

# FORUM

02

AÑO 2014

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



# **FORUM**

## **ANUARIO DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**– N° 2 - Año 2014 –**



# FORUM

## ANUARIO DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

– N° 2 - Año 2014 –

**Facultad de Derecho  
Universidad Católica Argentina**

**ORLANDO JUAN GALLO**

**Director del Centro de Derecho Constitucional**

**ROBERTO ANTONIO PUNTE**

**Coordinador del Anuario**



Editorial de la Universidad Católica Argentina



## **Autoridades de la Universidad**

Arzobispo Rector Mons. Dr. Víctor Manuel Fernández

Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales:  
Dr. Gabriel Limodio

Vicerrector de Asuntos Económicos:  
Dr. Horacio Rodríguez Penelas

Vicerrectora de Investigación:  
Dra. Beatriz Balian de Tagtachian

## **Autoridades de la Facultad**

Decano:  
Dr. Daniel Alejandro Herrera

Secretario Académico:  
Dr. Néstor A. Raymundo

Prosecretario Académico:  
Dr. Fernando Ubiría

Director de Investigación Jurídica Aplicada:  
Dr. Jorge Nicolás Laferriere

Director del Departamento de Posgrado:  
Dr. Gustavo Costa Aguilar

Punte, Roberto

Forum 02 : Anuario del Centro de Derecho Consitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina . - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Educa, 2014.

174 p. ; 16x23 cm.

ISBN 978-987-620-271-8

1. Derecho Consitucional.  
CDD 342

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

## **UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA**

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA  
A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)  
Tel./Fax 4349-0200 • educa@uca.edu.ar  
Buenos Aires, septiembre de 2014

ISBN: 978-987-620-271-8

---

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

## SUMARIO

Del Estado de Derecho liberal moderno al Estado constitucional de Derecho actual. <b>DANIEL A. HERRERA</b> .....	11
La ley moral natural y la ley positiva humana en el opúsculo <i>La filosofía jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional</i> , de Arturo Enrique Sampay. <b>GERMÁN MASSERDOTTI</b> .....	43
La función social de la propiedad en la doctrina social de la iglesia. <b>GUSTAVO IRRAZÁBAL</b> .....	53
El entierro de Montesquieu. <b>LUIS MARÍA BANDIERI</b> .....	75
El control del poder en el constitucionalismo contemporáneo. <b>ORLANDO J. GALLO</b> .....	101
¿Gobierno de los jueces o gobierno de las instituciones? Pervivencia del <i>rule of law</i> en épocas neoconstitucionales. <b>CARLOS A. G. MAINO</b> .....	113
Ecós de la obra de José Manuel Estrada en el constitucionalismo brasileño de la <i>primeira república</i> (1889-1930). <b>EZEQUIEL ABÁSULO</b> .....	131

La paz como objetivo de la sociedad y el buen gobierno. <b>ROBERTO A. PUNTE</b> .....	139
Consideraciones básicas sobre el principio de autodeterminación de los pueblos frente al principio de integridad territorial. <b>HERNANDO V. CAÑARDO</b> .....	157

## EDITORIAL

En la presentación de esta segunda entrega del Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Universidad, parece oportuno señalar el valor de la persistencia, sobre todo en la manifestación de la reflexión vinculada a la actividad creativa del derecho en la cultura.

Existe muy difundida la errónea visión, que considero debe enérgicamente refutarse, acerca del carácter conservativo del derecho, un tópico común, pues, por el contrario, es verificable tanto en lo jurídico como en lo forense una actividad de constante creación y adaptación.

Uno de los grandes logros de la cultura argentina es su monumental obra jurídica, en todos los campos, tanto en lo privado como en lo público, que es el resultado de una creciente pirámide invertida de operadores del derecho, jueces, docentes, investigadores y escritores, que desarrollan una tarea constante, manifestada en decenas de publicaciones periódicas. Mirado de lejos, el cuadro adquiere coherencia en su extraordinario dinamismo creativo.

Toda obra cultural y humana aspira a la permanencia, es cierto, pero para ello debe ser constantemente reparada, recreada, renacida. Como en las carreras de postas, cada grupo recibe de la generación anterior un legado, que debe llevar hacia adelante, movido por un impulso irresistible, el deber de acrecentar lo recibido y difundirlo, mejorado, enriquecido. Quien recorre las bibliotecas y librerías, quien se asoma a internet, queda asombrado ante la cantidad de producción, y muchas veces sobrecogido por su calidad. Una de las quejas más corrientes hoy en día en nuestro ámbito profesional es la imposibilidad de leerlo todo, de abarcar lo nuevo, de detenerse siquiera a reflexionar sobre las ideas que circulan con una movilidad inalcanzable.

Asistimos, por cierto, a una transformación del modo de comunicación de la cultura, tanto o más extraordinario que aquel que se ini-

ció con la invención de la escritura, o más tarde con los tipos móviles de la imprenta. La aceleración de la transmisión de conocimientos es vertiginosa, y la información que la nueva tecnología pone al alcance de la mano de cualquier estudioso, o simplemente del lector curioso, es inusitada y no tiene equivalente en la historia humana. Esto, sumado a la certeza de que cada década, casi seguramente, salvo alguna catástrofe indiscernible, asistirá tal vez aún con mayor asombro a la multiplicación de estas posibilidades.

Es en esta etapa de cambios acelerados donde las situaciones conaturales a nuestra sociabilidad humana, vinculadas a la organización de la polis republicana, a la circulación de las élites, a las causas y contrastes que llevan a las revoluciones, la legitimación de los gobiernos, adquieren todo su peso. Un lamento corriente de quienes reflexionan es advertir cierto desfase entre la adaptación de los usos y costumbres, y la urgencia de las innovaciones tecnológicas.

Solía decirse que cada generación vive según las ideas generadas durante la anterior, pero hoy se asiste a un mundo cada vez más diverso, con distintos tiempos sectoriales, lo que, por un lado, debe ser bienvenido, ya que lo contrario denunciaría una excesiva homogeneización de las culturas, con pérdida de la riqueza propia de la diversidad. Por otro, impone una mayor concentración de los científicos sociales, entre quienes ubico sin hesitación a los juristas, en imaginar, debatir, y en definitiva proponer correcciones a las desadaptaciones y asincronías entre el crecimiento de la interacción social y las siempre permanentes necesidades de felicidad, seguridad y bienestar, de cada familia y de cada persona.

Muchas veces se ha expresado que de las guerras han salido progresos tecnológicos, que redundan finalmente en beneficio para la sociedad. Es de esperar y bregar que también pueda decirse lo mismo de la paz, como un modo cada vez más difundido de convivir sobre la tierra. Y en esto hay mucho por decir desde el terreno del derecho como camino hacia la justicia. La promesa angélica del coro frente al pesebre, promete esa paz a quienes ostenten y practiquen la buena voluntad, la apertura libre, generosa y voluntaria, al otro y a los otros; en la inquebrantable promesa del Otro trascendente que ilumina con su espíritu las conciencias humanas.

