería estar del otro lado, en las páginas que siguen intentaré formular algunas hipótesis explicativas de la disfuncionalidad del presidencialismo en términos de estabilidad, tratando de mostrar, al mismo tiempo, por qué esas hipótesis no siempre se aplican al ejemplo central de democracia presidencialista estable, es decir la norteamericana.

a) *La personalización del poder.* Es obvio que el presidencialismo implica una mayor personalización del poder, entendiendo por tal un fenómeno constituido por una concentración pública en rasgos

[111] Linz, *Democracia presidencialista o parlamentaria. ¿Hay alguna diferencia?*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Presidencialismo versus parlamentarismo", p. 19 y siguientes.

de la personalidad de ciertos individuos que se presentan como candidatos a ejercer la máxima función ejecutiva o la ejercen efectivamente, por la relevancia que tienen esos rasgos personales en las actitudes de la ciudadanía en general y los demás actores políticos hacia el ejercicio del poder y el cumplimiento de las normas, por la amplia presencia que tienen esos individuos en el proceso político, por la solemnidad y reverencia con que se rodean los actos de quien ejerce ese máximo cargo ejecutivo, por la atribución a esa persona de un *status* excepcional en la conciencia colectiva, etcétera. Si bien cierta personalización del poder puede darse aun en un sistema parlamentario –como ocurre con Thatcher en Gran Bretaña– es obvio que ello se da con menos frecuencia y en menor medida.

Cuando examinamos someramente (ver cap. I, ap. E) la evolución de la práctica constitucional argentina, surgió claramente, como se suele hacer notar, la influencia de factores personales en la configuración del poder, con una clara tendencia al caudillismo y al caciquismo. Dejando de lado casos patológicos como el de Rosas, el de Uriburu o el de Onganía, la historia institucional argentina giró casi permanentemente alrededor de un puñado de personalidades, y en especial, la Presidencia de la Nación se fue conformando a la hechura de unos pocos individuos: Roca, Avellaneda, Yrigoyen, Perón... Esto no es un rasgo excepcional de la Argentina, sino que es distintivo del subdesarrollo político y cultural; como dice el escritor Naipaul[112]: "El punto sobre los líderes... podría ser aplicado a muchos países negros o subdesarrollados o revolucionarios, en los que el líder es todo y en los que los periodistas y otros observadores externos, cayendo sin darse cuenta en la actitud de los exploradores ('llévame ante tu líder') otorgan sólo al líder la dignidad que, en otro tipo de lugar, otorgarían más ampliamente, al país y al pueblo".

Por cierto que no me voy a referir aquí a la calidad moral de los liderazgos carismáticos, ya que una respuesta negativa está implícita holgadamente en lo que se dijo en el apartado anterior sobre la legitimidad democrática y su base en la organización del diálogo. Baste decir que cuanto más el poder está personalizado, más unilateral es el flujo de argumentación (los discursos de horas de Fidel Castro, p.ej., no suelen ser respondidos por contraargumentos de su auditorio) con mengua del valor epistémico del proceso político. Pero lo que nos interesa en este punto es señalar algunos factores que expliquen por qué la personalización del poder, distintiva del presidencialismo, puede estar conectada con la inestabilidad de este tipo de forma de gobierno democrático.

[112] Naipaul, V. S., *A Turn in the South*, p. 31.

Una de las razones por las que se atenúa la personalización del poder en los sistemas parlamentarios o mixtos es, obviamente, por la distinción de roles entre el jefe de Estado –monarca o presidente– y el jefe de gobierno. Ésta es una distinción muy importante porque implica separar a quien simboliza la unidad y continuidad de la Nación, la representa externamente y ejerce un rol moderador más allá de la luchas políticas, de quien ejerce efectivamente el gobierno. De este modo, la muy particular diferencia y hasta reverencia que se concede al primero no corre el riesgo de proyectarse en actos con *imperium* que impliquen algún abuso de poder, ya que el monarca o el presidente no tienen, en general, facultades para dictar normas vinculantes. Por otro lado, quien ejerce efectivamente el gobierno no está rodeado de la aureola de ser el símbolo viviente de la Nación, sino que es sólo el primer funcionario público, que debe presentarse al Congreso para discutir sus políticas entre iguales, sabiendo todos que está sólo temporariamente en el hemiciclo del gobierno, ya que pronto volverá a ocupar la misma banca que ha ocupado hasta el momento de asumir sus funciones.

Es obvio que esta distinción de jefaturas impide que la gente se forme expectativas excesivas sobre las habilidades sobrehumanas de quien ejerce el gobierno. Cada vez que concluye una elección presidencial en Latinoamérica, muchos sectores de la población tienen la impresión de que una nueva era para el país comienza, de la mano de un líder que ve lo que los otros no vieron y que producirá una epopeya que culminará con un modelo de sociedad enteramente nuevo. Por cierto que el Presidente electo adopta la misma visión profética de su mandato y se cree munido de facultades excepcionales para salvar al país. La contracara de este proceso es, obviamente, lo que hace daño a la estabilidad del sistema: ella consiste en la frustración de las expectativas y el desencanto respecto de la supuesta omnipotencia del líder político. El proceso todavía se complica más cuando la población empieza a atribuir las mismas dotes superiores a algún otro personaje, generalmente un político de la oposición, con la consiguiente impaciencia dirigida a que pueda poner en ejercicio tales dotes, aunque la rigidez del mismo sistema presidencialista obligue a esperar, por ejemplo, cinco años más.

Esta cuestión acerca de las expectativas que despiertan los presidentes, dadas las dotes de –casi– superhombres que se les atribuyen, con la consiguiente frustración de tales expectativas y la impaciencia por encontrar a otro que las satisfaga, está relacionada con el siguiente punto marcado por Sartori: "Mi creciente incomodidad con monócratas elegidos popularmente surge del crecimiento de la 'nueva política' que llamo video-política. La experiencia característica de nuestro siglo ha sido que la política genera (por cierto como una posibilidad, no una necesidad) no sólo daños políticos –daños en

materia de opresión– sino también daños económicos: la misma creación de pobreza. El marxismo africano ha sido económicamente desvastador para los países recién nacidos sobre los que ha tenido influencia... en Latinoamérica, Uruguay y Argentina se han deslizado desde una posición de potentados a menesterosos por la mala política... En tanto que la maldad de la política (la gente encadenada) disminuye, la mala política (las políticas irresponsables, estúpidas y contraproducentes) florecen. Y el punto es que la video-política se convierte en un vehículo ideal de la mala política. Esto es especialmente evidente en cómo ella afecta y transforma la elección de los presidentes. Cuando la elección popular del Presidente se convierte en un *video-match* decidido por apariencias y escorzos de sonidos de 10 segundos (el promedio en la elección presidencial norteamericana de 1988) entonces el presidencialismo se transforma en un juego de azar... Así que el nudo de mi alegato es que la elección popular y directa de los presidentes no provee garantías ni amortiguadores contra una elección desastrosa del *primus solus* –y esto es cada vez más el caso–. Más que nunca antes, la video-política promete poner en funciones a robots controlados por las encuestas (cuyas caras nunca son develadas) repletos de promesas preelectorales populistas" [113].

Es obvio que este desarrollo de Sartori tiene especialmente que ver con la eficacia, que será el tema del próximo parágrafo. Pero, como Linz sugiere, según hemos visto, la ineficacia afecta de manera sustancial la legitimidad subjetiva y la estabilidad. Esto es así sobre todo cuando la ineficacia no es sólo objetiva –o sea está en función de lo que realmente podría hacer el gobierno–, sino que es especialmente subjetiva –es decir está en función de las creencias de la gente sobre lo que podría hacer el gobierno–, las que están alimentadas por sus creencias sobre las dotes de quien lo ejerce.

La personalización del poder también hace vulnerable al sistema democrático por otra razón relativamente obvia: la suerte del gobierno depende de factores tan contingentes como la fragilidad de un ser humano: sus posibles enfermedades y eventual muerte; sus problemas psicológicos; sus dificultades familiares; posibles revelaciones de escándalos que afectan su honorabilidad; sus errores de juicio, etcétera. En la medida en que el gobierno esté adscripto rígidamente a un individuo, y no se pueda transferir flexiblemente entre diferentes individuos según esas contingencias, pueden ocurrir graves crisis por problemas que afectan al individuo en cuestión. Esto es especialmente así en los sistemas presidencialistas, dada la

[113] Sartori, Giovanni, *Neither presidentialism nor Parliamentarianism*, en Linz, Juan - Valenzuela, Arturo (comps.); "Presidential or Parliamentary".

rigidez del mandato presidencial y la concentración de facultades en quien lo ejerce, más las dificultades de reemplazo en caso de que deba abandonar el poder –especialmente porque su reemplazante legal, generalmente el vicepresidente no es elegido como candidato teniendo en cuenta ese rol, sino por razones políticas diversas (generalmente por representar una línea política opuesta en el partido del Presidente, lo que dificulta aún más la continuidad de la política). Estos problemas se pueden ilustrar con la renuncia de Janio Quadros y la muerte de Tancredo Neves en Brasil, la renuncia de Ortiz por motivos de salud y la muerte de Perón en la Argentina.

Otro factor importante de inestabilidad, generado por la excesiva personalización del poder, está dado por el hecho de que las presiones corporativas son más fáciles de materializarse cuando el poder está concentrado en un solo hombre, que no está obligado a actuar mediante un proceso de deliberación pública y que no debe rendir inmediatamente cuentas (en realidad, prácticamente nunca) de sus decisiones ante el electorado que lo votó o un cuerpo colegiado. Es mucho más fácil convencer o vencer a un individuo que a un cuerpo colegiado, cuyos actos están precedidos de debates públicos. Aunque los grupos de interés hacen, por supuesto, *lobby* en los pasillos de todo Parlamento, es mucho más difícil su tarea cuando deben convencer a varios representantes de partidos diferentes que saben que tienen que justificar un eventual voto favorable a tales intereses frente a pares no tan convencidos. Es todavía más fácil torcer la voluntad, el juicio o la moral de quien debe decidir cuando éste no tiene más remedio que delegar atribuciones en otros funcionarios todavía más aislados del debate colectivo y menos responsables ante los ciudadanos.

La mayor fluidez de las presiones corporativas cuando el poder está personalizado afecta la estabilidad del sistema político de diversos modos: *1*) socavando la eficacia del sistema –ya que obviamente las medidas adoptadas no tienden a resolver los problemas que preocupan a la sociedad sino a satisfacer los intereses que presionan–, lo que a su vez, como advierte Linz, afecta la estabilidad; *2*) deteriorando la legitimidad subjetiva del sistema, ya que cuando la población percibe que los gobiernos son hipersensibles a intereses sectoriales, comienza a ser escéptica sobre la justificabilidad del sistema en su conjunto, y *3*) generando una tendencia en los mismos grupos corporativos a aumentar sus presiones en la medida en que se percibe el éxito de las anteriores, y a considerar que se trata de una forma legítima de actuar y que el gobierno está especialmente obligado a contemplar sus intereses, hasta que se llega a un punto en que se percibe que haya formas más directas de obtener satisfacción de tales intereses (p.ej., presionando para prescindir de ese Parlamento o de ese juez que tienen la costumbre de meter sus narices en

lo que no les compete) o en que tales grupos se sienten traicionados por alguna resistencia del Presidente constitucional.

Un sistema parlamentario o mixto contiene más eficazmente que un sistema presidencialista la tendencia a la personalización del poder. En primer lugar, incluso un candidato a Presidente, electo popularmente en un sistema mixto, y por supuesto un Primer ministro, aun cuando tenga un buen control sobre un partido mayoritario, sabe que no pueden presentarse al electorado como superhombres capaces de realizar el cielo en la tierra, ya que el Primer ministro (sea nombrado por el Presidente electo o por el Parlamento) tendrá que consensuar sus propuestas en el cuerpo parlamentario, y aun cuando contingentemente su partido sea mayoritario, incluso los representantes de su propio partido podrán oponerle resistencia. La misma imagen de omnipotencia se atenúa cuando el Primer ministro del régimen parlamentario o mixto tiene que concurrir semanalmente al recinto parlamentario para justificar, de igual a igual con los representantes del pueblo, cada medida de gobierno en forma circunstanciada, en lugar de las declaraciones imperiales de los "monócratas" a que se refiere Sartori. Por cierto que ello, como vimos, hace más difícil las cosas para los grupos corporativos, que saben que frente a ellos tienen funcionarios que les dirán que tal o cual medida de favor o privilegio no pasará el cuestionamiento parlamentario. Por cierto que las dificultades del gobierno que tienen origen en cuestiones personales del líder político se atenúan considerablemente en un sistema mixto o parlamentario. En el sistema mixto, los inconvenientes que puedan afectar a la persona del Presidente determinan un mayor protagonismo del Primer ministro, aun cuando sea del mismo partido del presidente de la República; en el sistema parlamentario (y en el mixto cuando el afectado es el Primer ministro) el cambio de liderazgo político se puede producir con toda fluidez y normalidad, como lo muestran casos como el del asesinato de Olof Palme en Suecia, que no trajo la más mínima perturbación política.

En definitiva, una virtud de un sistema político consiste en ofrecer canales para el aprovechamiento de los méritos personales de quienes ejercen el poder, al mismo tiempo que en oponer diques de contención para neutralizar sus defectos. Los sistemas parlamentarios o mixtos pueden aprovechar al menos igual que el presidencialismo un liderazgo como el de Roosevelt, De Gaulle o Churchill, protegiendo mejor al sistema que el régimen presidencialista frente a alguien como Nixon o Waldheim, y maximizando mejor que su competidor a personalidades limitadas como Kohl o Carter. El sistema parlamentario o mixto es compatible y puede aprovechar el liderazgo de Margaret Thatcher, incluso por largo tiempo, sin que se

comprometa ni la legimitad democrática ni la estabilidad del sistema, pero también es compatible con un Giulio Andreotti.

b) *La rigidez del sistema y las válvulas de escape.* Parte de las consecuencias de la personalización del poder, distintiva del presidencialismo, afectan la estabilidad del sistema político sólo porque se combinan con las implicaciones de la rigidez de este sistema, que presenta también aspectos problemáticos independientes.

La rigidez del presidencialismo está dada por el hecho de que el principal centro de poder tiene un mandato por un término fijo, inflexible y normalmente largo (aunque raramente tan largo como ocurre en la Argentina). El Presidente debe gobernar por cuatro, cinco, seis años, cualquiera sea la evolución –durante ese período– de su salud física y mental, de su popularidad y credibilidad, de su capacidad para generar ideas políticas y para implementarlas en acuerdo con los otros centros de poder formal o informal.

La muerte o la enfermedad incapacitante del Presidente es enormemente traumática puesto que es la muerte de un proyecto casi personal, dado que, como se dijo, quien está encargado de sucederlo –generalmente un vicepresidente también electo– no necesariamente está compenetrado con la misma orientación política, sino a veces con una muy antagónica (sobre todo cuando es el resultado de una conciliación entre diferentes partidos o facciones de un mismo partido). Esto se advirtió en la Argentina con los casos de los presidentes Ortiz y Frondizi.

La renuncia del Presidente también es difícil, ya que él mismo y los demás lo ven como un fracaso en una misión casi mística que se le había encomendado por un término fijo. El ejemplo más claro de esto está dado por la renuncia del presidente Alfonsín unos pocos meses antes de terminar su mandato y cuando ya había un nuevo Presidente electo: parte de la población, dirigentes políticos de la oposición y el propio Presidente electo la vieron como una claudicación –no obstante haberla incitado antes–, por más que haya sido una acción valerosa dirigida a permitir que la grave crisis económica y social del país pudiera ser superada por un gobierno con mayor consenso –lo que sería absolutamente normal y aceptable en un sistema parlamentario o mixto–.

La destitución del Presidente también es sumamente problemática, ya que el juicio político –a diferencia de la censura en un gobierno parlamentario o mixto– es precisamente un juicio que requiere acusación y prueba de mala conducta, y tales mayorías parlamentarias para tal acusación y la condena (dos tercios de cada Cámara en la Argentina), a diferencia de la censura parlamentaria, que exige necesariamente la aquiescencia del propio partido a que pertenece el Presidente. Esto es prácticamente imposible, por el control que

el Presidente –generalmente, también jefe formal del partido– suele tener sobre los parlamentarios afines y porque, para éstos, acceder a la destitución de su líder partidario es una suerte de suicidio político, debido al deterioro de la imagen del partido cuando su líder se desacredita y al arrastre que ello suele tener en próximas elecciones parlamentarias. Por cierto que esto explica que, como dije, en Estados Unidos sólo se hayan iniciado dos juicios políticos contra presidentes, y que ninguno de los dos concluyera con la destitución (en uno, el del primer Johnson, la destitución fue rechazada por un voto del Senado, y en el caso de Nixon fue impedida por su renuncia) y que en Argentina nunca fue posible un juicio político al Presidente a pesar de nuestra tumultuosa historia.

Esto se ilustra claramente con el caso de Isabel Perón durante la crisis de 1975-1976, en el que no obstante haber acuerdo casi unánime sobre su incompetencia para ejercer el gobierno ante tan grave crisis, no fue posible lograr siquiera el mínimo acuerdo político para iniciar el procedimiento correspondiente, lo que tal vez habría podido impedir o por lo menos demorar el golpe de Estado. Por cierto que una cosa muy diferente sucede con los gobiernos parlamentarios o mixtos en que los primeros ministros pueden ser censurados y reemplazados por otros del mismo partido o de la oposición, sin que ello implique un gran desmedro para la persona del censurado ni un gran descrédito para el partido al que pertenece, ya que no se trata de acusarlo de un comportamiento incorrecto, sino de verificar que simplemente no obtiene el consenso o los recursos políticos necesarios para afrontar los problemas planteados.

De modo que el presidencialismo proporciona gobiernos demasiado estables, lo que conspira contra la estabilidad del régimen. Un Presidente desprestigiado, impopular, deshonrado, enfermo, desanimado, perturbado debe seguir gobernando tal vez por dos, tres, cuatro años más. Es obvio que esto afecta la posibilidad de ejercer eficazmente las facultades normativas, de las que el Presidente sigue gozando. Ello socava la legitimidad subjetiva, la eficacia, la efectividad del gobierno y con ello la estabilidad del sistema.

Las grandes crisis o tensiones políticas muchas veces requieren de una *válvula de escape* institucional para no afectar la estabilidad del sistema. Ello es así por varias razones. Una de ellas es que la población y los diferentes sectores involucrados en la crisis han perdido confianza en el liderazgo político, por errores reales o supuestos de su actuación, y ello exige una renovación de los gobernantes, de modo que puedan concitar de nuevo expectativas favorables. Otra es que a veces se requiere un cambio real de política, y frecuentemente ello es difícil que lo haga quien ha defendido intensamente políticas contrarias. Alguien que no se ha desgastado en

conversaciones y acuerdos frustrados con distintos grupos políticos y corporativos puede generar una dinámica diferente en la gestión política. Otra razón es que muchas veces la población quiere que se pene políticamente a los que han llevado a cabo lo que percibe como políticas erróneas, y la forma más clara de ejercer esa sanción es dejándolos fuera del gobierno. También en muchas ocasiones el mero cambio de rostros, de estilos de discursos, etc., proporciona un alivio y esperanzas nuevas en un clima político tenso.

En los sistemas presidencialistas se suele buscar esta válvula de escape de las tensiones políticas a través de los cambios de ministros y aun de gabinetes completos. Pero, aun cuando este recurso puede ofrecer una temporaria distensión, ella desaparece pronto y el recurso es inoperante cuando se lo usa con frecuencia; ello es así porque los cargos ministeriales tienen sólo una relativa importancia en un sistema presidencialista en el que el responsable final y casi único es el mismo Presidente. Cuando se suceden los cambios de ministros sin modificaciones perceptibles en las políticas de gobierno ni eficacia en la solución de los problemas, la gente comienza a pensar que lo que se necesitaría es un cambio de Presidente, lo que, por supuesto, no puede producirse constitucionalmente por las razones indicadas.

La misma razón que hace que los ministros no sean "fusibles" suficientemente efectivos para las situaciones de crisis institucional hace que tampoco funcionen como escudos de protección del Presidente. Los ministros como auxiliares del Presidente no tienen relevancia suficiente como para absorber completamente los fracasos reales o percibidos en la acción de gobierno que van produciendo desgaste en la figura presidencial. Los ministros sólo en pequeña medida son blanco de las críticas a la acción de gobierno; pronto esas críticas las van traspasando para llegar al Presidente mismo.

La rigidez del sistema presidencial no sólo se combina con su personalismo para generar situaciones de gran endeblez institucional. También se generan estas situaciones simplemente por el hecho de que haya una divergencia entre el consenso de la población sobre el modelo político adecuado y aquel a que adhiere el Presidente. Esto puede ocurrir por alguna de estas tres circunstancias: *1*) porque el Presidente ha resultado electo sin contar de entrada con consenso de origen, al menos en el grado suficiente como para llevar adelante políticas tan ambiciosas como las que intenta –como pasó en el caso de Allende en Chile–; *2*) porque el Presidente, una vez electo, ha cambiado radicalmente de orientación política –como pasó con los presidentes Frondizi y Menem en la Argentina–, y *3*) porque la población ha alterado su escala de valores o aun el signo de esos valores tal vez porque algunos de ellos ya se satisficieron y

entonces jerarquiza otros, o quizá porque percibe que son valores problemáticos –lo que tal vez ocurrió con el presidente Alfonsín, también en la Argentina–. En el apartado anterior vimos que esta falta de procesamiento adecuado del consenso socava, como es obvio, la legitimidad democrática del gobierno bajo una concepción deliberativa, en la que el gobierno debe reflejar el consenso que resulta del debate democrático. Pero es evidente que esta falta de coincidencia entre consenso y gobierno que hace posible el régimen presidencialista, también afecta la legitimidad subjetiva del sistema –sobre todo cuando los ciudadanos no sólo no coinciden con la orientación política del gobierno sino que perciben que la inmensa mayoría de sus compatriotas piensan de igual modo y que este hecho no tiene ningún efecto en las políticas de gobierno–, y al socavarse la legitimidad subjetiva se pone en peligro la estabilidad, sea en forma directa o sea a través del efecto que tiene esa pérdida de legitimidad subjetiva –como veremos en el parágrafo siguiente– en la eficacia y, a través de ésta, en la estabilidad.

Es claro que las válvulas de escape y los mecanismos de convergencia entre consenso y gobierno que ofrecen los sistemas parlamentarios y mixtos son mucho más efectivos. El cambio de Primer ministro y su gabinete, aun en un sistema mixto, es una verdadera compuerta para desactivar la tensión política debido al ejercicio efectivo del gobierno que ellos ejercen, por más que ese ejercicio dependa de la confianza del Parlamento o de la de éste y el Presidente en forma cooperativa. El caso del presidente francés Miterrand es muy ilustrativo de cómo un Presidente puede atenuar considerablemente su desprestigio creciente a través de un Primer ministro de signo opositor –Chirac– y cómo luego puede recuperar en forma radical ese prestigio gracias al desgaste de ese Primer ministro. También ilustra el caso de Miterrand cómo un Presidente puede, en un sistema mixto, cambiar radicalmente de política a través de un cambio de su jefe de gobierno aun dentro de su propio partido –el cambio entre Favius y Rocard–, lo que sería muy difícil de justificar si él fuera el responsable directo de la política de gobierno.

Pero, sobre todo, los sistemas parlamentarios y mixtos son mucho más plásticos para hacer coincidir el ejercicio del gobierno con el consenso colectivo. Ello se debe a que ese consenso se expresa mucho mejor a través de las elecciones parlamentarias que de las presidenciales, tanto por su mayor periodicidad como por la mayor reproducción de las variaciones ideológicas, territoriales, temporales, etc., que materializa un cuerpo colegiado, especialmente cuando es electo por el sistema proporcional. Cuando el Parlamento interviene directa o indirectamente en la formación del gobierno, su mayor capacidad para expresar el consenso colectivo se refleja en esa formación.

En un sistema mixto dinámico, como el que propugnó el Consejo para la Consolidación de la Democracia, este procesamiento del consenso colectivo tiene un trámite particularmente interesante: se supone que ese consenso es expresado en su origen por un Presidente recién elegido, ya que éste debe contar con una mayoría absoluta de votos del electorado para poder ser ungido; ello se transfiere de entrada a la formación del gobierno ya que el Presidente es competente para designar al Primer ministro y, a propuesta de éste, a los demás miembros del gabinete y ellos no pueden ser censurados por el Parlamento –sea porque éste refleja la misma mayoría que el Presidente o, si no es así, porque el Presidente puede aprovecharse de su popularidad para disolver el Parlamento y llamar a nuevas elecciones o amenazar hacerlo, impidiendo así la censura de su Primer ministro y su gabinete. El hecho de que estos últimos ejerzan formalmente el gobierno, aunque dependan de la confianza del Presidente, sirve de escudo de protección al jefe de Estado frente a un desgaste demasiado rápido. Pero si ese desgaste se produce de cualquier modo, ello se reflejará en las próximas elecciones parlamentarias (se prevé la elección de toda la Cámara de Diputados por cuatro años en el medio del período presidencial, también de cuatro años), y obligará al Presidente a negociar con la nueva mayoría la formación del gobierno, lo que convierte a éste en más independiente del Presidente y garantiza que siga contando con el consenso colectivo, aunque ahora transferido a través del Parlamento.

Si bien una excesiva estabilidad del gobierno puede comprometer la estabilidad del sistema político, muchos sostienen que también lo hace una excesiva inestabilidad de tal gobierno, como ocurre en regímenes parlamentarios como el de Italia. Aunque esta hipótesis es menos cierta que la anterior, como lo sugiere el mismo caso de Italia, sin embargo habla a favor de ciertos recaudos para evitar que los gobiernos se sucedan vertiginosamente al compás de cada problema irresuelto, de cada pequeño escándalo, de las campañas de prensa o de cambios de humores pasajeros de la gente. El recurso más efectivo para evitar la excesiva inestabilidad de los gobiernos es el procedimiento de "censura constructiva", como se da en Alemania Federal y en España, que impide que un gobierno sea censurado si no se forma una mayoría para apoyar la formación del gobierno que lo reemplace (en realidad, este método es tan efectivo que hace que casi no haya censuras parlamentarias exitosas en los países donde se aplica).

También se puede sostener que la estabilidad del sistema democrático se resiente si la formación del gobierno es demasiado sensible a la configuración del consenso, o, mejor dicho, del disenso, de la opinión pública, de modo que si ésta se muestra radicalmente dividida el gabinete refleja una situación de empate, como ocurre, por

ejemplo, en el caso de Israel. En este sentido, el sistema mixto tiene una clara ventaja sobre el parlamentarismo puro, ya que el Presidente tiene un poder moderador de las diferencias y una capacidad de desempate, puesto que si no se da en el Parlamento una nítida mayoría en contra de la que representa el Presidente, su poder para designar al gobierno no puede ser desafiado con éxito. Por otra parte, en un sistema mixto dinámico tampoco se puede dar que el disenso entre diversos sectores políticos se exprese en un permanente enfrentamiento entre el Presidente y el Primer ministro: si el Presidente no tiene más remedio que nombrar a un Primer ministro de signo político opuesto, no puede obstaculizar su gestión de gobierno, ya que el Primer ministro es el jefe absoluto de ese gobierno y el Presidente tiene sólo facultades propias importantes pero circunscriptas (la designación de magistrados, diplomáticos y jefes de las fuerzas armadas, la declaración del estado de sitio o de guerra, todo ello con acuerdo del Senado, y muy pocas facultades más). Este sistema, cercano al que rige en Portugal o Finlandia, difiere del vigente en Francia, ya que en este país el Presidente conserva su injerencia por derecho propio en temas de defensa y de relaciones exteriores, con las posibilidades de superposición y conflicto con el Primer ministro (sobre todo por la interconexión entre las diferentes áreas políticas de gobierno).

Los mismos resultados pueden obtenerse a través de un sistema que separe la jefatura del Estado –que no sería electiva– de la presidencia del gobierno que sí lo sería, si además el gobierno puede ser censurado por la Cámara baja y ésta disuelta por el gobierno (en uno y otro caso se provocaría elecciones simultáneas del presidente del gobierno y de la Cámara de Diputados). Incluso se atenuarían las deficiencias del presidencialismo, si el presidente de la República, electo popularmente, pudiera ser censurado por el Parlamento, cuando haya perdido en él la mayoría propia (lo que generalmente es reflejo de la falta de consenso popular).

c) *Bloqueos entre los poderes del Estado y la dinámica de confrontación entre los partidos.* Hemos visto que según Linz uno de los elementos que precipitan la caída de un sistema democrático es la existencia de una oposición desleal o semileal. Por cierto que puede haber muchas causas de tal actitud de la oposición, que se manifiesta en una obstrucción sistemática a la gestión de gobierno, en su modalidad más benigna, y en la búsqueda o aquiescencia de recursos extrainstitucionales para desestabilizar al gobierno, en su variante más perversa. Puede ocurrir –como pasó con el peronismo en el período del presidente Illia– que su deslealtad al sistema esté motivada por la deslealtad del mismo sistema para con ella, por ejemplo, al estar proscripta. Pero también la actitud desleal o

semileal de la oposición puede ser el resultado final de una dinámica de confrontación muy intensa entre los partidos, como ocurre, bajo ciertas condiciones, en el marco del sistema presidencialista.

El mismo Linz ha explicado bien la etiología de esta dinámica de confrontación[114]. Según este autor, tal dinámica de confrontación está generada por el carácter de "juego de suma cero" que tiene este sistema. Un juego de suma cero es una estructura de interacción en la que todo lo que cada participante gana lo pierde alguno de los otros participantes, a diferencia de juegos de suma positiva (como el mercado cuando funciona bajo condiciones ideales –ver cap. II, ap. D–) en los que todos pueden ganar.

El presidencialismo implica una estructura de interacción que es un juego suma cero, pues, por un lado, la mayor parte de los "premios" políticos están asignados a una posición unipersonal que, por supuesto, no puede dividirse entre distintos partidos, y porque, por otro lado, esa posición se detenta excluyentemente por un lapso extenso y fijo. Los "premios" políticos son, por cierto, las diferentes ventajas que da el poder, pero sobre todo la capacidad de nombrar una gran cantidad de cargos públicos, lo que resulta atractivo para el partido en su conjunto. La extensión y rigidez del mandato presidencial permite que haya un descuento muy grande para la satisfacción que surgiría de ganar las elecciones futuras en una campaña electoral presente, aunque, por cierto, ese descuento va disminuyendo a medida que va transcurriendo el mandato del Presidente en funciones y se va poniendo la vista en el próximo período.

Este juego de suma cero se realiza cuando el Presidente, como en la Argentina, tiene grandes márgenes para nombrar funcionarios públicos, y hacer otros favores de distinta índole gracias al manejo casi incontrolado de múltiples resortes del poder.

Ello hace que un partido que ocupe por varios períodos el cargo presidencial tienda a convertirse casi en un partido hegemónico, por la tremenda acumulación de recursos políticos con que resulta beneficiado; así como un partido importante que quede fuera del principal centro del poder político durante varios términos puede bien debilitarse hasta desaparecer. Obsérvese solamente que una cosa es contar con militantes que vivan del erario público y otra cosa bien distinta es que la actividad política les represente un costo personal relevante.

Por cierto que la dinámica de confrontación entre los partidos tiene, como primer efecto, campañas electorales extremadamente

[114] Linz, *Democracia presidencialista o parlamentaria. ¿Hay alguna diferencia?*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Presidencialismo versus parlamentarismo", p. 19, y siguientes.

agresivas –con gran tentación para la violencia verbal, cuando no física, fraudes, y todo tipo de acusaciones–. Pero lo más grave de la dinámica de confrontación es la que se da durante el gobierno de uno de los partidos, en vista de las próximas elecciones.

Cuáles son los efectos de esta última dinámica de confrontación depende del número de partidos, de su disciplina interna, del sistema electoral que rige, de cómo están posicionados los distintos partidos en las Cámaras legislativas, de cuáles sean las atribuciones de éstas, etcétera. Por ejemplo, en un sistema multipartidario si el Presidente fue elegido en nombre de una coalición de partidos pero tiene un sistema de lealtades fuerte con uno de ellos en particular, es posible que los demás partidos de la coalición se sientan tentados a romperla para intentar formar parte del próximo gobierno, evitando el desgaste del presente; ello puede provocar que el Presidente pierda el mínimo consenso de origen y la mayoría parlamentaria.

El efecto más pernicioso de la dinámica de confrontación entre los partidos está dado por el posible bloqueo entre los poderes políticos del Estado, si el Presidente está apoyado por una mayoría diferente de la que predomina en una o ambas Camaras parlamentarias. Este efecto se da sobre todo si los partidos tienen una disciplina interna considerable, que hace que, así como el partido oficialista responde a las directivas del Presidente cuando éste es, además, jefe formal o informal del partido, los partidos de la oposición responden a la orientación de sus propios líderes, quienes suelen ser los más interesados con el desgaste político del Presidente en funciones, ya que son generalmente los candidatos a sucederlo en las próximas elecciones. Esto se maximiza cuando rige, además, un sistema de representación proporcional, que hace que los legisladores dependan para su permanencia mucho más de la dirección del partido que de la opinión de un grupo definido de electores. Cuando rige, en cambio, un sistema de distritos uninominales, como en los Estados Unidos, el Presidente puede tener esperanza de contar con apoyo de legisladores del partido opositor –y así gobernar con una o las dos Cámaras en contra–, tratando de convencer de cierta política a los electores de esos legisladores para que ellos, a su vez, los presionen para que apoyen la política del Presidente.

Como se vio anteriormente en este capítulo (ap. A), un sistema de representación proporcional genera una fuerza centrífuga en favor del multipartidismo, así como el presidencialismo genera una fuerza centrípeta en favor del bipartidismo. Pero cuando prevalece esta última sobre la primera, como ocurre en la Argentina, tenemos la combinación de presidencialismo, bipartidismo y sistema proporcional, que parece ser el peor de todos los mundos posibles. En efecto, cuando el presidencialismo se combina con el multipartidis-

mo tiene la peligrosa consecuencia de que el Presidente resulte electo por un partido minoritario, pero al menos puede aprovecharse de los disensos entre los diferentes partidos de oposición en el Congreso para intentar apoyos circunstanciales aun cuando los legisladores mantengan, si rige el sistema proporcional, su fidelidad a sus respectivos partidos.

Cuando el sistema electoral es por circunscripciones uninominales ello determina casi invariablemente una situación de bipartidismo, pero aunque una Cámara del Congreso esté dominada por el partido de la oposición, el Presidente puede, como dije, aprovecharse de la menor disciplina partidiaria para ganar apoyo –a través del convencimiento a los electores– de algunos legisladores de ese partido. Pero cuando el presidencialismo se combina con el bipartidismo y el sistema proporcional, como ocurre en la Argentina, el Presidente con minoría en alguna de las Cámaras resulta sistemáticamente bloqueado: no hay esperanzas de coaliciones partidarias circunstanciales ni tampoco de ganar apoyo entre legisladores individuales del partido de la oposición. Por cierto, si esta combinación de bipartidismo y sistema proporcional se diera en un gobierno parlamentario o mixto no habría problema, puesto que el gobierno estaría alineado con el partido mayoritario en el Parlamento.

De modo que la dispersión funcional de soberanía que –según vimos en el apartado anterior– aleja al ejercicio del gobierno de una clara coincidencia con el resultado inequívoco del debate público (por no haber tal resultado inequívoco), también provoca bloqueos sumamente graves para la funcionalidad del sistema cuando el esquema de doble legitimidad no coordinada que caracteriza al sistema presidencialista, por oposición al parlamentario –de una sola legitimidad– y al mixto –de doble legitimidad coordinada–, se combina con un sistema electoral y de partidos que hace prácticamente imposible la cooperación entre partidos diferentes que controlan distintos centros de poder.

Veamos con un poco más de detalle cómo se produce el bloqueo entre los poderes políticos del Estado cuando se da la combinación explosiva a la que se hizo referencia. En primer lugar, el bloqueo ocurre porque las consecuencias de él perjudican más a uno de los actores políticos –el Presidente y su partido– que al otro –el o los partidos que tienen mayoría en una o ambas de las Cámaras del Congreso–. En efecto, aunque un Congreso obstruccionista, de algún modo genera cierto descrédito para los partidos que en él actúan, generalmente se aprovecha el desgaste del Presidente para mostrar a la obstrucción como resultado del disgusto popular y se especula con que la obstrucción llevará a la ineficacia de las políticas del Presidente, con su mayor descrédito consiguiente. En segundo lugar,

otra condición necesaria de la actitud de obstrucción es la expectativa de mayor beneficio a partir de la probabilidad de que el partido de oposición reemplace en el futuro al actual oficialismo, gracias a su desgaste y a la inoperancia a que se lo condene, que cualquier beneficio que surja de una actitud más cooperativa (lo que está asegurado por la estructura del juego de suma cero que tiene la contienda política bajo condiciones presidencialistas). Una tercera condición que contribuye a que se produzcan situaciones de bloqueo es que la oposición, aun cuando domine el Congreso, no tiene en el sistema presidencialista poder de iniciativa para impulsar políticas diferentes a las del Poder Ejecutivo –lo que tal vez podría intentar hacer para aumentar sus chances electorales, si ello fuera posible–.

Las facultades de conducción política positiva están tan concentradas en el Poder Ejecutivo (la información a través de los medios técnicos que domina, el manejo de la Administración Pública, las mismas facultades de ejecución y de hacer designaciones y de delegaciones) que es imposible para el Congreso de un régimen presidencialista establecer políticas alternativas a las del Poder Ejecutivo que rechaza. Lo único que puede hacer el Congreso es obstaculizar la implementación de la política del Presidente, no aprobándole los instrumentos legales necesarios (aun esto ocurre en los Estados Unidos, no obstante las circunstancias desfavorables a la obstrucción: en octubre de 1990 se vivió allí una situación de incertidumbre por el rechazo del Congreso del presupuesto enviado por el presidente Bush).

