Resumen para el Primer Parcial | Derechos humanos y derecho constitucional (Catedra Lubertino-2018 | Sede Púan | Docentes Emiliano Marilungo, Tatiana Hirschhorn, Andrea Gonzalez, Mónica Francescangeli) | CBC | UBA

**UNIDAD 1:**

**Definición de Derecho:**

En el pensamiento teórico, y en el jurídico más que en ningún otro, todavía tiene alguna vigencia la concepción platónica respecto de la relación entre el lenguaje y la realidad.

Se piensa que los conceptos reflejan una presunta esencia de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos. Esto supone, que la relación entre los significados de las expresiones lingüísticas y la realidad, consiste en una conexión necesaria que los hombres no pueden crear o cambiar sino sólo reconocer, detectando los aspectos esenciales de la realidad que deben, ineludiblemente, estar recogidos en nuestros conceptos.

Esta concepción sostiene que hay una sola definición válida para una palabra, que esa definición se obtiene mediante intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por la expresión, y que la tarea de definir un término es, en consecuencia, descriptiva de ciertos hechos **“realismo verbal”.**

A este enfoque se opone una concepción **“convencionalista”** acerca de la relación entre el lenguaje y la realidad que es defendida por la llamada “filosofía analítica”.

Los filósofos analíticos suponen que la relación entre el lenguaje —que es un sistema de símbolos— y la realidad ha sido establecida arbitrariamente por los hombres y, aunque hay un acuerdo consuetudinario en nombrar a ciertas cosas con determinados símbolos nadie está obligado, ni por razones lógicas, ni por factores empíricos a seguir los usos vigentes, pudiendo elegir cualquier símbolo para hacer referencia a cualquier clase de cosas y pudiendo formar las clases de cosas que le resulten convenientes.

Para el análisis filosófico las cosas sólo tienen propiedades esenciales en la medida en que los hombres hagan de ellas condiciones necesarias para el uso de una palabra; decisión que, naturalmente, puede variar.

Según esta corriente de pensamiento, cuando nos enfrentamos con una palabra, por ejemplo, “derecho”, tenemos que darle algún significado sí pretendemos describir los fenómenos denotados por ella, pues no es posible describir, por ejemplo, el derecho argentino, sin saber lo que “derecho” significa.

Por otra parte, sin perjuicio de que podamos estipular un significado original o más preciso para la palabra que tenemos en vista, es conveniente investigar su significado en el lenguaje ordinario como un medio de descubrir distinciones conceptuales importantes, que presuponemos sin tener conciencia de ellas y cuyo desprecio puede provocar pseudo cuestiones filosóficas.

De este modo, la caracterización del concepto de derecho se desplazará de la obscura y vana búsqueda de la naturaleza o esencia del derecho a la investigación sobre los criterios vigentes en el uso común para usar la palabra “derecho”; y sí, prescindiendo de este análisis, o a través de él, llegamos a la conclusión de que nuestro sistema teórico requiere estipular un significado más preciso que el ordinario para “derecho”, la estipulación no estará guiada por un test de verdad en relación a la captación de esencias místicas sino por criterios de utilidad teórica y de conveniencia para la comunicación.

Si bien esta concepción tiene cada vez más vigencia en el pensamiento filosófico, no es común que los juristas se adhieran a ella, lo que incide, en no poca medida, en las dificultades y disputas para definir “derecho”.

Hay escritores que pretenden que sólo puede haber un único y verdadero concepto de derecho, y se enzarzan en graves meditaciones sobre la esencia de aquél, sin prestar atención al uso ordinario de la expresión y despreciando la estipulación de un significado para la palabra que sea teóricamente fecundo.

Hay juristas que no advierten que una cosa es definir una palabra y otra describir la realidad, y nos hablan del concepto de derecho como si hubieran descubierto los aspectos más profundos de aquélla.

Todo esto, por supuesto, es perjudicial para la identificación de los fenómenos jurídicos, y provoca estériles disputas y dificultades artificiales.

Pero el hecho de reemplazar la búsqueda de la “verdadera esencia del derecho” por una investigación del “uso” de la palabra “derecho” en el lenguaje corriente y en el de los juristas, no garantiza que vayamos a obtener una caracterización del concepto de derecho con perfiles claros y definidos, que satisfaga ciertas exigencias de operatividad teórica. Esto es así porque el uso común del término “derecho”, como el de muchas otras palabras, presenta ciertos inconvenientes que suelen generar una serie de equívocos en las discusiones de los juristas.

**La palabra "derecho” es ambigua**, y para colmo tiene la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de “banco”), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí.

Veamos estas tres frases:

**“El derecho argentino prevé la pena capital”.**

**“Tengo derecho a vestirme como quiera”.**

**“El derecho es una de las disciplinas teóricas más antiguas”.**

En la primera frase, “derecho*”* hace referencia a lo que, con más precisión, se llama **“derecho objetivo”**, o sea un ordenamiento o sistema de normas (por ejemplo un conjunto de leyes, decretos, costumbres, sentencias, etcétera).

En la segunda, “derecho” se usa como *"derecho subjetivo”*, como facultad, atribución permiso, posibilidad, etcétera.

En la tercera frase, la palabra “derecho” **se refiere a la investigación**, al estudio de la realidad jurídica que tiene como objeto el derecho en los dos sentidos anteriores (¡qué lamentable que la misma palabra haga referencia tanto al objeto de estudio como al estudio del objeto!).

En general, para evitar confusiones, se conviene en que “derecho" a secas denote el ordenamiento jurídico y que los demás sentidos sean mencionados con las expresiones “derecho subjetivo” y “ciencia del derecho”. Sin embargo, muchos juristas son víctimas de una confusión entre estos tres sentidos.

También resulta que la expresión **“derecho” es vaga.** No es posible enunciar, teniendo en cuenta el uso ordinario, propiedades que deben estar presentes en todos los casos en que la palabra se usa.

Algunos han pensado, en la coactividad como propiedad que en el lenguaje corriente se exige en todos los casos de uso de la palabra “derecho”. Pero resulta que hay sectores enteros de la realidad jurídica que no presentan esta característica en forma relevante (por ejemplo, la mayor parte del Código Civil).

Otros han propuesto como cualidad necesaria del concepto de derecho que se trate de **“directivas promulgadas por una autoridad”**, pero han tenido que olvidar las costumbres jurídicas, ya que, evidentemente, no presentan esta propiedad.

Hay quienes han elegido la propiedad de consistir en **“reglas generales”** como necesaria para el uso de “derecho” en todos los casos, pero bien pronto se enfrentaron con las sentencias judiciales que constituyen normas particulares.

No es nada extraño que una palabra presente este tipo de vaguedad en el uso corriente. Sin embargo, a muchos juristas, imbuidos del espíritu esencialista, les resulta un hueso duro de roer, y suponen que debe necesariamente haber algo oculto y misterioso que relaciona a todos los fenómenos jurídicos entre sí, y hacen esfuerzos desesperados para encontrarlo, y formulan encantadoras fantasías para simular haberlo hallado.

El hecho que reconozcamos esta imprecisión de la palabra derecho en el lenguaje común, no quiere decir que estemos amarrados a ella y no podamos incorporar la expresión “derecho” a un sistema teórico sin esta vaguedad. Obviamente, en ciertos contextos necesitamos asignar a la palabra “derecho” un significado lo menos vago posible; pero esto, naturalmente, nos obliga a estipular un conjunto de propiedades como necesarias, aunque no lo sean estrictamente en el uso común, y nos conduce a excluir de la denotación de “derecho” algunos fenómenos que usualmente son nombrados con esta palabra.

El último inconveniente que presenta “derecho” en el lenguaje corriente es su **carga emotiva**.

Las palabras no sirven solamente para referirse a cosas o hechos y para designar propiedades, sino que a veces se usan también para expresar emociones y provocarlas en los demás. Hay palabras que sólo tienen esta última función (como “¡ay!” y ‘¡hurra!”); otras tienen tanto significado descriptivo como emotivo (por ejemplo, “democracia” y “bastardo”) y otras tienen solo significado cognoscitivo (como “triángulo” y “lapicera”).

**“Derecho”** es una palabra con significado emotivo favorable. Nombrar con esta palabra un orden social implica condecorarlo con un rótulo honorífico y reunir alrededor de él las actitudes de adhesión de la gente.

Cuando una palabra tiene carga emotiva, ésta perjudica su significado cognoscitivo. Porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar fuera de su denotación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable. Esto provoca una gran imprecisión en el campo de referencia de la expresión, y en el caso de “derecho” explica muchas de las diferencias entre las definiciones que sustentan los juristas.

Esto lo veremos ahora con más detalle, puesto que se relaciona con la vieja polémica entre iusnaturalistas y positivistas acerca del concepto de derecho.

**2. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico**

Parece obvio que las connotaciones emotivas de la palabra “derecho” se deben a que los fenómenos jurídicos están estrechamente relacionados con valores morales, en especial el de justicia (la gente tiende a asumir actitudes emocionales toda vez que hay cuestiones morales en juego). Siendo esto así, una amplia corriente de pensamiento siempre ha supuesto o propugnado que la relación entre el derecho y la moral debe necesariamente reflejarse en el concepto de derecho.

Sin embargo, la idea de que hay una relación esencial entre el derecho y la moral puede tener muchas variantes y no todas, ellas son relevantes para la caracterización del concepto de derecho.

Conviene mencionar algunas de las tesis más comunes que sostienen que hay una conexión o asociación importante entre el derecho y la moral:

1) Las normas de todo sistema jurídico reflejan de hecho los valores y aspiraciones morales de la comunidad en la cual rigen o de los grupos de poder que participan directa o indirectamente en el dictado de tales normas.

2) Las normas de un sistema jurídico deben ajustarse a ciertos principios morales y de justicia que son universalmente válidos, con independencia de que ellos sean aceptados o no por la sociedad en que tales normas se aplican.

3) Las normas de un sistema jurídico deben reconocer y hacer efectivas las pautas morales vigentes en la sociedad, cualquiera que sea la validez de tales pautas desde el punto de vista de una moral crítica o ideal.

4) No es posible formular una distinción conceptual tajante entre las normas jurídicas y las normas morales vigentes en una sociedad.

5) Los jueces aplican de hecho en sus decisiones no sólo normas jurídicas sino también normas y principios morales.

6) Los jaeces deben recurrir a normas y principios morales para resolver cuestiones que no están claramente resueltas por las normas jurídicas.

7) Los jueces deben negarse a aplicar aquellas normas jurídicas que contradicen radicalmente principios morales o de justicia fundamentales.

8) Si una regla constituye una norma de un sistema jurídico ella tiene fuerza obligatoria moral, cualquiera que sea su origen y contenido, y debe ser aplicada por los jueces y obedecida por la gente.

9) La ciencia jurídica debe encarar la tarea de formular principios de justicia aplicables a distintas situaciones jurídicamente relevantes y evaluar hasta qué punto las normas jurídicas vigentes satisfacen tales principios y pueden ser interpretadas de modo de conformarse a sus exigencias.

10) Para identificar a un sistema normativo como un orden jurídico o a una regla como una norma jurídica no basta verificar que el sistema o la regla en cuestión satisfacen ciertas condiciones tácticas, sino que debe determinarse además su adecuación a principios morales y de justicia; un sistema o una regla que no se adecúen a tales principios no pueden ser calificados de jurídicos.

Estas diversas tesis que sostienen que hay una relación relevante entre derecho y moral son, en la mayoría de los casos, independientes entre sí y no siempre mutuamente compatibles. Por otra parte, no todas ellas tienen el mismo carácter lógico. Algunas son de índole fáctica y pretenden describir lo que ocurre en la realidad; otras son de tipo valorativo o normativo y están dirigidas a estipular lo que debe o no debe hacerse; por fin, otras de las tesis mencionadas son de índole conceptual y versan acerca de la caracterización o definición de ciertas nociones, como la de sistema jurídico o norma jurídica.

La vieja polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico gira alrededor de la relación entre derecho y moral. Una descripción simplista del contenido de esa polémica diría que, mientras que el iusnaturalismo sostiene que hay una conexión intrínseca entre derecho y moral, el positivismo jurídico niega tal conexión. Pero acabamos de ver que hay muchas formas muy diferentes de sostener que hay una vinculación importante entre derecho y moral. No puede pensarse que el iusnaturalismo afirme las diez tesis que se acaban de exponer y el positivismo se oponga a todas ellas. ¿Cuál es, entonces, la tesis acerca de la relación entre derecho y moral que el iusnaturalismo defiende y que el positivismo ataca?

**El “iusnaturalista” puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis**:

a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.

b) Una tesis acerca de la definición de concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia.

Si alguien rechaza alguna de estas tesis, aun cuando acepte la otra (suponiendo que ello sea posible), no será generalmente considerado un iusnaturalista.

Si bien todos los iusnaturalistas coinciden sustancialmente en defender estas dos tesis, discrepan acerca del origen o fundamento de los principios morales y de justicia que conforman el llamado “derecho natural” y acerca de cuáles son tales principios.

**El “iusnaturalismo teológico”**

Cuyo más destacado representante fue Santo Tomás de Aquino, sostiene que el derecho natural es aquella parte del orden eterno del universo originado en Dios que es asequible a la razón humana. Ningún orden positivo tiene fuerza obligatoria si no concuerda con los principios de derecho natural.

Según Víctor Cathrein, prominente filósofo tomista, el derecho natural encuentra su fundamento primario en su absoluta necesidad para la sociedad humana. “Para todo el que cree en Dios, está claro que no podría el Creador dejar a los hombres sobre la tierra sin darles lo que les es, universalmente necesario para su conservación y desarrollo”. Ese derecho natural no solo es un derecho que debe ser, sino un derecho verdadero, válido, existente. Además, el derecho natural es universal, aplicable a todos los hombres y en todos los tiempos, y necesario, puesto que es inmutable.

De acuerdo con este filósofo católico, el orden positivo que no se adecúe al derecho natural no tiene fuerza obligatoria de derecho. “Imaginemos un tirano de la especie del príncipe de Dahomé, que erige en norma su crueldad y su lascivia, y que actualmente ofrece hecatombes de víctimas humanas a su capricho. ¿Hemos de dar el santo nombre de derecho a esas sanguinarias órdenes de un déspota?”.

Según esta concepción las leyes positivas deben obtenerse por “conclusión del derecho natural” (como las que prohíben matar), o deben tener la función de “determinación aproximativa”, precisando los postulados generales del derecho natural (por ejemplo, estableciendo la edad en que se adquiere la capacidad para contratar). Las leyes positivas deben tener también la función de hacer efectivos, mediante la coacción, los mandatos del derecho natural. (Ver también, Cap. VII, p. 388 y ss.)

**El “iusnaturalismo racionalista”**

Se originó en el llamado movimiento iluminista que se extendió por Europa en los siglos XVII y XVIII, y que fue expuesto por filósofos como Spinoza, Pufendorf, Wolff y finalmente Kant. Según esta concepción el derecho natural no deriva de los mandatos de Dios sino de la naturaleza o estructura de la razón humana.

Los juristas racionalistas intentaron formular detallados sistemas de derecho natural, cuyas normas básicas, de las cuales se inferían lógicamente las restantes, constituían supuestos axiomas autoevidentes para la razón humana, comparables a los axiomas de los sistemas matemáticos. Los presupuestos y métodos del racionalismo influyeron en la configuración de la llamada “dogmática jurídica”, que es la modalidad de la ciencia del derecho que prevalece en los países de tradición continental europea.

Después de este último movimiento surgieron otras corrientes iusnaturalistas generalmente de índole encubierta (ya que fueron, en general, reacias a asignarse a sí mismas ese calificativo). La concepción historicista, de autores como Savigny y Puchta, pretende inferir normas universalmente válidas a partir del desarrollo de la historia humana. Se supone la historia se mueve por una necesidad interna que la conduce hacia algún destino. El criterio para determinar lo bueno y lo malo lo constituye la dirección de la historia. Esta concepción pretende, pues mostrar que ciertas normas o valoraciones derivan de determinadas descripciones o predicciones acerca de la realidad es decir que lo que debiera ser se infiere de lo que es o será.

**El “naturaleza de las cosas’'**

La misma pretensión se halla detrás de otra corriente iusnaturalista que se ha difundido en este siglo, sobre todo en Alemania: la que se funda en la **“naturaleza de las cosas’'**. Esta concepción, defendida por autores como Dietze, Maihofer y Welzel, sostiene, en general, que ciertos aspectos de la realidad poseen fuerza normativa, y constituyen una fuente de derecho a la cual debe adecuarse el derecho positivo.

Por ejemplo, Hans Welzel afirma que, en realidad, existen ciertas estructuras ontológicas, que denomina "estructuras lógico-objetivas”, las que, según él, ponen límites a la voluntad del legislador. En especial, señala Welzel que estas. estructuras determinan un concepto "finalista” de acción humana, que no puede ser desvirtuado por el legislador, del que se inferirían una serie de soluciones relevantes para el derecho penal.

A pesar de esta diversidad en cuanto al origen de los principios del derecho natural y en cuanto al contenido de dichos principios, el iusnaturalismo puede ser caracterizado por su adhesión a las dos tesis mencionadas antes.

**Positivismo:**

Mucho más difícil resulta en cambio, caracterizar la concepción positivista del derecho. Esto es así porque la expresión “positivismo” es marcadamente ambigua ella hace referencia a posiciones diferentes que a veces nada tienen que ver entre sí, que en muchos casos fueron explícitamente rechazadas por algunos autores considerados positivistas y que en otros casos, fueron sostenidas por juristas positivistas, pero no como parte esencial del positivismo por ellos defendido. Algunas de las principales posiciones que sé han atribuido, por sus propios cultores o por sus oponentes, al positivismo son las siguientes:

**a) El escepticismo ético:**

Muchos juristas identifican el positivismo con la tesis de que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos. Esta tesis se opone directamente a la primera tesis del iusnaturalismo.

Si tomamos en cuenta la obra de algunos prominentes pensadores positivistas como Hans Kelsen y Alf Ross advertiremos fácilmente que esta tesis es en general, decididamente defendida por ellos. Bajo la influencia de concepciones filosóficas empiristas y de los postulados del llamado “positivismo lógico”, originado en el Círculo de Viena, estos autores sostienen que los únicos juicios cuya verdad o falsedad es decidible racionalmente son (fuera de los juicios analíticos cuya verdad está determinada por su estructura lógica) los juicios que tienen contenido empírico. Según éstos y otros autores, los enunciados morales no satisfacen esta condición y no expresan, por lo tanto, genuinas proposiciones que puedan ser calificadas de verdaderas o falsas. Los enunciados valorativos son, para ellos, subjetivos y relativos y se limitan a ser la expresión de estados emocionales de quienes los formulan. Kelsen afirma que, por ejemplo, las definiciones del concepto de justicia que se han propuesto son vacías de contenido, y que no puede ser de otra manera, pues el concepto carece de contenido cognoscitivo la justicia es un mero “ideal irracional”. Los intentos de justificar racionalmente ciertos principios de justicia suelen incurrir, según este autor, en el vicio lógico de pretender derivar juicios de “deber ser”, o normativos, de juicios del “ser”, o descriptivos. j

Sin embargo, no todos los positivistas comparten esta tesis de filosofía ética. Lejos de ello, pensadores como Bentham y Austin, los que pueden ser considerados fundadores del **positivismo jurídico moderno**, creían en la posibilidad de justificar racionalmente un principio moral universalmente válido del cual se derivan todos los juicios valorativos: es el llamado “principio de utilidad”, el cual sostiene, en substancia, que una conducta es moralmente correcta cuando contribuye a incrementar la felicidad del mayor número de gente. Es más, estos autores sostuvieron que este principio está en consonancia con la naturaleza humana, y Austin, en particular, afirmaba que deriva, en última instancia, de la voluntad divina. Aun un positivista contemporáneo como H. L. A. Hart no es, de ningún moderado escéptico en materia ética, y ha incursionado con lucidez en la discusión de problemas valorativos, como el de la justificación de la pena, poniendo de manifiesto que no presupone que tal tipo de discusión sea irracional e involucre un mero choque de actitudes emotivas.

De este modo, no es correcto identificar el positivismo jurídico con el escepticismo ético. Si algo hay en común en el pensamiento de los más importantes representantes de la concepción positivista del derecho, ello no es la creencia de que los juicios valorativos sean subjetivos y relativos. Aun en el caso de Kelsen y Ross se puede afirmar que, si bien su escepticismo ético les sirve de apoyo, como luego veremos, para defender su posición positivista, ellos no identifican esta posición con el escepticismo ético.

Por lo tanto, debemos concluir que no es esencial a la posición positivista el rechazo de la primera tesis del iusnaturalismo. La creencia de que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y racionalmente justificables es perfectamente compatible con la concepción positivista del derecho (aun cuando los positivistas se resistirán a calificar tales principios de “derecho, natural”, para evitar que se confunda su posición con la de los iusnaturalistas).

**b) El positivismo ideológico:**

Se ha atribuido también al positivismo la tesis de que cualquiera que sea el contenido de las normas del derecho positivo éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas por la población y aplicadas por los jueces, haciendo caso omiso de sus escrúpulos morales.

Esta tesis es, en substancia, la que antes se ha presentado como tesis 8 acerca de la relación entre derecho y moral e implica la negación de la tesis 7. Sin embargo, es muy difícil encontrar algún filósofo positivista importante que se adhiera plenamente a esta tesis. Si tomásemos en cuenta la obra de autores como Renthairij Austin, Hart, Ross y Bohbio, no halláremos ningún elemento de juicio en apoyo de esta tesis y hasta afirmaciones explícitas en contra de ella. El caso de Kelsen, como veremos en seguida, es más complicado, porque su teoría incluye ciertas postulaciones, que parecen implicar la tesis que estamos considerando, aunque creo que en definitiva es injusto atribuírsela. No obstante, este hecho, es esta la posición que con mayor frecuencia ha sido imputada al positivismo por los autores iusnaturalistas, y la creencia de que los positivistas se adhieren a esta idea está detrás de la acusación corriente de que la doctrina positivista sirve para justificar cualquier régimen de fuerza y ha contribuido, en Consecuencia, a proveer un marco teórico para legitimar un sistema como el nazi o el soviético.

Norberto Bobbio denomina la tesis que estamos comentando **“positivismo ideológico”** y la caracteriza como la concepción que defiende estas proposiciones:

1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo o sea qué el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez.

2) El derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad sirve con su misma existencia independientemente del valor moral de sus reglas para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia 'legal” (en El problema del positivismo jurídico).

El positivismo ideológico pretende que los jueces asuman una posición moralmente neutra y que se limiten a decidir según el derecho vigente. Pero esta pretensión es ilusoria.

Si se define el derecho en términos puramente fácticos, las proposiciones acerca de lo que el derecho vigente dispone son redimibles a proposiciones acerca de hechos. Ahora bien, es un principio de la lógica del razonamiento práctico (e| razonamiento que conduce a la justificación de una acción o decisión) que las proposiciones que describen meros hechos no expresan razones operativas para justificar acciones o decisiones. No se puede justificar una acción o decisión solamente sobre la base de que algo ocurrió u ocurrirá en la realidad. Debe recurrirse además o bien a deseos o intereses o bien a valoraciones. Cuando se trata de una acción moralmente relevante, las razones morales excluyen las razones prudenciales constituidas por deseos o intereses, que ya no bastan para justificar la acción o decisión. (No basta, por ejemplo, para justificar mi decisión de pasar un tiempo en Oxford, el que mencione el hecho de que es un lugar ideal para estudiar filosofía; tengo que acudir, además, a mi deseo o interés de estudiar filosofía lo que generalmente está implícito cuando se hace el primer tipo de mención. Pero si tengo por ejemplo el deber de cuidar a un pariente enfermo y el ir a Oxford impide cumplir ese deber, no es tampoco suficiente para justificar mi decisión de pasar un tiempo en Oxford el que haga referencia a un deseo o interés.

Esto significa que cuando un juez pretende justificar su decisión diciendo: “el derecho vigente dispone la solución que estoy adoptando”, si consideramos como los positivistas lo hacen que esta proposición es meramente descriptiva de ciertos hechos y no implica valoraciones debemos concluir que el juez no ha conseguido justificar su decisión, a menos que esté presuponiendo Implícitamente como generalmente ocurre un principio moral como el que dice “debe observarse lo que dispone el derecho positivo”. Los jueces, como todos nosotros, no pueden eludir, adoptar posiciones morales en materias moralmente relevantes. En definitiva, el positivismo ideológico es una posición valorativa que sostiene que los jueces deben tener en cuenta en sus decisiones un solo principio moral: el que prescribe observar todo lo que dispone el derecho vigente. Pero una vez que se advierte esto, se advierte también la radical debilidad del positivismo ideológico.