# DEL ESTADO DE DERECHO LIBERAL MODERNO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO ACTUAL

DANIEL A. HERRERA<sup>1</sup>

En la presente disertación abordaré el periplo que desarrolla el Estado de Derecho desde la aparición de los Estados modernos hasta la actualidad, mostrando algunas situaciones paradójicas a las que ha dado lugar y analizando las distintas justificaciones que se han realizado en el pensamiento filosófico político y jurídico. Voy a dividir esta presentación en dos partes: 1) Una breve descripción del desarrollo histórico del Estado de Derecho moderno hasta la actualidad, señalando sus distintos modelos y sus principales características, junto con algunas paradojas en el Estado de Derecho actual; 2) Un breve análisis de las distintas justificaciones teóricas respecto al Estado de Derecho, especialmente centradas en su versión actual de *Estado Constitucional de Derecho*. Por último terminaré con algunas reflexiones personales. La primera parte es más descriptiva del cuadro de situación y la segunda, más reflexiva de la misma desde el punto de vista filosófico.

1. Decano de la Facultad de Derecho de la UCA. Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), con su Tesis “La persona y el fundamento de los derechos humanos” (Educa-Bs. As. 2012). El artículo recoge la exposición hecha en el Centro de Derecho Constitucional el martes 3 de junio de 2014.

## PRIMERA PARTE

### 1. *El Estado de Derecho moderno*

En la modernidad lo político se centra en la nueva realidad del Estado, nombre que se impuso con Maquiavelo en el siglo XVI, cuando en *El príncipe* comienza la obra diciendo: “Todos los Estados, todas las dominaciones que ejercieron o ejercen imperio sobre los hombres fueron y son repúblicas o principados”<sup>2</sup>. Esto no quiere decir que Maquiavelo inventó la palabra, pues como dice Bobbio, él mismo no hubiera podido utilizarla al comenzar su obra si la misma no existiera en el lenguaje de los siglos XV y XVI<sup>3</sup>. Sin perjuicio de lo dicho, esto no significa que antes de la modernidad no existieran ciertas organizaciones políticas o unidades políticas, como las *polis*, *ciudades*, *reinos* o *imperios*, que respondan a un concepto universal de lo político. Como dice el mismo Bobbio: “El problema real del que debe preocuparse quien tenga interés por entender el fenómeno del ordenamiento político no es si el Estado existe como tal únicamente de la época moderna en adelante, sino más bien si encuentra semejanzas y diferencias entre el llamado Estado moderno y los ordenamientos anteriores, si deben resaltarse más unas que otras, cualquiera que sea el nombre que quiera darse a los diferentes ordenamientos. Quien considere que solo puede hablarse de Estado cuando se hace referencia a los ordenamientos sobre los que trataron Bodin, Hobbes o Hegel, se comporta de esta manera porque observa más la discontinuidad que la continuidad, más las diferencias que las semejanzas; quien habla indiferentemente de Estado tanto en referencia al Estado de Bodin como en el caso de la polis griega, contempla más las analogías que las diferencias, más la continuidad que la discontinuidad”<sup>4</sup>.

Ahora bien, el Estado moderno es aquel que sobre la base del principio de soberanía (Bodin) monopoliza las funciones de *imperio* y

2. MAQUIAVELO, *El Príncipe*, 1.

3. Cf. BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad, por una teoría general de la política*, México DF, Fondo de Cultural Económica, 2010, pág. 86.

4. *Ibídem*, pág. 92.

*normativas*, sobre un cierto territorio a él subordinado, donde la politicidad se convierte en estatalidad y la juridicidad progresivamente se va a reducir exclusivamente a la positividad, al solo derecho positivo producido por el Estado, como luego lo va a proclamar el dogma positivista. Por su parte, para autores como Max Weber o Hans Kelsen, el Estado moderno surgiría de la concentración del poder mediante el monopolio institucional de la fuerza en un territorio delimitado. Dice Weber: “El Estado moderno es una agrupación que con éxito e institucionalmente organiza la dominación, y ha conseguido monopolizar, en un territorio determinado, la violencia física legítima como medio de dominio”<sup>5</sup>. Por su parte, afirma Kelsen: “La teoría normativa del Estado [...] ha indicado que el Estado es orden, concretamente orden normativo, orden jurídico, con lo que para ella el problema de la realidad del Estado coincide con el problema de la positividad del derecho”<sup>6</sup>, y en su teoría pura, a su vez, sostiene: “[...] el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener [...] el derecho aparece así como una organización de la fuerza”<sup>7</sup>.

Los Estados modernos son los antecedentes de los actuales Estados nacionales (aunque normalmente estas dos palabras y realidades van juntas puede haber *naciones sin Estado*, como sucedió mucho tiempo con la nación judía en la diáspora hasta la creación del Estado de Israel en 1948 y *Estados sin nación*, como en el caso de la URSS en el siglo XX, que constituía un megaestado artificial construido sobre la realidad de distintas naciones, como quedó reflejado luego de su caída). Estos Estados modernos surgen como resultado de la desmembración del imperio, de la pérdida de la unidad de la Fe a partir de la reforma y de las guerras de religión que culminaron en la tolerancia recíproca establecida en la paz de Wetsfalia de 1648.

5. WEBER, Max, “Política y Ciencia”, publicado en *Obras Selectas, Max Weber*, Buenos Aires, Distal, 2010, pág. 408.

6. KELSEN, Hans, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 22

7. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, pág. 74.

En el devenir histórico de los Estados modernos, podemos distinguir distintas etapas: 1) *El Estado absoluto*; 2) *El Estado de Derecho*. A su vez, dentro de este último, que será el eje central de esta disertación, podemos diferenciar dos modelos: 1) *El Estado legal de Derecho*; 2) *El Estado Constitucional de Derecho*.

El Estado absoluto era aquel que se centraba sobre la supremacía y soberanía del rey, que al desmembrarse el imperio, como dijimos, queda como la autoridad suprema en los distintos reinos. Se crea una burocracia centralizada a cargo de la administración del Estado, más allá de que todavía se mantienen los distintos estamentos sociales, con sus derechos y sus respectivas jurisdicciones, que en caso de laguna del nuevo derecho centralizado en las ordenanzas del soberano, se aplican supletoriamente, extendiendo su vigencia en plena existencia del Estado absoluto<sup>8</sup>. A partir de los Estados absolutos se van a formar los Estados nacionales cuando se produce *la sustitución de la soberanía del rey por la soberanía nacional*. En este marco nace el moderno Estado de Derecho. En el Estado absoluto el rey hacía la ley (*rex facit legem*), más allá de estar sometido a ciertas reglas de derecho común o tradiciones como las que por ejemplo regulaban la sucesión monárquica; en cambio, en el Estado de Derecho la ley hace el régimen (*lex facit regem*)<sup>9</sup>.

En consecuencia, el Estado de Derecho tal como lo conocemos hoy es un fenómeno moderno en el que se ve la íntima relación que existe entre lo político y lo jurídico, pero que se da de una manera nueva, pues confluye la moderna realidad política (*Estado*), como un constructo, un artificio, con la realidad jurídica (*Derecho*), que pasa del *ius comune* en la concepción tradicional basado en la justicia de su contenido, interpretado por los juristas (doctrinarios) y jueces, al derecho nacional o estatal, fundamentado en el principio de Hobbes: *Auctoritas nom veritas facit legem*. En teoría, el primero se somete a la regulación del segundo, o sea, el Estado al Derecho entendido sobre todo como

8. Cf. FIORAVANTI, Maurizio, "Estado y Constitución", publicado en el libro *El Estado moderno en Europa, instituciones y derecho*, edición a cargo de Maurizio Fioravanti, Madrid, Ed. Trotta, 2004, pág. 21.

9. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pág. 21.

ley. Dicho en otras palabras, es el gobierno de la ley, por lo cual todo, absolutamente todo, incluido el poder político, está regulado y por lo tanto subordinado a la ley. Ahora bien, en la *práctica* no siempre es así, pues justamente al arrogarse el Estado moderno el monopolio de la producción jurídica, al ser fundamentalmente la política y específicamente el poder político el artífice de la ley, muchas veces se ha producido el sometimiento del derecho al poder político de turno y paradójicamente dicho sometimiento se hacía en nombre de la ley y por medio de la ley, convirtiendo al derecho en instrumento de la política.

Más allá de las reflexiones filosóficas, en cuanto a su origen histórico, el *Estado de Derecho moderno* o también llamado *liberal*, se da con los procesos revolucionarios (siglos XVII, XVIII y XIX) que van a reemplazar a los Estados absolutos que surgen en Europa en la modernidad (no al régimen medieval anterior). En estos procesos revolucionarios podemos distinguir distintos modelos de Estados de Derecho:

1) El *inglés*, más historicista y tradicionalista aunque individualista, donde se da por un lado una *continuidad entre la monarquía hereditaria y el parlamentarismo* con el establecimiento de un gobierno moderado *King in parliament*: elemento monárquico (Rey), elemento aristocrático (Lords), elemento democrático (los Comunes) y por otro lado la *continuidad entre las libertades medievales y las modernas* (desde la Carta Magna de 1215 a la Declaración de Derechos de 1689, pasando por la petición de derechos de 1628 y el acta de Hábeas corpus de 1679). Donde el verdadero factor de unidad que constituye el *common law* lo aportan los jueces y no los príncipes o los legisladores.

2) Este modelo se va a extender a *América*, donde los derechos individuales son reconocidos tanto en la Declaración de la Independencia de 1776 como por la Constitución de 1787 (y las demás constituciones de los Estados), estableciendo un gobierno equilibrado y moderado al modo inglés, junto a una rigidez constitucional de la que surge luego el control judicial de constitucionalidad (*judicial review*), a partir de *Marbury vs. Madison* en 1803 (Presidencia de la Corte del Juez Marshall). A diferencia del modelo inglés hay poder constituyente y texto escrito, con supremacía de la Constitución y de los jueces que deben garantizarla por sobre el parlamento y la ley (existía desconfianza de la supremacía del legislativo), todo según el modelo que propone Hamilton en *El Federalista*.

3) El *francés*, más individualista, ideológico y estatalista, donde se da una *ruptura radical con el régimen anterior*. El llamado a los estados generales culminó con la proclamación en Asamblea Nacional del tercer estado (Sieyes) y la supresión de los privilegios del *Anciane Regime*. A partir de allí se destacan la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución de 1791, donde siguiendo el modelo roussoniano, los derechos naturales son entregados y convertidos en civiles por obra de la voluntad general. En virtud de la representación política, el poder constituyente se plasma en una supremacía legislativa (*legiscentrismo*) que debe proclamar y tutelar los derechos. Esto deriva luego en la centralización napoleónica, que distingue entre la autonomía privada en el Código Civil y la heteronomía en el gobierno central y la Administración. Con posterioridad se produce con la escuela de la exégesis el paso al más crudo positivismo. A diferencia del modelo inglés y en coincidencia con el americano hay poder constituyente y texto escrito, pero a diferencia de este último, hay confianza en un legislador “virtuoso” o “iluminado” depositario de la voluntad general mediante la representación política y desconfianza en los jueces que se convierten en meros aplicadores de la ley<sup>10</sup>.

Así podemos distinguir en la modernidad dos procesos simultáneos de positivización del derecho, no ajenos a su politización: 1) la *constitucionalización* con la supremacía de los derechos naturales convertidos en constitucionales (de primera generación) y su garantía justamente por la Constitución y los jueces en el *modelo americano*, donde el constitucionalismo clásico liberal constituirá las bases de un *Estado Constitucional de Derecho* que va a preceder casi ciento cincuenta años a los Estados Constitucionales de Derecho europeos que surgen luego de la segunda guerra y que van a popularizar esta denominación; 2) La *codificación* con la supremacía de la ley, de la que derivan la existencia, reglamentación y garantía de los derechos en el *modelo francés* que se va a extender a todo el resto de Europa continental y luego a América latina, a través del proceso de codificación y el posterior paradigma exegético, en lo que algunos han dado en llamar *Estado legal de Derecho*

10. Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie - La Declaración Universal de Derechos, cincuenta años después*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pág. 50.

(en el caso de Argentina, como suele pasar muchas veces, se hace un *mix* por el cual seguimos el modelo americano en lo constitucional y el modelo francés en la codificación).

En virtud del dogma de la soberanía nacional, el Estado nacional moderno no reconocía ninguna autoridad o poder por encima suyo y, por lo tanto, tampoco ninguna regulación jurídica que no sea especialmente aceptada por el propio Estado en el marco de sus relaciones internacionales. En consecuencia, todo el derecho, ya sea interno, como internacional, tiene su fuente cuasi exclusiva en la voluntad soberana de los Estados expresada por sus órganos pertinentes. De esta manera, el sistema internacional así considerado no permitía la injerencia de los Estados, ni individualmente, ni asociados, en los asuntos internos de otro Estado soberano, situación que era alterada de hecho solamente por el fenómeno de la guerra.

## 2. *El Estado de Derecho actual*

La situación de los Estados nacionales fue así hasta mediados del siglo XX, con la formación de las *Naciones Unidas* con posterioridad a la segunda gran guerra mundial (sin perjuicio de un intento fallido de organización internacional después de la primera gran guerra, con la Sociedad de las Naciones), como un sistema de organización jurídico-política de la comunidad internacional por encima de los Estados soberanos parte, aunque no se trata de un superestado. Esto no se dio naturalmente y sin dificultades. La corta historia de las Naciones Unidas (de un poco más de medio siglo) atestigua la difícil convivencia de un orden jurídico-político internacional con la existencia de órdenes jurídico-políticos soberanos en los distintos Estados. Tampoco se logró una igualdad entre los Estados, pues si bien el principio de igualdad rige especialmente en la Asamblea, no sucede lo mismo en el Consejo de Seguridad, integrado solo por algunos Estados y dentro de éste aún podemos distinguir los miembros originarios permanentes con poder de veto (USA, Rusia, China, Francia y Gran Bretaña) y los miembros agregados no permanentes elegidos por dos años por la Asamblea. En el caso de los primeros (miembros permanentes), el criterio utilizado es el *poder*, al ser potencias mundiales y por tanto tener mayor poder

*de facto* que otros Estados, lo que le da cierto mayor poder *de iure* al integrar el Consejo de Seguridad con derecho a veto.

En el plano jurídico-político parece imponerse una idea de derecho también originada en occidente, como es la idea de *los derechos humanos*, hoy internacionalizada o pseudoglobalizada mediante lo que se conoce como el *derecho internacional de los derechos humanos*, constituido en un nuevo *ius cogens*, como derecho imperativo. Este derecho se ha transformado en virtud de los pactos y tratados internacionales en una especie de *superderecho* o *supraderecho*, por encima de los derechos nacionales de cada uno de los Estados, que por otra parte deben incorporarlo como parte fundamental del mismo, lo que constituye una verdadera transformación de la noción de soberanía nacional en el plano jurídico.