Como lo señala Riggs[115] la dinámica de confrontación se acrecienta cuando hay una gran participación electoral de la población: ello hace que los partidos que se enfrentan apelen a diferentes sectores de la sociedad con intereses contradictorios e, incluso, intenten movilizarlos, cosa que no ocurre cuando hay una apatía política generalizada y quienes participan del proceso político son electores del centro tanto político como social sin grandes conflictos de intereses y de ideas.

En la Argentina el bloqueo del Congreso al Presidente se dio sobre todo durante gobiernos radicales que no contaban con mayorías en una o en las dos Cámaras del Congreso. Como se sabe, el gobierno de Illia se vio seriamente obstruido por la falta de sanción del presupuesto en 1965; el gobierno de Alfonsín se vio impedido de llevar a cabo su política de normalización sindical y de privatizaciones, aunque la oposición sindical colaboró con la sanción de aquellas leyes que tenían que ver con la resolución de las secuelas del régi-

[115] Riggs, *La supervivencia del presidencialimo en Estados Unidos: prácticas paraconstitucionales*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Presidencialismo versus parlamentarismo", p. 45 y 55.

men militar (con el juzgamiento y los límites al juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos).

Es obvio que los bloqueos entre los poderes del Estado –también el Poder Ejecutivo puede bloquear las políticas legislativas mediante el uso constante del veto–, determina la ineficacia de la gestión de gobierno, y en última instancia promueve la inestabilidad del sistema, sea a través de esa ineficacia o, indirectamente, a través de la falta de legitimidad subjetiva que ella genera.

La dinámica de confrontación no sólo da lugar a bloqueos entre los poderes del Estado sino a la actitud opuesta de sumisión: cuando los partidos políticos están fuertemente enfrentados, si el oficialismo tiene mayoría en el Congreso esa mayoría tiende a ser sumisa al Poder Ejecutivo, y a no ejercer sus deberes de contralor, con tal de no ofrecer un frente dividido a la oposición y no dar argumentos para fortalecerla.

Las cosas son diferentes en los sistemas parlamentarios o mixtos. Ello es así porque la contienda política deja de ser un juego de suma cero: el poder se desplaza hacia órganos colegiados como son el gabinete y el Parlamento donde partidos perdidosos en las elecciones pueden ocupar lugares, o aun manteniéndose en la oposición, tener mayor injerencia –incluso por su abstención como el ex Partido Comunista italiano– tanto en la formación como en medidas de gobierno, con lo que pueden obtener beneficios políticos sin esperar a las próximas elecciones. Los premios políticos a los que accede el gobierno son también menores, puesto que, como veremos más tarde, la misma mayor fragilidad del gobierno determina que su capacidad de maniobra sea menor. Asimismo, la pérdida de las elecciones no es una catástrofe política para el segundo partido, puesto que en cualquier momento puede haber nuevas elecciones parlamentarias en las que se revierta el resultado de la última. Finalmente, es más difícil justificar la obstrucción cuando, tanto gobierno como oposición participan de un diálogo continuo, formulándose las políticas de gobierno sobre la base de las objeciones previas que expone esa oposición.

La dinámica de confrontación –que lleva a veces a una oposición desleal o semileal que pone en peligro la estabilidad democrática– se maximiza, como dije, con el presidencialismo, el bipartidismo y la representación proporcional y se debilita cuando alguno de estos elementos varía. Sabemos que el sistema de distritos hace a los representantes más dependientes de la opinión de sus electores que de la dirección de su partido, que es la que está más interesada en la confrontación. Y el multipartidismo hace a los partidos menos arrogantes y más proclives a negociar entre sí, frente a la imposibilidad de gobernar por sí mismos. Pero esto lo vamos a ver con más detalle en el parágrafo siguiente.

d) *Dificultad en la formación de coaliciones.* En parágrafos anteriores hemos mencionado las características del sistema presidencialista de permitir una falta de coincidencia entre la formación del gobierno y el consenso colectivo y de generar una dinámica de confrontación entre los partidos que lleve, entre otras cosas, a bloqueos entre los poderes del Estado. Estas características están relacionadas con las dificultades del presidencialismo para permitir la formación de coaliciones multipartidarias.

Es obvio que las coaliciones son necesarias cuando es imposible el gobierno de un partido solo, sea en el ejercicio del Poder Ejecutivo o en la labor legislativa. Puede ocurrir que el partido con mayor cantidad de votos esté lejos de reunir una mayoría de votos y de legisladores que le dé suficiente legitimidad frente al electorado para gobernar normalmente y le permita contar con el apoyo parlamentario suficiente. O puede ocurrir asimismo que si bien hay un partido que tiene esa mayoría de votos y legisladores, ella es insuficiente, puesto que una grave crisis, la necesidad de transformaciones muy profundas, o fracturas importantes –religiosas, lingüísticas, ideológicas– en el seno de la sociedad hacen necesario contar con una mayoría sobredimensionada, con un superconsenso. Esto es lo que Lijphart llama "democracia consensual" o "consocional" [116], sosteniendo que es un instrumento viable para alcanzar la estabilidad democrática sobre todo en el caso de sociedades profundamente fracturadas.

Dada esa necesidad de una mayoría normal o de una supermayoría, según las circunstancias, y la eventualidad de que ningún partido la reúna por sí mismo, cabe la pregunta acerca de cuáles son las condiciones estructurales de los sistemas políticos que incentivan la formación de coaliciones simples o de coaliciones sobredimensionadas.

En su documentada investigación Flisbisch [117] hace un interesante análisis de la cuestión de los incentivos para formar coaliciones bajo los sistemas presidencialistas y parlamentaristas, aplicando informalmente herramientas de la teoría de los juegos. Como en todo este tipo de análisis se parte de la premisa del comportamiento racional –que incluye la maximización de la propia utilidad– de los actores en el proceso de interacción, en este caso fundamentalmente los partidos políticos. Flisbisch distingue la cuestión de la formación de coaliciones de la de su preservación o ruptura. Sostiene

[116] Lijphart, Arend, *Democracies. Patterns of Mayoritarian and Consensus Government in twenty-one Countries*.

[117] Flisbisch, Ángel, *Parlamentarismo, presidencialismo y coaliciones gubernamentales*, en seminario Universidad Católica de Chile "Hacia una democracia moderna: la opción parlamentaria", Santiago, sep. 5-7, 1990.

que la variable crucial en la formación de coaliciones es el grado de dependencia de cada partido respecto de recursos políticos que controlan los demás. Tal dependencia implica, primero, que cada partido tiene que controlar recursos políticos, de modo que puede decidir con autonomía si aportarlos a la coalición o sustraerlos de un esfuerzo de colaboración conjunto, y, segundo, algunos partidos tienen que definir sus objetivos de modo de considerar necesarios tales recursos. Los recursos que Flisbisch tiene en cuenta son básicamente dos: *1*) el número de votos que cada partido controla, de modo que –supuestamente– puede movilizar, en direcciones predeterminadas por el propio partido, y *2*) escaños parlamentarios controlados por cada partido. El autor sostiene que en un sistema parlamentario puro y con un sistema razonablemente proporcional no hay incentivos para formar coaliciones en la fase preelectoral del proceso, y menos aún para formar coaliciones potencialmente mayoritarias, ya que cada partido, con excepción de fuerzas claramente marginales, preferirá medir sus fuerzas por separado, de modo de conquistar algunas bancas propias. Pero tal falta de interés en la formación de coaliciones en esta primera fase es ventajosa porque enriquece las posibilidades coalicionales en la fase postelectoral. En esta fase las negociaciones son menos visibles y ya no afectan las posibilidades electorales y están basadas en recursos ciertos, que son las bancas conquistadas, y no meras expectativas. En un sistema pluripartidario, seguramente con representación proporcional, hay partidos ofertantes y demandantes de arreglos cooperativos, puesto que debe haber partidos interesados en ser parte del gobierno y partidos que saben que no pueden formar gobierno por sí mismos, a riesgo de caer –ese gobierno– bajo la censura de una mayoría hostil. De este modo, se producen condiciones óptimas para la formación de coaliciones. Según Flisbisch, el juego político presidencialista es mucho más complejo, ya que hay elecciones diferentes –fijas y generalmente separadas– para el cargo presidencial y para el Congreso, y además, los escaños parlamentarios no son un recurso que se pueda emplear directamente en la formación del gobierno. Cree el autor que conviene separar el tema del control de votos de la cuestión del control de escaños; si el Presidente es elegido por simple mayoría las reglas del sistema no determinan por sí mismas incentivos para formar coaliciones, dependiendo que se formen o no de variables exógenas. En el sistema de doble vuelta para elegir Presidente, la dinámica en la primera vuelta es igual a la anterior; en cambio, en la segunda vuelta existen dependencias entre los partidos y, en consecuencia, incentivos para formar coaliciones, pero tales incentivos son de efecto incierto, ya que dependen de la percepción que se tenga sobre la capacidad de los partidos para controlar a sus votantes de la primera vuelta en la segunda, lo que no es posible de-

terminar con seguridad, generándose así un juego de información incompleta (tal vez el partido de la primera minoría puede atraer al electorado de otros partidos por sí mismo sin hacer acuerdos con ellos). También puede ocurrir que el apoyo de los electores de un partido (por ejemplo, de izquierda) a uno de los dos mayoritarios (al que está menos a la derecha) sea inevitable más allá de los acuerdos partidarios.

De modo que no hay garantía de que, bajo condiciones presidencialistas, se genere una dinámica para formar coaliciones en la fase preelectoral, ni aun con segunda vuelta. En cuanto a la fase postelectoral, aquí empieza a jugar el otro recurso político que es la posesión de bancas parlamentarias, no para formar gobierno (salvo en el caso excepcional que al Presidente lo tenga que elegir la mayoría legislativa), sino para que éste pueda gobernar con apoyo parlamentario. Aquí aparece de nuevo una clara dependencia entre los recursos políticos que manejan los diferentes partidos. Pero, según Flisbisch, si esa dependencia genera o no incentivos para formar coaliciones dependerá de las relaciones de fuerza entre el Presidente y el Congreso y del tipo de sincronización existente entre las elecciones presidenciales y las parlamentarias. Un Poder Ejecutivo fuerte bajo condiciones presidenciales, a diferencia de lo que ocurre bajo condiciones parlamentarias, reduce los incentivos para formar coaliciones sobre la base del control de escaños, y la no simultaneidad de las elecciones –que es, por otras razones, deseable– también reduce tales incentivos (ya que el Presidente con minoría en el Congreso espera reconquistar esa mayoría en las próximas elecciones y puede preferir esperar en soledad para seguir gobernando solo). En cuanto a la preservación de las coaliciones, el comportamiento de los partidos de oposición es decisivo: su cálculo está basado en los beneficios de seguir disfrutando de los cargos de gobierno y los costos constituidos por la corresponsabilidad con esa gestión. El balance de costos y beneficios depende en parte de cómo vaya la gestión de gobierno –sobre todo en el plano socioeconómico–, pero también de otros factores como el riesgo de ser fagocitado por el partido mayoritario de la coalición y los beneficios de preservar la propia identidad. Según Flisbisch el sistema presidencialista deja que operen con toda libertad los incentivos para abandonar la coalición, ya que el líder de la coalición de gobierno –el Presidente– carece del principal recurso con que su análogo del sistema parlamentario cuenta para neutralizar los incentivos para romperla: la amenaza de disolver el Parlamento, llamando a nuevas elecciones en un momento inesperado para la oposición, con riesgo de perder sus escaños que le dan fuerza negociadora. La rigidez de los términos de los mandatos, hace del Presidente en ejercicio una especie de "blanco inmóvil", al que conviene tirar sin riesgos de consecuencias, lo que to-

davía se acentúa más cuando el Presidente no puede ser reelegido, y se sabe que dejará de ser una fuente de beneficios políticos a término fijo. La conclusión de Flisbisch es que, si bien la dinámica favorable o desfavorable a la formación de coaliciones puede depender de muchos otros factores, es claro que las condiciones del presidencialismo son considerablemente menos favorables para que se formen y se mantengan coaliciones multipartidarias.

Creo que el análisis sumamente valioso que encara este autor chileno debería ser enriquecido tomando en cuenta algunos elementos adicionales: por ejemplo, el diferente incentivo que implica formar parte del gobierno en un sistema presidencialista, en el que el Presidente es el *factotum* de la política de ese gobierno, y en un sistema parlamentario, donde hay una mayor coparticipación del gabinete en la formulación de políticas y en la fijación de ciertos beneficios políticos (como la distribución de cargos públicos); la diferencia entre la formación de coaliciones institucionales entre los partidos y la formación de coaliciones entre hombres de diferentes partidos; las dinámicas de formación de coaliciones que involucran a las facciones internas de los partidos, que eventualmente podrían entrar en acuerdos con facciones de otros partidos; la diferencia entre una coalición de gabinete y una coalición legislativa. Además, sería muy interesante extender este análisis a sistemas mixtos, y tener en cuenta el impacto que producen sobre la dinámica coalicional las variaciones en el sistema electoral y en el número de partidos.

De cualquier modo, la conclusión de Flisbisch parece que podría resistir al enriquecimiento y expansión sugeridos antes, ya que son claras las razones por las cuales el sistema presidencialista (aun sin tener en cuenta el menor atractivo de formar parte minoritaria del gobierno) ofrece menos atractivos coalicionales. Esto ocurre aun con un sistema pluripartidista –que es el que el autor toma en cuenta principalmente sobre la base de las condiciones de Chile–; esto sería todavía peor con un sistema bipartidista, en el que aun es difícil formar coaliciones bajo el sistema parlamentario puro.

Por cierto que la menor facilidad de formar y mantener coaliciones, aun de simple mayoría, en el sistema presidencialista conspira contra el consenso respecto de las políticas de gobierno, lo que afecta su efectividad y eficacia, facilita los bloqueos entre poderes, socava a través de estas causas –o en forma directa– la legitimidad subjetiva del sistema, y, en última instancia, deteriora la estabilidad. Que el centro de poder esté ocupado por un tiempo prolongado por un partido que reúna, digamos, entre el 20% y el 35% del apoyo electoral, manifestado, por ejemplo, en elecciones parlamentarias, genera las consecuencias antedichas y, finalmente, un vacío de poder que, dadas otras circunstancias coadyuvantes, suele ser el antecedente de la muerte de la democracia.

Pero aún hay más: hay ocasiones en las que es necesario –como se dijo al comienzo– formar una mayoría sobredimensionada, un superconsenso para poder gobernar; ello implica la constitución y la preservación de una "gran" coalición. Como se sabe, es Lijphart [118] el que ha insistido en la conveniencia de este superconsenso –lo que él llama "mayoría consocional" para reafirmar la democracia en situaciones de graves fracturas sociales, en las que un gobierno de simple mayoría puede ser visto como ilegítimo por una minoría marginada y distinguida por características raciales, lingüísticas, culturales o ideológicas. Aunque Lijphart no insiste sobre la cuestión, la misma necesidad puede darse cuando un país enfrenta una grave crisis socioeconómica y para encararla son necesarias profundas reformas estructurales que afectan fuertes intereses y son resistidas por grupos corporativos poderosos. Sólo mediante un gran consenso de una gran mayoría de la población y de varios grandes partidos representativos pueden, a veces, encararse tales reformas y neutralizar las presiones de los grupos de interés. Lijphart sostiene que el sistema presidencialista no favorece la formación de ese superconsenso.

Por lo que acabamos de ver en el parágrafo anterior respecto de la dinámica de confrontación que él genera entre los partidos, sobre todo cuando ellos son fuertes y disciplinados –lo que se favorece por el sistema proporcional– ello resulta claro. Flisbisch advierte, con aparente razón, que el análisis que él hace no muestra que el sistema parlamentario favorece de por sí la formación de coaliciones sobredimensionadas. Aunque esto parece cierto, resulta claro que si un sistema como el presidencialista desalienta la formación de coaliciones simples, al menos igualmente desalentará la formación de grandes coaliciones, por lo que un régimen parlamentario aunque sea da ocasión para que esas grandes coaliciones se formen. Las condiciones adicionales que favorecen en un sistema parlamentario o mixto la formación de supermayorías parecen estar relacionados con el régimen pluripartidario, lo que a su vez, está favorecido por el sistema proporcional (cuando su tendencia centrífuga no está neutralizada por la tendencia centrípeta del presidencialismo).

Son claras las implicaciones de este análisis para la situación argentina. Muchos momentos de inestabilidad del sistema democrático estuvieron precedidos por gobiernos nítidamente minoritarios –como los de Frondizi e Illia– y tal vez la caída del sistema podría haberse evitado con coaliciones simples con partidos de oposición, si no hubieran adoptado, también como parte de la dinámica del sistema, posiciones de deslealtad o de semilealtad. Por otro lado, aun

[18] Lijphart, *Democracy in Plural Societies*.

gobiernos claramente mayoritarios como los de Juan Perón en el 73 y tal vez el de Isabel Perón en el 74, el de Alfonsín a partir de 1987, y el de Menem desde que asumió, podrían haberse beneficiado con una gran coalición. Es evidente que las reformas estructurales que el país requiere para salir de su profunda crisis económica son muy difíciles de encarar con éxito sin una coalición de gobierno y legislativa entre los grandes partidos del país. Sólo un superconsenso puede resistir las enormes presiones de los grupos de interés y evitar que la dinámica de confrontación entre los partidos mayoritarios haga que alguno de ellos se alíe a tales grupos para sacar provecho del desgaste inevitable del partido de gobierno, o que sea este partido de gobierno el que realice esa alianza y rehuya encarar correctamente tales reformas estructurales, para no verse perdidoso en la confrontación electoral. Pero mientras subsista el hiperpresidencialismo argentino es extremadamente improbable, por las razones que acabamos de ver, que se supere la dinámica de confrontación y se forme una gran coalición de gobierno y legislativa.

§ 69. ***EFICACIA DEL HIPERPRESIDENCIALISMO ARGENTINO.*** – Este parágrafo será mucho más breve del que estuvo dedicado a la estabilidad del sistema político, ya que muchas de las cosas que allí se dijeron son aplicables a la eficacia del sistema –sea a su capacidad para proveer soluciones con el mínimo costo político–, y aun a la efectividad –sea su capacidad para implementar tales decisiones–.

En efecto, como dice Linz, la inestabilidad del sistema político es a la vez causa y efecto de su ineficacia, así como cada una de ellas son a la vez causa y efecto de su pérdida de legitimidad subjetiva.

La personalización del poder, tal como lo sugiere Sartori en el párrafo citado, afecta la eficacia del sistema político. En primer lugar, porque los políticos no son elegidos por su capacidad para encontrar soluciones a los problemas planteados, sino por otros rasgos que son efectos de la "video-política". En segundo término, porque tal personalización hace perder a la gente la percepción correcta de los problemas que se presentan, ya que hace creer que todo es cuestión de encontrar a un visionario adecuado y encomendarle una misión trascendente para que los problemas desaparezcan como por arte de magia. En tercer término, porque, como vimos, la personalización del poder favorece las presiones corporativas y ellas no están dirigidas a resolver los problemas que afectan a la sociedad en conjunto sino sólo los que afectan a su sector.

La rigidez del sistema y la falta de válvulas de escape también afecta la eficacia del régimen político: esto es así porque muchas veces la solución de los problemas planteados requiere un cambio radical del equipo gobernante, transfiriéndose el poder a otra gente que

inspire confianza y genere expectativas que favorezcan una mejor coordinación social, que no esté atada a compromisos previos y que traiga nuevas ideas.

La dinámica de confrontación es también negativa para la eficacia del sistema. La agresividad de la política, los bloqueos entre los poderes del Estado, la sumisión del Parlamento cuando está dominado por el oficialismo, todos ellos son factores que terminan socavando gravemente la capacidad del sistema político para proveer soluciones a los problemas planteados.

Las dificultades para formar y preservar coaliciones mayoritarias y supermayoritarias es otro factor que, inevitablemente, afecta la eficacia del sistema político. Un partido minoritario que controle el gobierno no es capaz, generalmente, de crear las expectativas que son necesarias para coordinar las conductas sociales y resolver los problemas que se presenten. Como se dijo en el § 68, d, hay veces en que la solución de un problema crítico requiere transformaciones profundas y una contención de enormes presiones de grupos corporativos contrarios a tales transformaciones, lo que no puede lograrse sin una mayoría gobernante sobredimensionada, sin una democracia "consocional" en el sentido de Lijphart.

Dado que el presidencialismo, como vimos en el parágrafo anterior, tiene todas las características antes mencionadas, parece claro que es un sistema que se distingue por déficits de eficacia considerable. Sin embargo, la impresión generalizada es justamente la contraria: se piensa que si bien el presidencialismo puede ser deficitario en términos de legitimidad objetiva y en estabilidad, no lo es en términos de eficacia, ya que tiene dos rasgos que son sumamente ventajosos para la eficacia de un gobierno y del sistema del que forma parte: coherencia y continuidad. Se sostiene que los sistemas parlamentarios y aun los mixtos se caracterizan por grandes inconsistencias en las políticas de gobierno –por la influencia en tales políticas de los diferentes partidos que están respresentados o bien en el gabinete o en el Parlamento que controla a ese gabinete– y por grandes marchas y contramarchas, debido a la permanente sucesión de los gobiernos.

Es importante examinar con cuidado el alcance en que los argumentos anteriores son válidos. Es evidente que tener a representantes de diversos partidos en el mismo gabinete no es en sí mismo una virtud, puesto que o bien pueden llegar a una especie de parálisis o a elegir una política del mínimo común denominador, o bien pueden ir provocando oscilaciones de política según como resulte cada votación. Por eso es que no debe tomarse lo que dice Lijphart como una recomendación para un gobierno normal. Sin embargo, cuando es deseable que haya una coalición simple, o aun una gran

coalición, es porque de lo contrario habría un gobierno demasiado débil en términos absolutos o débil en relación a la particular crisis que vive la sociedad, y su capacidad normativa no sería acompañada de los poderes fácticos necesarios para gobernar con eficacia. Es bueno insistir que aun así, el sistema mixto ofrece la posibilidad de desempatar entre fuerzas parejas, dado el poder moderador que tiene el Presidente.

La fragilidad de los gobiernos tampoco es una virtud que deba recomendarse. Como se dijo antes, hay mecanismos para atenuar la fragilidad de los gobiernos parlamentarios o mixtos, como la posibilidad de disolver el Parlamento –que es un arma esencial frente a una práctica de censura irresponsable– y el mecanismo de censura constructiva. Sin embargo, también la mayor plasticidad de los gobiernos parlamentarios o mixtos figura como virtuosa cuando aparece como remedio frente al riesgo de que caiga el sistema, por la rigidez de la constitución del gobierno en el régimen presidencialista.

Hay una razón adicional que hace que aun la excesiva renovación de los gobiernos en sistemas parlamentarios no sea una causal determinante de su ineficacia, como lo prueba el caso italiano. Como sugiere Arturo Valenzuela la misma fragilidad de los gobiernos hace que se desarrolle una Administración Pública muy estable, la que mantiene la continuidad de la implementación de las políticas. En efecto, el hecho de que el nuevo jefe de gobierno no aparezca en los regímenes parlamentarios o mixtos como el mensajero de una nueva sociedad, hace que tenga poderes muy limitados para la designación de funcionarios públicos, por lo que se mantiene una notable estabilidad de tales funcionarios. Muchos ministros de los sistemas parlamentarios aún protestan por su sujeción al personal administrativo estable[119]. En cambio, lo contrario ocurre en los sistemas presidencialistas en que cada Presidente produce miles, y tal vez decenas y hasta centenares de miles de designaciones en la Administración Pública.

Más aún: dada esta facilitad que hay en los sistemas presidencialistas, los cambios suelen producirse incluso con los reemplazos de ministros (dado el antagonismo entre facciones internas de los partidos a veces estos reemplazos llevan a más persecuciones de los funcionarios nombrados por el anterior ministro, que si hubiera habido un cambio de Presidente y aun de régimen). Si tomamos en cuenta que la eficacia de una política de gobierno está en buena parte determinada por la consistencia de las medidas de implementación tomadas por funcionarios inferiores de la burocracia estatal, se com-

[119] Ver la sátira con mucho de verdad Sí ministro.

prenderá por qué, aun en materia de ineficacia provocada por cambios, no es muy claro que el sistema presidencialista sea superior al parlamentario o mixto. Todavía hay más: es posible suponer que, aun en el nivel de ministros, hay más continuidad en sistemas parlamentarios volátiles como el italiano que en los sistemas presidencialistas. Los cambios de gobierno generalmente implican –en los sistemas parlamentarios– la continuidad de muchos ministros en la misma o en diferentes carteras, lo que no ocurre en los sistemas presidencialistas aun cuando el nuevo Presidente sea del mismo partido que el anterior. Según datos recogidos por Alfred Stepan (y que me comunicara personalmente) hay una proporción mucho mayor de ministros que vuelven a ocupar cargos en el gabinete en los sistemas parlamentarios que en los presidencialistas. Esto implica, por cierto, un aprovechamiento mucho mejor de experiencia de gobierno, lo que sin duda debe redundar en la eficacia de la gestión.

Sin embargo, subsiste la impresión de que, en ciertas circunstancias, un liderazgo como el que permite el sistema presidencialista puede resultar, en una sociedad en crisis, una fuerza inspiradora que facilite la movilización popular necesaria para permitir cambios. Éste es el argumento al que recurre Mangabeira Unger [120] al defender para Brasil un sistema presidencialista *sui generis*, ya que permite que el Congreso censure al Presidente y que éste disuelva el Congreso (con lo que se provee una forma de coordinación de las dos expresiones de soberanía popular). Si esto fuera así ese liderazgo es perfectamente compatible con un sistema mixto dinámico como el que propuso para la Argentina el Consejo para la Consolidación de la Democracia. En efecto, si el Presidente tiene suficiente apoyo popular como para contar con legitimidad subjetiva para encarar las transformaciones profundas –lo que no ocurría, p.ej., con el caso de Allende en Chile–, él puede impulsar esos cambios a través del gobierno, ya que es imposible que éste sea censurado, puesto que el Presidente o bien ya cuenta con apoyo parlamentario o puede obtenerlo disolviendo la Cámara de Diputados; de lo contrario, ello es sintomático de que el Presidente no cuenta con el consenso necesario para sus políticas de reformas, y su insistencia en ellas podría atentar contra la estabilidad del sistema.

Pero es dudoso que el modelo de racionalidad que inspira la objeción anterior sea acertado. La adhesión a ciertas políticas basadas en la confianza en un hombre suele ser efímera y, de cualquier modo, como vimos en el apartado anterior carece de la calidad epis-

[120] Mangabeira Unger, *La forma de gobierno que conviene a Brasil*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Presidencialismo versus parlamentarismo", p. 95 y siguientes.

témica como para presumir que la orientación de las reformas es la adecuada. En efecto, en posiciones como la de Mangabeira Unger se asume que el Presidente, munido de grandes poderes para encarar la transformación estructural, lo hará en la dirección correcta y no en un sentido perverso (esto no implica que no pueda ser aceptable un presidente del gobierno electo siempre que sus poderes sean acotados, que no detente la jefatura de Estado y que sea censurable por la Cámara baja).

La única forma de garantizar que un liderazgo político cuente con un consenso que sea, a la vez, sólido y presuntivo de la validez de las políticas adoptadas, es que ese consenso sea el resultado de una deliberación plena y amplia de la ciudadanía. Como vimos en el apartado anterior, el sistema presidencialista –sobre todo en su variante hipertrofiada– es antagónico con el desarrollo genuino de la deliberación pública y con su culminación en un consenso profundo y unívoco. El presunto consenso para encarar transformaciones profundas es de una enorme fragilidad cuando se basan en la confianza en un hombre y no en el convencimiento a través del debate público, y el hiperpresidencialismo no es el suelo más propicio para que florezca ese debate. No hay nada que convenza más a la gente que una deliberación que se inicia en un Parlamento en el que los líderes políticos del gobierno y de la oposición debaten, de igual a igual, cada medida de gobierno que se va tomando.

Es aquí donde la legitimidad objetiva converge con la eficacia y con la estabilidad: el consenso que se obtiene como resultado de la deliberación pública es, a la vez, fuente de una presunción de validez moral de las decisiones adoptadas, e implica un compromiso profundo con el método de decisión que le otorga legitimidad subjetiva y estabilidad, y que es condición necesaria de la eficacia y efectividad de tales decisiones. El sistema político más eficaz es también aquel que permite más que otros un diálogo amplio y pleno y no un monólogo o monólogos cruzados de quienes ejercen el poder.

§ 70. *Conclusión.* – He ilustrado a lo largo de este apartado diversos factores que hacen que el sistema presidencialista sea disfuncional, en términos de estabilidad y eficacia, en relación al caso de la Argentina. En nuestro pasado reciente hemos tenido los siguientes ejemplos extremos: *a*) de personalización del poder –como el de Juan Perón–; *b*) de falta de válvulas de escape frente a situaciones de crisis –como el caso de Isabel Perón de 1976 y, tal vez, el de Raúl Alfonsín en 1989–; *c*) de dinámica de confrontación generadora de una contienda política agresiva, de bloqueos y aun de oposiciones desleales –como los casos de las presidencias de Illia y de Alfonsín–; *d*) de gobiernos minoritarios que reclamaban una coalición

para poder gobernar o incluso una supercoalición –como el de Frondizi–; *e*) de presidentes que se quedaron sin consenso por su cambio brusco de política –como el caso de Frondizi, tan pronto asumió el poder– o por el cambio en las urgencias de la sociedad –como el de Alfonsín a partir de 1987–; *f*) de gobiernos ineficaces, en parte por los permanentes cambios de gabinete –como el de Isabel Perón–; *g*) de presidentes hipersensibles a las presiones corporativas –como ocurrió en el caso de Frondizi–, y *h*) de presidentes cercados por presiones corporativas –como ocurrió en el caso de Alfonsín–. Por cierto que en esta larga lista de infortunios no menciono las patologías representadas por los regímenes militares.

Los factores que han afectado la estabilidad y la eficacia de nuestro sistema político son, por cierto, de diversa índole: no deben ser ajenos a ellos la crisis económica cíclica –que en parte está provocada por la misma inestabilidad e ineficacia, pero que también reconoce causales independientes–; el dualismo ideológico irresuelto al que hice referencia en el cap. I, ap. E, entre un liberalismo deficitario y un totalitarismo que se alimentaba de esos déficits de su contrincante; una cultura de la ajuridicidad que está determinada por una mentalidad finalista que pretende permanentemente alcanzar ciertos fines ignorando los procedimientos que el liberalismo constitucional preceptúa como condición para obtenerlos; etcétera.

Si ahora dirigimos nuestra atención no sólo a las causas sino a los efectos de la inestabilidad y relativa ineficacia de nuestro sistema político, una vez que se muestra su convergencia con la desviación de exigencias de legitimidad democrática –tal cual se trató de indicar en el parágrafo anterior– es fácil advertir que los efectos principales están desplegados en el segundo capítulo de este libro: ellos consisten fundamentalmente en una recurrente ligereza hacia los derechos y garantías individuales que se manifiesta en las fases oscuras de nuestra oscilante práctica constitucional. Esto no es de extrañar, ya que si nuestra práctica institucional de segundo grado se aparta recurrentemente, en forma total o parcial, de las exigencias de la democracia deliberativa –adoptando el *slogan* de los colonizadores hispanos "la ley se acata pero no se cumple", en lugar de su opuesto en una democracia de esa índole "la ley se discute pero se cumple", ello se manifestará, necesariamente, en una práctica institucional de primer grado que trate con ligereza a los derechos fundamentales. Esto contrasta con una democracia deliberativa plena que, dada su capacidad epistémica en materia moral, tiende a orientarse correctamente en el tratamiento de derechos fundamentales que constituyen el contenido moral sustantivo.

A pesar de ello, nuestra práctica constitucional en su conjunto merece nuestra adhesión moral si es sometida a una reconstrucción

radical, puesto que es la única práctica que tenemos y ella ha estado frecuentemente orientada, y puede intentarse que lo esté permanentemente hacia principios morales plausibles. La reconstrucción radical que se mencionó en el cap. I, ap. F, debe pues comenzar por la reorientación de la práctica institucional de segundo grado, promoviendo los mecanismos que favorecen la materialización plena de una democracia deliberativa. Los factores que se mencionaron antes, que determinan la ineficacia y la inestabilidad de nuestro sistema de gobierno, que convergen con su desviación de exigencias de legitimidad democrática, son en buena medida inmodificables por acciones deliberadas. Pero hay, sin embargo, posibilidades de incidir a través del factor constituido por el diseño de la estructura institucional.

Por lo que vimos en el apartado anterior y en el presente, es principalmente necesario abandonar un presidencialismo que se ha vuelto hipertrofiado y se ha hecho extremadamente poroso a las presiones corporativas, además de introducir los mecanismos de descentralización genuina, de participación directa de los ciudadanos, de mediación más transparente y de regeneración del marco para un debate colectivo más pleno, que también fueron mencionados. Estos últimos objetivos requieren fortalecer el poder de decisión –adscribiéndoles recursos y servicios– de las provincias y los municipios, permitiendo canales de participación directa de los ciudadanos en contextos de inmediación; redefinir el rol del Senado como garante de las autonomías provinciales; mejorar la eficiencia del procedimiento parlamentario; revisar el sistema electoral para satisfacer los dos principios de mandato-responsabilidad y reproducción, a través de algún sistema mixto eliminando las deformaciones de la proporcionalidad; permitir un acceso equitativo e imparcial a los medios de comunicación pública, evitando los monopolios y cuasimonopolios informativos, etcétera.

Pero lo central, como observé antes, es alejarse del hiperpresidencialismo. Ello requiere una estrategia para el cambio, que no sea autofrustrante. Se avanzaría en la dirección correcta si los otros dos poderes del Estado tuvieran una conciencia alerta y revirtieran sus concesiones en materia de cuestiones políticas; declaraciones de estado de sitio e intervención federal por decreto; reglamentos delegados; reglamentos de necesidad y urgencia; presupuesto automáticamente prorrogado y falta de revisión, en tiempo, de las cuentas de inversión; acuerdos automáticos para magistrados y otros altos funcionarios; interpelaciones infrecuentes y de mera cortesía, etcétera.

Sin embargo, es evidente que la superación definitiva de este hiperpresidencialismo que implica la principal desviación de nuestra práctica constitucional de exigencias de legitimidad objetiva, estabi-

lidad y eficacia –con los efectos consiguientes para el reconocimiento de derechos básicos– requiere una reforma constitucional. La estrategia de cambio con menos riesgo de convertirse en autofrustrante aconseja la adopción de un sistema de gobierno mixto, que se define necesariamente a través de estas cinco características: *a*) la existencia de un jefe de Estado elegido popularmente en forma directa, con segunda vuelta, o indirecta y que tenga exclusivamente funciones inherentes "de Estado", como la de representar al país en el exterior, la de designar a magistrados, jefes militares y altos diplomáticos con acuerdo del Senado, la de declarar la guerra (y el estado de sitio, si se mantiene) con acuerdo del Senado; *b*) la concentración de todas las facultades ordinarias de gobierno en un Primer ministro, que el jefe de Estado puede designar y remover, que debe gobernar asistido por un gabinete de ministros, a los que el Presidente designa por recomendación del Primer ministro; *c*) la elección del conjunto de la Cámara de Diputados en la mitad del período presidencial (que es recomendable que sea de cuatro años con una reelección) o cuando se cumplan cuatro años de la última elección, en caso de que haya sido disuelta anticipadamente; *d*) la posibilidad de que la Cámara de Diputados censure al Primer ministro y a su gabinete por un mecanismo ni excesivamente fácil ni tan inasequible como el juicio político, lo que podría verificarse con una mayoría absoluta de los miembros presentes, siempre que sea capaz de proponer al Presidente el Primer ministro reemplazante, y *e*) la posibilidad del Presidente de disolver la Cámara de Diputados cuando no acepta designar como Primer ministro a la persona recomendada por la Cámara. (Aun el Primer ministro podría ser electo popularmente –como ocurre con el proyecto preparado por profesores de la Universidad de Tel Aviv–, si no lo fuera el jefe de Estado y se mantuvieran las restantes características del sistema; también es posible pensar en un presidente de la República que pudiera ser censurado y pudiera disolver la Cámara de Diputados.)

Estas cinco características son las que permiten la existencia de un sistema mixto *dinámico*, que se transforma en más presidencialista o más parlamentario según el jefe de Estado goce o no de consenso popular, expresado a través de la mayoría de la Cámara de Diputados. Cuando el jefe de Estado goza de esa mayoría, el Primer ministro y su gabinete dependen casi enteramente de él (aunque quizá tenga que negociar con diferentes sectores de su partido), pero de cualquier manera le sirven de escudo de protección evitándole el desgaste de la política cotidiana; cuando el jefe de Estado pierde consenso, debe negociar con la mayoría parlamentaria la designación del gobierno, que adquiere mayor independencia del jefe de Estado, y debe circunscribirse a sus funciones inherentes de jefe de Estado. De este modo se asegura que se coordinen las expresio-

nes de la soberanía popular a través de la elección presidencial y de la elección parlamentaria, que el gobierno siempre sea receptor del consenso colectivo –sea a través del jefe de Estado o a través de la mayoría de la Cámara baja–; que haya un fusible importante frente a situaciones de crisis; que se atenúe la dinámica de confrontación entre los partidos y los consiguientes bloqueos, dado que las fuerzas de la oposición pueden formar parte del gobierno de inmediato o en un futuro no muy remoto; que sea posible la formación de coaliciones y supercoaliciones de gobierno; que haya una relación y diálogo permanente entre el gobierno y el Parlamento; que se despersonalice el poder, dirigiéndose las actitudes de reverencia a quien no tiene un manejo efectivo del gobierno, quien es, por otra parte, sólo un *primus inter pares* en la Cámara de Diputados.