Hemos dicho que los principales representantes del positivismo están lejos de ser positivistas en el sentido ideológico. Kelsen es un caso especial. Sostiene que las normas jurídicas existen en tanto y en cuanto son válidas o tienen fuerza obligatoria; las normas se dan, no en el mundo de los hechos, de lo que “es", sino en el mundo de lo que "debe ser". (Aunque sean necesarios ciertos hechos, como el que sean dictadas y aplicadas, para que existan.) En esto Kelsen coincide con el iusnaturalismo, pero como este autor pretende fundar una ciencia jurídica valorativamente neutra, rechaza la pretensión iusnaturalista de que la validez o fuerza obligatoria de las normas jurídicas deriva de su concordancia con principios morales de justicia. Para Kelsen tal; validez o fuerza obligatoria deriva, en cambio, de una norma no positiva, su famosa norma básica, que dice que lo que un orden coactivo eficaz dispone “debe ser". Ésta no es. para Kelsen; una norma moral; ella es un mero presupuesto Epistemológico, una suerte de hipótesis de trabajo, de la ciencia jurídica. Este presupuesto epistemológico permite a los juristas acceder, sin asumir un compromiso moral o ideológico, a la verdadera realidad jurídica, que, como hemos dicho, está compuesta, para Kelsen no por hechos, sino por entidades —las normas jurídicas— que pertenecen al mundo del “deber ser”. Si un estudioso del derecho; no presupone que lo que dispone una orden de quien ejerce el poder debe ser observada, no estará en condicionas de describir; esa orden como una norma jurídica. Describiría un mero hecho, tal como lo hacen, por ejemplo, los sociólogos.

Pero en ningún momento dice Kelsen que los jueces tienen que aceptar en sus decisiones la norma básica que

dice que debe observarse lo que dispone un sistema coactivo eficaz. El solo habla de la aceptación hipotética de la norma básica por parte de los juristas teóricos, para describir —no para aplicar— el derecho. Kelsen no niega que los jueces pueden dejar de aplicar en sus decisiones normas jurídicas por razones morales. Esto permite sostener, que a pesar de las apariencias, tampoco Kelsen es “un positivista ideológico”, Kelsen no afirma que existe una obligación moral de obedecer o aplicar toda norma jurídica.

**c) El formalismo jurídico:**

También se suele atribuir al positivismo una cierta concepción acerca de la estructura de todo orden jurídico. Según esta concepción el derecho está compuesto exclusiva o predominantemente por preceptos legislativos, o sea por normas promulgadas explícita y deliberadamente por órganos centralizados y no por ejemplo por normas consuetudinarias o jurisprudenciales. También sostiene esta concepción que el orden jurídico es siempre completo —o sea no tiene lagunas— consistente —no presenta contradicciones—, preciso —sus normas no son ni vagas ni ambiguas. En suma, el orden jurídico es un sistema autosuficiente para proveer una solución unívoca para cualquier caso concebible Bobbio ha denominado esta concepción “positivismo teórico”, porque involucra una cierta teoría acerca de la estructura de todo orden jurídico. También se suele denominar tal concepción “formalismo jurídico”.

Este tipo de positivismo generalmente va unido al positivismo ideológico que acabamos de examinar. Esto es así porque por un lado, el positivismo ideológico defiende, en general, la absoluta sumisión de los jueces a los mandatos legislativos —lo que presupone que el derecho está compuesto sólo por leyes— y por otro lado, el postulado del positivismo ideológico, de que los jueces deben decidir siempre según normas jurídicas no según otro tipo de principios, presupone que las normas jurídicas siempre ofrecen una solución unívoca y precisa para cualquier caso concebible de lo contrario los jueces tendrían que recurrir a veces a otro tipo de criterios no jurídicos para justificar su decisión.

Como veremos en otro lugar de esta obra, esta concepción del derecho ha tenido una considerable influencia en la conformación del tipo de ciencia jurídica que se ha desarrollado en los países de la tradición continental europea —la llamada “dogmática jurídica”— y muchos de los cultores de esta ciencia se adhieren implícitamente a esta concepción, incluso en casos en que tales juristas manifiestan ser iusnaturalistas.

Como en el caso de las tesis examinadas precedentemente tampoco es verdad que los principales representantes del positivismo se adhieren a esta concepción del derecho. Por lo contrario tanto Kelsen como Eoss y Hart sostienen claramente que un orden jurídico puede estar integrado no sólo por normas legisladas sino también por normas consuetudinarias y jurisprudenciales, y no se pronuncian acerca de cuáles de estas normas tienen prioridad.

**d) El positivismo metodológico o conceptual:**

Si ninguna de las tesis anteriores caracteriza; esencialmente al positivismo defendido por autores como Bentham, Austin, Hart, Ross, Kelsen, Bobbio, etc. ¿cuál es la tesis en la que todos estos autores coinciden? La respuesta es que ella consiste en la negación de la tesis 10 que se mencionó al comienzo de esta sección o sea consiste en la tesis de que el concepto de derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas. Según esta tesis las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone no implican juicios de valor y son verificables en relación a ciertos hechos observables empíricamente. La idea de que el concepto de derecho debe caracterizarse en términos no valorativos y haciendo alusión a propiedades fácticas es una mera tesis conceptual. Ella no implica ninguna posición valorativa acerca de cómo deben ser las normas jurídicas, y cuál es la actitud que debe adoptarse frente a ellas. Es perfectamente coherente, según esta posición, decir que cierto sistema es un orden jurídico o que cierta regla es una norma jurídica, pero que son demasiado injustos como para ser obedecidas o aplicados. Un positivista de esta persuasión puede decir, sin contradicción, que en determinados casos los jueces están moralmente obligados a desconocer ciertas normas jurídicas, Este tipo de afirmación no será aceptado ni por los iusnaturalistas ni por los positivistas ideológicos, un iusnaturalista dirá que si los jueces están moralmente obligados a desconocer una norma, ella no es una norma jurídica. Un positivista ideológico dirá, en -cambio que si una norma es una norma jurídica, los jueces están necesariamente obligados a aplicarla.

Para distinguirlo del positivismo ideológico y del teórico, a este tipo de positivismo suele denominárselo "positivismo metodológico”. Quizás sería más claro aún llamarlo "positivismo conceptual”, para indicar que su tesis distintiva es una tesis acerca de la definición del concepto de derecho. Esta tesis conceptual se opone a la segunda tesis del iusnaturalismo, que afirma que la- identificación de un orden jurídico o de una norma jurídica presupone juicios valorativos acerca de la adecuación de ese orden a ciertos principios morales o de justicia. En cambio, el positivismo metodológico o conceptual no se opone como tal, a la primera tesis del iusnaturalismo, que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y justificables racionalmente. Este tipo de positivismo no involucra una tesis de filosofía ética y no implica necesariamente la adhesión a una posición escéptica respecto de la justificación de los juicos de valor.

En definitiva, la controversia entre el iusnaturalismo y el positivismo que estamos considerando se reduce a una mera cuestión de definición de “derecho”. ¿Cómo debe decidirse esa controversia?

Para quienes subscriben una concepción “esencialista” del lenguaje, se trata de captar cuál es la verdadera esencia del derecho. Pero los que adoptan esta concepción no nos ofrecen un procedimiento intersubjetivo para aprender la esencia de una cosa, sino que recomiendan, en última instancia, confiar en cierta intuición intelectual que no es objetivamente controlable. De este modo, resulta difícil vislumbrar cómo puede resolverse esta controversia en el marco de una concepción esencialista.

En cambio, según la concepción “convencionalista” del lenguaje, el significado de una palabra está determinado por las reglas convencionales que determinan las condiciones de uso de-esa palabra- Si es así, una controversia acerca del significado de una expresión lingüística, tal como "derecho”, puede encararse.

en dos planos diferentes. El primero consiste en averiguar cómo se usa efectivamente en el lenguaje ordinario la palabra en cuestión. No hay duda de que, en muchos contextos, la palabra “derecho” se emplea sin

ninguna connotación valorativa (aun cuando la palabra conserve como ya vimos, cierta carga emotiva favorable). La frase “el derecho es sumamente injusto” no parece que sea autocontradictoria, tal como lo es, por ejemplo, la frase “este oro no es metálico”. Sin embargo, es posible que, en ciertos otros contextos, el término “derecho” o el calificativo “jurídico” se empleen para hacer referencia sólo a reglas que deben ser —desde el punto de vista moral — observadas y aplicadas. Al fin y al cabo, sería irrazonable suponer que el iusnaturalismo no ha teñido influencia en el lenguaje ordinario y que la palabra “derecho” nunca se emplea como esta concepción propugna. Es posible que tanto el positivismo como el iusnaturalismo hayan logrado cierto grado- de autoconfirmación, incidiendo en la generación de usos diferentes de la palabra “derecho” que concuerdan con las propuestas de una y otra concepción y dando lugar a que esta palabra padezca de cierta ambigüedad en el lenguaje ordinario. Mientras que en el contexto de estudios sociológicos, históricos, antropológicos, del derecho comparado, no hay duda de que la expresión “derecho" emplea con el significado que los positivistas proponen, es probable que en el discurso de los jueces y abogados prácticos algunas veces se use la expresión de acuerdo con la concepción iusnaturalista, o sea haciendo alusión a normas que deben ser reconocidas y observadas, que tienen necesariamente fuerza obligatoria moral. Si esto fuera así, no se podría decir que una de las dos concepciones en pugna —el positivismo o el iusnaturalismo— es la única que describe correctamente el uso común de la expresión “derecho”. Una y otra concepción, parecen reflejar el uso de la expresión en ciertos contextos, uso que ha sido determinado en parte, por la influencia de la respectiva concepción en tales contextos. Sin embargo, se podría sostener que no tiene sentido reducir las posiciones iusnaturalista y positivista a meras tesis lexicográficas acerca de cómo se emplea efectivamente la palabra “derecho” en el lenguaje espontáneo de legos y teóricos. Tal vez estas posiciones versen acerca de cómo debería usarse esta expresión y no acerca de cómo se la emplea efectivamente. Esto nos conduce al segundo plano en el que, según la concepción “convencionalista” del lenguaje, puede encararse una discusión sobre; el significado de una expresión lingüística.

Los positivistas han formulado varios argumentos en favor de definir la palabra “derecho” haciendo sólo alusión a propiedades descriptivas y no valorativas. Uno de ellos, formulado por autores como Kelsen y Ross, es que es conveniente definir “derecho” o “sistema jurídico” de modo tal que estas expresiones puedan ser usadas como componente central del lenguaje de la ciencia jurídica, la que, como toda ciencia, debe ser puramente descriptiva y valorativa ente neutra. Una actividad teórica descriptiva necesita recurrir a términos cuyo significado sea exclusivamente descriptivo si emplea expresiones con connotaciones valorativas, los enunciados que formule no serán axiológicamente neutros. Sin embargo, iusnaturalista podría replicar, en primer lugar, que el término “derecho” no se emplea sólo en el marco de la ciencia jurídica sino también en actividades que son esencialmente normativas y no descriptivas, como la administración de justicia. En segundo término, se podría sostener que es controvertible que la actual ciencia jurídica sea una actividad puramente descriptiva y que es también discutible que ella deba serlo. Esto es lo que hace, indirectamente relevante, para la discusión entre positivistas e iusnaturalistas, la tesis 9, mencionada al comienzo. En definitiva, este argumento depende, pues, de la cuestión acerca de la naturaleza y alcances de la llamada “ciencia jurídica” cuestión que será tratada en el capítulo VI. Otro argumento, también implícito en autores como Kelsen. y Ross, es que, siendo los juicios de valor subjetivos y relativos, si se definiera el concepto de derecho tomando en cuenta propiedades valorativas, este concepto se transformaría también en una noción subjetiva y relativa, que cada uno emplearía en forma; divergente según sus preferencias y actitudes motivas; esto haría imposible una comunicación eficaz y fluida entre juristas; abogados, jueces, etcétera. El hecho de que Kelsen y Ross recurran a este argumento es lo que nos ha permitido decir que, si bien el escepticismo ético que ellos defienden, no se identifica con su posición positivista, él les sirve de apoyo para sostener tal posición. Pero, como hemos visto, no todos los positivistas son escépticos en materia ética, por lo cual no todos ellos pueden recurrir a este argumento para defender una definición puramente descriptiva, que no tome en cuenta propiedades valorativas, de la expresión “derecho".

Un tercer argumento, que casi todos los positivistas exponen, alude a las ventajas teóricas y prácticas que se obtienen si se define “derecho” de tal modo que sea posible distinguir cuidadosamente el derecho que “es" del derecho que “debe ser". Una definición del tipo que el iusnaturalismo propone hace imposible esta distinción puesto que, según él, nada “es" derecho, si no “debe ser” derecho. Esto implica confundir la realidad con nuestros ideales, lo que obstaculiza no sólo la descripción de la realidad sino también la misma crítica de esa realidad según nuestros ideales. Pero un iusnaturalista podría replicar que su definición de “derecho” permite hacer una distinción que es exactamente paralela a la que el positivismo propone y que satisface los mismos fines la distinción entre lo que “es" derecho y lo que “es considerado” derecho (por parte de cierta gente). Cuando un positivista dice que algo “es" derecho, un iusnaturalista diría que eso “es considerado” derecho y cuando un positivista afirma que algo “debería ser” derecho, un iusnaturalista (qué comparta sus convicciones valorativas) diría que eso “es" derecho.

Sin embargo, esta réplica no es totalmente convincente, ya que hay ciertos inconvenientes que acarrea el definir cualquier concepto mediante propiedades valorativas o normativas.

En primer lugar, aunque haya principios morales o de justicia de índole objetiva, es un hecho obvio que la gente difiere en la práctica acerca de cuáles son esos principios. Por lo tanto, si se definiera el concepto de derecho tomando en cuenta propiedades valorativas, si para identificar a un orden jurídico hubiera que determinar su conformidad con aquellos principios morales y de justicia, la gente diferiría grandemente en su identificación de los sistemas jurídicas. Esto traería graves problemas para la comunicación, principalmente entre los juristas.

En segundo lugar, hay un cierto tipo de crítica valorativa de un individuo, objeto o institución que presupone una comparación con otros que pertenecen a la misma dase por compartir con el primero ciertas propiedades fácticas comunes.

**Realismo Jurídico:**

**a) El escepticismo ante las normas**

Entre varias otras, hay una importante corriente del pensamiento jurídico que se ha desarrollado dinámicamente en los Estados Unidos y los países escandinavos, con escritores tales como Holmes, Llewellyn, Frank, que muestran lo que se ha llamado “una actitud escéptica ante las normas jurídicas”.

Como dice H. L. A. Hart (en El concepto del derecho), el escepticismo frente a las normas es una especie de reacción extrema contra una actitud opuesta el formalismo ante las normas y los conceptos jurídicos.

En los países del denominado “derecho continental europeo”- Francia, Alemania, Italia, España, etc., y la mayor parte de Iberoamérica, predomina entre los juristas un pronunciado formalismo ante las normas. El hecho de contarse en estos países con una amplia codificación del derecho, dio pie para que los juristas asignaran, a esos sistemas, y a las normas que los constituyen, una serie de propiedades formales que no siempre tienen precisión, univocidad, coherencia, completitud, etcétera. La asignación de estas propiedades con un grado mayor del que permite la realidad, se debe, entre otras cuestiones, a ciertas hipótesis implícitas de la dogmática continental sobre presuntas cualidades racionales del legislador. Como los juristas suponen que el legislador es racional, no pueden admitir por ejemplo, que dos de sus normas estén en contradicción, y si lo están, afirman que es sólo una apariencia, pues investigando el verdadero sentido de las normas en cuestión podrá determinarse para cada una de ellas un ámbito de aplicación independiente en el que no entre en conflicto con la otra, Los juristas del llamado Common Law no tienen frente a sí cuerpos codificados a los que prestar una tal profesión de fe. La mayor parte de las normas que constituyen, por ejemplo, el derecho norteamericano, están originadas, no en el acto deliberada de un legislador, sino en los fundamentos de las decisiones judiciales, en los precedentes. Al no tener oportunidad de subyugarse con códigos con pretensión de ser encamación de la "razón”, los juristas- de ese sistema han advertido, con mayor claridad que sus colegas dogmáticos. (o sea los juristas del sistema continental europeo), que las normas jurídicas están lejos de tener las propiedades formales que se les suele asignar, ya sea que tales normas jurídicas estén dictadas por un legislador, integrando un código -o no se las infiera de los fundamentos de las decisiones judiciales. Por el solo hecho de que al formular las normas jurídicas se debe recurrir a un lenguaje natural como el -castellano, las normas jurídicas adquieren toda la imprecisión del lenguaje ordinario. Por más que el legislador, por ejemplo, se esfuerce en definir las palabras que usa en sus normas, sólo puede atenuar, la vaguedad de las mismas, pero no eliminarla del todo, pues en su definición debe usar palabras que inevitablemente tienen cierto grado de vaguedad. Por otra parte, las normas jurídicas más importantes son generales. Cuando se formula una norma general, se tienen en

cuenta ciertas propiedades relevantes de las situaciones consideradas como objeto de regulación. Pero como los legisladores no son omniscientes, obviamente no prevén todas las combinaciones posibles de propiedades que pueden presentar en el futuro distintos casos. De este modo, quedan casos sin regular y casos en los que se le da una solución diferente de la qué se le hubiera asignado de haberlos tenido presentes.

Estas observaciones, y otras que no es del caso señalar aquí, han debilitado la confianza de muchos juristas: en la certeza que ofrecen las normas jurídicas. Pero una cuestión es decir que el derecho está integrado por normas jurídicas, pero que estas no tienen las virtudes que el formalismo jurídico le asigna y otra, muy diferente, que el derecho no consiste -en absoluto en normas jurídicas.

**Examen crítico del realismo. El papel de las normas jurídicas**

En primer lugar, aparece en esta corriente una elogiable actitud cautelosa frente a las especulaciones que durante siglos han ocupado a los juristas en la búsqueda de un sistema de normas y conceptos universales, invariables y autoevidentes, que encarnen la verdadera estructura de la razón humana. Según los realistas, hay que traer el derecho a la tierra y construir una ciencia del derecho que describa la -realidad jurídica con proposiciones empíricamente verificables, Si buscamos hechos, ¿qué más podemos encontrar que constituya el derecho, que las decisiones judiciales? Se nos habla del punto de vista del hombre malo. Efectivamente, un individúo que únicamente se preocupe por evitar consecuencias desagradables, estará interesado solo en que se le prediga que actos puede realizar impunemente y cuáles probablemente serán objeto de castigo por parte de los jueces.

**UNIDAD 2:**

**Fuentes de Derecho:**

La palabra fuente se entiende y utiliza en tres sentidos diferentes, a saber:

a) **Corpus teórico-jurídico o documental** en el cual el legislador reparó al elaborar una norma determinada y vigente. En esta significación, la fuente es la referencia jurídica concreta de la cual se toma la estructura, forma o contenido de la Ley redactada. En otras palabras, el origen concreto de una norma.

b) **Derecho consuetudinario o tradición**, sentencias judiciales y articulaciones legislativas a través de las cuales el ordenamiento jurídico vigente se conformó, es decir, llegó a constituirse tal cual es. Esta es una visión causal de la fuente.

c) **Formas de constitución del Derecho Positivo**, haciendo alusión en este sentido a la idea de dónde, o cómo, o bajo qué circunstancias, se produjo el derecho actual vigente. Dicho de otro modo: cómo y desde dónde se entiende que la norma o ley vigente es una positivización del Derecho.

Una primera clasificación, podemos decir que se dividen **en fuentes formales y en fuentes materiales**:

Las fuentes formales: son aquellas que cobran autoridad en virtud del propio Corpus legislativo, es decir, las que resultan obligatorias según ese corpus porque exteriorizan el contenido de esa fuente. La ley es el ejemplo más rotundo de esta clase de fuentes, e incluso el único para muchos autores (Ferrara por ejemplo), mientras que otros (Del Vecchio) consideran también a la costumbre como fuente formal en tanto resulta obligatoria en ciertos sistemas jurídicos.

Las fuentes materiales: por su parte, son las circunstancias sociales, económicas, políticas, históricas, entre otras, que generan, matizan y perfeccionan los contenidos del Derecho. La jurisprudencia y la doctrina son ejemplos típicos de esta clase de fuente.

Otra clasificación posible de las fuentes, tanto formales como materiales, es **en directas y en indirectas**:

Las fuentes directas: son aquellas cuya constitución misma evidencia la relación inmediata con el contenido del Derecho. La Constitución, las Leyes y la costumbre forman parte de esta clase.

Las fuentes indirectas: en cambio, son aquellas que mantienen una relación mediata con los contenidos de la disciplina, mediada precisamente por las fuentes directas, que toman para sí estas fuentes indirectas, generalmente en la forma de la investigación y/o la interpretación. La jurisprudencia y la doctrina son. las fuentes indirectas por excelencia.

Es momento entonces, teniendo en cuenta las clasificaciones repasadas, de abordar las diversas fuentes del derecho. Pero es necesario aclarar que existe una **jerarquización** entre ellas, de dos órdenes en principio, entre las fuentes que refieren a dimensiones diferentes y que, por tanto, poseen diferentes rangos de obligatoriedad. Por ejemplo, **es la clase de jerarquía** que se da entre una Ley y una costumbre.

El otro tipo de jerarquía se establece dentro de fuentes del mismo origen. Por ejemplo, dentro de las Leyes encontramos Leyes propiamente dichas, Decretos, Ordenanzas, que se encuentran jerarquizadas por orden de importancia y prevalencia.

**Constitución Nacional:** entre las fuentes de Derecho, y las del derecho Constitucional en particular, sin lugar a dudas, la más relevante es la Constitución. Esta ciertamente es un instrumento jurídico en el cual constan organizadamente los principios normativos centrales por los cuales se va a organizar de manera integral todo un ordenamiento jurídico-político, pero lo que resulta aún más peculiar es que, más allá de su faceta como documento jurídico, la Constitución es más que un mero documento y no puede comprenderse ni analizarse sin considerar que también es un instrumento de gobierno, es decir, un medio para configurar la dirección de la organización sociopolítica de una sociedad determinada.

Esta característica primordial de la Constitución se evidencia en el carácter genérico y flexible que presenta la redacción de sus normas, por lo menos en relación a las leyes en general. El dinamismo que caracteriza a la realidad social, política y cultural, podríamos decir a la realidad misma en todos sus aspectos, exige que las Constituciones, si se pretende su perdurabilidad, no sean redactadas con prescripciones demasiado específicas sobre las distintas áreas abordadas, sino que determinen lineamientos generales a los fines de no devenir anacrónica con la realidad social. Tengamos en consideración que, si esta última es esencialmente dinámica y cambiante, una Constitución que no determinara lineamientos genéricos precisaría Reformas constantes, hecho que la anularía en su función.

**Tratados Internacionales:** esta es una fuente relativamente nueva, cuyos corpus normativos proliferaron luego de la finalización de esa masacre abyecta que conocemos como Segunda Guerra Mundial. El inicio del Constitucionalismo Moderno se centró, naturalmente, en las Constituciones Nacionales que, exacerbando la soberanía como elemento central en la formación -de los Estados Nacionales, se erigieron como leyes supremas.

Pero las aberraciones a las que llegó el ser humano en el proceso que comienza con el avance de los regímenes totalitarios en potencias europeas y asiáticas y culmina con la Segunda Guerra Mundial, determinó que la normativa internacional se centrara en los derechos humanos y que, por su propia creencia, atañera a una inmensa cantidad de naciones, organizadas en una entidad (ONU).

**Leyes**: la Ley es un precepto general, estable, promulgado de acuerdo a las normas vigentes y obligatorias. Es necesario, más allá de esta fórmula, analizar los caracteres que se adjudican a las leyes.

En primer lugar, las leyes son obligatorias para todos/as los/as habitantes de la Nación; cuando se hace referencia a la expresión “fuerza de ley” se alude precisamente a la obligatoriedad que estas poseen respecto a los/as habitantes de la sociedad sobre la cual se legisla. En efecto, la fuerza de la ley es su aplicación, en principio, irrestricta sobre las relaciones sociales, es decir, sobre las relaciones entre seres humanos.

Las leyes, asimismo, son generales; es decir, que están previstas para un número indefinido de personas y situaciones. Es necesario precisar, respecto a las dos características repasadas, que no significa que las leyes se apliquen a todos/as los/as habitantes de manera literal (pensemos, amero modo de ejemplo, los límites etarios en la aplicación de las leyes), sino que las leyes son obligatorias para el general de las personas que se encuentran como sujetos contemplados en la norma. Para ser tales, las leyes deben ser auténticas, es decir, crearse de acuerdo al modo prescripto por la normativa vigente. Sólo así una ley y su aplicación resultan legítimas. Pero esto, por supuesto, no se agota en las formas sino que atañe a su contenido, en tanto las Leyes nacionales que en definitiva reglamentan los Derechos proclamados en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales suscriptos no pueden contrariar pero tampoco retacear los derechos allí dispuestos sino, en cualquier caso, ampliarlos en su especificación.

En nuestro país, las Leyes son creadas por el Parlamento, compuesto por dos Cámaras: la de Diputados que representa al pueblo y son elegidos por éste y la de Senadores, que representan a las provincias y a la Capital Federal.

En el proceso de creación de una ley se distinguen tres estadios:

**la sanción:** (ambas cámaras crean la regla).

**la promulgación:** (el poder ejecutivo establece la efectividad de una ley)

**la publicación:** (momento de perfeccionamiento de la creación, pues permite a los/as habitantes conocer la norma instituida).