Así podemos distinguir en este nuevo derecho internacional un nivel o ámbito mundial de otros niveles o ámbitos regionales. El primero (mundial) se constituye con la carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), los pactos de derechos civiles y políticos, por un lado, y de derechos sociales y económicos, por otro (1966), junto con la existencia de pactos o tratados sobre derechos específicos (p. ej., contra la tortura, contra la discriminación de la mujer, la convención de los derechos del niño, etc.). Este sistema mundial nace en el marco del conflicto este-oeste que surge en el mundo de la posguerra y por eso se puede ver en las negociaciones tanto de la declaración universal de 1948 como de los pactos de 1966, que las democracias occidentales promovían los derechos civiles y políticos (primera generación), mientras los países del este sometidos a regímenes comunistas ponían el acento en los derechos económicos y sociales (segunda generación)<sup>11</sup>. El segundo (regional) se desarrolla en América, en Europa y posteriormente en África. En lo que respecta a nuestra región, se origina con la creación de la OEA y la Declaración americana de derechos humanos anterior por unos meses (mayo de 1948) a su símil universal (diciembre de 1948); como así también con la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José

11. Cf. FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2009, págs. 25 a 53.

de Costa Rica) de 1969, pero que entró en vigor en 1978 cuando fuera ratificada por un número de Estados necesario para su puesta en vigencia. A diferencia de lo que ocurría a nivel mundial, en 1948 este sistema en su origen no es afectado por el conflicto este-oeste (recién una década después se establece en Cuba por vía revolucionaria el primer gobierno marxista en la región), sino que está claramente identificado con el oeste liderado por USA (sede tanto de la OEA como de la ONU) y compuesto por democracias liberales, en alternancia con gobiernos militares a lo largo y ancho de la región (aquí en Argentina, en 1948, estaba en pleno apogeo el peronismo, que propiciaba una tercera posición a la tensión este-oeste). Sin perjuicio de lo dicho es paradójico y llamativo que el principal país de la región y primera potencia mundial (USA) posteriormente no haya ratificado la Convención, ni reconocido la jurisdicción de la CIDH. El fundamento de esa decisión política no es justamente que USA sea contrario a la protección de los derechos humanos que con anterioridad a la norma internacional se encuentran reconocidos y garantizados en la propia Constitución de USA (se podrá criticar muchas cosas del país del norte, con razón o sin ella, pero no justamente esto). El verdadero fundamento es que los Estados Unidos no quieren reconocer ninguna norma por encima de su Constitución y ninguna jurisdicción más allá de la Corte Suprema de su país.

Simultáneamente, en la Europa de posguerra, especialmente en los países derrotados (Alemania e Italia), se establecen nuevos órdenes constitucionales con la sanción de la Constitución italiana de 1947, que entra en vigencia el 1° de enero de 1948 y la ley fundamental alemana de 1949. Posteriormente, en 1976 se sanciona la Constitución de Portugal, dos años después que la llamada "revolución Clavel" derroca al régimen vigente en Portugal desde hacía treinta años, y por su parte, tres años después de la muerte de Franco (1975), va a ocurrir lo mismo en España con la sanción de la Constitución de 1978. Estos cambios constitucionales dan origen a lo que se va a conocer como el nuevo paradigma del *Estado Constitucional y Social de Derecho*, que viene a reemplazar al viejo paradigma del Estado legal de Derecho, donde las constituciones dejan de ser meras cartas políticas programáticas, en tanto que incluyen los derechos humanos establecidos en las declaraciones internacionales (con la inclusión de los derechos de

segunda y tercera generación, sociales y otros derechos) como núcleo del nuevo paradigma, considerados como principios directamente operativos, por encima de las leyes y aplicables directamente por los jueces, especialmente por los nuevos tribunales constitucionales (Alemania en 1951, Italia en 1956, España en 1979 y Portugal en 1982), que en el modelo constitucional europeo ejercen un control de constitucionalidad concentrado, a diferencia del control difuso existente en el modelo americano. A partir del tratado de Roma de 1950, con la sanción de la convención europea de derechos humanos se va a dar origen a un sistema de protección regional.

En este nuevo paradigma del *Estado Constitucional y Social de Derecho* (hoy vigente incluso allende Europa, y especialmente en América con la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos en 1978 y la creación de la Corte Interamericana en 1979), se produce por una parte *una constitucionalización de todo el derecho* mediante la expansión del derecho constitucional sobre las otras ramas o disciplinas del derecho, tanto público como privado, a través de la aplicación directa de las normas constitucionales operativas por encima de las normas legales, despojando en muchos casos a estas de su virtualidad jurídica. Al mismo tiempo, se produce *una internacionalización del derecho constitucional*, con la incorporación a las constituciones del *derecho internacional de los derechos humanos*. Derecho que no se limita al *aspecto normativo* con la supremacía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos respecto de las leyes, sino que se extiende al *aspecto jurisdiccional* con la aparición de las cortes internacionales tanto a nivel regional (la Corte Interamericana o la Corte Europea), como mundial (la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, etc.). En materia de derechos humanos, tanto la Corte Europea como la Americana ejercen el *control de convencionalidad*, que es una especie de control de constitucionalidad internacional y que, más allá del reconocimiento de ciertos márgenes de apreciación exclusiva de los Estados (más en Europa que en América), obligan a estos a adaptar su ordenamiento jurídico, tanto legal como jurisdiccional a los términos de la convención regional de derechos humanos (los jueces internos tienen que hacerlo). Por último, simultáneamente a estos dos procesos se da una *constitucionalización del derecho internacional* dado que estos documentos y organismos internacionales constituyen

la estructura constitucional de un nuevo orden jurídico-político internacional<sup>12</sup>.

Con motivo del nacimiento de verdaderos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, aparece *la persona humana* con su intrínseca dignidad como *nuevo sujeto de derecho internacional*, junto con los Estados nacionales y contra esos mismos Estados en tanto y en cuanto no reconozcan o violen esos derechos fundamentales. Si bien los Estados siguen siendo los sujetos de derecho originarios en el derecho internacional, las personas serían sujetos de derecho derivados<sup>13</sup>. Como dice el profesor español, Rafael de Asís, el proceso de internacionalización de los derechos humanos “se caracteriza por un cambio en la relación entre el individuo y el Estado. Por el lado del Estado, aparece una instancia de poder superior a él, lo que a su vez produce que el concepto clásico de soberanía se tambalee. En determinados ámbitos del derecho se amplía su esfera de validez limitada anteriormente a las fronteras nacionales. Por el lado del individuo, su estatus varía, estableciendo ciertas relaciones con esa nueva instancia, lo que produce a su vez modificaciones respecto a las que mantenía con el poder estatal. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales ya no se refieren exclusivamente a una relación de dos polos, individuo y Estado, sino que aparece un tercer elemento representado por una instancia supranacional”<sup>14</sup>.

### 3. Situaciones paradójicas del nuevo paradigma

Así el catedrático español plantea que la fundamentación, reconocimiento, implementación y garantía de los derechos humanos o derechos fundamentales se da en el marco de *situaciones paradójicas*: 1) como la que existe entre la noción de derecho fundamental como lími-

12. Cf. *ibídem*, pág. 102.

13. Cf. ALBAR ÁLVAREZ, Juan Pablo, *El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008, pág. 11.

14. DE ASÍS, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000, pág. 57.

te al poder del Estado y la necesidad del reconocimiento del sistema de protección internacional por parte de los Estados a través de sus poderes a limitar; 2) la que se da entre el reconocimiento del estatus de la persona humana como sujeto internacional además de los Estados, e incluso contra los Estados, como sucede en caso de violaciones de los derechos humanos, pero por otro lado dicho estatus también depende del reconocimiento de los Estados de someterse convencionalmente al derecho internacional de los derechos humanos; 3) también la que se da para algunos entre el poder constituyente como fuente del derecho y del poder y los poderes constituidos que de derecho y de hecho ejercen el poder y determinan el derecho; 4) también, por un lado, entre la idea de los derechos humanos como límites del poder de los Estados y por otro, la cuestión de quién fija los límites a estos nuevos poderes supranacionales<sup>15</sup>.

