

UNIDAD 1

NINNO

Introducción al análisis del Derecho.

"¿Qué es el derecho?"

Las dificultades para definir "derecho" que enfrentan algunos juristas y la gente en general, tienen su origen en la adhesión a una cierta concepción sobre la relación entre el lenguaje y la realidad, que hace que no se tenga una idea clara sobre los presupuestos, las técnicas y las consecuencias que deben tenerse en cuenta cuando se define una expresión lingüística.

De esto devienen las siguientes concepciones:

1. Realismo verbal: (Hermann Kantorowicz) Esta concepción sostiene que hay una sola definición válida para una palabra, la cual 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. (el platonismo antiguo, el realismo escolástico, el fenomenalismo moderno)
2. Concepción convencionalista: Es defendida por la llamada "filosofía analítica". Los filósofos analíticos suponen que la relación entre el lenguaje y la realidad ha sido establecida arbitrariamente por los hombres. Si bien hay un acuerdo consuetudinario en nombrar a ciertas cosas con determinados símbolos, se puede elegir cualquier símbolo para hacer referencia a cualquier clase de cosas y pudiendo formar las clases de cosas que le resulten convenientes. Para esta concepción las cosas sólo tienen propiedades esenciales en la medida en que los hombres hagan de ellas condiciones necesarias para el uso de una palabra.

La palabra Derecho tiene las siguientes cualidades:

- Es ambigua por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí.
- Es vaga ya que no es posible enunciar propiedades que deben estar presentes en todos los casos en que la palabra se usa.
 1. Algunos han pensado, en la **coactividad** como propiedad, que en el lenguaje corriente se exige en todos los casos de uso de "derecho". Pero resulta que hay sectores enteros de la realidad jurídica que no presentan esta característica en forma relevante.
 2. Otros han propuesto como cualidad necesaria del concepto de derecho que se trate de **directivas promulgadas por una autoridad**, pero las costumbres jurídicas no presentan esta propiedad.
- El último inconveniente es su carga emotiva favorable. 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.

El iusnaturalismo y el positivismo jurídico

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 jueces 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 fácticas, 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 independientes entre sí y no siempre mutuamente compatibles. Por otra parte, no todas ellas tienen el mismo carácter lógico. Algunas son:

- de índole fáctica: pretenden describir lo que ocurre en la realidad.

- tipo valorativo o normativo: están dirigidas a estipular lo que debe o no debe hacerse.
- de índole conceptual: 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. Mientras que el iusnaturalismo sostiene que hay una conexión intrínseca entre derecho y moral, el positivismo jurídico niega tal conexión.

¿Cuál es la tesis acerca de la relación entre derecho y moral que el iusnaturalismo defiende y que el positivismo ataca? Para intentar explicar esta pregunta nos basaremos en una dramatización de la sentencia judicial en los procesos judiciales organizados por los Aliados a las naciones vencedora de la segunda guerra mundial para juzgar a los nazis.

La defensa: propone la tesis de que estos hombres han cometido actos que cualquiera sea su valor o disvalor moral han sido legítimos de acuerdo al orden jurídico del tiempo y lugar donde se habían realizado. Obraban en plena conformidad con normas jurídicas vigentes, dictadas por órdenes legítimos del Estado nacionalsocialista. La defensa propone el principio elemental de la justicia nullo crimen, nulla pena sine lege previa (prohíbe imponer una pena por un acto que no estaba prohibido por el derecho que era válido en el momento de cometerse el acto).

Juez Sempronio: Toma la postura de enterrar la tesis propuesta por la defensa. Alegando que por encima de las normas dictadas por los hombres hay un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales a la verdadera naturaleza humana. Este conjunto de principios conforma el "derecho natural". Las normas positivistas dictadas por los hombres solo son derecho en la medida que se conforman al derecho natural y no lo contradicen. Por eso mismo votó que se condenen a los procesados.

Juez Cayo: Si bien comparte las valoraciones morales del Juez Sempronio. Considera que los juicios morales y de valor, que él mismo también tiene con respecto a los hechos realizados, son subjetivos y relativos. Se apoya en el hecho de que a lo largo del tiempo e incluso en un mismo tiempo, pero en diferente ámbito geográfico las pautas morales varían. Destaca que no hay ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros. A su vez, considera que la idea de que existe un derecho natural inmutable, universal y asequible a la razón humana es vana. Indica que para algunos el derecho natural consagra la monarquía absoluta para otros la democracia popular. Considera que una de las conquistas de la humanidad ha sido la adopción de la idea de que los conflictos sociales deben resolverse sobre la base de normas jurídicas establecidas, lo que se denomina "Estado de derecho". También, considera que cada vez que nos encontramos frente a un conjunto de normas que establecen instituciones distintivas como tribunales de justicia y que son dictadas y hechas efectivas por un grupo humano que tiene el monopolio de la fuerza en un territorio definido, estamos ante un "sistema jurídico" que puede ser identificado como tal cualesquiera que sean nuestros juicios morales acerca del valor de sus disposiciones.

Destaca que el derecho se distingue del ordenamiento normativo de una organización delictiva, no por la justicia del contenido de sus normas, sino por el hecho de estar respaldado por un aparato coactivo que se ejerce sobre una población definida y un territorio delimitado, sin entrar en competencia en el mismo ámbito con un aparato que cuente con un poder superior o equivalente.

Este juez no niega la relación entre derecho y moral, tampoco duda de que debe ser así para que el sistema jurídico alcance cierta estabilidad y perdurabilidad. Lo que sí cuestiona es que

sea necesario para calificar a un sistema jurídico que el concuerde con los principios morales y de justicia que consideremos válidos. Indica que son las normas y no las convicciones morales las que establecen la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo. Pero cualquiera sea la posición que adoptemos acerca de origen de nuestra competencia y de las normas que estamos obligados a aplicar terminaremos por reconocer las normas del régimen nazi en el tiempo y lugar donde tuvieron vigencia. Ya sea que incluyamos el "principio de efectividad", que otorga validez a todo sistema normativo dictado por un poder soberano que ejerce en forma estable el monopolio de la fuerza en un cierto territorio. O se sostuviera que somos jueces de las naciones vencedoras que aplican las normas de su propio sistema jurídico, extendido transitoriamente a este territorio. Deberíamos concluir que nuestros respectivos ordenamientos jurídicos incluyen el principio fundamental de nulle crimen nulla poena sine lege praevia y no de acuerdo con normas dictadas posteriormente o para un ámbito territorial diferente. Tras esta explicación, votó por que se absuelva a los acusados.

Juez Ticio: Este juez considera insuficientes las explicaciones de los dos jueces anteriores. La posición de juez Sempronio no nos dice cómo se demuestra la existencia de tales principios de derecho natural, de lo que debe ser o debe hacerse de premisas que no son en sí mismas normativas, sino que constituyen juicios acerca de la configuración de la realidad. Por otra parte, el juez Cayo sostiene que los juicios valorativos son subjetivos y relativos genera también dudas que no son fáciles de erradicar. ¿Ya que será verdad que cuando decimos que algo es bueno o no estamos dando rienda a nuestras emociones o queremos decir que nuestra sociedad piensa que es bueno o malo? Al juez Ticio no le parecen convincentes los procedimientos que los filósofos morales han propuesto hasta ahora para justificar principios valorativos, tampoco encuentra satisfactorio el escepticismo ético fundado en una concepción subjetivista o relativista de los valores. El juez Ticio considera que aun cuando adoptemos una concepción escéptica en materia ética, no podemos eludir la formulación de juicios morales; y si formulamos juicios valorativos adoptamos una posición moral y estamos comprometidos a actuar en consecuencia. Estoy en completo desacuerdo con el juez Cayo cuando nos dice que las normas de un sistema jurídico son válidas o tienen fuerza obligatoria en el tiempo y lugar en que ellas rigen. Si ello significa que las normas jurídicas estipulan la obligación de realizar determinados actos, esto es obviamente cierto, pero no implica que debemos realmente realizar tales actos. Si se pretende sostener que hay una obligación de obedecer las normas jurídicas corresponde preguntarse de dónde surge esa obligación. No se puede contestar que surge de otra norma jurídica, la única respuesta es que la obligación de obedecer las normas jurídicas surge de normas que son consideradas intrínsecamente obligatorias, estas son las normas de una moral crítica o ideal. El juez Cayo introduce encubiertamente sus convicciones morales al postular que toda norma jurídica es obligatoria y debe ser reconocida por los jueces. El principio moral de que deben obedecerse y aplicarse las normas jurídicas vigentes es un principio plausible, puesto que él está vinculado con valores tales como la seguridad, el orden, la coordinación de actividades sociales, etcétera. Pero es absurdo pretender que él sea el único principio moral válido. También hay otros principios, como los que consagran el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, etcétera. En ciertas circunstancias excepcionales, la violación de estos últimos principios, en que se incurriría si se observaran las reglas jurídicas, sería tan radical y grosera como para justificar apartarse del principio moral que prescribe atenerse al derecho vigente. considera que el tribunal tiene la imperiosa necesidad de ratificar contundentemente el valor de la vida, el de la integridad física, el de la intrínseca igualdad de todos los seres humanos, etcétera. Para ello no puede dejar impunes a los acusados. Esto implica dejar de lado principios jurídicos normalmente valiosos, como los

que alega la defensa. El principio *nulla poena sine lege* exige, para penar a alguien, que exista una ley jurídica positiva que prohíba el acto; tal principio está precisamente dirigido contra la pretensión de fundamentar una pena en la violación de normas morales. Considera que el curso del Juez Sempronio es peligroso pues si no se reconoce abiertamente que se está violando un principio valioso, no se deja sentado con claridad en qué circunstancias extremas tal violación es permisible. Voto en consecuencia que se condene a los procesados

Iusnaturalismo

Esta concepción puede caracterizarse diciendo que ella consiste en 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 del 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 bien todos los iusnaturalistas coinciden substancialmente 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.

Tipos de iusnaturalismo:

- **Iusnaturalismo teológico:** Su referente 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. Ese derecho natural no sólo 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 adecuó al derecho natural no tiene fuerza obligatoria de derecho. Según esta concepción las leyes positivas deben obtenerse por "conclusión del derecho natural" o deben tener la función de "determinación aproximativa", precisando los postulados generales del derecho natural. Las leyes positivas deben tener también la función de hacer efectivos, mediante la coacción, los mandatos del derecho natural.
- **Iusnaturalismo racionalista:** Se originó en el movimiento iluminista 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.
- **Historicista:** de autores como Savigny y Puchta, pretende inferir normas universalmente válidas a partir del desarrollo de la historia humana. 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.

- **Iusnaturalista "naturaleza de las cosas"** 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.

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:

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, fueron sostenidas por juristas positivistas, pero no como parte esencial del positivismo por ellos defendido. Algunas de las principales posiciones que se han atribuido, por sus propios cultores o por sus oponentes, al positivismo son las siguientes:

- **El escepticismo ético:** identifican el positivismo con la tesis de que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos (Posición tomada por el juez Cayo). Esta tesis se opone directamente a la primera tesis del iusnaturalismo.
Kelsen y Ross, sostienen que los únicos juicios cuya verdad o falsedad es decidible racionalmente son los juicios que tienen contenido empírico. 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 sostiene que 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. Bentham y Austin 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. 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.
- **El positivismo ideológico:** 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. Ha sido también defendida por el juez Cayo en el fallo transcripto. Esta tesis no es de índole conceptual, sino que involucra una posición ideológica o moral. Ella combina espuriamente una definición de derecho en términos

puramente fácticos, como la que los positivistas propugnan con la idea iusnaturalista de que toda norma jurídica tiene fuerza obligatoria moral. El positivismo ideológico pretende que los jueces asuman una posición moralmente neutra y que se limiten a decidir según el derecho vigente. **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.** Bobbio la caracteriza como la concepción que defiende estas proposiciones:

1. El derecho positivo es justo. O sea que 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 independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza y la justicia legal Alf Ross llama a esta concepción "seudopositivismo". En El concepto de validez y otros ensayos, dice lo siguiente: Es verdad que un número de autores, comúnmente considerados 'positivistas' han sostenido el punto de vista descrito por Verdross, de que el orden establecido es, como tal, acreedor de obediencia. Esta clase de filosofía moral tiene varias fuentes. Una se remonta a las enseñanzas de Martín Lutero, que dio un nuevo alcance a las palabras de San Pablo, que toda autoridad estatal proviene de Dios. Otra puede hallarse en la filosofía de Hegel, condensada en el famoso slogan 'lo que es real es válido, y lo que es válido es real'. También concuerda con la ideología del conservadorismo: lo que tiene éxito está justificado, porque Dios ha permitido que lo tenga.
- **El formalismo jurídico:** Según esta concepción el derecho está compuesto exclusivamente por los preceptos legislativos, o sea por normas promulgadas por órganos centralizados y no por normas consuetudinarias o jurisprudenciales. El orden jurídico es siempre completo, preciso y es un sistema autosuficiente para proveer una solución unívoca para cualquier caso. Bobbio llama a esta concepción como positivismo teórico porque involucra cierta teoría acerca de la estructura de todo orden jurídico, pero también se le llama formalismo jurídico. Este tipo de positivismo va unido por lo general al positivismo ideológico, el cual defiende una sumisión de los jueces a los mandatos legislativos y también que los jueces deben decidir siempre según normas jurídicas y no según otro tipo de principios, ya que las normas jurídicas siempre ofrecen una solución unívoca. 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 y muchos de los cultores de esta ciencia se adhieren implícitamente a esta concepción, incluso en casos en que tales juristas manifiestan ser iusnaturalistas. Kelsen como Ross 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. Tanto Ross como Hart han mostrado que el derecho no es un sistema autosuficiente de soluciones, lo que hace que los jueces no tengan más remedio muchas veces que justificar sus decisiones recurriendo a principios o criterios no jurídicos. Kelsen sostuvo la tesis de que el derecho no presenta lagunas o

contradicciones lógicas, pero sí admitió la existencia de indeterminaciones lingüísticas que hace que el derecho presente a los jueces no una sola solución sino varias alternativas. Kelsen de ningún modo sugiere que esta tesis, sea relevante para su posición positivista.

- **Positivism metodológico o conceptual:** Consiste en 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. Un positivista de esta persuasión puede decir que, en determinados casos, los jueces están moralmente obligados a desconocer ciertas normas jurídicas, tal como lo ha dicho el juez Ticio en el fallo que imaginamos. Este tipo de afirmación no será aceptado ni por los iusnaturalistas ni por los positivistas ideológicos.

Esta tesis 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, no se opone 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 juicios de valor.

La controversia entre el iusnaturalismo y el positivismo se reduce a una cuestión de definición de "derecho".