Por cierto que muchas otras cosas tienen que ocurrir para que nuestra práctica constitucional quede definitivamente orientada hacia la satisfacción de los valores de un liberalismo pleno, que forme parte del consenso profundo de la sociedad. Pero creo que estas reformas en el segundo plano de la práctica –el de la organización del poder– son tal vez la más importante contribución a que se consolide una democracia deliberativa que vaya orientando la práctica hacia esos valores. Pero todavía nos falta ver cuál debe ser el papel de los jueces en la misma tarea de orientar a la práctica constitucional hacia el reconocimiento de los derechos implícitos en los valores de un liberalismo pleno. A discutir esta última cuestión estará dedicado el próximo apartado.

D) El control judicial de constitucionalidad

§ 71. ***Introducción.*** – En los caps. II, ap. F y III, ap. A, se hizo referencia a la relación entre el Poder Judicial y los otros poderes del Estado y al papel de los jueces en un Estado de derecho en el que se respete la garantía del debido proceso.

Vimos que ese papel incluye necesariamente tener la última palabra en la determinación de los hechos (lo que excluye las presunciones fácticas *iuris et de iure* hechas por el legislador) y en la aplicación de las normas del sistema jurídico a tales hechos. Tal aplicación requiere interpretar las normas y esa interpretación (ver cap. I, ap. D), si bien es una tarea inherentemente valorativa, en diferentes estadios, tiene al menos dos condicionamientos relevantes: el primero, que vimos en ese mismo capítulo, es el de preservar la práctica jurídico-constitucional –incluyendo las convenciones interpretativas– que se supone justificada, en el primer nivel del razonamiento práctico escalonado que examinamos en el cap. I, ap. C, sobre la base de

ciertos principios morales, al mismo tiempo que se la debe intentar mejorar en función de tales principios. El segundo, que surge de la justificación de la democracia que se expuso en el mismo capítulo (ap. F), y que fue expandida en el cap. III, ap. B, es el interpretar los materiales normativos a la luz del consenso democrático que fue resultado de la discusión colectiva y la que se desarrolló en el ámbito de los órganos representativos especialmente el Parlamento. En esta tarea interpretativa –que no es para nada mecánica sino eminentemente creativa– es esencial reconstruir el consenso alcanzado a partir de las razones ofrecidas por los distintos partícipes en el debate, asignándole el peso necesario según la amplitud del respaldo popular que ellos exhibían en el proceso democrático. La cuestión se complica considerablemente cuando se trata de normas que registran el impacto del paso del tiempo: su legitimidad democrática actual debe fundarse en una construcción del consenso tácito, lo que exige por parte del juez una considerable sutileza de juicio para detectar los elementos constitutivos de ese consenso y combinarlos con los que constituyeron el consenso explícito que se dijo en el pasado.

Todo lo que fue resumido en el apretado párrafo anterior ya es bastante complicado, pero la cuestión adquiere una complejidad aún mayor cuando le agregamos la eventual facultad de los jueces de *descalificar* una norma jurídica de origen democrático, por ser violatoria de una prescripción constitucional, sea en lo que hace al procedimiento o al contenido de la norma. Ésta es un arma poderosa en manos de los jueces, ya que puede constituir uno de los instrumentos principales para promover una reconstrucción radical de nuestra práctica constitucional –tal como se consideró necesario en el cap. I, aps. E y F–, además de las reformas explícitas que se recomendaron en los dos apartados anteriores. A través de la nulificación de normas jurídicas de diferente índole, los jueces y en especial la Corte Suprema de Justicia de la Nación podrían afectar el grado más profundo de nuestra práctica constitucional (restringiendo progresivamente el poder monocrático, ampliando las facultades de contralor por parte del Congreso, promoviendo la descentralización genuina del poder favoreciendo el debate público –p.ej., mediante la exigencia de audiencias públicas antes de cada decisión–, impulsando diferentes formas de participación popular, etcétera). Por cierto que también podrán tener un impacto importantísimo en el segundo plano de esa práctica –la del reconocimiento de los derechos y garantías individuales– de modo de orientarlo hacia la materialización de principios de un liberalismo pleno, evitando las oscilaciones que ya hemos advertido a lo largo del segundo capítulo, sea mediante su acción directa o mediante la transformación progresiva de la organización del poder. De modo que, a través del control de constitucionalidad, los jueces pueden ser actores principales en la búsqueda de un con-

senso profundo alrededor de principios que garanticen la legitimidad objetiva y la estabilidad de nuestra práctica constitucional.

Pero este instrumento que pone en manos de unos pocos hombres la posibilidad de reorientar toda la práctica constitucional, pasando tal vez por encima de un consenso democrático contrario, puede ser fuertemente cuestionado. Antes de discutir tal cuestionamiento es necesario, sin embargo, tener alguna idea acerca de cómo el control judicial de constitucionalidad se ha desarrollado en nuestro ámbito y en el de democracias consolidadas.

§ 72. *MODALIDADES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.* – El sistema de control de constitucionalidad presenta básicamente tres variaciones que se pueden ejemplificar a la luz de los órdenes jurídicos inglés, continentales-europeos y norteamericano.

a) En el sistema jurídico británico (como en el de Holanda y en el de países escandinavos) no hay un control judicial de constitucionalidad. Esto quiere decir que ningún juez interno –ni aun el Tribunal superior constituido por la Cámara de los Lores puede descalificar una ley dictada por el Parlamento, y mucho menos una norma jurídica de nivel inferior, sobre la base de que ella viola la Constitución, que en el caso de Gran Bretaña es consuetudinaria y no documentada. Coke en el caso "Bonham"[121] intentó promover la idea de que en algunos casos el *common law* podría controlar una ley del Parlamento, la que podría ser declarada nula por ser contraria al derecho y a la razón. Pero esta idea no se impuso. La resistencia queda expresada típicamente por Blackstone[122] cuando decía que el Parlamento tiene autoridad para hacer, confirmar, extender, restringir, abrogar, repeler, revivir y explicar las leyes, y que lo que el Parlamento haga ninguna autoridad en la tierra lo puede deshacer. Ello se expresa a través del principio de absoluta soberanía del Parlamento. Tanto esta soberanía como el mismo control judicial de constitucionalidad han sufrido transformaciones a partir del ingreso británico a la Comunidad Económica Europea, tal como ya vimos antes (cap. I, ap. A). Sin embargo, el principio de que el Parlamento es quien tiene la última palabra, aun en materia de derechos individuales, es plenamente aplicable al derecho interno. El que haya esta posibilidad es sumamente relevante para entender la discusión teórica del parágrafo siguiente.

b) El sistema continental-europeo, por lo menos en lo que hace a períodos democráticos como los que vivió Francia, era, hasta las

[121] Coke's Reports 107, 1610.

[122] Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*.

primeras décadas de este siglo, como el británico. Por ejemplo, como dice Favoreu[123], el principio fundamental de la Revolución Francesa era que la Asamblea era absolutamente soberana y que los jueces estaban completamente sujetos a la ley dictada por el Poder Legislativo. Esto es bien claro en la articulación del Montesquieu de la separación de los poderes. El dogma roussoniano era que la Legislatura siempre actuaba como protector natural de los derechos de los individuos, y era infalible en la defensa de tales derechos.

Recién a partir del fin de la Primera Guerra Mundial el enfoque continental-europeo en materia de control de constitucionalidad fue cambiando con el establecimiento de tribunales *ad-hoc*, especialmente encargados de revisar la constitucionalidad de las leyes. La historia de las Cortes constitucionales europeas comenzó con la Constitución de Checoslovaquia de 1920, luego la austríaca del mismo año, la española de 1931. La segunda ola de Cortes constitucionales se produjo después de la Segunda Guerra Mundial con el restablecimiento de la austríaca en 1945, la italiana de 1948, la alemana de 1949, el Consejo Constitucional francés de 1958. La tercera ola está constituida por la creación del Tribunal Constitucional portugués de 1976, el español de 1978, en cierta medida del griego en 1975, el de Polonia en 1982 y el de Hungría en 1984.

En Europa continental hubo algunos intentos de establecer el modelo norteamericano del control de constitucionalidad: Edouard Lambert lo propuso en Francia en 1921, y en la República de Weimar se aplicó ese sistema gracias a una autorización, en 1925, del *Reichgericht* a los jueces ordinarios para que verificaran la constitucionalidad formal de las leyes. Pero hubo una gran resistencia a ese sistema que estuvo fundada, según Cappeletti[124] en la sacralización de la ley, en la incapacidad política de los jueces ordinarios –generalmente funcionarios de carrera– para enfrentarse a los Parlamentos, en la ausencia en algunos casos de unidad de jurisdicción, y también, en ciertos casos, en la insuficiente rigidez de la Constitución.

Como se sabe, el aporte teórico fundamental para constituir este sistema de control de constitucionalidad lo realizó Kelsen[125], quien sostenía que ese control era esencial para mantener la supremacía de la Constitución, no solamente como regla procedimental sino también como norma sustantiva. Según este iusfilósofo la garantía de la Constitución reposa sobre la posibilidad de nulificar los actos que le son contrarios. Esa nulificación no se puede confiar al

[123] Favoreu, Louis, *Les Cours Constitutionelles*.

[124] Ver Cappeletti, Mauro, *Rapport General, colloque d'Uppsala*.

[125] Kelsen, Hans, *La garantie jurisdictionelle de la Constitution*, *RDP*, 1928.

mismo órgano que dicta la ley, ya que en ese caso el legislador se consideraría a sí mismo como un órgano de creación libre de derecho y no como un órgano de aplicación de derecho; es necesario que un órgano independiente de quien ha dictado la ley haga ese control. Kelsen contestaba dos argumentos principales contra este control de constitucionalidad. El primero era que atentaba contra la soberanía del Parlamento; a lo que Kelsen respondía que no es un órgano el que es soberano, sino toda la estructura del Estado, y que la legislación está tan sometida a la Constitución como las normas administrativas lo están a la legislación. El segundo argumento en contra del control de constitucionalidad era que lesionaba el principio de separación de poderes: Kelsen replicaba que, si bien con la anulación de una ley inconstitucionalidad el Tribunal constitucional se convierte en una especie de "legislador negativo", ese poder no tiene la creatividad que caracteriza al dictado positivo de leyes.

Las características generales del modelo continental-europeo de control de constitucionalidad consisten en ser de tipo *concentrado* –o sea, la capacidad para declarar la inconstitucionalidad de las normas está monopolizada por un solo órgano, el Consejo o Tribunal constitucional, aunque hay excepciones a este monopolio–; ese órgano que lo ejerce es *mixto* en el sentido de que su composición, con miembros nombrados por un período fijo, refleja criterios de formación jurídica y de orientación política, y es independiente de los poderes políticos pero también está generalmente separado del Poder Judicial como organización de los tribunales ordinarios; el control puede ser *concreto o abstracto*, y en este caso, puede ser *preventivo o remedial*; hay una tendencia creciente a que el control constituye una revisión de la aplicación de las leyes hecha por los tribunales ordinarios, y a una selección de casos.

El control judicial en Alemania, ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, es uno de los más completos: además de ser juez electoral y de resolver los conflictos de poderes, el Tribunal puede suspender *a priori* la aplicación de una ley; puede hacer un control abstracto *a posteriori* a pedido de un tercio del *Bundestag* o de un gobierno de un *Land*; puede hacer un control concreto por reenvío de los tribunales ordinarios o por recursos de individuos. El Tribunal tiene varios remedios, tales como la anulación total o parcial de la ley, el condicionamiento de la ley a una cierta interpretación, la declaración de inconstitucionalidad sin anulación, y la anulación diferida. El Tribunal está compuesto de dieciocho miembros, más un presidente y un vicepresidente, que se dividen en dos salas de ocho miembros cada una; cinco de los miembros de cada sala deben ser jueces federales y los demás deben cumplir las condiciones para ser jueces. La mitad de los miembros del Tribunal, que son designados por doce años, son elegidos por el *Bundesrat* y la otra mitad

por el *Bundestag*. Según Favoreu [126] a pesar de todas las precauciones tomadas no se ha podido evitar que haya una fuerte incidencia de motivaciones políticas partidarias en la designación de los miembros.

La Corte Constitucional italiana tiene por competencia los conflictos entre los diferentes poderes del Estado, entre el Estado y las regiones y entre las propias regiones; el juicio político al presidente de la República, al presidente del Consejo de ministros y a los ministros; la admisión de referenda derogatorios; tiene el control preventivo de constitucionalidad de las leyes de las regiones; puede controlar *a posteriori* en abstracto la constitucionalidad de las leyes por vía de acción presentada por las regiones; ejerce el control de constitucionalidad en concreto por vía de excepción a través del reenvío de los jueces ordinarios. Los miembros de la Corte son quince y son designados por nueve años a razón de un tercio por el Parlamento, un tercio por el presidente de la República y un tercio por la magistratura suprema ordinaria y administrativa.

El Consejo Constitucional francés, además de ser también Tribunal electoral y de resolver conflictos de poderes, hace un control abstracto de las leyes a pedido del Presidente, del Primer ministro, del presidente de la Asamblea, del presidente del Senado, y, desde 1974, de sesenta diputados o sesenta senadores. El control *a posteriori* se hace sólo en un caso, que es cuando la ley invade facultades reglamentarias. Como dice Favoreu [127] en el período 1970-1973, el Consejo Constitucional realizó una verdadera revolución al considerar objeto de control no sólo el cumplimiento de las normas procedimentales de la Constitución, sino también al preámbulo, que incluye la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. El Consejo está compuesto por ex presidentes de la República y por nueve miembros designados por nueve años, en razón de tres por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea y tres por el presidente del Senado.

El Tribunal Constitucional español resuelve los conflictos de poderes y las cuestiones entre el Estado central y las comunidades autónomas; hace un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes a pedido del gobierno, de cincuenta diputados o cincuenta senadores, del defensor del pueblo, de los órganos ejecutivos y deliberativos de las comunidades autónomas; también ejerce un control abstracto *a posteriori* a pedido de los mismos órganos dentro de los tres meses de sancionada la ley; puede ejercer un control concreto

[126] Favoreu, *Les Cours Constitutionelles*, p. 54.

[127] Favoreu, *Les Cours Constitutionelles*, p. 92.

por reenvío de los jueces o por vía de recurso de amparo. Según Francisco Tomás y Valiente[128] hay en la Constitución española tres grupos de derechos según el grado de tutela: los que tienen la menor protección son los principios rectores de la política social y económica –que incluyen a los llamados "derechos sociales"–, los que sólo son mandatos dirigidos al legislador. Luego está el grupo de derechos constitucionales a la propiedad, al matrimonio, a la negociación colectiva, etc., que pueden dar lugar a recursos de inconstitucionalidad.

Por último, se encuentra el grupo de derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad de culto, de expresión, etc., que dan lugar a un recurso de amparo subsidiario ante el Tribunal Constitucional, y que sólo pueden reglamentarse por leyes orgánicas que requieren mayoría absoluta, no pueden ser objeto de delegación legislativa o de decretos leyes, y su regulación constitucional sólo puede modificarse por un procedimiento más dificultoso. Los miembros del Tribunal Constitucional español son designados por nueve años por el Rey: a propuesta del Congreso de Diputados, cuatro de ellos; del Senado, otros cuatro; del gobierno, dos; del Consejo general judicial, otros dos.

c) El tercer modelo de control de constitucionalidad es, por supuesto, el norteamericano. Él se caracteriza por ser difuso –o sea puede ser ejercido por cualquier juez federal o local–, ser *a posteriori*, en casos concretos, y por tener carácter vinculante a través de la regla del *stare decisis*.

Hay una considerable discusión en Estados Unidos sobre si el control judicial de constitucionalidad está anticipado en "El Federalista", sobre todo en el documento nº 78 de Hamilton, y si está establecido en el art. VI de supremacía de la Constitución. De cualquier modo nadie duda que él adquirió reconocimiento explícito con el famoso fallo de la Corte Suprema federal en el caso "Marbury *v.* Madison"[129], a través del voto del juez Marshall. William Marbury y otros demandaron al secretario de Estado Madison para que emitiera sus comisiones como jueces de paz, para lo que habían sido designados en el último momento de su gobierno por el presidente Adams, Marshall sostuvo que, en verdad Marbury y los otros tenían derecho a tales comisiones, pero que la Corte no tenía poder para ordenar a Madison a emitirlas porque la ley judicial de 1789 era en sí misma inconstitucional. Lo realmente notable de este fallo desde

[128] Tomás y Valiente, Francisco, *La tutela de los derechos en la Constitución española*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Elementos para una reforma de la Constitución nacional".

[129] 5 US 137, 1803.

el punto de vista político es cómo la Corte renunció a ejercer un posible poder en un caso concreto –en una situación en la que el mismo Marshall estaba involucrado ¡puesto que él había emitido las comisiones como secretario de Estado de Adams!–, dado que de lo contrario hubiera generado un conflicto de poderes del que seguramente habría salido debilitada, pero a través de un argumento que implicaba autoasignarse un poder mucho más general, permanente y profundo.

El argumento principal de Marshall para fundamentar el control judicial de constitucionalidad está expuesto en párrafos como éstos: "hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza... Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? o bien, en otras palabras, no siendo ley ¿constituye una norma operativa como una ley válida? Sin lugar a dudas la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley; si dos leyes entran en conflicto entre sí el Tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad, del mismo modo, cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables al caso, de modo que la Corte debe decidir conforme a la ley desechando la Constitución o conforme a la Constitución desechando la ley. La Corte debe determinar cuál de las dos normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren". Luego vamos a analizar este tren argumentativo que parece tener tanta consistencia lógica como poder persuasivo.

Según Wolfe[130] el control judicial en los Estados Unidos pasó por tres etapas fundamentales. En primer lugar, la era tradicional, que transcurrió entre 1803 y 1890, y en la que hubo muy pocos casos de control judicial, sobre todo antes de las enmiendas posteriores a la guerra civil, como la XIV, que implicaban que los derechos se

[130] Wolfe, Christopher, *The Rise of Modern Judicial Review*.

aplicaban directamente a los Estados. Uno de los pocos casos previos fue "Dred Scott" [131] en el que la Corte se negó a aplicar el principio de igualdad a los negros, con consideraciones realmente vergonzosas, y negó al Congreso federal la facultad de desconocer la propiedad de los esclavos que se habían escapado de los Estados donde regía la esclavitud, con lo que la Corte perdió una importante oportunidad de tratar de resolver un gran conflicto político antes de que éste condujera a la guerra civil. En este período, la Corte adoptó una visión restrictiva del control de constitucionalidad, basada en la idea de que se podía hacer una construcción estricta de la Constitución como un todo inteligible que no implicaba un acto de voluntad sino un mero juicio, y que, en cambio, se debía tener deferencia hacia las decisiones democráticas cuando la Constitución admitía claramente varias alternativas interpretativas.

La segunda era es la transicional y se extiende entre 1890 y 1937; en ella se empieza a desarrollar un activismo judicial basado sobre todo en consideraciones iusnaturalistas y generalmente dirigido a la protección del derecho de propiedad, como se advierte principalmente en el famoso caso "Lochner" [132]; este activismo se fundó básicamente en la idea del debido proceso sustantivo que permite la descalificación de las leyes por arbitrariedad. La tercera era es la moderna y se extiende desde 1937 hasta el final de la Corte Burger y se caracteriza porque el Tribunal, si bien era en general deferente hacia los poderes políticos en materia de regulaciones económicas, incluyendo la protección de la propiedad, adoptó –sobre todo durante el período Warren– un notable activismo en materia de discriminación, de privacidad, respeto a la equidad del proceso político, etc., sin mucha preocupación por encontrar apoyo textual en la Constitución y abandonando las pretensiones iusnaturalistas; en lugar de ello se asume abiertamente un rol legislativo en defensa de los derechos.

La Corte Suprema norteamericana ha limitado su propio poder de revisar la constitucionalidad de las leyes. Una de las limitaciones que ha extraído del art. III de la Constitución en el sentido de que debe haber un "caso o controversia" es que no puede dar opiniones consultivas. Así, en "United States v. Freuhauf" [133], el Tribunal sostuvo que "tales opiniones, tal avance de la expresión de un juicio jurídico sobre cuestiones que permanecen desenfocadas puesto que no son puestas ante la Corte con esa concreción clara que tiene una cuestión cuando está enmarcada con precisión y es necesaria

[131] 60 US 393, 1857.

[132] 158 US 45, 1905.

[133] 365 US 146, 1961.

para una decisión a partir de un choque de argumentos adversarios que exploran todos los aspectos de una situación multifacética que abarca intereses conflictivos y exigentes nos hemos negado consistentemente a dar". También la Corte se negó a juzgar en casos en que una ley autoriza la acción por inconstitucionalidad al solo efecto de determinar la validez de ciertas otras leyes, como ocurrió en "Muskrat v. United States" [134], en el que se cuestionaba leyes de distribución de tierras a los indios. Esto está conectado con la doctrina de la "maduración" del caso: en "United Public Workers v. Mitchell" [135] la Corte se negó a juzgar el caso de trabajadores públicos a los que se les prohibía la actividad política, pero todavía no habían incurrido en la violación de la prohibición sino que solamente describían en términos muy generales lo que se proponían hacer. En el extremo contrario a la doctrina de la "madurez" está la doctrina de la "mudez" (*mootness*) que se refiere a aquellas situaciones en las que ya ha pasado la causa de la controversia: en el famoso caso "De Funis v. Odegaard" [136], en el que un candidato o estudiante de derecho reclamó porque no había sido admitido a la universidad, sobre la base de la discriminación inversa que hacía preferir a miembros de minorías, el Tribunal declaró que el caso había "enmudecido", ya que durante el juicio De Funis había sido admitido en la universidad.

Las cosas habrían sido distintas si De Funis hubiera interpuesto una acción de "clase", ya que en "Sosna v. Iowa" [137], fallado un año después se sostuvo que, si bien era necesario que hubiera un demandado y un demandante individualizados si el demandante representa a una clase el hecho de que el caso se haya vuelto "mudo" para él no excluye su justiciabilidad (se trataba de un cuestionamiento a una ley de divorcio estatal que exigía un año de residencia, cosa que el demandante individualizado cumplió durante el juicio).

También está asociada con los casos anteriores la cuestión de cuándo una persona tiene vinculación suficiente con un caso o controversia como para obtener una resolución judicial de la controversia –*standing*–. La Corte ha sostenido que estos problemas se resuelven tomando en cuenta: *1*) si la parte alega que la acción cuestionada le ha causado una *lesión actual*, y *2*) si el interés lesionado está dentro de la zona protegida o regulada por la garantía constitucional o legal en cuestión –ver, por ejemplo, "Association of Data Processing Service Organization v. Camp"– [138]. Estos requisitos son en

[134] 219 US 346, 1911.

[135] 330 US 75, 1947.

[136] 416 US 312, 1974.

[137] 419 US 393, 1975.

[138] 397 US 150, 1970.

realidad interpretados bastante laxamente: así en "Sierra Club v. Morton" [139] se sostuvo que había que tener en cuenta el bienestar estético y relativo al medio ambiente, aunque sea compartido por muchos; en "Trafficante v. Metropolitan Life Insurance Co." [140] se afirmó que cuando se producen prácticas discriminatorias en el alquiler de viviendas contra los negros, tanto un blanco como un negro pueden alegar perjuicio en la privación de vivir en una comunidad racialmente integrada. Pero en "Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War" [141] la Corte sostuvo que la calidad de ciudadano es demasiado general y abstracta como para tener una vinculación en una controversia. En "Singleton v. Wulff" [142] la Corte admitió que pudiera ser parte un médico que alegaba la inconstitucionalidad de una ley que prohibía el uso de fondos de la seguridad social para realizar abortos, sosteniendo que violaba los derechos de las mujeres y de los médicos que deseaban practicar tales abortos.

También implica una autolimitación de la Corte Suprema a su facultad de control de constitucionalidad la doctrina de la "abstención" sentada en el caso "Railroad Commission of Texas v. Pullman Co." [143], que sostiene que la justicia federal puede abstenerse de revisar la constitucionalidad de una norma estadual cuando su impugnación depende de una interpretación de esa norma que todavía no ha sido fijada con certeza y que corresponde hacerlo a los jueces locales. Constituye también otra autolimitación la famosa doctrina de las "cuestiones políticas", que según Tribe [144] está en estado de confusión. Esta doctrina es marcada por dos hitos: el primero es el caso "Luther v. Borden" [145] en el que, habiéndose planteado un problema de usurpación de tierras, la cuestión derivó en la legitimidad del gobierno de Rhode Island, cosa que la Corte se negó a determinar por ser una cuestión política que correspondería al Congreso. El otro hito es "Baker v. Carr" [146], en el que la Corte sostuvo que una cuestión sobre la reformulación de distritos electorales en un Estado para la elección de la legislatura estatal era justiciable, puesto que no todo caso político es una "cuestión política"; no lo es, decía el juez Brennan, cuando afecta derechos de los individuos que están judicialmente protegidos.

[139] 405 US 727, 1972.

[140] 409 US 205, 1972.

[141] 418 US 208, 1974.

[142] 428 US 106, 1976.

[143] 312 US 496, 1941.

[144] Tribe, Lawrence, *The Constitutional Structure of American Government*, p. 71.

[145] 48 US 1, 1849.

[146] 3698, US 186, 1962.

d) En la Argentina la posibilidad del control de constitucionalidad parece estar fundada en el art. 31, que establece la supremacía de la Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras, aunque por cierto la norma no establece quién ejerce el control (a su vez el art. 100 determina la competencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación para entender en todas las causas sobre puntos regidos por la Constitución).

Desde temprano la Corte Suprema empezó a ejercer el control de constitucionalidad. En el caso "Ríos"[147] el Tribunal anuló un decreto del Poder Ejecutivo Nacional que le asignaba facultades judiciales al capitán del puerto de Rosario, sobre la base de que la Constitución le otorgaba ese poder al Congreso. En el caso "Calvete"[148], decidido en octubre de 1864, la Corte Suprema sostuvo que ella es el intérprete final de la Constitución, por lo que siempre que se ponga en duda la inteligencia de una de sus cláusulas, aunque la causa haya sido resuelta por un tribunal común, su sentencia está sujeta a revisión por parte de la Corte Suprema.

Recién en el caso "Sojo"[149], decidido en 1887, la Corte debió ocuparse de la constitucionalidad de una ley nacional por lo que este caso es considerado el equivalente en nuestro país de "Marbury v. Madison". Se trataba del editor del periódico "Don Quijote" que había sido puesto en prisión por la Cámara de Diputados por todo el tiempo de sus sesiones ordinarias; Sojo interpuso recurso de hábeas corpus ante la Corte sobre la base del art. 20 de la ley de organización de los tribunales nacionales. La Corte sostuvo que su misión era mantener a los diversos poderes nacionales y provinciales dentro de los límites de sus facultades trazados por la Constitución y que, por lo tanto, debía cuidarse en extralimitarse en tales facultades. Entendió que la ley que invocaba Sojo no autorizaba la competencia originaria del Tribunal en un caso como ése y que, de todos modos, la ley no podría darle a la Corte esa competencia sin violar la Constitución. Sostuvo en un párrafo famoso: "Por grande que sea el interés general, cuando un derecho de libertad se ha puesto en conflicto con atribuciones de una rama del poder público, más grande y más respetable es el de que se rodee a ese derecho individual de la formalidad establecida para su defensa... El *palladium* de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el *palladium* de la libertad es la Constitución, ésa es el arca sagrada de todas las libertades, de to-

[147] CSJN, *Fallos*, 1:36.

[148] CSJN, *Fallos*, 1:345.

[149] CSJN, *Fallos*, 32:120.

das las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal". Obsérvese que hay una curiosa coincidencia entre este fallo y "Marbury v. Madison", porque aquí también el poder de control de constitucionalidad por parte de los tribunales y de la Corte en especial fue afirmado al tiempo que se rechazaba una cierta facultad de la misma Corte (aunque aquí no se lo hace declarando inconstitucional la ley sino diciendo que si la ley hubiera otorgado a la Corte esa facultad habría sido inconstitucional).

El caso en el que quedó fijado definitivamente este control es "Municipalidad de la Capital c/Elortondo" [150] que fue considerado en 1888. Se trataba de una ley que permitía la expropiación de terrenos para trazar la Avenida de Mayo; para ello se delimitaba una franja de treinta metros y, además, los terrenos adyacentes que la Municipalidad creyera necesario por circunstancias determinantes de una ventaja de orden general o para evitar perjuicios innecesarios a los propietarios. La Corte sostuvo que la expropiación no podía quedar sujeta a la discrecionalidad del Poder Legislativo sin considerarse derogados "los principios fundamentales sobre los que reposa la Constitución y que constituyen la esencia de todo gobierno libre". Por lo tanto afirmó la Corte que "Al Congreso (...) no le es dado en el ejercicio de tal facultad, ni separarse de aquellos principios, ni prescindir de las reglas que constituyen la noción fundamental del derecho de expropiación". Respecto específicamente del control judicial de constitucionalidad, la Corte dijo que los tribunales de justicia tienen el deber y la atribución de "examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para determinar si guardan o no conformidad con ésta, y abstraerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ellas, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional, y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos". Este fallo contó con la disidencia del juez Salustiano Zavalía.

En el fallo "Horta c/Harguindeguy" [151] la Corte sostuvo que "la doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en la presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución", lo

[150] CSJN, *Fallos*, 33:162.

[151] CSJN, *Fallos*, 136:59.

que por cierto presupone dogmáticamente una serie de respuestas a cuestiones que es necesario plantearse.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido relativamente modesta en el uso de esta facultad, la que sólo ha sido ejercida con más audacia para descalificar leyes de trascendencia en el período 1983-1989. Algunas de las decisiones más importantes en las que se ha ejereido este poder para descalificar leyes han sido las recaídas en los casos "Mouviel", "Bazterrica", "Sejean", "Portillo", etcétera. El juez de la Corte, Enrique Petracchi –quien ha jugado un papel importante en casi todas estas decisiones hasta que se produjo la ampliación del tribunal– dice al respecto: "Pese a la claridad de las intenciones de los constituyentes y de los principios básicos tan prontamente sentados el desarrollo del control constitucional federal en la Argentina no ha sido vigoroso. Nunca se ha producido en la Argentina un debate sobre el gobierno de los jueces, pues la Corte Suprema, hasta hace muy poco, no asumió un rol institucional de suficiente importancia" [152].

Una de las autolimitaciones más importantes a este poder de la Corte es la doctrina de las cuestiones políticas que en la Argentina tiene una extensión mucho mayor que en Estados Unidos. El *leading case* en esta materia es "Cullen c/Llerena" [153] decidido en septiembre de 1883, o sea aun antes de "Sojo". Al igual que en el caso norteamericano "Luther" se trataba de la legitimidad de un gobierno provincial, pero aquí el conflicto involucraba al interventor designado de acuerdo con una ley nacional. La mayoría del Tribunal que estaba compuesta por los jueces Benjamín Paz, Abel Bazán, Octavio Bunge y Juan Torrent sostuvo que "la intervención nacional en las provincias, en todos los casos en que la Constitución la permite o prescribe, es, como queda dicho, un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación; y así está reconocido en nuestros numerosos precedentes al respecto, sin contestación ni oposición de ningún género: todos los casos de intervención a las provincias han sido resueltos y ejecutados por el poder político, esto es por el Congreso y el Poder Ejecutivo sin ninguna participación del Poder Judicial...[el doctor Cullen] no trae a colación una contienda entre partes por derechos individuales de particulares y del Estado mismo, vulnerados por la ejecución de una ley del Congreso, y que se encuentran protegidos por la Constitución directamente; no produce un verdadero caso judicial, en la acepción propia de este concepto jurídico; pretende... una sentencia de naturaleza política y de efecto puramente político,

[152] Petracchi, Enrique S., *Control judicial en la Argentina*, *LL*, 1987-E-709.

[153] CSJN, *Fallos*, 53:420.

controlando y revocando disposiciones y actos del Poder Ejecutivo de la Nación, en materia de la exclusiva competencia de dichos poderes; lo que se encuentra fuera de las atribuciones de esta Corte, como ha sido también declarado por los tribunales de Estados Unidos". El juez Luis F. Varela presentó una medulosa disidencia en la que hacía un examen muy minucioso de la jurisprudencia norteamericana para mostrar que el voto de la mayoría iba mucho más lejos que lo que esa jurisprudencia autorizaba. Algunos párrafos son bien ilustrativos de la lucidez de su posición: "Si la Constitución argentina ha dado jurisdicción a los tribunales federales en todas las controversias que versen sobre puntos regidos por la Constitución, ni la ley ni la Corte Suprema pueden hacer distinciones. Allí donde la Constitución no hace distinciones no puede nadie hacerlas... lo que se ha declarado en los Estados Unidos y no puede desconocerse como jurídicamente exacto, es que los tribunales de justicia no tienen jurisdicción para resolver 'cuestiones políticas', es decir que no puede traerse ante ellos el fallo de un punto cualquiera que no forme controversia de intereses o de derechos o que afecte a la política... Condensando la argumentación, podría decirse que en el caso pendiente se busca resolver, no una cuestión política, sino un conflicto entre dos sanciones del Congreso que se dicen en pugna".

Como se vio en apartados anteriores, la Corte Suprema hizo una interpretación extensiva de esta doctrina en cuestiones como el estado de sitio, la intervención federal, el régimen electoral, el juicio político, etcétera. Recién después de 1983 se fue generando una tendencia a la restricción de los alcances de la doctrina de las cuestiones políticas. Los hitos de esta reacción fueron el caso "Granada" [154] del 3 de diciembre de 1985, en el que la Corte admitió la revisión de la modalidad del dictado del estado de sitio y de su aplicación, sosteniendo que la existencia de un plazo, que además debe ser breve, es condición de validez de la medida, y que la facultad de aplicación de ésta lleva consigo limitaciones de tiempo y objeto; "Frente Justicialista de Liberación Nacional" [155] en el que se abandonó la idea de irrevisibilidad de las cuestiones electorales y partidarias; "Ríos" [156], del 23 de abril de 1987, que siguió la misma línea al admitir revisar, aunque rechazó finalmente el reclamo, la situación de un ciudadano que pretendía presentar una candidatura política fuera de las listas de cualquier partido político; "Sueldo de Polesman" [157] también del 23 de abril de 1987 en el que se adoptó la

[154] CSJN, *Fallos*, 307-2:2304.

[155] CSJN, *Fallos*, 287:31.

[156] CSJN, *Fallos*, 310-1:819.

[157] CSJN, 23/4/87, *LL*, 1987-C-245.

trascendente decisión de revisar la actuación de las Legislaturas que establecen *juries* de enjuiciamiento contra magistrados provinciales, sobre la base del art. 5° de la Const. nacional que garantiza a las provincias una forma republicana de gobierno y la regularidad de sus instituciones.

En cuanto a la limitación de que haya un caso concreto para que corresponda el control judicial de constitucionalidad, la Corte Suprema ha ejercido un criterio bastante estricto, que sólo recientemente ha sufrido alguna laxitud. Por ejemplo en el fallo "Baeza" [158] la Corte sostuvo que no se da un caso contencioso, como lo exige la ley 27, cuando se persigue la declaración general y directa de la inconstitucionalidad de los actos de los otros poderes, como ocurría en la especie respecto del decreto del Poder Ejecutivo convocando a una consulta popular por el Tratado del Beagle. También se planteó la cuestión de si por vía de acción de amparo se podría declarar la inconstitucionalidad de las leyes, lo que tradicionalmente se lo limitó a inconstitucionalidades manifiestas, fue excluido por el decr. ley 16.986, de Onganía, fue admitido en "Outon" [159], excluido de nuevo por la Corte en "Americana SRL Editora Popular" [160] y admitido de nuevo en el caso "Arenzón", ya citado, por la Corte designada en 1983. También esta Corte ha admitido la acción de mera certeza o declarativa como vía de revisión de la constitucionalidad de las leyes y otras normas jurídicas: el antecedente de esa admisión estaba, como ya vimos, en el dictamen del procurador Marquardt en "Hidronor" [161]; luego en "Banco Hipotecario Nacional" [162] se habría admitido la acción declarativa si no fuera porque no había un sujeto pasivo de la demanda, ya que se la inició contra la provincia y hay jurisprudencia sentada en el sentido de que los órganos que emiten una norma no son parte para defenderla; en "Baeza", ya citado, se rechazó la demanda porque no había un interés suficientemente concreto del peticionante, que de cualquier modo se lo definió en términos menos materialistas, como dice Petracchi [163], de lo que es usual, pero se admitió que la acción podría tener carácter preventivo; el caso en donde se admitió plenamente la acción de certeza o declarativa como medio para declarar la inconstitucionalidad es en "Provincia de Santiago del Estero c/Estado Federal" [164], fallado el 20 de

158 CSJN, *Fallos*, 306:1125.

159 CSJN, *Fallos*, 267:177.

160 CSJN, *Fallos*, 289:177.

161 CSJN, 28/2/73, *LL*, 154-517.

162 CSJN, *Fallos*, 256:104.

163 Petracchi, *Control judicial en la Argentina*, *LL*, 1987-E-709.

164 CSJN, *Fallos*, 307-1:1379.

agosto de 1985: se trataba de un conflicto de poderes de carácter fiscal y la provincia perseguía una medida preventiva antes de que se concretasen las medidas anunciadas por el Estado nacional; la Corte sostuvo que "resulta imperioso disipar la confusión entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúe la solicitud... y las acciones determinativas de derechos de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos, como son la acción de mera certeza y el amparo".