Si bien es cierto que la necesidad del reconocimiento convencional de los Estados de someterse al sistema internacional de los derechos humanos hace que la limitación del poder del Estado dependa de la situación paradójica del reconocimiento voluntario de éste de autoobligarse o autosometerse, también es cierto que de hecho hoy existe una presión internacional de tal envergadura que es casi imposible que un Estado pueda autoexcluirse sin soportar consecuencias políticas, jurídicas y económicas muy graves. Quizás este sea un privilegio que solo pueden darse algunas superpotencias al desconocer ciertos aspectos del sistema que no les conviene a sus intereses (como es el caso ya señalado de USA), sin sufrir las correspondientes consecuencias como cualquier otro Estado. Este es un ejemplo en la actualidad de la desigualdad entre los Estados fundada en cuestiones de poder y que la *verdadera paradoja*, por lo tanto, es *entre un poder que tiende a expandirse ilimitadamente*, a menos que lo limite otro poder opuesto, y *la idea de un derecho que racionalice y limite al poder*, aunque para hacerlo dependa de la fuerza del propio poder estatal a limitar.

La cuestión tampoco se resuelve con la tradicional distinción entre poder constituyente y poderes constituidos (necesariamente tiene que existir algo más que fundamente el poder del constituyente). Pues

15. Cf. ídem.

ni el primero (*constituyente*) es absolutamente libre para incorporar cualquier contenido al orden político-jurídico de los distintos Estados nacionales, dado que hoy se encontraría limitado por un derecho internacional de los derechos humanos que obligatoriamente tiene que reconocer e incorporar en las distintas constituciones, sin perjuicio de tener que resolver la cuestión de la fundamentación de los mismos a fin de determinar si se trata de realidades preexistentes e indisponibles o de la imposición de un derecho positivo supraestatal e internacional por encima del derecho positivo estatal y nacional; ni los segundos (*constituidos*) son tan limitados por el primero, porque luego de recibir el poder del constituyente son los que efectivamente ejercen el mismo y se transforman en fuente del derecho, al delimitar jurídicamente los alcances del derecho y de los derechos, aunque para hacerlo no pueda desconocer los límites impuestos por el poder constituyente originario.

No menos compleja es la otra paradoja de la limitación del poder internacional, que como todo poder no es ajeno a la extralimitación, incluso no respetando las zonas de reserva de los distintos Estados nacionales que, de esta manera, se verían ante el peligro de una intromisión arbitraria violatoria de su soberanía. Si se diera esta situación paradójica, ¿quién limita al poder internacional? ¿Acaso los derechos de los pueblos organizados como Estados nacionales puedan ser límite al poder de las instancias internacionales o supranacionales? ¿O son los mismos derechos fundamentales los que limitan tanto al poder de los Estados nacionales como el de la misma comunidad internacional y de sus órganos? No es fácil la respuesta a esta cuestión, si es que la tiene dentro de la lógica interna del propio sistema. Hoy por hoy se están dando los primeros pasos en la delimitación de este nuevo derecho. Quizás con el tiempo pueda verse más claro el panorama y prime la prudencia por sobre las ambiciones desmedidas y los intereses mezquinos, lo que por el momento no parece lo más probable, lamentablemente.

Ahora bien, el fenómeno del multiculturalismo plantea nuevos y complejos problemas al esquema de este nuevo derecho, pues se presenta una *nueva paradoja* entre un sistema jurídico que responde a un molde cultural, como es el del occidente secularista, que pretende alcanzar dimensiones universales a través del derecho internacional

de los derechos humanos y las particularidades propias de la diversidad cultural, con las identidades propias de cada cultura, lo que en principio parecería que requeriría un derecho propio a cada realidad cultural. Dicho de otra manera, *la encrucijada que se da entre una universalización e internacionalización pseudoglobalizada del derecho por encima de los derechos nacionales, como manifestación de la globalización del mundo actual y la particularización e intranacionalización del derecho dentro de los distintos derechos nacionales, como manifestación del multiculturalismo existente, ya sea de raíces étnicas, religiosas, etc.*

Sin embargo, y aquí reside lo fundamental de la paradoja, estas reivindicaciones multiculturales de las minorías nacionales y de las pluralidades étnicas dentro de los distintos Estados son planteadas en términos de derechos, particularmente de derechos de las minorías. Es cierto que estos reclamos se dan fundamentalmente en el seno de sociedades y democracias occidentales, más que en otras de otro origen cultural, aunque sin perjuicio de ello, plantea no pocos problemas para compatibilizar los derechos de las mayorías con los de las minorías.

En suma, ¿cómo se puede compatibilizar la universalidad del derecho de los derechos humanos que parece imponerse en todo el mundo con la diversidad cultural, que responde a distintas identidades, tradiciones y raíces? ¿Cómo se puede compatibilizar el Estado de Derecho propio de los distintos Estados nacionales con un Estado de Derecho supranacional, que a su vez se internaliza en cada uno de los Estados? ¿Cómo se puede compatibilizar ese Estado de Derecho, a su vez, nacional e internacional internalizado con los derechos de las minorías culturales diversas (por etnias, religiones, migraciones, etc.), respetando su identidad cultural, sin que afecte al bien común de cada nación con su propia identidad política y cultural? En definitiva, ¿cómo compatibilizar el Estado de Derecho Constitucional, con su núcleo duro compuesto por el derecho internacional de los derechos humanos como expresión jurídica de la globalización o mundialización con el multiculturalismo, el pluralismo cultural o la diversidad de las culturas?

## SEGUNDA PARTE

### 4. *Distintas teorías en la búsqueda de una justificación del sistema*

A continuación señalaré algunas de las principales teorías y autores que intentaron algún tipo de justificación filosófica al sistema jurídico actual. Sin perjuicio de marcar las diferencias y, a mi entender, deficiencias del planteo de cada uno de ellos, es importante señalar el interés común por rescatar un contenido de justicia en el orden jurídico-político (más allá de las problemáticas concreciones históricas no exentas de injusticias y arbitrariedades), frente a una concepción formalista y positivista que deja la cuestión del contenido del derecho a la arbitrariedad del legislador y del que detenta el poder. Esta intencionalidad (aunque no siempre concretada, ni debidamente justificada) requiere tanto la posibilidad como la necesidad de un diálogo intercultural que permita poner el acento en las coincidencias más que en las diferencias.

#### 4.1. *La distinción entre normas y principios en Dworkin y Alexy*

Como dijimos, este derecho internacional de los derechos humanos constituye hoy el núcleo duro del *nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho*, al ser incorporados como parte medular en las constituciones, por ser considerados esencias constitucionales. Este nuevo paradigma no funciona como un sistema de normas puramente formal, en el cual el legislador de turno podría incorporar cualquier contenido, sino que constituye en sí mismo un sistema de *normas y principios* con contenido sustancial o material que el ordenamiento jurídico tiene que incluir. Justamente, son los derechos fundamentales o los derechos humanos los que surgen de esos principios u operan a modo de principios.