Las leyes pueden clasificarse de acuerdo a diversos criterios:

1. De acuerdo a su forma o contenido:

Puede ser una ley en **sentido material** (no sólo las creadas de acuerdo al sistema vigente sino toda conducta u omisión que se torne socialmente obligatoria) o en **sentido formal** (únicamente las Leyes emanadas del Parlamento de acuerdo a las reglas previstas para hacerlo).

1. Conforme a su estructura y modo de aplicación:

Existen **leyes rígidas** (las que tienen disposiciones precisas e inequívocas, que se aplican ante la comprobación del acaecimiento que exige) **y flexibles** (más generales y/o genéricas, en cuya aplicación adquiere importancia la acción del juez o jueza).

1. Atendiendo a la naturaleza se la sanción:

Las leyes pueden ser **perfectas** (la sanción es la nulidad del acto), **más que per**fectas (acarrean además una pena), **menos que perfectas** (no conllevan sanción ni nulidad) e **imperfectas** (no cuentan con sanción alguna para su violación).

1. De acuerdo a la relación que establecen con la voluntad de las personas:

Las leyes resultan **imperativas** (aquellas que la voluntad de las personas no pueden dejar sin efecto) o **supletorias** (que suplen la voluntad de las partes expresada en el contrato y pueden ser dejadas sin efecto, o modificadas, por la voluntad de las partes).

1. Podemos también ensayar una clasificación en tomo a las llamadas Leyes de orden público:

Existe una teoría clásica respecto a la esencia de esas leyes, que considera son aquellas vinculadas de modo directo con la paz, las “buenas costumbres”, la justicia como valor, la moral pública y la seguridad social, entre otras abstracciones. Asimismo, otra teoría, que privilegia el rasgo imperativo de las leyes de orden público, postula que la expresión “orden público” alude a las cuestiones públicas, de interés general, entendiendo esto como opuesto a los intereses privados o particulares. Este punto merece un comentario específico, por la peligrosidad que simboliza su posible manipulación. Tal como asegura Colautti: “La protección del orden público y la seguridad han constituido siempre argumentos predilectos de los regímenes autoritarios para cercenar los derechos. Dictadores, déspotas y tiranuelos han colmado la historia de ejemplos. En cuanto al módulo ‘moral pública’ es demasiado amplio para impedir libertades tan sustanciales como la de manifestación religiosa o la libertad de expresión. Puede ser un argumento falaz para limitar las libertades, reunión de circulación o de asociación. Efectivamente, colocar en abstracciones que de ningún modo pueden ser neutras (pues siempre una ideología subyace a cualquier valoración de lo bueno, lo malo, lo moral o lo inmoral) el imperio de una Ley representa un inmenso peligro, pues lo que puede entenderse por moral o por el “bien” de una sociedad puede estar operado por regímenes autoritarios que, incluso bajo el manto de defensa de la democracia, continúan dando vigencia a valores retrógrados, ilegítimos u opuestos en general a los derechos humanos.

**Costumbre**: La costumbre es una conducta generalizada, constante y uniforme que asumen los miembros de una sociedad con la certeza de que esa costumbre se origina en una situación que es jurídicamente exigible. Se alude a su generalidad para graficar que los hábitos pequeños grupos sociales, no pueden calificarse como costumbres en su acepción de fuente del derecho. La constancia se refiere a la extensión en el tiempo que define a una costumbre determinada en tanto conducta repetida con un mismo contenido e idénticas motivaciones. Por último, la uniformidad es una característica que exige una clara similitud entre las acciones (y omisiones) que constituyen la costumbre.

Cuando se exige que una costumbre sea persistente durante largos lapsos de tiempo para conformar un derecho exigible, este derecho o sistema de derecho se conoce como consuetudinario, del cual el Common Law inglés constituye el ejemplo tradicional. El derecho que podemos llamar espontáneo, en cambio, es la costumbre que se impone en un tiempo relativamente breve, que sigue más de cerca, por decirlo de algún modo, la vigencia sociológica de una determinada costumbre. De allí que tenga una relevancia decisiva, en tanto fuente, para el ordenamiento jurídico de un lugar en un momento dado.

Las costumbres sociales, es importante aclararlo, no son beneficiosas para la convivencia humana en sí mismas, per se, sino que en muchas oportunidades funciona de manera estrictamente opuesta. Pensemos en la cantidad de derechos ya consagrados en nuestro sistema jurídico (Ley de Matrimonio Igualitario, de Identidad de Género, de Violencia de Género, como ejemplos) cuyas premisas continúan sin cumplirse de modo integral o pacífico en tanto la costumbre de la sociedad, o de gran parte de ella, se resiste a cejar en sus actitudes y comportamientos. En tales casos, las que operan son costumbres basadas en aspectos e ideologías retrógradas y reactivas, como el machismo o la heterosexualidad pensada y actuada como hegemonía y criterio de normalidad.

Otro rasgo central para entender el perfil de la costumbre como fuente del derecho es la necesariedad que debe representar, es decir, la configuración de un valor social implícito que se torna de este modo urgente o perentorio. En tal sentido, se puede entrever en la costumbre una sugestiva arena de relaciones sociales en la cual pugnan, en sentido amplio, ideologías, cosmovisiones, creencias y políticas.

Esta característica revela otra nota central de la costumbre, su desdoblamiento entre un **aspecto objetivo y otro subjetivo**. El primero consiste en la repetición externa, perceptible, de la conducta habitual; el segundo, en la convicción o convencimiento colectivo de que esa repetición es necesaria, y debe tomarse obligatoria, para la evolución de las relaciones en una sociedad determinada. Esta conciencia de obligatoriedad es la nota central para delimitar a la costumbre de otras formas de hábito, como los usos convencionales o los usos del tráfico.

Las costumbres pueden ser de tres clases:

**interpretativa o secundum legem**: Las primeras lo que hacen es aclarar o definir la interpretación sobre una norma vigente. Este tipo de costumbre se impone porque es el comportamiento social el que le da un sentido determinado a una norma oscura

**supletoria o praeter legem**: Las costumbres praeterlegem son las que vienen a remediar un vacío u omisión legal, supliendo a la ley, de esta manera, para subsanar dicho vacío

**modificatoria o contra legem**: En último lugar, las costumbres contra legem es aquella que modifica de hecho, o deroga, una ley vigente. Esta última es la de status más polémico, pues aquellos que sostienen una postura férrea respecto a los procedimientos y formas legales que debe adoptar la creación normativa en cualquiera de sus niveles, estiman como inadmisible que una costumbre sea capaz de modificar directamente alguna norma. Este pensamiento parece exagerar el alarmismo al respecto, pues se entiende que la costumbre, por los mismísimos requisitos que la construyen como tal, prospera lentamente y si algún día deroga una norma raramente sería a causa de una conspiración ideológica. Las costumbres contra legem pueden ser muy valiosas para evidenciar la letra muerta que existe, profusamente en algunos casos, en todo sistema jurídico; para denunciar de hecho la hipocresía que supone sostener una serie de normas que no guardan relación alguna con la realidad social del tiempo en el que aún rigen, ya porque fueron creadas en tiempos remotos, ya porque fueron dictadas bajo regímenes autoritarios o de acuerdo a normas morales antediluvianos.

Las posturas concretas respecto al valor de la costumbre como fuente del derecho dependerán en definitiva de la posición que se tenga respecto al origen legítimo del derecho. Las concepciones racionalistas, iusnaturalistas o positivistas, por supuesto, negarán todo valor de la costumbre, o lo limitarán seriamente, en nombre de la razón abstracta a la que responde la Ley o el valor positivo y exclusivo de la norma vigente.

Un/a partidario/a de la escuela histórica del derecho, por el contrario, le otorgará mucha importancia por considerar que es la sociedad, el espíritu del pueblo actual, el que debe guiar el derecho, y en tal sentido la costumbre es una materialización significativa de ese espíritu.

**Jurisprudencia**: este concepto señala como fuente del Derecho a las decisiones de los tribunales, en especial de la CSJN, que crean doctrina al resolver sobre alguna encrucijada o aspecto central del derecho vigente. Es importante precisar que no cualquier fallo judicial se constituye como jurisprudencia y que incluso no son los fallos enteros los que se trascienden a sí mismos para formar parte de ella sino señalamientos puntuales y uniformes que se repitan en el tiempo. Tampoco cualquier instancia del sistema judicial es capaz de producir jurisprudencia sino que se atiende a las decisiones de Cámaras de Apelaciones, Cortes provinciales y la ya referida CSJN.

Existen opiniones que niegan a la jurisprudencia el carácter de fuente del derecho porque consideran que los fallos en todo caso lo que hacen es señalar un sentido de la norma pero no crear una nueva, pues esas interpretaciones obrantes en los fallos no adquieren obligatoriedad en el sentido estricto de la palabra.

Por el contrario, hay quienes consideran que la interpretación judicial en sí misma es una manera de crear derecho, pues el sentido que se da a una ley (fundamentalmente a aquellas oscuras, ambiguas o contradictorias) es una manera de crear su efectividad. La interpretación se puede materializar el acto de estipular el sentido de una ley, de completarla cuando tiene lagunas o de corregir las antinomias que contenga.

En nuestro sistema jurídico la jurisprudencia cumple sin ninguna duda el papel de fuente formal del derecho en tanto los sentidos plasmados en algunos fallos devinieron obligatorias. Nos referimos a las sentencias de Cámara emanadas de los fallos plenarios y también a los fallos de la CSJN. Por supuesto, la disputa teórica repasada en los párrafos anteriores continúa abierta y se sigue discutiendo si los fallos, aunque se tomen obligatorios en la práctica, realmente están creando una norma general. Más allá de estas disquisiciones teóricas o formales, y sin restarles la relevancia que tienen, resulta indudable que la jurisprudencia ejerce una influencia poderosa en nuestro sistema jurídico.

La CSJN tiene competencia originaria, es decir, casos en los que interviene directamente (artículos 100 y 101 de la Constitución nacional), pero también una competencia derivada por la cual actúa en casos tratados por los tribunales inferiores pero que llegan hasta la Corte en virtud del Recurso Extraordinario, que en principio habilita a la CSJN a entender en cuestiones federales (casos en los que se realice inteligencia sobre la Constitución o sobre una Ley federal), aunque su competencia se ha ampliado en la práctica.

Si bien no puede considerarse rigurosamente que los fallos de la CSJN sean obligatorios, es un factum que la autoridad de la Corte a este respecto provoca, como insinuábamos anteriormente, que las definiciones de relieve cristalizadas se repitan y uniformen en las decisiones de los tribunales inferiores. En tal sentido, se toman incongruentes y prácticamente infructuosas las sentencias de tribunales inferiores que se distancien o contravengan lo dispuesto en algún fallo de la Corte, excepto que puedan fundamentar de manera novedosa ese distanciamiento. De otro modo devienen arbitrarias.

Los llamados fallos plenarios sí resultan obligatorios parcial y formalmente y son los que tienen lugar cuando la Sala de una Cámara de Apelaciones falla en un sentido opuesto al que lo hizo, en los 10 años anteriores, otra Sala de la misma Cámara. Cuando la Cámara en pleno define la doctrina con que debe resolverse la contradicción (siempre precisamente en el campo de lo doctrinario y no de los hechos o casos concretos) se emite un fallo plenario que se convierte en obligatorio, aunque de manera parcial, puesto que ejerce ese atributo sólo respecto a los Juzgados de primera instancia que dependan de la Cámara interviniente y asimismo a las Salas que la componen.

**Doctrina:** como toda disciplina y objeto de estudio, el derecho cuenta con estudiosos/as (llamados juristas en este campo) que investigan sobre aspectos generales o particulares del ámbito jurídico. Las opiniones de estos/as estudiosos/as, específicamente de aquellos/as más reputados intelectualmente y en la esfera de la investigación. Estas opiniones e interpretaciones se materializan de diversos modos el ámbito académico, las publicaciones científicas (libros, Tratados, manuales, revistas, comentarios de sentencias, etc.), los Congresos y otras convenciones temáticas, entre otros.

La doctrina tiene una gran relevancia, aunque se trate de una fuente indirecta y material, pues los/as grandes pensadores/as del derecho, muchas veces alejados/as de los compromisos, dificultades y presiones que representan la creación y aplicación efectiva del derecho, muchas veces evidencias mayor lucidez a la hora de interpretar una determinada normativa o de resolver las lagunas o contradicciones de un sistema jurídico.

**Principios Generales del derecho:** Los principios generales del Derecho son, tal como lo indica su nombre, el origen o fundamento de las normas, del derecho mismo.

En efecto, se los denomina principios en tanto se erigen como los puntales fundamentales que estructuran un sistema jurídico determinado. El contenido de un sistema jurídico no resulta del azar o de una hipotética (e imposible) objetividad basada en la experiencia, sino que está basado en reglas que si bien son necesariamente generales resultan fundamentales porque de ellas se derivan, de un modo más o menos indirecto, las normas del derecho positivo. A su vez la aplicación de estos principios pueden resolver los casos no previstos por ese mismo derecho, aspecto muy valioso habida cuenta de la característica dinámica y cambiante de la realidad.

A estos principios generales se los considera de Derecho porque son manifestaciones técnicas de extracción jurídica, que no se agotan en meras posturas morales o religiosas, o indicaciones ambiguas que se asemejan más a una simple manifestación de intenciones o deseos.

Los principios generales del Derecho son útiles como fuente de información y guía (al modo de una idea rectora o regulativa, en sentido kantiano) para la producción legislativa, pero también son importantes para la interpretación judicial de las normas vigentes.

Estos principios, naturalmente y más allá de las pretensiones iusnaturalistas (que entiende a estos principios como propios de la naturaleza de las cosas y las conductas, como emanados de esa naturaleza), no son objetivos, naturales ni “neutros” sino que expresan un juicio deontológico y/o axiológico de la realidad; es decir, señalan cuál debe ser la conducta correcta a seguir (la buena fe, por ejemplo) o cuál es el valor que debe primar (la equidad, la justicia, entre otros).

**UNIDAD 3:**

**Interpretación del derecho:**

El acto de interpretar es, según algunas de las acepciones del diccionario de la real academia, explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente de un texto y asimismo concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad. En un sentido más profundo, podemos decir que interpretar es "En general, la posibilidad de referir un signo a su designado o también la operación mediante la cual un sujeto (intérprete) refiere un signo a su objeto (designado)".

En otras palabras, interpretar es creer o entender, que una cosa, circunstancia, relación, expresión o conducta X tiene efectivamente el significado o sentido que nosotros le damos. Por ejemplo, una afirmación del tipo "la democracia es el mejor sistema de gobierno" supone en quien afirma una interpretación de la teoría y la práctica política, del devenir histórico, de los valores que deben regir al mundo, etc., porque la democracia no es objetivamente el mejor sistema de gobierno; es decir, no tiene cualidades intrínsecas que “per se” la transformen en algo así como "la mejor forma de gobierno".

Existe una gran polémica en prácticamente todas las disciplinas intelectuales acerca de la definición, naturaleza y alcances de la interpretación; polémica que, al fin y al cabo, siempre intenta responder a interrogantes del tipo: ¿Qué puedo interpretar? ¿Acaso todo lo que existe y ocurre es interpretable? ¿Existe una interpretación legítima a la que habría que llegar? ¿Cómo podría determinarse que una interpretación es más fidedigna o correcta que otra/s? Sin la ambición de responder a preguntas tan profundas y decisivas en estas líneas, resulta indudable que, de acuerdo a todo lo visto, la interpretación de los hechos, las conductas y los discursos humanos es una tarea inevitable y continua que realizamos, la mayoría de las veces sin tener conciencia de ello, y cuyos frutos resultan en lo que consideramos con términos tan abstractos y graves como "la realidad", "el mundo" o "la verdad". Ciertamente, la conciencia de que no existe un mundo tal como es, sino un mundo tal como lo interpreto (en un plano individual o como miembro de una cultura, una época histórica, una religión, una coyuntura política concreta, etc.) genera en Ios seres humanos una situación en principio angustiosa, que sin embargo es vital e inevitable en el desarrollo óptimo de los individuos y los pueblos.

Y así como no existe una realidad objetiva y perfectamente transparente a nuestro intelecto, tampoco existe, en lo que nos ocupa, un Derecho (en tanto conjunto finito de normas objetivadas a través de la escritura) entendible en toda su extensión y aplicable de modo mecánico, infalible, universal y eterno. Por lo tanto, la efectividad y aplicación de una ley depende de la interpretación, aunque fuera en un grado mínimo, que hagan de su contenido los sujetos concretos que se encuentran bajo su imperio.

La problemática que venimos presentando naturalmente ha sido detectada, acaso desde el inicio de lo que podemos llamar legislación moderna, por los juristas y legisladores encargados de crearlas. Esto generó dos grandes posturas respecto al modo en que debe ser redactada una ley. En primer lugar, la de quienes opinaron que la ley debe escribirse de la manera más simple y clara que sea posible, incluso utilizando expresiones que todo el pueblo (o la mayoría de él) pueda entender, entendiendo que la ley está precisamente destinada a todos/as los/as habitantes, tal como lo creyeron los seguidores de las teorías liberales que, dicho sea de paso, dominaron nuestro proceso de codificación del derecho en cuanto al Constitución nacional y el Código Civil. Enfrentada a esta postura surge la que considera que las leyes, por el contrario, deben redactarse en términos técnicos y precisos, sin que cobre suprema relevancia el hecho de que sea más o menos fácil comprenderla. Esta postura puede identificarse con los positivismos en general y también tuvieron expresión en nuestra codificación, por ejemplo en el Código Penal.

Es evidente que en estas posturas está implicada, de modo más o menos explícito, la cuestión de la interpretación del derecho. En una y otra está presente, más allá de las diferencias que presentan, la temática acerca del entendimiento y el sentido de las normas, es decir, del proceso interpretativo que será necesario para "comprender" o "decir" lo que las leyes "dicen", para determinar a qué situaciones se refiere y con qué fin lo hace. Entre las definiciones de interpretación de la le. que pueden formularse resulta muy concisa y precisa la proporcionada por De Castro: "determinar por los signos externos el mandato contenido en la norma”.

**Diversas categorías de interpretación:**

La interpretación de la ley cuenta con diferentes sujetos (intérpretes) según los que se pueden distinguir distintas categorías de interpretación. Así, una primera categoría de interpretación de la ley que la mayoría de las personas realizan inevitablemente y de forma cotidiana. Esta es la **interpretación de los/as legos**, es decir, de la enorme mayoría de la sociedad que no tiene un conocimiento técnico y/o profundo del sistema normativo pero que sin embargo vive bajo el imperio de la ley y tiene de ella cierta comprensión o intuición.

Esta interpretación quizás resulta la más importante de todas, puesto que en definitiva las leyes están redactadas para todos los integrantes de una sociedad dada y la vigencia efectiva de las mismas depende en gran parte de la interpretación popular, no técnica ni deliberada, que la mayoría de las personas realizan. En tal sentido, resulta asombroso comprobar la interpretación de las normas que, en muchos aspectos o situaciones concretas, realizan las personas que no poseen un conocimiento estricto de la ley. Y aún más sorprendente resulta que esa interpretación sea, en la mayoría de los casos, acertada o correcta; que evidencie una noción intuitiva muy precisa de los objetivos y funciones de determinadas leyes, situación que posibilita a su vez que la enorme mayoría de situaciones sociales se desenvuelvan en términos legales. En este punto es interesante pensar la relación entre el corpus jurídico en general y cierto sentido común que actúa socialmente, basado en pautas éticas, ideológicas y prácticas.

Cuando la interpretación de la ley es realizada, contrariamente a lo visto en los párrafos anteriores, por un grupo reducido de personas que están vinculadas directamente a la creaclón, estudio y aplicación de las. normas jurídicas, nos encontramos con otros tipos categorías de interpretación, más técnicas que intuitivas, que detallaremos en lo que sigue.

Cuando los sujetos que realizan la interpretación son los/as legisladores/as de un sistema jurídico-político, se habla de **interpretación legislativa y/o auténtica**. Esta modalidad de interpretación es exclusiva de quienes pueden redactar las leyes y se efectiviza, precisamente, a través de la creación de una ley que viene a aclarar lo confuso y/o ambiguo de una ley anterior.

Para comprender el concepto de interpretación auténtica es sumamente relevante distinguir la persona y las opiniones de los/as legisladores/as concretos/as, respecto a su labor como legisladores/as. Cuando un/a legislador/a opina públicamente sobre alguna cuestión relativa a la legislación (ya sea en un debate parlamentario, los medios de comunicación, etc.) no está realizando ninguna interpretación auténtica de la ley sino, simplemente, expresando sus convicciones como cualquier otro/a ciudadano/a. la interpretación será auténtica, entonces, únicamente cuando se materializa en la sanción de una nueva ley.

Otros de los sujetos relacionados en forma específica con el derecho que realizan una interpretación particular del mismo son los que se dedican a estudiar el derecho en el plano académico. Así, los profesores y estudiantes de Derecho también realizan un tipo específico de interpretación, llamada **propedéutica o didáctica**. Esta variante interpretativa cuenta, naturalmente, con limitaciones que otras no poseen habida cuenta de que el nivel teórico y práctico en que se produce (generalmente introductorio) no habilita a una interpretación demasiado profunda e incluso, lamentablemente, la imposibilita como resultado de los métodos educativos que se basan en la transmisión objetiva de los datos objeto de estudio.

Estrechamente relacionada con la anterior, encontramos la llamada interpretación **doctrinaria o científica**, realizada precisamente por los doctrinarios del derecho, es decir, aquellos que estudian la ciencia o teoría jurídica de forma exhaustiva. Esta labor interpretativa es de principal trascendencia porque los doctrinarios, en tanto especialistas teóricos del derecho, son muchas veces quiénes definen el sentido y la cohesión de las normas jurídicas.

La interpretación doctrinaria mantiene, respecto a la propedéutica, una relación de grado. Dicho de otro modo, la naturaleza de ambas interpretaciones es similar, ya que consta de investigar en la letra de la ley (y en el derecho comparado, la jurisprudencia, etc.) el sentido genuino de las normas. Obviamente, la interpretación doctrinaria es más compleja y completa que la propedéutica, porque supone un conocimiento integral del derecho ya aprehendido y, de esta manera, realiza elucidaciones más particularizadas y concretas, llegando a todos los "rincones" del sistema jurídico, trabajando sobre hipótesis posibles, previendo de algún modo las consecuencias que una determinada normativa puede producir.

Siempre teniendo en cuenta a los sujetos que realizan la labor interpretativa, debemos adentrarnos en algunas formas de interpretación efectuada por aquellas personas que, en virtud de su profesión habitual, se encuentran en contacto con las situaciones sociales concretas en las que el derecho debe intervenir.

¿Cuál es la diferencia que presentan estas variantes de interpretación con las vistas en lo inmediatamente anterior? Pues, que, a diferencia de aquellas, las personas que trabajan en la aplicación del derecho no tienen la oportunidad de realizar especulaciones teóricas o discurrir sobre hipótesis factibles sino que deben abocarse a interpretar las normas ante situaciones fácticas y urgentes. De este modo, los que realizan interpretaciones de las normas y situaciones concretas no se manejan tanto en un terreno científico como en un terreno práctico.

**La interpretación profesional** es aquella que realizan los/as abogados/as particulares que trabajan en una sociedad dada, regida por un sistema jurídico determinado. Por lo general abogados/as reciben casos respecto a situaciones fácticas y, en definitiva, lo que llamamos asistencia legal no es otra cosa que una interpretación casuística de las normas que atañen al caso.

Este tipo de interpretación se distingue por su parcialidad. Si bien, de acuerdo a lo que hemos visto, no existe interpretación "pura" o "neutra" del derecho, en este caso el interés desde el cual se interpreta (el interés legítimo de la parte representada) es más marcado, porque apunta a resultados perseguidos que no apelan a la imparcialidad o a la realización estricta de la justicia en ese caso particular. Es fundamental aclarar que esta interpretación no tiene nada de deficitaria o "mala" (en el sentido moral del término) por resultar interesada. Los intereses de las partes siempre son legítimos en principio, y serán ¡as normas, aplicadas por quienes tienen competencia para ello, quienes definirán la suerte de sus intereses.

También conviene estipular respecto a esta interpretación realizada por abogados/as que no necesariamente resulta parcial en todos los casos, ya que, por ejemplo, cuando un/a abogado/a recibe en su estudio a un/a cliente y goza, entonces, de la privacidad necesaria en la primera consulta, seguramente dará a ese/a cliente una interpretación más cercana a la de un juez a los fines de prever cuál sería el tratamiento del caso si llegara a alguna instancia judicial.

**La interpretación judicial**, por su parte, es aquella que realizan los/as jueces/zas de la Nación, sea cuál sea la instancia en que actúan, y representa la interpretación más importante si se consideran las consecuencias concretas de la misma. Es importante notar que esta es la única interpretación que genera obligatoriedad para las personas que caen bajo la órbita de esa labor interpretativa.