Como se ve la Corte Suprema del primer período de transición democrática ha ido dejando atrás la tradicional timidez de ese Tribunal en el ejercicio del control judicial de constitucionalidad. Obsérvese que esa timidez no respondía a razones teóricas –como, p.ej., las que veremos enseguida de deferencia al proceso político democrático–, ya que el mismo Tribunal había convalidado, como vimos, los golpes de Estado. En realidad, la jurisprudencia sobre las leyes *de facto* constituye un caso límite de control judicial de constitucionalidad, en el que se decide que es constitucional aun la subversión flagrante de la misma Constitución y su reemplazo por estatutos o actas impuestos por la fuerza (como ocurrió en la lamentable decisión de la Corte Suprema en "Godoy" [165], del 27 de diciembre de 1990). La constante en la Corte Suprema argentina, con pocos períodos excepcionales como el de 1983-1989, no fue una actitud doctrinaria restrictiva del control judicial de constitucionalidad, sino una actitud de deferencia al poder político, que implicaba generalmente, aunque no siempre, un ejercicio modesto de ese control.

§ 73. ***JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.*** – La justificación de la institución de la revisión, por parte de los jueces, de las leyes y de otras normas jurídicas que surgen del proceso político democrático es una cuestión de grave complejidad, que raramente es planteada por el pensamiento constitucional argentino. Se asume que esta institución es una secuela incuestionable de los ideales del constitucionalismo. Sin embargo, en el ámbito donde surgió la institución tal cual la hemos adoptado nosotros, ella es sometida a duros embates por muchos constitucionalistas y iusfilósofos.

A continuación voy a presentar los argumentos a favor y en contra del control judicial de la constitucionalidad en una forma dialéctica: voy a ir dando argumentos que endosan o descalifican ese control, para terminar sugiriendo las bases de una teoría del control judicial de constitucionalidad en el marco de un liberalismo constitucional pleno.

[165] CSJN, *Fallos*, 243:265.

a) *Argumentos positivos.* Pueden señalarse los siguientes:

1) *Supremacía de la Constitución.* El primer argumento que se puede dar a favor del control judicial de constitucionalidad es un argumento que parece derivar lógicamente de la noción de supremacía de la Constitución, de modo que si se admite tal supremacía esta institución parece derivar con necesidad lógica, sin que se requieran consideraciones de carácter fáctico o valorativo.

Este argumento es el contenido en el voto de John Marshall en "Marbury v. Madison" y está expuesto con tanta claridad y consistencia que bien se puede hacer referencia a él como "la lógica de Marshall". Lo que el argumento dice simplemente es que en el caso de un conflicto entre la Constitución y una ley, el juez no tiene más remedio que aplicar la Constitución, dejando de lado la ley, o aplicar la ley a expensas de la Constitución; y que si la Constitución se reconoce como ley suprema, lo que implica que no solamente es una ley sino que también define que otras normas son leyes y que no puede ser derogada por el legislador como una ley ordinaria, sólo cabe la primera posibilidad, ya que de lo contrario las constituciones serían "vanos intentos del pueblo de limitar lo ilimitable".

Lo mismo se puede poner en la terminología de los filósofos del derecho como Kelsen y Hart, que vimos al comienzo del libro (cap. I, ap. B) acerca del rol de la Constitución en la determinación de la validez de las demás normas jurídicas y de su pertenencia a un orden jurídico. Sea que la Constitución sea el último parámetro de esa validez y pertenencia –si ella se identifica con la regla de reconocimiento de Hart–, o sea que su validez y pertenencia deba depender de una norma supuesta –como es la norma básica de Kelsen–, lo cierto es que la Constitución determina qué otras normas son válidas y pertenecen al sistema jurídico gracias a su posición jerárquica en la "pirámide jurídica". Si es la Constitución la que establece qué leyes y decretos son válidos como pertenecientes al sistema jurídico argentino –de acuerdo con lo que ella establece en los arts. 67 a 86– una ley o decreto que no satisfaga lo que la Constitución establece no puede pertenecer válidamente al derecho argentino, y en consecuencia no puede ser aplicado como tal por los jueces, a menos que el juez decida que la Constitución no pertenece válidamente a ese derecho, como, en realidad, ocurrió cuando se reconoció la validez de las normas *de facto*.

Según este argumento, es lógicamente incompatible el reconocimiento de la Constitución como ley suprema con la negación del poder de los jueces de no aplicar una norma que contradice las exigencias de esa Constitución en cuanto al órgano que debe dictar la norma, el procedimiento por el que debe dictársela o el contenido que la norma debe tener o no tener. Cuando se niega ese poder a

los jueces, como ocurre en Gran Bretaña y ocurría antes de la Primera Guerra Mundial –y aún ocurre respecto de los jueces ordinarios– en Europa continental, se está rechazando la supremacía de la Constitución, se la está concibiendo como un mero documento declarativo de intenciones, sin fuerza jurídica vinculante, o a lo sumo como una ley ordinaria que puede ser derogada por el legislador.

Sin embargo, hay algunos indicios que nos hacen sospechar que esta "lógica de Marshall", que parece tan prístina y consistente, no es tan lógica. Adviértase que ni aun estando en vigencia un sistema difuso de control judicial de constitucionalidad, es verdad que siempre que una ley contradice las condiciones en cuanto a órgano, procedimiento y contenido que establece la Constitución, ella pierde fuerza obligatoria. Hay muchas circunstancias que pueden determinar que la norma siga siendo válida: *a*) por empezar, en el sistema argentino la declaración de inconstitucionalidad no es *erga omnes*, sino que sólo vale para el caso en el que se declara (aún es dudoso si otros jueces están obligados por la declaración de inconstitucionalidad que hace la Corte Suprema), de modo que la ley inconstitucional sigue siendo obligatoria en todos los demás casos en los que es aplicable –entre ellos los que ya agotaron sus efectos en el pasado– a menos que un juez declare también en ellos la inconstitucionalidad; *b*) es obvio, asimismo, que la inconstitucionalidad puede que no sea nunca planteada ante la justicia, por lo que aun cuando la ley sea objetivamente contradictoria con la Constitución mantendrá incólume su fuerza obligatoria; *c*) es también evidente que los tribunales pueden equivocarse y declarar constitucional una ley que objetivamente no lo es (como fue la suspensión del derecho de salir del país para los detenidos por estado de sitio), en cuyo caso también la norma conservará su fuerza vinculante, y *d*) también una norma objetivamente inconstitucional puede mantener su fuerza obligatoria porque los tribunales se niegan a revisar la inconstitucionalidad por razones procesales (p.ej., porque en instancias anteriores no se ha planteado el caso federal o porque ha vencido el término para la interposición del recurso extraordinario).

Vale decir que si una norma que objetivamente co..tradice las condiciones de órgano, procedimiento o contenido establecidas por una norma superior como es la Constitución respecto de sus leyes o decretos puede, en algunos casos conservar su validez o fuerza obligatoria, ella no puede estar *definida* en términos de satisfacción de tales condiciones. Lo que está establecido por definición no puede tener excepciones según las circunstancias fácticas.

Advirtió este problema Kelsen y trató de buscar una solución que le permitiera preservar su definición de validez de las normas jurídicas en términos de concordancia con lo dispuesto para su crea-

ción por una norma válida superior. La que encontró es la extremadamente implausible que consiste en sostener que cuando una norma inferior es considerada válida, no obstante que contradice el texto explícito de una norma superior, ello implica que la norma superior tiene una *cláusula alternativa tácita* que permite el dictado de la norma inferior, aunque no se cumplan las exigencias de la parte expresa. Según Kelsen las dos cláusulas no son equivalentes, ya que cuando la norma inferior se conforma con la cláusula tácita, si bien es válida, generalmente está expuesta a que sea anulada o que se sancione al órgano que la ha dictado. La respuesta es absurda puesto que no tiene sentido la idea de la autorización que da una norma para que se dicten otras inferiores, si al lado de la autorización condicionada a que se satisfagan ciertas condiciones hay una autorización en blanco para que sean violadas esas condiciones. Esto no cambia por la diferencia entre ambas alternativas en cuanto a nulidades y sanciones, ya que también habría que admitir que los órganos correspondientes están autorizados, por otra cláusula, alternativa tácita, a anular o sancionar cuando se ha satisfecho la cláusula expresa y no la tácita, lo que a su vez estará sujeto a otras nulidades y sanciones, que también pueden aplicarse en forma distinta a lo prescripto de acuerdo con lo autorizado por otra cláusula alternativa tácita...

La cuestión se hace todavía más ridícula si tenemos en cuenta que la autorización de la cláusula tácita no puede limitarse al contenido –como parece suponer Kelsen– dada la interconexión entre órgano, procedimiento y contenido (un contenido le puede estar prohibido a un órgano pero no a otro, o puede estar prohibido si se sigue un procedimiento pero no otro, los órganos se definen por los procedimientos por los que actúan y lo son para dictar normas con ciertos contenidos); es del todo inaceptable que una norma que parece autorizar a un cierto órgano a que dicte normas a través de cierto procedimiento con cierto contenido, en realidad termine autorizando a cualquiera a dictar, a través de cualquier procedimiento, normas con cualquier contenido.

En otro lugar[166] he tratado de ofrecer este diagnóstico de la singular confusión conceptual en la que incurre Kelsen, profundizando una propuesta de Bulygin[167]: Kelsen aquí confunde los dos sentidos de "validez" que vimos antes (cap. I, ap. B): el que alude a la pertenencia de una norma a un sistema jurídico y el que hace referencia a la fuerza obligatoria o al carácter de razón justificatoria de una norma jurídica. La pertenencia de la norma al sistema jurídico es una

[166] Nino, *La validez del derecho*, cap. I.

[167] Bulygin, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de derecho*, *LL*, 124-1037.

noción descriptiva y está determinada por el hecho de que la norma fue sancionada de conformidad a lo que dispone otra norma del sistema jurídico, que autoriza la sanción de la primera. La fuerza obligatoria de una norma jurídica es una noción normativa y hace referencia a una propiedad que puede ser transmitida de una norma a otra, no sólo cuando la primera autoriza la sanción de la segunda, sino cuando la primera establece que es obligatorio observar y aplicar la segunda norma. Una ley inconstitucional no pertenece al sistema jurídico ya que no fue dictada de acuerdo con las condiciones establecidas por normas de competencia constitucionales. Pero puede tener fuerza obligatoria en algunos casos si hay alguna norma que tiene, a su vez, fuerza obligatoria y que establece que esa norma debe ser aplicada u obedecida bajo ciertas condiciones.

Hay algo de verdad después de todo en la solución de Kelsen de la cláusula alternativa tácita; el hecho de que consideremos obligatoria a una ley inconstitucional bajo ciertas condiciones para los casos en que no fue declarada inconstitucional, muestra que aceptamos implícitamente una norma válida que establece la obligación de obedecer y aplicar tales normas. Pero esto no es una cuestión lógica y no tiene alcance general; todo depende de que existan tales normas y de las condiciones que ellas fijan para la obligatoriedad de las leyes inconstitucionales. Por cierto que no cualquier norma inconstitucional, que no haya sido declarada tal por un juez para el caso en cuestión, es obligatoria de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico; si yo dicto una norma jurídica a la que llamo "ley", desde ya que es obligatoria según el derecho argentino aunque ningún juez la anule (si bien la doctrina de los gobiernos *de facto*, felizmente ya abandonada por la Corte, implicaba que si yo hubiera tenido suficiente fuerza mi norma habría sido obligatoria). Según tales normas tácitas de nuestro derecho, la "ley" tiene que tener suficiente "coloración de derecho" (para usar la expresión de Constantineau respecto de las normas *de facto*) para ser considerada obligatoria, si no es anulada en el caso concreto.

Creo que este análisis sirve para descalificar la "lógica de Marshall"; muestra que a pesar de que una ley no pertenezca a un sistema jurídico porque fue sancionada fuera de las condiciones en que su dictado está autorizado por la Constitución de ese sistema jurídico, la aplicación de la norma puede llegar a ser obligatoria de acuerdo con otras normas contingentes de ese sistema jurídico (como ocurre en algunos casos con normas de otros sistemas jurídicos). Así, como según nuestro sistema jurídico la aplicación de una ley inconstitucional que tiene "color de derecho" es obligatoria para los ciudadanos y para los funcionarios pero no para los jueces que pueden declararla inconstitucional, y así como en Estados Unidos sería obligatoria también para los jueces si la Corte Suprema la declaró equi-

vocadamente constitucional, puede perfectamente haber un sistema –como de hecho lo hay en Gran Bretaña– en el que todos los jueces estén obligados a aplicar una ley inconstitucional y sólo el Parlamento la puede derogar. Esto no quita que la Constitución sea relevante para definir la pertenencia de la norma al sistema. También es relevante para determinar su fuerza obligatoria –si la propia Constitución tiene fuerza obligatoria– ya que las normas tácitas que declaran a la ley obligatoria, no obstante que su sanción no fue autorizada, pertenecen al nivel constitucional, así como pertenecen a él las normas expresas que transmiten fuerza obligatoria por vía de autorización.

Se podría pensar que cuando la Constitución autoriza a sancionar una ley bajo ciertas condiciones, prohíbe sancionarla si esas condiciones no se dan, y si tal prohibición no es respaldada por el remedio de la revisión judicial no es una verdadera prohibición, por lo que una Constitución que no está apoyada en ese remedio es un mero juguete vistoso. Como se ha mostrado en la discusión, ya vieja, de las teorías de Austin y Kelsen sobre las obligaciones jurídicas[168], ésta es una visión demasiado estrecha de tales obligaciones, que ignora el hecho de que siempre debe haber obligaciones (como las de los jueces de aplicar sanciones) que no están respaldadas por sanciones ulteriores. En realidad, esta visión incluye una concepción demasiado simplista del razonamiento práctico jurídico, que presupone, infundadamente, que las últimas razones justificatorias deben ser de índole prudencial. Como vimos (cap. I, ap. B), de cualquier modo ese razonamiento debe culminar en premisas morales que no son aceptadas por el temor a sanciones. Una Constitución que fija condiciones para la sanción de las leyes, pero no prevé un órgano distinto al Parlamento mismo encargado de verificar si esas condiciones se cumplen o no, tiene el sentido de prescripciones dirigidas al legislador, cuyo cumplimiento o no dependerá de la adhesión que el legislador preste a esa Constitución. En realidad, la Constitución británica, si bien no es escrita, goza de una enorme adhesión por parte del mismo Parlamento británico, y es posible sostener que esa Constitución reconocida contiene, a pesar de la sabiduría difundida, límites bastante estrictos sobre el contenido de las leyes que son respetados con más pulcritud que muchas Constituciones escritas, por más que no haya otro órgano encargado de revisar si los límites han sido cumplidos (a ningún parlamentario británico se le ocurriría condonar, p.ej., la tortura).

Por lo tanto la "lógica de Marshall" no es tan lógica porque es perfectamente concebible que haya una Constitución que sea la ley

[168] Nino, *Introducción al análisis del derecho*, cap. III.

suprema y defina qué otras normas son leyes, no pudiéndose derogar por procedimientos ordinarios, y que, sin embargo, si una ley que tiene coloración de derecho es dictada fuera de las condiciones que esa Constitución establezca su observancia será obligatoria aun para los jueces, mientras el Parlamento no la derogue.

Este primer argumento para avalar el control judicial de constitucionalidad fracasa, pues, en su cometido.

2) *El reconocimiento de derechos.* Se puede sostener que hay otro argumento, también de índole lógica o conceptual, para sostener el control judicial de constitucionalidad: una de las funciones centrales de la Constitución es establecer derechos, y los derechos son –por definición– límites o barreras a las decisiones de la mayoría en protección de intereses de individuos. Si no hubiera control judicial de constitucionalidad no se reconocerían, entonces, *derechos*, ya que no habría límite alguno a las decisiones de la mayoría expresadas a través de órganos políticos como el Parlamento. La función esencial de los jueces, ejercida sobre todo a través de este mecanismo de revisión judicial de las decisiones mayoritarias, es precisamente la de proteger los derechos de individuos (que pueden formar minorías). Por lo tanto, si se reconocen derechos, ello implica conceptualmente aceptar el control judicial de constitucionalidad.

Esto parece ser también parte del argumento de Dworkin[169], basado en la distinción entre políticas y principios: las políticas definen objetivos colectivos –como la defensa nacional, el bienestar general, un ambiente social pacífico– que son estados de cosas valiosos agregativos y no individualizados; los principios, en cambio, establecen derechos que se distinguen por proteger estados de cosas valiosos distributivos e individualizados (o sea, cómo se reparte el goce del bien en cuestión es relevante, y el goce es de tipo individual) y por constituir un límite o umbral a la persecución de objetivos colectivos, de modo que una razón fundada en tal objetivo no puede desplazar a una razón basada en un derecho. Según Dworkin las razones para justificar que ciertas decisiones se tomen a través de procedimientos democráticos están básicamente relacionadas con las políticas, ya que esas razones se refieren a la necesidad de equilibrar diversos intereses y a la inconveniencia de que haya determinaciones retroactivas. Esto no se aplica a decisiones tomadas sobre la base de principios que no recurren a un equilibrio de intereses y tienen una validez intemporal. Los jueces, según Dworkin, deben decidir fundamentalmente sobre la base de principios que establecen derechos, y no de políticas.

[169] Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cap. 4.

Sin embargo, creo que este tipo de visión de los derechos reposa en un error conceptual: los derechos, como vimos anteriormente (caps. I, ap. F y II, ap. A) constituyen, por supuesto, una protección a intereses individuales que interponen límites a las consideraciones basadas en intereses de otros o del grupo social en su conjunto o de la mayoría de ese grupo social. Es enteramente cierto que si yo tengo derecho al bien x, ese derecho, por definición, no puede verse desplazado por la mera consideración de que los intereses de la mayoría se verían beneficiados si yo soy privado de x. O sea, los derechos constituyen, efectivamente, barreras de protección contra los *intereses mayoritarios*. Pero de esto de ningún modo se infiere que los derechos constituyan barreras contra las *decisiones mayoritarias*. No hay ninguna contradicción lógica en sostener que la única autoridad encargada de reconocer derechos es la de origen mayoritario. Por supuesto, alguien podría sostener que las decisiones mayoritarias van a beneficiar a los intereses mayoritarios, pero ésta es una cuestión moral y fáctica y no está impuesta por la lógica del concepto de derechos.

La tesis de Dworkin debe ser analizada en ese contexto moral y fáctico y no como una mera conclusión conceptual. Sin embargo, es de destacar que Dworkin parece suponer que hay un espacio bastante amplio para la operación de las políticas que disponen objetivos colectivos sin que entren en colisión con derechos, ya que ése es el espacio ocupado por el proceso político sin que esté sometido a la revisión de jueces que no tienen responsabilidad democrática. Esto puede ser cuestionado si uno sostiene una teoría robusta de los derechos –que, como vimos en el cap. I, ap. F, tienen un alcance tal que se viola no sólo por actos positivos, sino también por omisiones–, ya que en este caso los derechos ocupan prácticamente todo el espacio moral y dejan muy poco lugar para las políticas y, por lo tanto, para la actuación incontrolada de las mayorías. Pero esto lo veremos con más cuidado cuando analicemos el argumento negativo fundado en la democracia.

Por ahora sólo podemos decir que este segundo argumento, fundado en el concepto de derechos individuales, también falla en establecer el control judicial de constitucionalidad. Es perfectamente concebible, por objetable que pudiera ser por otras razones, un sistema jurídico que reconociera derechos individuales, aunque su protección sólo quedara en manos de las mayorías a través del proceso democrático y no hubiera revisión judicial de sus decisiones. Todavía la fundamentación del control judicial de constitucionalidad no ha podido levantar vuelo.

3) *La estructura del razonamiento práctico.* Otro argumento de índole lógica en favor del control judicial de constitucionalidad

puede apoyarse en la estructura del razonamiento práctico justificatorio, como el que realizan los jueces.

Recordemos que en el cap. I, ap. B, analizamos esa estructura y concluimos que el razonamiento justificatorio debe siempre partir de proposiciones normativas que aceptemos por sus propios méritos y no por el hecho de que ellas han sido emitidas por cierta autoridad. Cuando esas proposiciones tienen el contenido apropiado ellas constituyen juicios o principios morales. Vimos también que las que identificamos como normas jurídicas son proposiciones derivadas de estos juicios morales cuando ellos legitiman a cierta autoridad, y de descripciones de las prescripciones de tal autoridad.

También vimos en ese mismo capítulo que, en un sentido normativo puro de Constitución, que está asociado con los ideales del constitucionalismo, tales principios morales de los que arranca el razonamiento jurídico justificatorio, como el judicial, pueden constituir parte de la Constitución. Tanto el ideal del constitucionalismo asociado con los derechos como el ideal asociado con la participación democrática, pueden constituir principios que legitiman a determinadas autoridades y pueden formar parte de la Constitución en sentido normativo. Esa Constitución puede bien servir de premisa mayor de un razonamiento justificatorio de la decisión de un juez.

De este modo, si tales principios que establecen derechos y procedimientos democráticos no legitiman ciertas leyes –por violar tales derechos o por haber sido dictadas sin satisfacer las exigencias de tales procedimientos–, el contenido normativo de las leyes en cuestión no podrá ser derivado de tales principios y de la descripción de la sanción de dichas leyes, por lo que no podrá servir como razón justificatoria de una decisión judicial.

Esto implica que, en un cierto sentido, el control judicial de constitucionalidad es lógicamente inevitable; los jueces, como cualesquiera otros individuos, no pueden justificar sus decisiones en los meros hechos constituidos por la sanción de las leyes –como pretendió hacer nuestra Corte Suprema con la jurisprudencia sobre las normas *de facto*–, sin incurrir en un salto espurio entre ser y deber ser; necesariamente deben fundamentar tales decisiones en principios morales –que aceptan por sus méritos intrínsecos– como los que integran la Constitución en sentido normativo. Por lo tanto, toda decisión judicial implica ejercer un control de constitucionalidad.

Claro está que esta necesariedad de la revisión constitucional de las leyes presupone un concepto normativo de Constitución, que está dado por un conjunto de principios ideales cuya validez no está determinada por hechos y textos como los que están asociados con la Constitución argentina de 1853-1860. De modo que el control de

constitucionalidad que se ejerce es un control *moral* o *valorativo* y no un control relacionado con una norma positiva.

Sin embargo, como vimos antes (cap. I, ap. C), los principios ideales no se aplican directamente a decisiones sino a prácticas jurídico-institucionales, a través de un razonamiento escalonado cuyo primer plano consiste en justificar esas prácticas y cuyo segundo nivel consiste en aplicar tales prácticas a las decisiones. Esto permite que una práctica como la generada por la Constitución argentina de 1853-1860, si resulta justificada de acuerdo con los principios ideales, sea relevante para justificar la decisión y deba, por lo tanto, ser tomada en cuenta necesariamente en la selección de las leyes aplicables. Si los principios que los jueces deben adoptar autónomamente les indican que la práctica constitucional vigente es preferible moralmente a cualquier alternativa asequible (tal vez, como se argumentó –ver cap. I, ap. E–, a condición de que sea sometida a una reconstrucción radical) ellos deben necesariamente, seleccionar las leyes y otras normas jurídicas aplicables, de conformidad con la mejor reconstrucción posible de esa práctica.

De tal modo, este argumento, basado en la estructura lógica del razonamiento al que necesitan recurrir los jueces para justificar sus decisiones, parece tener efectivamente éxito en fundamentar un control judicial de constitucionalidad sumamente amplio; un control que, por un lado, los conduce a hacer una profunda ponderación valorativa de la práctica jurídico-institucional vigente en su jurisdicción, analizando sus posibilidades de reconstrucción, y, por el otro –supuesta una conclusión positiva de tal ponderación–, a trascender una ley en particular para determinar si su reconocimiento, en el caso presente, satisface o no las condiciones para la continuidad de tal práctica.

Por fin, entonces, hemos encontrado un basamento para el control judicial de constitucionalidad. Pero el horizonte presenta nubes amenazadoras.

b) *El argumento negativo: La "dificultad contramayoritaria".* El argumento anterior, sin embargo, aparece neutralizado por un argumento negativo que, no sólo lo descalifica, sino que constituye una razón independiente para rechazar el control judicial de constitucionalidad. Éste es el argumento basado en el hecho de que los jueces no tienen legitimidad democrática como para encarar las gravísimas cuestiones valorativas que, según el argumento anterior, ellos deben encarar para justificar sus decisiones. Los jueces no están elegidos directamente por el pueblo ni responden de sus decisiones ante él, a través del debate colectivo. A lo sumo son designados por autoridades democráticas, pero su legitimidad es indirecta y con el tiempo se va diluyendo, ya que, en un sistema como el argen-

tino, duran en sus cargos de por vida –salvo que se los destituya por mala conducta a través del juicio político– y el consenso colectivo puede haber cambiado considerablemente desde el momento en que ese consenso tuvo alguna incidencia en su designación. Desde ya que el juicio político nunca puede tener el carácter de censura política –o sea reflejar el hecho de que la mayoría disiente de las opiniones del juez–, sino que debe consistir en imputar una irregularidad en su proceder o la comisión de un delito.

Cuando se mantenía el mito de que el juez se limitaba a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, esta falta de legitimidad democrática del juez parecía no ser relevante, puesto que se concebía la actividad del juez como meramente intelectiva y no valorativa. Se veía al juez como un técnico o un científico, y es sabido que los científicos no son seleccionados por el voto mayoritario. Pero con la creciente certeza de que la tarea del juez es sustancialmente valorativa –lo que se pone de manifiesto en los principios básicos de moralidad social a los que, como recién vimos, los jueces necesitan recurrir para justificar la adopción de normas positivas y en los distintos pasos del proceso de interpretación que, según vimos en el cap. I, ap. D, tienen carácter axiológico–, surge con más insistencia la pregunta de quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones.

Una posición como la de Dworkin, como vimos recién, pretende resolver la dificultad distinguiendo diferentes cuestiones valorativas, y reservando como área exclusiva del proceso político democrático el de la fijación de políticas que establecen objetivos colectivos, mientras los jueces deben limitarse a aplicar principios que establecen derechos. Pero, como dije, eso depende de la estructura y contenido del sistema de moralidad social que consideramos válido. Si, como lo traté de fundamentar anteriormente (ver cap. I, ap. F), consideramos que los derechos individuales no sólo se violan por actos positivos sino también por omisiones, y ello hace que tales derechos comprendan necesariamente los llamados derechos sociales –o sea que el derecho a la vida comprende no sólo el derecho a no ser muerto mediante ejecución, p.ej., sino también mediante hambruna o desatención médica–, los derechos abarcan prácticamente todo el escenario moral. Esto quiere decir que no hay casi ninguna cuestión valorativa que no esté controlada por un derecho. De esto se sigue que si los jueces tienen la última palabra en materia de derechos, tienen la última palabra en prácticamente cualquier cuestión que se plantee en la sociedad, desplazando a los órganos que participan del proceso democrático.

Con esta idea se plantea, por ejemplo, la cuestión de si un ciudadano debe o no recibir del Estado una vivienda, o si debe o no

recibir un bono que le permita gozar de unas vacaciones con financiación estatal; dado que éstas son cuestiones donde están en juego derechos individuales, los jueces siempre deberían tener injerencia, determinando si la decisión de los poderes Legislativo o Ejecutivo satisface o no principios ideales. Obviamente cabría aquí la pregunta acerca de cuál es la función que queda al proceso político democrático si sus decisiones –p.ej., acerca de cuál es el mecanismo preferible para que la gente acceda a viviendas, si el mercado, la distribución estatal, sistemas cooperativos, etc.–, poniendo en balance ese acceso con el de otros bienes a los que la gente tiene también derecho, pueden siempre ser revertidas por funcionarios que no tienen legitimidad democrática directa.

Cuando se trata de la decisión sobre cuestiones valorativas que se dan en el proceso de interpretación de las leyes, siempre queda al proceso democrático la posibilidad de prevalecer a la opción axiológica de los jueces dictando nuevas normas con definiciones más precisas (aunque esas nuevas normas serán a su turno interpretadas por los jueces). Pero cuando se da poder a los jueces, aun para descalificar las normas que dictan los órganos democráticos, ni siquiera queda esa vía para que prevalezca la voz de la mayoría. El gran constitucionalista norteamericano Bickel[170] advirtió esta grave dificultad con toda claridad, en párrafos como éstos: "La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema. Hay varias formas de tratar de pasar de largo esta realidad ineluctable. Marshall intentó una de ellas cuando habló de ejecutar en el nombre 'del pueblo' los límites que él había ordenado para las instituciones de un gobierno limitado... Pero la palabra 'pueblo' tal como es usada aquí es una abstracción. No necesariamente, de ningún modo, es una abstracción sin sentido o perniciosa; es una abstracción siempre cargada de emoción, pero no representacional –una abstracción que oscurece el hecho de que cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora–; ella ejerce control no en nombre de la mayoría prevaleciente sino en su contra. Esto, sin connotaciones místicas, es lo que realmente sucede. El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente que la democracia, y ésa es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático".

Por cierto que la misma dificultad fue advertida por algunos jueces esclarecidos de la propia Corte Suprema norteamericana, como

[170] Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, p. 16-17.

el famoso Learned Hand quien sostuvo refiriéndose al tema[171]: "Yo pienso que sería extremadamente molesto ser gobernado por un grupo de Guardias Platónicos, aun si supiéramos cómo elegirlos, lo que yo con toda seguridad no sé. Si ellos estuvieran a cargo del gobierno, yo perdería el estímulo de vivir en una sociedad en la que tuviera, al menos teóricamente, alguna parte en la dirección de los asuntos públicos. Por supuesto, yo sé qué ilusoria sería la creencia de que mi voto determina algo; pero al menos cuando voy a las urnas tengo una satisfacción en el sentido de que todos estamos participando de una empresa común. Si usted replica que la oveja de una manada puede tener el mismo sentimiento, yo replicaría como San Francisco 'Mi hermana, la Oveja'".

Esta dificultad contramayoritaria puede exponerse en términos epistémicos: parece reflejar un elitismo epistémico inaceptable presuponer que unos señores, por más ilustrados que sean, pueden llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública. Es cierto que un proceso judicial implica alguna discusión (más en el sistema norteamericano que en el nuestro –con instituciones como los debates públicos, las acciones de clase, la intervención de *amicus curiae*, etc.–), pero de ningún modo se trata de una discusión institucionalizada en la que participan, con igual oportunidad, todos los que están afectados por la norma que se toma como base de la decisión. Cuando advertimos anteriormente (ver cap. I, ap. F), que la validez de las decisiones valorativas no depende sólo del conocimiento de hechos y de la satisfacción de exigencias de racionalidad, sino principalmente de satisfacer requerimientos de *imparcialidad*, y que tal satisfacción requiere la expresión de sus intereses por todos los interesados (por una serie de razones entre las que predomina el principio de que nadie conoce mejor sus intereses que su titular y que la expresión de un interés es constitutiva de un cierto balance de preferencias), entonces un proceso de decisión en el que no participen, directamente o a través de sus representantes, todos aquellos a quienes se aplica la norma que se toma como base de la decisión, tiene un muy bajo valor epistémico.

Esto está asociado con la postura que asume Walzer en un interesante artículo[172] en el que protesta por la arrogancia de los filósofos de pretender llegar a conclusiones valorativas por la mera refle-

[171] Hand, Learned, *The Bill of Rights*, p. 73.

[172] Walzer, Michael, *Philosophy and Democracy*, en "Political Theory", ago. 1981, vol. 9, nº 3.

xión individual, sin verse involucrados en el proceso democrático y pretendiendo que los jueces sean vehículos de esas conclusiones. En verdad en un país como los Estados Unidos se está produciendo un fenómeno curioso con el hecho de que los filósofos políticos y constitucionalistas, que en general favorecían con gran activismo judicial cuando la Corte Suprema estaba orientada por jueces liberales en las épocas de Warren o aun de Burger, se enfrentan ahora con una Corte que puede llegar a ser todavía más conservadora que el proceso político democrático.

Como se recordará, el recurso a la mayor capacidad epistémica fue precisamente la forma de justificar el proceso democrático que se resumió en el cap. I, ap. F, y se aplicó al diseño institucional en el cap. III, ap. B. El proceso democrático –si está correctamente diseñado y es ejercido adecuadamente– constituye una forma regimentada del discurso moral, que tiene una tendencia inherente a la imparcialidad y, por lo tanto, recibe parte del valor epistémico de ese discurso. El método democrático es más confiable que cualquier método alternativo de decisión, incluyendo al judicial, para llegar, en general, a soluciones moralmente correctas, por lo que hay razones para observar sus resultados, aun en los casos en que la reflexión individual indica que la decisión democrática es incorrecta (ya que de lo contrario el método democrático se socavaría y perderíamos una vía de acceso a soluciones moralmente válidas que, por hipótesis, son en general más confiables que la reflexión individual).

Esto se combina de la siguiente manera con la conclusión acerca de la estructura del razonamiento práctico justificatorio a la que se llegó antes (ver cap. I, ap. B) y a la que se recurrió para justificar el control judicial de constitucionalidad (ver *supra* 3): es cierto que los jueces no tienen más remedio que partir de principios valorativos para justificar sus decisiones; es cierto también que tales principios deben ser aceptados autónomamente y no por la razón de que alguna autoridad, humana, divina o convencional los haya prescripto; pero esto de ninguna manera excluye que la prescripción de un órgano democrático se pueda tomar como un *indicio epistémico* de la validez del principio que es objeto de prescripción (lo mismo ocurre con las proposiciones científicas, respecto de las cuales si bien tampoco existen autoridades constitutivas de su validez o verdad, sí hay autoridades epistémicas en quienes confiamos sobre la base de una presunción de mayor posibilidad de acceso a la verdad). Por lo tanto, es perfectamente razonable, y en nada violenta la estructura del razonamiento práctico justificatorio que hemos analizado, que se difiera el juicio acerca de la validez de ciertos principios morales –por lo menos en lo que hace a la *acción* aunque no a la *crítica* en futuras discusiones– al resultado del proceso democrático. La premisa ma-

yor de un razonamiento judicial sigue siendo un principio moral autónomo, pero en el proceso de adopción del principio, a los fines de la acción, juega una razón epistémica fundada en la prescripción de una autoridad democrática.

Esto implica descalificar absolutamente el argumento anterior en favor del control judicial de constitucionalidad. Los jueces no tienen autoridad epistémica para sustituir al proceso democrático en la determinación de los alcances de los principios de moralidad social del que deriva el conjunto de derechos individuales. Los principios valorativos que integran la Constitución en sentido normativo y sirven para determinar en el razonamiento escalonado que vimos antes (cap. I, ap. C) si la práctica jurídico-institucional vigente en la jurisdicción está moralmente justificada deben ser determinados a través del proceso democrático. La Corte Suprema y los demás jueces cumplen con su responsabilidad moral prestando deferencia a ese proceso democrático.

Aquí conviene recordar lo que ya dijimos (ver *supra* 2), o sea que los derechos constituyen, por definición, límites a los intereses mayoritarios pero no a las decisiones mayoritarias. Es cierto que siempre hay un riesgo grande de que las decisiones mayoritarias favorezcan a los intereses mayoritarios, pero ese riesgo no se remedia desplazando esa decisión a una minoría, con lo que se corre el riesgo peor de que se favorezcan los intereses minoritarios.

Como dice Miller[173], en la Argentina este argumento no ha sido percibido, probablemente por el presupuesto de que el Poder Judicial es el más democrático de los poderes del Estado. La razón para pensar eso seguramente estaba basada en el hecho de que el poder político no contó, durante buena parte de la historia del país, con una mínima legitimidad democrática. Pero si nuestras instituciones democráticas se consolidan definitivamente éste es un argumento para ser objeto de seria consideración. Por ejemplo, muchos proponen que una reforma constitucional debe ampliar la "ejecutividad" de los derechos sociales, pero si "ejecutividad" quiere decir control judicial de constitucionalidad, incluso por omisión, esto llevaría a un inmenso desplazamiento de facultades de los órganos democráticos a los jueces; un juez que está completamente al margen del debate público, y que no se hace responsable en ese debate ante sus conciudadanos, podría perfectamente torcer las conclusiones a que se haya llegado en el proceso político democrático acerca de la política social y económica preferible, acerca de la distribución de

[173] Miller, Jonathan - Gelli, María A. - Cayuso, Susana, *Constitución y poder político*, t. 1.

recursos y de los mecanismos e instituciones para proceder a esa distribución, ordenando que el gobierno proceda a tal o cual prestación.

De modo que el avance que se había hecho en el análisis anterior para justificar el control judicial de constitucionalidad no sólo parece haberse perdido totalmente, sino que ahora contamos con un argumento para descalificar positivamente la posibilidad de ese control. Sin embargo, los amigos del control judicial todavía tienen mucho que decir.

c) *Un argumento para descalificar el argumento negativo precedente: la legitimidad democrática de la Constitución.* Como se insinúa en la referencia a la opinión de Marshall que hace Bickel, se podría tratar de contrarrestar la fuerza del argumento anterior diciendo simplemente que cuando los jueces descalifican una ley o un decreto aplicando la Constitución, lejos de oponerse a la voluntad mayoritaria, dan efecto a la voluntad mayoritaria de nivel superior que expresa la Constitución. La Constitución tiene aun mayor legitimidad democrática que la ley, y los jueces que la hacen prevalecer sobre esta última no están interponiendo su propia autoridad y capacidad epistémica, sino la que la Constitución refleja.

Pero como vimos antes (cap. I, ap. B) este argumento es sólo teóricamente plausible: cuando lo aplicamos a constituciones reales como la argentina o la norteamericana, advertimos de inmediato que es insuficiente por sí mismo, por la simple y sencilla razón de que tales constituciones, como posiblemente la mayoría de las que están vigentes, no tienen credenciales democráticas aceptables: los procesos que culminaron en Filadelfia, en 1787, y en Santa Fe, en 1853, estuvieron demasiado alejados de mínimas exigencias democráticas –piénsese sólo en la exclusión de las mujeres o de diferentes minorías, para no entrar en detalles sobre la forma de elegir a los delegados– como para que alguien pueda sostener seriamente que los constituyentes representaron a las poblaciones de las respectivas épocas.