Esta distinción entre normas o reglas y principios la encontramos tanto en *Dworkin* como en *Alexy*. A los dos se los suele presentar como representantes de un neoconstitucionalismo moderado, aunque a decir verdad, hay que distinguir que *Dworkin* se maneja dentro del modelo americano, fiel a una tradición jurídica y constituciona-

lista anterior a la aparición del neoconstitucionalismo; mientras que *Alexy*, desde una posición neokantiana, puede considerarse como un referente en la filosofía del derecho del neoconstitucionalismo, especialmente centrado en la interpretación de las sentencias del tribunal constitucional alemán.

*Dworkin*, fundándose en la distinción entre normas y principios, elaboró su crítica al positivismo que consideraba al derecho como un sistema exclusivo de normas dictadas por los órganos competentes y de acuerdo a un determinado procedimiento formal (tomando especialmente la versión de Hart). A diferencia de las normas que se identifican por su origen o *pedigree*, los principios valdrían para Dworkin por el peso de su contenido que debe ponderarse para su adecuada interpretación y aplicación<sup>16</sup>. Por su parte, *Alexy* distingue entre principios como *mandatos de optimización* que deben ponderarse de acuerdo a las posibilidades jurídicas (en relación con otros principios y con las normas) y fácticas (en relación con los hechos), y normas como *mandatos definitivos*, que deben ser realizados, que se aplican *in totum* o no se aplican porque son desplazados por otras normas, en caso de conflicto normativo, o por principios, en el caso de conflicto entre normas y principios. Consistiendo ambos (principios y normas) tanto en permisiones como en prohibiciones. Para el iusfilósofo alemán, los derechos individuales pueden tener tanto la forma o el carácter de mandato de optimización (*principio*), como de mandato definitivo (*norma*). Esto se da así porque el derecho lleva necesariamente una pretensión de corrección que complementa su coerción, implicando una conexión necesaria entre el derecho y la moral, como se ve en su aspecto más radical, con su reformulación de la fórmula de Radbruch: *La injusticia extrema no es derecho*<sup>17</sup>.

Sin perjuicio de la similitud de lenguaje, hay notables diferencias entre ambos, especialmente entre el *consecuencialismo* de Dworkin, cuando aplica (a mi juicio equivocadamente) los principios (que no ex-

16. Cf. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999.

17. Cf. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2008, pág. 185 y *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008, págs. 62 y 69.

plica de dónde los saca, quedando más bien como una práctica social, consuetudinaria, interpretada y aplicada autoritativamente por los jueces) a casos difíciles como el aborto o la eutanasia<sup>18</sup>, y el *principialismo* de Alexy, que si bien reconoce la necesidad de una metafísica para fundar los derechos, lo hace desde una perspectiva neokantiana. En lo personal, si bien me encuentro más cerca de Alexy que de Dworkin, tampoco considero totalmente adecuada la justificación del iusfilósofo alemán debido a su matriz kantiana, fundada en la autonomía de la voluntad más que en la esencia o naturaleza humana.

#### 4.2. El neoconstitucionalismo italiano de Ferrajoli y Zagrebelsky

Una distinción semejante la encontramos en el *neoconstitucionalismo italiano*, tanto de Ferrajoli como de Zagrebelsky (aunque el primero no se reconoce como neoconstitucionalista, prefiriendo el título de garantista). Para Ferrajoli, *todos los derechos fundamentales equivalen a vínculos de sustancia, que existen además de los de forma* y condicionan la validez sustancial de las normas infraconstitucionales producidas, expresando como manifestación máxima del derecho positivo los fines a que está orientado ese moderno artificio, que es el Estado Constitucional de Derecho. Invirtiendo según él la relación entre derecho y política, pues ya no es el derecho un instrumento de la política como en el Estado legal de Derecho, sino que es la política un instrumento para la realización del derecho y especialmente de los derechos fundamentales. Este planteo no trasciende el ámbito del derecho positivo, e incluso del propio positivismo jurídico<sup>19</sup>, concordando en esto con Bobbio, que manifiesta que a esta altura de los acontecimientos, no es necesario buscar un fundamento más allá de las declaraciones de derechos humanos existentes en la actualidad, ni buscar la razón

18. Cf. DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998.

19. Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pág. 19. Cf. *Principia Iuris, II, Teoría de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, pág. 44.

de las razones como pretenden muchos iusnaturalistas<sup>20</sup>. Ahora bien, de esta manera no supera los problemas de justificación de lo que él llama el paleopositivismo, dado que esos derechos existen en tanto y en cuanto son positivizados por las declaraciones de derechos, siendo un límite para las demás normas infraconstitucionales, pero que en sí mismos no están fundados más allá del acuerdo de voluntades que le dio origen, lo que constituye un fundamento débil e insuficiente. En cambio, para Zagrebelsky, los principios constitucionales con su apertura a los derechos del hombre y a los grandes principios de justicia limitan a la ley. Ahora bien, aunque para el jurista italiano los principios constitucionales no son de derecho natural, sino más bien la instancia suprema del derecho positivo, que justamente positiviza lo que hasta entonces era una prerrogativa exclusiva del derecho natural, sin embargo, en cuanto a la determinación de la justicia y de los derechos humanos, se asemejan en su formulación universalista y abstracta a los principios de derecho natural<sup>21</sup>. Esta dicotomía constituye una seria dificultad para su justificación, que adolecería de los mismos problemas de la justificación positivista en caso de no superar el nivel del derecho positivo, o caería en una justificación iusnaturalista y ya no solo neoconstitucionalista, en caso de apelar a derechos preexistentes a su positivización e indisponibles para el legislador de turno. Ambos distinguen entre principios sustanciales o de contenido material (los derechos humanos individuales y colectivos) y los principios procedimentales o puramente formales (la democracia y los demás procedimientos establecidos para la toma de decisiones en un Estado democrático), por medio de los cuales también se proclaman o establecen los propios principios sustanciales o materiales (a través del consenso democrático). Como decía Nino, ante la imposibilidad de alcanzar un consenso absoluto el procedimiento democrático se transforma en su sucedáneo<sup>22</sup>.

20. Cf. BOBBIO, Norberto, "Sui fondamnto dei diritto dell' uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, abril-junio de 1965.

21. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pág. 115.

22. Cf. NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, págs. 26 y 239.

#### 4.3. *El Estado Constitucional de Derecho y la teoría de la acción comunicativa de Habermas*

También desde una perspectiva pospositivista, pero idénticamente posmetafísica, Jürgen Habermas, basado en su *teoría de la acción comunicativa* a través del lenguaje, manifiesta que se puede reconstruir un consenso perturbado por medio del procedimiento democrático, en el que los participantes lo hagan desde sus distintas tradiciones culturales y religiosas, con la sola condición de que las convicciones desde las que participan puedan ser *traducidas* al lenguaje posmetafísico común a todos, a fin de poder alcanzar un consenso al menos mínimo de valores y derechos que un Estado de Derecho Constitucional democrático tiene que reconocer<sup>23</sup>. El carácter especialmente procedimental y posmetafísico del lenguaje de la razón comunicativa hace que la traducción propuesta vacíe de contenido sustancial a los principios con que los participantes confluyen desde sus tradiciones y culturas, lo que lleva a una dicotomía en la propia persona, considerado como ciudadano, por un lado, y como creyente o no creyente, por el otro. En otras palabras, se divide lo que en realidad es en sí mismo indivisible, pues es el mismo hombre el que es portador de tradiciones o creencias y el que participa desde ellas en el proceso democrático deliberativo. Asimismo, como señala Kaufmann, Habermas caería en una falacia procedimentalista al pretender establecer conclusiones materiales (los derechos humanos) a partir de premisas puramente procedimentales (procedimiento democrático)<sup>24</sup>.