En relación con la interpretación profesional, debemos decir que la judicial se supone imparcial porque la propia figura del/la juez/a se concibe como neutral o ecuánime. Esta imparcialidad (siempre limitada, por supuesto) convierte a la figura judicial en la que realiza la interpretación por excelencia. Pero debe tenerse cuidado con esta concepción porque propicia un reduccionismo falaz que consagra a la interpretación judicial como la única, o al menos como la única relevante, aseveración que de ningún modo es cierta, no sólo porque existen otros/as intérpretes (tal como se ha visto) sino porque esas otras interpretaciones también conforman y condicionan muchas veces las tareas interpretativas que luego desarrollarán los jueces y juezas.

**Métodos de Interpretación:**

Luego de haber repasado quiénes son las diferentes personas que dentro de una sociedad realizan interpretaciones de la ley y asimismo cómo se desarrollan esas interpretaciones, es tiempo de estudiar los diferentes métodos de interpretación de la ley, métodos que responden a la pregunta ¿Cómo se interpreta una ley determinada?

**Interpretación exegética o literal:** el primer método de interpretación que debemos abordar es aquel cuya labor debe ceñirse a la interpretación literal de la letra de la ley. Para comprender este método es necesario en primer lugar comprender el contexto de época en el cual se produce.

En tal sentido, la aparición del derecho codificado en el Siglo XIX, en virtud de la sistematicidad y, especialmente, de la monumentalidad de los corpus jurídicos, generó un respeto tal hacia la letra de esos "monstruos normativos" que la única manera de interpretación legitimada consistía, precisamente, en indagar sobre la letra de ley, es decir, en una dimensión literal. Este método acarrea, como primera consecuencia, un apego forzoso de los intérpretes (principalmente jueces) a la letra de la ley, como si estas palabras conformaran un corpus sagrado, ordenado por una especie de dios laico (el codificador), y cuyo sentido no podría obtenerse sino a través de la lectura rigurosa de esa propia normativa.

La caracterización de exegético para este método señala los parentescos con la forma de interpretación que consagraron las religiones dogmáticas, es decir, aquellas fundamentadas en un Libro Sagrado (Biblia, Torá, Corán).

Naturalmente, y habida cuenta de que las religiones giran en torno a verdades reveladas y que, por tanto, no pueden objetarse, este método debe limitarse siempre a la aplicación de las leyes en el respeto total, reverencial, a su letra, es decir, sin tener en cuenta ningún contexto o cohesión de las propias normas. A esta labor se la conoce como exégesis, y de allí tomó su nombre la escuela que defendió este método interpretativo para el derecho. Como ejemplo, pueden tomarse todas las escuelas que operaron a continuación de las primeras codificaciones modernas, tales como el Código Napoleón o, en nuestro país, el Código Civil de la Nación.

Este método interpretativo cuenta, por supuesto, con enormes limitaciones de acuerdo a lo visto en este mismo capítulo, la idea de un lenguaje legal transparente y unívoco es un imposible y, por lo tanto, una interpretación basada únicamente en la letra de una ley escrita, insuficiente y deficitaria. La ley, más allá de su enorme relevancia, no puede cobrar atributos dogmáticos sin perder apego a la realidad esencialmente dinámica de la marcha del mundo y las relaciones sociales. La ley siempre debe ser revisada, evaluada y criticada en un marco de relativa libertad, sin ninguna

trascendencia sagrada que haga las veces de malla contenedora para la interpretación.

La pretensión, por ejemplo, de que cada una de las palabras volcadas por Vélez Sarsfield en el Código Civil sean precisas, eternas e inequívocas constituye no sólo un error sino un verdadero peligro en tanto estrecha todas las posibilidades de avance del derecho en virtud de la marcha del mundo ya referida.

Cabe aclarar que, en el marco de este método, cuando la letra de la ley no bastaba a una interpretación cabal para su correcta aplicación, se recurría al llamado "espíritu de la ley", es decir, al conjunto de principios rectores trascendentes (como la equidad por ejemplo) que debían subyacer a las codificaciones normativas.

**Método histórico:** Efectivamente, si existen principios trascendentes que estarían fundamentando de modo coherente y omnicomprensivo las normas escritas, es el/la legislador/a quién los estipula. Esto quiere decir que ese/a legislador/a, al reglar sobre un tema o situación determinada, tiene la voluntad de plasmar algún principio subyacente que haga legítima y justa a la norma.

Para este método interpretativo, es esa voluntad (que, cabe aclarar, se evidencia en el proyecto jurídico integral) la que se debe "buscar" o "indagar" para comprender el verdadero sentido de la ley.

Un rasgo central de este método es la operación temporal que supone, ya que el intérprete de turno debe situarse como si estuviera en el momento en que la ley fue redactada.

¿Cuáles son las consecuencias de esto?

En principio, se deriva una tendencia peligrosa, la de transformar al derecho en algo estático, porque en definitiva, si se practica ese ejercicio de retrotracción, siempre se vuelve al tiempo en que la ley fue redactada, sin cuestionar entonces el propio desfasaje temporal, el cambio de las circunstancias mundanas y jurídicas, etc. Puede aparecer así (no de manera forzosa, vale aclararlo) un sesgo conservador en este tipo de interpretación, que a su vez puede ser utilizado por aquellos sectores (o regímenes) políticos que bregan por el orden tradicional de una sociedad y repelen cualquier posibilidad de cambio.

**Método de interpretación basado en la analogía:** Relacionado con los métodos anteriores, en tanto también se configura a partir del respeto a la letra de la norma y a la voluntad de los/as legisladores/as. Este procedimiento tiene lugar cuando el intérprete no encuentra en un sistema jurídico dado al menos una norma que se aplique a la situación sobre la cual debe decidirse. En tal caso, se buscan otras normas del mismo sistema jurídico que, por dar respuesta a situaciones hipotéticas similares, posiblemente puedan aplicarse al caso irresuelto.

Este procedimiento de interpretación tiene, al igual que los demás, sus claras limitaciones y sus riesgos. El principal de estos riesgos es la efectividad o procedencia de la analogía que se realiza, ya que el mero hecho de comparar situaciones fácticas ya supone una complejidad muchas veces pasada por alto. No obstante, la interpretación por analogía ha permitido muchos avances de la normativa de acuerdo con el desarrollo histórico porque ante la aparición de nuevas coyunturas (políticas, tecnológicas, científicas, etc.), las normas ya establecidas en un sentido análogo pueden servir para regularlas.

**Método de interpretación principios generales del derecho:** Es aquel que recurre a los llamados principios generales del derecho, es decir, a las posturas y objetivos más generales implicados en la redacción de una ley determinado. Estos principios generales, si bien resultan imprecisos, aluden por un lado a les derechos primordiales de los que gozan los seres humanos (a la vida, libertad, integridad física, salud, etc.) y por otro a los principios jurídicos que se suponen a la base de toda normativa (la buena fe en el actuar, la equidad en las relaciones, etc.).

Esta técnica de interpretación puede ser de mucho provecho porque muchas veces, ante alguna laguna del derecho, puede suplir a la siempre complicada redacción de normas nuevas que regulen en ese hueco legal. En efecto, si existen principios generales lo suficientemente fuertes, muchas de las nuevas situaciones a reglar pueden interpretarse a la luz de esos principios. Pensemos por ejemplo en el derecho de propiedad intelectual, tradicionalmente aplicado a las obras escritas o registradas bajo un formato físico, y que sin embargo sirvió de principio general para determinar la propiedad intelectual sobre los nuevos formatos de expresión, claramente diversificados a partir del desarrollo informático.

**Método de interpretación sociológico:** Opuesto y crítico al método histórico, el método sociológico de interpretación plantea cierto desapego del "reinado" de la literalidad normativa o de la voluntad que el/la legislador/a habría tenido al actuar, para interpretarlas a la luz de los cambios socio-culturales.

Esta postura combate al quietismo o conservadurismo del método histórico que, como ya sabernos, retrotraía la interpretación a la coyuntura en que fue redactada la norma, generando de esta manera una visión del derecho como algo estático. Por el contrario, subyace a este método una concepción del mundo, de la sociedad y, por ende, del derecho como algo dinámico, siempre cambiante.

El método sociológico también desacraliza al derecho mismo como fuente exclusiva para su evolución, por el contrario, este método incluye entre sus fuentes a todo tipo de expresiones no jurídicas como la literatura, el arte, el pensamiento, el periodismo, etc. Esta inclusión es fruto de una concepción del mundo, de la sociedad y de la cultura que debe conocerse cabal y continuamente a través de las expresiones que puedan aportar a ese conocimiento, sin desmerecer en principio a ninguna y sin marcar tajantes gradaciones jerárquicas entre ellas.

Entre los riesgos que acarrea este método, debemos hacer hincapié en que la libertad de interpretación que supone puede derivar en una interpretación absolutamente arbitraria, de acuerdo al sentir y la ideología de los/as jueces/zas que interpretan.

**Método de interpretación ecléctico:** Básicamente pretende que el intérprete en cuestión pueda recurrir a todos los métodos de interpretación repasados, ya sea alternativamente o en combinación.

**UNIDAD 4:**

**El Derecho Constitucional:**

**Concepto de Constitución:** Aquí en Argentina, como en muchos otros países del mundo, se ha vuelto común para nosotros hablar de la Constitución Nacional o de la Ley Suprema. Los recientes debates sobre la reforma de la justicia o la sanción de la Ley de medios de comunicación audiovisual, por su amplia repercusión pública, hicieron que todos nosotros nos enfrentáramos diariamente a consideraciones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esas leyes, el rol del poder judicial, etc. Sin embargo, ¿sabemos lo que es una Constitución?, ¿Y lo que es la inconstitucionalidad de una norma?

Para introducirnos en tema daremos una primera definición de Constitución y diremos que se trata de un instrumento que corresponde a la organización moderna del estado y mediante el cual se expresan fundamentalmente las relaciones de poder en la sociedad en un determinado momento, valiéndose para ello de la formalización jurídica que todo acto de derecho contiene. La Constitución formaliza a nivel jurídico, aspectos centrales de la vida político-social tales como la organización de las relaciones socioeconómicas básicas, la organización del Estado y el territorio, los derechos y garantías personales, etc.

La doctrina distingue entre la constitución formal, entendida como el texto escrito, codificado o no, que posee la supremacía que otorga validez a todo el resto del ordenamiento jurídico infra-constitucional, es decir, que se encuentra por debajo de ella.

Luego, podemos identificar una constitución material, entendida como un amplio conjunto de normas legales, de jurisprudencia constitucional y de comportamientos institucionales de hecho, referidos a la materia constitucional, es decir, relacionados con la organización y funcionamiento del Estado y los derechos y garantías de quienes habitan ese estado.

Viviendo en un estado constitucional de derecho podemos estar muy familiarizados con la idea de una Constitución, lo cierto es que su existencia, como concepto, como

instrumento y como forma de organización del Estado es el resultado de luchas y transformaciones sociales que aquí reseñaremos brevemente.

**Teoría de la Supremacía Constitucional:**

Tanto el constitucionalismo clásico o liberal, como el constitucionalismo social, consagran la supremacía de la Constitución Nacional por sobre el resto del sistema jurídico.

Kelsen, por su parte, entiende como función esencial de la Constitución designar los órganos encargados de la creación de normas generales y establecer los procedimientos que deben seguirse. Pero como hemos visto, los textos constitucionales enumeran una serie de derechos, Individuales o sociales, prohibiendo, por lo tanto, la sanción de normas de inferior rango que contradigan o violenten esos derechos consagrados en el texto constitucional.

Así, la teoría de la supremacía constitucional supone que toda norma o acto estatal infra-constitucional debe ser compatible, tanto en sus procedimientos de elaboración como en su contenido, con las previsiones constitucionales.

La consecuencia de esta afirmación radica en que todas las normas que integran el orden jurídico del Estado encuentran en la Constitución su fuente de validez formal (referida a los procedimientos de sanción) como material (referida a su contenido). Aquellas normas o actos estatales que resulten contrarios a los procedimientos que la Constitución manda o a los contenidos que ella prescribe, serán inválidos por ser inconstitucionales.

En nuestro país, la supremacía de la Constitución Nacional surge del artículo 31, el cual establece: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

**Control de Constitucionalidad según el órgano que lo ejerce:**

**Político:** Este sistema supone que el control de constitucionalidad de una norma lo realiza el órgano legislativo o un órgano especialmente creado para este fin, pero también la naturaleza política. Uno de los pocos ejemplos existentes, ya que no es un sistema muy difundido, lo encontramos en Francia, donde el Consejo Constitucional es el encargado de este control, y está compuesto por 9 miembros, 3 de ellos designados por el Presidente de la República, 3 por la Asamblea General y 3 por el Senado.

Las críticas a este sistema son predecibles. Resulta difícil imaginar la efectividad de un sistema en el que quien dicta la ley y quien controla su constitucionalidad son el mismo órgano. Que el control, sea realizado por órganos separados, brinda una mayor confianza respecto de la objetividad del control.

Entre los aspectos positivos se suele resaltar el respeto de la voluntad popular, encarnada en los representantes elegidos por el pueblo, mientras que ya veremos que el siguiente sistema de control se le suele cuestionar su falta de legitimación para realizarlo.

**Jurisdiccional**: Este sistema, que pone en cabeza del poder judicial el control de constitucionalidad, es el más difundido y es el sistema al que diera reconocimiento y sustento teórico el caso Madbury vs. Madison, al sostener que sin lugar a dudas la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si 2 leyes entran en conflicto entre sí, el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las 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. quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Gobierno actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción.

Diversas son las ventajas que se reconocen a este sistema. En primer lugar, se afirma que el poder judicial se erige, en este caso, como un límite a los abusos que pueden cometer los poderes legislativo y ejecutivo en su función de dictar normas. Luego, se argumenta que tratándose, toda cuestión constitucional, de un conflicto de normas, es naturalmente el poder judicial el que se encuentra facultado para resolverlo. Por último, se suele sostener que en estos casos, el poder judicial actúa como poder contra mayoritario, limitando las decisiones de la mayoría que pudieran afectar los derechos constitucionales de las minorías.

La mayor crítica que se realiza a este sistema de control radica en la total carencia de legitimación electoral de los magistrados que realizan el control. Así, se sostiene que la voluntad popular, expresada por el poder legislativo o el poder ejecutivo, que sí son el resultado de la elección del pueblo, no puede verse torcida por la actividad del único poder cuyos miembros no son democráticamente elegidos.

Sin perjuicio de esta crítica, lo cierto es que el sistema de control judicial, en sus diversas variantes, es el más extendido en los diversos estados constitucionales,

Sistema de control jurisdiccional difuso: hablamos de sistema de control jurisdiccional difuso cuando todos los jueces, cualquiera sea el fuero y la instancia, ejercen el control de constitucionalidad. En este sistema, cada juzgado está, habilitado para ejercer el control, aunque siempre se reserva la última interpretación a la Corte Suprema de la Nación.

Sistema de control jurisdiccional concentrado: esta modalidad supone la existencia de un único tribunal que intervendrá cuando sea necesario ejercer el control de constitucionalidad de una norma u acto de gobierno. Suelen ser denominados tribunales constitucionales, y es un sistema vigente, por ejemplo, en España.

Sistema de control jurisdiccional mixto: en este caso, existen tanto un tribunal constitucional facultado para entender en ciertas causas en las que se cuestione la constitucionalidad de un acto o norma, pero otras son dejadas a los tribunales comunes.

**Control Constitucional Sistema Argentino:** En nuestro país, el control de constitucionalidad de una norma o acto de gobierno puede ser realizado por cualquier juez, de cualquier fuero o instancia, por lo que podemos afirmar que nuestro sistema es de control judicial difuso, correspondiendo a la Corte Suprema de Justicia, como cabeza del poder judicial, la última y definitiva decisión de las causas con contenido constitucional. Por eso se afirma comúnmente que la Corte Suprema es la última intérprete de la Constitución. El sistema de control constitucional argentino es jurisdiccional difuso, mayormente por vía indirecta y mayormente las sentencias dictadas poseen efectos inter-partes. Existen, no obstante, normas locales o excepciones jurisprudenciales que han habilitado el acceso por vía directa y el efecto erga omnes de las sentencias.

Sistemas posibles respecto a las vías procesales para hacer el planteamiento**:**

Por vía directo de acción o de demanda: en este caso, el objeto del proceso de la causa que se inicia, es cuestionar la constitucionalidad de una norma o acto de gobierno.

Por vía indirecta, o de excepción: en este caso, la cuestión de constitucionalidad surge en forma incidental dentro de un proceso cuyo objeto principal no es la posible declaración de inconstitucionalidad.

En nuestro país, este último es el sistema imperante con algunas excepciones.

Sistemas de control de acuerdo a los efectos que la declaración de inconstitucionalidad produce:

Efectos ínter-partes: en este caso, el efecto de la sentencia se limita a no aplicar la norma cuestionada en el caso resulto, por lo que subsiste la vigencia de la norma para el resto del ordenamiento jurídico y quien pretenda que la norma no le sea aplicable deberá iniciar su propio reclamo judicial.

Efectos erga-omnes: en este caso, la declaración de inconstitucionalidad de la norma la invalida para todo el sistema jurídico. Esto puede ocurrir porque la norma que es tildada de inconstitucional queda automáticamente derogada como efecto de la sentencia, o porque la sentencia implique para el órgano que la dictó la norma la obligación de derogarla.

En nuestro sistema, esta declaración tiene efectos sólo entre las partes de la causa judicial, sin que implique la derogación de la norma o la nulidad del acto en cuestión. La decisión judicial se limita a no aplicar la norma calificada como inconstitucional en ese caso. Existe, sin embargo, una excepción a este efecto ínter partes, que está dado por las acciones colectivas, receptadas en nuestra constitución nacional en el artículo 43, cuando consagra la llamada acción de amparo colectivo.

**Criterios para la declaración de inconstitucionalidad sentados por la corte suprema de justicia de la nación:**

En ejercicio de su función, la Corte ha sentado algunos lineamientos sobre el control de constitucionalidad en nuestro país, brindando pautas a los tribunales inferiores. Así, se afirma en la jurisprudencia de la Corte que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional, deber ser considerado como a ultima ratio (último argumento) por lo que sólo debe ejercerse cuando las circunstancias estrictamente lo requieran y en casos de manifiesta incompatibilidad con la Constitución Nacional. También ha sentado la Corte un principio de presunción de constitucionalidad de los actos estatales. Esto significa que la incompatibilidad constitucional debe ser probada por quien la alega, toda vez que se presupone que los poderes del estado actúan en un todo conforme con la Constitución Nacional.

Otra regla sentada por la Jurisprudencia de la Corte se refiere a la existencia de ciertas cuestiones, llamadas "cuestiones políticas no justiciables", que no pueden ser objeto de control judicial. Así, se sostiene que no corresponde a los jueces el examen de la oportunidad, conveniencia, acierto o eficacia del criterio adoptado por el poder legislativo o ejecutivo. Lo cierto es que, afortunadamente, cada vez son menos las temáticas en los que la Corte afirma no poder intervenir por tratarse de cuestiones políticas no justiciables, pero la doctrina aún subsiste.

Por último, también se encuentra en proceso de transformación un principio que afirma que el control judicial no se ejerce de oficio. Esto se refiere a que si, en el marco de un proceso judicial ninguna de las partes ha planteado la inconstitucionalidad de una norma o acto de gobierno, no puede, el juez interviniente, declararla o siquiera analizarla. Este principio también se encuentra hoy en franca retirada.

Por último, se requiere que el planteamiento de la inconstitucionalidad sea hecha, en momento oportuno (generalmente se entiende que el momento oportuno para el demandante es la presentación de la demanda y para el demandado el momento de la contestación) y debe estar debidamente fundada. No resulta suficiente hacer una mera mención sobre la incompatibilidad inconstitucional. Es claro que este requisito se ve hoy morigerado por la jurisprudencia que comienza a admitir la declaración de inconstitucionalidad de oficio, siempre en el marco de causa judicial.

**Constitución parte Orgánica y Dogmática**:

**Parte Orgánica:** Nuestra Constitución está conformada por un Preámbulo, 129 artículos y 17 disposiciones transitorias. A través de la Constitución cada Estado Nación realiza un diseño institucional y establece las reglas de resolución de conflictos. Nuestro país, continuando la tradición del sistema continental europeo y la necesidad que esta tradición sostiene de sistematizar positivamente la letra de las normas jurídicas, dictó una Constitución que está organizada en dos partes: la parte dogmática y la parte orgánica.

Esta Constitución tomó como ejemplo la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en lo relativo a la organización de los poderes. Sin embargo, se alejó del modelo norteamericano en términos de derechos y garantías. Mientras que la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica hace una escasa y prácticamente nula mención a los derechos y garantías de los habitantes de dicho país, nuestra Constitución Nacional se explaya y ahonda en detalles respecto a nuestros derechos, garantías y libertades.

La Constitución de la Nación Argentina se inscribe en la concepción racionalista liberal que garantiza el orden -porque ella misma crea el orden- y la división y el control de los poderes estatales, y reconoce y protege los derechos y las garantías individuales.

El Preámbulo hace alusión al poder constituyente delegado en los convencionales constituyentes ("Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina") y a los objetivos que los mismos asignan al Estado nacional.

Someramente estos fines consisten en:

* constituir la unión nacional,
* afianzar la justicia,
* consolidar la paz interior,
* proveer a la defensa común,
* promover el bienestar general, y
* asegurar los beneficios de la libertad

El espíritu universalista de la Constitución y sus ansias de eternidad están plasmados en la leyenda "para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino" y una clara mención al iluminismo surge al invocar "(...) la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia".

La parte orgánica hace referencia a la organización institucional de nuestro país, desarrollando en particular cada uno de los poderes que conforman la forma de gobierno representativa, republicana y federal, y va desde el artículo 44 al 129. Téngase presente que la reforma constitucional del año 1994 incorporó un capítulo denominado "Nuevos derechos y garantías". La reforma obedeció a diversos motivos políticos que fueron plasmados en el denominado "Pacto de Olivos", un encuentro entre el aquel entonces Presidente de la Nación, Carlos S. Menem, y el Presidente del principal partido político opositor -la Unión Cívica Radical-, el ex Presidente de la Nación, Raúl R. Alfonsín. Atento a que el bloque oficialista del Partido Justicialista no contaba con los votos suficientes para sancionar la ley que declarara la necesidad de la reforma constitucional, fue preciso que el Presidente de la Nación conversara políticamente con el partido opositor para obtener los votos necesarios. El Pacto de Olivos implicó la posibilidad de la reelección del Presidente e incluyó una "cláusula cerrojo". El 9 de diciembre de 1993 se reanudaron las conversaciones entre los equipos interpartidarios. Ante la existencia de dificultades en la negociación, se delegó en los juristas Ricardo Gil Lavedra (UCR) y Alberto García Lema (PJ) la redacción del anteproyecto de documento definitivo que firmarían Menem y Alfonsín.

El mecanismo que se halló para evitar de modo eficaz los riesgos de una Convención Constituyente que se asumiera como soberana e ignorase el acuerdo político de los líderes partidarios consistió en dividir lo acordado en un núcleo de coincidencias básicas que contuviera los puntos de reforma más caros a las pretensiones plasmadas en el acuerdo; un apartado de temas habilitados que versaba sobre cuestiones de menor entidad política que podían ser libremente abordados por la Convención y una sección de garantías jurídicas y políticas que las partes se daban a efectos de que el órgano constituyente cumpliera con los pactos. El núcleo de coincidencias básicas se convirtió en una "cláusula cerrojo" ya que los temas que lo constituían debían ser votados en bloque por la Convención. Su aceptación implicaba la incorporación a la Constitución de todas las modificaciones acordadas mientras que el voto por la negativa suponía el rechazo de todos los temas que componían el núcleo básico y el mantenimiento del texto constitucional vigente. A los fines de nuestra exposición, es particularmente "portante mencionar que se establecía la intangibilidad del capítulo único de la primera parte de la Constitución: "Declaraciones, derechos y garantías"

**Parte dogmática:** La parte dogmática remite al concepto de dogma. Un dogma es una proposición que se tiene por firme y cierta y es considerada como principio innegable de una ciencia. Que ésta sea la parte dogmática de la nuestra Constitución significa que constituye una verdad cierta e innegable, que no amerita discusión alguna. La parte dogmática de nuestra Constitución Nacional está conformada por el Preámbulo y los artículos 1 a 43.

Los primeros artículos constitucionales aluden a la forma de gobierno (representativa, republicana y federal), a la religión que económicamente sostiene el Estado Argentino y a las atribuciones que las Provincias han retenido para sí -artículo 5, 6 y 7 CN-. Los artículos 9 a 12 de la Constitución hacen referencia a la existencia de aduanas nacionales, a la libertad de circulación de la producción o fabricación nacional, a la ausencia de derechos de tránsito entre los productos que se mueven de una provincia a otra, y a la posibilidad de admitir nuevas provincias en el territorio nacional.

El artículo 14 enumera los derechos de todos los habitantes de la Nación Argentina. En consonancia con lo declarado en el Preámbulo, estos derechos son de todas las personas que pisan el suelo argentino, sin reparar en el hecho de dónde hubieran nacido. A continuación, el artículo 14 bis -que fuera incorporado a través de la reforma inconstitucional de la Constitución llevada a cabo por un gobierno autoritario en el año 1957- consagra los derechos de los trabajadores y los denominados derechos económicos, sociales y culturales.