- La concepción "esencialista" del lenguaje trata de captar cuál es la verdadera esencia del derecho. Pero los que adoptan esta concepción no ofrecen un procedimiento intersubjetivo para aprehender la esencia de una cosa, sino que recomiendan confiar en cierta intuición intelectual que no es objetivamente controlable.
- Según la concepción "convencionalista" del significado de una palabra está determinado por las reglas convencionales que determinan las condiciones de uso de esa palabra. Una controversia acerca del significado de una expresión lingüística, tal como "derecho", puede encararse en dos planos diferentes.
 1. El primero consiste en averiguar cómo se usa efectivamente en el lenguaje ordinario la palabra en cuestión. En ciertos casos la palabra "derecho" se emplea sin ninguna connotación valorativa. Es posible que, en otros contextos, el término "derecho" o el calificativo "jurídico" se empleen para hacer referencia sólo a reglas que deben ser observadas y aplicadas. Sería irrazonable suponer que el iusnaturalismo no ha tenido 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 auto confirmación 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. No se puede decir que una u otra es la única que describe correctamente el uso común de la expresión derecho. Estas posiciones versen acerca de cómo debería usarse esta expresión y no acerca de cómo se la emplea efectivamente.

2. El segundo plano, 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 Kelsen y Ross, es que es conveniente definir "derecho" o "sistema jurídico" de modo tal que puedan ser usadas como componente central del lenguaje de la ciencia jurídica. Estas posiciones versen acerca de cómo debería usarse esta expresión y no acerca de cómo se la emplea efectivamente. Debe ser puramente descriptiva y valorativamente 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, un 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. Otro argumento 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 emotivas. 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.
3. 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

RINALDI

Las fuentes del Derecho.

Las fuentes del derecho son los distintos modos de creación o de expresión del conjunto de reglas jurídicas aplicables dentro de un Estado en un momento dado. Son cinco:

- la ley
- la costumbre
- la jurisprudencia
- la doctrina
- los principios generales de derecho.

Cada una de estas fuentes tiene un carácter de obligatoriedad distinto. La ley es la única obligatoria para toda la sociedad. Además, cada una tiene una autoridad de creación diferente. En los regímenes democráticos, la ley es la única fuente que emana directamente de los representantes de la voluntad popular: el Poder Legislativo. Estas dos características hacen que la ley sea la fuente del derecho más importante. El resto de las fuentes no son de cumplimiento obligatorio para toda la sociedad si no se traduce en una ley, o si no lo dispone una ley.

La ley

es la regla social obligatoria establecida por la autoridad pública competente. La ley se divide en dos sentidos:

En sentido amplio: Se llama ley a toda regla general dictada por autoridad competente. Es el cuerpo normativo dictado por quien corresponde, de la forma establecida, aunque su denominación sea diferente a la de ley. Por ejemplo: la constitución, una ordenanza municipal o una resolución del consejo superior de la universidad.

En sentido estricto: se considera ley a toda regla emanada del Poder Legislativo (a nivel nacional, el Congreso de la Nación) y realizadas de acuerdo con los procedimientos, formalidades y límites establecidos por la Constitución Nacional.

En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora obligatoriedad de las leyes para todos los ciudadanos de la república después del octavo día de su publicación oficial o desde el día que ellas determinen.

- Las características de la ley:
 1. Obligatoria: En caso de que no se cumpla se impondrá la sanción correspondiente. Según el art 4 de la CCYC: Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.
 2. General: las leyes están dirigidas a todos, sin distinciones. Esto no quiere decir que no puedan existir leyes orientadas solamente a cierto grupo de personas, pero siempre deberán incluir a todas las personas de ese grupo determinado.
 3. No es retroactiva: Como indica el art 7 de la CCYC, las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.
 4. Pública: deben ser conocidas por todos. En nuestro país esto se logra a través de la publicación en el Boletín Oficial. De esto se desprenden tres principios: que no pueden existir leyes secretas, que mientras no exista publicación la ley no entrará en vigencia y no resultará obligatoria para la ciudadanía y que a partir de la publicación en el Boletín Oficial nadie puede alegar el desconocimiento de la ley para justificar su incumplimiento (art 8 de la CCYC).
 5. Emanada de la autoridad competente: solo el Poder Legislativo es quien está facultado para sancionar leyes, el poder ejecutivo participa de su sanción. El mecanismo de deliberación pública y la conformación plural del Poder Legislativo hacen que sea el espacio más democrático para la sanción de las leyes

La costumbre

Es la repetición de una conducta de modo uniforme y sin interrupciones que, por un largo período de tiempo, es adoptada por los miembros de una comunidad con la creencia de que dicha conducta es obligatoria. La costumbre tiene una dimensión objetiva, o sea la sociedad debe creer que la conducta repetida en el tiempo es obligatoria, es decir, creer que la conducta es una necesidad jurídica.

- Las características de la Costumbre:
 1. uniforme: que el hecho o comportamiento tenga siempre las mismas características. Pudiéndose modificar, pero no en su totalidad.
 2. Ser constante: que se lleve a cabo sin interrupciones.
 3. De largo uso: que se practique por un periodo de tiempo más o menos prolongado.
 4. Ser general: que el hecho sea practicado por toda la comunidad o por la mayor parte de ella.
 5. Ser pública: que el hecho sea conocido por todos.
- Tipos de costumbre:
 1. **Según la ley**: es la costumbre reconocida por la ley, de manera que está de acuerdo con ella. La CCYC indica: (..)Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho(..). Así, en varias partes del Código se establece que las “costumbres del lugar”, y sobre todo las comerciales, pueden resultar un mecanismo válido para dirimir disputas de índole legal. El viejo código de comercio establecía a las costumbres del lugar donde se celebrará un contrato comercial como un mecanismo de interpretación. La intención era otorgar a la costumbre un rol dentro de la ley, para que esta no desnaturalice las prácticas habituales en una sociedad que se regía por ellas.
 2. **Al margen o en ausencia de ley**: es la que crea una conducta compartida por la sociedad en relación con una situación no contemplada por la ley. Si bien esta costumbre tiene aspecto de norma obligatoria, solo puede convertirse en tal si pasa por el proceso de sanción correspondiente.
 3. **Contra la ley**: se genera en contra de lo que establece la ley, intentando derogarla. No está permitida en nuestro ordenamiento jurídica.

La jurisprudencia:

Es el conjunto de sentencias emanadas del Poder Judicial, que han resuelto casos similares de la misma manera o en el mismo sentido. Para Llamblás la jurisprudencia resulta de la fuerza de convicción que emana de las decisiones judiciales concordantes sobre un mismo punto.

El sistema judicial considera que las situaciones que son iguales entre sí se deben resolver de la misma manera. La resolución dictada por un juez en un caso concreto, sometido a su conocimiento y por la cual concluye el proceso judicial correspondiente se llama **sentencia**.

- Características de la jurisprudencia:

1. En nuestro ordenamiento jurídico una sentencia no obliga a nadie más que a las partes implicadas en el juicio.
2. En nuestro sistema los jueces están obligados a fundar sus fallos. Sin embargo, si un juez resuelve una causa en un sentido determinado, el resto de los jueces no están obligados a resolver una causa similar de la misma manera, tal como sucede en el sistema anglosajón.
3. La jurisprudencia se utiliza como fuente, como inspiración o hasta como respaldo argumental. La jurisprudencia evidencia la manera en que los jueces de determinado momento interpretan las leyes y solucionan las controversias judiciales conforme a ellas.

La doctrina:

Es el conjunto de enseñanzas, opiniones y conclusiones de los juristas que estudian el derecho.

- Características de la doctrina:
 1. No es obligatoria.
 2. Orienta la interpretación judicial y da base para que se produzcan cambios en la legislación y en la jurisprudencia
 3. Los legisladores, jueces y abogados pueden recurrir a la doctrina para fundamentar sus argumentos o conocer visiones alternativas del derecho.
 4. Muchas veces existen doctrinas que ante a una misma situación jurídica expresan opiniones opuestas.
 5. Los jueces, a la hora de resolver, podrán optar por una u otra doctrina, pero siempre deberán basar sus fallos en la ley, ya que es la única fuente obligatoria.

Los principios generales del Derecho:

Son enunciados generales de carácter normativo derivados de los ordenamientos jurídicos más antiguos. Son reglas no obligatorias que contienen criterios legales generales que sirven para resolver conflictos, interpretar normas, situaciones jurídicas, etc. Ejemplos: la noción de igualdad, la interpretación judicial siempre en favor de los hombres. Si bien muchas de estos enunciados poseen recepción legal su interpretación a lo largo del tiempo varía, ampliando su significado sin desnaturalizar la letra de la ley. En materia penal, “toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario” o “frente a la duda se debe estar en favor del reo, se desprenden del principio de inocencia y la necesidad de certeza; En materia civil, el principio de buena fe o el principio de pacta sunt Servando (que implica que el acuerdo de dos partes obliga a cada una de ellas con fuerza de ley); En materia comercial, toda prestación se presume onerosa.

Aclaraciones:

La fuente principal de nuestro ordenamiento jurídico es la ley, en sentido amplio, por dos motivos:

1) porque es la única obligatoria para toda lo sociedad

2) porque es la única que emana directamente de los representantes de la voluntad popular, es decir, del Poder Legislativo.

Este sistema basado en la ley se llama sistema continental-europeo o sistema continental. Sin embargo, existe otro gran sistema jurídico en el mundo occidental: el common law, propio de los países que fueron influenciados por el Imperio británico.

Divisiones del derecho

Derecho público, derecho privado: clasificaciones.

1. **Según los sujetos o el interés protegido por el derecho:** Se origina en el antiguo derecho romano y fue efectuada por Dominio Ulpiano. Se basa en el interés que protege el derecho, es decir, de qué cosa se ocupa la norma en cuestión. Ulpiano indica que: el derecho público se refiere a la cosa pública, al Estado y que está conformado por las normas que se ocupan de regular el funcionamiento del mismo y la relación de este con las personas. El derecho privado pertenece al ámbito del interés de los particulares, son las normas que regulan a los ciudadanos exclusivamente y las relaciones de estos entre sí. En la actualidad no es posible separar el interés privado del público ya que se relacionan e interactúan entre sí.
2. **Según el fin de la norma: (Savigny)** el objetivo es diferenciar a quien va dirigida la norma. En el derecho público el Estado es el fin y el individuo solo ocupa un lugar secundario porque el actor más importante es el Estado. En cambio, en el derecho privado el objetivo a regular es el individuo, y el Estado no es más que un medio para lograrlo. En la actualidad, el principal problema de esta clasificación se presenta cuando el Estado se comporta como un particular: por ejemplo, cuando compra una propiedad, contrata obras o trabajos o participa de una empresa.
3. **Según el tipo de relación entre los sujetos:** Para Jellinek la clave estaba en la forma en que se tomaban las decisiones. En el derecho privado las relaciones son entre pares, mientras que en el derecho público son entre subordinados: el subordinante es el Estado y los subordinados, los particulares. Esta teoría también tiene puntos débiles: uno de ellos es que el derecho privado dependería en su totalidad del derecho público, ya que es el Estado, a través del Poder Legislativo, quien lo regula.
4. **Según a quién obliga la norma:** derecho público: normas autocráticas, son obligatorias, aunque el que se ve afectado por ella no exprese si está de acuerdo o no con obligarse. derecho privado: normas democráticas, quien se verá afectado por la norma elige si obligarse o no.
5. **Según nuestra postura:** La división entre derecho público y derecho privado nos ayuda a ordenar las relaciones jurídicas entre los miembros de una sociedad por un lado y entre estos y el Estado, por otro. No existe una división tajante entre derecho público y derecho privado, siempre encontraremos características de una en la otra. ejemplo: en el derecho público político-constitucional con normas completamente públicas pero que serán aplicadas a los particulares. En el derecho privado, algunas instituciones del derecho civil como contraer matrimonio también tienen normas de orden público, como los requisitos exigidos para contraer matrimonio.

Ramas del derecho público:

- **derecho político constitucional:** regula la organización del Estado y su relación con otros Estados y los particulares, establece el mecanismo de ejercicio del poder político y los principales derechos, deberes y garantías de los ciudadanos.

- **derecho administrativo:** regula el funcionamiento del estado y de los órganos que de él se derivan, su relación directa con los particulares y todas las funciones de la administración pública.
- **derecho penal:** conjunto de normas que protege bienes jurídicos, cuya violación se denomina delito, regulando la potestad del Estado para castigar lo que es punible y sus consecuencias. Cada delito será castigado con una sanción: reclusión, prisión multa o inhabilitación.
- **derecho ambiental:** regula todo aquello vinculado a la protección del medio ambiente y el desarrollo sustentable.
- **derecho internacional público:** rige las relaciones de los Estados entre sí y de la comunidad internacional.

Ramas de derecho privado:

- **derecho civil:** rige a las personas en lo relativo a sus bienes, su familia y la relación con las cosas y con otros individuos, desde el comienzo de su existencia hasta su finalización.
- **derecho comercial:** se centra en las relaciones de los actos de comercios y en el funcionamiento de los agentes comerciales y empresas. Algunas de sus ramas típicas pueden ser concursos y quiebras, sociedades y empresas, etc.
- **derecho de consumidores y usuarios:** si bien está dentro del derecho privado porque se desprende de los actos y usos comerciales que realizan los particulares, muchas de sus normas son de orden público, ya que buscan tutelar el interés económico general, más que el interés del propio consumidor y/o usuario.
- **derecho internacional privado:** se ocupa de las relaciones entre particulares de distintos países.

Otros derechos:

- **derecho procesal:** se ocupa de regular la realización de los juicios y otros procesos judiciales. Si bien puede aplicarse tanto al derecho público como al privado, sus normas son de orden público porque no admiten acuerdo en contrario y su objetivo es garantizar la plenitud del debido proceso
- **derecho laboral:** se ocupa de regular la relación entre los empleados y los empleadores. Al igual que muchas otras divisiones que hemos visto, si bien regula la relación de dos particulares, sus normas no admiten ser modificadas porque su objetivo es tutelar al más débil de la relación: el trabajador.

Características principales del common law

El sistema de COMMON LAW es el conjunto de principios y reglas de derecho fijados en las decisiones judiciales aplicables tanto al gobierno como a los particulares, que derivan su autoridad de las costumbres y tradiciones comunitarias, según la interpretación de los tribunales de justicia. La antigua ley de Inglaterra se basaba en las costumbres sociales que se desarrollaron durante siglos. El sistema del common law tiene sus raíces en esta idea medieval de que las sentencias dictadas por estas cortes/tribunales del rey representaban la costumbre común de las personas y tenían la misma fuerza que para nosotros tiene una ley.

Historia y desarrollo del Common Law

Entre los años 1066 y 1260 Inglaterra se vio afectada por diferentes convulsiones políticas. Todo comienza cuando Guillermo I invadió la isla, hasta ese momento no existía un sistema de justicia establecido, si no que eran asambleas de personas que deliberaban acerca de la inocencia o culpabilidad de los acusados, si no lograban ponerse de acuerdo se recurría a las ordalías o juicios de Dios para probar su inocencia. Sin embargo, cada zona o región tenía sus propias leyes y practicas jurídicas, este desmembramiento político y jurídico hizo que el nuevo Rey tenga que efectuar un proceso de concentración de la función judicial y legal en general, tenía que crear una ley común (common law). Guillermo I introdujo la noción de corte y jurado, típica del derecho de common law, pero en esta época se utilizaba para fijar las sumas de los impuestos. Para fijar estas sumas el rey enviaba delegados a las diferentes zonas y establecía el monto que los ciudadanos de dicha región podían pagar. Esto reforzaba la idea de que la corte y el jurado interpretaban las costumbre y normas del lugar donde residían, legitimando las decisiones judiciales como decisiones inspiradas en las costumbres de los ciudadanos. Es por esto que el sistema del common law pone a las decisiones judiciales en el centro de la escena: porque esas decisiones no son solo jurisprudencia como nosotros la entendemos, sino que son decisiones con fuerza normativa, que logra interpretar la costumbre de la sociedad.