Además, como también se dijo (ver cap. I, ap. B), aun cuando por hipótesis la Constitución hubiera sido dictada por un procedimiento impecablemente democrático, el mero paso del tiempo –que en el caso de una Constitución es deseable que sea lo más amplio posible sin que sea necesario modificarla, implica que ella no tiene legitimidad democrática en relación a la población presente. Recuérdese que el valor epistémico de la democracia está en función de su confiabilidad para reflejar la consideración imparcial de los intereses de los involucrados y que, con el paso del tiempo, los intereses y sus titulares cambian.

De modo que si la Constitución tuviera alguna credencial democrática ello debería estar fundamentado en algún tipo de *consenso*

tácito, que parece darse al gozar la Constitución de apoyo mayoritario, que resulta revelado al no modificársela y al empleársela e invocársela para diversos efectos. Sin embargo, la idea de consenso tácito es problemática ya que el valor del consenso democrático está dado por ser el resultado de un proceso deliberativo público; el carácter tácito del consenso parece excluir precisamente la deliberación. Por otro lado, en el caso de la Constitución la idea de consenso se agrava, por el hecho de que para su modificación se exigen mayorías calificadas y procedimientos arduos, de modo que aunque una mayoría simple esté en contra de la Constitución vigente no le es posible obtener su modificación si una minoría suficientemente decidida se opone a esa reforma.

Pretende Ackerman[174], sin embargo, justificar la legitimidad democrática de la Constitución sobre la base de su concepción dualista de la política, basada en la distinción entre momentos de política constitucional y de política ordinaria. Ackerman sostiene que el sistema abrazado por "El Federalista" y adoptado por la Constitución de Filadelfia es mejor entendido y justificado sobre la base de una distinción de dos vías a lo largo de las cuales se desarrolla la vida política: la primera es la forma más alta de la política –la política constitucional– que está dada en los raros momentos en que el pueblo habla a través de un proceso de considerable debate y movilización (como ha ocurrido en Estados Unidos con el proceso mismo de sanción de la Constitución, con la reconstrucción, después de la guerra civil y con el *New Deal*); la segunda es la forma inferior de la política –la "política normal"–, en la cual el pueblo no habla directamente sino a través de la problemática representación –dada la división de las voces y la conexión cuestionable entre cada una de ellas y la voluntad popular–, gozando de ese modo de una menor legitimidad.

Como la política normal está sujeta a los resultados obtenidos en la vía más alta, el papel de los jueces, a través del control de constitucionalidad, es el de preservar la voluntad del pueblo expresada más ampliamente en los momentos constitucionales. Ackerman piensa que esta división entre políticas está justificada, ya que es una forma de economizar la virtud pública: ella permite a los ciudadanos perseguir sus asuntos privados en tiempos normales sin imponerles un ideal de excelencia personal dado por un involucramiento político permanente, y establece medios para señalar aquellas raras oportunidades en que se requiere la movilización. Ackerman presenta, consecuentemente, una teoría de los derechos constitucionales –de acuerdo con la cual tales derechos emanan de las decisio-

[174] Ackerman, *Private Property and the Constitution*.

nes democráticas tomadas en los momentos constitucionales y restringen las expresiones de la política normal–, oponiéndola a una concepción monista –que hace que los derechos dependan de un proceso democrático continuo y permanente– y de una concepción fundamentalista –según la cual los derechos restringen cualquier expresión democrática–.

A pesar de los atractivos de esta visión surgen dudas que no son fáciles de superar, tanto acerca de su relevancia explicatoria como justificatoria.

Primero, no es muy claro por qué se habla de "dualismo" o de *dos* vías políticas cuando uno podría distinguir todo un continuo de muchos grados diferentes de legitimidad, según el grado de movilización y debate. Hay cuestiones, como por ejemplo la del aborto o la de la discriminación, que provocan grandes debates y movilizaciones, aun cuando no son tal vez comparables a los ejemplos que da Ackerman, y que tienen gran impacto en el sistema jurídico. Aun en un sistema "monista" como el de Gran Bretaña uno podría hacer esta distinción, aparte del hecho de que incluso allí hay diferentes niveles de expresión democrática (plebiscitos –como el de la integración a la Comunidad Europea–, elecciones para el Parlamento y el funcionamiento de éste, elecciones locales, etcétera).

En segundo lugar, como vimos antes, la legitimidad democrática de algunos de esos momentos constitucionales a los que Ackerman se refiere es sumamente dudosa y no parece que las mencionadas deficiencias en los procedimientos democráticos hayan sido expurgadas por movilizaciones y debates. Ackerman podría decir que él se limita a reconstruir lo que constituye la visión de los órganos norteamericanos, sobre todo de los jueces, acerca del origen de la legitimidad democrática en el país; pero en todo caso deberíamos intentar liberarlos de un error tan obvio.

En tercer término, la imagen del pueblo movilizado y excitado bajo el influjo del espíritu público en momentos dramáticos es, tal vez, un poco peligrosa desde el punto de vista de la legitimidad democrática: ¿cuál es el espacio para la discusión racional amplia en tales momentos? ¿Está garantizado, relativamente, el igual peso en la discusión y decisión de todos los particulares? Tal vez el valor epistémico de la democracia se manifiesta mejor en momentos menos románticos y más calmos, en los que ciertos procedimientos que tienden a asegurar ese valor son respetados.

En cuarto lugar, la legitimidad democrática de los momentos constitucionales es todavía más cuestionable ya que, como vimos, hay normalmente obstáculos para poner en práctica la voluntad de la mayoría –que tienden como dice Ackerman a señalar la gravedad del momento–, de modo que la minoría que favorece el *statu quo*

usualmente tiene poder de veto; si tales obstáculos fueran suprimidos lo que tendríamos –de hecho– sería un sistema monista.

En quinto término, y yendo al otro extremo de la política normal, la legitimidad de su expresión es también cuestionable, ya que, como Ackerman declara, la representatividad de los órganos del gobierno es problemática. Es tal legitimidad completamente dependiente de la delegación hecha desde la vía superior, y, de este modo, daría lo mismo cualquier forma de gobierno decidida en los raros momentos constitucionales.

En sexto término, Ackerman no parece resolver la "dificultad temporal" que también fue mencionada, o sea el problema de cuál es la legitimidad presente de una decisión democrática tomada por gente que murió hace tiempo, cuando se opone a la voluntad de la gente presente, tal como se expresa en las elecciones parlamentarias. La respuesta de Ackerman descansa en la calidad diferente de las dos expresiones de la voluntad popular dado el diferente grado de movilización y debate, pero la mayor calidad de una voluntad que tiene un valor cero no levanta ese valor hasta igualar el de una voluntad que tiene muy poca calidad, pero tiene algún valor porque mantiene alguna conexión con las preferencias de la gente a la que esa voluntad se aplica.

En séptimo lugar, la aplicación de la visión dualista a la justificación del control judicial de constitucionalidad es problemática, desde que no hay razón por la cual la preservación de la "voluntad del pueblo" debe estar en manos de órganos contramayoritarios y no en la de aquellos que tienen al menos, alguna conexión con las preferencias de las mayorías presentes.

En octavo término, la sumisión de los jueces a la voluntad de la gente expresada en momentos constitucionales, cualquiera ella sea, es bastante chocante como manifestación de un positivismo ideológico. Decir que si la libertad de expresión o de religión fuera abolida en el plano constitucional, los jueces deberían obedecer al nuevo orden o, si no, renunciar[175], es altamente contraintuitiva, principalmente tomando en cuenta que Ackerman no adscribe una calidad epistémica al resultado del proceso democrático. Si un juez puede salvar vidas y libertades permaneciendo en su cargo y resistiendo la aplicación de la reforma constitucional aberrante, ¿por qué debería él renunciar, declinando cumplir con su deber moral de hacer tal cosa en aras de respetar una suerte de "consenso sobrepuesto"?

[175] Como lo recomiendan Ackerman, Bruce - Rosenkrantz, Carlos, *La aplicación de la concepción dualista en la Argentina*, en Centro de Estudios Institucionales, "Control judicial de constitucionalidad".

Finalmente, aun cuando el tipo de involucramiento en la vida pública que la política democrática requiere debe ser fuente de una preocupación legítima desde una perspectiva no perfeccionista (como la que ya analizamos –ver caps. I, ap. F y II, ap. E–), es un poco exagerado alabar una solución para superar un excesivo involucramiento que, de acuerdo con Ackerman, ¡sólo dio tres oportunidades a la gente para hacer oír directamente sus voces en doscientos años de una movida historia!

Por lo tanto, parece claro que el argumento sobre la legitimidad democrática de la Constitución bajo condiciones normales no tiene fuerza suficiente para contrarrestar el argumento negatorio del control judicial de constitucionalidad, basado en el valor epistémico del proceso democrático. Este argumento se mantiene en pie. No obstante, puede haber razones que, *tomando en cuenta sus propias condiciones de validez*, consigan introducir excepciones importantes en su ámbito de aplicación.

d) *Argumentos para excepcionar el argumento negatorio.* Cabe destacar los siguientes.

1) *Los jueces como controladores del proceso democrático.* Tal vez se pueda abrir una brecha importante en el argumento que descalifica el control judicial de constitucionalidad sobre la base del valor epistémico de la democracia, si examinamos cuidadosamente sus condiciones de validez.

Obsérvese que, como es obvio, el proceso judicial no es inferior, epistémicamente hablando, a cualquier proceso político, sino sólo al proceso *democrático*. También es claro que no es democrático cualquier proceso político que se denomine de ese modo, sino que bajo un concepto normativo de democracia que remite a la concepción deliberativa que ya explicamos (ver cap. I, ap. F) lo será sólo aquel que tiene las condiciones que maximizan su capacidad epistémica: la existencia de un procedimiento de discusión amplio, en el que puedan participar todos los interesados en relativa igualdad de condiciones, que esté centrado en valores y principios sociales intersubjetivos y no en la mera exposición de intereses crudos; que la mediación refleje aceptablemente bien los intereses e ideologías de los individuos representados; que la decisión sea por simple mayoría y que se promueva pero no se fuerce la formación de mayorías superiores; que la formación del gobierno y su ejercicio sea sensitivo al consenso mayoritario, etcétera.

Si estas condiciones no se dan, por más que el gobierno sea denominado "democrático" –como en el caso de las "democracias populares" felizmente en vías de extinción–, los jueces no tienen razones epistémicas para diferir su juicio al resultado del proceso po-

lítico. En este caso adquiere aplicabilidad plena el argumento ya desarrollado (ver *supra* 3), y los jueces necesariamente deben ejercer un control de las leyes y otras normas jurídicas en función de una Constitución de principios ideales.

Esto quiere decir que los jueces están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez, que permita al juez poner entre paréntesis, a los efectos de justificar una decisión, su propia reflexión individual. Es obvio que este mismo juicio de si se dan o no las condiciones que determinan el valor epistémico de la democracia no lo pueden diferir al mismo proceso político, puesto que si el proceso político estuviera viciado, su conclusión de que él es suficientemente democrático no tendría valor epistémico.

Por lo tanto, los jueces necesariamente deben ejercer un control del procedimiento democrático. Ese control no se limita a las condiciones formales que establece una Constitución para que un órgano pueda dictar una norma jurídica (como las establecidas en los arts. 68 a 73 de la Constitución argentina), ya que son tanto o más importantes las condiciones que mencionamos antes respecto de las oportunidades de participación igualitaria en la discusión, la amplitud del debate, su concentración en principios, la relativa libertad de decisión, la adecuación del procedimiento de representación, la sensitividad del sistema para reflejar el consenso público, etcétera. En este sentido es esencial el ideal de igual ciudadanía, que tiene una amplia proyección hacia aquellas condiciones que fundamentan una equitativa distribución de las oportunidades de participar en la deliberación democrática y en la incidencia en el resultado final. Por otra parte, como vimos ya (cap. I, ap. B), la Constitución en cuanto fuente de un procedimiento que otorga legitimidad al proceso político no es el texto contingente sancionado y observado –salvo por las consideraciones que luego veremos (*infra* 3)– sino que está integrada por los principios que determinan un procedimiento ideal. Por lo tanto, puede haber condiciones que fundamentan el valor epistémico de la democracia que no estén incluidas en la Constitución vigente, y ésta puede incluir condiciones que son irrelevantes para ese valor epistémico.

La revisión que los jueces deben hacer del procedimiento democrático no tiene sólo un sentido remedial sino también correctivo para el futuro: tanto cuando los jueces descalifican una ley por no haberse cumplido con propiedad alguna condición esencial para que tenga presunción de validez, como cuando, en una modalidad más activa, prescriben modificaciones a tal o cual procedimiento con el fin de maximizar su calidad epistémica, esto tiene un sentido de pro-

mover un mayor acercamiento del proceso democrático al ideal deliberativo que fundamenta su justificación. Para ello son relevantes para los jueces el tipo de consideraciones que se desarrollaron anteriormente (ver cap. III, ap. B), sobre los obstáculos que presenta un sistema como el argentino para ese mayor acercamiento. Si bien el propio proceso democrático puede ir corrigiendo algunas de sus deficiencias con el fin de expandir su valor epistémico, los vicios del proceso político pueden haber alcanzado un punto en el que la dinámica inherente al sistema no está dirigida a la autocorrección sino a la profundización y perpetuación de esos mismos vicios.

Esta visión del control judicial de constitucionalidad coincide con la posición del constitucionalista norteamericano Ely[176], quien, aceptando la dificultad contramayoritaria, precisamente centra la posibilidad de la revisión judicial en la supervisión del proceso de representación, actuando la Corte Suprema como una especie de *referee* del proceso democrático. Ely se apoya en la famosa nota al pie de la página 4 del juez Stone en "Carolene Products Co."[177], cuando sostiene que la razonabilidad de la ley no puede ser suficiente para su constitucionalidad, ya que "puede haber un alcance más restringido para la operación de la presunción de constitucionalidad cuando la legislación aparece *prima facie* como abarcada por una prohibición específica de la Constitución, como aquellas de las primeras diez enmiendas, que son consideradas como igualmente específicas cuando están comprendidas en el campo de aplicación de la enmienda catorceava... No necesitamos inquirir aquí hasta qué punto consideraciones similares entran en la revisión de las leyes dirigidas a minorías particulares de carácter religioso... o nacional... o racial; hasta qué punto el perjuicio en contra de minorías discretas e insulares puede ser una condición especial, que tiende a socavar la operación de aquellos procesos políticos en los que ordinariamente se confía para proteger a las minorías, y que pueden determinar, correspondientemente, un escrutiniuo judicial más escrupuloso".

Sobre esta base, Ely trata de mostrar que la Constitución y los derechos principales que ella consagra son interpretados mejor, no en términos de tratar de imponer valores sustantivos sino de preservar el proceso de participación democrática, como es la concepción tradicional, y asegurar una representación adecuada. Así Ely considera que el papel de los jueces, y en especial el de la Corte Suprema, incluye la "limpieza de los canales" que hacen posible el cambio político –lo que comprende el de inducir al legislador a articular claramente sus propósitos–, y el de facilitar la representación de las mi-

[176] Ely, John H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*.

[177] 304 US 144, 1938.

norías. Ely resume así su posición[178]: "La elaboración de la teoría del control judicial de constitucionalidad como refuerzo de la representación puede adoptar varios caminos... Pero, como sea que se la elabore, la teoría general es una que limita el control judicial bajo las cláusulas abiertas de la Constitución mediante la insistencia de que ella sólo puede ocuparse apropiadamente de cuestiones de participación y no con los méritos sustantivos de la opción política cuestionada... Dudo que haya muchos que sostengan que el procedimiento es de mayor valor que la sustancia, aunque algunos de nosotros sostendríamos que las decisiones sustantivas deben ser, en general, adoptadas democráticamente, y que las decisiones constitucionales deben, en general, limitarse a cuidar los mecanismos de participación y distribución".

Obsérvese que esta visión procesalista del control judicial de constitucionalidad no implica limitar ese control, sino, al contrario, ampliarlo considerablemente, aunque en una dirección radicalmente diferente de la que suele asumir tanto en Estados Unidos, como, más aún, en la Argentina. Por de pronto implica adoptar una posición parcialmente opuesta sobre las llamadas "cuestiones políticas"; esta expresión tiene una cierta ambigüedad que fue notada en el gran voto de Varela en "Cullen"[179]; efectivamente las cuestiones políticas están excluidas del centro judicial si por ellas se entiende la consideración de la valoración –política, moral– de una decisión; pero todas las cuestiones que hacen al funcionamiento del proceso político –la libre expresión de las ideas; la apertura de los canales de comunicación de tales ideas; el funcionamiento de los partidos políticos, el sistema electoral; la adecuada representación de las minorías; el proceso eleccionario; el buen funcionamiento de los órganos políticos; la división de poderes; la descentralización; la intervención federal; el funcionamiento de la justicia misma; etc.– son el foco central de atención por parte de los jueces como parte del control de constitucionalidad.

En la Argentina el camino hacia esta revisión radical de la doctrina de las "cuestiones políticas" ha sido abierto por decisiones como las de la Corte del primer período de transición democrática en los casos citados "Baeza", "Sueldo de Posneman" y "Ríos". Hay muchas otras cuestiones del proceso político (como, p.ej., la distorsión de la representación debida a causas como el piso de cinco diputados por provincia, que ya fue planteada –ver cap. III, ap. B–, análoga a los casos de distritos en los que intervino la Corte norteamericana) en las que la Corte debe poner su mirada si se da el caso

[178] Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, p. 181.

[179] CSJN, *Fallos*, 53:420.

correspondiente. En definitiva, lo que se requiere de la Corte Suprema es que muestre su activismo respecto del proceso político que mostró con su doctrina de los gobiernos *de facto*, pero con una dirección exactamente opuesta, o sea la de promover y ampliar el proceso democrático, abriendo nuevos canales de participación y fortaleciendo la representación, sobre todo de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso. Ese activismo requiere hacer más laxos los criterios de participación en el proceso judicial, por vía del reconocimiento de intereses difusos, de las acciones de clase, de la intervención de *amicus curiae*, de ampliación de las acciones declarativas, etcétera.

Como lo muestra Ely, la potencialidad que este enfoque asigna al control judicial de constitucionalidad es sumamente amplia; por ejemplo, abarca no sólo aquellas condiciones que hacen a la participación igualitaria de minorías discretas e insulares –lo que permite justificar decisiones antidiscriminatorias como la de "Brown v. Board of Education", puesto que la discriminación en bienes básicos afecta la visión social de los ciudadanos pertenecientes a esas mino- ... como iguales partícipes en el proceso democrático–, sino que también determina algunas condiciones que el procedimiento legislativo debe satisfacer. Por ejemplo, si bien los jueces no deben entrar a valorar la validez de las razones que tiene el legislador o un órgano ejecutivo para dictar una norma jurídica, sí tienen que exigir que *haya tales razones*. Como surge de lo que ya vimos antes (cap. I, aps. D y F), lo que es vinculante para los jueces no es un texto, sino las proposiciones que exprese el texto y que fueron objeto de consenso. Esas proposiciones sólo pueden determinarse mediante una articulación de las razones que las fundamentan. El proceso democrático debe desarrollarse en forma deliberativa, y no hay deliberación si las decisiones no están acompañadas de razones. Hay por cierto una línea fina entre la determinación de que haya una verdadera razón y que haya una razón verdadera, pero no por ser tenue el límite los jueces pueden ignorarlo; así como deben mantenerse firmes en que, a los efectos de su decisión, su juicio sobre la validez de la razón de una solución está diferido al proceso democrático, deben ser más firmes todavía en exigir a ese proceso que articule las razones de sus decisiones, de modo que puedan ser objeto de la deliberación colectiva.

La forma de inducir esa articulación de razones es descalificando las leyes o decisiones políticas que aparecen infundadas, o con fundamento sólo aparente, o con un fundamento del que no se deriva lógicamente la decisión, o con uno tan irracional que sería rechazado por cualquier persona sensata, independientemente de su ideología. Dado que esta descalificación debe prescindir de cual quier consideración sustantiva, ella no puede impedir que el legisl

dor o el órgano político correspondiente sancione nuevamente el mismo texto normativo, sino que es una forma eficaz de inducirlo a que articule las razones en su apoyo. Esto puede ser favorecido por un procedimiento de reenvío, al que luego haré referencia. De cualquier modo, lo que se requiere es un diálogo más interactivo entre los jueces y el proceso político, con el fin de que la intervención judicial produzca reacciones adecuadas en ese proceso de aproximación a los ideales de un liberalismo democrático.

En definitiva, creo que este argumento, que se apoya en las propias condiciones del argumento negatorio del control judicial de constitucionalidad, tiene éxito en introducir una amplia excepción a sus alcances. La excepción no puede caer bajo la férula del argumento negatorio, puesto que si se preguntara por qué son mejores los jueces que los órganos democráticos para corregir y ampliar el proceso democrático, la respuesta sería que si el proceso democrático está viciado, él no puede tener la última palabra acerca de su corrección, que la intervención de los jueces en estos casos siempre es unilateral –ya que ellos no pueden restringir el proceso sino sólo corregirlo y profundizarlo, por lo que tal intervención no puede ser objetada en términos democráticos, y que, en última instancia, de lo que se trata es de si se dan las condiciones para que los jueces puedan descargar su responsabilidad moral, difiriendo su reflexión individual sobre las premisas valorativas del razonamiento justificatorio a la que hagan otros órganos.

2) *Protección de la autonomía individual.* Por cierto que el argumento negatorio del control judicial de constitucionalidad que se ha expuesto (ver *supra* c) implica que los jueces no son, en general, los últimos custodios de los derechos individuales, sino que es el propio proceso democrático el que debe ofrecer el escudo de protección final frente a tales derechos. La sensación de vértigo que esta tesis así expuesta provoca, sobre todo en los juristas, probablemente esté determinada por su mayor identificación con los jueces que con los políticos y legisladores.

Sin embargo, analizando de nuevo a fondo las condiciones que subyacen al argumento negatorio –que, recordemos, están vinculadas al valor epistémico del proceso democrático– encontramos el camino para otra gran excepción a ese argumento negatorio, que está vinculada con el contenido de tales derechos individuales.

Veamos con un poco más de detenimiento cómo se constituye el valor epistémico de la democracia. Ese valor está dado principalmente por la tendencia inherente hacia la imparcialidad que tiene un procedimiento de discusión amplio y con posibilidades de participación igual sobre la justificación de los intereses en juego por diferentes principios, y de decisión mayoritaria, con injerencia igualitaria

por todos los involucrados. Esto presupone que la imparcialidad es el parámetro de la validez de los principios y que la discusión moral y su institucionalización, a través del método democrático, es más confiable que cualquier otro método de decisión para alcanzar esa imparcialidad.

Pero recordemos que, como ya dijimos (ver cap. I, ap. F), hay dos tipos de principios morales posibles: los de índole "intersubjetiva", que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos diferentes al agente; y los "autorreferentes", que valoran una acción o actitud por los efectos en la propia vida o carácter del individuo. Acordémonos también que el principio de autonomía de la persona veda interferir con la libre elección de los principios morales autorreferentes o ideales de excelencia humana, por lo que no puede ser misión del Estado, como vimos antes (cap. II, ap. C), imponer a los ciudadanos modelos de virtud personal; lo que, por otro lado, sería irracional por ser autofrustrante (ya que tales modelos sólo se satisfacen mediante la adhesión espontánea).

Lo que se dijo acerca del valor epistémico del proceso político democrático parece implicar que sólo los órganos políticos democráticos son la custodia final del principio de autonomía y que el Estado no extralimite su función pretendiendo la perfección de los ciudadanos. Sin embargo, obsérvese que ese valor epistémico está en función de la tendencia a la imparcialidad del método democrático y del hecho de que la imparcialidad es el parámetro de corrección de los principios morales; ello, empero, no es así respecto de los principios o ideales "autorreferentes". La validez de un ideal de excelencia humana no depende de que sea aceptable por todos en condiciones de imparcialidad, ya que este tipo de ideales no pretenden, primariamente, hacer un balance entre los intereses de distintas personas, a diferencia de lo que ocurre con los principios intersubjetivos. Dado que estos ideales juzgan a las acciones de acuerdo al impacto de una conducta sobre la vida o carácter del propio agente, su validez no depende de su aceptabilidad por alguien que sea plenamente imparcial entre los intereses de los diversos individuos involucrados. No sé realmente de qué depende tal validez de los ideales de excelencia humana, pero parece claro que no comparten las mismas condiciones de validez de los principios intersubjetivos.

De esta consideración surge una conclusión de gran trascendencia para nuestro tema: *el valor epistémico del proceso democrático no se aplica a las decisiones sobre ideales de excelencia humana o de virtud personal.* Si bien la discusión moral puede ser siempre esclarecedora, aun cuando se trate de ideales de virtud personal, ya que puede servir para esclarecer las condiciones de conocimiento de los hechos y de racionalidad que, obviamente, esos ideales deben satis-

facer, al no darse respecto de ellos la condición de imparcialidad el valor de la *decisión colectiva* desaparece. Lo que se dice de la práctica originaria de la discusión moral es extensible a su versión regimentada e institucionalizada, que es el proceso democrático. Por lo tanto, el que un ideal de excelencia humana haya sido preferido a través del proceso democrático por una mayoría, como base para una decisión, no implica ninguna presunción de validez respecto de ese ideal.

Esto quiere decir que el juez no tiene razón para diferir su juicio, y, por cierto, el de los ciudadanos involucrados, a las resultas del proceso democrático cuando ese proceso ha incursionado en ideales de excelencia humana que afectan la autonomía de los individuos. En estos casos no se dan las condiciones del argumento negatorio del control judicial de constitucionalidad, y el juez recobra la facultad de determinar por sí mismo las premisas valorativas de su razonamiento, como se vio antes (ver *supra* 3).

Pero obsérvese que una misma conducta puede ser valorada, tanto por principios morales intersubjetivos, como por ideales de virtud personal. Para poner un ejemplo extremo: un homicidio puede ser descalificado, tanto por infringir el fundamental derecho a la vida de otro individuo, como por implicar una extrema degradación moral del propio agente que percibe a sus semejantes como objetos pasibles de ser destruidos. En otro lugar[180] he sostenido por ello que el derecho no puede recurrir a consideraciones que tengan que ver con la degradación del carácter del individuo –p.ej., cuando se toma en cuenta la intención del agente como reflejo de su calidad moral–, aunque se llegue a la misma conclusión por consideraciones no perfeccionistas. Por lo tanto, la prohibición de una cierta conducta puede deberse tanto a la adopción de un ideal de excelencia humana como a la adopción de un cierto principio intersubjetivo. Esto quiere decir que cuando el juez descalifica una pieza legislativa perfeccionista debe considerar necesariamente cuál es la *razón* de la norma jurídica en cuestión. En esto es importante, no una razón que se alegue superficialmente como pretexto, sino que hay que determinar –extrayéndola del contexto– cuál es la verdadera razón que determinó la sanción de la norma. Esto converge con el punto anterior, dado que presupone que los órganos políticos deben articular con amplitud, precisión y autenticidad las razones que subyacen a sus prescripciones.

Aquí se establece una condición más que deben cumplir esas razones y que no pueden acudir a ideales del bien o de virtud perso-

[180] Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. III

nal. Una ley que pena la tenencia de drogas para el propio consumo puede estar fundada en principios intersubjetivos. Aunque, como vimos (§ 39), difícilmente haya razones intersubjetivas válidas para reprimir el consumo de drogas –dado que se aplican una serie de criterios que desacalifican el daño relevante–, es en última instancia el proceso democrático el que debe hacer el balance apropiado de los intereses involucrados, gozando de presunción de imparcialidad el que así resulte (los efectos de la decisión y de la acción, aunque no de la discusión); pero la prohibición de la tenencia de drogas para el propio consumo no puede hacerse sobre la base del carácter vicioso o autodegradante de ese consumo; si así se hace, la decisión carece de valor epistémico y no debe ser tomada en cuenta por los jueces.

Es posible que, luego de declarada inconstitucional una ley perfeccionista, ella vuelva a ser dictada por el Congreso con argumentos de índole intersubjetiva. En este caso se habrá dado el diálogo interactivo entre el Poder Judicial y el Legislativo, al que me referí antes, y el juez tendrá que aceptar la nueva decisión del proceso democrático. Pero también es posible, que, desplazados los argumentos perfeccionistas, aparezca tan obvia la debilidad de los argumentos en términos de protección social –como ocurre con el caso de la tenencia de drogas, del divorcio, el adulterio, la homosexualidad, etc.– que el proceso democrático rechace la iniciativa en cuestión.

Es en este papel de custodio de la autonomía personal que se justifica la serie de decisiones que ha adoptado la Corte Suprema a partir de 1983 en casos como "Bazterrica" o "Sejean" oportunamente citados, en que hizo una aplicación sumamente lúcida del art. 19 de la Const. nacional; lamentablemente estas decisiones fueron revertidas por la Corte, en su actual integración, en el ya citado fallo "Montalvo". No es tan claro, en cambio, que "Portillo", el caso de objeción de conciencia, entre en esta causal, puesto que, aunque, como vimos la objeción de conciencia está amparada, en un caso como éste, por el principio de autonomía reflejado en el art. 19, que es de obligatoria observancia por el legislador, la ley del servicio militar obligatorio no parece tener un fundamento perfeccionista, por más que pueda ser objetada por otras razones. Sin embargo, la descalificación de la no excepción por esta causal por parte de la Corte contribuye, sin duda, a que el poder político tome una decisión, en una materia en la que está singularmente inactivo, no obstante la presentación de varios proyectos –incluso por parte del Poder Ejecutivo en 1985–. Si el Congreso considera explícitamente que la excepción de unos pocos objetores de conciencia afecta las necesidades de defensa nacional, sin duda esto debería ser aceptado por los jueces, pero es de confiar en que la debilidad del argumento surja patente

en el proceso político. En cambio, no puede caber ninguna duda de que decisiones como "Quiroga", sobre la tenencia de drogas para el propio consumo, de la Cámara Federal en lo Criminal de la Capital, y "Comunidad Homosexual Argentina s/pedido de personería", de la Cámara Nacional de Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, comentadas oportunamente, dan a la legislación relevante una interpretación perfeccionista –una habla expresamente en términos de "vicio" y la otra pretende imponer una "ética cristiana"–, por lo que hacen descalificables a las normas en cuestión, o son descalificables ellas por interpretarlas incorrectamente.

De modo que aquí tenemos una segunda excepción importante al argumento negatorio del control judicial de constitucionalidad, que abre una compuerta sumamente relevante para que los jueces tengan un papel activo en defensa de la autonomía de los ciudadanos.

3) *Continuidad de la práctica constitucional.* La tercera excepción al argumento negatorio del control judicial de constitucionalidad también surge de examinar las condiciones de ese argumento negatorio, aunque aquí se trata de condiciones diferentes a la de las excepciones anteriores.

Examinemos la estructura lógica del razonamiento práctico judicial que ha surgido de la discusión del cap. I, aps. C, D y F y del presente. El juez debe necesariamente partir de premisas valorativas en su razonamiento justificatorio, pero esas premisas están condicionadas de dos maneras diferentes: por un lado ellas se aplican no directamente a la decisión del juez del caso que tiene que resolver, sino a una práctica jurídico-institucional –que incluye a la Constitución concebida como convención–, que a su vez se aplica, en la segunda parte del razonamiento escalonado, a la decisión del juez. Por el otro lado, las premisas no deben surgir de la reflexión individual del juez sino del proceso de discusión y decisión colectiva, siempre que éste reúna las condiciones que le dan calidad epistémica y que se refiera al tipo de principios valorativos en los que se pone de manifiesto esa calidad. Pero, además, estas dos condiciones están relacionadas entre sí de la siguiente manera: la continuidad de la práctica jurídico-institucional es lo que da eficacia a las decisiones democráticas, ya que permite que esas decisiones sean receptoras de las expectativas y de las actitudes que están alrededor de ciertos factores salientes que determinan la práctica. Una decisión puede ser perfectamente democrática pero carecer de toda relevancia, puesto que no se toma en el marco de una práctica social que coordina conductas y actitudes alrededor de hechos salientes, asociados con los antecedentes de esa decisión. A su vez, por supuesto, las decisiones democráticas van conformando la orientación de la práctica, y el mismo proceso de discusión, que es un antecedente necesario de la

práctica, puede ser parte relevante de cómo la práctica opera para coordinar acciones y actitudes.

Esto es sumamente relevante para el alcance del control judicial de constitucionalidad, puesto que el juez no puede ignorar que, si bien las decisiones democráticas le sirven como indicio confiable para determinar los principios valorativos que debe aplicar a la práctica constitucional, la continuidad de esta misma práctica constitucional es condición para la eficacia y operatividad del mismo proceso democrático, además de sus propias decisiones como juez. De aquí surge que el juez debe custodiar esa continuidad y que puede llegar al extremo de tener que descalificar decisiones democráticas si entiende que ponen gravemente en peligro tal continuidad. El peligro puede estar dado por socavar la regularidad de la observancia de los elementos salientes que permiten la coordinación de acciones y actitudes, como es el propio texto de la Constitución que ha sido relevante para la generación de la práctica, interpretado de acuerdo con las convenciones de las que ya se habló (ver cap. I, ap. D).

Para ello el juez debe tomar en cuenta varias consideraciones: *a*) que el peligro de debilitamiento de la continuidad de la práctica sea realmente serio, aunque no sea inherente a la misma desviación que está evaluando, sino a su conjunción con otras o a los efectos causales que previsiblemente tendrá, generalmente de carácter demostrativo; *b*) que se trate de una verdadera desviación de esa continuidad, tomando en cuenta los márgenes laxos que suelen dejar las convenciones interpretativas, como vimos antes (cap. I, ap. D), y *c*) que la necesidad de continuidad de la práctica constitucional debe ponerse en balance con la necesidad de su perfeccionamiento según principios justificatorios de moralidad social, respecto de los cuales el proceso democrático tiene prioridad epistémica.

Creo que esta causal de control judicial de constitucionalidad se puede ilustrar con el problema del indulto a procesados, como el que produjo el presidente Carlos Menem en 1990. En principio, ésta es una medida adoptada por un órgano que goza de indudable legitimidad democrática, por más que, como dijimos antes (ver cap. III, ap. B), se trate de un ejemplo en el que el consenso alcanzado en la campaña electoral no haya podido reflejarse en una medida de gobierno (debido a que fue un elemento esencial de la campaña el permitir sin interferencias la libre actuación de la justicia). Sin embargo, parece claro que la medida violenta, de acuerdo con convenciones interpretativas corrientes, la norma del art. 95 de la Constitución que prohíbe al Presidente ejercer funciones judiciales y arrogarse el conocimiento de causas pendientes; además, la exclusión del indulto a los procesados parece surgir del mismo art. 86, inc. 6°, que habla de "indultar... las penas por delitos sujetos a la ju-

risdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente" (no se puede suponer que la palabra "indultar" sea el punto final de una alternativa, ya que para que se aplique todo lo demás, como el tipo de delito sujeto al indulto, debe pasarse por su aplicación a una pena).

Frente a esta situación un juez tendría aquí el recurso fácil de acudir a la primera causal que vimos para habilitar el control judicial de constitucionalidad: el proceso democrático se ve afectado por el indulto a procesados; en primer lugar, porque la medida no se distingue relevantemente de una amnistía que, según el art. 67, inc. 17, corresponde al Congreso, y ello coincide con una preferencia por los mecanismos deliberativos para la adopción de medidas trascendentes que surge, como vimos antes (cap. III, ap. B), de la concepción de la democracia como discusión institucionalizada; en segundo lugar, porque afecta el ejercicio de las propias funciones judiciales, en la medida que se pueda distinguir de la amnistía por su carácter individualizado, al impedir que los jueces investiguen los hechos y tengan la última palabra sobre su verificación y sobre la aplicabilidad a ellos de las normas dictadas democráticamente lo que socava la vigencia de tales normas y, por lo tanto, del proceso democrático que las generó. Pero, aun cuando estos argumentos sobre la base de la primera causal de revisión judicial no se dieran, el juez tendría otros argumentos basados en la causal presente, ya que el desconocimiento del texto constitucional, interpretado de acuerdo con las convenciones corrientes, debilita su carácter de elemento saliente para la coordinación de acciones y actitudes, que constituye la práctica social que permite la operatividad de las decisiones democráticas. No por nada ese debilitamiento ha continuado progresando en esta etapa de la transición con el desconocimiento del art. 67, inc. 25, de la Constitución, con el dictado continuo de los llamados "decretos de necesidad y urgencia" (por cierto, que a esta situación se aplican las mismas consideraciones que al indulto de los procesados, en materia de control de constitucionalidad).

En suma, esta causal permite descalificar, por vía judicial, violaciones flagrantes del texto constitucional, que interpretado convencionalmente es el hecho saliente que sustenta la práctica constitucional, cuando no se dan las causales relacionadas con la función de los jueces de hacer de *referee* del proceso democrático y de resguardar la autonomía personal. De nuevo, este argumento tiene éxito en abrir una brecha en la negación del control judicial de constitucionalidad fundada en el valor epistémico de la democracia.

§ 74. *Conclusión.* – En el parágrafo anterior se ha presentado una teoría general del control judicial de constitucionalidad que es radicalmente diferente de la vigente en nuestro medio, y considera-

blemente más amplia que ciertas concepciones revisionistas, como la procedimental de Ely.