Mientras que el artículo 15 -completamente innovador para su época- prohíbe la esclavitud y consagra la entonces denominada "libertad de vientre", el artículo 16 consagra la igualdad formal, o igualdad ante la ley. El artículo 17, haciendo honor a la tradición liberal, establece la inviolabilidad del derecho a la propiedad y el artículo 18 garantiza el "debido proceso", como conjunto de garantías que todo habitante tiene previo a ser acusado de cualquier delito. El artículo 19 consagra el "derecho de reserva" al establecer que las acciones privadas de los hombres -y mujeres, deberíamos decir- que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, y no perjudiquen a una tercera, están reservadas exclusivamente a Dios. Obviamente, la figura omnipresente de esta deidad se corresponde al espíritu liberal de la época y en la actualidad, deviene anacrónica.

Los artículos 20 y 25 incorporan a los migrantes al proyecto nacional e incluso promueven la migración europea. Esta última mención, en particular, hace lugar al ideario promovido por Sarmiento -entre otros intelectuales y políticos de la época-. El articulo 21 hace alusión al derecho de rebelión del pueblo frente a la opresión del gobernante ilegítimo, que fuera desarrollado por Santo Tomás de Aquino. Nuestra Constitución toma este derecho de rebelión y hace explícito lo que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del año 1776 consagra en forma implícita. Luego, el artículo 22 indica que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes, estableciendo la democracia indirecta como forma de gobierno y estableciendo penalidades para quien se rebele contra los poderes legítimamente constituidos -delito de sedición-. El artículo 23 establece la herramienta del Estado de Sitio para preservar la plena vigencia de la Constitución.

Los artículos constitucionales 26 y 27 referencian el vínculo entre el Estado Argentino y las naciones extranjeras, estableciendo relaciones diplomáticas y comerciales.

El artículo 28 establece que los principios, garantías y derechos reconocidos en la parte dogmática de la Constitución no pueden ser alterados por leyes ni por reglamentos. Luego, el artículo 29 establece la prohibición de la "suma del poder público", una garantía para evitar la concentración del poder y garantizar la división de funciones propia de la República.

El artículo 30 establece el mecanismo para reformar la Constitución. En función de este artículo y de las complejidades que caracterizan al proceso de reforma constitucional, nuestra Carta Magna tiene características de rigidez orgánica, ya que la necesidad de su reforma debe ser expresamente declarada por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de sus miembros y la reforma es llevada adelante por un órgano expresamente convocado a tal efecto -en nuestro caso, una Convención Constituyente-. No obstante, algunas cláusulas constitucionales son consideradas pétreas, es decir, no pueden reformarse. Por ejemplo, lo relativo al régimen de gobierno representativo, republicano y federal.

El art. 31 establece el orden de la pirámide normativa y el lugar que ocupa la Constitución en dicha pirámide. Este orden imperante fue discutido judicialmente con respecto al lugar que ocupaban los tratados internacionales con relación a las leyes. No obstante, la disputa fue zanjada definitivamente a partir de la reforma constitucional del año 1994 a través de la incorporación de incisos 22 y 24 del artículo 75.

El art. 32 garantiza la libertad de imprenta y el 33 establece ciertas pautas interpretativas con relación a la declaraciones, derechos y garantías.

El art. 34 establece la imposibilidad de ser juez federal y provincial al mismo tiempo, y el art. 35 alude a las distintas denominaciones que hasta el año 1853 han sido utilizadas para nombrar a nuestro país y las considera válidas a cada una de ellas.

Los derechos y garantías fueron incorporados el artículo 36, que alude a las consecuencias de interrumpir a través del uso de la fuerza la plena vigencia de la Constitución y del sistema democrático y establece las sanciones que corresponden a quienes lleven adelante tal clase de actos. Luego el artículo 37 garantiza el derecho al sufragio universal, igual, secreto y obligatorio y consagra la igualdad real de oportunidades, complementaria de la igualdad formal del artículo 16. El artículo 38 reconoce la existencia de los partidos políticos y su importancia para el sistema democrático.

Los artículos 39 y 40 establecen mecanismos de democracia semidirecta la consulta popular y el derecho de iniciativa. El artículo 41 alude al derecho al ambiente y las consecuencias del daño ambiental. El artículo 42 consagra los derechos de los consumidores y el artículo 43 establece mecanismos de protección de derechos -que serán desarrollados a continuación-.

Los artículos 44 a 76 hacen referencia a los requisitos para ser diputados y senadores y a los mecanismos de elección de cada uno de ellos, consagrando el sistema d'hont en el caso de los diputados y un número cerrado en el caso de Ios senadores: tres por cada Provincia y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, garantizando así la representación proporcional conforme la cantidad de habitantes en el caso de Ios diputados y la representación igualitaria en el caso de Ios senadores, sin tener en cuenta el tamaño o población de la Provincia.

Mientras que el artículo 75 alude a las atribuciones y funciones del Congreso, el artículo 75 inc. 22 otorga jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos y establece el mecanismo para asignar idéntica jerarquía a otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Este mecanismo ha sido acusado de constituir una forma solapada de reformar la Constitución Nacional, sin necesidad de convocar a una Convención Constituyente.

Al otorgar jerarquía constitucional a estos instrumentos internacionales de derechos humanos nuestros Convencionales Constituyentes han incorporado en la parte orgánica, derechos, libertades y garantías que no estaban en la parte dogmática tradicional. Es decir, que a partir de la reforma constitucional del año 1994 existe un mecanismo de reforma constitucional que podríamos llamar "indirecto".

Los artículos 77 a 84 indican cómo es el proceso de formación y sanción de las leyes. Mientras tanto, el artículo 85 plantea la existencia de la Auditoría General de la Nación -AGN- como órgano de control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos que brinda información al Poder Legislativo.

El artículo 86 crea la figura del Defensor del Pueblo, como órgano eme que funciona en el ámbito del Congreso de la Nación y que tiene como principal misión la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución.

Los artículos 87 a 93 hacen referencia a la naturaleza y duración del cargo de Presidente de la Nación. Recordemos que hasta el año 1994, el Presidente duraba en su cargo 6 años. Actualmente, dura en su cargo 4 años, pudiendo ser reelecto en forma inmediata per una única vez.

Hasta 1994 el Presidente de la Nación era electo a través de un Colegio Electoral. En la actualidad, conforme surge de los artículos 94 a 98, el Presidente es electo directamente por el pueblo, conformando el territorio nacional un distrito único. Esto significa que la elección se realiza en paralelo en todo el país, al mismo tiempo. Para ganar en primera vuelta es necesario que se cumpla una de ¡as siguientes situaciones:

1. Obtener más del 45% de votos afirmativos

2. Obtener el 40% de votos afirmativos y tener una diferencia mayor de 10 puntos respecto del candidato que obtuviera el segundo lugar en la elección.

El artículo 99 indica las atribuciones del Poder Ejecutivo, como por ejemplo, la condición de Jefe Supremo de la Nación y responsable político de la administración general del país promulgar leyes dictar decretos de necesidad y urgencia y decretos reglamentarios de las leyes nombrar a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación indultar en casos vinculados con delitos federales concluir y firmar tratados ser Comandante en Jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación declarar la guerra con autorización y aprobación del Congreso y también puede declarar el Estado de Sitio -aunque requiere la aprobación del Senado en el supuesto de ataque exterior y del Congreso en el supuesto de conmoción interior-.

A través del artículo 100 la Constitución Nacional pretende atemperar el Presidencialismo, creando la figura del Jefe de Gabinete. Esta incorporación del año 1994 tiene responsabilidad política ante el Congreso de la Nación y le corresponde, entre otras funciones, ejercer la administración general del país y las funciones y atribuciones que le delegue el Presidente de la Nación. Los artículos 101 a 107 señalan las responsabilidades de los ministros, que en nuestro país dependen directamente del Presidente de la Nación y bajo ninguna circunstancia pueden ser miembros del Poder Legislativo.

Los artículos 108 a 115 hablan del Poder Judicial, señalando que lo ejerce una Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales inferiores que el Congreso estable en el territorio de la Nación. Tengamos presente que siendo el nuestro un país federal, existe por un lado la justicia ordinaria -que ordena y está bajo la órbita de cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- y por otro lado, la justicia federal. A diferencia del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, los miembros del Poder Ejecutivo al conservan su empleo mientras dure su buena conducta, sin límite temporal en el cargo. Asimismo, este es el único Poder donde se exige como requisito una profesión determinada: abogado.

**UNIDAD 5:**

**Los derechos humanos:**

En nuestro sistema jurídico existen herramientas jurídicas destinadas a garantizar la plena protección de los derechos consagrados en la parte dogmática de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Características que tienen los derechos humanos:

* Innatos e inherentes: Todas las personas nacemos con derechos que nos corresponden por el simple hecho de ser personas. La única intervención del Estado consiste en reconocerlos, declararlos y protegerlos normativamente. Esto significa que el Estado no confiere ni otorga derechos; los reconoce.
* Necesarios: Los derechos humanos son necesarios en tanto y su reconocimiento por el orden jurídico constituye un deber ineludible del Estado.
* Imprescriptibles: Los derechos humanos no se pierden con el transcurso del tiempo ni con el desuso.
* Oponibles erga omnes: Los derechos humanos pueden hacerse valer frente a cualquier otro sujeto de derecho, sean personas físicas o jurídicas particulares, personas de derecho público estatales y no estatales. También significa que cualquiera puede hacer valer sus derechos humanos frente al Estado.
* Universales: Los derechos humanos son de todas las personas (faz personal) y deben ser respetados de manera uniforme (faz material) por todos los Estados de cualquier sistema político, de cualquier religión y de cualesquiera costumbres sociales.
* Indivisibles e interdependientes: Existe una imposibilidad absoluta de jerarquizar los derechos humanos y preferir unos sobre otros. Además, existe un vínculo entre ellos que los vincula unos a otros de manera que tienen dependencia entre sí.

Las últimas tres características de los derechos humanos fueron formalizadas a partir de la suscripción de la Declaración y Programa de Acción de Viena del año 2003, que dice La Declaración y el Programa de Acción de Viena reforzaron importantes principios, entre ellos la universalidad de los derechos humanos y la obligación de los Estados de acatarlos.

En coincidencia con Norberto Bobbio, entendemos que la pregunta que atraviesa hoy a los derechos humanos no es que son ni cuáles son los derechos humanos, sino como y donde defendemos y garantizamos el ejercicio de estos derechos. En este sentido, la respuesta que podemos brindará este interrogante consiste en que, en nuestro país, las herramientas de defensa de los derechos humanos son múltiples. No obstante la eficacia de dichos mecanismos dependerá por un lado de nuestra destreza como abogados, y por otro lado, dependerá de la eficacia y celeridad del sistema judicial y de sus instituciones.

A continuación, desarrollaremos cada uno de los mecanismos internos de defensa de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional e Instrumentos internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad federal. Con relación a los mecanismos enumerados será necesario conocer los orígenes de cada uno, sus características, su recepción normativa, los derechos protegidos y la legitimación activa y pasiva en cada uno de los casos.

Con orígenes, nos referimos a que algunas de estas herramientas de defensa de derecho fueron concebidas judicialmente, para luego ser plasmadas en textos normativos originados en el Poder Legislativo. Asimismo, algunas de estas herramientas fueron elevadas a nivel constitucional. Precisamente, el término "recepción normativa" hace referencia a las leyes, artículos constitucionales y/o instrumentos internacionales de derechos humanos que receptan las acciones estudiadas.

Las características aluden a los tiempos y requisitos exigidos para la presentación de las acciones y las herramientas disponibles para Ios habitantes de la Nación Argentina. Atento la urgencia de los derechos en pugna, en muchas ocasiones se contempla cierta flexibilidad que no suele caracterizar a los mecanismos judiciales, más bien propensos al excesivo reglamentarismo y formalidad.

Téngase presente que preferimos el término acción por sobre recurso. Las herramientas estudiadas no constituyen un recurso atento a que no son interpuestas contra una decisión anterior sino que por el contrario, consisten en la herramienta que tenemos los habitantes de la Nación Argentina para lograr el efectivo y pleno goce de nuestros derechos y libertades. No recurrimos ninguna decisión anterior, sino que acciones a efectos de lograr el pleno goce efectivo de nuestros derechos humanos.

Los derechos protegidos aluden a cuáles son los derechos que cada una de las herramientas estudiadas protegen, ya que cada una tiene una finalidad específica. Finalmente, la legitimación activa significa quién o quiénes pueden interponer la acción, mientras que la legitimación pasiva implica contra actos provenientes de quién puede interponerse dicha acción.

Habiendo aclarado los puntos a desarrollar en cada caso, habremos de avocarnos al estudio en particular de las herramientas jurídicas destinadas a garantizar la plena protección de los derechos consagrados en la parte dogmática de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

**Mecanismos de Garantía en la Constitución:**

**Acción de amparo:**

La acción de amparo surge en nuestro derecho como creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia dela Nación, quien ante la ausencia de herramientas jurídicas y ante la flagrante violación de ciertas libertades de raigambre constitucional, debió instrumentar un mecanismo que no estaba expresamente mencionado en nuestro sistema jurídico. (Caso Siri y Caso Kot).

La reforma constitucional del año 1994, consagró constitucionalmente la acción de amparo en su artículo 43.

Toda persona, puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo e os derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Consagración normativa: Aunque fue una creación pretoriana, actualmente la acción de amparo está consagrada en el artículo 43 de la Constitución Nacional, Ley N° 16.986, arts. 321 y 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Derechos tutelados: La acción de amparo protege todos los derechos de las personas, excepto la libertad ambulatoria y la privacidad de los datos.

Características de la acción de amparo: Es la acción expedita y rápida, es decir, no admite mayores dilaciones y debe proceder con celeridad.

Legitimación activa: La legitimación activa permite clasificar entre amparo individual y amparo colectivo.

Al amparo individual puede interponerlo toda persona (física o jurídica) que esté siendo afectada por la acción u omisión, sea esta acción u omisión culposa (por negligencia) o dolosa (con intención) contra el sujeto obligado, es decir, contra autoridades públicas o contra particulares.

Mientras tanto, al amparo colectivo puede interponerlo la persona afectada y también puedo hacerlo el Defensor del Pueblo o alguna organización no gubernamental (ONG), pero sólo procede en los supuestos mencionados en el segundo párrafo del artículo 43.

Con relación al concepto de "usuarios" nos referimos a aquellas personas que utilizan los servicios públicos, tales como el transporte, el agua corriente, la electricidad, el gas, la recolección de basura, etc. Mientras tanto, la referencia a "consumidores" implica a aquellas personas que pagan un precio por el acceso a determinados bienes y en consecuencia están legitimados a reclamar por los mismos.

Legitimación pasiva: La acción de amparo puede interponerse contra los actos y/u omisiones provenientes de particulares y también contra actos y/u omisiones provenientes de la autoridad pública.

**Acción de hábeas corpus:**

La acción de hábeas corpus tiene por objeto inmediato proteger la libertad ambulatoria, es decir, la libertad de moverse de las personas. La raíz del concepto significa traer el cuerpo de una persona ante el juez o jueza. Una aclaración que nunca está de más, nos referimos a traer a la persona viva ante el juez o jueza, ¡no un cadáver!

En el año 1994 la acción de hábeas corpus fue consagrada en la Constitución Nacional, cuyo artículo 43 indica en su cuarto párrafo: "Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio"

Legitimación activa: Con relación al hábeas corpus, existe una legitimación amplia, en tanto cualquier persona puede interponer esta acción; no siendo necesario acreditar ningún tipo de vínculo con la persona privada ilegítimamente de su libertad para interponer esta acción en su nombre. Tan amplia es la legitimación que incluso un completo desconocido puede presentar esta acción. La amplitud de la legitimación en esta acción surge a partir de la imposibilidad fáctica de garantizar derechos que surge a partir de la privación ilegítima de la libertad.

Legitimación pasiva: La acción de hábeas corpus procede única y exclusivamente contra actos provenientes de autoridad pública. En términos generales, entendemos por autoridad pública las fuerzas de seguridad (Policía Federal, Policías Provinciales y Locales, Gendarmería y Prefectura) aunque debemos tener presente que también abarca a funcionarios públicos en ejercicio de su función. Así, podríamos interponer una acción de hábeas corpus por una persona privada ilegítimamente de su libertad en una comisaría o también en un hospital psiquiátrico.

Téngase presente que en aquellos casos donde la privación de la libertad ambulatoria proviene de un particular (como por ejemplo, en un secuestro extorsivo) estamos ante la comisión del delito de privación ilegítima de la libertad que deberá ser denunciado y castigado penalmente, pero en cuyo caso no procede la acción de hábeas corpus.

Derechos protegidos: La acción de hábeas corpus protege la libertad ambulatoria de las personas. Y en un giro progresista, la reforma constitucional del año 1994 dispuso que, en nuestro país, a través de esta acción se protege el derecho de las personas privadas legítimamente de su libertad a que las condiciones de detención sean óptimas, debiendo ser las cárceles de la Nación "sanas y limpias".

Clasificación:

a) **Hábeas corpus reparador:** Esta acción puede presentarse cuando el derecho lesionado es la libertad física o ambulatoria de una persona y en general se refiere a los casos de detenciones o arrestos ilegales, es decir, cuando la detención se realiza sin orden del juez o violando las garantías constitucionales que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional.

b) **Hábeas corpus restringido:** Corresponde esta acción cuando se restringe la libertad ambulatoria de una persona sin llegar a la privación de la libertad absoluta dentro de un establecimiento carcelario y/o policial. Hasta el año 2011 -cuando el Ministerio del Interior quedó a cargo de la confección de cédulas y pasaportes- era habitual interponer esta acción frente a la demora injustificada en otorgar un pasaporte (tarea que estaba en manos de la Policía Federal y que podía llevar meses; incluso, años). La interpretación consistía en que al negarse este documento la persona no podía salir del país y en ese caso, estaba siendo privada ilegalmente de su libertad ambulatoria.

c) **Hábeas corpus preventivo**: Procede cuando existe un hostigamiento, una amenaza persecución hacia una persona y tiene por objeto que, a través de una intervención judicial, la policía brinde explicaciones respecto a los motivos de dicho hostigamiento o persecución.

d) **Hábeas corpus correctivo**: Esta acción está íntimamente relacionada con la garantía de artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija hará responsable al juez que la autorice". Es decir, las cárceles deben consistir en espacios sanos y limpios. Cuando no cumplan con dichas características, las personas allí privadas de su libertad están en condiciones de interponer una acción de hábeas corpus correctivo contra las autoridades carcelarias.

e) **Hábeas corpus por desaparición forzada de personas**: La consagración normativa del hábeas corpus por desaparición forzada significa saldar una deuda para con nuestra propia historia institucional y en íntima conexión con el artículo 36 de la Constitución nos recuerda que las garantías constitucionales mantienen su vigencia en cualquier circunstancia -incluso, durante el Estado de Sitio-.

**Acción de hábeas data:**

Pensar la acción de hábeas data implica contextualizarla en tiempo y espacio. Cuando dicha garantía constitucional fue incorporada a nuestra Carta Magna, internet era aún una ilusión. Tanto es así que recién en 1995 se vendieron en la Argentina las primeras conexiones a Internet. La lectura de los debates que precedieron a la reforma constitucional del año 1994 dan cuenta de los motivos que tuvieron en miras los convencionales constituyentes a la hora de incluir esta garantía.

"Se hace referencia a un ámbito de derechos personales del mundo contemporáneo, donde el procesamiento de la información, la acumulación y la circulación han generado amenazas reales a la libertad y a otros derechos personales de los argentinos. Todos nosotros hemos vivido períodos oscuros de la historia nacional. Pero gracias a Dios, individual y colectivamente, hemos logrado sobrevivir y superarlos. Esta Convención es la expresión histórica, no solamente de nuestra capacidad de supervivencia en esos períodos oscuros de la historia argentina, sino también de nuestra capacidad de superarlos. Estoy convencido de que estamos abriendo una puerta al futuro que deja atrás el período sombrío. No hay ningún convencional sentado en esta sala que no sepa a qué me estoy refiriendo cuando digo que existe el riesgo en la acumulación y manipulación sobre las personas que puede producir un daño actual y real. Esta es una medida excepcional, no es un mero interdicto procesal, por lo tanto, es cierto que cumple con los requisitos del amparo. Para que no existan dudas acerca del tipo de riesgo, informo que no somos redundantes al aclarar que no estamos refiriéndonos a la información pública ni a ninguna cuestión que pueda rozar el derecho a la libertad de prensa, la cual está garantizada en nuestra Constitución Nacional. Por lo expuesto, se menciona expresamente algo que nunca se había dicho antes en el orden jurídico y esto es la protección del derecho profesional del periodismo. En consecuencia, la acción de hábeas data, nombre que no surge explícitamente de la Constitución Nacional sino que está explicitado en los referidos debates, está pensada como herramienta de protección de la vida privada y de la privacidad de los datos. Sin embargo, treinta años después, la garantía constitucional ha devenido en ciertos aspectos demasiado rígida dado los tiempos que corren. Una vez finalizada la descripción de la acción, volveremos sobre este tema.

La acción de hábeas corpus surge en nuestro sistema jurídico en el año 1994 y fue consagrada también en el artículo 43 de la Constitución Nacional, que dice: 'Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística". Posteriormente, la acción fue reglamentada a través de la Ley N“ 25.326, "Ley de Protección de Datos Personales" (sancionada el 4 de octubre de 2000 y promulgada parcialmente el 30 de octubre de 2000), cuyos principales puntos podrán encontrar en el anexo normativo que acompaña a este capítulo.

**Derecho tutelado**: La acción de hábeas data protege la privacidad de los datos de las personas. En particular, la ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional. Es decir, la norma, a través de la protección de los datos, protege el honor y la dignidad de las personas, tanto físicas como jurídicas.

Otro derecho particular y específico es el derecho de rectificación, actualización o supresión. La rectificación supone la modificación de un dato; la actualización se refiere a traer al momento actual un dato que ha quedado caduco, viejo. Y finalmente, la supresión implica la eliminación de ese dato.

Sintetizando, podemos indicar que las finalidades que persigue la acción de hábeas data son: conocer; rectificar, actualizar y/o suprimir un dato, siempre y cuando el dato sea recogido por un bando de datos, público o privado.

**Legitimación activa:** La legitimación activa está en cabeza del sujeto titular de la información, es decir, de la persona afectada. En caso que se trate de una persona menor de edad, la acción puede presentarla la madre o el padre, el tutor o la tutora, en su carácter de representante de esta persona.

**Legitimación pasiva:** La acción de hábeas data puede presentarse contra el banco de datos que posee la información, ya sea un banco de datos público o privado. Para tener la calidad de “banco de datos” es necesario estar inscripto con este carácter ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Una simple persona que acumula información, por ejemplo, un periodista o un/a investigador/a no es un banco de datos y por ende no corresponde una acción de esta índole en contra suya.

**Clasificación de los datos:** La norma distingue entre "datos personales" (información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables) y "datos sensibles" (datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual). Atento la especial protección que ameritan los datos sensibles es que, por ejemplo, el Ministerio de Salud de la Nación encripta la información relativa a personas que conviven con VIH (virus de inmunodeficiencia humana, también conocido por sus siglas en inglés, HIV), en nuestro país. Por cuestiones de política sanitaria él Ministerio de Salud debe llevar un registro de las personas que conviven con este virus. No obstante, tratándose de información que reviste el carácter de "sensible", la misma es encriptada, es decir, es codificada para que no sea posible identificar el dato con una persona en particular. Los datos sensibles merecen una protección especial ya que hacen a nuestra identidad. El titular del dato, es decir, la persona que según señalamos más arriba puede interponer la acción de hábeas data, tiene un especial derecho denominado "derecho de acceso" y en consecuencia puede solicitar al banco de datos conocer la información que dicho banco posee relativo a su persona (confr. artículo 14, Ley N° 25.326).

Por último, nos parece importante señalar que, en la sociedad actual, donde están a nuestra disposición nuevas tecnologías de la información y la comunicación ("TICs"), que permiten. el acceso ilimitado a Internet, y en pleno auge de la globalización, la privacidad, como valor, en los términos que la hemos conocido hasta la actualidad, está en constante tensión y sus límites no pueden ser claramente delimitados. A nivel internacional existe la misma preocupación, que lleva al desarrollo de nuevas herramientas de protección. No obstante, se trata de un campo aún muy somera.

**Estado de sitio:**

Comenzaremos por citar la regulación constitucional de esta garantía destinada a salvaguardar el sistema federal consagrado en el artículo 1º de nuestra Carta Magna. El estado de sitio es una garantía de carácter extraordinario cuya finalidad es preservar la plena vigencia del sistema constitucional frente a situaciones graves de emergencia. Es una garantía institucional que a través de una limitación parcial y de interpretación esencialmente restrictiva de las garantías constitucionales individuales, procura defender el sistema político en situaciones graves y anómalas que no pueden ser remediadas mediante la aplicación de remedios ordinarios.