Con la llegada de Enrique II se realizó otro gran aporte al Common Law. Este tuvo que resistir tres problemas: la consolidación de la estabilidad política, la resolución de los conflictos derivados de la propiedad de las tierras y el combate a una creciente ola de crímenes y delitos. Enrique II retoma la unificación del poder y control del sistema judicial bajo un sistema dependiente del rey, logro definitivamente reemplazar a cada una de las leyes y costumbres locales por una única ley nacional, organizada bajo una única forma de administrar justicia. Las decisiones de la Corte del estrado de Londres se comenzaron a publicar y a ser difundidas en el Libro del año, lo que facilito la aplicación a un caso específico la decisión de la corte londinense, esto unifico la ley y las decisiones de los jueces, asegurando un único poder político y un mismo sistema legal coherente y unificado. Enrique II también amplio la noción de jurado a la resolución de casos penales. Esto hizo que Inglaterra pase de ser una nación heterogénea en sus costumbres y normas, violenta en la forma de solucionar conflictos y anárquica en sus mecanismos de gobiernos, a constituirse como un reino unificado con una sociedad pacificada y con el poder político del rey consolidado y extendido por todos sus dominios. Esta es la historia de por qué los jueces del common law someten sus decisiones a los fallos de sus predecesores sobre controversias reales, en lugar de basarse en códigos o textos para guiarse en la aplicación de la ley.

La regla del precedente o Stare Decisis.

La idea de jurisprudencia no existe en el sistema del common law con el mismo significado que en el sistema continental. Los fallos de los jueces son un mecanismo válido para generar normas de conducta generales y obligatorias, pautas sobre cómo resolver controversias: es la Regla del precedente que también se denomina Stare Decisis.

¿Qué pasa si no hay precedentes? el sistema del common law habilita a los jueces a inspirarse en los fallos de otros estados o jurisdicciones. Pero si aún no encuentran una forma de fallar, están autorizados a buscar una solución basada principalmente en la costumbre común de la sociedad. Tal como hacían las cortes o tribunales durante la Edad Media. Ese fallo novedoso se

transformará en un nuevo precedente. la doctrina del Stare Decisis proporciona seguridad, uniformidad y previsibilidad y lo convierte en un entorno jurídico estable.

UNIDAD 2

RINALDI

Evolución histórica de la Constitución Nacional

El origen se haya dentro del llamado movimiento del constitucionalismo moderno, cuyo origen se remonta a la fusión entre las ideas del Iluminismo y el surgimiento de nuevas clases sociales y económicas a partir de la Revolución Industrial. A fines de siglo tuvieron lugar las revoluciones políticas de la independencia de Estados Unidos en 1776 y la Revolución francesa en 1789. Ambas comparten la ideología que es la base del constitucionalismo moderno: terminar con el absolutismo monárquico y dotar al hombre de derechos para participar en las decisiones públicas y para llevar adelante su vida con dignidad y libertad.

En 1776, el estado de Virginia sanciono su primera Constitución, se la conoce como Bill Rights, sus dos primeros artículos luego fueron incorporados a la Constitución Nacional de Estados Unidos, ellos son:

1. Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad.
2. Todo poder reside en el pueblo, y, en consecuencia, deriva de él; que los magistrados son sus administradores y sirvientes, en todo momento responsables ante el pueblo.

Por otro lado, en Francia realizó la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 que, luego, se transformó en el preámbulo de su primera Constitución sancionada en 1791.

Podemos resumir la idea del constitucionalismo en la noción de dotar de derechos a los ciudadanos y regular el ejercicio de poder, limitándolo. Este límite esta dado por dos mecanismos:

1. A través de la regulación de la forma en que se deben hacer las leyes.
2. A través del otorgamiento de derechos que ni las leyes ni el ejercicio del gobierno pueden avasallar.
3. El concepto se completa con una tercera idea: la del Estado de derecho o Rule of Law, es decir, la del gobierno de las leyes opuesta al gobierno de los hombres: son las leyes las que dicen qué y cómo llevar adelante el gobierno, en oposición al modelo monárquico anterior en el que eran los hombres los que establecían cómo gobernar y qué derechos tenían los hombres

La Constitución de la Nación Argentina

No fueron las ideas de la Revolución francesa o las de la norteamericana las que se impusieron en mayo de 1810 en Buenos Aires. El pensamiento preponderante fue el llamado liberalismo tradicional español, que estaba inspirado en las enseñanzas del sacerdote español Francisco Suárez, por lo que suele llamárselo suarismo. Este clérigo franciscano había teorizado sobre el

estatus del poder de los monarcas, y sus enseñanzas eran difundidas en las Universidades de Charcas y Córdoba, donde habían estudiado los patriotas criollos, las únicas existentes en el Virreinato del Río de la Plata. El pensamiento de Suárez puede ser sintetizado en cuatro puntos fundamentales:

1. Ninguna persona obtiene inmediatamente de Dios la potestad civil, por naturaleza o donación divina.
2. La autoridad le viene al gobernante mediante el pueblo.
3. El pueblo la concede por su libre consentimiento, derivándose de allí los títulos legítimos de gobierno.
4. En esa concesión hay limitaciones al poder: el gobernante no puede usarlo a su antojo y el pueblo no puede reasumirla a su capricho.

Esta concepción autorizaba al pueblo, por ser el cedente de la soberanía, a disolver dicho contrato cuando el monarca al que se le había entregado el poder ya no podía ejercerlo. Esta idea fue la que se impuso en la Revolución de Mayo y la que dio marco al primer gobierno patrio. Nuestra revolución impulsó una Junta de Gobierno porque España estaba en crisis y el rey había sido detenido. La junta criolla se propuso como objetivo autogobernarse, pero para mantener fidelidad y adhesión a Fernando VII. La reasunción del poder por el Cabildo de Buenos Aires era solamente provisoria. Fue realizada en un supuesto rol de “hermana mayor” que pretendía ostentar la ciudad, pero se preveía la aprobación del resto de los pueblos del virreinato. Se formó la llamada Junta Grande el 18 de diciembre de 1810 a raíz de que la primera junta invitó a las autoridades del interior a sumarse a la junta en Buenos Aires. Fue así que el territorio del virreinato fue desintegrándose: del conglomerado territorial inicial, en 1811 se separó de hecho Paraguay, en 1825, el Alto Perú se erigió en Estado independiente con el nombre de Bolivia, y en 1828 el tratado de paz con Brasil reconoció la independencia de la Banda Oriental (hoy Uruguay).

La primera década: 1810 – 1820

La Junta Grande gobernó alrededor de un año. Su prestigio y capacidad de gobierno se opacó rápidamente:

1. Porque era un cuerpo ejecutivo colegiado demasiado grande.
2. Por las dificultades para lograr el respaldo de los cabildos del interior.
3. Por la sucesión de fracasos y derrotas políticas y militares en la Banda Oriental, el Alto Perú y el Paraguay.

La junta decretó el 23 de septiembre de 1811 la creación de un nuevo ejecutivo, El Triunvirato cuyos miembros (Chiclana, Paso, de Sarratea, también Rivadavia, Pérez y Vicente López y planes) fueron elegidos por la junta. La junta grande se convirtió en un órgano legislativo, se conocía como la junta conservadora. La junta conservadora elaboró un conjunto de normas a las que el triunvirato debía atenerse. El primer reglamento fue rechazado y posteriormente se elaboró el llamado estatuto provisional de 1811 que contenía una distribución de tareas entre el Triunvirato y la Junta, lo que hizo que varios autores la consideren la primera Constitución Argentina. También se sancionaron, entre otros, los llamados decretos de supresión de honores, de libertad de imprenta, de seguridad individual y los reglamentos de administración de justicia, que establecieron los primeros juzgados.

En octubre de 1812 asumió el Segundo Triunvirato (conformado inicialmente por Juan José Paso, Nicolás Rodríguez Peña y Antonio Álvarez Jonte) el cual convocó para el año siguiente un

congreso constituyente en Buenos Aires para sancionar una constitución. Este congreso se conoce como Asamblea del año XIII (31 de enero de 1813) si bien no logró su objetivo de redactar una Constitución, al no poder unificar los distintos proyectos presentados sí hubo acuerdo en una serie de derechos y postulados relevantes: se declaró el principio de soberanía del pueblo y la teoría de la representación política; se dispuso la libertad de los esclavos y la igualdad de los pueblos originarios; se abolió definitivamente la inquisición y se declaró la libertad de culto, entre muchos otros logros. La Asamblea creó el gobierno del Directorio: un poder ejecutivo unipersonal que sería la primera forma de gobierno no colegiada en nuestra historia, los que lo ejercieron fueron Gervasio de Posadas, Ignacio Álvarez Thomas, Juan Martín de Pueyrredón y José Rondeau.

En marzo de 1816, durante el gobierno de Álvarez Thomas, se reunió en San Miguel de Tucumán una nueva asamblea (El congreso de Tucumán) con el mismo objetivo de sancionar una Constitución. Esta misma asamblea fue la que el 9 de Julio declaró la independencia.

Previamente, el 29 de junio de 1815, se había celebrado el Congreso de Oriente o “de los pueblos libres” donde se declaró la necesidad de la independencia de España. Asistieron a esta asamblea las provincias del Litoral (miembros de la liga federal) la Banda Oriental, Corrientes, Entre Ríos, Misiones y Santa Fe, a la que habrá de sumarse Córdoba. Sólo esta última asistiría al Congreso de Tucumán de 1816. Las tensiones entre las posturas federales y unitarias que se iban perfilando, y que imposibilitaron llegar a un acuerdo para sancionar una constitución.

Las provincias unidas se declararon independientes del reino de España, continuaron reconociendo los derechos que había consagrado la Asamblea del año XIII y los documentos posteriores, pero postergaba la sanción de una constitución. El Congreso de Tucumán no se disolvió y siguió sesionando, trasladado a Buenos Aires. En 1819, con el directorio de Rondeau se logró por fin la sanción de una constitución. Sin embargo, se había hecho en ausencia de muchos representantes del interior, y su forma de organización política unitaria generó el rechazo de los federales y de las provincias. A raíz de esto, las provincias de Santa Fe y Entre Ríos alzaron armas contra Buenos Aires, dando origen a la Batalla de Cepeda (1 de febrero de 1820). El triunfo de los federales llevó a la disolución del directorio y las autoridades nacionales, produciendo el fracaso de la Constitución de 1819. Se inicia el periodo de la anarquía del año XX.

Anarquía del año XX

Tras la caída del Directorio y de la Constitución de 1819, no hubo ninguna autoridad general del país por varios años. Las provincias del interior se constituyeron en esta etapa como un sujeto político indispensable. El período llevará a la consolidación del ideario federal como ideología y al fortalecimiento de las autonomías provinciales locales. Buenos Aires eligió autoridades locales y también surgió como provincia, Martín Rodríguez fue elegido primer gobernador. En esta época surgieron 3 fenómenos:

- El caudillismo como modo de organización política de los años subsiguientes; pretendió representar el alma popular y de las masas gauchescas, fundamentalmente en el interior.
- La estancia, sobre todo en la pampa húmeda y Buenos Aires, se estableció como el principal mecanismo de producción agro-ganadero, configurado por un patrón, generalmente educado, refinado y rico, y los peones rurales, de escasa instrucción y empobrecidos, pero leales a sus patrones.

- El rol autónomo de las provincias, que llevaron a cabo una serie de pactos, congresos y acuerdos entre ellas, que fortalecieron las ideas contractualistas y evidenciaron la intención de disponer una organización y autoridades comunes. Este proceso fue el germen de nuestra organización constitucional.

En febrero de 1820 se llevó a cabo el Tratado de Pilar por los gobiernos de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, que luego de la batalla de Cepeda proclamó el sistema federal como forma de gobierno y la necesidad de generar unidad nacional. El pacto incluía dos aspectos que marcaran el ritmo:

- la cuestión de la organización nacional.
- la invasión luso-brasilera de la Banda Oriental, que había anexado dicha provincia a su territorio desde principios de 1817.

El incumplimiento de lo establecido en el tratado de Pilar, reunir a las provincias en un congreso general en San Lorenzo para organizar el país y Santa Fe y Entre Ríos instan a Buenos Aires a tomar posición y ayudar a la invasión en la Banda Oriental, llevó a un nuevo pacto interprovincial, el Tratado de Cuadrilátero (1812) suscripto por Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes. Incluyeron en el pacto la declaración de que, frente a una invasión exterior, las provincias firmantes conforman una liga para defender la integridad nacional.

En 1824, se convocó a un nuevo intento de Congreso Constituyente, durante este congreso se agravó la situación con Brasil, declaró la guerra a Argentina. En 1826, se creó el cargo de presidente de la Nación, ocupado por Bernardino Rivadavia. Finalmente, en diciembre de ese mismo año el Congreso reunido desde 1824 sancionó una nueva Constitución. El texto que finalmente se aprobó establecía en su séptimo artículo que:

La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana, consolidada en unidad de régimen. (López Rosas, 2006)

Esa “unidad de régimen” era ni más ni menos que la consagración del sistema unitario. Aunque menos centralista que la de 1819, esta segunda Constitución de 1826 preveía, entre otras cosas, que los gobernadores de las provincias fueran elegidos por el presidente de la Nación, aunque a propuesta indirecta de las legislaturas locales. Los federales rechazaron esta forma de organización. Rivadavia renunció en junio de 1827. La unidad política y la autoridad común no reaparecerán hasta la sanción de la Constitución Federal de 1853.

El régimen de Rosas

Fue elegido gobernador de Buenos Aires entre 1829-1832 y, nuevamente, desde 1835 hasta 1852. Ganó su mayor influencia entre 1833 y 1834, luego de su primera gobernación, cuando realizó la primera conquista del desierto. En 1831 se había suscripto el llamado Pacto Federal, inicialmente fue firmado por Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes, luego, se sumaron el resto de las provincias. Este tuvo como objetivo principal establecer una alianza común para hacer frente a la Liga Unitaria. Rosas fue el más centralista de los federales, estaba convencido de que Buenos Aires debía concentrar el ejercicio exclusivo de las relaciones exteriores en nombre de la Confederación. Logró a raíz del Pacto Federal que las provincias le otorgaran este rol para llevar adelante las relaciones exteriores del país.

En 1835, la legislatura de Buenos Aires le otorgó a Rosas la suma del poder público. La ley establecía que:

"Se deposita toda la suma del poder público [...] en la persona del brigadier general don Juan Manuel de Rosas, sin más restricciones que las siguientes: 1º) que deberá conservar, defender y sostener la religión católica apostólica romana, 2º) que deberá defender y sostener la causa nacional de la federación que han proclamado los pueblos de la república [...] El ejercicio de este poder extraordinario durará todo el tiempo que a juicio del gobernador electo fuese necesario"

Esto quiere decir que Rosas no solo hacía las leyes, sino que también las hacía cumplir, concentrando el rol de los tres poderes del Estado. Con estas prerrogativas, el gobernador se dedicó a la persecución sistemática de los unitarios. Para lograr sus objetivos, Rosas se valió de dos herramientas: la Sociedad Popular Restauradora, un grupo de apoyo al gobernador, y la mazorca, un grupo parapolicial encargado de la represión a los opositores. También, hizo que los documentos públicos tuvieran que ser encabezados de manera obligatoria por la frase "Viva la Santa Federación. Mueran los salvajes unitarios" e impuso la utilización de la divisa punzó -una especie de escarapela federal- para todos los empleados públicos.