Partiendo de la base de la concepción deliberativa de la democracia, que le da prioridad epistémica sobre el proceso judicial, se ha determinado que de las condiciones de esa misma concepción –que, en principio niega el control judicial de constitucionalidad– se derivan causales importantes para habilitar la revisión judicial de las leyes y de otras normas democráticas. Esas causales están relacionadas con la supervisión del mismo procedimiento democrático para corregirlo y ampliarlo, con la exclusión de normas con fundamento perfeccionista y con la preservación de la continuidad de la práctica jurídico-institucional.

De acuerdo con esta teoría del control judicial de constitucionalidad los jueces tienen una triple función de custodia: deben resguardar el proceso democrático, deben resguardar la autonomía personal y deben resguardar la continuidad de la práctica constitucional. Por cierto que ello implica responsabilidades muy graves –sobre todo a cargo de la Corte Suprema–, que no pueden ser satisfechas de una forma meramente mecánica y formalista.

Entre otras cosas, ello es así, porque, como veremos en el próximo capítulo, estos tres deberes de custodia que recaen sobre los jueces muchas veces entran en conflicto entre sí. El juez debe ponderar permanentemente hasta qué punto da preferencia a la continuidad de la práctica sobre su perfeccionamiento; hasta qué punto el proceso democrático es lo suficientemente apto como para confiar en su determinación sobre los principios, a la luz de los cuales, la práctica debe ser perfeccionada; en qué medida ese proceso debe corregirse y profundizarse; hasta qué punto esa corrección y profundización socava la continuidad de la práctica; en qué medida la autonomía individual está lesionada por el fundamento de una decisión democrática, etcétera. Por cierto que toda esta tarea requiere de los jueces todavía cualidades más "hercúleas" de las que imagina Dworkin para sus jueces, que van meramente en busca de una consistencia articulada entre principios y decisiones pasadas.

Otra consecuencia de esta teoría sobre el control judicial de constitucionalidad es que la inconstitucionalidad de las normas jurídicas –entendida, como ya lo vimos, como excepción a su obligatoriedad– no es una cuestión de todo o nada, sino que resulta del juego de muchas consideraciones y del ejercicio de varias funciones judiciales en un delicado equilibrio. Esto hace que los remedios también deban ser graduales: puede el juez, en una primera instancia, impulsar al poder político a que corrija alguna deficiencia de procedimiento, o a que articule más claramente sus razones, o a que reemplace, si es que quiere mantener una medida, una razón vedada

por otra admisible en el juego democrático; luego, puede conformarse ante la insistencia del legislador, no por mera deferencia sino porque se ha satisfecho el objetivo inicial, que era provocar la discusión y la reflexión. Esta concepción de la función judicial de revisar la constitucionalidad de las leyes presupone una concepción general de la función judicial, según la cual "independencia" no quiere decir aislamiento del proceso político democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, de modo de maximizar su valor epistémico y su operatividad.

También son consecuencia de esta teoría del control judicial de constitucionalidad ciertas orientaciones generales de diseño institucional que se adicionan a las que ya vimos (cap. III, aps. B y C). Debe ponderarse la posibilidad de que el máximo control de constitucionalidad lo ejerza un órgano –como los Tribunales constitucionales europeos– más involucrado en el proceso democrático, lo que puede estar determinado por un procedimiento de elección de sus miembros en el que la Cámara de Diputados juegue un papel relevante, y por la periodicidad de las funciones. Ello debilitaría la fuerza del argumento negatorio (expuesto en *supra* b) y fortalecería las excepciones analizadas (ver *supra* d, 2, y 3). También se debilitaría el argumento negatorio, adquiriendo alguna fuerza el argumento que pretendidamente lo neutralizaba (*supra* b) si se facilita el procedimiento de reforma de la Constitución, aunque no tanto como para afectar la continuidad de la práctica constitucional. El carácter no necesariamente definitorio pero sí de estímulo y de participación en el debate democrático que pueden tener los jueces, se facilitaría si se admitieran remedios como el reenvío de una ley al Congreso, para que sea objeto de un nuevo tratamiento, para salvar vicios procedimentales o de fundamentación (como lo prevé la Constitución de Canadá), o el pedido de informes a comisiones parlamentarias para que justifiquen la omisión de legislar sobre ciertas cuestiones.

Esto último tiene que ver con el alcance de la protección a los derechos que esta teoría sobre el control judicial de constitucionalidad provee. Muchos derechos están directamente involucrados en el proceso democrático –como ocurre paradigmáticamente con la libertad de expresión o los derechos políticos– de modo que la causal procedimental del control les provee una protección directa. Otros derechos sólo pueden violarse si se recurre a razones perfeccionistas para fundamentar una norma jurídica, por lo que están indirectamente protegidos cuando los jueces se hallan autorizados a descalificar tales razones. Por fin, hay derechos cuyo reconocimiento es tan esencial para la práctica constitucional vigente, que su desconocimiento, aun por una decisión democrática, socava claramente la continuidad de la práctica que da operatividad a ese tipo de decisiones.

Pero ¿qué ocurre con derechos como los que excluyen la discriminación en diferentes ámbitos de la vida social –no en el proceso político mismo–, o los derechos llamados "sociales", como el derecho a una vivienda digna o a atención médica adecuada? No cabe ninguna duda de que las precondiciones para el buen funcionamiento del proceso democrático constituyen un continuo que comienza por cuestiones como la libertad negativa de expresión, pasa por las libertades positivas correspondientes –lo que requiere acceso a los medios de difusión, entre otras cosas– y termina abarcando derechos como los mencionados.

Por eso es que es perfectamente correcta, de acuerdo con el enfoque del control judicial de constitucionalidad que aquí se adopta, una decisión como "Brown v. Board of Education", ya que la discriminación en materia escolar, como lo demuestra Ely, afecta la idea de ciudadanía igual y la participación equitativa en el proceso político. También es cierto que alguien que no tiene una vivienda digna o un cuidado adecuado de su salud, no puede participar con igual libertad que los demás en el proceso político. Por lo tanto sería razonable que, en casos extremos, la supervisión de ese proceso que deben hacer los jueces comprendiera la prescripción de remedios para esas situaciones. Pero el problema es que en la medida que se procura reforzar el proceso democrático exigiendo que él satisfaga más y más condiciones al mismo tiempo se reduce su alcance, sacándose la decisión sobre tales condiciones del mismo ámbito democrático.

Lo contrario ocurriría si el proceso democrático fuera estimulado por los jueces a corregir estas precondiciones para su buen funcionamiento, pero permitiendo que operen los mecanismos de autocorrección del propio sistema (que solamente operan cuando el sistema no está absolutamente degradado). Esto de nuevo requiere una delicada ponderación por parte de los jueces, quienes deben, una vez más, exhibir cualidades verdaderamente hercúleas de fuerza intelectual y moral.

CAPÍTULO IV

A MODO DE EPÍLOGO. HACIA UNA ARGENTINA CONSTITUCIONAL

§ 75. *INTRODUCCIÓN.* – Este libro se ha hecho sumamente extenso, por lo que conviene resumir sus principales tesis para tener una idea de conjunto de su entrelazamiento recíproco.

§ 76. *SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN.* – Comencé diciendo que el constitucionalismo es verdaderamente una flor exótica, que sólo germina en condiciones excepcionales. Por lo tanto, la aspiración de Alberdi de que la Constitución constituyera la "carta de navegación del país" era un objetivo ambicioso que raramente se satisface en el mundo, y entre nosotros sólo pocas veces estuvimos cerca de alcanzarlo.

La mayor o menor dificultad de concretar el constitucionalismo depende de que él sea entendido en sus sentidos máximo o mínimo. Este último implica realizar las exigencias de un Estado de derecho, y, aunque ellas en sí mismas son insuficientes para definir un ideal social, tienen un valor enorme para prevenir los abusos de poder y permitir la coordinación social. Como luego veremos, es posible que en la persecución de la variante mayor del constitucionalismo se descuide este mínimo. El constitucionalismo máximo incluye, por lo menos, dos grandes ideales: el ideal liberal del respeto de los derechos y garantías del individuo, y el ideal democrático de la participación en las decisiones públicas de toda la ciudadanía. Estos dos ideales, a los que luego se agrega un tercero, tienen una variada vigencia en diferentes partes del mundo, y en la Argentina goza de mayor adhesión social el ideal participativo que el ideal liberal. El objeto del trabajo fue contribuir a la consolidación del constitucionalismo, analizando sus condiciones de posibilidad en la Argentina. Ello presupuso hacer un estudio de la práctica constitucional de nuestro país, tomando en cuenta tanto el punto de vista externo como el interno, para adaptarla a exigencias de estabilidad y

legitimidad subjetiva y a los ideales del constitucionalismo que fundamentan su valor moral.

§ 77. ***Relevancia de la práctica constitucional.*** – El primer obstáculo que fue necesario resolver para proceder a hacer el análisis de la práctica constitucional argentina, estuvo constituido por la aparente superfluidad de la Constitución, entendida no como producto abstracto y universal, sino como un producto histórico e individualizado. La superación de esa paradoja requiere identificar previamente a la Constitución con la misma práctica constitucional, o sea con una convención social que se origina en ciertos hechos históricos, y se puede plasmar en un texto, pero está esencialmente constituida por regularidades de conductas y actitudes críticas frente a conductas. La Constitución como práctica o convención social incluye reglas de reconocimiento del resto de las normas que integran el sistema jurídico, pero ello sólo fundamenta su relevancia si se adopta una visión puramente externa y no una visión que tome seriamente en cuenta el punto de vista interno, y se preocupe, por lo tanto, por la justificación de acciones y decisiones, como las de los jueces. La relevancia de la Constitución para tal justificación no puede estar dada por consideraciones como las que están basadas en la identificación comunitaria, en el valor de las tradiciones o en el valor de la integridad, ya que estas consideraciones son cuestionables dado que, en algunos casos, presuponen visiones holistas y, en otros, no adoptan la suficiente distancia crítica respecto de los arreglos sociales contingentes.

En definitiva, la Constitución como convención social aparece como relevante desde el punto de vista interno del razonamiento jurídico justificatorio, si advertimos que las decisiones de los agentes políticos no son acciones aisladas, sino que su eficacia deriva de formar parte de un sistema de acciones, actitudes y expectativas mutuamente entrelazadas. Una decisión de un juez no es más que la contribución a una práctica social en curso, y es operativa como tal en la medida que se inserte adecuadamente en el entrelazamiento de conductas y expectativas que conforman esa práctica. La práctica resuelve problemas de coordinación sobre la base de algunos factores *salientes* –como un texto constitucional que goza de general observancia–. Por lo tanto, el razonamiento que se hace en el contexto de una tal práctica para justificar una acción o decisión es, por fuerza, de índole escalonada. Tiene un primer paso que implica evaluar la justificación moral de la práctica sobre la base de principios autónomos plausibles.

Si ese primer paso tiene un resultado positivo, sea categórico o condicionado a una reorientación de la práctica, se debe pasar a un segundo paso en el que la práctica es en sí misma relevante para de-

terminar la decisión. Claro está que las prácticas jurídico-institucionales no suelen ser lo suficientemente densas, como se advierte cuando se analizan los problemas de interpretación, como para determinar resultados unívocos, y suele ser necesario recurrir, también en este plano, a los principios de moralidad social que controlan el primer nivel del razonamiento para superar las indeterminaciones. La práctica constitucional suele tener una conformación de "tejado", según la cual se va avanzando sobre conductas y decisiones anteriores, apoyándose en ellas para procurar justificaciones que permiten acciones y decisiones parcialmente diferentes. En una decisión adoptada en el marco de una práctica se debe tratar de satisfacer ciertos principios de moralidad social por *medio* de la misma práctica a cuya preservación y perfeccionamiento se contribuye con la decisión en cuestión.

§ 78. *La práctica constitucional argentina.* – Esta explicación de la relevancia de la Constitución en el razonamiento práctico implica, en realidad, agregar a los dos ideales del constitucionalismo máximo –el respeto a los derechos fundamentales y la promoción de la democracia– un tercer ideal incluido en la noción mínima de constitucionalismo: la preservación de la continuidad de la práctica jurídica o sea del Estado de derecho.

Cuando, sobre la base de esta concepción de la practica constitucional, se hace un análisis global de la práctica constitucional argentina, allí aparecen algunos rasgos distintivos relevantes. Desde el comienzo de la evolución de esa práctica aparece un *dualismo* que encierra una pugna entre un liberalismo deficitario –por su alejamiento de exigencias de democracia, de descentralización, de autonomía personal y de igualdad– y concepciones favorables a una sociedad cerrada, que tomaron ventaja de los déficits con que el liberalismo fue defendido para adquirir credibilidad y contar con fuertes apoyos. Esa pugna determinó la adopción de actitudes *finalistas* por los contendientes, que justificaron la adopción de cualquier medio con tal de conseguir objetivos supuestamente valiosos, alejándose de la actitud típicamente *procesalista* del liberalismo. Esta última actitud –despreciada por los mismos supuestos adherentes al liberalismo– implica que ciertas cuestiones cruciales quedan reservadas a la decisión de cada individuo, o a la decisión colectiva de la sociedad, por más que se piense que hay atajos más directos para obtener el resultado deseado. A su vez el finalismo, ayudado por una falta de un proceso amplio y profundo de deliberación que es parte de los procedimientos liberales, generó una tendencia a la *ajuridicidad* que es distintiva de la evolución de las prácticas institucionales argentinas. Desde el aforismo colonial "la ley se acata pero no se cumple" hasta los desaparecidos, nuestra vida institucional se distingue por

un desborde permanente de las mismas normas que la práctica va generando. Desde ya que esa anomia colectiva tiene mucho que ver con la falta de cooperación en el comportamiento colectivo que no es ajena al subdesarrollo y a la falta de solución pacífica de los conflictos.

§ 79. ***Bases filosóficas para su reconstrucción.*** – Una revisión de los principios de moralidad social que pueden defenderse a partir de la práctica social de la discusión moral conduce a defender los principios de *autonomía*, *inviolabilidad* y *dignidad* de la persona que excluyen el tríptico totalitario constituido por el perfeccionismo, el holismo y el determinismo normativo. A su vez una concepción liberal definida por aquellos principios y la exclusión de este tríptico, enfrenta el desafío de otro tríptico constituido por ideales, cuya aparente tensión con el liberalismo hace que resulten atractivas posiciones no liberales: los ideales de fraternidad, de igualdad y de democracia. Se intentó mostrar que esos ideales no sólo no son incompatibles con el liberalismo, sino que están implícitos en él apenas se percibe que la autonomía personal requiere del concurso de asociaciones voluntarias que se formen en el marco que ese liberalismo permite; que los derechos fundamentales se violan no sólo por actos positivos sino también por omisiones, de lo que surgen deberes positivos de distribuir equitativamente recursos para una vida autónoma; y que la mejor forma de acceder al conocimiento de los límites y alcances de los mismos principios del liberalismo es a través del método de discusión y decisión democrática, dadas sus cualidades epistémicas comparadas con las de cualquier otro procedimiento de decisión colectiva. Por lo tanto, el verdadero liberalismo es un *liberalismo democrático, igualitario y fraterno*. A la luz de estas consideraciones, se confirman los déficits de la práctica constitucional argentina, y se hace imperativa una reconstrucción radical si ella termina siendo justificada por principios plausibles en el primer plano del razonamiento práctico que fundamenta su relevancia, en el segundo plano, para justificar a su vez acciones o decisiones. Esta exigencia de legitimidad objetiva coincide con las exigencias de legitimidad subjetiva y estabilidad, puesto que sólo superando los déficits con que generalmente ha sido defendido el liberalismo en la Argentina es probable que se supere el dualismo, y que se logre en la sociedad un consenso profundo que asegure la continuidad de la práctica.

§ 80. ***Los derechos individuales.*** – Si del análisis global de la evolución de la práctica constitucional argentina pasamos al microanálisis del entretejido de instituciones y decisiones, en un marco de comparación con los desarrollos de democracias consolidadas, se confirman los resultados de aquella revisión sobre el dualismo, los défi-

cits del liberalismo, las actitudes finalistas y la tendencia a la ajuridicidad que definen a nuestra práctica constitucional. La articulación de los principios de una concepción liberal plena de la sociedad y el examen comparativo permiten, al mismo tiempo, marcar la orientación que debería tomar nuestra práctica constitucional en una reconstrucción radical que la acerca a exigencias de legitimidad objetiva y subjetiva.

Cuando ese microanálisis se hace en el primer plano de la práctica constitucional constituido por el reconocimiento de derechos y garantías individuales, él permite detectar, en efecto, amplias oscilaciones de acercamiento y apartamiento de aquellos principios de un liberalismo pleno. Hay medidas legislativas y administrativas y decisiones judiciales que son luminosas en el reconocimiento de todas las implicaciones de aceptar el ideal de una autonomía personal equitativamente distribuida. Pero casi contemporáneamente o a muy poca distancia temporal de esos progresos se dan retrocesos hacia la oscuridad de concepciones de una sociedad cerrada.

§ 81. *Organización del poder.* – Estas oscilaciones encuentran su explicación cuando dirigimos el microanálisis de nuestra práctica constitucional al plano más profundo de la organización del poder. Allí encontramos efectivamente una configuración *hiperpresidencialista* y *corporativa*, que da cuenta de por qué el poder público tiene un reconocimiento variable de los derechos fundamentales de la persona humana. Ha habido una concentración creciente de facultades normativas y fácticas en el presidente de la República, cediendo progresivamente el Congreso, los gobiernos provinciales y hasta el propio Poder Judicial sus facultades de control y contrapeso ante el órgano monocrático, aun en períodos formalmente constitucionales. Ello ha abierto cauces para un proceso de corporativización bifrontal del poder, ya que los lazos de control recíproco entre el poder público y los grupos de interés se facilitan enormemente con la estructura hiperpresidencialista. Esta estructura presenta deficiencias marcadas a la luz de una concepción deliberativa de la democracia, que, como vimos, complementa adecuadamente la visión liberal de la sociedad. La dispersión de las expresiones de consenso, la falta de procesamiento adecuado de ese consenso en la formación y el ejercicio del gobierno, el empobrecimiento del debate colectivo, las imperfecciones que presenta la mediación política, todos son factores que *debilitan la calidad epistémica* de un régimen de gobierno como el argentino, lo que, obviamente, conduce a decisiones erradas en materia de derechos individuales. Por otro lado, un sistema hiperpresidencialista combinado, como se da en la Argentina, con una estructura electoral y de partidos políticos de tipo europeo, genera dinámicas de interacción política gravemente disruptivas de la esta-

bilidad y eficiencia del sistema. Esto indica que la reconstrucción radical de la práctica constitucional argentina requiere de reformas explícitas del sistema de gobierno –tendientes a la adopción de un sistema mixto en el que ese gobierno surja de la negociación entre el Presidente y la Cámara de Diputados–, del funcionamiento del Congreso, del sistema electoral, de los mecanismos de comunicación pública, etcétera.

§ 82. *El control de constitucionalidad.* – También la actuación del Poder Judicial en el control de constitucionalidad pertenece al plano profundo de nuestra práctica constitucional. Allí debe evitarse la oscilación entre una actitud de deferencia hacia el poder político, aun autoritario, y un elitismo epistémico que lleva a los jueces, a veces, a sustituir al proceso político democrático en la determinación de soluciones sustantivas. La contribución de orientar nuestra práctica constitucional hacia los ideales de una democracia liberal debe hacerse en su papel de *triple custodio* de las reglas del proceso democrático (entendidas no en sentido meramente formal sino sustantivo), de la autonomía personal, que implica rechazar normas con fundamentos perfeccionistas, y de la continuidad de la propia práctica constitucional. En este rol de triple custodio, los jueces deben ejercer una independencia entendida, no como aislamiento, sino como participación vigorosa en un diálogo interactivo con los poderes políticos.

§ 83. *La deliberación pública en la Argentina.* – Este microanálisis de la práctica constitucional argentina, a la luz de los principios de un liberalismo democrático y social, y de la experiencia comparativa de democracias consolidadas, muestra una *deficiencia global en la práctica de discusión* de los asuntos públicos, que se manifiesta en la falta de oralidad y de jurados en los procesos judiciales, en la falta de audiencias públicas ante medidas administrativas, en la poca calidad de los debates legislativos, en la falta de interacción comunicativa entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo y entre el Legislativo y el Poder Judicial, en la pobreza general de la discusión pública. Esta deficiencia en la práctica de la discusión pública bien puede estar relacionada con la tendencia a la ajuridicidad que emergió del análisis global de nuestra práctica constitucional. La discusión es una forma de coordinación de acciones y actitudes a través del consenso para lograr la cooperación y solucionar pacíficamente los conflictos. La deficiencia en la discusión pública conduce a una ausencia de consenso profundo, y esa falta de consenso lleva a actitudes de deslegitimación subjetiva que, a su vez, producen anomia. De este modo, el fortalecimiento del proceso de discusión en el ámbito del ejercicio del gobierno, de la actuación de la justicia, en el conjunto social, no sólo permite reorientar nuestro sistema político hacia el

ideal de una democracia deliberativa que expanda su valor epistémico en beneficio del reconocimiento de derechos individuales, sino que también asegurará el Estado de derecho implícito en el constitucionalismo mínimo y la consiguiente estabilidad del sistema político. En el aforismo "la ley se acata pero no se cumple" no sólo llama la atención el reconocimiento de la inobservancia de la ley, sino también el hecho de que ella sea "acatada", o sea que no sea discutida; de este modo, el aforismo es exactamente opuesto al que debe servir de *slogan* en una democracia liberal: *la ley se discute, pero se cumple*.

§ 84. *Las tres dimensiones del constitucionalismo en tensión.* – La reconstrucción radical de la práctica constitucional argentina que se propone en esta obra, está dirigida a hacer realidad los ideales, no sólo del constitucionalismo mínimo, sino también del más pleno. Pero con esto no se eliminan las tensiones. Se ha pretendido demostrar en este trabajo que el constitucionalismo pleno surge de la combinación, no de dos elementos, sino de tres: el ideal liberal de derechos individuales; el ideal de un procedimiento democrático participativo, y una convención constitucional que genere acciones y actitudes coordinadas alrededor de factores salientes como un cierto texto, de modo de dar eficacia a las decisiones democráticas y al reconocimiento de derechos. Cuando veíamos en el primer capítulo introductorio que los dos ideales del constitucionalismo gozan de desigual adhesión en nuestra cultura, en realidad estábamos apuntando a un aspecto de nuestra práctica social que interactúa con esos dos ideales.

Lo cierto es que *la tríada de elementos del constitucionalismo están en una permanente tensión recíproca*. La tensión entre los ideales de reconocimiento de derechos y de democracia y la preservación de la práctica constitucional es fácil de advertir: como dijimos, todos los que participan en la práctica –los jueces, los legisladores y hasta los mismos ciudadanos– deben hacer permanentemente un equilibrio entre perfeccionar la práctica de acuerdo a los ideales de un liberalismo democrático y preservar su continuidad –si es en general moralmente aceptable– de modo de asegurar la eficacia y operatividad de las decisiones que se tomen, aun de aquellas que pretendan reconstruirla tomando en cuenta exigencias axiológicas. Hay veces en las que es tan imperioso reorientar la práctica de modo de maximizar su legitimidad moral, sea en cuanto al reconocimiento de derechos sustantivos, sea en lo que hace a la profundización del método democrático, que es necesario correr riesgos respecto de la continuidad de tal práctica. Otras veces aparece como prioritario el impedir una fractura en la continuidad de la práctica y ello lleva a admitir soluciones menos satisfactorias desde el punto de vista axiológico.

La tensión entre el reconocimiento de derechos individuales y el respeto al método democrático de toma de decisiones es menos obvia de lo que generalmente se cree. Porque cuando la democracia se defiende por sus virtudes epistémicas, ella se mueve en un plano diferente del de los derechos individuales, que corresponden al plano ontológico de los principios de moralidad social, y para cuya determinación es más confiable el proceso de discusión y decisión democrático que otros procedimientos de decisión, como el judicial. Por lo tanto, pareciera que no puede haber conflictos entre los derechos individuales y el método democrático dirigido a determinar sus alcances. Sin embargo, tales conflictos aparecen por la siguiente razón: el método democrático requiere, para tener valor epistémico, ciertas precondiciones como la libertad de expresión, la libertad igualitaria de participación política, etcétera.

Esas precondiciones constituyen derechos que podemos llamar *a priori*, ya que se determinan –a la manera del método trascendental kantiano– por el hecho de ser presupuestos del conocimiento moral; su respeto es exigible para que la democracia tenga valor epistémico. Como vimos, esas precondiciones pueden extenderse enormemente porque la libertad igualitaria de participación política puede comprender recursos de muy diversa índole. En realidad, todos los llamados "derechos sociales" pueden llegar a verse como derechos *a priori*, ya que su insatisfacción perjudica el buen funcionamiento del sistema democrático, y, con ello, su calidad epistémica. Pero, como vimos en el capítulo anterior, en la medida en que pretendiéramos satisfacer más y más condiciones para el buen funcionamiento del proceso democrático, incrementaríamos su valor epistémico, pero también reduciríamos su alcance. Tendríamos un método óptimo para decidir muy pocas cosas, porque la mayoría de las cuestiones las sacaríamos del alcance del sistema democrático por ser precondiciones para su buena operatoria. Si un juez, como supervisor del buen funcionamiento del sistema democrático, decide que un ciudadano debe tener atención médica adecuada, pues si no se resiente su participación libre e igualitaria en ese proceso, contribuye sin duda al mejor funcionamiento del proceso, pero le quita competencia para dedicir cómo deben distribuirse los recursos de salud. Por eso, es necesario hacer un delicado equilibrio entre reconocerle un adecuado alcance al método democrático de decisiones –esperando que él mismo corrija sus deficiencias de funcionamiento– e intervenir externamente para promover su valor epistémico, cuando los vicios que él presenta son tan profundos que tienden a perpetuarse y profundizarse sin esa intervención externa.

Pero los elementos de la tríada del constitucionalismo no sólo están en tensión recíproca, sino que también se *refuerzan mutua-*

mente. El proceso democrático parece ser, como vimos, el método más confiable para lograr un reconocimiento de los derechos individuales básicos. A su vez, el respeto a estos derechos promueve el valor epistémico del procedimiento democrático de discusión y decisión. La continuidad de la práctica constitucional da eficacia a las decisiones que se tomen a través del método democrático, en beneficio de los derechos que resulten reconocidos a través de tal método. Por último, la amplitud de la deliberación pública que es el componente esencial de la democracia genera un consenso profundo que favorece la continuidad de la práctica constitucional.

En la Argentina el refuerzo recíproco de la tríada de elementos del constitucionalismo es muy débil, posiblemente por la deficiencia en el proceso de discusión pública que hemos mencionado. En la medida en que se vaya consolidando la continuidad de la práctica constitucional se hará posible ejercer los mecanismos democráticos para perfeccionarlos y profundizar el reconocimiento de los derechos que surgen de una distribución igualitaria de la autonomía. Pero la continuidad misma de la práctica constitucional está sometida a las tensiones que mencionamos antes. La materialización plena del constitucionalismo en la Argentina requiere de una delicada ponderación para mantener el equilibrio entre aquella continuidad de nuestra convención constitucional, las exigencias que surgen de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona y el método de deliberación democrática.

§ 85. *¿CUÁL ES LA PERSPECTIVA INMEDIATA PARA UNA CONSOLIDACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA ARGENTINA?* – Mucho se ha avanzado desde el restablecimiento del proceso democrático a fines de 1983. Se ha sentado el principio de que la usurpación del poder, las violaciones a los derechos humanos y la conducción irresponsable, por ejemplo de una guerra, no son impunes, ya que, a pesar de las leyes limitativas de los procesos judiciales y de los indultos, ha habido una fuerte sanción social a esas actitudes que ha acompañado los intentos de esclarecimiento y juzgamiento en el plano institucional. La violencia política ha disminuido a un mínimo, y los abusos del aparato coactivo estatal –por lo menos en el primer período de la transición– disminuyeron notablemente. Se han adoptado mecanismos de alcance internacional como reaseguro de los derechos humanos. Aunque las prácticas políticas han sido fuertemente confrontacionales –sobre todo en el período de transición entre los dos gobiernos constitucionales– la oposición no ha adoptado conductas desleales hacia el sistema democrático. Ha habido algunas actitudes del Poder Judicial, del Congreso y, sobre todo, de los gobiernos provinciales que demuestran cierto espíritu de independencia frente a la monocracia presidencial. No obstante que los medios de difusión

masiva presentan una serie de distorsiones, que impiden el acceso amplio e igualitario y la discusión ecuánime, ha habido discusión pública de cuestiones vitales y la población se ha movilizado por variadas causas de interés público, demostrando en ello una considerable independencia respecto de los sectores dirigentes.

Estos avances son tanto más notables cuanto se han hecho en el contexto de la peor crisis económica que sufre la Argentina. En cualquier ámbito social serían temibles las consecuencias políticas de décadas de inflación y de períodos de hiperinflación, de una brusca y prolongada caída del nivel de vida de vastos sectores de la población, de la inmersión en la más absoluta miseria de un porcentaje importante de esa población, de la acentuación de las diferencias sociales, de la recesión industrial y la consiguiente desocupación, etcétera. Sin embargo, en la Argentina –como en buena parte de Latinoamérica– todo ese desgraciado proceso se dio de la mano del más profundo y amplio intento de consolidación democrática que registra la historia.

No obstante, el proceso de deterioro social y económico no es gratuito. Él tiene implicaciones sociales que se acrecientan con el tiempo, no obstante el alivio que da la contención de la inflación y que se están haciendo sentir con más fuerza al tiempo de completar este libro –diciembre de 1991– de modo de arrojar una sombra amenazadora sobre el futuro constitucional de la Argentina. La crisis económica y la diferenciación social están afectando crecientemente el tejido social, con actitudes de falta de solidaridad hacia los menos favorecidos y de subvaloración de su vida e integridad física *vis à vis* la propiedad de los que más recursos tienen, que son profundamente preocupantes. Cada vez se profundiza más la inclinación a ver en la sociedad un ámbito para la competencia negativa y para la explotación de nuestros semejantes –aunque sea por omisión– como si fueran un tipo más de recursos, en lugar de verla, para usar la expresión de Rawls, como un esquema de cooperación para el mutuo beneficio entre seres libres e iguales. Sin una valoración de la sociedad como un "reino de los fines", se expande una actitud instrumentalista hacia ella y sus normas y la correspondiente actitud finalista, dispuesta a saltar sobre tales normas –y, sobre todo, sobre las razones que las fundamentan– para alcanzar los objetivos buscados por cada individuo o sector.

Esto es lo que se está dando con creciente fuerza en la Argentina contemporánea. En los dos años y medio que llevó escribir y editar este libro, la tendencia a la ajuridicidad, sobre todo –aunque no exclusivamente– desde el poder público se aceleró de tal modo (acrecentando aún mas el hiperpresidencialismo), que obligó a ir modificando conclus[illegible] escritas en un clima de mayor optimismo

sobre la consolidación constitucional. Para dar sólo algunos ejemplos: se indultó a condenados por crímenes de lesa humanidad y a procesados, no obstante las claras prescripciones constitucionales; aun se cubrió con ese indulto a quienes atentaron frente al actual proceso de transición democrática (a diferencia de lo que ocurrió en España con la rebelión de Tejero); se asestó el más duro golpe al proceso de constitucionalización al aprovecharse de una laguna del texto de la Constitución y constituir una nueva mayoría adicta al poder público en la Corte Suprema, a través de un proceso legislativo cuestionable y sin que el Senado cumpliera debidamente su rol al dar los correspondientes acuerdos; se obtuvo la renuncia del procurador general de la Nación y se lo reemplazó sin pedir acuerdo al Senado; se aprobaron amplias delegaciones inconstitucionales de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, a través de las leyes de emergencia económica y de reforma del Estado; se confiscó por decreto la propiedad de particulares al convertirse depósitos bancarios a plazo fijo en títulos públicos por términos mucho mayores; se modificó el régimen jubilatorio legal también por decreto; se pretendió por dos veces reimplantar la pena de muerte no obstante las claras prescripciones de convenciones internacionales a las que el país está adherido; se reglamentó el derecho constitucional de huelga por un decreto presidencial; se derogaron leyes de regulación económica por decreto; el Congreso desconoció la jurisprudencia de la Corte Suprema, en la integración anterior, en materia de autonomía personal, en lo que se refiere a la punición de la tenencia de drogas para el propio consumo; varios tribunales superiores desconocieron esa misma jurisprudencia con decisiones crudamente perfeccionistas respecto de ese tema y de otros como la homosexualidad; se permitió la presión a jueces que investigaban denuncias por torturas; las denuncias por torturas crecieron en una forma exponencial; se perfeccionaron oligopolios en materia de difusión pública; un gobernador de provincia se incautó de fondos federales para gastos locales, bajo protesta de compensación; se removió por decreto presidencial a los miembros del Tribunal de Cuentas de la Nación y al Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas en momentos en que crecen las denuncias por hechos de corrupción; hubo injerencia política en un proceso judicial sobre narcotráfico; la Corte Suprema retrocedió en forma lamentable respecto de los avances logrados por el mismo Tribunal en la primera época de la transición en materia de normas *de facto*, autonomía personal, validez de pruebas ilegítimamente obtenidas, abusos presidenciales, etcétera.

Muchos de estos atentados al Estado de derecho, sobre todo el abuso del recurso a los decretos de necesidad y urgencia, tienen que ver con los intentos de avanzar rápidamente con reformas económicas para encarar la crisis. Pero no por ello tales atentados son me-

nos peligrosos. El politólogo polaco Adam Przeworski[1] formula así un llamado de alerta basado sobre la experiencia de procesos similares: "...a medida que las presiones crecen, los gobiernos empiezan a vacilar entre decretismo y pactismo en busca de una resolución pacífica de los conflictos. Dado que la idea de resolver conflictos mediante acuerdos es atractiva, ellos se vuelcan a hacer tratos cuando la oposición a las reformas crece; pero regresan al estilo tecnocrático cuando los compromisos ponen en peligro las reformas. Prometen consultas y sorprenden a los eventuales socios con decretos; dictan decretos y tienen expectativas de lograr consenso... El efecto de este estilo es el de socavar las instituciones representativas. Cuando los candidatos ocultan sus programas económicos durante las campañas electorales o cuando los gobiernos adoptan políticas diametralmente opuestas a sus promesas electorales, ellos están educando sistemáticamente a la población en la convicción de que las elecciones no tienen un papel relevante en conformar las políticas. Cuando vuelven a las negociaciones sólo para orquestar apoyo a las políticas ya elegidas, ellos generan desconfianza y amargura. La democracia se debilita de este modo. El proceso político se reduce a las elecciones, decretos ejecutivos, y explosiones esporádicas de protesta. El gobierno actúa por decreto, de un modo autoritario aunque frecuentemente sin mucha represión. Todo el poder del Estado se concentra en el Ejecutivo, el cual es de cualquier modo inefectivo en el control de la economía. La gente obtiene una oportunidad regular de votar pero no de elegir. La participación declina. Los partidos políticos, los sindicatos, y otras organizaciones representativas enfrentan la opción entre un consentimiento pasivo o explosiones extraparlamentarias".

Frente a este creciente deterioro del Estado de derecho (que afecta aun el constitucionalismo mínimo a que me referí al comienzo –ver cap. I, ap. A–) hay que mantener una actitud vigilante para que no se generen actitudes simétricas de ajuridicidad por parte de otros sectores, en un proceso de acción y reacción que ha sido fatal para la consolidación constitucional en la Argentina del pasado. Hay que emplear todos los recursos que ofrece el Estado de derecho –aun deteriorado– para lograr las rectificaciones necesarias que permitan asegurar la más plena vigencia de ese Estado de derecho.

Pero, además de esos recursos, hay dos medios políticos que son esenciales para atenuar –en un contexto de profunda crisis económica– las pugnas, detrás de las cuales está nuestro sempiterno dualismo, que conducen al finalismo y a la anomia. Uno de esos

[1] Przeworski, Adam, *Democracy and the Market, Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, p. 186.

medios es, como dije antes, la ampliación y la profundización de la deliberación pública, para lo cual hay que superar el obstáculo representado por las distorsiones en los canales de comunicación social. El otro medio, que debe resultar del ejercicio del anterior, es como se dijo antes (ver cap. I, ap. E), un consenso profundo en torno a principios de un liberalismo pleno, que sirva de trasfondo a un consenso más superficial sobre los medios para encarar la crisis. Como también se dijo (ver cap. I, ap. F), adoptar los principios del liberalismo pleno no es optar por ninguna de las opciones políticas que se les presenta a los ciudadanos a través de partidos que abrazan concepciones ideológicas más específicas y recomiendan políticas más circunstanciadas. Se trata, en cambio, de adoptar la ideología constitucional, fundada en la distribución igualitaria de la autonomía personal, ideal que se especifica en sus alcances y materialización a través del proceso epistémico involucrado en una democracia deliberativa. Cuáles son los derechos negativos y positivos que surgen de ese ideal; cómo se hace el balance entre diferentes derechos en conflicto; cuáles son los daños a terceros que una acción autónoma no puede causar; cómo debe desconcentrarse el poder para materializar ese ideal; cuál es el sistema de adjudicación e intercambio de recursos que mejor satisface el ideal de autonomía personal, igualitariamente distribuida. Todas éstas son cuestiones a las que los partidos políticos deben responder diferentemente y que se resuelven a través del mismo proceso democrático. Pero lo que no puede subsistir es una profunda división –en la que está involucrado el dualismo que marca nuestra historia– acerca de los mismos valores constitucionales, que subyace a las actitudes finalistas y a la tendencia a la ajuridicidad.