El estado de sitio tiene un objetivo directo, preservar la vigencia de la Constitución y sus instituciones; y un objetivo indirecto: la vigencia de los derechos y garantías que la Constitución prevé, frente a una grave perturbación ocasionada por un ataque exterior o una conmoción interna.

El artículo 23 de la Constitución Nacional dice: "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino".

El artículo 23 de la Constitución no establece la suspensión de la propia Constitución sino solo la suspensión de las garantías constitucionales, precisando en su última parte cuales, son esas garantías. Bajo la vigencia del estado de sitio subsisten la Constitución Nacional y las libertades que ella establece y las eventuales restricciones que se pretendan imponer a las mismas deben ser interpretadas con criterio restrictivo, así como también las facultades extraordinarias que durante su curso pueda ejercer el presidente de la República. La vigencia de la libertad es la regla general y las limitaciones a ella son siempre una excepción, tanto en épocas de normalidad como de emergencia.

Para que tenga lugar la utilización de esta herramienta institucional es preciso que se configure uno de dos supuestos concretos, conmoción interior, o ataque exterior. En ambos casos se requiere que los hechos tengan una magnitud tal que pongan en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella. La conmoción interior comprende toda sublevación, levantamiento, tumulto, conflicto social, político o económico que por su envergadura y profundidad pongan en peligro o hagan temer un peligro grave, serio e inminente para el orden constitucional. La conmoción puede ser actual o potencial, es decir, una amenaza. Por otro lado, el concepto de ataque exterior define a toda actividad que configure una situación de guerra internacional o de guerra civil gestada, proyectada o apoyada desde el exterior, aunque en tales casos no tengan participación alguna las autoridades de un Estado extranjero. Históricamente la jurisprudencia y la doctrina han considerado que la declaración del estado de sitio es un acto esencialmente político y discrecional que no es susceptible de revisión judicial en lo que respecta a las causas y razones que fundamentaron su dictado, pasando a engrosar a través de esta tesitura lo que se denomina las "cuestiones políticas no justiciables", es decir, exentas del control correspondiente al Poder Judicial. No obstante, esta perspectiva considera que el Poder Judicial es competente para controlar la razonabilidad de los actos particulares que se ejecutan con motivo de la vigencia del estado de sitio sin que ello importe la validez del acto general declarativo del estado de sitio.

Aunque durante muchos años esta fue la interpretación dominante, otro sector de la doctrina entiende que el control de constitucionalidad constituye una herramienta legítima en manos del Poder Judicial, quien frente a cualquier circunstancia debe erigirse en garante de la supremacía constitucional, incluso ante la aplicación del estado de sitio. Optar por una de ambas tesituras constituye una elección personal, aunque debemos dejar sentado que desde nuestra perspectiva debe primar la postura que más derechos garantiza. En consecuencia, la segunda opción -aplicar el control de constitucionalidad a todos los actos de gobierno, incluso a la declaración de estado de sitio- será la mejor opción.

**Legitimación activa**: La declaración del estado de sitio es una de las facultades propias del gobierno federal que han sido delegadas por las provincias y que, en consecuencias, estas últimas no pueden reasumir.

Con relación al sujeto legitimado para declarar el estado de sitio, la Constitución Nacional indica en su artículo 61 "Corresponde también al Senado autorizar al presidente de la Nación para que declare en estado de sitio, uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior". Es decir, que se trata de un acto complejo, en tanto la atribución de dictar el estado de sitio que tiene el Presidente de la Nación, requiere de la aprobación del Senado de la Nación, frente al ataque exterior.

Cuando existe conmoción interior, en los términos antes definidos, la declaración del estado de sitio corresponde al Congreso de la Nación. En caso que el Congreso estuviera en receso el Presidente podrá decretar el estado de sitio por un plazo limitado, es decir, por un por un período de tiempo con principio y final.

Una vez declarado el estado de sitio durante el receso del Congreso, el Presidente de la República deberá convocarlo al Congreso inmediatamente para que ratifique la decisión o la suspenda. También es posible que el Congreso reduzca o amplíe los alcances del estado de sitio.

**Límites a la declaración del estado de sitio:**

Con relación a la declaración de este estado de excepción, vale destacar dos limitaciones que imperan en todo momento y son inclaudicables.

1 El art. 43 de la Constitución Nacional constitucionalizó el control judicial de la detención de personas durante el estado de sitio, exigiendo la resolución inmediata del habeas corpus presentado. Es decir, la vigencia del estado de sitio no puede constituirse en un obstáculo para ejercer el derecho a garantizar la libertad ambulatoria de las personas en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

2) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (con jerarquía constitucional de acuerdo al artículo 75, inc. 22 de nuestra Constitución Nacional) contempla la suspensión de las obligaciones del Estado Parte (como lo es Argentina) establecidas en la Convención en los supuestos de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte (art. 27, inc. 1, CADH).

La Convención dispone la no suspensión de derechos considerados esenciales: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, del derecho a la vida, el derecho a la intimidad personal, prohibición de esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y retroactividad, libertad de conciencia y de religión, protección de la familia, derechos políticos y garantías indispensables para proteger tales derechos (art. 27, inc. 2, CADH). Como toda obligación internacional, el no apego a lo establecido en el artículo 27 conlleva consecuencias:

a) su incumplimiento trae aparejada responsabilidad internacional.

b) constituye una regla de interpretación con relación al artículo 43 de la Constitución Nacional.

Con relación a los efectos que produce la declaración del estado de sitio sobre los derechos y garantías de las personas, existen distintas posturas doctrinarias. Entendemos, conforme la doctrina jurisprudencial vigente, que la suspensión debe estar condicionada a los fines del estado de sitio. En cada caso concreto los efectos del estado de sitio sólo se extenderán sobre aquellos derechos y garantías individuales cuya suspensión sea necesaria para el logro de los objetivos perseguidos en la declaración. Bidart Campos considera que si bien la declaración del estado de sitio puede suspender, genéricamente, todos los derechos y garantías individuales, en la práctica sólo puede abarcar aquellos derechos y garantías cuyo ejercicio es capaz de concretar un peligro actual y real frente a la situación de emergencia que se pretende remediar. Además, corresponde verificar si la acción restrictiva está dotada de razonabilidad, función esta última que corresponde a los jueces en ejercicio del control judicial de razonabilidad.

**Arresto y traslado de personas:** En el marco del estado de sitio, se entiende por arresto privar de su libertad física a Una persona, en forma total o parcial. Puede consistir en la detención de una persona y luego en hacer que esta persona permanezca obligatoriamente en un lugar que determine el Poder Ejecutivo. También podría incluir la obligación para esta persona de presentarse ante determinada autoridad o en la prohibición de trasladarse a ciertos lugares. Esta privación de la libertad es ajena a la intervención del Poder Judicial. El traslado de la persona consiste en la obligación impuesta por el Poder Ejecutivo a una persona para que se radique en una zona determinada dentro de la cual, en principio, podría moverse libremente. Existiría una especie de cerco invisible que le impide traspasar ese límite. La orden de traslado o arresto constituye una facultad exclusiva del Poder Ejecutivo, constitucionalmente, indelegable, es decir, que el PEN (Poder Ejecutivo de la Nación) no puede ceder. Este acto debe formalizarse a través de un decreto en el cual, además de ser debidamente individualizadas las personas sujeto de la medida, deberán indicarse las razones y fundamentos de la medida, que son susceptibles del control judicial de razonabilidad. Están exentos de esta medida Ios legisladores (art. 68 CN) y Ios magistrados (art. 110 CN); ninguno de ellos puede ser detenido en virtud de esta atribución del Poder Ejecutivo.

Pese a lo antedicho, existe una serie de limitaciones al arresto y traslado de personas.

a. El arresto concluye inmediatamente al cesar el estado de sitio.

b. No puede traducirse en una condena o pena para la persona detenida.

c. El arresto o traslado debe ser razonable en el caso concreto.

d. El arresto cesa si el interesado o interesada ejerce el derecho de opción, es decir, si la persona detenida decide cambiar el arresto por trasladarse a un lugar designado por el Poder Ejecutivo-un lugar distinto a aquel donde la persona reside habitualmente- o la persona arrestada podrá declinar el arresto en tanto y en cuanto acceda a irse del país.

**Intervención Federal:**

La intervención federal tiene por finalidad garantizar la forma republicana de gobierno la Constitución Nacional indica en su artículo 75 que corresponde al Congreso: "31 Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo". Por otro lado, el artículo 99 de la Constitución Nacional establece: "El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones”. Decreta la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento".

En principio, la intervención federal debe ser dispuesta por el Poder Legislativo Nacional sin pedido de la Provincia e incluso contra la opinión o voluntad de la misma; no pudiendo el Poder Ejecutivo disponer ¡a intervención federal salvo en caso de receso de éste. En caso que fuera el Presidente quien dispone la intervención deberá ordenar en forma simultánea la convocatoria del Congreso para el tratamiento de la medida (arts. 99, inc. 20 y 75, inc. 31, párr. 2°). No obstante, lo antedicho podría ocurrir que la Provincia solicitara el dictado de una medida de estas características. En este orden de ideas, el artículo 6 de nuestra Constitución Nacional establece: "El Gobierno Federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades provinciales para sostenerlas o restablecerlas si hubiesen sido depuestas por la sedición o por invasión de otra provincia". Es decir, la intervención federal es una medida extraordinaria del gobierno de la Nación por la que éste impone temporariamente su poder supremo en la Provincia, para la realización de los fines expresados en el artículo anterior. El interventor es un funcionario del gobierno federal y representante del poder ejecutivo federal, correspondiendo su nombramiento exclusivamente al Presidente de la Nación. El último registro de utilización de esta herramienta data de abril del año 2004, cuando fue intervenida la Provincia de Santiago del Estero.

A lo largo de este capítulo hemos sintetizado las herramientas y mecanismos de defensa de los derechos humanos con que contamos las personas en la República Argentina. Además, hemos señalado someramente las herramientas de defensa del sistema de gobierno representativo, republicano y federal. El estudio de estas herramientas deberá ser profundizado a lo largo de vuestras carreras para poder acudir a las mismas a efectos de garantizar el pleno ejercicio de derechos en nuestro país.

El artículo 114 crea al Consejo de la Magistratura -órgano inexistente hasta el año 1994- , que cuenta con cuatro comisiones -Administración y Financiera; Disciplina y Acusación; Selección y Escuela Judicial; y Reglamentación- y que entre otras funciones, selecciona mediante concursos públicos a los postulantes a las magistraturas inferiores y eventualmente decide la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, para en su caso ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente-.

Los artículos 116 a 119 establecen las atribuciones del Poder Judicial, estableciendo la denominada competencia federal extraordinaria y la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El artículo 120 hace referencia al Ministerio Público, en tanto órgano independiente y con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. El Ministerio Público está compuesto por un Procurador General de la Nación y un Defensor General de la Nación.

Los artículos 121 a 128, en articulación con el modelo federal de país, aluden a que las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación. También hacen referencia a que cada Provincia puede dictar su propia Constitución.

El artículo 129 -novedad introducida por la reforma del año 1994- consagra la Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

Finalmente, la Constitución contiene quince cláusulas transitorias, destinadas a ordenar el traspaso desde la anterior Constitución a la Constitución reformada en el año 1994. Hasta aquí hemos analizado someramente el texto constitucional, objeto de múltiples debates y plausible de diversas interpretaciones. Como futuros operadores jurídicos debemos comprender la importancia de nuestra Carta Magna y tener presente el lugar que ocupa en la pirámide normativa, junto con el "bloque constitucional federal". En consecuencia, la lectura de nuestra Constitución es una actividad que jamás debemos abandonar, teniendo presente que todas las respuestas jurídicas y políticas que sucedan en nuestro país deben respetar dicho bloque de constitucionalidad federal. "Todo en la Constitución; nada sin la Constitución"; ese debiera ser nuestro lema.

**UNIDAD 6:**

**EL ESTADO:**

**La Nación**:

Para entender en qué consiste la institución que en adelante denominaremos Estado debemos considerar los motivos por los cuales las personas decidimos vivir en sociedad. En este orden de ideas, desde la antigüedad los filósofos, antropólogos y miembros de diferentes disciplinas dentro de las ciencias sociales han reflexionado sobre este punto. Mientras que algunos consideran que las personas somos por definición sujetos gregarios -es decir, que necesitamos vivir en comunidad con otros seres y que sólo en esta situación nos sentimos completos- otros consideran que los que nos lleva a vivir en sociedad es que necesitamos de otros sujetos por cuestiones utilitaristas. Es decir, vivir junto a otras personas haría que nuestra vida fuera más sencilla y que la división de tareas hiciera más efectivo el funcionamiento de la sociedad. A medida que avancemos a lo largo de este capítulo algunas de estas nociones serán teorizadas y al mismo tiempo serán problematizadas. El ejemplo paradigmático de una de las primeras sociedades formalmente constituidas es Roma, la que muchos autores señalan como la primera Ciudad-Estado93. Pero ya desde los orígenes de la humanidad las personas tuvimos la tendencia de conformar grupos sociales y habitar en ellos. La horda y el clan totémico son claro ejemplo estas primeras sociedades. Con el correr del tiempo y con la complejización de la vida en sociedad, las sociedades fueron evolucionando y transformándose en naciones.

La Nación hace referencia al sentimiento de pertenencia que identifica a la población que habita un territorio y que comparte una cultura. La Nación comparte un pasado común y aspira a un futuro compartido. Los habitantes de una Nación comparten la lengua, cultura y tradiciones comunes y en general habitan el mismo territorio. Esto último no es excluyente ya que ciertas naciones, como ser, el pueblo judío, fu durante años una Nación errante. Algo similar sucede con el pueblo gitano.

Oscar Oszlack, sociólogo argentino, ha establecido las características definitorias del Estado94. Oszlack estudia la formación del Estado como proceso que presupone la existencia o paralela constitución de una Nación formalmente independiente. Esto introduce la complicación adicional de establecer bajo qué circunstancias es posible considerar que la fusión de los dos elementos que otorgan especificidad a esta categoría -Estado y Nación- se ha producido. La existencia de una Nación es, al igual que en el caso del Estado, el resultado de un proceso y no de un formal acto constitutivo, siendo difícil precisar no sólo un momento a partir del cual puede afirmarse su respectiva existencia sino, además, aquél en que Nación y Estado coexisten como unidad. En un sentido ideal- abstracto el autor concibe al Estado como "una relación social", como la instancia política que articula un sistema de dominación social95.

Con relación a la diferencia entre los conceptos de Estado y Nación, pese a las ambigüedades y discrepancias que aún rodean su definición, puede argumentarse que en la idea de Nación también se conjugan elementos materiales y elementos ideales. Los primeros se vinculan con el desarrollo de intereses resultantes de la diferenciación e integración de la actividad económica dentro de un espacio territorialmente delimitado. En las experiencias europeas "clásicas" esto supuso la formación de un mercado y una clase burguesa nacionales. Los segundos implican la difusión de símbolos, valores y sentimientos de pertenencia a una comunidad diferenciada por tradiciones, etnias, lenguaje u otros factores de integración, que configuran una identidad colectiva, una personalidad común que encuentra expresión en el desarrollo histórico.

Como atributos intrínsecos del Estado, Oszlak señala su capacidad de:

* externalizar su poder –interestatalidad-
* institucionalizar su autoridad -monopolio de la fuerza-
* diferenciar su control -estructura institucional-
* internalizar una identidad colectiva -control ideológico-

La cualidad de externalizar su poder está vinculada con el reconocimiento de una unidad soberana dentro de un sistema de relaciones interestatales, cuya integridad es garantizada por otras unidades similares -Estados-Nación- ya existentes. Es decir, el Estado debe tener la capacidad de dialogar con otros Estados Nacionales en el ámbito internacional y estos Estados Nacionales miembros de la comunidad internacional deben reconocer al Estado Nación como tal. La segunda capacidad implica la imposición de una estructura de relaciones de poder capaz de ejercer un monopolio sobre los medios organizados de coerción, es decir, sobre los medios con capacidad de ejercer y aplicar la fuerza física. En este sentido, para ser considerado un Estado Nación, será necesario poseer fuerzas de seguridad y fuerzas armadas que concentren el monopolio de la fuerza física. El tercer atributo es la emergencia de un conjunto funcionalmente diferenciado de instituciones públicas relativamente autónomas respecto de la sociedad civil, con reconocida capacidad para extraer, establemente, recursos de su contexto, con cierto grado de profesionalización de sus funcionarios y cierta medida de control centralizado sobre sus múltiples actividades. En este sentido, el pago de impuestos refleja a la perfección esta característica, ya que el Estado Nación debe ser capaz de solventar su funcionamiento cotidiano y para ello habrá de constituir una estructura en ese sentido. La cuarta cualidad consiste en la capacidad de emitir desde el Estado los símbolos que refuercen los sentimientos de pertenencia y solidaridad social que señalamos como componentes ideales de la nacionalidad y aseguren, por lo tanto, el control ideológico de la dominación. El hecho de tener una bandera, una escarapela y un himno nacional refuerzan esta dimensión simbólica del Estado. Incluso podríamos sostener que la existencia de un seleccionado nacional de fútbol, refuerzan esta característica.

Vistos desagregadamente, es decir, en forma individual, estos atributos de la "estatidad" permiten empezar a distinguir comparativamente, momentos y circunstancias históricas en que los mismos fueron adquiridos en las diversas experiencias nacionales, lo cual facilita la detección de conexiones causales con otros procesos sociales. Además, observados en forma combinada, estos atributos sugieren fases o etapas diferenciadas en el proceso de formación estatal que permiten aprehender los verdaderos motivos por los. cuáles los Estados atraviesan diversas problemáticas no necesariamente comunes a todos ellos.

Oszlack señala como evidente que la gran mayoría de los países latinoamericanos adquirió -como primer atributo de su condición de Estados Nacionales- el formal reconocimiento externo de su soberanía. Producto del desenlace de las luchas de emancipación nacional, este reconocimiento se anticipó sin embargo a la institucionalización de un poder estatal reconocido dentro del propio territorio nacional. La declaración de independencia de nuestro país respecto a España ilustra a la perfección esta secuencia histórica. Este desfasaje, que en algunos casos perduró por varias décadas, contribuyó precisamente a crear la ambigua imagen de un Estado Nación asentado sobre una sociedad que retaceaba el reconocimiento de la institucionalidad que aquél pretendía establecer.

En síntesis, como una primera estrategia para reconocer si efectivamente estamos ante un Estado deberíamos poder identificar las cuatro características -también denominados atributos- indicadas por Oszlack en la institución que pretendemos caracterizar.

Por otro lado, nos será útil y a la vez necesario identificar la presencia de una serie de elementos para reconocer que estamos ante un Estado. Llegado este punto, nuestra experiencia nos lleva advertir sobre una confusión habitual: Estado y gobierno no son sinónimos sino dos situaciones unidas por un vínculo de necesariedad que habremos de hacer explícito más adelante. No obstante, debemos tener presente que mientras el Estado hace referencia a una institución, el gobierno suele utilizarse como denominación para referirse al conjunto de personas que ocupan transitoriamente cargos en el Estado. Habiendo clarificado esta habitual confusión, cabe referirse a los elementos constitutivos del Estado:

* Territorio
* Población
* Nación
* Soberanía
* Monopolio legítimo de la coacción física
* Aparato burocrático estatal

Con relación al primer elemento, el territorio, puede parecer a simple vista una obviedad que un Estado, para tener tal carácter, requiere de un territorio donde desarrollarse y desde el cual ejercer las acciones cotidianas que hacen a la vida institucional. No obstante, existen decenas de situaciones donde el reclamo por el territorio aparece como motivo de tensión y conflicto entre personas que reclaman por un territorio para la consolidación de un Estado. Tomemos el ejemplo de Palestina, que durante años fue un gobierno en el exilio sin una base territorial definida y reconocida por otros Estados. Incluso actualmente, no tiene reconocimiento unánime a nivel mundial y disputa terrenos con Israel. En definitiva, en los tiempos que corren, para que un Estado sea reconocido como tal necesita contar con un territorio.

La población, en términos prácticamente absolutos, deviene elemento vital del concepto de Estado. No podemos pensar en ejercer el poder (función primaria de todo aparato estatal) sin sujetos frente a los cuales ejercer poder. El poder, de hecho, consiste en la posibilidad que tiene una persona de modificar la conducta de otra persona95.

La Nación alude al sentimiento de pertenencia al cual antes hicimos referencia. Los habitantes de una Nación comparten la lengua y en general habitan el mismo territorio. Sin embargo, esto último no es excluyente, ya que ciertas naciones, como ser, el pueblo judío, fue durante años una Nación errante. Algo similar sucede con el pueblo gitano. También es preciso aclarar que dentro de un Estado puede convivir más de una Nación. Este sería el caso de los Estados multiétnicos donde conviven -a veces pacíficamente y otras veces no tanto- más de un pueblo o Nación. Mientras que existen Estados plurinacionales, también hay Naciones multiétnicas y pluriculturales97. En particular, Argentina es considerada como un Estado Plurinacional, es decir, un Estado donde conviven más de una Nación. Esta circunstancia está reconocida por nuestra Constitución Nacional, que entre las atribuciones del Congreso de la Nación establece: "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones" (Confr. artículo 75, inc. 17, Constitución Nacional). Esto significa que el Estado Argentino fue constituido sobre la base de las Naciones indígenas que en forma previa a la constitución del Estado habitaban el suelo de nuestro país.

La soberanía es un atributo jurídico-político de los Estados que puede ser considerado desde dos facetas. Por un lado, que un Estado sea soberano implica que nada ni nadie está por encima del Estado; que nadie -ninguna organización internacional ni otro Estado- puede dictarle qué hacer o qué dejar de hacer. Por otro lado, la soberanía es el derecho que tiene el pueblo a elegir a sus gobernantes y que estos sean representantes legítimos de aquellos que los eligieron. La noción de monopolio legítimo de la coacción implica que el Estado es la asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro de un territorio la violencia física legítima como medio de dominación y que, con este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de sus dirigentes y ha expropiado a todos los seres humanos que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas99. Finalmente, el aparato burocrático puede ser definido como el conjunto de instituciones a través de las cuales el Estado delega su poder y se hace presente a lo largo y ancho del país. La burocracia implica una herramienta del Estado para llegar a toda la población, al mismo tiempo que concentra saberes y los monopoliza en la institución Estado.

**Definiciones y aproximaciones al concepto de Estado:**

En las ciencias sociales los conceptos surgen a partir de consensos que no son necesariamente unánimes. Por esta razón, alrededor del concepto de Estado existen numerosas definiciones. Probablemente una de las definiciones que tiene más adherentes sea la brindada por Max Weber (1864-1920), para quien el Estado es "aquella asociación (instituto) política de actividad continuada cuyo cuadro administrativo mantiene con éxito la pretensión del monopolio legítimo de la coacción física". Esto significa que el Estado pretende ser el único que detenta la fuerza física; que ejerce la fuerza física a través de las fuerzas policiales y fuerzas armadas; y que puede portar armas de fuego sólo el Estado o quién él autorice. Al referirse al cuadro administrativo, el Estado delega sus funciones en un cuerpo burocrático a través de los cuales el poder aparece descentralizado. En su tipología -es decir, en su clasificación- de Estados, Weber caracteriza al Estado moderno como un Estado racional-legal, lo Cual significa que está basado en la burocracia profesional y en el derecho racional. Los orígenes de este Estado moderno están directamente relacionados con el modo de producción capitalista.

Esta definición de "Estado" esbozada por Weber, si bien tiene amplio consenso, no es la única definición posible. Existen tantas definiciones de Estado como ideologías. Y también, porque su estudio avanza y porque la propia institución denominada Estado ha ido cambiando a lo largo del tiempo, existe una evolución en torno a su significado.

Tomemos como punto de partida la definición de Estado de Luis XIV de Francia103, quien inmerso en un baño de humildad, sostuvo: "El Estado soy yo". Esta frase probablemente tuviera un dejo de verdad en la época en que Luis XIV la pronunció, en un contexto donde la sociedad estaba atravesada por una concepción absolutista sobre absolutista el poder y también sobre el Estado. Ciertamente, Luis XIV no estaba errado al pensar que él mismo era el Estado. Sin embargo, esta definición válida en el siglo XVII hoy no tendría sentido para nosotros. ¿Por qué? Porque para comprender los alcances del concepto moderno de Estado en nuestro país debemos considerar la evolución de esta institución.

**La evolución del Estado,** A medida que avanzamos en el tiempo nos encontramos con distintos tipos de Estado que implican una evolución en la composición -o cambio- de los mismos hasta llegar a los actuales Estado Nacionales. A continuación, estudiaremos las principales formas que adquirió el Estado a lo largo del último milenio, teniendo en cuenta que esta evolución se aplica a la cultura occidental y tiene sus orígenes, principalmente, en Europa.