La Generación del 37 y la Asociación de Mayo

Surgió en Buenos Aires un grupo de intelectuales reunido entorno a círculos literarios que intentó adoptar una nueva visión que fuera la síntesis entre el pensamiento unitario y el federal, con el objetivo de lograr la pacificación del país, a este grupo se lo conoció como La generación del 37. Estaba integrado por Echeverría, Sastre, Alberdi, Gutiérrez y Cané entre otros. Dentro de esta generación hay que incluir también a Domingo Faustino Sarmiento, no formó parte de la Asociación de Mayo, pero era cronológica e ideológicamente parte de esta generación. Un resumen del pensamiento de la Generación del 37 se encuentra en el libro Dogma Socialista de la Asociación de Mayo, de Esteban Echeverría:

La sociedad argentina está dividida en dos facciones irreconciliables [...] la facción federal y vencedora, que se apoyaba en las masas populares y era la expresión genuina de sus instintos semibárbaros, y la facción unitaria, minoría vencida, con buenas tendencias pero sin bases locales de criterio socialista, y algo antipática por sus arranques soberbios de exclusivismo y supremacía [...] Entretanto, había crecido, sin mezclarse en esas guerras fratricidas ni participar de esos odios en el seno de esa sociedad, una generación nueva, que por su edad, su educación y su posición debía aspirar a ocuparse de la cosa pública.

Rosas disolvió la asociación de mayo y obligo a sus miembros a exiliarse. Esto no hizo que estos dejaran de producir y trabajar en sus ideas. Sus autores y obras, fueron fundamentales para la redacción de la futura Constitución. Benjamín Gorostiaga no pertenecía a la generación del 37 pero si compartía las ideas de esta y apporto a ellas, al igual que Juan María Gutiérrez, otro de los hombres de la Asociación de Mayo. No podemos olvidar a Sarmiento por las polémicas con Alberdi, que quedaron inmortalizadas en las Cartas Quillotanas, y por obras como Facundo y Argirópolis.

La caída de Rosas

Urquiza desafió a Rosas quitándole el control de las relaciones exteriores. A su vez en 1852, Urquiza forma el Ejército Grande, el cual derrotaría a Rosas en la batalla de Caseros llevando a hasta entonces Gobernador firmar su renuncia y exiliarse en Inglaterra, donde moriría en 1877. Luego de la caída de Rosas lo más urgente era el establecimiento de una constitución lo que llevo a firmar el acuerdo de San Nicolás el 31 de mayo de 1852. Este acuerdo convoco a un congreso constituyente, formado por dos diputados de cada provincia, que se reunirían en

Santa Fe. Mientras tanto se designó a Urquiza como director provisorio de la confederación argentina. Más allá del triunfo federalista en 1832 con el Pacto Federal de 1831, el gobierno de Rosas y su oposición a una organización constitucional, retrasaron la sanción de la Constitución. El art 2 del acuerdo de San Nicolas refleja esta demora:

Se declara que, estando en la actualidad todas las Provincias de la República, en plena libertad y tranquilidad, ha llegado el caso [...] de arreglar por medio de un Congreso General Federativo, la administración general del País, bajo el sistema federal; su comercio interior y exterior, su navegación, el cobro y distribución de las rentas generales, el pago de la deuda de la República, consultando del mejor modo posible la seguridad y engrandecimiento de la República, su crédito interior y exterior, y la soberanía, libertad e independencia de cada una de las Provincias.

Todas las provincias menos Buenos Aires ratificaron el acuerdo, esta se oponía ya que este se iba a llevar a cabo en la provincia de Santa Fe y no en Buenos Aires, lo que hacía que esta última perdiera influencia. A su vez, estaba en desacuerdo con que todas las provincias designasen la misma cantidad de diputados ya que no todas tenían la misma cantidad de habitantes. Por último, con respecto a la previsión de repartos de los gastos económicos como expresaba el acuerdo de San Nicolas, la aduana de Buenos Aires era la que más recaudaba y los porteños sintieron que esto afectaría sus intereses.

El 1 de mayo de 1853, las 13 provincias menos Buenos Aires sancionaron la Constitución, esta refleja el ideario de la generación del 37 y el derecho contractual federal, pero sin Buenos Aires la confederación estaba incompleta. El 11 de abril de 1854 Buenos Aires sanciona su propia constitución.

La nueva constitución fue promulgada el 25 de mayo y jurada el 9 de julio de ese mismo año. Urquiza fue votado presidente y Salvador María del Carril vice.

La incorporación de Buenos Aires.

En octubre de 1859, el ejército de Urquiza enfrentó a los porteños, liderados por Mitre nuevamente en Cepeda. Buenos Aires derrotada se incorporó al resto de las provincias a través del pacto de San José de Flores. El artículo 1° del Pacto dice:

Buenos Aires se declara parte integrante de la Confederación Argentina y verificará su incorporación por la aceptación y jura solemne de la Constitución Nacional.

Se habilita la convocatoria a una convención provincial que examinaría la Constitución de 1853, para que Buenos Aires la aceptase o propusiese modificaciones. Las modificaciones propuestas por Buenos Aires fueron aceptadas en 1860 y fueron incorporadas al texto original. Las tensiones entre Buenos Aires y la confederación, incluyendo la disputa por la elección de Buenos Aires en sus senadores y diputados que la representarían en el Congreso Nacional y las designaciones contrarias a la constitución de sus diputados, llevaron a una nueva batalla: La batalla de Pavón. En esta batalla, si bien se cree que Urquiza iba ganando, este cedió la victoria a Mitre, cuando ordenó la retirada de sus tropas. Se habla de un pacto de caballeros y en la creencia de Urquiza de que no se lograría la unión nacional si Buenos Aires era nuevamente derrotada. A consecuencia, el gobierno federal fue declarado en receso y como en 1820 y 1827, nuevamente hubo una acefalia general. La unidad política no se desintegró ni el Estado argentino dejó de existir. Por el contrario, las provincias confiaron a Mitre las facultades del poder ejecutivo. Tras las elecciones, Mitre asumió la presidencia el 12 de octubre de 1862. Esto dio inicio a las presidencias históricas: Mitre (1862-1868), Sarmiento (1868-1874),

Avellaneda (1874-1880) mandato durante el cual se afrontó la federalización y capitalización de la ciudad de Buenos Aires, que se operó en 1880.

Luego vino la generación de 80 junto a la presidencia de Roca desde 1880 a 1916, periodo conocido como la republica aristocrática. Durante este periodo se impulsó el desarrollo material, económico y cultural del país, basado en el modelo agro-exportador, se promovió y acrecentó la inmigración europea, se dio recepción y difusión a la ideología liberal y se realizaron numerosas obras y normas que dieron forma en gran medida a la Argentina moderna. Sin embargo, no se podía ocultar la existencia de sectores marginados de la decisión política y la bonanza económica.

La política giró en torno al denominado “acuerdo de los notables” sin verdadera participación democrática. La aspiración al sufragio libre, basado en la idea constitucional de la igualdad fue una deuda pendiente esto provoco que este período se defina como una república sin democracia. Recién en 1812 con la Ley de Sáenz Peña se habla del acceso popular al sistema electoral. La presidencia de Roca en 1916, fue la primera votación con voto secreto, universal y obligatorio.

La inestabilidad del siglo XX.

El 6 de septiembre de 1930 se produce el golpe de estado de Uriburu a Yrigoyen. Comienza la década infame: Uriburu (1930-1932), seguido por los gobiernos fraudulentos de Agustín Justo (1932-1938), Ortiz (1938-1940) y Ramon Castillo (1940-1943). Este último fue irrumpido por un nuevo golpe de estado, el 4 de junio de 1943, llamado el golpe del grupo de oficiales unidos (GOU), de tendencia nacionalista, llevo al gobierno al Gral. Ramírez y a Farrel.

Durante el gobierno de Farrel comienza a cobrar notoriedad Perón, quien comenzó siendo Secretario de Trabajo, luego, ministro de guerra y, al concluir la dictadura de Farrel, vicepresidente. Ganó la presidencia de la Nación en elecciones libres y democráticas en febrero de 1946, su presidencia incorporo a la vida democrática y social de las clases populares fue absoluta, produciéndose muchas conquistas sociales en favor de los trabajadores. A su vez, fue marcado por un fuerte autoritarismo que lo llevo inclusive a reformar la constitución vigente que le permitiría ser reelecto en 1952. En 1955 un nuevo golpe de estado derrocaría a Perón, en 1957 fue derogada la constitución peronista restableciéndose la constitución de 1953/1960, aunque con el agregado del art 14 bis, el cual contenía derechos sociales conseguidos en el periodo anterior. Hacia fines de la década del 60 y principios del 70 aparecieron grupos violentos y guerrilleros. La proscripción del peronismo, los ecos de la revolución cubana triunfante en 1959 y hasta cierta demencial justificación de la violencia como herramienta política dieron lugar al surgimiento de una lucha caótica y criminal entre grupos terroristas de izquierda y de derecha. Perón regresó a la presidencia viejo y enfermo en marzo de 1973, murió en julio del año siguiente. María Estela Martínez de Perón, asumió la presidencia de la Nación en su reemplazo. Desde 1975 se inauguró un proceso de violación sistemática de derechos humanos por parte del Estado (desaparición de personas, secuestro, tortura, asesinato, robo de infantes y propiedades). En 1976 se produjo un nuevo golpe de estado que derroco a María Martines de Perón, se consolido el terrorismo del estado (1976-1983).

La democracia recuperada.

El 30 de octubre de 1983 finaliza la dictadura con la presidencia de Raúl Alfonsín al derrotar al candidato peronista. Se enjuicio y encarceló a las juntas militares y los grupos guerrilleros. El

gobierno de Alfonsín se centró en la defensa y promoción de los derechos humanos, la Rep. Arg. se incorporó al sistema interamericano de derechos humanos al ratificar, en 1984, el Pacto de San José de Costa Rica y acatar la jurisdicción supraestatal de sus dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En 1986 se hizo parte de los dos pactos de Naciones Unidas sobre derechos humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No solo se enfrentó al poder militar al enjuiciar a las juntas responsables de la última dictadura, también promovió la ley de divorcio y de patria potestad compartida, la democratización de los gremios a través de la llamada ley Mucci, privilegió una integración regional con Brasil, Paraguay y Uruguay con la creación del Mercosur y su preferencia por el ALCA, y puso fin a las disputas limítrofes con Chile a través de la voluntad popular expresada en el plebiscito de 1984, entre muchos otros proyectos. En 1989 asume Menem la presidencia, fue la primera vez que se realizó el traspaso de la banda presidencial. Habían pasado 179 años de la Revolución de Mayo, 173 de la Declaración de independencia, 136 desde la sanción de la Constitución, 129 desde la unificación nacional y 73 de la primera vez que un presidente fuera elegido por el sufragio libre. Argentina también cambio de las catorce provincias iniciales habían surgido ocho nuevas. Buenos Aires, federalizada, no elegía a su intendente desde 1880. La población había crecido hasta rondar los treinta millones de habitantes, la economía era cíclica y errante. Sin embargo, la Constitución era la misma que en 1853. A través del llamado Pacto de Olivos, que suscribieron el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical, se abrió la instancia de negociación para una reforma constitucional, que se produjo en 1994.

Introducción a la constitución nacional

¿Qué es la CN? Es la Ley Suprema de un Estado posee un rango superior a las demás leyes, esto hace que ninguna ley por debajo de la CN puede contradecirla. Su función es organizar la forma en la cual se lleva la vida del Estado, esto lo logra a través de:

- la organización del poder político-establece como se ejerce el gobierno.
- limita al poder político-establece los derechos de las personas.

Clasificaciones generales de las constituciones:

1. escritas o dispersas: La mayoría son escritas, pero existen las que no están unificadas si no que están conformadas de textos dispersos, pero con valor legal de la constitución, como en Reino Unido.
2. Rígidas o flexibles: son rígidas cuando su reforma es compleja, prolongada en el tiempo y requiere con la participación de un gran nro. de actores. Las flexibles son las que sus reformas solo requieren un simple trámite.
3. Reglamentarias o genéricas: Las genéricas son más breves y trazan grandes lineamientos en base a los cuales deberá basarse el ordenamiento jurídico. La reglamentarias regulan una gran cantidad de situaciones y particularidades, dejando menos margen interpretativo en los puntos que regla.
4. Extensas o sintéticas: Las constituciones reglamentarias suelen ser extensas, mientras que las genéricas suelen ser sintéticas. Ej.: USA tiene una CN sintética ya que posee 13 artículos. Luego está la India que es extensa ya que consta con 448 artículos, otras CN extensas son las de Ecuador, Colombia, Venezuela.
5. Materiales y formales: Las formales son la que se limitan a cumplir un rol jerárquico, pero no regulan efectivamente situaciones de la vida cotidiana del Estado. Las

constituciones materiales regulan efectivamente relaciones jurídicas reales, cuya vigencia y actualidad es fácilmente palpable.

Características y estructura de la Constitución de la Nación Argentina.

La CN Argentina es escrita, rígida, material y medianamente breve, ya que posee 129 artículos. En cuanto a su carácter no es in-extremis, tampoco es genérica. La CN Argentina:

- Organiza el poder político-Establece como se ejerce el gobierno-Parte orgánica (art 44 a 129)
- Limita al poder político-Establece los derechos de las personas-Parte dogmática (art 1 a 43)

El Preámbulo

Contiene en sus palabras el proyecto de país que tenían en mente los Constituyentes. Su texto conforma una referencia clara a la idea de representación como mecanismo de deliberación política y seis líneas de acción que se encuentra relacionados con el proceso de evolución histórica de nuestra constitución. Ellos son:

1. Unión nacional
2. Afianzar la justicia
3. Proveer la defensa común
4. Promover el bienestar general
5. Asegurar los beneficios de la libertad

También contiene una definición de para quiénes se establecen estos derechos y beneficios: Sostienen los constituyentes que sancionan esa constitución “para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”.

- La Primera Parte: Es la llamada parte dogmática. En ella están contenidos los derechos que consagra para todos los hombres que habitan este suelo. Está dividida en dos capítulos: el Capítulo 1, denominado Declaraciones, derechos y garantías, posee los derechos vigentes desde la sanción original en 1853/60 más el agregado del artículo 14 bis, que fue introducido en 1957. El Capítulo 2, denominado Nuevos derechos y garantías, contiene los derechos que se incorporaron a partir de la reforma de 1994. Básicamente son los derechos políticos, los llamados de “tercera generación” y los mecanismos para su protección.
- La Segunda Parte: Se la denomina Autoridades de la Nación, regula cada uno de los poderes del Estado. Es la parte orgánica, posee la forma en que se organiza el poder político. El título primero se aboca al gobierno federal, el gobierno central de la nación. Cada una de sus secciones trata a los tres poderes del Estado por separado y estas, a su vez, están divididas por capítulos.