#### 4.4. *El Estado Constitucional de Derecho y la teoría de la justicia de Rawls*

De la misma manera, el último Rawls elabora su teoría de la justicia como una concepción política mediante un consenso entrecruza-

23. Cf. HABERMAS, Jürgens, "Las bases premorales del Estado Liberal", diálogo con el filósofo Jürgens Habermas en la Academia de Baviera, enero 2004, *La Nación*, 28 de junio de 2005.

24. Cf. KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1998, pág. 49.

do de doctrinas razonables en un contexto fáctico de pluralismo, por el cual las partes acuerdan mediante un contrato social unos principios de justicia para la estructura básica de la sociedad, que proclaman una igualdad de libertades fundamentales, de derechos y deberes (*primer principio*) y una igualdad de oportunidades y un principio de diferencia que justifique las desigualdades sociales en tanto y en cuanto beneficien también a los más desventajados (*segundo principio*). Ahora bien, las doctrinas comprensivas (religiosas, filosóficas, etc.) que las nutren quedan relegadas al ámbito de la *razón privada*, poniendo el acento en aquellas cuestiones (especialmente procedimentales) que permiten un mínimo de acuerdo factible en el campo de la *razón pública*<sup>25</sup>.

Esto se ve más claramente en la conformación del consenso entrecruzado entre los distintos pueblos (no Estados), por el que se constituye para él un nuevo *derecho de gentes* (*the law of peoples*), en el que se repiten las condiciones existentes en las distintas sociedades para arribar a un acuerdo político. Así propone clasificar a los pueblos en cinco tipos de sociedades domésticas de acuerdo al régimen político que tengan: 1) *Los pueblos liberales razonables* (las democracias constitucionales liberales); 2) *Los pueblos decentes* (regímenes no democráticos pero bien ordenados dirigidos por una jerarquía consultiva decente y que respetan los derechos humanos); 3) *Los absolutismos benignos* (al igual que el anterior respetan los derechos humanos, pero su régimen político no está bien ordenado porque niegan a sus miembros un papel significativo en la adopción de decisiones políticas); 4) *Los Estados criminales o proscriptos* (regímenes no democráticos que violan los derechos humanos); 5) *Los pueblos afectados por condiciones desfavorables o sociedades menos favorecidas* (serían los pueblos subdesarrollados que no son agresivos ni expansivos, pero carecen de las tradiciones políticas y culturales, el capital humano, la tecnología y los recursos necesarios para ser bien ordenados)<sup>26</sup>. En la construcción de esta extensión de

25. RAWLS, John, *La justicia como equidad, una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002, pág. 50 y sigs. Título original: *Justice as fairness*, Harvard University Press, 2001.

26. Cf. RAWLS, John, *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós, 2001, pág. 14. Título original: *The law of peoples*, Harvard University Press, 1999.

la teoría de la justicia a la sociedad internacional como nuevo *derecho de gentes* (*the law of peoples*), ocupan un lugar central y tienen una función especial los *derechos humanos*. El respeto o la violación de estos es lo que en última instancia constituye uno de los criterios fundamentales para calificar a una sociedad como liberal o decente y también para justificar las intervenciones externas.

Al respecto puede hacerse extensiva la crítica realizada a Habermas, pues también la teoría de Rawls requiere la dicotomía entre el hombre como ciudadano y como portador de una doctrina comprehensiva (religiosa, filosófica, etc.), entre razón pública y razón privada, lo que lleva a un dualismo que no responde a la unidad del hombre. De la misma manera, como señalan Kaufmann y Massini, puede imputársele de cometer la misma falacia procedimentalista pues mediante el procedimiento de construcción puramente formal llega a principios con un contenido material que responde a un modelo ideológico que él propone como mejor (la concepción liberal socialdemócrata)<sup>27</sup>.

## 5. Algunas reflexiones finales

5.1. Como dice Innerarity: “La ruptura moderna entre razón y naturaleza se hace también visible en el nuevo orden político, cuyo principio constitutivo continúa siendo el *primado de la subjetividad* que discurre en paralelo con una concepción mecanicista de la naturaleza. Este antagonismo queda planteado en el esquema típico para la justificación del poder: *el binomio estado de naturaleza-estado de sociedad*. Para los modernos, la historia humana puede entenderse como el tránsito de la naturaleza a la cultura, del instinto a la razón, del individuo a la sociedad. En virtud de tal explicación, los pares mencionados son entendidos en radical oposición: el caos de la naturaleza frente al orden cultural, la particularidad sensible frente al universalismo abstracto

27. Cf. KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, ob. cit., pág. 48. Cf. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 120.

de la razón, el egoísmo individual frente a la solidaridad política. En el plano concreto de la teoría política, ello supone el abandono del viejo principio de la sociabilidad natural. El hombre no debe ser entendido en adelante como 'animal político', sino como individuo soberano. La situación y condición humanas (lo que aquí hemos llamado su contexto social) no entran ya en la definición del hombre, sino a la manera de un añadido externo y circunstancial. El individuo es indiferente al lugar social. No es extraño que la moderna filosofía política haga del conflicto (natural) y no de la armonía social su punto de partida. Este planteamiento concuerda con la visión mecanicista de la naturaleza. La política es huida de la condición natural"<sup>28</sup>.

Es aquí justamente donde encontramos la clave de la cuestión, en un viraje del objetivismo ético-político-jurídico a un subjetivismo. En este plano se produce la sustitución del concepto de ley natural (*lex naturae*), entendida como dictamen de la recta razón fundado en la esencia o naturaleza humana (*natura hominis*), por la moderna noción de hombre en estado de naturaleza (*homo in natura*), que gira sobre la lucha por la autoconservación y el poder, como sucede en Hobbes o en Rousseau. Cabe aclarar que en el caso de Locke, más moderado, pretende armonizar ambas<sup>29</sup>. Así, conjuntamente, se da un desplazamiento en la noción de derecho desde lo justo objetivo hacia un poder de la voluntad, ya sea del legislador que sustituye la noción clásica de ley como ordenación de la razón al bien común (*noción moderna de ley*), ya sea del individuo como límite del poder estatal (*noción moderna de derecho subjetivo*), junto con un corrimiento en lo político desde la autoridad (*autoritas*) que dirige a la comunidad al bien común hacia el poder (*potestas*) que impone su voluntad a los que están sometidos a él.