**Estado Absoluto,** Los orígenes del Estado Moderno surgen del período que se extendió entre el siglo XII y el siglo XIV en Europa Occidental. En este período, en algunas partes de esa región, se conformó un sistema de gobierno basado en la representación de distintos cuerpos colectivos (estamentos) que combinaba el poderío militar de los imperios y el alto nivel de lealtad e identidad de las ciudades-estado. Este sistema coexistió de manera desigual con la forma de gobierno que primó en Europa occidental luego del quiebre del imperio romano de occidente: el feudalismo. "El feudalismo, que tiene su origen en las relaciones personales de mutua lealtad entre el jefe y sus asociados que primaron en las tribus germánicas, fue instituido como forma de gobierno por el Imperio Carolingio (751- 987) a fin de mantener la unidad de su sistema político en el marco de un contexto caracterizado por la irregularidad e inseguridad de las comunicaciones, una economía no monetaria que imposibilitaba el financiamiento de un aparato de gobierno centralizado y la necesidad de orientar las tareas de gobierno hacia el ámbito militar ante el peligro de constantes invasiones. En este sistema de gobierno la protección era brindada por nobles (condes, duques, marqueses) quienes a cambio de ayuda militar recibieron de los reyes grandes extensiones de tierra. Estos nobles, con el tiempo dejaron de obedecer al rey y empezaron a actuar, cada uno en su territorio, como si fueran soberanos independientes. Estos señores feudales construyeron castillos en los que se refugiaban los campesinos durante los ataques de los pueblos invasores o de otros nobles. A cambio de esta protección, los campesinos cedían sus tierras y estaban obligados a trabajar para los nobles, estableciendo una relación de vasallaje105. El vasallaje era una relación de dependencia entre hombres libres que se establecía por medio de una ceremonia conocida como homenaje. La relación entre vasallos y señores se establecía a través de toda la escala social, quedando así tejida una red de dependencias. En última instancia, todos los vasallos debían fidelidad al rey, pero en la práctica el vínculo directo fue entre cada vasallo y su señor. Cuando el vasallo juraba fidelidad a su señor, éste le entregaba un beneficio que, habitualmente, era una tierra. Desde el siglo XI, el beneficio recibió el nombre de feudo. Al principio, los feudos se otorgaban de por vida, pero pronto se volvieron hereditarios. Esta situación influyó en el debilitamiento de la autoridad monárquica, pues los señores se volvieron poderosos y la posición del rey se debilitó al no tener más tierras para entregar a sus vasallos a cambio de su fidelidad. El trabajo rural fue la base de la economía durante toda la Edad Media. La producción se basaba en la explotación de grandes propiedades autosuficientes donde trabajaban colonos y siervos. Estos campesinos recibían tierras de cultivo para mantener a sus familias, llamadas mansos, a cambio de entregar al señor (propietario de la tierra) una parte de la producción y de trabajar algunas jornadas en las tierras que dependían directamente del señor.

A partir de la segunda mitad del siglo X comenzó a aumentar la población, debido, posiblemente, a la mayor tranquilidad obtenida como producto del cese de los ataques de las segundas invasiones. Es posible también que el aumento demográfico haya obedecido a la difusión de adelantos tecnológicos en las tareas rurales, produciendo mayor cantidad de alimento, o bien que el aumento la población haya promovido un mejoramiento tecnológico para producir más alimentos. Lo cierto es que la población continuó creciendo durante los siglos siguientes hasta fines del XIII, donde el ritmo comenzó a reducirse. A fines del siglo XIII se frenó la expansión, la población dejó de aumentar y comenzó su retroceso. El hambre, las pestes y las guerras azotaron poblaciones enteras. El sistema de estamentos surgido en el siglo XII sentó las bases para el posterior desarrollo del Estado moderno: la existencia de entidades políticas de carácter duradero que se extendían sobre un territorio y una población delimitados; la lealtad hacia el Estado -por sobre las lealtades familiares e incluso religiosas-; se establecieron nuevas formas de relaciones políticas no mediadas por lealtades personales sino institucionalizadas a través de organizaciones financieras y judiciales permanentes, al tiempo que se generó un cuerpo de administradores profesionales. Este sistema de gobierno continuó sufriendo la principal debilidad del feudalismo: la dispersión del poder entre distintas entidades políticas. Será en la última etapa de este período que comienza a delinearse la idea de soberanía y en consecuencia el reconocimiento del gobernante como figura que concentra las prerrogativas políticas vinculadas con la elaboración y aplicación de la ley y que habilitará la concentración del poder en el monarca.

El Estado moderno logró constituirse cuando se inició un proceso de expropiación de los medios de coerción y de administración que se encontraban bajo el control de distintas asociaciones políticas (señores feudales, ciudades autónomas y órdenes religiosas). Los medios materiales de coerción y administración quedaron bajo el control de un poder central, al tiempo que se fueron eliminando distintos tipos de derecho existentes para conformar un conjunto de normas bajo los principios del derecho romano. Entre los siglos XVI y XVII la monarquía absoluta se transformó en el tipo de gobierno predominante en Europa y conllevó la destrucción de ¡as formas medievales de organización política, como las ciudades-estado libres. El surgimiento de los Estados absolutistas en realidad obedeció a factores militares y económicos antes que a factores políticos. La monarquía absoluta brindó a la naciente burguesía cierto "orden" que la nobleza feudal no podía ofrecerle. El Rey, por su parte, encontró en la burguesía una fuente de financiamiento alternativa, evitando así los controles que la nobleza le imponía a cambio.

Los comerciantes, azorados por robos y atropellos en los caminos, reclamaron al Rey que les brindara seguridad e hiciera imperar el orden. Esta incipiente burguesía buscó entonces en los monarcas aquella seguridad que el señor feudal no estaba en condiciones de brindarle.

Procurando proteger la propiedad privada y el derecho a la vida, surge la necesidad de pensar un nuevo modelo de Estado que se adapte a las nuevas necesidades de la población. El Estado Absoluto tomó el poder de la Iglesia y adoptó la forma de una monarquía absoluta, concibiendo al poder como de origen divino. En este Estado absoluto no hay división de poderes ni garantías para los ciudadanos, más allá de la protección del derecho a la propiedad privada y del derecho a la vida. En el Estado absoluto el monarca no reconoce límite alguno; se cree omnipresente y no reconoce límites al ejercicio del poder. El monarca aquí está firmemente convencido de ser la reencarnación de Dios en la Tierra; cree fervientemente que el mismo es la encarnación del Estado, dando sentido a la frase "El Estado soy yo".

Uno de los autores que podemos asociar a este modelo de Estado, en tanto fundamenta teóricamente el poder absoluto, es el filósofo político inglés Thomas Hobbes (1588- 1679) cuya obra cumbre es "Leviatán, o La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil". Hobbes concibe al estado de naturaleza como una situación donde el Estado está basado en las pasiones humanas, lo cual lleva a una guerra de todos contra todos. El Estado surge a partir de un contrato110 realizado entre individuos. El Estado constituye la suma de los intereses de los particulares y es el fundamento de la propiedad. En este Estado no hay diferencia entre la esfera pública y la esfera privada. Los individuos aceptan renunciar a sus derechos en la medida en que todos lo hacen. ¿Existen limitaciones al poder absoluto del monarca? Sí; aquellas que surgen de la propia razón y conciencia del soberano. Esta asociación de hombres es la que habrá de firmar el contrato que deposita el poder en el soberano, quien ostenta al mismo tiempo el poder eclesiástico y civil.

La monarquía absoluta implica una evolución con relación a la monarquía feudal. No obstante, la excesiva concentración de poder y las contradicciones incompatibles que conlleva harán que eclosione. Esa eclosión adoptará una nueva forma para el Estado que habremos de conocer como "Estado Liberal".

**Estado Liberal**, El surgimiento de esta forma de Estado está indisolublemente asociado con el Liberalismo, entendido como movimiento cuestionador del poder absoluto y de las pretensiones divinas que éste ostenta. Al tiempo que pretendió restringir los poderes del Estado el Liberalismo buscó defender los valores de la tolerancia y del respeto por la vida privada de las personas. Tanto la defensa del Estado constitucional, como de la

propiedad privada y de una economía de mercado competitivo fueron los Caballos de batalla de este modelo de Estado. Esta defensa del mercado competitivo constituyó una clara oposición al Estado Absoluto, que entre sus características definitorias incluía el mercantilismo.

El escenario donde hubo de gestarse esta discusión por un Estado donde todas las personas estuvieran bajo el dominio de la ley y fueran ajenas a los caprichos de los gobernantes fue principalmente Inglaterra. En este Estado Liberal la burguesía modifica su postura con relación al Estado Absoluto; la burguesía y sus intereses habrán de imponer un nuevo tipo de relación entre el Estado y la sociedad civil, enmarcada en el contexto del Constitucionalismo. La teoría de la división de poderes será uno de los principios fundantes del Estado Liberal, donde el poder judicial actúa como contralor de los poderes legislativo y ejecutivo y donde existe una perfecta armonía entre frenos y contrapesos -check and balances-. Al mismo tiempo, el soberano -quien ejerce el gobierno- estará ubicado, al igual que cualquier otro ciudadano, por debajo de la ley. El accionar de toda la maquinaria estatal habrá de estar sujeto y controlado por la ley. Surge así el concepto de "Estado de Derecho", donde todas las acciones de todos los ciudadanos deben ser acorde a la ley. El Estado Liberal convive pacíficamente con el capitalismo y los individuos pueden competir en el mercado por su bienestar, en el marco de una democracia restringida. Caracterizado principalmente por la propiedad privada de los medios de producción el capitalismo habilitará que el mercado se autorregule a través del libre juego de la oferta y la demanda113. Para que el capitalismo despliegue sus bonanzas será imprescindible que el Estado proteja la libertad de elección de los ciudadanos al mismo tiempo que deberá permanecer ajeno al mercado. Parafraseando a Karl Marx (1948), quedará en evidencia que "el capitalismo conlleva en sí mismo el germen de su autodestrucción".

Uno de los teóricos más importantes para el Liberalismo será John Locke (1632-1704) quien considera que el fin de la política lo constituye el logro de la paz, la armonía y la seguridad. El "estado de naturaleza" constituye un estado pacífico, donde la propiedad privada, la vida, la libertad y el derecho a la felicidad son derechos naturales de los hombres, anteriores a la constitución de la sociedad. El Estado tiene como misión principal proteger esos derechos, así como las libertades individuales de los ciudadanos. También sostiene que el gobierno debe estar constituido por un rey y un parlamento. El parlamento es donde se expresa la soberanía popular y donde se hacen las leyes que deben cumplir tanto el rey como el pueblo. Entre los valiosos aportes de este autor podemos mencionar que describe la separación del poder legislativo y el ejecutivo. La autoridad del Estado se sostiene en los principios de soberanía popular y legalidad. Al Estado le confiere funciones de decisión en controversias entre los individuos, en el contexto de la pluralidad y la tolerancia, en tanto existe diversidad de opiniones e intereses entre los hombres, fruto de las distintas vías individuales de búsqueda de la felicidad, por lo que el desacuerdo y los conflictos son inevitables. ¿Cuál será el motivo por el cual estas personas que viven en el estado de naturaleza en una situación de paz y sometidos a leyes naturales que surgen de la razón (el derecho a ejercer justicia por mano propia y la limitación de la propiedad privada por medio de elementos en su mayoría perecederos) abandonan esta situación? En términos de Locke, los hombres salen del estado de naturaleza tras haberse generado una situación de injusticia, tanto en el castigo corno en el resarcimiento por el crimen cometido, que desemboca en un ciclo infinito de injusticias posteriores. En consecuencia, el proceso de creación de la sociedad civil y/o política se da a través de un contrato social destinado a proteger la propiedad privada y la vida de los individuos.

A efectos de poder caracterizar cabalmente al Estado Liberal, nos habremos de referir a sus características más sobresalientes:

* El Estado Liberal conlleva el nacimiento de un ámbito específico para la sociedad civil.
* El Estado Liberal constituye una sociedad de individuos libres que compiten en el mercado en la búsqueda de su propio bienestar y en el marco de una democracia restringida.
* En la visión liberal al Estado le cabe una función negativa, es decir, es la agencia que tiene como finalidad remover los obstáculos para la autonomía de los mercados.
* Con el advenimiento del capitalismo aparece la disociación entre la esfera de lo social y de lo político.
* La forma jurídica que adopta el capitalismo será la de los Estados Nacionales, donde el sujeto será el ciudadano, en tanto individuo titular de derechos.
* El ciudadano -o citoyen- goza de los derechos denominados civiles y políticos que conllevan la obligación del Estado de no interferir en la vida de estas personas y permitirles su libre desarrollo. Al mismo tiempo el Estado deberá generar condiciones propicias para que estas personas puedan ejercer sus derechos. El Estado aparece como facilitador para el goce pleno y efectivo de los derechos de los ciudadanos.
* La noción de ciudadano es restringida y no universal; para el Estado Liberal no todas las personas gozarán de esta calidad sino sólo aquellos que compartan ciertos atributos (generalmente vinculados con el lugar de nacimiento, el género y/o el poder adquisitivo).
* El vínculo entre la sociedad civil y el Estado será directo y no estará intermediado por actores de ninguna índole; es decir, no será necesario intermediar el diálogo con el Estado, sino que los distintos actores sociales -gremios, sindicatos, organizaciones de la sociedad civil- podrán dirigirse directamente al Estado.
* El Estado Liberal privilegia la libertad por encima de la igualdad.
* La igualdad que prevalece frente a este modelo de Estado será la igualdad formal, es decir, la igualdad de las personas ante la ley.

Los liberales armaron su sistema fundándose en un sistema aparentemente democrático, que les permitía legitimar su gobierno; y al mismo tiempo tejieron redes invisibles que impedían cualquier posible ascenso de las inquietudes obreras al parlamento burgués, levantando muros invisibles a la real democracia. Si la única clase representada en el parlamento era la propia burguesía no tendrían ningún problema para gobernarse a sí mismos y dotarse de un cuerpo legal que beneficiara su propio desarrollo económico, a la vez que protegiera su patrimonio. En este sentido, los pilares básicos del liberalismo económico fueron la propiedad y la iniciativa privada. Esta estrategia política se veía acompañada de las paupérrimas condiciones de vida de la clase obrera. Del mismo modo que sucede en la actualidad, al no disponer de medios de producción (ni poder adquirirlos por su limitada capacidad de ahorro), la clase obrera no tenía más remedio que vender su fuerza de trabajo al capitalista, quien además de obtener abundantes beneficios se apropiaba de la valiosa.plusvalía que genera cualquier trabajo por cuenta ajena. Una serie de crisis económicas y sociales dejaron en evidencia las falencias del liberalismo económico y dieron lugar a la aparición de respuestas alternativas. En términos generales el colapso fue producto de lo que hubo de denominarse la "cuestión social". En particular, la Gran Depresión (también conocida como crisis del '29) sentó las bases de la hecatombe que habría de tener repercusiones a nivel mundial120. Esta crisis económica mundial se prolongó durante la década del treinta, en los años anteriores a la Segunda Guerra Mundial. En términos económicos fue la depresión más larga en el tiempo, de mayor profundidad y la que afectó a mayor número de países en el siglo XX. En particular la llamada Gran Depresión se originó en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de la caída de la bolsa del 29 de octubre de 1929 (conocido como crac del 29 o martes negro) y rápidamente se extendió a casi todos los países del mundo. La depresión tuvo efectos devastadores en casi todos los países, tanto ricos como pobres, donde la inseguridad y la miseria se expandieron velozmente, de modo que cayeron la renta nacional, los ingresos fiscales, los beneficios y los precios. El comercio internacional descendió y aumentó estrepitosamente el desempleo. Los efectos de la crisis se expandieron por todo el mundo, siendo particularmente grave su incidencia en aquellas ciudades que dependían de la industria pesada. Al mismo tiempo, la industria de la construcción prácticamente se detuvo prácticamente. La agricultura y las zonas rurales sufrieron la caída de los precios de las cosechas. Ante la caída de la demanda, las zonas dependientes de las industrias del sector primario, con pocas fuentes alternativas de empleo, fueron las más perjudicadas. Los países utilizaron diversas y variadas recetas para recuperarse y salir de la crisis, aunque sus efectos nocivos se prolongaron durante mucho tiempo y en algunos países duraron hasta el comienzo de la Segunda Guerra Mundial.

**Estado de Bienestar**, El Estado Keynesiano de Bienestar surge asociado al final de la Segunda Guerra Mundial, como producto de las crisis anteriormente descriptas. Hasta la década de los 70 el Estado Keynesiano de Bienestar -EKB- tuvo un exitoso desarrollo (conocido como los "Treinta años gloriosos") sustentado en políticas públicas destinadas a la plena vigencia de tres derechos: seguridad social, vivienda y pleno empleo. En este marco, el Estado Keynesiano de Bienestar cubre aquello que habremos de denominar "contingencias": el desempleo; los accidentes de trabajo; y las jubilaciones. En definitiva, el Estado aparece acompañando a los sujetos en los avatares propios de la vida de una persona. A medida que el EKB se fortalezca incluirá nuevas contingencias (como por ejemplo la cobertura del embarazo) y ampliará los alcances del seguro social a mayor cantidad de población. Las principales características del Estado Keynesiano de Bienestar son las siguientes:

* El Estado constituye una sociedad de individuos libres donde el Estado interviene en el Mercado en la búsqueda del bienestar de aquellos que históricamente han estado en una situación de desventaja y en el marco de una democracia representativa.
* El Estado tiene una función positiva y un rol intervencionista: es la institución que tiene como finalidad equilibrar las desventajas que produce el mercado.
* La forma jurídica que adopta este capitalismo moderado -donde la propiedad privada cumple una función social- será la de los Estados de Bienestar.
* Los ciudadanos gozan de los derechos denominados económicos, sociales y culturales que conllevan la obligación del Estado de propiciar el goce pleno de estos derechos y remover los obstáculos que interfieran en estos derechos.
* La noción de ciudadano es amplia y universal. Los sujetos son considerados sujetos de derecho en virtud de su pertenencia a determinados grupos; lo que genera un fuerte sentimiento de pertenencia.
* El vínculo entre la sociedad civil y el Estado estará intermediado por agencias.
* El Estado Keynesiano de Bienestar privilegia la igualdad por encima de la libertad.
* La igualdad que prevalece en este modelo de Estado será la igualdad de oportunidades. En consecuencia, todas las personas, sin ningún tipo de diferenciación, tienen la oportunidad de acceder a los mismos derechos.

El análisis del Estado de Bienestar en sus distintas variantes tiene plena vigencia en la actualidad. Esping-Andersen (1993), sociólogo danés, considera que no existe un único modelo de Estado de Bienestar sino tres modelos posibles, a partir de considerar la variación del gasto social en las distintas versiones del Estado de Bienestar y dependiendo de la orientación ideológica del partido gobernante. Para este autor, la alianza con un partido político en particular (izquierda, derecha y centro) otorga la característica definitoria al Estado de Bienestar, explicando de esta manera las varianzas posibles dentro del amplio espectro de posibilidades que engloba la denominación "Estado de Bienestar". Esping Andersen incorpora en su análisis tres dimensiones que le permiten diferenciar entre los diversos Estados de Bienestar que conviven actualmente en Europa: cobertura y sujetos beneficiados; nivel de beneficio; y vínculo entre el Estado y el Mercado.

Pese a la vigencia de esta clasificación, la misma aparece como inadecuada para calificar a nuestro país, caracterizado como una democracia de ingresos medios. ¿Dónde ubicar a la Argentina? Teniendo en cuenta la población a la cual alcanzan los beneficios y el alcance de estos últimos, podríamos hablar de ciertas coincidencias con el modelo de Modelo Social Demócrata en el contexto de los gobiernos denominados de la Nueva Izquierda en América Latina que prevalecieron en la última década.

En la República Argentina el Estado de Bienestar hizo su entrada triunfal de la mano de Juan Domingo Perón. En este sentido, la Constitución del año 1949 constituye un claro y preciso ejemplo del movimiento denominado constitucionalismo social -versión jurídica del Estado de Bienestar-. A partir del año 2003 en adelante, el Estado argentino fue adoptando políticas características del modelo de Estado de Bienestar, siendo característico de este período la implementación de transferencias de carácter universal.

Aunque que muchas veces se ha hablado de la crisis del Estado de Bienestar, lo cierto es que el siglo veintiuno está caracterizado, por la expansión de programas sociales como característica destacada de las sociedades industriales avanzadas. Mientras que la expansión del Estado de Bienestar incluyó la implementación de políticas populares en un ambiente relativamente no desarrollado sobre los intereses de grupos, el retraimiento del Estado de Bienestar requiere por parte de los gobernantes políticas impopulares que deben resistir el escrutinio tanto de votantes como de redes afianzadas de grupos de interés. Tanto el apoyo de los grupos de interés como de ¡os votantes será sumamente valioso en lo relativo a la oposición con respecto a los posibles recortes en los beneficios que garantiza el Estado de Bienestar. En cierto sentido, tanto los grupos de interés como los votantes constituyen la "resistencia" a un posible recorte y/o retraimiento del Estado de Bienestar. Así, no puede compararse el proceso de expansión del Estado de Bienestar con lo que sería su achicamiento; ya que no tiene el mismo efecto expandir beneficios que recortarlos. Por otro lado, mientras que los efectos positivos de los beneficios en ocasiones demoran en percibirse, los costos de un retraimiento del Estado están concentrados y en general son inmediatos. La instauración e implementación de programas sociales universales trae aparejado el surgimiento de redes de solidaridad entre los grupos de interés y fuertes lazos populares con determinadas políticas públicas, consolidando la imposibilidad de desbaratar estas políticas propias del Estado de Bienestar. En la Argentina la maduración del Estado de Bienestar genera un proceso que puede visualizarse muy fácilmente: la emergencia de poderosos grupos alrededor de programas sociales hace que el Estado tenga menor dependencia con respecto a los partidos políticos, movimientos sociales y sindicatos. Estos vínculos habrán de generar nuevas políticas y en consecuencia las estrategias políticas deberán ser rediscutidas y adoptarán nuevas estrategias.

**GOBIERNO:**

**Concepto de gobierno:**

A partir de la definición realizada de Estado, habremos de adentrarnos en el estudio del gobierno. Mientras que el Estado está pensado como una institución con vocación de continuidad y perpetuidad en el tiempo, el gobierno, por su propia naturaleza, es una agencia limitada a ciertos períodos de tiempo y que para conservar y fortalecer su eficacia debe rotar periódicamente. A partir de esta diferencia sustantiva, entendemos al gobierno como e| centro a partir del cual se ejerce el poder político en una sociedad. ¿Qué significa poder político? El poder vinculado con la capacidad de dirigir o de conducir a una comunidad.

La definición de gobierno habrá de variar conforme la perspectiva desde la cual se aborde:

* El gobierno puede aludir conjunto de individuos que ejercen el poder de autoridad dentro de un sistema político. El gobierno así entendido implica una relación entre gobernantes y gobernados. Los gobernantes tienen autoridad porque sus decisiones son soberanas; obligatorias y generadoras de sanciones. 5e trata de una concepción subjetiva sobre el poder. La imagen típica que evoca esta perspectiva es la del timonel encargado de dirigir el rumbo un barco.
* A través del concepto de "gobierno" podemos referirnos a la actividad consistente en dirigir una sociedad. Como conjunto de funciones el gobierno implica mantener la unidad política en la comunidad y defender sus intereses frente a otros gobiernos. Utilizando la metáfora anterior, aquí nos referimos precisamente a la dirección y al andar del barco;
* También podemos utilizar el concepto de gobierno para referirnos a las instituciones a partir de las cuales se ejerce la autoridad y a partir de las cuales se toman las decisiones al interior de una comunidad. Esta visión institucionalista significa un conjunto de construcciones sociales que permanecen en el tiempo aunque cambien los objetivos. La perspectiva objetiva implica que el análisis del poder habrá de trasladarse desde los sujetos a las instituciones. En el caso del barco, sería el conjunto de reglas que permite su correcto funcionamiento; por ejemplo, la división de funciones entre el capitán o capitana y los tripulantes a bordo.

**Legitimidad del poder**, En estrecha relación con la idea de gobierno aparece la noción de legitimidad del poder. La legitimidad consiste en el apoyo a través del cual los gobernados confieren autoridad a determinadas personas, influyendo en el orden y la paz de la sociedad y en la normalidad y estabilidad del gobierno. Por un lado, la legitimidad tiene una dimensión genética -también conocida como legitimidad de origen-, que refiere a la forma en la cual los gobernantes accedieron al poder. Por otro lado, la legitimidad tiene una dimensión funcional, con la cual nos referimos a los resultados, a la eficacia y la efectividad del gobierno (en ocasiones se llama legitimidad en el ejercicio del poder). Un gobierno habrá de ser considerado legítimo en tanto y en cuanto sus decisiones sean

consideradas eficaces. Caso contrario, si las decisiones no generan consenso a nivel social, probablemente su legitimidad estará en crisis y en consecuencia tendrá pocas posibilidades de ser electo nuevamente para ejercer el poder. La legitimidad de origen es una cuestión de grados cuya varianza se mide a través del voto popular. Mientras tanto, los indicadores de la legitimidad funcional son más difusos y en general están relacionados con las elecciones legislativas que se realizan con posterioridad a la elección del Presidente de la Nación. Una aclaración necesaria consiste en distinguir entre legalidad y legitimidad. Mientras que la legalidad del gobierno hace referencia al apego al sistema jurídico normativo por parte de los gobernantes, la legitimidad hace referencia al consenso que el gobierno y sus acciones generan.