Título Primero. Gobierno Federal

1. Sección Primera. Del Poder Legislativo. En sus siete capítulos regula todo lo concerniente a la composición, forma de elección, requisitos y duración tanto de los miembros la Cámara de Diputados como de los del Senado; fija las atribuciones del Congreso y el mecanismo de formación y sanción de las leyes, así como también, tratará dos órganos extra poder que dependen del Congreso: la Auditoría General de la Nación y el defensor del Pueblo.

2. Sección Segunda. Del Poder Ejecutivo. Se ocupa de regular la naturaleza y duración, la forma y tiempo de la elección del presidente y vicepresidente de la Nación. Así mismo establece las atribuciones del Poder Ejecutivo, del Jefe de Gabinete y de los otros ministros. o Sección Tercera. Del Poder Judicial. Regula la naturaleza y duración y las atribuciones del Poder Judicial. o Sección Cuarta. Del Ministerio Público. Está compuesto por la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría General de la Nación, que son regulados de manera diferenciada al resto del Poder Judicial.

Título segundo. Gobiernos de provincia

Trata algunas cuestiones generales relativas a los gobiernos de provincia -ya que la organización política de cada una de ellas es regulada por sus propias constituciones- y consagra, en su artículo 129°, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

Forma de gobierno y forma de Estado

Estructura del gobierno argentino:

- el sistema representativo.
- la república.
- el federalismo.

A pesar de que la redacción del artículo asimila a todos como “formas de gobierno”, en realidad solo los dos primeros corresponden a la forma de gobierno, mientras que el último hace referencia a la forma de Estado.

El sistema representativo

Gobierno directo: es la forma de organización en la que el gobierno es ejercido por la totalidad de quienes son considerados “ciudadanos”, a través de decisiones políticas adoptadas en el marco de asambleas generales.

A menudo se utiliza a las ciudades-Estado griegas como ejemplo de este tipo de organización política. Sin embargo, en las polis griegas las instituciones de gobierno directo eran solo dos: la asamblea popular y los tribunales. Estas elecciones eran de dos tipos: las más usuales se efectuaban por sorteo y eran las de los magistrados, encargados de preparar y ejecutar las decisiones políticas. En cambio, para los cargos que estaban relacionados con la defensa y con la administración de los recursos económicos, los representantes surgían de elecciones a través del voto de los “ciudadanos”. De esta manera se ve que la polis griega no era tan directa, si bien la toma de decisiones era efectuada por la mayoría de los habitantes, no era en su totalidad: dado que para poder acceder al derecho de votar se debía ser ciudadano y solo eran considerados ciudadanos los varones mayores de 21 años que eran propietarios.

Un gobierno directo sería inviable o difícilmente practicable, ya que en nuestra sociedad sería inaceptable porque gran parte de la población no posee las condiciones de decidir. A su vez, la enorme cantidad de habitantes de los estados modernos toma imposible cualquier tipo de asamblea general.

La forma representativa de gobierno: Este tipo de gobierno es por el cual los ciudadanos eligen a sus representantes utilizando el mecanismo de sufragio. Si bien no tiene un origen exacto, lo pondremos en las discusiones de los llamados “contractualistas”, que criticaron el poder absoluto de los monarcas y fueron la inspiración de numerosos procesos políticos que

condujeron al paso de la Edad Moderna a la Contemporánea. Artículo 1° con el 22° del siguiente modo:

El Pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.

La forma representativa de gobierno asegura que el sistema de toma de decisiones sea más robusto, deliberativo e informado. Garantiza, por otra parte, que las minorías estén representadas y sean oídas en el debate público y que exista una intermediación entre las decisiones políticas y el conjunto del pueblo. Esta intermediación, es ejercida a través de los partidos políticos, instituciones fundamentales de cualquier sistema democrático, cuya tarea consiste en canalizar, organizar y movilizar las expresiones de distintos sectores de la población que, de otra manera, nunca podrían expresar sus demandas y posiciones.

La república

El imperio de la ley

Republica: es una organización jurídico-política fundamentada en el imperio de la ley. Esto significa que, las decisiones políticas y las autoridades están limitadas material y formalmente por un conjunto de norma que son aplicables tanto a gobernantes como a gobernados. A estas normas se las conoce como instituciones republicanas.

Características:

1. las decisiones y las autoridades políticas están delimitadas y establecidas por la ley.
2. la ley es un resultado de la voluntad popular y es establecida al pueblo a través de sus representantes.
3. existe una igualdad ante la ley, todos los habitantes tienen los mismos derechos y obligaciones y no existe nadie por encima de la ley.

El imperio de la ley, la idea de la ley como resultado de la voluntad popular y el concepto de la igualdad ante la ley constituyen tres principios que se relacionan entre sí. Además de estos principios, existen otras condiciones y características necesarias para la existencia de una república: elección popular de gobernantes, periodicidad de los cargos públicos, publicidad de los actos de gobierno, responsabilidad de políticos y funcionarios públicos y división de Poderes.

El imperio de los hombres es lo opuesto al imperio de la ley, ya que en esta los gobernantes toman las decisiones de acuerdo a su propia voluntad.

La elección popular de gobernantes

exige que quienes desarrollen funciones políticas deben tener un origen directo o indirecto del sufragio. Por ejemplo: los miembros del poder legislativo y ejecutivo son elegidos de manera directa. Pero los ministros o embajadores son elegidos por el presidente y no por un sufragio popular, así también los jueces de la corte suprema o de las magistraturas inferiores.

La periodicidad en los cargos políticos

Todos los cargos políticos tienen una duración determinada por la ley. La duración en los cargos de funcionarios que ocupan órganos que no son resultantes de la elección popular varía en cada caso. Por ejemplo, la jefatura de gabinete y ministros o ministras permanecen en sus cargos mientras dure el mandato del presidente que los haya nombrado o hasta que se disponga su reemplazo; los embajadores y militares están sujetos a ser trasladados de destino; los jueces conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta o hasta que cumplan 75 años, cuando deberán obtener un nuevo nombramiento del Senado para conservar su cargo.

La publicidad de los actos de gobierno

Todo lo que el gobierno y los funcionarios públicos realizan debe ser dado a conocer, sin existir la posibilidad de que existan actos secretos. Por un lado, se busca lograr que las decisiones que tome la ciudadanía para elegir a quienes gobiernen sean lo más soberanas posibles. Por otro lado, también se intenta garantizar el principio de igualdad ante la ley, ya que la ciudadanía tiene acceso a la información pública. Para que esto se cumpla, dicho acceso debe ser pleno y deben ser respetadas las libertades de prensa y expresión.

La responsabilidad de políticos y funcionarios públicos

Los funcionarios no pueden desentenderse de las decisiones que toman y que deben responder por ellas políticamente frente a la ciudadanía y también frente a la Justicia, en el caso de que corresponda.

La división de poderes

Definimos a la división de Poderes como el establecimiento de tres brazos del gobierno, en el que cada uno ellos tendrán funciones específicas y funciones de control sobre los otros dos. Estas son:

- Poder legislativo: elabora leyes.
- Poder ejecutivo: administra el gobierno de acuerdo a esas leyes.
- Poder judicial: resuelve los conflictos que se generan entre los ciudadanos y entre estos y el Estado.

La idea de la división de poderes viene surge en el siglo XVII en Europa, como una respuesta de la burguesía al control único y total de las monarquías absolutas. La república como forma de gobierno busca evitar la concentración del poder en una sola persona.

Art 29 de la CN: prohíbe a los poderes legislativos otorgar a los ejecutivos facultades extraordinarias, ni la suma del poder político, ni pueden otorgarle sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. los actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria. (Este art se sancionó en 1853 cuando finalizaba el régimen de Rosas, luego de la batalla de Caseros).

El federalismo

Es la forma de organización donde existen dos niveles de gobierno con competencias propias: un Estado central conformado por otros Estados menores, que confluyen para organizarse en torno a un gobierno único manteniendo parte de su autonomía local y su autogobierno. En

nuestro país, esos Estados menores son las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La organización federal permite que cada Estado menor conserve para sí un margen de autonomía en determinadas cuestiones políticas y delegue otras en favor de un Estado central. Esta característica hace que las federaciones sean el sistema predilecto en Estados muy extensos territorialmente y muy diversos en la composición étnica o cultural de su población y territorio.

Delegación y competencias

La CN regula la vinculación de los Estados menores entre sí y de cada uno de estos con el Estado central, que suele establecer el alcance de la delegación de facultades y la distribución de las competencias. **Art 121 de la CN:** 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.

Los poderes no delegados se transforman en competencia entre las provincias. Ejemplo: organizarse políticamente a través de la sanción de su propia Constitución basada en el sistema representativo, republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional. Las provincias eligen a sus autoridades sin la intervención del gobierno federal. A su vez las constituciones de las provincias deben asegurar autonomía de los municipios que las competen y regular el orden institucional, económico y financiero. Art 5 de la CN: las provincias deben asegurar a sus ciudadanos su propia administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria.

Los poderes delegados: Son la acuñación de moneda, la defensa de las fronteras del país, el manejo de las relaciones internacionales, el dictado de los códigos de fondo (como el civil, penal, comercial, etc.). Estas se encuentran en los art 75 y 99 de la CN que establecen respectivamente las atribuciones del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Otros de los poderes delegados son la posibilidad de declarar el estado de sitio (artículo 23°) o intervenir una provincia (artículo 6°). Los poderes que las provincias delegan en el Estado central se transforman en competencias exclusivas del gobierno federal. El Título II de la Segunda Parte de la Constitución trata el tema de los gobiernos de las provincias. Establece qué facultades son exclusivas de las provincias (artículos 121° a 124°) y cuáles están expresamente prohibidas para ellas.

Art 126 de la CN: no pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros.

Competencias concurrentes: son las que comparten el gobierno con las provincias. Ejemplo: el dictado de normas sobre medio ambiente, establecido en el artículo 41° o el reconocimiento de los pueblos indígenas (artículo 75° inc. 17).

Relaciones entre el Estado nacional y las provincias

- **Relaciones de subordinación:** se expresan principalmente a través del principio de supremacía federal. El ordenamiento jurídico federal es superior al ordenamiento jurídico provincial. **Art 31° de la CN:** existencia de una relación de subordinación de las leyes de las provincias a las del gobierno federal.
- **Relaciones de participación:** las provincias forman parte de los procesos de decisión del gobierno federal, a través de los representantes que poseen en el Congreso de la Nación.
- **Relaciones de coordinación:** se refiere a la distribución de las competencias propias del gobierno federal y de las provincias, que serán de dos modos: exclusivas o concurrentes. **Art 121 de la CN:** al Estado central le corresponde solo lo que la constitución le atribuye. La regla es que lo que no está delegado se considera reservado a las provincias.

Evolución y creación de provincias

- **Por creación del Congreso:** En el art 75° inc. 15 se faculta al Poder Legislativo a arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas. El art 13° establece: “Podrán admitirse nuevas provincias en la Nación; pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso”.
- **Por incorporación por pacto:** cualquier Estado o territorio que desee incorporarse a la República Argentina, podrá hacerlo a través de un pacto con el Estado federal.

La institucionalización de las nuevas provincias que se crearon desde la sanción de la Constitución en 1853, se produjo en territorios que la nación ya poseía, y que eran administrados por el gobierno central.

Parte dogmática: titularidad y ejercicio de los derechos. El poder de policía.

Según Nino:

- **Derecho objetivo:** refiere al ordenamiento o sistema de normas
- **Derecho subjetivo:** hace referencia a la facultad, atribución, permiso o posibilidad inherentes a las personas.

Que alguien sea el titular de un derecho significa que tiene la facultad, atribución, permiso o posibilidad para realizar una determinada conducta y que su efectivo ejercicio es una preocupación de índole estatal.

- **Derechos por la negativa:** La función del Estado es garantizar la ausencia de barreras para la realización de la conducta.
- **Derechos por la positiva:** La acción del Estado está orientada a garantizar la realización de dicha conducta.

La distinción por la función que ejerce el Estado en cuanto a la tutela de los derechos forma parte del debate de las ideas políticas y queda plasmada en las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos consagrados y en la tutela que de ellos realiza el Poder Judicial a través de sus sentencias. El constitucionalismo clásico introdujo en el mundo del derecho la limitación del poder político y la consagración de derechos, a través de un único texto

normativo, que tiene supremacía sobre el resto del ordenamiento. Los derechos que se consagraron fueron una herramienta del hombre y el ciudadano contra el poder político: el Estado no debía violarlos, alterarlos u obstaculizar su ejercicio (por la negativa). Las transformaciones económicas, sociales y culturales producidas durante el siglo XX generaron la preocupación política por la satisfacción de algunos otros derechos de índole social y dieron paso a lo que se conoce como constitucionalismo social (por la positiva).

Las generaciones de derechos

- **La primera generación:** incluye los derechos civiles y políticos, dados por el llamado constitucionalismo clásico o liberal (siglos XVIII y XIX). En la CN los encontraremos entre las declaraciones, derechos y garantías. Ejemplo: derechos a trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio; el derecho a publicar las ideas sin censura y profesar libremente su culto y el derecho de propiedad privada desarrollado en el artículo 17°. También son derechos del constitucionalismo clásico los vinculados al debido proceso y las garantías constitucionales, que encontramos entre los artículos 18° y 19° de nuestra constitución.
- **La segunda generación:** aparecen en el siglo XX, abarca los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Son derechos orientados a la tutela del mundo del trabajo y la organización gremial, la seguridad social, la familia y la vivienda. En nuestra constitución, se encuentran consagrados en el artículo 14° bis.
- **La tercera generación:** derechos colectivos, originados hacia el final del siglo pasado. Incorporados en la CN por la reforma de 1994. Ejemplo: los mecanismos de participación popular y de democracia semidirecta, la defensa de los datos personales y el acceso a la información pública, los derechos medioambientales y los relacionados a la defensa del consumidor. La reforma constitucional de 1994 incluyó en este bloque de derechos, a la protección de las instituciones del sistema democrático en los artículos 36°, 37° y 38°, como declaración de la definitiva decisión de vivir en democracia adoptada por los argentinos desde 1983.

Derechos enumerados y derechos implícitos

derechos enumerados: se encuentran expresamente mencionados en la parte dogmática de la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional. **Art 33 de la CN:** las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

derechos implícitos: suponen un límite al poder del gobierno, pues lo obliga a respetar los derechos nuevos que surjan del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, por más que la Constitución no los mencione expresamente.