Pero, además de la necesidad de ese consenso profundo en torno al liberalismo pleno que surge de la revisión de las vicisitudes históricas de nuestra práctica constitucional, la situación coyuntural exige la formación de un superconsenso de orden instrumental (como el que aconseja Lijphart –ver cap. III, aps. A y C–, en el caso de sociedades divididas) para encarar la superación de nuestra situación de involución económica y social. Ello es necesario para evitar que la solución de la crisis siga estando perturbada por la dinámica de confrontación entre los sectores políticos, inherente a la estructura de juego de suma cero que tiene la competencia política en las condiciones de nuestro sistema institucional. También es necesaria la formación de ese consenso amplio de orden instrumental para formar un frente sólido ante las presiones corporativas que resisten las reformas estructurales y se aprovechan de la dinámica de confrontación para aliarse con sectores políticos. Pero la formación de ese consenso amplio –ya no sólo de orden constitucional sino para encarar políticas de gobierno frente a la coyuntura crítica– se hace muy

ardua en el marco de nuestro actual sistema de gobierno, que, como vimos ya (cap. III, ap. C), desalienta las coaliciones y estimula los enfrentamientos políticos salvajes.

Por ello es que encarar modificaciones en el plano más profundo de nuestra práctica constitucional –el de la organización del poder– se hace imperativo para alcanzar los diversos niveles de consenso que es necesario obtener a fin de consolidar el constitucionalismo en la Argentina. La adopción de un sistema mixto de gobierno, que permita que la Cámara de Diputados intervenga en la formación del gobierno y en un control más estrecho de su ejercicio –entre otras reformas constitucionales de menor urgencia cuya necesidad fue señalada a lo largo de este libro–, puede permitir superar las características de todo-o-nada que tiene la competencia política y "sintonizar" con más fidelidad esa formación y ejercicio del gobierno con el resultado de la deliberación colectiva. Pero es obvio que las mismas características confrontacionales de nuestra competencia política hacen muy difícil alcanzar un acuerdo para una modificación semejante de nuestra estructura institucional. De este modo, se forma un círculo vicioso que hace que lo mismo que se quiere superar con la reforma constitucional impide tomar los pasos necesarios para tal reforma.

Mientras tanto, lo único que podemos hacer para promover la consolidación del constitucionalismo en nuestro suelo frente a las amenazas que se ciernen, es la promoción de una actitud cuyas bases intelectuales este libro ha tratado de esclarecer: esa actitud –como lo describe el título del ap. C del cap. I– es, lisa y llanamente, la de *tomarse la Constitución en serio*.

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, Bruce, *Private Property and the Constitution*, New Haven, 1977.

— *The Storrs Lectures*, en "The Yale Law Journal", jul. 1988, nº 8.

Ackerman, Bruce - Rosenkrantz, Carlos, *La aplicación de la concepción dualista en la Argentina*, en "Control judicial de constitucionalidad", Bs. As., Centro de Estudios Institucionales.

Alberdi, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Bs. As., 1981.

— *El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*, Bs. As., 1977.

Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1974.

Alegre, Marcelo, *Investigación sobre presidencialismo y gobernabilidad en la Argentina*, Bs. As., Centro de Estudios Institucionales, 1991.

Alexy, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, 1989.

— *Individual Rights and Collective Goods*, por publicarse.

Arendt, Hannah, *On Revolution*, Harmondsworth, 1987.

— *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1973.

Audi, Robert, *The Separation of Church and State and the Obligations of Citizenship*, en "Philosophy and Public Affairs", 1989, vol. 18, nº 3.

Balbín, Carlos - Gargarella, Roberto, *Investigación sobre presidencialismo y gobernabilidad en la Argentina*, Bs. As., Centro de Estudios Institucionales, 1991.

Barba, Enrique M., *Correspondencia entre Rosas, Quiroga y López*, Bs. As., 1958.

Becker, Lawrence, *Property Rights: Philosophic Foundations*, London, 1977.

Becker, Lawrence - Waldrom, Jeremy - Ryan, Alan, *Property and Political Theory*, Oxford, 1984.

Benn, S. J. - Peters, R. S., *Social Principles and the Democratic State*, London, 1959.

Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, 1986.

Bidart Campos, Germán, *Igualdad ante la ley y desigualdad en su aplicación*, *ED*, 78-512.

Blackburn, Simon, *Spreading the Word*, Oxford, 1988.

Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, 1770.

— *On Health Care as a Legal Right*, en "Georgia Law Review", vol. 10, p. 391.

Blondel, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, Madrid, 1972.

Bloom, Allan, *The Closing of the American Mind*, New York, 1987.

Bobbio, Norberto - Pontara, Giuliano - Vecchio, Salvatore, *La crisis de la democracia*, Barcelona, 1985.

Botana, Natalio, *La tradición republicana*, Bs. As., 1984.

Boxill, Bernard, *The Morality of Preferential Hiring*, en "Philosophy & Public Affairs", 1978, vol. 7, nº 3.

Buchanan, Allen, *Ethics, Efficiency and the Market*, 1985.

Bulygin, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de derecho*, *LL*, 124-1037.

Bustamante Segura, Jorge, *La república corporativa*, Bs. As., 1988.

Calabresi, Guido - Douglas Melamed, A., *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, en "Harvard Law Review", 1972, vol. 85, p. 1089.

Cappelletti, Mauro, *Rapport General*, Colloque d'Uppsala.

Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Bs. As., Hammurabi, 1964.

Catterberg, Edgardo, *Los argentinos frente a la política*, Bs. As., 1989.

Caturelli, Alberto, *La permanencia de los subversión*, opúsculo.

Cavallero, Ricardo J. - Hendler, Edmundo S., *Justicia y participación*, Bs. As., Universidad, 1988.

Cavarozzi, Marcelo, *El parlamento argentino*, Bs. As.

Coleman, Jules, *Markerts, Moral and the Law*, Cambridge, 1988.

Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca más*, Bs. As., Eudeba, 1984.

Comisión Williams, *Report of the Williams Committee on Oscenity and Film Censorship*, London, 1979.

Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Proyecto y dictamen sobre radiodifusión*, Bs. As., 1988.

Corbacho, Alejandro, *Elecciones y representación*, Documento nº 102, Bs. As., Instituto Di Tella, 1988.

Dahl, Robert, *A Preface to Democracy Theory*, Chicago, 1956.

— *A Preface to Economic Democracy*, Chicago, 1956.

De Micheli, Roberto, *Investigación sobre presidencialismo y gobernabilidad en la Argentina*, Bs. As., Centro de Estudios Institucionales, 1991.

De Vergotini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1987.

Duverger, Maurice, *Esquisse d'une théorie de la représentation politique*, en "L'Évolution du droit public", París, 1956.

— *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, 1984.

— *Political Parties*, Wiley, 1954.

Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., 1984.

— *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977.

— *Taking Rights Seriously in the Abortion-Case*, en "Ratio Juris", mar. 1990, vol. 3, nº 1.

— *What is Equality?*, en "Philosophy and Public Affairs", 1981, vol. 10, nº 3.

Echeverría, Esteban, *El dogma socialista*, Bs. As.

Ely, John H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, 1987.

Escudé, Carlos, *Contenido nacionalista de la enseñanza de la geografía*, en "Ideas en Ciencias Sociales", Bs. As., 1988, nº 9.

Farrell, Martín, *La ética del aborto y la eutanasia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1985.

Favaloro, René, *¿Conoce usted a San Martín?*, Bs. As., 1986.

Favoreu, Louis, *Les Cours Constitutionelles*, París, 1986.

Feinberg, J., *Harm to Others*, Oxford, 1984.

Ferrajoli, Luigi, ponencia en el "Symposium Internacional sobre la Transformación de la Justicia en la República Argentina", Bs. As., Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1989.

Fiss, Owen, *Free Speech and Social Structure*, en "Iowa Law Review", 1986, p. 1405.

— *Groups and the Equal Protection Clause*, en "Philosophy & Public Affairs", 5 Winter, 1967.

Flisbisch, Ángel, *Parlamentarismo, presidencialismo y coaliciones gubernamentales*, en Seminario "Hacia una democracia moderna: La opción parlamentaria", Santiago, Universidad Católica de Chile, 5-7 sep. 1990.

Foot, Philippa, *Euthanasia*, en "Moral Issues", New York, Oxford University Press, 1983.

Frías, Pedro J., *El sistema federal*, en "Elementos para una reforma de la Constitución nacional", Bs. As., Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1988.

Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*, Chicago, 1962.

Fuller, Lon, *La moral del derecho*, México, 1967.

Furlong, Guillermo, *Nacimiento y desarrollo de la filosofía en el Río de la Plata*, Bs. As., Kraft, 1952.

Garay, Alberto, *Igualdad ante la ley*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989.

García Hamilton, José I., *Los orígenes de nuestra cultura autoritaria*, Bs. As., 1989.

Garzón Valdés, Ernesto, *Acerca de la tesis de la separación entre ética y política*, en "Sistema", 1987, nº 76.

— *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Madrid, 1987.

Gillespie, Richard, *Soldiers of Peron, Argentina's montoneros*.

Gilligan, Carol, *From a Different Voice*, Cambridge, 1982.

Giussani, Pablo, *Montoneros, la soberbia armada*, Bs. As., 1984.

Godwin, William, *Enquires Concerning Political Justice*, Oxford, 1971.

González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Bs. As., Estrada, 1897.

Goodin, Robert E., *What is so Special about our Fellow Countrymen?*, en "Ethics", 98, jul. 1988.

Greenawalt, Kent, *Free Speech Justifications*, en "Columbia Law Review", vol. 89.

Grofman, B. - Lijphart, A. (comps.), *Electoral Laws and their Political Consequences*, New York, 1986.

Gusteren, Herman van, *Admission to Citicenship*, en "Ethics", 98, jul. 1988.

Gutmann, Amy, *Children, Paternalism and Education*, en "Philosophy & Public Affairs", 1980, vol. 9, nº 4.

— *Democratic Education*, Princeton, 1987.

Habermas, Jürgen, *Ética del discurso. Notas para un programa de fundamentación*, Barcelona, 1985.

Hand, Learned, *The Bill of Rights*, Cambridge, Mass., 1958.

Harding, Garrett, *The Tragedy of the Commons*, 162 "Science", 1243, 1968.

Hare, R. M., *Moral Thinking*, Oxford, 1981.

— *The Language of Morals*, Oxford, 1952.

Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963.

— *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1971.

Hart, Herbert L. A. - Honoré, A. M., *Causation in the Law*, Oxford, 1959.

Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, London, 1972.

Hettinger, Edward, *Justifying Intellectual Property*, en "Philosophy & Public Affairs", 1, 1989.

Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Bs. As., 1968.

Holmes, Stephen, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, en Elster, Jon (comp.), "Democracy and Constitutionalism", Cambridge, 1989.

Honoré, A. M., *Ownership*, en Guest (comp.), "Oxford Essays in Jurisprudence", Oxford, 1961.

— *Property, Title and Redistribution*, en "Archiv fur Rechts-und Sozialphilosophie", 1977, nº 10.

Huntington, Samuel, *Political Order in Changing Societies*, 1968.

Huntington, S. - Croizier, M. - Watanuki, J., *The Crisis of Democracy*, New York, 1975.

Kalven, Harry, *A Worthy Tradition. Freedom of Speech in America*, New York, 1988.

Kant, Immanuel, *Philosophy of Law*, Edimburgo, 1887.

Kedourie, Elie, *Nacionalismo*, Madrid, 1985.

Kelsen, Hans, *La garantie jurisdictionelle de la Constitution*, RDP, 1928.

— *Teoría pura del derecho*, México, 1979.

— *Teoría pura del derecho y del Estado*, México, 1950.

Lamas, Félix A., *La concordia política*, Bs. As., 1985.

Lewis, David, *Convention; A Philosophical Study*, Cambridge, Mass., 1969.

Linares Quintana, Segundo V., *La Constitución interpretada*, Bs. As., Depalma, 1960.

Linz, Juan, *Democracia presidencialista o parlamentaria. ¿Hay alguna diferencia?*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Presidencialismo versus parlamentarismo", Bs. As., 1988.

— *The Breakdown of Democratic Regimes. Crisis Breakdowns and Reequilibration*, Baltimore, 1978.

Lijphart, Arend, *Democracies. Patterns of Mayoritarian and Consensus Government in twenty-one Countries*, New Haven, Yale University Press, 1984.

— *Democracy in Plural Societies*, New Haven, 1977.

Lipset, Seymour, *Values, Education and Entrepreneurship*, en "Promise of Development. Theories of Change in Latin America", 41-43, 1986.

Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, 1969.

MacCormick, Neil, *Constitutionalism and Democracy*, en "Aktuelle Probleme der Demockratie", Viene, Internationals Jahrbuck fur Rechtsphilosophie, 1989.

MacIntyre, Alasdair, *Is Patriotism a Virtue?*, en "The Lindley Lecture", University of Kansas, 1984.

MacKinnon, Catherine, *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, 1987.

MacPherson, C. B., *La democracia liberal y su época*, Madrid, 1981.

— *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford, 1977.

Maier, Julio B. J., *Función normativa de la nulidad*, Bs. As., Depalma, 1980.

— *Proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación*, en "Hacia una nueva justicia penal", Bs. As., Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1989.

Malloy, James (comp.), *The Moral Pattern*, en "Authoritarianism and Corporatism in Latin America", Pittsburg, 1977.

Mangabeira Unger, Roberto, *La forma de gobierno que conviene a Brasil*, en "Presidencialismo versus parlamentarismo", Bs. As., Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1988.

Masnatta, Héctor, *El problema de los recursos financieros en el sistema federal*, en "Elementos para una reforma de la Constitución Nacional", Bs. As., Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1988.

Matienzo, José N., *Lecciones de derecho constitucional*, Bs. As., 1926.

Matsushita, Marta de, *Romanticismo y política*, Bs. As., 1985.

Maurino, Alberto L., *Nulidades procesales*, Bs. As., Astrea, 1985.

Meyer, B., *Hacia una nueva justicia penal*, Bs. As., Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1989.

Meyer, B., Padawer Singer, A. M., *Improvement of the Jury System*, en American Bar Association, "The Improvement of the Administration of the Justice", 1981.

Michelman, Frank, *Beyond the Republican Revival*, en "The Yale Law Journal", jul. 1988, nº 8.

— *Constitutional Welfare Rights and Theory of Justice*, en "University of Pennsylvania Law Review", vol. 121, p. 926.

— *Pollution as a Tort*, en "Yale Law Journal", 1971, vol. 647.

Mill, John S., *Considerations on Representative Government*, New York, 1958.

— *Utilitarianism. On Liberty. Essay on Bentham*, New York, 1962.

Miller, Jonathan - Gelli, María A. - Cayuso, Susana, *Constitución y poder político*, Bs. As., Astrea, 1987.

Molinelli, Guillermo, *President-Congress Relations in Argentina (1960's-1990's)*, presentado en el XIV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política.

Mols, Manfred, *El marco internacional de América latina*, Barcelona, 1985.

Moreno, Mariano, *La representación de los hacendados*.

Nagel Thomas, *Mortal Questions*, Cambridge, 1979.

— *The possibility of Altruism*, Oxford, 1970.

Naipaul, V. S., *A Turn in the South*, New York, 1990.

Nedelsky, Jennifer, *American Constitutionalism and de Paradox of the Private Property*, en Elster et al (comp.), "Constitutionalism and Democracy", Cambridge, 1988.

Nino, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1980.

— *Autonomías y necesidades*, en "Doxa", nº 7, Alicante, 1990.

— *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Unam, 1974.

— *Cuestiones constitucionales del ejercicio discrecional de la acción penal*, en rev. "Tribunales", por aparecer.

— *El constructivismo ético*, Madrid, 1989.

— *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Astrea, 1989.

— *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Bs. As., Eudeba, 1987.

— *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, 1980.

— *La validez del derecho*, Bs. As., Astrea, 1985.

— *Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas*, en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", Bs. As., 1985, nº 5.

— Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?, en "Revista de Ciencia Política", Santiago, 1980, vol. XII, nº 1-2.

— *Liberalismo versus comunitarismo*, en "Revista del Centro de Estudios Constitucionales", Madrid, 1988.

— *Los límites de la responsabilidad penal*, Bs. As., Astrea, 1980.

Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales del mundo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

Nozick, Robert, *Anarchy. State and Utopia*, Oxford, 1974.

— *Philosophical Explanations*, Oxford, 1981.

Nun, José, *La política y la transición democrática*, en "Ensayos sobre la transición democrática en la Argentina", Bs. As., 1987.

O'Donnell, Guillermo, *Corporatism and the Question of the State*, en Mallory, James (comp.), "Authoritarianism and Corporatism in Latin America", Pittsburg, 1979.

Padilla, Miguel, *Lecciones de derechos humanos y garantías*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987.

Parent, W. A., *Privacy, Morality and the Law*, en "Philosophy & Public Affairs", 1983, vol. 12, nº 4.

Parfit, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984.

Perry, John, *A Dialogue on Personal Identity and Immortality*, Indianapolis, 1978.

Petracchi, Enrique S., *Control judicial en la Argentina*, *LL*, 1987-E-709.

Pitkin, Hanna, *El concepto de representación*, Madrid, 1985.

Popper, Karl R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Bs. As., 1985.

Posner, Richard, *The Economic Analysis of Law*, Boston, 1972.

Potash, Robert A., *Ejército y política en la Argentina*, Bs. As., 1982.

Przeworski, Adam, *Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional*, Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1987.

Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971.

— *Justice as Fairness: A guided Tour*, por publicarse.

— *Justice as Fairness: Political not Metaphisical*, en "Philosophy & Public Affairs", Summer 1985, vol. 14, nº 3.

— *On the Idea of an Overlapping Consensus*, en "Oxford Journal of Legal Studies", Oxford, feb. 1987.

Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, México, 1982.

— *Practical Reason and Norms*, London, 1975.

— *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1971.

— *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986.

Reiman, Jeffrey, *Exploitation, Force and the Moral Assessment of Capitalism: Thought on Roemer and Cohen*, en "Philosophy & Public Affairs", 1987, vol. 16, nº 1.

Richards, David, *Toleration and Free Speech*, en "Philosophy and Public Affairs", 1988, vol. 17, nº 4.

Riggs, Fred, *La supervivencia del presidencialismo en Estados Unidos: prácticas paraconstitucionales*, en "Presidencialismo versus parlamentarismo", Bs. As., Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1988.

Roemer, John E., *Property Relations vs. Surplus Value in Marxian Exploitation*, en "Philosophy & Public Affairs", 1982, vol. 11, nº 4.

Romero, José L., *Las ideas políticas en Argentina*, Bs. As., 1987.

Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Bs. As., Eudeba, 1963.

Sábato, Jorge E. - Schvarzer, Jorge, *Funcionamiento de la economía y poder político en la Argentina: trabas para la democracia*, en Rouquié, Alain - Schvarzer, Jorge, "¿Cómo renacen las democracias?", Bs. As., 1985.

Sagüés, Néstor P., *Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino*, *LL*, 1985-E-798.

— *Reforma judicial*, Bs. As., Astrea, 1978.

Sampay, Arturo, *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución nacional*, Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.

Sartori, Giovanni, *Democratic Theory*, Detroit, 1962.

— *Neither Presidentialism or parlamentarianism*, en Linz, Juan - Valenzuela, Artu-

ro (comps.), "Presidential or Parliamentary", John Hopkins University Press, por aparecer.

— *Representation: Representational Systems*, en "International Encyclopedia of the Social Sciences", 1968.

Scanlon, Tim, *A Theory of Freedom of Expression*, en Dworkin, Ronald (comp.) "The Philosophy of Law", Oxford, 1977.

Schumpeter, Joseph, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, 1947.

Schwartz, Bernard, *El federalismo norteamericano actual*, Madrid, 1984.

Searle, John, *Collective Intentions*, ponencia en el Congreso Panamericano de Filosofía, Bs. As., 1989.

Sen, Amartya, *Rights and Capabilities*, en Honderich, T. (comp.), "Morality and Objetivity", London, 1985.

Shunnay, Nicholas, *The Invention of Argentina*, California, 1991.

Singer, Marcus, *Ética institucional*, en "Análisis filosófico", nov. 1990, vol. X, nº 2.

Singer, Peter, *Practical Ethics*, Cambridge, 1979.

Soler, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962.

Spector, Horacio, *Autonomy and Rights*, Oxford University Press, por publicarse.

Spolansky, Norberto E., *Imputabilidad y comprensión en la criminalidad*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", 1968, nº 1.

Steiner, Hiller, *A Liberal Theory of Exploitation*, en "Ethics", 1984, vol. 92, nº 2.

Sunstein, Cass, *Interests Groups in American Public Law*, en "Stranford Law Review", 1985, vol. 38, p. 29.

— *Law's Republic*, en "The Yale Law Journal", jul. 1988, nº 8.

Taylor, Charles, *Atomism*, en "Philosophical Papers", Cambridge, 1985.

Temkin, Larry, *Inequality*, en "Philosophy & Public Affairs", 1986, vol. 15, nº 2.

Thomson, Judith, *Preferential Hiring*, en Rachels, James (comp.), "Moral Problems", New York, 1975.

— *The Right to Privacy*, en "Philosophy & Public Affairs", 1975, vol. 4.

Tomás y Valiente, Francisco, *La tutela de los derechos en la Constitución española*, en "Elementos para una reforma de la Constitución nacional", Bs. As., Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1988.

Tooley, Michael, *Abortion and Infanticide*, en "Philosophy and Public Affairs", 1972, 37, 65.

Tornos, J. - Aja, E. - Fonti Llovet, T. - Perulles, J. M. - Alberti, E., *Informe sobre las autonomías*, Madrid, 1988.

Tribe, Lawrence, *The Constitutional Protection of Individual Rights*, New York, 1978.

— *The Constitutional Structure of American Government*, New York, 1978.

Valiente Noailles, Carlos, *Manual de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Bs. As., Fondo de Obras Públicas, 1970.

Vanossi, Jorge R., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Bs. As., Eudeba, 1982.

Vítolo, Alfredo, *Estado de sitio*, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Reforma constitucional. Dictamen preliminar", Bs. As., 1985.

Waisman, Carlos, *The Reversal of Development in Argentina*, Princeton, 1989.

Waldrom, Jeremy, *The Right to Private Property*, Oxford, 1988.

Walzer, Michael, *Philosophy and Democracy*, en "Political Theory", ago. 1981, vol. 9, nº 3.

Warren, Mary, *On the Moral and Legal Status of Abortion*, en "The Monist", 57, 1973, 43-61.

Weiler, Joseph, ponencia presentada al Simposio sobre constitucionalismo comparado, American Council of Learned Societies, Princeton, 1989.

Wilson, *Equality*, London, 1966.

Wolfe, Christopher, *The Rise of Modern Judicial Review*, New York, 1986.

Wright, Georg H. von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, 1970.

Zorraquín Becú, Ricardo, *El federalismo argentino*, Bs. As., Perrot, 1958.

ÍNDICE ALFABÉTICO

Los nombres entre comillas se refieren a las causas judiciales.
Los números remiten a parágrafos

A

"A book named John Cleland's memories of a woman's pleasure": 36.
Aborto: 35, 39, 61.
"Abrams v. United States": 36.
Acceso a la jurisdicción: 48.
Acción de clase: 72, 73.
Acciones declarativas: 73.
  y omisiones: 44.
Ackerman: 32, 43, 51, 61, 64, 73.
Acordada de 1930: 35.
Actitud interpretativa: 16.
Adams: 72.
Administración de justicia, sumisión de la: 55.
  pública: 69.
África: 54.
Agremiación compulsiva: 41.
"Aguilera": 35.
"Airey": 49.
Ajuridicidad: 27, 28, 70.
  tendencia a la: 51.
Alberdi: 1, 21, 26, 29, 31, 50, 52, 76.
Alchourrón: 20, 22, 23.
Alcorta: 26.
"Aldo Pereyra c/Cooperativa de Vivienda Limitada": 44.
Alegre: 54.
"Alem": 26.
Alem: 54.
Alemania Federal: 52, 61, 63, 68, 72.
Alexy: 9.
Alfonsín: 26, 40, 50, 52 a 54, 57, 61, 62, 68, 70.
Alianza de Centro: 54.
Alianza Popular Federal: 54.
Alianza Popular Revolucionaria: 54.
Alienación del poder: 48.
Allende: 52, 62, 68.
"Allgeyer v. Lousiana": 43.
"Almirón": 49.
Alsogaray: 54.
"Alvear": 50.
Alvear: 54.
Ambigüedad constitucional: 22.
Ambigüedades constitucionales: 20.
"Americana SRL Editora Popular": 72.
Amicus curiae: 73.
Amnistía: 73.
Amparo: 49.
Andalucía: 56.
Andreotti: 68.
"Angellini": 47.
"Anglo c/Gobierno Nacional": 43.
Anomia: 28, 83.
  institucional: 27.
Anticoncepción: 39.
Antisemitismo: 47.
Apatía política: 64.
Apel: 32.
Aquino: 38.
"Aramayo": 26, 35, 49, 51.
Aramburu: 26.
Aráoz de Lamadrid: 26, 49.
Arend: 60.
Arendt: 28, 37.
"Arenzon": 38, 47, 49, 51, 72.
Argañaraz: 49, 54, 73.
Arinos de Melo: 52.
Aristóteles: 32, 39.
"Arlandini": 26, 35, 51.
"Artico": 49.
Artigas: 26.
Asamblea de 1813: 26, 51.
Asia: 54.
Asociación con otros: 41.
Asociaciones de índole compulsiva: 41.

"Association of Data Processing Service Organization v. Camp": 72.
"Ateneo de Renacimiento Español": 41.
Audi: 37.
Austin: 73.
Australia: 52, 54, 66.
Autonomía: 29.
de la persona: 48.
distribución igualitaria de la: 43.
moral: 29.
personal: 29, 31, 43, 45, 63.
déficit: 32.
protección: 73.
valor de la: 29.
Autoritarismo: 25.
Avellaneda: 26, 38, 52, 68.
"Avico c/Saúl de la Pesa": 43.
"Azul y Blanco": 50.

B

Bacqué: 35, 39, 48, 49.
"Baeza": 49, 54, 72, 73.
"Bagley": 47.
"Baker v. Carr": 72.
"Bakke v. Regentsof the University of California": 47.
Balbín, C.: 52.
Balbín, R.: 54.
"Baldomero Martínez y otros": 35.
"Banco Hipotecario Nacional": 72.
Barra: 26.
"Barri": 47.
"Barros": 49.
"Batalla": 36, 51.
Bazán: 72.
Bazterrica: 26, 39, 48, 50, 51, 72, 73.
Béccar Varela: 49.
Becker: 43.
Bélgica: 52, 54, 63.
Belgrano: 26.
Belluscio: 38, 47.
"Bergamino": 24.
Berlin, I.: 44.
Bermejo: 43.
"Bernman": 43.
"Bertotto": 36, 49, 50, 51.
Bicameralismo diferenciado: 53.
perfecto: 53.
Bickel: 73.
Bidart Campos: 36, 47.
Bien común: 50.
público: 64.
Bienes públicos: 43.
"Bignone": 35.
Bipartidismo: 63, 68.
Black: 43.
Blackburn: 21.
Blackstone: 44, 72.
Blondel: 54, 68.
Bloom: 30.
Bloqueos: 70.
entre los poderes: 68.
Bloquista de San Juan: 54.
"Boddie v. Connecticut": 49.
Boffi Boggero: 26.
Bolivia: 67.
"Bonevo": 52, 55.
"Bonham": 72.
Borda: 47.
Bork: 52.
Botana: 26, 33.
"Botella": 24.
"Boudie c/Municipalidad de la Capital": 26.
Boxill: 46.
"Brady v. Maryland": 49.
Brandeis: 52.
"Brandenburg v. Ohio": 36.
Brasil: 40, 54, 58, 63, 69.
Brennan: 41, 72.
"Bresani": 24.
"Brown v. Board of Education": 38, 47, 73, 74.
"Brown v. Board of Education" (II): 47.
"Brushaber v. Union Pacific R. R. Co.": 43.
Buchanam: 43.
Bulygin: 20, 22, 23, 73.
Bundesrat: 52, 53.
Bundestag: 52.
Bunge: 72.
"Bunting v. Oregon": 43.
Burger: 72, 73.
Burke: 18.
"Burlington Truck Lines Inc. v. United States": 49.
"Burnett v. Wells": 43.
Bush: 52, 68.
Bustamante Segura: 57.
"Bustin v. Wilson": 36.

C

Caballero: 39, 47.
"Cadorini s/jubilación": 43.
"Caja de subsidios familiares c/Talleres Metalúrgicos Ricardo Urbe": 43.
Calabresi: 41.
"Call": 49.
"Calvete": 24, 72.

Cámara de Diputados: 70.
de los Comunes: 52.
de los Lores: 52.
Camboya: 54.
"Campillay": 36.
Cámpora: 26, 54.
"Camps": 48.
Canadá: 52, 66.
Canciller: 52.
"Canwell v. Connecticut": 37.
Capitalismo: 43.
Cappeletti: 72.
"Capranzano, Pompeo Pascual s/acción de hábeas corpus": 49.
Carnap: 67.
"Carolene Products Co.": 43, 73.
Carrió, A.: 35, 47.
Carta de Naciones Unidas de 1945: 47.
magna inglesa de 1215: 48.
social europea: 44.
Carter: 68.
Carulla: 26.
Caso: 72.
concepto de: 49.
Castañeda: 26.
Castelli: 26.
Castillo: 53.
Castro: 68.
Catamarca: 56.
Catterberg: 3, 4.
Caudillismo: 68.
Cavagna Martínez: 26.
Cavarozzi: 53.
"Cavolina": 35.
"Celada": 49.
Censura: 29, 53, 70.
constructiva: 68.
parlamentaria: 52.
Cepeda: 26.
Ciencia constitucional: 6.
jurídica, modelos de: 23.
"Cine Callao": 43.
Circuncisión: 37.
Citación directa: 49.
Clases: 34.
Cláusula alternativa tácita: 73.
del bienestar: 53.
Clossman: 36.
Coaliciones: 68.
dificultad en la formación de: 68, 69.
Código de Justicia Militar: 35, 47.
Código de Procedimientos en Materia Penal, arts. 587, 617 a 645: 49.
Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: 49.
"Cohen v. California": 36.
Coke: 72.
"Colavini": 39.
Colectivismo: 29.
epistemológico: 32.
Coleridge: 37.
"Collela c/Fevre y Basset SA": 52.
"Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee": 36.
Comisión de Informática y Libertades Públicas: 40.
Trilateral: 64.
Williams: 39.
Wolfenden: 39.
Common law: 72.
Compensaciones: 50.
Comportamiento homosexual: 39.
Comunicaciones, secreto de las: 50.
Comunidad Económica Europea: 58, 72, 73.
"Comunidad Homosexual Argentina s/ pedido de personería": 73.
Comunismo: 26.
Comunitarismo: 18, 30.
Conadep: 26, 35.
Concepción liberal de la sociedad: 30.
de moralidad social: 31.
perfeccionista: 29.
Condorcet: 32.
Confianza: 53.
Congreso argentino, debilitamiento del: 53.
de 1816: 26.
de la Nación: 51.
Pedagógico Nacional: 64.
Conintes: 52.
Consejo constitucional francés: 52, 72.
para la Consolidación de la Democracia: 26, 36, 61 a 63, 68, 69.
Consejos económicos y sociales: 63.
Consenso, deficiente procesamiento del: 62.
profundo: 28, 71.
sobrepuesto: 27.
superpuesto: 25.
tácito: 71, 73.
Consentimiento: 29, 32, 35, 48, 50.
Conservadurismo: 28, 31, 54.
Constantineau: 26, 73.
Constitución nacional
art. 2º: 29, 47, 52.
art. 5º: 56.
art. 14: 38, 39.
art. 14 *bis*: 26, 39.
art. 16: 38, 47.

art. 17: 43.
art. 18: 35, 49.
art. 19: 26, 29, 40, 73.
art. 22: 64.
art. 23: 26, 35, 50, 52.
art. 24: 49.
art. 32: 36.
art. 33: 35.
art. 67: 26.
art. 67, inc. 11: 47, 56, 58, 61.
art. 67, inc. 17: 73.
art. 67, inc. 23: 35.
art. 67, inc. 25: 73.
art. 67, inc. 26: 56.
art. 67, inc. 27: 56.
art. 67, inc. 28: 53, 56.
art. 86, inc. 6°: 26, 73.
art. 95: 26, 47, 73.
art. 100: 58.
art. 104: 56.
arts. 1°, 5°, 29, 33, 37, 81, 105: 29.
arts. 14 *bis* y 33: 44.
arts. 14 y 14 *bis*: 31.
arts. 14 y 17: 43.
arts. 14 y 18: 35.
arts. 14, 14 *bis*, 15 a 18 y 20: 29.
arts. 14, 15, 16, 17 y 20: 31.
arts. 15, 16, 20 y 25: 47.
arts. 45 y 51: 61.
arts. 52, 86, inc. 6°: 95.
arts. 67 a 86: 73.
arts. 68 a 73: 73.
reforma de la: 43.
Constitución británica: 73.
Constitución como convención: 13, 18, 73, 77.
como identificación comunitaria: 14.
concepto normativo de: 8, 73.
de 1816: 40.
de 1819: 26, 36,,37, 39, 43, 47, 49 a 51.
de 1826: 26, 36, 37, 43, 47, 49, 50, 51.
de 1853, art. 67, inc. 11: 44.
de 1949: 26, 29, 31, 43, 50.
de 1949, art. 28: 47.
de 1949, reforma de la: 44.
de Alemania de 1949: 63, 72.
de Brasil: 44, 47, 49, 50.
de Brasil de 1891: 52.
de Brasil de 1934: 52.
de Canadá: 49, 74.
de Catamarca: 37.
de Checoslovaquia de 1920: 72.
de Chile de 1833: 52.
de Chile de 1980: 53.
de Chile de 1989: 52.
de Córdoba de 1988: 37, 40, 43, 44, 49.
de Costa Rica de 1949: 52.
de Ecuador de 1945: 55.
de Egipto: 39.
de España: 41, 44, 49, 54.
de España de 1931: 72.
de España de 1978: 37, 44, 47, 50.
de Francia: 54.
de Francia de 1958: 47, 49, 52.
de Francia de 1971: 63.
de Holanda de 1956: 55.
de Honduras de 1984: 55.
de Irak: 37.
de Italia: 54.
de Italia de 1947: 55.
de Italia de 1948: 52, 63.
de México de 1917: 44, 47.
de Perú: 41, 44, 49, 50.
de Perú de 1975: 52.
de Perú de 1979: 47.
de Portugal de 1976: 41, 44, 47, 49, 52.
de San Juan de 1986: 49.
de Santa Fe de 1921: 56.
de Santa Fe de 1962: 49.
de Siria: 39.
de Suiza de 1874: 55.
de Túnez: 37.
de Uruguay: 54.
de Uruguay de 1942: 52.
de Uruguay de 1966: 52.
de Venezuela de 1961: 52.
de Weimar de 1919: 44.
de los Estados Unidos art. II, inc. 2°: 52.
de los Estados Unidos art. IV, inc. 2°: 52
de los Estados Unidos, enmienda V: 39, 43, 49.
de los Estados Unidos, enmienda X: 53.
de los Estados Unidos, enmienda XIV: 39, 43, 47, 49.
de los Estados Unidos, secc. 9, art. 1°, inc. 2°: 50.
de los Estados Unidos, secc. 10, art. 1°: 43.
distintos pasos en su aplicacion: 20.
indeterminaciones: 22.
interpretación subjetiva y objetiva: 21.
legitimidad democrática de la: 73.
paradoja de su indeterminación radical: 19.

reforma de la: 47.
significado de: 18, 76.
Constitucionalismo: 10, 44, 76, 84.
argentino: 25.
mínimo: 2.
pleno: 2, 84.
Constructivismo epistemológico: 32.
metaético: 29.
Consulta popular: 64.
Consumo de drogas: 39.
Contradicciones constitucionales: 20, 22.
Contralor del Gobierno: 53.
Control de constitucionalidad: 35, 82.
en la Argentina: 72.
modelo británico: 72.
modelo continental europeo: 72.
modelo norteamericano: 72.
Control judicial de constitucionalidad: 71.
justificacion del: 73.
Controversia: 72.
Convencion: 31.
Americana de Derechos Humanos, 9, 26, 35, 36, 41, 43, 44, 47, 49, 50, 58.
Constituyente de 1949: 31.
Constituyente de 1957: 44.
de Viena sobre el Derecho de los Tratados: 9, 58.
Europea de Derechos Humanos: 43.
para la abolición del trabajo forzoso: 47.
sobre discriminación en la enseñanza: 47.
sobre imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad: 49.
sobre la abolición de la discriminación racial, ONU: 47.
sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer: 47.
sobre la represión y el castigo del crimen del apartheid: 47.
Convenciones interpretativas: 24, 73.
y razonamiento práctico: 15.
Convenio de 1948 de la OIT: 41.
Europeo de Derechos Humanos: 35.
para la Protección de los Derechos Humanos, Consejo de Europa: 47, 49, 50.
Cooley: 35.
"Coolidge v. New Hampshire": 49.
"Cooper v. Aaron": 47.
Corán: 39.
"Cornú c/Ronco": 26.
Corporativismo: 26, 57.
Correspondencia, secretos de: 50.
Corte Constitucional Italiana: 52, 72.
Corte Suprema, ampliación de la: 49, 55.
Costa Rica: 67, 68.
Crisis económica cíclica: 70.
socioeconómica: 68.
Croizier: 64.
Cuestiones políticas: 55, 73.
"Cullen c/Llerena": 26, 51, 52, 72, 73.
Cuotas: 46.
"Cupeiro": 49.

CH

"Chantrain c/Gobierno Nacional": 58.
"Chaplinsky v. New Hampshire": 36.
"Charles River Bridge v. Warren Bridge Co.": 50.
"Chas. C. Stewart Machine Co. v. Davis": 43.
Chile: 52, 54, 58, 62, 63, 67, 68.
China: 43.
Chirac: 52, 68.
Chubut: 55.
Churchill: 68.