**Clasificaciones,** A lo largo de la historia, filósofos, sociólogos, politólogos y juristas hemos intentando buscar clasificaciones que nos permitan entender el gobierno y poder hallar diferencias y similitudes entre distintos modelos. Una de las clasificaciones y tipologías clásicas sobre el gobierno proviene de Aristóteles (384-322 a.c.), quien utiliza dos criterios de distinción: 1) la orientación de las políticas adoptadas: en las formas buenas el gobierno se ejerce en nombre del pueblo; mientras que en las formas corruptas la clase gobernante ejerce el gobierno en beneficio propio -criterio cualitativo-; 2) el número de personas que ejerce el poder -criterio cuantitativo-. A partir de esta distinción realiza la siguiente tipología, que a continuación será brevemente desarrollada

|  |  |
| --- | --- |
| *Formas buenas* | *Formas corruptas* |
| Monarquía | Tiranía |
| Aristocracia | Oligarquía |
| República | Democracia |

**Monarquía:** gobierno ejercido por una sola persona (el Rey o la Reina) en beneficio del pueblo.

**Tiranía:** gobierno ejercido por una sola persona en beneficio propio y de unos pocos -la clase gobernante.

**Aristocracia**: gobierno que recae en unos pocos en beneficio del pueblo.

**Oligarquía:** gobierno ejercido por unos pocos en beneficio propio.

**República:** gobierno de los pobres o de la mayoría en beneficio del pueblo.

**Democracia**: gobierno de la mayoría en propio beneficio.

Pese al tiempo transcurrido desde que Aristóteles escribiera, lo cierto es que esta clasificación tiene plena vigencia. No obstante, otras clasificaciones de gobierno han cobrado relevancia. A ellas nos dedicaremos a continuación.

**Gobierno unitario y federal**, Esta distinción entre gobierno unitario y gobierno federal surge a partir de tener en cuenta que los gobiernos democráticos necesitan para gestionar acudir a distintos esquemas de organización territorial de la administración nacional. Entre los distintos poderes locales y el gobierno central se establece una red de múltiples relaciones, en las que se definen las atribuciones de cada uno de ellos, al tiempo que se especifican los controles recíprocos. La discusión entre la relativa concentración y la difusión del poder territorial nos permite pensar en países unitarios y federales.

Los gobiernos unitarios tienden a fusionar el poder: parten de la unificación vertical de las fuentes de toma de decisiones. El control se ejerce desde el gobierno central siendo la administración local sólo uno de sus brazos ejecutores. Cualquiera fuera el grado de autonomía del nivel de gobierno local -lo que en nuestro país conocemos como provincias pero, que en otros lugares, como en Estados Unidos, lleva el nombre de Estado- estará siempre a merced de su contraparte central. En consecuencia en la forma de gobierno unitario esta forma de organización territorial de la política supondrá que las subunidades de gobierno están sometidas al poder central sin que el sistema político tolere cualquier tipo de coexistencia entre la unidad nacional y cualquier tipo de diversidad regional. Un gobierno unitario puede organizarse de dos formas posibles: puede existir una delegación del gobierno central hacia los niveles regionales, aunque los delegados están legal y políticamente subordinados al primero, ante el cual son responsables. Otro esquema de organización posible en el gobierno unitario es cuando el poder local es ejercido y controlado directamente por la administración central. Ejemplos de gobierno unitario son: Gran Bretaña, Italia, Japón, Noruega, Finlandia. En Latinoamérica es el caso de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay135. Nótese que en la práctica y a través de sucesivas reformas, muchas de estos países, a partir de exigencias de movimientos sociales y políticos han ido avanzando en grados crecientes de descentralización.

En cambio, en los gobiernos federales tiende a existir una fragmentación del poder; existe una distribución de las fuentes de adopción de decisiones. En consecuencia, habrá una fragmentación del poder. Los gobiernos de las unidades constitutivas del Estado gozan de grados variables de autonomía constitucional, legal y política. La coexistencia dentro del sistema político de un gobierno nacional (federal) y una serie de gobiernos locales está salvaguardada constitucionalmente, de manera que ninguno de ellos esté legal ni políticamente subordinado al otro. Entre los poderes locales y el poder federal suele colocarse una especie de árbitro (en general, el tribunal superior del Estado Federal) que resuelve las disputas que puedan suscitarse entre ellos, así como resolver los posibles conflictos entre las unidades locales. En términos de Lijphart las características de los Estados Federales son las siguientes:

* Constitución escrita
* El Poder Legislativo a nivel nacional posee una Cámara en que las unidades locales están representadas.
* Las unidades locales (denominadas en nuestro país "provincias") tienen derecho a participar de la reforma de la Constitución.
* Existe un grado importante de efectiva descentralización del poder. El gobierno federal debe ser considerado no sólo desde la perspectiva del fraccionamiento del poder gubernamental sino también desde el punto de vista del reparto de las decisiones y actividades entre el gobierno central y los gobiernos regionales. Así, cada uno de los gobiernos regionales tiene plena competencia sobre algunas cuestiones mientras que en otras materias existe una competencia concurrente, en la que los gobiernos locales actúan como meros gestores del gobierno central, o en las que este gobierno central acude en ayuda de los primeros. Así, no existe una división tajante entre ambos niveles sino que existen instituciones y procedimientos específicos que facilitan y promueven la consulta y la cooperación intergubernamental. En América Latina existen tan sólo cuatro países federales: Argentina, Brasil, Venezuela y México. A nivel mundial podemos mencionar los Estados Unidos de Norteamérica, Alemania, Suiza y Canada. A modo de conclusión, vale señalar que más allá de la estructura constitucional e institucional, la sola existencia del federalismo no implica la efectiva descentralización del poder. Incluso existen ejemplos de gobiernos unitarios menos centralizados que algunos países federales. El real problema reside en "el grado de control de los diferentes niveles del gobierno sobre los principales recursos (...) tasas, impuestos, tarifas, etc". El papel fundamental del gobierno central en la recaudación impositiva, así como las subvenciones que otorga a los poderes locales, significan que estos últimos deben someterse a una dependencia, aunque ¡a misma nunca llegue a ser absoluta.

**Gobierno Parlamentario, Presidencialista y Semi-Presidencialista:**

Otra clasificación sobre el gobierno que merece nuestra atención es la que diferencia entre Parlamentarismo, Presidencialismo y Semi-presidencialismo a partir de tres criterios:

1. Fuente de legitimidad: directa o indirecta;
2. Forma en que se estructura el poder ejecutivo: colegiado o unipersonal;
3. Forma en que se establece la relación entre las distintas estructuras de toma de decisiones: relación entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, frenos y contrapesos -check and balances-, y separación o fusión entre estas dos instancias.

**Parlamentarismo**, El origen del parlamentarismo está directamente relacionado con las sucesivas reformas políticas que transformaron a las monarquías absolutas de los siglos XVI y XVIII en los modernos regímenes políticos democráticos. El impulso inicial, siguiendo el desarrollo inglés (cuna del parlamentarismo), consistió en el pasaje de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional. Este momento, caracterizado como la Gloriosa Revolución de 1688 en Inglaterra -y recogido a nivel teórico por John Locke- estuvo centrado en el desarrollo de restricciones sobre las acciones del soberano (Rey/Reina). En los hechos, significó la jerarquización del parlamento como órgano político de legitimidad popular, equiparándolo al Rey/Reina y adquiriendo la potestad de aprobar o desarrollar sus iniciativas o las de su Consejo de Estado. La monarquía constitucional significó pasar de un modelo político monista (con un sólo foco de poder, el Rey/Reina) a otro modelo de carácter dual, basado en una doble legitimidad. Por un lado la legitimidad tradicional, personificada en la figura del Rey/Reina, quien ejerce el gobierno a través del Primer Ministro y su gabinete y que conserva la facultad de disolver al Parlamento. Por otro lado, una legitimidad popular limitada, cristalizada en un parlamento encargado de legislar y sin cuyo voto ni las decisiones del Rey/Reina entran en vigencia ni las del Primer Ministro, propuesto por el monarca, puede asumir sus funciones. A medida que las monarquías constitucionales han ido evolucionando, el Rey/Reina ha adoptado una posición formal y simbólica como Jefe de Estado.

Téngase presente que, tratándose de un gobierno parlamentario, el mismo puede ser monárquico o republicano. En este segundo caso estaremos frente a una República Parlamentaria, donde el cargo de Jefe de Estado será ocupado por un Presidente electo por el Parlamento, con un mandato fijo. No obstante, así estemos en una monarquía o en una república, el/la Jefe de Gobierno siempre tendrá a su cargo la dirección política y administrativa del país y se denominará Primer Ministro, Premier o Canciller. Ésta será la denominación que corresponde a quien diariamente resuelve en un gobierno parlamentario todo lo vinculado con la administración y gestión de recursos. En el Parlamentarismo el Poder Ejecutivo será ejercido por un cuerpo colegiado, es decir, junto al Primer Ministro habrá un gabinete o consejo de ministros que lo acompañará en el desarrollo de sus tareas. Aunque los ministros de las distintas carteras son propuestos por el/la Jefe de Gobierno, los mismos necesitan que el Parlamento -del cual estos mismos ministros forman parte- exprese a favor de ellos su consentimiento. Insistimos en esta característica definitoria del parlamentarismo: los ministros, al mismo tiempo que ejercen sus funciones como tales, integran el Parlamento. Esto supone |a fuente de legitimidad del primer ministro es la misma que la del resto de los integrantes del ejecutivo. Al mismo tiempo, este mecanismo de elección de los ministros que acompañan al Primer Ministro en su labor cotidiana implica una cierta fusión de los poderes ejecutivo y legislativo -algo impensado en un gobierno presidencialista.

El/La Primer Ministros y el Parlamento tienen distintas fuentes de legitimidad. Mientras que el Parlamento ha sido electo a través del sufragio popular, será el propio Parlamento quien elegirá en forma indirecta al Primer Ministro; quien ha sido propuesta para ocupar el cargo por el Jefe de Estado (Rey/Reina en una monarquía; Presidente en una república). El Parlamento dispone de una facultad denominada "mecanismo de investidura" con relación al Jefe de Gobierno, y puede ejercerse a través de dos modalidades:

a. Voto de confianza, a través del cual el Parlamento expresa su apoyo al Jefe de Gobierno o Primer Ministro;

b. Aceptación tácita de! Jefe de Gobierno no vetándolo -este mecanismo se denomina implícito-.

La contracara de esta responsabilidad parlamentaria consiste en que, así como el Parlamento tiene la facultad de investidura, también tiene la facultad de disolver el gobierno. ¿Cómo se ejerce esta facultad de disolver el gobierno? De dos formas:

a. Votando en contra en una cuestión de confianza planteada por el/la Primer Ministro;

b. Aprobando un voto de censura o no confianza impulsada por los integrantes del Parlamento.

A partir de estas herramientas de las cuales el Parlamento puede hacer uso, surge como consecuencia necesaria que -a diferencia de los gobiernos presidencialistas- en los gobiernos parlamentarios el Primer Ministro carece de plazo. Es decir, habrá de mantenerse en el cargo de mientras conserve el apoyo del Parlamento. La contrapartida de esta situación es que frente a situaciones extremas el/la propio Jefe de Gobierno podrá disponer la disolución del Parlamento -en tanto y en cuanto convoque inmediatamente a elecciones para la conformación de un nuevo Parlamento-. La estrecha relación existente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo nos permite afirmar que en los gobiernos parlamentarios no hay separación de poderes ni independencia entre ellos. Por el contrario, existe cierta fusión de poder e interdependencia entre ellos. Pese a lo antedicho, históricamente los gobiernos parlamentarios han sido caracterizados como los más estables políticamente a lo largo y ancho del mundo y los que guardan más estrecha relación con la plena vigencia de la democracia. Los ejemplos históricos de monarquías parlamentarias incluyen a Gran Bretaña, Canadá -que reconoce a la Reina de Inglaterra-, Holanda, y España. Los ejemplos de repúblicas parlamentarias incluyen a Alemania, India, Italia, Polonia y Sudáfrica.

**Presidencialismo**, Esta forma de gobierno surge a partir del ejemplo exitoso de los Estados Unidos de Norteamérica y a partir de entonces fue adoptado a lo largo y ancho de todo el continente americano. Suele criticarse que fuera de los Estados Unidos no tiene grandes chances de funcionar en términos de estabilidad política, aunque Chile y Costa Rica son dos ejemplos que contradicen esta afirmación, en tanto el primero fue estable -en términos de ausencias de interrupciones de facto en el ejercicio del poder- entre 1932 y 1973, mientras que Costa Rica ha gozado de un gobierno democrático y presidencial en forma ininterrumpida desde el año 1948 en adelante.

La legitimidad del gobierno presidencial surge a partir de la elección popular del gobierno mediante la votación directa de los ciudadanos. Es decir, en este modelo de gobierno -a diferencia del parlamentarismo- los integrantes del Poder Legislativo y el Presidente tienen exactamente la misma fuente de legitimidad: el pueblo, que los elige a través del voto.

Otro rasgo distintivo del gobierno presidencialista es que el poder se ejerce durante un período fijo e inmodificable. Este período, al igual que todas las reglas relativas al funcionamiento de un gobierno democrático en la tradición del sistema continental europeo, están constitucionalmente establecidas y no pueden ser modificados a gusto y antojo de los gobernantes. La Constitución Nacional rige la vida democrática y no podemos desconocerla bajo ningún precepto. Sin embargo, los debates en torno a la posibilidad de reelección del Presidente han sido de los más comunes. En el año 1947, el Congreso de los Estados Unidos incorporó la vigesimosegunda enmienda de la Constitución, que establece un límite de mandatos al presidente de los Estados Unidos. En la República Argentina la "reelección indefinida" ha sido objeto de diversas discusiones, siendo el motivo que subyace a las reformas constitucionales de los años 1949 y 1994.

En un gobierno presidencialista, el cargo de Presidente será el resultado de sumar las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. Se trata de un cargo es unipersonal y la relación entre el/la presidente y los ministros es diferente al gobierno parlamentario, en tanto el/la Presidente elige y remueve a los ministros según su voluntad. Además, el Presidente tiene absoluta y total preeminencia entre los ministros y el cargo de estos últimos es totalmente incompatible con ser integrante del Poder Legislativo. Esta relación entre el Presidente y sus ministros de gobierno conlleva además como consecuencia que en el presidencialismo existe una completa separación de poderes. A partir de esta afirmación se derivan ciertas consecuencias lógicas: el/la Presidente no puede disolver al Congreso y tampoco puede el Congreso remover al/la presidente a través de un voto de censura.

Con relación al sistema de frenos y contrapesos y la separación de funciones que existen en un gobierno presidencialista, nuestro país cuenta con un mecanismo a través del cual eventualmente el Poder Legislativo puede exigir responsabilidad al Presidente de la Nación. Este mecanismo se llama "juicio político" y está consagrado constitucionalmente y constituye una eficaz herramienta para balancear el poder depositado en el Poder Ejecutivo. Por otra parte, el Poder Judicial cuenta con la herramienta denominada control de constitucionalidad, cuya función inmediata consiste en velar por la plena vigencia del Bloque de Constitucionalidad Federal y que en consecuencia también limita los poderes del Poder Ejecutivo.

¿Por qué motivo el Poder Ejecutivo debe centralizar el poder decisorio y politizar la burocracia para hacer su voluntad y vencer el "triángulo de hierro"? Porque efectivamente dicho "triángulo de hierro" (compuesto por beneficiarios, políticos y burócratas que favorecen el statu quo de las naciones), se interpone con los intereses del Poder Ejecutivo y, en consecuencia, el/la Presidente debe lidiar con quienes integran dicho triángulo. En el caso de la República Argentina la figura del/a Presidente -y sus atribuciones- pretendieron ser moderadas a través de la creación de la institución del Jefe de Gabinete^ aunque lo cierto es que en la práctica no hubo cambios significativos y mucho menos, redistribución del poder. El Jefe de Gabinete es un delegado del/a Presidente que, además de las funciones constitucionalmente asignadas, está encargado de coordinar el gabinete de ministros. El principal objetivo de esta institución consiste en descentralizar y desconcentrar el poder. Sin embargo, como señalamos anteriormente, a la fecha este logro no ha sido alcanzado en nuestro país.

Por otro lado, con relación a la figura del/a Presidente, posee un poder positivo y otro negativo. El poder positivo consiste en la capacidad para dictar decretos de necesidad y urgencia. Un decreto de necesidad y urgencia sólo puede ser emitido ante la presencia de circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes. Quedan expresamente exceptuadas de este trámite las cuestiones relativas a materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos. El poder negativo consiste en aquello que usualmente conocemos como capacidad de veto del Poder Ejecutivo con relación a las leyes sancionadas por el Poder Legislativo. Este poder de vetar las leyes sancionadas -es decir, aquellas que aún no han sido promulgadas- puede ejercerse en forma parcial -sobre determinados artículos de la norma- o total -sobre el total de la norma-. El veto constituye un resabio del denominado "poder del príncipe" y se supone que en el marco de una democracia su utilización será excepcional.

A efectos de tomar cabal dimensión de las características y reales atribuciones del Poder Ejecutivo en un gobierno presidencialista, cabe señalar que el Presidente -o la Presidenta- tiene control sobre la agenda parlamentaria. En este orden de ideas, debemos considerar cuáles son los proyectos de ley que el propio Poder Ejecutivo envía al Congreso y cuáles son los decretos que dispone el Poder Ejecutivo. En este sentido, el éxito en el control de la agenda estará directamente vinculado con el ciclo político. Mientras que al comienzo del mandato -durante el primer año de gestión o en el contexto de reelección- el/la Presidente vive una "luna de miel" donde todo aparece como posible, el devenir del tiempo hará que esta situación vaya modificándose. Por el contrario, al finalizar su mandato el/la Presidente tiene una influencia decreciente –el Congreso pierde interés en ayudar y colaborar- mientras que su efectividad va en aumento, en tanto la experiencia del cargo le permite tomar mejores decisiones. Sin lugar a dudas, una de las tantas paradojas de la política

El mapa que acompaña este apartado sirve para conocer la extensión e importancia del gobierno semi-presidencialista: todos los países coloreados con amarillo tienen como forma de gobierno el semi-presidencialismo. El ejemplo histórico que se estudia para aprehender esta forma de gobierno es la Quinta República Francesa, nombre con que se designa al régimen republicano imperante en Francia desde el 5 de octubre de 1958 a la actualidad.

En términos generales la república semi-presidencial o semi-parlamentaria -también denominada república bicéfala- es aquella en la cual el Poder Ejecutivo reside tanto en un Presidente (elegido por sufragio directo), como en uno Primer ministro (elegido por el poder legislativo). Es decir, en un gobierno semi-presidencialista la legitimidad es dual, en tanto por un lado proviene del pueblo (elección del Presidente o Presidenta) y por el otro lado, proviene del poder legislativo (Primer Ministro). En las repúblicas semi-presidenciales ambas figuras (Presidente y Primer Ministro) poseen igual autoridad

dentro de las decisiones de gobierno, presentándose una bicefalia del Estado. Esta convivencia entre las figuras del Presidente y del Primer Ministro también se denomina "ejecutivo dual". La imagen que mejor remite a esta forma de gobierno es la de una víbora de dos cabezas, en tanto el Presidente y el Primer Ministro se necesitan recíprocamente y conviven en el mismo cuerpo o institución aunque evitando superposiciones de funciones. Por regla general, el régimen semi-presidencial concede al órgano legislativo la posibilidad de destituir a un/a ministro del gobierno o incluso la posibilidad de destituir al conjunto del gabinete de ministros (moción de censura) de manera similar al parlamentarismo. No obstante existen diferencias con respecto a los gobiernos parlamentarios en el ejercicio de estas facultades por parte de! Parlamento. Por ejemplo, la limitación del tiempo durante el cual se puede invocar una moción de censura y el aumento de requisitos para poder presentarla. Un elemento clave de esta forma de gobierno será la división de funciones entre Presidente y Primer Ministro, que debe ser sumamente clara para evitar cualquier tipo de conflicto ante una eventual superposición de funciones. Mientras que el/la Presidente es el/la Jebe de Estado, el/la Primer Ministro encabeza el gobierno. El gobierno semi-presidencial habilita variadas combinaciones. Por ejemplo, en la actualidad, Francia posee un sistema bicéfalo, cuyas dos cabezas son desiguales; pero esa desigualdad no siempre está de un solo lado sino que oscila entre uno y otro Córdova Avelar (1994), siguiendo a Giovanni Sartori, caracteriza a los sistemas semi-presidencialistas de la siguiente manera:

a) El/la Jefe de Estado es elegido por el voto popular, ya sea directa o indirectamente, para un período predeterminado en el cargo.

b) El/la Jefe de Estado comparte el Poder Ejecutivo con un/a Primer Ministro, con lo que se establece una estructura dual cuyos tres criterios definitorios son los siguientes:

1. El/la Presidente es independiente del Parlamento, aunque no se le permite gobernar solo o directamente y en consecuencia su voluntad debe ser canalizada y procesada por medio de su gobierno.

2. Por otro lado, el/la Primer Ministro y su gabinete son independientes del/a Presidente porque dependen del Parlamento; están sujetos al voto de confianza y/o al voto de censura y en ambos casos requieren necesariamente de una mayoría parlamentaria.

3. La estructura de autoridad dual del semi-presidencialismo permite diferentes balances de poder, así como predominios de poder variables dentro del Ejecutivo, bajo la rigurosa condición de que el potencial de autonomía de cada unidad componente del Ejecutivo subsista.

**Gobierno constitucional y gobierno autoritario**, Esta clasificación está íntimamente relacionada con el surgimiento del movimiento constitucionalista, respecto al cual el gobierno constitucional es la expresión política - siendo el gobierno autoritario su antítesis-. El constitucionalismo supone tres pilares que lo sustentan y le dan contenido:

1) La idea del rule of law -gobierno de las leyes-, es decir, de la supremacía de la ley. El constitucionalismo va acompañada de la juridización del poder político; la ley se convierte en el instrumento a partir del cual los mandatos tienen validez. En términos de Max Weber, estaríamos ante la dominación

racional- legales.

2) La noción de división de poderes, que supone que junto al gobierno debe existir un cuerpo separado que lo controle y que al mismo tiempo tenga la función de generar las leyes (el poder legislativo). A medida que esta idea de evolucione habrá de incorporarse la noción de frenos y contrapesos.

3) La aparición de una brecha entre la esfera de lo público y lo privado; y la idea de que existen ámbitos reservados a la privacidad de los ciudadanos en los que el gobierno no puede ni debe entrometerse. La libertad con respecto al gobierno es la condición de existencia de lo privado.

En términos de Orlandi y Zelaznick "Queda claro que las virtudes de un gobierno constitucional como opuesto al despótico se refieren no sólo a la idea de limitar el poder, de, anular la arbitrariedad de los gobernantes o cortar sus prerrogativas sino, como una dimensión diferenciada, a la de garantizar la autonomía de las esferas libres de la intervención del poder político, especialmente la económica, aunque también la cultural, la religiosa, etcétera".

Debemos tener presente que Constitución y Constitucionalismo no son sinónimos y que ambos conceptos pueden transitar por carriles separados. Existen países -como por ejemplo, Gran Bretaña e Israel- que son constitucionalistas y que sin embargo carecen de una constitución escrita. En el otro extremo, numerosos países poseen constituciones escritas y no obstante, poseen gobiernos autoritarios154. Otra aclaración necesaria es que constitucionalismo y democracia no necesariamente van de la mano. En realidad, lo que define a un gobierno como democrático es, por lo menos, la adopción del sufragio universal.

De lo antedicho se deduce que el gobierno autoritario será aquel donde el gobernante se sitúe por encima de las leyes y no obedezca a ellas; donde exista una concentración o fusión entre los poderes ejecutivo, legislativo y/o judicial -o donde el sistema de frenos y contrapesos no actúe como tal- y/o donde el Estado se inmiscuya en la vida privada de las personas y en consecuencia el límite entre la esfera de lo público y lo privado sea borrosa.

A modo de conclusión, vale señalar que este sucinto esquema presenta tipos ideales de gobierno que raramente suelen darse en forma tan purista en la sociedad. En general, el análisis de casos concretos arroja resultados sorprendentes y muchas veces los países toman instituciones propias de uno u otro modelo en forma indistinta. No obstante, esta clasificación nos facilitará una certera aproximación a los tipos de gobierno existentes en el mundo actual. Finalmente, decir que un sistema es mejor que otro constituye una decisión arriesgada que dependerá de causas estructurales y también coyunturales. Creemos que, en definitiva, el mejor sistema de gobierno será el que cada sociedad adopte y que se adecue a la cultura de la Nación, siendo respetuoso de la integridad y de los derechos humanos de todos y cada uno de los habitantes de dicho país.