La titularidad de los derechos

la Constitución no distingue en el goce y titularidad de los derechos a los extranjeros y a los nativos, por lo que todos resultan exactamente iguales ante la ley. Desde los inicios, el plan institucional diseñado por los constituyentes de 1853 preveía y promovía la inmigración, y dejó plasmada esta visión en el propio texto de nuestra carta magna. En el preámbulo se expresa que la carta magna es establecida “para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los

hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”. En segundo lugar, se propone como objetivo promover la radicación de inmigrantes. **Art 25 de la CN:** El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes. Art 75 de la CN se sostiene que le corresponde al Congreso “proveer lo conducente a la prosperidad del país promoviendo la industria, la inmigración...”. **Art 125 de la CN** facultar a las provincias a: celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables. **Art 20º de la CN** establece la igualdad entre extranjeros y nativos: los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Diferencias:

- Derechos políticos: para participar en las elecciones de las autoridades del país o bien para ser candidato para cargos políticos es necesario ser ciudadano. No obstante, muchas legislaciones se están haciendo más flexibles como. Ejemplo, la de la Ciudad de Buenos Aires.
- La obligación que posee todo ciudadano argentino de armarse en defensa de la patria y de la CN (artículo 21°), los extranjeros no poseen esta obligación.

La relatividad de los derechos

Los derechos no son absolutos, sino que tienen un límite para su ejercicio.

- Los límites establecidos en la consagración del derecho: Son instaurados cada vez que la Constitución hace referencia a un derecho específico. **Art 17 de la CN:** establece un derecho: que la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella. Pero fija un límite a su ejercicio al disponer que se puede despojar a la persona de su propiedad, si existe una sentencia fundada en ley, por causa de utilidad pública y siendo la expropiación previamente indemnizada. **Art 19 de la CN:** consagra un derecho al sostener que las acciones privadas de los hombres están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Pero también establece un límite para ese derecho, dichas acciones privadas no pueden ofender al orden y a la moral pública, ni perjudicar a un tercero. **Art 22 de la CN:** establece el derecho de que el pueblo gobierna, pero solo lo hace a través de sus representantes.
- Los límites establecidos por las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos: Se limitan los derechos para regular la convivencia social, para evitar que se alteren los derechos de otros, posibilitando un ejercicio basado en el bienestar general, para evitar que se dañe a terceros. **Art 14 de la CN:** Todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. Ejemplo: libre tránsito, pero cumpliendo ciertos límites a ese derecho para lograr que efectivamente todos podamos transitar y que el ejercicio de ese derecho no implique un riesgo a terceros. Las leyes no podrán cambiar o alterar el derecho en cuestión. **Art 28 de la CN:** “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Si se alteran estaremos en

presencia de una ley inconstitucional, y, por ende, se habilitará la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad sobre esa norma.

El ejercicio de los derechos no es absoluto, sino que se encuentra limitado por las leyes que reglamentan su ejercicio. El poder estatal para regular y restringir derechos individuales es denominado poder de policía.

Poder policía

Potestad del Estado para limitar o restringir derechos individuales, con el objeto de asegurar el interés general. Esta capacidad se ejerce a través de leyes y/o reglamentos y encuentran como límite la razonabilidad. ¿Qué significa que una ley o reglamento que restrinjan derechos sean razonables? Significa que debe existir una adecuada proporción entre las medidas que se toman y los fines que se persiguen. **Art 28 de la CN**: Los principios, garantías y derechos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

La evaluación de si una ley o reglamento excede el poder de policía del Estado, al desnaturalizar el derecho que intenta limitar, resulta un claro ejemplo de control de constitucionalidad.

Tipos de poder policía:

Clásico o restringido: los únicos objetivos que puede perseguir la limitación de derechos son la salubridad, la seguridad y la moralidad pública. Típica de constitucionalismo liberal, presupone que cualquier otra restricción no será legítima y altera el derecho que busca reglamentar.

Estadounidense o amplia: los derechos pueden ser reglamentados con el objetivo de asegurar el bienestar general de la población, en lo relativo a razones económicas, de salud, educación, etc.

Ejemplos: Uno de los primeros fallos relacionados con el poder de policía es el denominado Empresa Plaza de Toros con Provincia de Buenos Aires en 1869 donde se discutía la constitucionalidad de una ley que impedía ese tipo de espectáculos. Por su parte la empresa se amparó bajo el art 14 de la CN y sostuvo que se le estaba negando su derecho a ejercer industria lícita. La corte sostuvo que no se ha garantido a los habitantes de la nación el derecho absoluto a ejercer su industria o profesión sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio, además entendió que era una obligación de los gobiernos locales proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos, por ende, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines. La causa Saladeristas podestá y otros con Buenos Aires, en esta el gobierno resolvió que se trasladaran los saladeros de la zona de Barracas, pues arrojaban los residuos contaminantes al Riachuelo. La corte convalidó la ley en base a la cual reubicada a dichas industrias, sosteniendo que nadie puede tener derechos adquiridos a comprometer la salud de la población. El primer paso hacia la doctrina más amplia basada en el bienestar general se dio con el fallo Ercolano de 1922, en el que se discutía la constitucionalidad de una ley que, en base a la severa crisis habitacional que atravesaba el país, congelaba el precio de los alquileres por dos años. La Corte sostuvo que “ni el derecho de usar y disponer de la propiedad ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución tienen carácter absoluto. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social”. De esta manera, nuestro máximo tribunal entendió que la protección de intereses económicos basados en el bienestar general

constituye para el Estado una obligación tan importante como la defensa de la salud, seguridad y moralidad públicas

Principios de legalidad, reserva y clausura. Garantías constitucionales del proceso penal.

Derecho penal: Conjunto de normas que protegen bienes jurídicos determinados, con el fin de lograr o proveer seguridad y paz social. La afectación de esos bienes jurídicos se denomina delito y la consecuencia que recibe el delito es una sanción o pena.

- bienes jurídicos individuales son los vinculados a cuestiones de la persona, como individuo, por ejemplo: la vida, la integridad corporal, el honor, la libertad el patrimonio.
- bienes jurídicos de la colectividad: son los valores comunes de la sociedad, por ejemplo: la paz, la salud, la seguridad pública, la probidad de la administración pública.

El Código Penal encuadra los delitos en grandes grupos:

- los delitos contra las personas, el honor, la integridad sexual, el estado civil, la libertad y la propiedad, que tutelan bienes jurídicos individuales
- los delitos contra la seguridad pública, el orden público, la seguridad de la nación, los poderes públicos y el orden constitucional, la fe pública, el orden económico y financiero.

El Estado tiene el poder y la autoridad para imponer las sanciones establecidas en el Código Penal porque ostenta el monopolio legítimo del uso de la fuerza. Este procedimiento que limita ciertas acciones y obliga a cumplir determinadas conductas, se denomina coerción. Las garantías constitucionales del derecho penal son los límites que se le imponen al Estado a la hora de ejercer esa tarea.

Tres principios rectores

- **Principio de legalidad:** Se basa en aplicar a los hechos, las normas vigentes en ese momento, de forma exclusiva, y nunca las sancionadas con posterioridad. En latín se lo expresa como **nullum crimen nulla poena sine lege**, que se traduce como “no hay delito no hay pena sin ley”, está contenido tanto en el **art 18 de la CN**: ningún habitante de la nación argentina puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso como en numerosos tratados internacionales con jerarquía constitucional. Esta ley debe describir el tipo penal, la conducta que reprochará y debe contener la pena que prevé para ese reproche. Debe ser una norma emanada del Congreso de la Nación, ya que es una competencia que las provincias han delegado en la autoridad federal.
Cualquier ley que se sancione durante ese transcurso no será aplicable, pues el hecho que desencadena el juicio es anterior. Sin embargo, existe una excepción en el art 2 del código penal: Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. A este principio se lo conoce como **ley penal más benigna**.
- **Principio de reserva o intimidad:** Art 19 de la CN: las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

Esta doctrina sostiene que el individuo tiene una esfera de intimidad en la cual no puede ser invadido ni por otros individuos ni por el Estado, cualquier acción realizada dentro de ese espacio no puede ser sometida a restricción. Esto se opone a la concepción del Estado paternalista, el cual impone y defiende estándares de vida, normas de tipo ético o valoraciones morales sobre determinadas conductas y/o idealizaciones de excelencia y perfeccionismo humano.

La CN establece límites a este goce de la intimidad: cualquier conducta realizada en este ámbito no puede perjudicar a terceros, ni al orden y la moral pública. Para la Corte, entonces, ofender el orden y la moral públicas es perjudicar a terceros. Todo lo que se haga dentro de la esfera de intimidad cumpliendo ese recaudo, incluso las conductas dirigidas contra uno mismo, no puede ser regulado por el aparato estatal.

- Principio de clausura: **Art 19 de la CN:** Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Solamente aquellas conductas expresamente invalidadas son las que no se pueden realizar. No existe un listado de acciones autorizadas o consentidas por la autoridad estatal. **Bidart Campos:** este principio afianza la seguridad individual de los gobernados determinando las conductas debidas o prohibidas, de esta forma los ciudadanos conocen previamente que conductas deben omitir para una no sanción. Se hace referencia a conductas que pueden hacerse de manera fáctica, pero su realización conllevará una sanción (ejemplo: art 79 del Cod Penal: se habla del homicidio, no se prohíbe matar si no que se habla aplicar una sanción a quien lo haga). Cuando hablamos de ley debe entenderse como ley en sentido amplio: cualquier norma puede obligarnos a hacer o no hacer determinadas cuestiones. Las sentencias judiciales, por ejemplo, no son leyes en sentido estricto, pero pueden obligarnos a realizar conductas con fuerza de ley. Lo mismo sucede con los contratos: a las partes que los suscriben las obligan con fuerza de ley.

El debido proceso.

El debido proceso es el nombre con el cual se conoce a la obligación que tiene el Estado de garantizar a las partes de un proceso judicial, todos los derechos y garantías prescriptos por la ley. Supone, además, la participación activa del acusado en el proceso judicial que se le persigue: ser oído, ofrecer y producir prueba y controlar la que produzcan las otras partes, garantizando así el derecho a la defensa en juicio.

- El principio de inocencia: Toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Y recién será culpable cuando el Estado, por intermedio de los órganos judiciales, pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena. Los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional hacen referencia al principio de inocencia:
La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) establece en su artículo 11.1° que: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.
La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) que, en su artículo 26°, expresa: Se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable.
El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), cuyo artículo 14.2° dispone: Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969), en el artículo 8.2° dispone: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

- Juez natural: Art 18 de la CN: Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. La garantía del juez natural se encuentra además en el artículo 8.2° de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Garantía contra la autoincriminación: Establece la prohibición de ser obligado a declarar contra uno mismo. No solo nadie está obligado a declarar contra sí mismo, sino que, si lo hiciera, tal confesión debe ser acompañada por otras medidas de prueba. Manifestación de esta es el derecho a mantenerse en silencio.
- Libertad ambulatoria: Art 18 de la CN: prohíbe el arresto si no es en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente. Sin embargo, las fuerzas de seguridad se encuentran facultadas a proceder a la detención en situaciones en las que no resulta posible el requerimiento previo de una orden judicial. Si bien este principio y el de inocencia le permiten al acusado permanecer en libertad durante la tramitación del juicio, en nuestro régimen jurídico puede aplicarse la prisión preventiva, para dictaminarla tiene que existir el riesgo de fuga o el entorpecimiento de la investigación. La Convención Americana de Derechos Humanos dispuso que los detenidos con prisión preventiva deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales. También dispuso que sean sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
- Inviolabilidad del domicilio y papeles privados: Art 18 de la CN: El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados. Solo con una orden judicial fundada se puede acceder a un domicilio y a las propiedades privadas de una persona, lo que se conoce como allanamiento. Lo mismo sucede con los papeles privados, cualquier documentación, computadoras personales, etc.
- In dubio pro reo: (ante la duda, a favor del reo) Exige la certeza absoluta sobre la participación del imputado en el hecho que se le investiga. Impone que sea el Estado a través de la fiscalía quien deba probar la culpa del acusado y no este último su inocencia.
- Principio de congruencia: Esta garantía establece que debe existir una adecuación entre lo solicitado y la decisión judicial adoptada en la sentencia, el juez o tribunal no pueden apartarse de los hechos y las cuestiones planteadas por las partes durante el proceso, sin poder considerar aspectos o pruebas que las partes no hayan aportado al juicio.
- Plazo razonable del proceso: Lo que se evita es que una persona sea sometida a un proceso de enjuiciamiento muy prolongado en el tiempo de forma de prolongar la situación de incertidumbre que importa el proceso penal. Si bien no hay un tiempo establecido, se entiende como tal el tiempo suficiente para llevar a cabo la investigación. Si la pena máxima para la sentencia es mayor al tiempo que lleva adoptar una sentencia, el delito prescribirá.
- Non bis in ídem: No dos veces por lo mismo. Esto significa la imposibilidad de enjuiciar a una persona más de una vez por el mismo hecho. El objetivo de esta figura está atado a la garantía del plazo razonable al impedir que una persona permanezca un gran período de tiempo bajo investigación penal.
- Principio de doble conforme: También conocido como doble instancia, consiste en la posibilidad de hacer revisar la sentencia del juicio ante un juez o tribunal superior. La

doble conforme no es un nuevo juicio, pues de esa manera se estaría violando la garantía del non bis in ídem, sino que es una segunda instancia en el marco de la investigación del mismo hecho.

Los presos y las cárceles

Art 18 de la CN: Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. 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 aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

La Convención en su artículo 5° establece como obligación que cualquier persona deberá ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, resguardando su integridad física, psíquica y moral. Tanto la Constitución, como la Convención expresan que la función que se le ha querido otorgar a la pena privativa de libertad tiene como objetivo la reforma y la readaptación social de los condenados y prohíben su imposición como castigo. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. Esto, sumado a la prohibición de tortura y tratos inhumanos y/o degradantes es la explicación por la cual, en la Argentina, en términos prácticos, no existen las condenas perpetuas.

Mecanismos de garantía

Mecanismos para enfrentar la afectación de los derechos humanos. Ellos son: la acción de amparo, el habeas data, el habeas corpus.

1. **Acción de amparo:** luego de la reforma de 1994 se incluye a esta acción en el **Art 43 de la CN**: 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 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 la que se funde el acto u omisión lesiva.

Si la conducta cuestionada está afectando un derecho constitucional, estamos en presencia de un **amparo reparativo**, cuyo objetivo es hacer cesar la acción que afecta el goce y ejercicio del derecho. En cambio, si la afectación es hacia el futuro, de manera inminente, diremos que se trata de un **amparo preventivo**, ya que busca evitar que el derecho en cuestión se vea alterado.

- Toda persona que considere que una acción del Estado o de un particular altera o puede alterar en un futuro inmediato un derecho constitucional propio, podrá interponer la acción.
- Se extiende a las personas jurídicas, como las asociaciones, empresas.
- Esta acción podrá ir dirigida contra la autoridad pública o contra la acción de cualquier otro que lleve adelante una conducta que altere o amenace el ejercicio de un derecho constitucional.
- Para que el amparo se de no debe existir otro medio judicial más idóneo. Es por esta razón que el artículo presenta al amparo como una acción rápida y expedita, remarcando el carácter de urgente de su trámite.

- el artículo 43° establece que la alteración al derecho que motiva la acción de amparo debe ser con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, dejando en claro que la limitación al ejercicio del derecho no puede tratarse del ejercicio estatal del poder de policía, estableciéndose como una violación evidente, fácilmente determinable.

El amparo colectivo, también fue incorporado en la reforma de la CN de 1994, **Art 43 (segundo párrafo)**: Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los 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.