D

D'Hondt: 62.
"D.A.F.": 38.
"Da Silva": 47.
Dahl: 32, 60.
Dahrendorf: 64.
"Daily Mirror": 36.
"Dandridge v. Williams": 44.
"De Angelis": 52.
"De Funis v. Odegaard": 47, 72.
De Funis: 72.
De Gaulle: 52, 68.
De Michele: 54.
De Vergotini: 52, 53.
"De Wilde, Ooms y Versyp": 49.
Debate público: 65.
Debido proceso: 48, 71.
garantía general del: 48.
legal: 43.
procedimental: 48.
sustantivo: 43.
valor instrumental: 48.
valor intrínseco del: 48.
Debré: 52.
"Debs": 52.
Década infame: 26.
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948: 47.
de los Derechos del Hombre y el Ciudadano: 2, 39, 47, 49.

Universal de Derechos Humanos: 43, 44, 47, 49, 50.
sobre la eliminación de la discriminación religiosa: 47.
Decreto de seguridad individual de 1811: 40, 49, 50.
del 12 de marzo de la Asamblea de 1813: 47.
Decretos 757 y 758 de 1983: 35.
de necesidad y urgencia: 53.
delegados: 53.
Déficit democrático: 26.
federal: 32, 56.
igualitario: 32.
social: 26.
Déficits del liberalismo: 59, 60.
Del Castillo: 49.
Del Valle: 26.
De la Rúa: 49.
De la Torre: 26.
"Delcourt": 49.
"Delfino": 52.
"Della Roca": 49.
"Democracia": 36.
Democracia: 28, 32.
concepción deliberativa de la: 63, 74.
epistémica de la: 29.
populista de la: 32.
concepto de: 51.
normativo de: 5, 73.
consocional: 52.
constitucional: 2.
corporativa: 63.
cristiana: 54.
deliberativa: 70.
epistémica: 60.
fundamentación pluralista o elitista: 32.
sobre la base de la soberanía popular: 32.
utilitarista: 32.
fundamentos económicos de la: 4.
justificación dialógica: 32.
en base al consentimiento: 32.
epistémica de la: 60.
epistemológica: 32.
liberal: 2.
mayoritaria: 52.
semidirecta: 64.
su enfoque economicista: 32.
valor epistémico de la: 10, 73.
y discusión moral: 60.
"Dennis v. United States": 36.
Deontologismo: 50.
Derecho a la integridad psicofísica: 35.
a la intimidad: 40.
a la libertad de movimientos: 35.
a la privacidad: 39.
a la vida: 22, 35.
a una educación liberal: 38.
concepto descriptivo: 7.
conceptos descriptivo y normativo: 34.
constitucional: 6.
de asociación: 41.
general e incondicional de propiedad: 43.
internacional: 43.
Derechos *a priori*: 84.
adquiridos: 43.
colectivos: 41.
concepto: 34.
conflictos de: 50.
constitucionales: 34.
económicos: 43.
enfoque robusto de los: 50.
garantías, restricciones y suspensión de los: 48.
humanos: 29.
individuales: 80.
juicios por violaciones a los derechos humanos: 26.
reglamentación de: 50.
sociales: 31, 44, 73, 74, 84.
y garantías: 34.
restricción y supresión: 50.
Desaparecidos: 26, 35.
Desaparición de personas: 49.
Descentralización: 61, 64, 70.
Determinismo normativo: 28, 29, 48.
Devlin: 39.
"Diario La Provincia": 36.
Díaz Colodrero: 26.
Dificultad contramayoritaria: 73.
Dilema de los prisioneros: 18, 28, 29, 43, 51.
Dinámica de confrontación: 69, 70.
"Diodato c/Gómez": 43.
Disciplina de bloque: 65.
partidaria: 53.
Discriminación: 45.
de las mujeres: 46.
femenina: 47.
inversa: 46.
racial: 46, 47.
Discriminaciones legítimas e ilegítimas: 46.
Discurso moral: 29.
Discusión: 29.
moral, práctica de la: 29.

Distribución igualitaria: 31.
Distritos uninominales: 63.
Divorcio: 29.
Doctrina de la abstención: 72.
de la madurez: 72.
de la mudez: 72.
de la seguridad nacional: 26.
Dogma socialista: 26.
Dogmática constitucional: 23.
"Domla de Nohra c/Maitía": 43.
Dorrego: 26.
"Dred Scott": 72.
Drogas, criminalización de la tenencia de: 29.
Dualismo: 51, 78.
constitucional: 73.
ideológico: 27, 70.
"Dufourq„: 26, 35.
Duverger: 54.
Dworkin: 15 a 18, 23, 30, 31, 35, 45, 46, 60, 73.

E

"ENEL": 58.
Echeverría: 26, 30.
Economía de mercado: 43.
"Edeka Zentrale": 47.
Educación: 30.
superior: 38.
Efectos causales: 31.
Eficacia: 67.
Eficiencia: 41.
"El Federalista": 32, 57, 63, 72, 73.
"El paso v. Simmons": 43.
Elitismo epistémico: 32, 60, 73.
"Elortondo": 24.
Ely: 73, 74.
"Engel v. Vitale": 37.
"Engel y otro": 49.
"Epperson v. Arkansas": 36.
"Ercolano c/ Lanteri de Renshaw": 26, 43.
"Ercoli": 35.
Escepticismo ético: 8.
Esclavitud: 47.
convención de Ginebra de 1926: 47.
España: 40, 61, 65, 68.
Estabilidad: 67.
"Estado Nacional c/Arenera El Libertador SRL": 35.
Estado de alarma: 50.
de excepción: 50.
de sitio: 35, 50, 52, 55, 70.
facultad de declararlo: 50.
Estados Unidos, 41, 49, 50, 54, 60, 61, 65, 66, 68, 72, 73.
Estatuto de 1815: 26, 37.
de 1816: 26.
fundamental de 1972: 26.
Provisional de 1812: 50.
Provisional de 1815: 39, 43, 47, 49.
"Estévez": 49.
Estrada: 26.
Estructuras de interacción: 51.
Etica utilitarista: 31.
"Euclide v. Ambler Realty Co.": 43.
Euskadi: 56.
Eutanasia: 35.
"Evening Standard": 36.
"Everson v. Board of Education": 37.
Excarcelación: 35.
Explotación: 45.
Expropiación: 43.
Extranjeros: 46.

F

Facultad de no ingreso a una asociación: 41.
Facunc'o: 26.
Falsa conciencia: 29.
Farrell: 35.
Fascismo: 26.
Fascistas: 26.
Favius: 68.
Favoreu: 72.
Fayt: 26, 39, 47, 49.
Federalismo argentino: 56.
Feinberg: 35.
Felipe II: 26.
Felipe V: 26.
Feminismo: 30, 46.
"Ferguson v. Skrupa": 43.
"Fernández": 51.
"Fernández, Víctor Hugo": 49.
"Fernández Valdés": 36.
Ferrajoli: 48.
"Ferrari c/Peii": 43.
Ferré: 37.
"Ferrer": 49.
"Ferrocarriles Argentinos c/Provincia de Santa Fe": 56.
Fichte: 29.
Figueroa Alcorta: 43, 53.
Finalista: 51.
Finlandia: 54, 62, 68.
"Fiorentino, Diego Enrique": 49.
"Fiscal General de la Provincia de Buenos Aires c/Banco Nacional": 56.

Fiss: 36.
Flisbisch: 68.
"Florio, Lucio s/jubilación": 43.
Foot: 35.
Formaciones corporativas: 57.
Formalismo: 48.
Fórmula Saint Lague: 54.
Foucault: 59.
Fourier: 26.
Francia, 54, 55, 62, 63, 68, 72.
"Francomano": 49.
Fraternidad: 28, 30.
Frente Justicialista Popular: 54.
"Frente Justicialista de Liberación Nacional": 72.
Frías: 26, 35, 40, 56.
Fried: 40.
"Frigorífico Armour de La Plata c/Provincia de Buenos Aires": 56.
Frondizi: 26, 52 a 55, 62, 68, 70.
"Frontiero v. Richardson": 47.
Fuero militar: 47.
Fuerzas Armadas: 26.
vivas de la Nación: 26.
Furlong: 26.
"Furman v. Georgia": 35.

G

"Gabino": 52.
Gabrielli: 35.
Galicia: 56.
Galli: 49.
Gallo: 26.
Garantía del debido proceso: 49.
Garantías, suspensión de: 50.
Garay: 47.
García Hamilton: 26.
Gargarella: 52.
Garzón Valdés: 60, 67.
"Gaynews": 37.
"Gedes Hnos.": 24.
Generación del '37: 26.
Gerry mandering: 54.
"Gertz v. Robert Weldch": 36.
"Gideon v. Wainwright": 49.
Gilligan: 46.
"Glaser": 47.
Glover: 31.
Gobierno democrático, variedades: 52.
Gobiernos de facto: 26, 35, 56, 73.
"Godoy": 26, 35, 49, 51, 72.
Göering: 47.
"Goldberg v. Kelly": 49.
Gómez: 67.
"González, Antonio": 39.
González, F.: 65.
González, J. V.: 26, 37, 44.
Goodin: 46.
"Gordillo": 49.
Gorostiaga: 26, 29.
Gorriti: 30.
"Goss v. Board of Education": 47.
"Goss v. López": 38.
Goulart: 52.
Gran Bretaña: 40, 47, 49, 52, 54, 55, 65, 68, 72, 73.
"Granada": 35, 50, 72.
"Greco": 49.
"Green v. County School Board": 47.
Greenawald: 36.
"Greggs v. Georgia": 35.
Grupos corporativos: 63.
de interes: 63.
"Guardian Assurance c/Gobierno Nacional": 47.
Guastavino: 35.
Guido: 26, 55.
Gutiérrez: 26.
"Guzzardi": 49.

H

Hábeas corpus: 49, 52.
act inglesa de 1679: 48.
Habermas: 8, 14, 16, 32, 61.
Hamilton: 12, 52, 72.
Hand: 73.
"Handyside": 43.
"Hannah v. Larche": 49.
"Hannegan v. Squire": 36
Hardin: 41.
Hare: 18.
Harris: 31.
Hart: 9, 15, 39, 44, 67, 73.
"Hauer": 43.
"Hawaii Housing Authority v. Midkiff": 43.
Hayek: 44.
Hegel: 43.
"Hernández y otros": 49.
"Hidronor": 49.
"Hidronor c/Provincia de Neuquén": 49.
Hohfeld: 34.
Hiperpresidenci[illegible].o: 64, 67, 69, 70.
argentino: 52
eficacia del: 69.
evaluación: 60.
corporativo: 60, 66.
estabilidad del: 68.
rigidez y falta de válvulas de escape del: 69.

Hiperrealismo: 6.
Hiperrrealista: 60.
Hitler: 26.
Hobbes: 63.
Holanda: 52, 54.
Holismo: 28, 29, 32.
Holmes: 41, 43, 52, 61.
Holmes, O. W.: 36.
Holmes, S.: 18.
Hombre, concepto de: 45.
Honoré: 43, 44.
"Horta c/Harguindeguy": 26, 43, 72.
"Hudgeens v. NLRB": 36.
Huelga, derecho de: 44.
  reglamentación del derecho de: 44, 50.
Hume: 12.
"Humphrey's Executor v. United States": 52.
"Hunter v. Erickson": 47.
Huntington: 64.
"Hurtado v. California": 47.

I

Ibarguren: 26.
Ideales morales personales o autorreferentes: 29.
Identidad, relación de: 35.
Iglesia: 26.
  católica: 57.
Igualdad: 28, 29, 31, 45.
  como equiparación: 31.
  como no explotación: 31.
  concepciones: 45.
  configuración institucional de la: 46.
Illia: 26, 52 a 54, 62, 67, 68, 70.
Ilustración: 26.
Imparcialidad: 31, 73.
Impuestos, constitucionalidad de: 43.
"Inchauspe c/Junta Nacional de Carnes": 43.
Independencia: 49.
India: 54.
Individualidad: 29.
Indulto: 22, 52, 73.
Informatización de datos personales: 40.
Ingeniería institucional: 5.
Inglaterra: 54.
Iniciativa: 64.
  popular: 62.
"Instituto Nacional de Reaseguros": 35.
Integridad, valor de: 16.
Intereses difusos: 48, 49.
Interpretación constitucional: 19.
Intervención federal: 52, 53, 70.
Intervencionismo democrático: 43.
Intimidad de una persona: 40.
Irán: 37.
Irazusta: 26.
Irlanda: 54, 55.
Irrelevancia de la Constitución: 7.
Irretroactividad de la ley penal: 29.
Israel: 37, 54.
Italia: 52, 54, 63, 68.
Iusnaturalismo, diferentes tesis: cap. I, Apéndice ap. B.

J

"J. W. Hampton Co. v. United States": 43.
"Jane Hodgson v. Minnesota et al": 35.
Japón: 54.
Jefatura de Estado: 52.
  de gobierno: 52.
Jefe de Estado: 52, 68, 70.
  de gobierno: 68.
Jefferson: 53.
"Jeffrey Duadgeon": 39.
Jellinek: 63.
Johnson: 52.
"Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. MacGrath": 49.
Jueces como controladores del proceso democrático: 73.
  estabilidad de los: 55.
  independencia de los: 48.
  responsabilidad epistémica de los: 48.
Juicio político: 68.
Jurados: 48, 49, 55.
Justicia, relación de consideraciones de: 43.
Justificación de la pena: 48.
Justo: 52.

K

"Kahn v. Shevin": 47
Kalven: 36.
Kant: 9, 14, 15, 29 a 32, 38, 43, 45.
"Katz v. United States": 40.
Kedourie: 29, 30.
"Kelley v. Johnson": 39.
Kelsen: 22, 23, 24, 34, 72, 73, cap. I, Apéndice ap. B.
"Kendall v. United States": 52.
Keynes: 43.
Kibutzim: 30.
"Kjeldsen, Buskmatsen y otros": 37.
Kohl: 65, 68.

"Kormatsu v. United States": 47, 50.
"Kot": 26, 49.
"Kotch v. Board of River Port Pilot Commissioners": 47.
Kubitschek: 52.

L

"La Hora": 50.
"La Martona": 47.
"Lacour": 24.
"Lady Chaterley Lovers, Kingsley Pictures v. Regents": 36.
Lagunas constitucionales: 20, 22.
Lamas: 27, 29, 30.
Lambert: 72.
Lammenais: 26.
Lander: 56.
Lanusse: 26.
Laplaza: 26.
"Larangeira Mendes": 49.
Lasalle: 19.
Lavayse: 26.
"Lawless": 50.
"Le Comte, Van Leuven, De Meyese": 49.
Legislación: 53.
Legitimación activa: 48.
Legitimidad: 67.
  objetiva: 60.
  subjetiva: 67.
"Leguiza": 41.
Leiva: 26, 37.
Lenin: 18.
Lerminier: 26.
Leroux: 26.
Levene: 26, 39.
Levingston: 26.
Lewis: 13, 15.
Ley 48 de 1863: 49.
  1420: 38.
  3445 de 1896: 52.
  12.196: 53.
  12.830: 52.
  12.961: 53.
  12.966: 52.
  12.983: 52.
  13.030: 52.
  14.184: 52.
  17.454: 49.
  20.539: 52.
  20.680: 52.
  20.771: 39.
  21.541: 35.
  23.040: 35.
  23.049: 35, 47.
  23.050: 49.
  23.052: 36.
  23.354: 53.
  23.512: 56.
  23.515: 37.
  23.592: 47.
  23.614: 52.
  23.696: 52.
  23.737: 39.
  23.984: 49.
Ley antidiscriminatoria: 26.
  Avellaneda: 26.
  contra todo tipo de discriminación (23.592): 47.
  de amnistía: 26.
  de amparo (16.986): 49.
  de enfiteusis: 26.
  de hábeas corpus: 26, 50.
  de radiodifusión, proyecto: 26.
  de lemas: 54, 63.
  de matrimonio civil: 26, 37.
  democrática, observancia de la: 48.
  Fundamental de Alemania Federal: 54.
  Fundamental de la República Federal Alemana: 43, 47, 49, 50, 52, 56.
  Le Chepelier: 57.
  Sáenz Peña: 54, 64.
Leyes de facto: 9, 72.
Liberalismo: 14, 26, 28 a 31, 36, 54, 78.
  conservador: 31, 44.
  constitucional: 33, 35, 36.
  deficitario: 51, 70.
  déficits del: 26.
  igualitario: 31, 51.
  pleno: 27, 44, 49, 50, 64, 71.
  principios inherentes al: 29.
  y democracia, tensión: 32.
Libertad: 31, 49.
  de conciencia: 35 a 37.
  de cultos: 26, 37.
  de educación: 36.
  de expresión: 36.
  religiosa: 26.
Libia: 39.
Lijphart: 52, 68, 69.
Linares: 41, 43.
Linz: 62, 67, 68.
Lipset: 57.
"Lochner v. New York": 43.
"Lochner": 56, 72.
Lochner: 43, 51.
Locke: 32, 38, 45.
"Lockett v. Ohio": 35.
López, E.: 26.

López, M. J.: 35.
López Rega: 26.
Lucrecio: 35.
"Luedicke, Belckacem y Koc": 49.
Lugones: 26.
"Luther v. Borden": 72.

M

Miller: 73.
MacCormick: 12.
MacIntyre: 14, 18, 30.
MacKinnon: 46.
MacPherson: 32, 60.
"Machicote": 35.
Mack: 44.
"Maderas Lanin": 47.
Madison: 12, 32, 35, 57, 72.
"Magui Aguero, Ciriaco": 49.
Maier: 49.
Malloy: 57.
"Malmonge Nobreda": 26, 35, 51.
"Malone": 40.
"Malvar": 49.
Malvinas: 57.
  guerra de: 26.
Mandeville: 43.
"Mango c/Traba": 26, 43.
"Marbury v. Madison": 9, 72, 73.
"María Elena Alvarez de Schuster": 41.
Marquardt: 49, 72.
Marshall: 9, 20, 23, 53, 72, 73.
"Martínez v. Bynun": 38.
"Martínez y otro": 26.
Marx: 45.
Marxismo: 43, 44.
Masnatta: 56.
Matienzo: 26.
Matsushita: 26.
Maurraz: 26.
"McCollum v. Board of Education": 37.
"McCulloch v. Maryland": 53.
McReynolds: 52.
Mediación imperfecta: 63.
Medio ambiente: 41.
Medios de comunicación: 36.
  masivos de comunicación: 65.
Méndez: 43.
Menem: 26, 49, 50, 52 a 54, 57, 62, 68, 73.
Mercado: 36.
  económico: 31.
"Mercedez Benz": 47.
Mercosur: 58.
"Merk": 26, 51.
"Merk Química Argentina c/Gobierno Nacional": 43.
"Merryman": 50.
México: 52.
"Miami Herald v. Tornillo": 36.
Michelman: 32, 39, 41, 44.
Mill: 31, 36, 38, 39, 63.
Ministerio Público: 48, 49.
Mitre: 26.
Mitterrand: 52, 62, 68.
Modelo de racionalidad constitucional: 18.
Moliné O'Connor: 26.
Molinelli: 53.
Mols: 58.
"Montalvo": 39, 50, 51, 73.
"Montana": 26.
Monteagudo: 26.
"Montenegro": 49, 51.
Montesquieu: 26, 72.
"Moore v. Dempsey": 49.
Moral ideal: 15.
  positiva: 15, 31.
"Morehead v. New York ex re Tipaldo": 43.
Moreno: 26, 31, 43.
"Morey v. Doud": 47.
"Morgentaler": 35.
"Morrison v. Brewer": 49.
"Mórtola y Cía.": 24.
"Mouviel": 26, 49, 51, 52, 72.
Movimiento al Socialismo: 54.
  Provincial Neuquino: 54.
"Mugler v. Kansas": 43.
"Muller": 51.
Multipartidismo: 68.
"Municipalidad c/Mayer": 26, 35.
"Municipalidad de la Capital c/Elortondo": 72.
"Muñiz Barreto de Álzaga": 47.
"Murdock v. Pennsylvania": 37.
"Muskrat v. United States": 72.
"Mussini": 47.
Mussolini: 26.
"Mussotto": 49.
"Myers v. United States": 52.

N

Nacionalismo: 26.
Nacionalistas: 26.
Nagel: 29, 35.
Naipaul: 68.
Napoleón: 18.

"National League of Cities v. Usery": 56.
"Natividad Frías": 35.
Nazar Anchorena: 43.
Nazareno: 26.
Nedelsky: 43.
"Neumeister": 35.
Neves: 68.
"New York Times v. Sullivan": 36.
Nixon: 52, 68.
Noción de validez: 9.
Nohlen: 54.
"Nold": 43.
Norma básica: 23.
  jurídica, conceptos de: cap. I, Apéndice B.
Normas de facto: 49, 52, 73.
"Norte": 50.
"North Carolina v. Swann": 47.
Nozick: 29, 30, 35, 43, 44, 50.
Nueva Zelanda: 52.
Nulidad: 48.
Nun: 57.
Nunca más: 49.

O

O'Donnell: 26, 57.
Objeción de conciencia: 73.
"Ohio v. Akron Center for Reproductive Health et al": 35.
"Oliver": 49.
"Olmos": 35.
Ombudsman: 53.
Omisiones: 31.
Onganía: 26, 36, 68, 72.
Oposición política: 52.
"Opp Cotton Mills Inc. v. Administrator": 49.
"Orfila": 52.
Organización del poder: 81.
  microanálisis de la: 59.
Organización Internacional del Trabajo: 44.
  convenio 87: 44.
  convenio 98: 44.
Orgaz: 26, 41, 49.
Oriente Medio: 54.
Oroño: 26.
Ortiz: 68.
"Outon": 49, 72.
Oyhanarte: 26, 39, 49.

P

"P. de Bonafini": 49.
Pacto internacional: 38.
  de Derechos Civiles y Políticos: 35, 47, 49, 50.
  de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU: 44.
  de San José de Costa Rica: 35.
Pakistán: 54.
Palacio: 26, 43.
Palacios: 44.
Palme: 68.
Parent: 40.
Parfit: 35, 39.
"Paris Theatre v. Slaton": 36.
Parlamentarismo puro: 52.
Participación de los ciudadanos: 54.
  directa: 64, 70.
  en la Argentina: 54.
  política: 46.
Partidos de cuadros: 54.
  de masa: 54.
  dinámica de confrontación entre los 68.
  políticos: 54, 63.
"Pasadena City Board of Education v Spengler": 47.
Paso: 26.
Paternalismo: 29, 39, 41.
  legítimo: 29.
Pavón: 26.
Payró: 26.
Paz, B.: 72.
Peaje: 35.
Peligro claro y presente: 36.
Pellegrini: 26, 52.
Pena de muerte: 35.
"People v. Sinclair": 39.
Pera: 43.
"Peralta": 43, 51, 52.
"Pérez": 24.
"Pérez de Smith": 26, 35, 49, 51.
Pérez, Manuel: 26.
Pérez, R.: 26.
Perfeccionismo: 26, 28, 29, 39, 64.
"Perón": 26, 43, 51.
Perón: 26, 27, 36, 44, 49, 52 a 54, 68, 70.
Perón, Isabel: 26.
Peronismo: 26, 27, 54.
Perry: 35.
"Perry v. Siodermann": 49.
Personalización: 68.
  del poder: 69, 70
"Peters Hermanos": 49.
Petracchi: 26, 36, 40, 47, 72.
"Piccardo": 24.
Pilla: 52.
Pinedo: 26.
Pinochet: 52.
Pitkin: 63.

"Plá": 35.
Plan Austral: 52.
Plan Conintes: 26.
"Plessy v. Ferguson": 47.
Pluralismo: 60.
hecho del: 27.
Pluripartidismo: 63.
Pobreza estructural: 44.
Poder de policía: 50.
Judicial: 71.
organización del: 51.
Poderes financieros: 53.
implícitos: 53.
"Poletown City of Detroit": 43.
Políticas y principios: 73.
Politología: 6.
"Ponzetti de Balbín": 26, 36, 40.
Popper: 43.
"Portillo": 26, 39, 50, 51, 72, 73.
Portugal: 62, 68.
Positivismo conceptual: 7.
jurídico, diferentes tesis: cap. I, Apéndice ap. B.
Posner: 43.
Potash: 26.
"Powell v. Pennsylvania": 47.
Práctica: 31.
argentina, dualismo y ajuridicidad: 26.
reconstrucción radical: 25.
constitucional argentina: 68, 78.
continuidad de la: 73.
"Prattico": 43, 44.
Preámbulo: 22.
"Presbiterian Church of the United States": 37.
Presidencia hipertrofiada en la Argentina: 52.
norteamericana: 52.
Presidencialismo: 26, 69, 70.
atenuado: 52.
disfuncionalidad del: 68.
rigidez del sistema y válvulas de escape: 68.
Presidente de la República: 51.
relación consensual con el electorado: 62.
Presunción de inocencia: 48.
Primarias abiertas: 63.
Primer ministro: 68, 70.
"Primera Plana": 50.
"Primodor": 36.
Principio de autonomía de la persona: 29, 35, 48, 64, 73, 79.
de compensación: 48.
de diferencia de Rawls: 31.
de dignidad de la persona: 29, 35, 50, 79.
de enantiotelidad: 48.
de igualdad: 45.
de inviolabilidad de la persona: 29, 31, 45, 48, 50, 79.
de irretroactividad de la ley penal: 49.
de legalidad: 48.
de reserva: 53.
de ultraactividad de la ley más benigna: 49.
non bis in idem: 48.
nullum crimen, nulla poena: 49.
Principios morales intersubjetivos: 29.
procesales: 48.
Prisión preventiva: 35.
"Prize": 52.
Procedimiento de reenvío: 73.
penal nacional: 49.
Proceso democrático, valor epistémico del: 73.
de Reorganización Nacional: 26, 27.
Promulgación parcial: 22, 52.
Propiedad: 49.
concepto de: 43.
intelectual: 43.
plena: 43.
privada, valor instrumental de la: 43.
Protágoras: 29.
Proteccionismo radical: 43.
"Provincia de Santiago del Estero c/Estado Nacional": 72.
"Provincia de Santiago del Estero c/ Compagno": 49.
Proyecto de Constitución de 1813: 47.
de Alberdi: 43.
de la Comisión Oficial: 37, 47, 50.
de la Sociedad Patriótica: 37, 43, 47.
de Pedro de Ángelis: 37.
para las Provincias Unidas del Río de la Plata: 43.
Pueyrredón: 26.
Punto de vista normativo interno: 6.

Q

Quadros: 52, 68.
"Quesada Ignacio": 39.
"Quinn v. Williams Furniture Ltd.": 47.
Quiroga: 26.
"Quiroga": 73.
Quórum: 53.

R

"R. v. Hicklin": 36.
Rabossi: 46.

Radicalismo: 54.
"Railroad Commission of Texas v. Pullman Co.": 72.
Ramírez: 26.
Ramos Mejía: 26, 41.
Rawls: 9, 10, 15, 18, 25 a 32, 37, 43 a 46.
"Rayford, Reginald": 49.
Raz: 9, 14, 41, cap. I, Apéndice ap. B.
Razonamiento escalonado: 73.
práctico, conformación escalonada: 18.
estructura del: 73.
jurídico: 73.
Razones: 48.
"Red Lion Broadcating v. FCC": 36.
"Redrup v. New York": 36.
"Reed v. Reed": 47.
Referéndum: 64.
Reforma constitucional: 41, 44, 49, 50, 64, 70.
universitaria: 38.
Régimen de propiedad: 31.
político británico: 52.
Regímenes de gobierno, examen comparativo de: 52.
Regla de reconocimiento: 9, cap. I, Apéndice ap. B.
Reglamento de 1815: 36.
de 1817: 36.
de la Junta Conservadora: 49.
Provisorio de 1817: 37, 43, 47, 50.
Reichl: 43.
Reiman: 45.
"Reingeisen": 49.
Reiriz: 26.
Relatividad agencial: 44, 50.
Renhquist: 47.
Repetto: 26, 41, 43.
Representación: 63.
como mandato: 63.
como reproducción: 63.
idea de: 63.
proporcional: 68.
República de Weimar: 72.
Republicanismo cívico: 32.
Revocatoria: 64.
Revolución de Mayo: 28.
francesa: 30, 72.
"Rice v. Connoly": 35.
Riggs: 68.
Río Negro: 56.
"Ríos": 72, 73.
Ritualismo en el procedimiento: 48.
Rivadavia: 26.
Roca: 26, 52, 68.
Rocard: 68.
Rodríguez, M.: 26.
"Roe v. Wade": 35.
"Roemer v. Board of Public Works of Maryland": 37.
Rojas: 39.
Romanticismo social y político: 30.
Romero: 26.
Roosevelt: 43, 49, 52, 68.
Rosas: 26, 27, 30, 36, 68.
Ross: 22, 23, 67, cap. I, Apéndice ap. B.
Rossi: 35.
"Roth v. United States": 36.
"Rovegno": 47.
"Royal": 47.
"Ruckdeschel": 47.
Rousseau: 26.
Ryle: 67

S

Saavedra: 26.
Sáenz: 39.
Sáenz Peña: 26.
Sagarna: 43.
"Saguir y Dib": 35.
Saint Simon: 26.
"Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podesta c/Prov. de Bs. As.": 43.
"Salmerón": 49.
Sampay: 26, 29, 39, 44.
"San Antonio Independent School District v. Rodríguez": 47.
San Luis: 55.
San Martín: 26.
"Sánchez Sorondo": 36.
"Sánchez Arturo c/Segba": 43.
Sandel: 14, 30.
"Sardi": 24.
Sarmiento: 26, 29.
Sartori: 54, 60, 63, 68, 69.
Scanlon: 29, 36.
"Schenk v. United States": 36.
Schuster: 50, 51.
"Schvartzman": 49.
Schwartz: 56.
"Scipione": 49.
Searle: 18.
Seguí: 26.
Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949: 50.
"Sejean": 26, 35, 51, 72, 73.
Senado: 53, 55, 56, 61, 70.
Separabilidad de las personas: 50.
e independencia de las personas: 29, 32, 45.

Ser nacional: 29.
Servicio militar: 37, 73.
"Shapiro v. Thompson": 35, 47.
"Sherbert v. Verner": 37.
"Sherman and Apps": 49.
"Shlesinger v. Reservists Committee to Stop the War": 72.
Shue: 31.
Shumpeter: 60.
"Sierra Club v. Morton": 72.
Símbolos patrios, menosprecio de: 37.
Sindicatos, 26
Singer, Marcus: 18.
Singer, Peter: 31, 35.
"Singleton v. Wulff": 72.
"Siri": 26, 49, 51.
Sismondi: 26.
Sistema con voto alternativo: 55.
de doble vuelta: 54.
con mayoría absoluta: 54.
de gobierno de Chile: 52.
de Francia: 52.
de Portugal: 52.
de los Estados Unidos: 52.
de lista incompleta: 54.
de representación proporcional: 54.
de simple pluralidad: 54.
D'Hondt: 54.
económico: 31.
educativo: 38.
electoral: 54, 70.
en la Argentina, evolución del: 54.
mixto: 52, 62, 68, 69.
de comunicación pública: 65.
dinámico: 61, 68, 69.
parlamentario: 68, 69.
puro: 52.
presidencialista: 52, 65, 69.
proporcional: 63.
Sistemas mixtos: 61.
parlamentarios: 61, 68, 69.
Sittlichkeiten: 30.
"Skinner v. Oklahoma": 47.
Smith, Al: 64.
Smith, Adam: 43, 51.
"Smithfield": 47.
Soaje Ramos: 30.
Soares: 65.
Soberanía, dispersión de la: 61.
dispersión espacial: 61.
funcional: 61.
temporal: 61.
su transferencia a entes supranacionales: 58.
Socialismo: 54.
Sociedad abierta: 26.
cerrada: 27.
concepción liberal de la: 29.
patriótica: 40.
"Sofía": 26, 41, 50, 51.
"Sogga": 41.
"Sojo": 24, 26, 72.
"Solari Yrigoyen": 49.
Soler: 36, 49.
"Solibella": 24.
"Sosna v. Iowa": 72.
"Spalding v. Vilas": 52.
Spector: 44.
Spencer: 43.
"Springer v. Philippine Islands": 52.
"Stack v. Boyle": 35.
Standing: 72.
"Stanley v. Georgia": 36.
"Stanton v. Stanton": 47
Steiner: 45.
Stepan: 69.
Stephen: 39.
Stewart: 36.
"Stogmuller": 35.
Stone: 43, 47, 73.
"Strauder v. West Virginia": 47.
"Street v. New York": 36.
Suárez: 26.
Subsistema de control de recursos: 43.
Sudáfrica: 54.
Suecia: 40, 54.
"Sueldo de Polesman": 49, 72, 73.
Suicidio: 35.
Suiza: 47, 54.
"Sunday Times": 36.
Sunstein: 32, 61.
Superfluidad de la Constitución: 77, 90.
Supremacía de la Constitución: 73.
"Swift c/Gobierno Nacional": 43.

T

"Tata v. Short": 35.
Taylor: 14, 30.
Temkin: 45.
Teorema fundamental de la economía del bienestar: 43.
Teoría de la pena fundada en el consentimiento: 48.
Terrorismo: 26.
de Estado: 50.
subversivo: 50.
"Testa Maggio-Vitale": 43.
Testigos de Jehová: 36 a 38, 49.
"Texas v. Johnson": 36.
Thatcher: 65, 68.

Thompson: 46.
Thomson: 40.
"Timerman": 2, 26, 35, 49, 50, 55.
Tocqueville: 26.
Tomás y Valiente: 72.
Torrent: 72.
"Tot v. United States": 49.
Totalitarismo: 28.
Towers: 52.
"Traficante v. Metropolitan Life Insurance Co.": 72.
Traslado de la Capital Federal: 56.
Trasplantes de órganos: 35.
Tratado de la Comunidad Económica Europea: 47.
de Roma: 43.
del Beagle: 49, 54, 61, 64.
Tribe: 36, 37, 47 a 49, 52, 72.
Tribunal Constitucional alemán: 36, 52.
español: 72.
federal: 72.
portugués: 52.
Tribunal de Casación: 55.
Tribunales administrativos: 49.
constitucionales europeos: 74.
Truman: 52.
Tucumán: 56.
"Turax v. Raich": 47.
Tussman: 63.
"Tyrer": 35.

U

Ulpiano: 39.
Unger: 61, 69.
Unión Cívica Radical: 26, 54.
del Pueblo: 53.
Intransigente: 53, 54.
Unión de Centro Democrático: 54.
"Unión Local 590 v. Logan Valley Plaza": 36.
"United Jewish Organizations of Williamburgh v. Carey": 47.
"United Public Workers v. Mitchell": 72.
"United State petitioner v. René Martín Verdugo-Urtides": 34.
"United States v. Medina": 35.
"United States v. Calley": 35.
"United States v. Butler": 43.
"United States v. Carolene Products Co.": 47.
"United States v. Curtiss-Wright Export Corp": 52.
"United States v. Freuhauf": 72.
"United States v. Goldman": 35.
"United States v. Nixon": 52.
"United States v. Reynols": 37.
"United States v. Shawn D. Eichman et al": 36.
"United States v. United States District Court": 52.
Uriburu: 26, 68.
Urquiza: 26, 36.
Uruguay: 54, 58.
Utilitarismo: 31.
de reglas: 18.
Utopismo ilegítimo: 6.
legítimo: 6.

V

"Vachon v. New Hampshire": 49.
Vaguedad constitucional: 22.
Valenzuela: 68, 69.
Validez, concepto descriptivo: 58.
concepto normativo: 58.
definición de: 73.
de las normas jurídicas: 73.
"Van Gen en Loos": 58.
Van Gusteren: 46.
Vanossi: 44.
Varela: 72, 73.
Vargas: 57.
Vélez Sársfield: 26.
Venezuela: 67, 68.
"Verbitsky": 36.
"Vesta": 47.
Veto de bolsillo: 52.
Viajes: 26.
Vicepresidente: 68.
Vida: 49.
"Videla": 35, 51.
"Videla y otros: 35.
Videla: 36.
"Vicente Martini e hijos": 43.
Villegas Basavilbaso: 49.
"Villegas": 47.
Virtudes cívicas: 32.
Vítolo: 50.
Voltaire: 26.
Voluntad, excusas y vicios de la: 29.
Von Wright: 44.
Voto obligatorio: 32, 64.
voluntario: 32.
Votos, simple pluralidad de: 63.

W

"Wahalen v. Roe": 39.
Waisman: 26, 43, 57.
Waldheim: 68.
"Walz v. Tax Commision": 37.

Walzer: 30, 73.
Warren: 35, 47,72, 73.
Watanuki: 64.
"Watergate": 52.
Weber: 18, 63.
"Webster v. Reproductive Health Services": 35.
Weiler: 58.
"West Virginia Board of Education v. Barnnette": 37.
White: 43.
"Whitney v. Robertson": 52.
"Wiener v. United States": 52.
Wilde: 26.
Williams: 36.
Wilson: 45, 65.
"Winterwerp": 49.
"Wisconsin v. Constantineu": 49.
"Wisconsin v. Yoder": 37.
Wolfe: 72.
"Wolff v. MacDonnell": 49.

Y

Yemen: 39.
"Yick Wo v. Hopkins": 47.
"Yoder": 38.
"Young, James y Webster c/Gran Bretaña": 38.
"Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer": 52.
"YPF c/Provincia de Mendoza": 56.
Yrigoyen: 26, 52 a 54, 68.

Z

"Zamorano": 26, 35, 50.
"Zaracho": 47.
Zavalía: 72.
Zenteno: 26, 37.
"Ziella": 26, 35, 51.
"Zorach v. Caluson": 37.
Zorraquín Becú: 30.
Zuviría: 26.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTREA, Lavalle 1208, y fue impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Ciudad de Buenos Aires, en la primera quincena de febrero de 2013.