2. **Habeas data:** **Art 43 de la CN**: 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.

El hábeas data está regulado en la Ley 25.326, de Protección de datos personales, promulgada en octubre del año 2000. Podemos diferenciar tres tipos de habeas data:

- Informativo: destinado a tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquellos.
- Correctivo: orientado a los casos en que se presume la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata.
- De confidencialidad: dispuesto para el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización. El registro de datos prohibidos se extiende a las cuestiones vinculadas al origen racial y étnico, opiniones políticas o fe religiosa. En estos casos, el afectado puede solicitar la confidencialidad de dichos registros.

El hábeas data procede frente a bases de datos tanto públicos como privados.

3. **Habeas corpus:** Su traducción del latín “hallar el cuerpo”. Es la libertad física y ambulatoria, hasta el retorno de la democracia, su única recepción legal se encontraba en el **Art 20° de la Ley 48**: Ante la detención arbitraria de una persona, los jueces podrían investigar sobre el origen de la prisión, disponiendo su libertad en caso de no encontrarse el detenido privado de su libertad por autoridad competente, tal como lo prevé el **Art 18° de la CN**. Una vez recuperada la democracia en el año 1983 a través de la Ley 23.098 de 1984. Podemos distinguir 4 tipos de habeas corpus:

- Preventivo: cuando existe amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente.
- Clásico: cuando existe una limitación efectiva de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente. (Ambos en el artículo 3°, inc.1).
- Correctivo: cuando ocurra agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, orientado a tutelar las condiciones de detención del privado de su libertad legítimamente. (artículo 3°, inc. 2)

- En estado de sitio: cuando la detención se haya producido en ese marco de excepción, orientado a verificar la legitimidad de la declaración del estado de sitio; la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio; la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad y el efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del artículo 23° de la Constitución nacional, es decir, salir del territorio del país para evitar la detención.

Parte orgánica. Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

Poder Legislativo.

En el Poder Legislativo están representadas todas las fuerzas políticas que superaron el mínimo de votos requeridos para obtener una banca. Es el ámbito de discusión y decisión de las políticas del país, y donde mejor reflejada está la voluntad popular a través de sus representantes.

El Congreso de la Nación.

Art 44 de la CN: El congreso está compuesto por la cámara de diputados de la Nación y la cámara de senadores de las provincias y CABA. Los miembros de ambas son elegidos de manera democrática por el voto popular. El funcionamiento de las cámaras es la base del sistema representativo, republicano y federal. Mientras la Cámara de Diputados representa directamente al pueblo de la nación, el Senado representa a las provincias y CABA, de manera igualitaria.

Cámara de diputados.

Los artículos 45, 46 y 47 de la CN se refieren a la composición de esta Cámara. **Art 45 de la CN:** La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de CABA y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar, pero no disminuir la base expresada para cada diputado.

La última vez que la base de representación se actualizó fue en 1983, con la sanción de la Ley 228.471 (de facto), que convocó a las elecciones para el 30 de octubre de 1983. **Su artículo 3º dispuso que:** El número de diputados nacionales a elegir será de uno por cada 161.000 habitantes o fracción no menor de 80.500. A dicha representación se agregará, por cada distrito, la cantidad de tres diputados, no pudiendo en ningún caso ser menor de cinco diputados ni inferior a la que cada distrito tenía al 23 de marzo de 1976. El Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud, elegirá dos diputados.

Los Art 46 y 47 contienen disposiciones orientadas a regular las primeras conformaciones de la Cámara. **El Art 46 de la CN estableció una conformación inicial:** Los diputados para la primera Legislatura se nombrarán en la proporción siguiente: por la provincia de Buenos Aires 12; por la de Córdoba 6; por la de Catamarca 3; por la de Corrientes 4; por la de Entre Ríos 2; por la de Jujuy 2; por la de Mendoza 3; por la de La Rioja 2; por la de Salta 3; por la de Santiago 4; por la de San Juan 2; por la de Santa Fe 2; por la de San Luis 2; y por la de Tucumán 3.

El Art 47 de la CN completa el concepto al ordenar la realización de un censo población que permita utilizar el coeficiente establecido en el artículo 45 de la CN. Para la segunda Legislatura deberá realizarse el censo general, y arreglarse a él el número de diputados; pero este censo sólo podrá renovarse cada diez años. Esta conformación provisoria, sin embargo, fue la que se mantuvo hasta la adecuación de la cantidad de diputadas/os luego de la realización del primer censo, en 1869.

Mecanismo de elección.

Las elecciones para la cámara de diputados se han efectuado bajo el sistema proporcional que aplica la formula D'Hont para la asignación de las bancas, con un piso electoral del 3% de la cantidad de electores registrado. Esto significa que, en primer lugar, se excluyen todas las listas que no hayan superado el 3% del padrón electoral del distrito. Luego, se divide el total de los votos válidos obtenidos por las listas que sí hayan superado el umbral por la cantidad de cargos que se deben cubrir, los resultados obtenidos se ordenan de mayor a menor, obteniendo los cocientes más altos las bancas en disputa.

Requisitos para acceder al cargo

El artículo 48° establece:

- Edad: 25 años. Una persona de 24 años de edad puede presentarse como candidata a diputada/o en la medida que al momento de asumir la banca haya cumplido los 25 años.
- Ciudadanía: 4 años. No es necesario ser argentina/o nativo: las personas extranjeras pueden ser diputadas/os en la medida que hayan adoptado la ciudadanía con una antigüedad de 4 años.
- En cuanto al vínculo con la provincia a representar, se admiten dos opciones: haber nacido en ella, o haber nacido en otro lugar, pero haber fijado la residencia en ella, con una antigüedad de 2 años.

Duración en el cargo

El Art 50 de la CN dispone que: Los diputados durarán en su representación por cuatro años, y son reelegibles; pero la Sala se renovará por mitad cada bienio; a cuyo efecto los nombrados para la primera Legislatura, luego que se reúnan, sortearán los que deban salir en el primer período.

Vale decir que la duración del mandato es de 4 años, y son reelegibles sin límite de veces. Es importante destacar que la cámara se renueva por mitades, lo que explica por qué votamos diputados cada dos años y no cada cuatro.

Requisitos para acceder al cargo

Art 55 de la CN establece los siguientes requisitos:

- Edad: 30 años. La diferencia de edad con respecto a las/os diputadas/os podría interpretarse como una reminiscencia del senado de la antigua Grecia, que estaba compuesto por los ancianos que aportaban su experiencia y sabiduría
- Ciudadanía: Es necesario poseer una antigüedad de seis años como ciudadano de la nación. Tal como ocurre con otros cargos, las personas extranjeras naturalizadas puedan acceder al Senado.

- Vínculo con la provincia: se mantiene la doble opción también prevista para diputadas/os, es decir que quien se postule para el Senado puede: o haber nacido en ella o haber nacido en otro lugar, pero haber fijado la residencia en ella con una antigüedad de 2 años.
- Renta anual: la constitución prevé que para ser elegido senador/a, se debe percibir un ingreso de “dos mil pesos fuertes” al año, requisito que en la práctica ha caído en desuetudo. (Con la actualización a los valores económicos actuales, el requisito resulta inexigible).

Duración en el cargo

Art 50 de la CN: Los diputados durarán en su representación por cuatro años, y son reelegibles; pero la Sala se renovará por mitad cada bienio; a cuyo efecto los nombrados para la primera Legislatura, luego que se reúnan, sortearán los que deban salir en el primer período.

La Honorable Cámara de Senadores

Composición

Art 54 de la CN: el Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por CABA. Antes de la reforma de 1994 solo poseían 2 escaños, esto cambio para que haya una mejor representación de las minorías políticas. La cámara está compuesta por 72 senadores.

Con la reforma de 1994 el **art 54 de la CN:** establece que son elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo 2 bancas al partido político que obtenga el mayor cantidad de votos y 1 al partido político que le siga en total de votos. Antes de la reforma, eran las legislaturas locales las que elegía a senadoras y senadores.

Requisitos para acceder al cargo

Art 55 de la CN: Son requisitos para ser elegido senador: tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella.

- Edad: 30 años: La diferencia de edad con respecto a los diputados podría interpretarse como una reminiscencia del senado de la antigua Grecia, que estaba compuesto por los ancianos. El requisito de edad debe acreditarse al momento de acceder a la banca.
- Ciudadanía: es necesario poseer una antigüedad de seis años como ciudadana/o de la nación. Las personas extranjeras naturalizadas puedan acceder al Senado.
- Vínculo con la provincia: Haber nacido en la provincia o haber nacido en otro lugar, pero haber fijado la residencia en ella con una antigüedad de 2 años.
- Renta anual: se debe percibir un ingreso de dos mil pesos fuertes al año, requisito que en la práctica ha caído en desuetudo.

Duración en el cargo

Art 56 de la CN: Los senadores duran 6 años en el ejercicio de su mandato y son reelegibles indefinidamente. Antes de la reforma de 1994 eran 9 años. El Senado no se renueva totalmente, sino que el recambio es a razón de una tercera parte cada 2 años.

Atribuciones

Si bien ambas cámaras realizan las atribuciones del art 75 de la CN, también realizan las siguientes:

Cámara de diputados

- Impuestos (art 52 de la CN)
- Reclutamiento de tropas (art 52 de la CN)
- Propuesta para someter a consulta popular un proyecto de ley (art 40)
- Los proyectos propuestos a través del mecanismo de iniciativa popular se deben presentar exclusivamente ante esta cámara (art 39 de la CN)
- Acusa ante el senado, presidente, vice, jefe de gabinete, ministros y corte suprema en las causas de juicio político se intente contra ellos. Para iniciar el juicio se debe obtener el respaldo de las dos terceras partes de sus miembros presentes.

Cámara de senadores

- En los casos de juicio político le corresponde juzgar a los acusados por la cámara de diputados. **Art 59 de la CN:** Para declarar a un funcionario o funcionaria culpable, se deberá contar con la conformidad de los dos tercios de los miembros presentes.

En cuanto a la iniciativa sobre leyes, le corresponde:

- Coparticipación federal (art 75 inc 2)
- Crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio y la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (art 75 inc 17)

A su vez presta acuerdo al presidente para:

- Declarar el estado de sitio, uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior (art 61 y art 99 inc. 16)
- Nombrar a magistradas/os de la Corte Suprema (con dos tercios de sus miembros presentes) y a juezas y jueces de los tribunales federales inferiores, en base a una propuesta vinculante en terna del
- Consejo de la Magistratura (art 99 inc 4)
- Nombrar y remover a embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios (art 99 inc 7)
- Proveer los empleos militares de la Nación en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las Fuerzas Armadas (art 99 inc 13)

Poder Ejecutivo

Art 87 de la CN: será representado por un ciudadano con el título de presidente. Este poder es unipersonal. La elección del Poder Ejecutivo en la Argentina es directa, con doble vuelta y en distrito único.

- Directa: No existe intermediación, antes de la reforma de 1994 se realizaba a través de colegios electorales, era una elección indirecta parecida a la de los sistemas parlamentarios. Este colegio electoral no era el poder legislativo, sino que se constituía solo para esta actividad.

- Doble vuelta: la primer vuelta es en la que se presentan todas las candidaturas que cumplen con los requisitos y en una segunda vuelta acceden las dos fórmulas presidenciales más votadas. Esta segunda vuelta no se llevará a cabo cuando: La fórmula más votada en la primer vuelta supere el 45% de los votos (art 97 de la CN) La fórmula más votada obtiene el 40% y además existiera una diferencia del 10% con el segundo candidato más votado.
- Distrito único: El país es un único distrito sin divisiones ni circunscripciones de ninguna índole donde cada voto vale exactamente lo mismo.

Mecanismo de elección

Art 89 de la CN: Para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación, se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; y las demás calidades exigidas para ser elegido senador.

Duración

Ya sea para presidente o vice el cargo dura 4 años y puede ser reelecto solamente para un solo periodo consecutivo. Antes de la reforma de 1994 la duración del cargo era de 6 años y no podía ser reelegido si no existía un periodo intermedio.

Atribuciones

Las atribuciones del Poder Ejecutivo están especificadas en el art 99 de la CN.

Poder Judicial

Se divide en dos segmentos:

- La justicia nacional que posee competencia federal y ejerce sus atribuciones en todo el territorio del país. Está regulado por los art 108 a 119 de la CN.
- Las justicias provinciales son de carácter ordinario y común, ejercen sus funciones a través de los órganos judiciales que cada provincia debe crear y organizar con presidencia del estado central. Regulada con los art 5 y 129 de la CN.

Existen 24 poderes judiciales ordinarios (uno por cada provincia y uno por CABA) sus características son:

- Tienen competencia solo dentro del territorio de la provincia o jurisdicción correspondiente
- Las autoridades y funcionarias/os son decididos de acuerdo con las normas provinciales.
- Las normas procesales son sancionadas por las legislaturas locales.
- La justicia ordinaria se ocupa de todas las causas regidas por el derecho local y de las causas concernientes a la aplicación de los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, con las reservas hechas en el artículo 75°, inc. 12 de la Constitución.

Composición

Art 108 de la CN: el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la nación La cantidad de integrantes de la corte suprema está expuesta en **la ley 26.183:** La Corte

Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por cinco jueces. Ante ella actuarán el Procurador General de la Nación y los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La disposición constitucional posibilita que el total de miembros sea alterado sin necesidad de recurrir a una reforma constitucional, sino solamente modificando la ley vigente con una nueva mayoría parlamentaria.

En 1990 durante la presidencia de Menem se sancionó la ley 23.774 la cual amplió la cantidad de representantes de la corte suprema a 9 miembros, esta se llamaba la mayoría automática. Hacia fines del siglo pasado se inició un proceso de recambio de sus miembros que motivó la sanción de actual ley con el restablecimiento de la cantidad de miembros a 5.

La CN no establece una composición, integración o estructuración para los tribunales inferiores. Se lo puede estructurar como:

- juzgados de primera instancia
- cámara de apelaciones
- cámara de casación penal
- cámara nacional electoral
- corte suprema

Mecanismo de elección

Los jueces de la nación son nombrados por el presidente de la nación de acuerdo del senado. Sin embargo, el procedimiento varía:

- Corte suprema: nominados por el presidente se requiere acuerdo del senado por dos tercios de sus miembros presentes en sesión pública.
- Tribunales inferiores: nominados por el presidente en base a una propuesta vinculante en tema del consejo de la magistratura (art 116 de la CN) con acuerdo del senado en sesión pública en la que tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

Requisitos para acceder al cargo

Art 111 de la CN: Tanto para la corte suprema como los tribunales inferiores, los requisitos son:

- Ser abogado con 8 años de ejercicio.
- Cumplir los requisitos para ser senador de los cuales solo resultan exigibles los correspondientes a la edad (30 años) y la ciudadanía (6 años como ciudadano de la nación)

Duración en el cargo

Art 110 de la CN: el cargo de un juez está supeditado a la buena conducta del mismo: son vitalicios y solo cesan por renuncia, muerte o juicio político. Este artículo establece que mientras permaneciesen en sus funciones sus salarios no podrán ser disminuidos de manera alguna.

atribuciones

El art 116 de la CN enumera cuales serán las causas de competencias de los juzgados federales. Corresponden a la corte suprema y tribunales inferiores el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre:

Cuestiones regidas por la CN, las leyes de la nación (con reserva hecha en el inc. 12 del art 75 de la CN) y los tratados con las naciones extranjeras

Las causas concernientes a embajadores, ministros, cónsules extranjeros.

- las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima
- los asuntos en que la nación sea parte
- las causas que susciten: entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra, entre vecinos de diferentes provincias, entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero

La competencia sobre las causas se estructura en base a la apelación. Primero resuelven los juzgados de primera instancia, si la decisión no satisface entenderán las cámaras de apelación. En última instancia luego del fallo de las cámaras de apelación, la causa podrá ser resuelta por la corte suprema. Para que esta tome un caso por vía de apelación debe interponer una serie de recursos procesales para cuya procedencia deben reunirse requisitos sustanciales y formales muy rígidos, como: el recurso extraordinario federal, el recurso ordinario, recurso de queja, recurso extraordinario por salto de instancia.

Art 117 de la CN: cuando se trate de asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Corte tendrá competencia originaria y exclusiva. Esto quiere decir que se accederá a esta instancia, sin intervenir los tribunales inferiores. Para el resto de la causas que pueden llegar a su conocimiento, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por vía de apelación.

TANARRO

Los derechos de las mujeres en la Constitución Nacional.

Con la reforma de 1994 de la CN se incorporaron artículos que introdujeron los derechos de las mujeres y obligaciones por parte del Estado.

Artículo 37 de la CN derechos políticos de las mujeres.

Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

En 1991, con la sanción de la ley 24012, se estableció un mínimo de representación de mujeres en las listas partidarias para los cargos legislativos nacionales. El país fue pionero al sancionar esta ley, la autora del proyecto fue la senadora radical feminista María Malharro de Torres. Con esta ley no fue suficiente y en 2017 se sancionó la ley 27412, la cual buscó la efectiva igualdad en el ámbito de representación política. De acuerdo a esta, las elecciones para la renovación parcial de ambas cámaras en 2019, las listas legislativas deben contener un 50% de

candidatas mujeres y ubicarse en forma intercalada. Esta ley modifica el art 60 bis del colegio electoral nacional estableciendo que:

las listas de candidatos/as que se presenten para la elección de senadores nacionales, diputados nacionales y parlamentarios del Mercosur deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde la primera candidato titular hasta el último candidato suplente.

El artículo 75 inc. 22: convenciones internacionales

el art 75 inc. 22 de la Cn otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos y establece que corresponde al Congreso:

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

A partir de los postulados que emanan de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, en especial de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación hacia la mujer (CEDAW), se incorporaron al ordenamiento jurídico una serie de derechos y obligaciones que incrementaron la esfera de protección hacia la mujer. La CEDAW se aprobó en 1979 y consagró los derechos civiles, sociales y políticos de las mujeres. Argentina ratificó esta convención en 1985 y en 1994 adquirió jerarquía constitucional.

La importancia de la CEDAW radica en las responsabilidades que le atribuye al Estado para alcanzar la igualdad entre mujeres y varones:

- Abolir leyes, costumbres, reglamentos y prácticas en vigor que constituyan una discriminación contra la mujer.
- Consagrar en la Constitución el principio de igualdad de derechos entre mujeres y hombres y aceptar, por la vía de la ratificación o de la adhesión, los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas y de las organizaciones especializadas, relacionados con la eliminación de la discriminación contra la mujer.
- Tomar medidas para formar una opinión pública favorable y motivar a todos los sectores de la sociedad para desterrar los prejuicios y las conductas cotidianas fundadas en la idea de inferioridad de la mujer

- Solicitar a los Estados la creación de un sistema de protección jurisdiccional de los derechos de las mujeres y garantizar, mediante la acción de los tribunales, la protección efectiva de la mujer. En esta línea, los Estados deben abolir todas las disposiciones penales que constituyan discriminación contra las mujeres.

En el ámbito de las políticas públicas, la CEDAW establece la necesidad de implementar acciones afirmativas. En el ámbito regional es importante mencionar a la CEDAW para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Belem do para, fue aprobada en 9 de junio de 1994 por la OEA y ratificada en Argentina a través de la ley 24632, en 1996. Reconoce que la violencia contra las mujeres “constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. define la violencia en sus distintos tipos y ámbitos de manifestación, tanto en el ámbito público como en el privado, y estipula obligaciones precisas de los Estados a efectos de prevenir, investigar y sancionar estos hechos.

Art 75 inc. 23 de la CN: las medidas de acción positiva.

Se introduce una obligación para el Estado respecto al pleno ejercicio de los derechos de las mujeres.

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

¿Por qué la Constitución -dentro de las atribuciones del Congreso establece específicamente promover medidas de acción positiva para garantizar el pleno goce de los derechos constitucionales de las mujeres? ¿Qué son las medidas de acción positiva? Al respecto, Bidart Campos sostiene: Es harto evidente que en esta norma hay una remisión explícita a la parte dogmática, y al inciso 22 del artículo 75°, y que en el 23 se imprime una tónica indudable de constitucionalismo social. También dice: Donde quiera que haya o pueda haber una necesidad, una diferencia, una minusvalía, allí hay que reforzar la promoción de la igualdad real y de los derechos humanos.

Las medidas de acción positiva son definidas como aquellas que tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, eliminando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos (Gelli). Exigen una respuesta concreta por parte del Estado, comprendiendo que no se trata solamente de consagrar determinados derechos, sino de imponer a los poderes el deber de promover medidas para hacerlos accesibles y disponibles a todos (Sabsay). Según Sabsay, las discriminaciones positivas son aquellas: consistentes en crear una situación diferencial para el grupo que sufre el acto discriminatorio y que tenga por objeto combatir las conductas sociales que impidan la vigencia del principio de igualdad”

Derechos de las mujeres: una deuda pendiente.

situaciones que dificultan esta igualdad:

- La brecha salarial: los hombres cobran un salario 20,2% mayor que las mujeres.
- El llamado “impuesto rosa” o “impuesto de género” por el cual las empresas de consumo masivo tienden a cobrar algo más por los productos para mujeres.
- La desigualdad en cuanto a las tareas de cuidado que, históricamente han estado a cargo de las mujeres y cuya situación no cambió a pesar de haberse insertado en el mercado de trabajo.

Las medidas de acción positiva deben tender no solo a modificar desigualdades, sino también a cambiar las estructuras que las promueven y reproducen. Entendemos que este sigue siendo un desafío para el Estado.

UNIDAD 3

RINALDI

Supremacía Constitución y Control de Constitucionalidad.

Primera Parte. La supremacía constitucional:

El constitucionalismo se propone como objetivo acotar el poder político. Para lograrlo, se plantean dos grandes límites:

- establecer un proceso para la toma de decisiones, a través de la organización del poder político.
- fijar un límite para esas decisiones a través de la regulación de la relación entre el poder político y los individuos.

La CN define cómo se hace la ley y cuál es el contenido de la ley. Se trata de la regla en base a la cual se hacen todas las otras reglas bajo las cuales vivimos y, por ende, tiene supremacía con respecto al resto del ordenamiento jurídico.

¿Cómo se hace la ley?

Además de definir cómo se hace la ley, la CN regula todo un sistema político de reglas que comprende tanto las características principales de los 3 poderes, como las relaciones entre ellos. Este mecanismo hace posible que no exista un poder del estado por sobre los otros dos. Por eso se le otorgan facultades propias y control sobre los otros poderes. Establece una serie de órganos de gobierno e institutos especiales, algunos regulados bajo la órbita de los 3 poderes o por fuera de ellos, como pasa con el defensor del pueblo y el ministerio público.

¿Cuál es el contenido de la ley?

La CN regula el contenido de la ley de dos maneras:

- Por la negativa: plasmado en la dogmática de la CN y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, consagra derechos que no pueden ser alterados por el gobierno ni las leyes. Una ley o acción del gobierno no puede lesionar un derecho establecido por la Constitución.
- Por la positiva o límites positivos: consagración por parte de la CN de cuál debe ser el contenido de la ley, de manera explícita. El límite positivo obliga al poder político a ocuparse de los siguientes temas:
 - La educación pública
 - Los pueblos originarios
 - Cuando obliga al congreso a definir cuestiones en los casos: del consejo de la magistratura, del ministerio público.

En un Estado de Derecho, la Constitución es la norma en base a la cual se formulan las leyes, estableciendo el proceso de toma de decisiones y el contenido de esas decisiones. Por ello es suprema, con respecto al resto del ordenamiento jurídico.

La constitución es suprema porque establece:



La CN es suprema porque establece cómo se hacen las leyes y cuál es el contenido de ellas. Regula la organización del poder político y define la relación entre el Estado y el individuo

Las dimensiones participativa y liberal de la Constitución

Elementos esenciales del constitucionalismo:

- Igualdad ante la ley Nino denomina esto como dimensión participativa. En el caso del sistema argentino, este requisito se encuentra presente a través de la elección popular de los representantes del pueblo, en comicios libres, con voto igual secreto y obligatorio.
- Gobierno limitado Nino denomina esto como dimensión liberal. Ni siquiera las mayorías, a través de sus representantes en el gobierno, pueden afectar los intereses individuales y los derechos de los particulares, que deben ser tolerados, respetados y protegidos.

Para determinar si un sistema es constitucional entonces debe tener estas dos características sumado con tener una ley de leyes. Sin estas dos dimensiones sólo habría supremacía normativa, pero no supremacía constitucional. Solo las repúblicas democráticas poseen supremacía constitucional, porque son las únicas que tienen Constitución sumada a la igualdad para participar de las decisiones políticas y el respeto por los derechos individuales.

La jerarquía normativa

Implica un ordenamiento jerárquico del orden jurídico. La normas subordinan normas inferiores, pero todas se encuentran subordinadas a la CN. Como indica el **art 5 de la CN** esta supremacía también incluye a las normas provinciales, cada una de estas debe realizarse en el marco de las condiciones que impone la CN.

Art 31 de la CN: 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.

- La Constitución es suprema porque establece límites al poder político, al regular su funcionamiento y el contenido de sus decisiones.
- La diferencia de los sistemas constitucionales con cualquier otro sistema normativo está dada por la dimensión participativa (igualdad para la toma de decisiones) y la dimensión liberal (respeto a los derechos individuales).

- Cualquier decisión política que sea adoptada sin seguir los pasos establecidos por la Constitución será nula, pues estaría violando su supremacía.
- Cualquier decisión política que vulnere un derecho contenido en ella, también será nula.

Segunda Parte. El control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad es el procedimiento por el cual se analiza si una norma jurídica o un acto de gobierno se adecúa a lo prescripto por la Constitución Nacional. Es el mecanismo a través del cual se asegura la supremacía de la Constitución.

Los sistemas de control de constitucionalidad

- 1) El órgano que lo ejerce: Existen dos sistemas de control de constitucionalidad, el control político y el control judicial o jurisdiccional.
 - **El control político:** el control de constitucionalidad es otorgado a un órgano de naturaleza política. Adoptado por Francia, el Consejo Constitucional francés se compone de 9 miembros. El carácter de órgano político del Consejo Constitucional Francés implica que no se sitúa en la cúspide de ninguna jerarquía de los tribunales judiciales o administrativos, como sí suele suceder en los sistemas jurisdiccionales.
 - **El control judicial:** El sistema de control judicial de constitucionalidad es ejercido por un órgano judicial o jurisdiccional, se le otorga al Poder Judicial la capacidad de controlar la constitucionalidad de los actos de los otros dos Poderes del Estado. Adoptado en los sistemas presidencialistas y de América. Fue utilizado por primera vez en Estados Unidos en 1803 en el caso Marbury vs Madison, una ley sancionada por el Congreso no puede modificar o alterar lo que la Constitución establece. El poder político no puede sortear los límites que la Constitución impone. En Argentina, se utilizó por primera vez en el fallo Sojo, una ley del Congreso repugnante a la Constitución, no es ley. Cuando la Constitución y una ley del Congreso están en conflicto, la Constitución debe regir el caso a que ambas se refieren. El control judicial se subdivide en 3:
 - Los sistemas difusos:** Todos los jueces pueden revisar la constitucionalidad de una norma. El poder judicial posee 2 tareas: administrar justicia y controlar constitucionalidad de las normas o actos de gobierno (Estados Unidos y Argentina).
 - Los sistemas concentrados:** existe un único órgano judicial encargado de revisar la constitucionalidad de las normas, esto puede ser ejercido por el superior tribunal de justicia, abocado solamente al control de constitucionalidad.
 - El sistema mixto:** combina el modelo difuso u concentrado. Permite que todos los jueces efectúen el control de constitucionalidad y también admite mecanismos de control concentrado. (Colombia y Perú)

Art 118 de la CN: corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución.

Algunas provincias siguen el modelo de la Nación (Mendoza), pero otras adoptan el sistema mixto (CABA).
- 2) Los sujetos admitidos por el sistema argentino: Quienes se encuentran habilitados en nuestro país para activar el control de constitucionalidad:
 - El titular del derecho: la persona física que sufre un agravio en sus derechos por una norma jurídica o un acto de gobierno.

- El defensor del pueblo: (ombudsman) Incorporado en la reforma de 1994, Se le asigna la misión de ejercer la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos garantías e intereses tutelados en la CN y en las leyes. En la reforma del 94 le otorga e el art 43 la capacidad de interponer la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo de los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y el consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.
- Asociaciones: cuyo fin tiende a la defensa de derechos o intereses de personas o grupos también pueden interponer acción de amparo para solicitar la inconstitucionalidad de una norma. La CN establece que estas deben estar registradas conforme la ley que determinara los requisitos y formas de su organización.
- El propio juez de la causa: Es inaceptable sostener que una norma es inconstitucional, si la parte lo pide y no lo es, si no lo hace. Se admite que aún si una de las partes del juicio no solicita formalmente la declaración de inconstitucionalidad de una norma, los jueces pueden hacerlo. Si, en cambio, los jueces aplicaran una ley inconstitucional, estarían violando el principio republicano sostenido en Marbury vs Madison de que una ley del congreso repugnante a la Constitución no es ley. No implica que los jueces puedan declarar la inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, pues ello sería emitir meras opiniones. Deben decidir siempre en el marco de casos o controversias judiciales, es decir, debe haber un juicio en trámite para que el propio juez de la causa pueda considerar inconstitucional una ley de manera unilateral.
- Otros sujetos aceptados en los sistemas de control constitucional del mundo, pero que nuestro modelo no admite pueden ser:

Cualquier persona que no posea ningún derecho violado por la norma que se busca declarar inconstitucional. Los países que la admiten denominan a esta posibilidad "acción popular".

Un tercero que debe cumplir una norma presuntamente inconstitucional que no lo daña a él, pero daña a otros relacionados con él, que no están legalmente a su cargo. Si bien fue solicitado en varias oportunidades, tal legitimación fue denegada por la Corte Suprema Argentina.

Determinados órganos de poder o miembros de órganos de poder colegiados. Por ejemplo, el Presidente o un número de legisladores, siempre y cuando no sean titulares de los derechos violados. Tampoco es admitido por la Corte