Es la cuna del individualismo ético, político, jurídico y económico que es coronado en el origen del Estado social como fruto del contrato o pacto social resultante del principio de la autonomía de la voluntad

28. INNERARITY, Daniel, *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Ed. Rialp, 1989, pág. 30.

29. Cf. LEOCATA, Francisco, "Las ideas iusfilosóficas de la ilustración", publicado en *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires, Educa, 2003, pág. 63.

de los individuos y no en la sociabilidad y politicidad natural del hombre. Justamente en este punto es marcada la influencia de Rousseau sobre Kant y cómo a través de este último el principio de la autonomía de la voluntad se convierte en liminar de toda la praxis moderna, tanto individual como social o política, tal como lo plantea en su proyecto cosmopolita de *Paz perpetua*<sup>30</sup>. De esta manera se pretende compatibilizar la distinción que como oposición planteara Benjamin Constant, en el célebre discurso pronunciado en el Ateneo Real de París en 1818, entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos: “El fin de los antiguos era la distribución del poder político entre todos los ciudadanos de una misma patria: ellos llamaban a esto libertad. El fin de los modernos es la seguridad en los goces privados: ellos llaman libertad a las garantías acordadas por las instituciones para estos goces [...] Nosotros ya no podemos gozar de la libertad de los antiguos, que estaba constituida por la participación activa y constante en el poder colectivo. Nuestra libertad, en cambio, debe estar constituida por el gozo pacífico de la independencia privada”<sup>31</sup>. A modo de ejemplo, este justamente es uno de los puntos de la crítica de Habermas a Rawls, en cuanto sostiene que en su construcción del Estado de Derecho coloca los derechos básicos liberales (libertad de los modernos) por encima del principio democrático de legitimación (libertad de los antiguos). Por su parte, Rawls lo niega (siguiendo a Kant y Rousseau) sosteniendo que en virtud de la conexión interna entre autonomía pública (libertad de los antiguos) y autonomía privada (libertad de los modernos), hay armonía, sin que ninguna se imponga sobre la otra<sup>32</sup>.

Lo mismo que Innerarity, desde otra perspectiva, va a decir Ferrajoli: “Esta naturaleza *pacticia* es, por otro lado, intrínseca a la noción

30. Cf. KANT, Immanuel, *Hacia la paz perpetua. Un proyecto filosófico*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.

31. CONSTANT, Benjamin, “De la liberté des anciens à celle des modernes” (1818), en *Collection complete des ouvrages*, vol. IV, parte 7, París, Bécher Libraire, 1820, pág. 253, citado por BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2005, pág. 8.

32. Cf. HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John, *Debate sobre el liberalismo político*, traducción de Gerard Vilar Roca, introducción a cargo de Fernando Vallespín, Barcelona, Paidós, 2000, págs. 66 y 116, 117.

política de ‘constitución democrática’. Lo es en el plano filosófico y lo es en el plano histórico. En el plano filosófico, es fruto de la idea contractualista, formulada por Hobbes y desarrollada después por el pensamiento ilustrado, de que el Estado no es, como en la concepción clásica y premoderna, un hecho natural sino un fenómeno artificial y convencional, construido por los hombres para la tutela de sus necesidades o derechos naturales: el derecho a la vida según Hobbes, los derechos a la libertad y propiedad según Locke, los derechos políticos y sociales tal y como se han añadido en las constituciones del siglo XX. Esta idea moderna invierte la concepción aristotélica del derecho y de la comunidad política como entidades necesarias y naturales, lo que es natural no es el derecho y el Estado sino el no derecho y el estado de naturaleza; esto es, los seres de carne y hueso con sus necesidades naturales, mientras que el Estado es un artificio que se justifica solo en cuanto instrumento de tutela de las personas naturales. Es en este sentido en el que las cartas constitucionales y las declaraciones de derechos se configuran como pactos o convenciones democráticas, cuyas cláusulas son los principios y derechos fundamentales que de ‘naturales’ se convierten, gracias a su estipulación, en ‘positivos’ y ‘constitucionales’ [...] Pero es también la génesis histórica de las constituciones lo que confirma su naturaleza pacticia, de contratos sociales impuestos a los soberanos para limitar y vincular sus poderes en otro caso absolutos. Todas las constituciones dignas de este nombre han nacido como rupturas con el pasado y, a la vez, como proyectos de futuro. La idea del contrato social no es solo una categoría filosófica”<sup>33</sup>. Esta idea del contrato social y del estado de naturaleza como estado hipotético la encontramos también en Rawls, en su posición original (más inspirado en Locke y en Kant que en Hobbes) y en los autores neokantianos como Habermas o Alexy, donde como dice Bobbio, en el contractualismo se transpola un instituto jurídico privado, como es el contrato, al ámbito público<sup>34</sup>.

33. FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris, II, Teoría de la democracia*, ob. cit., pág. 48.

34. Cf. BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, ob. cit., pág. 53.

5.2. Justamente estos derechos que surgen de los pactos constituyen los principios y el eje del nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional como sistema de principios y normas que viene a reemplazar al llamado Estado de Derecho legal positivista y formalista. Aquí reside la principal diferencia entre ambos modelos o paradigmas. En este *modelo constitucionalista o principialista*, los que operan a modo de principios o son derivados de los principios son justamente los derechos humanos o derechos fundamentales. Por lo tanto, el núcleo del nuevo paradigma lo constituye el derecho de los derechos humanos incorporado a las constituciones a través del reconocimiento de las declaraciones y tratados internacionales, como también de los sistemas de protección que han sido creados al respecto, como el europeo o el interamericano. Al respecto, la necesaria adecuación del ordenamiento jurídico interno al internacional o regional (Art. 2º de la Convención Americana) podría llegar a incluir la discutible y discutida adecuación de la propia Constitución Nacional. Como ha sucedido con la Constitución de Chile como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana en el caso de “La última tentación de Cristo”, que más allá de entrar a considerar si realmente dicha Constitución violaba la libertad de expresión consagrada en la Convención Americana, llevaría a plantearnos si a esta altura estamos ante un *Estado Constitucional de Derecho* o un *Estado Convencional de Derecho* y preguntarnos si las normas convencionales tienen jerarquía constitucional o supraconstitucional<sup>35</sup>. Mucho más si tenemos en cuenta que según la Corte Interamericana el *corpus iuris* básico de convencionalidad al que hay que adecuarse lo integran, además de la propia Convención Americana, los otros tratados de derechos humanos y la interpretación jurisprudencial de la propia Corte<sup>36</sup>. Tópico que tendría que ser objeto de otra investigación y que por tanto no abordaré, dejándolo solamente planteado.

35. CIDH, Caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) c/ Chile”, Serie C, N° 73.

36. CIDH, Opinión consultiva OC, 16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso penal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1º de octubre de 1999, Serie A, N° 16.

5.3. Al centrarse el sistema jurídico en la inclusión de principios que se encuentran receptados en textos constitucionales de textura abierta, requieren un adecuado proceso de interpretación. Por eso el momento culminante en el nuevo esquema es justamente el de *la interpretación* que fundamentalmente realiza el juez, y especialmente el juez constitucional en el caso de los tribunales constitucionales en aquellos países donde existen. Efectivamente, ya no es posible recurrir a la aplicación mecánica de la ley al caso concreto, como era en el modelo decimonónico, donde el juez era simplemente su voz, sin poder añadir absolutamente nada a su función de repetidor de las palabras de la ley.

Hoy sin duda, el peligro mayor es pasar de un *positivismo legalista* a un *positivismo judicial* (activismo judicial). Esto se logra a través de una interpretación "libre" (muchas veces ideológica) de los derechos o principios contenidos en la Constitución, directamente operativos por encima de las leyes (el problema no está en la operatividad de los derechos sino en una interpretación extralimitada). Hay que recordar que el positivismo legalista dio lugar muchas veces a la *arbitrariedad legal* al quedar reducidos los contenidos de las normas jurídicas a la voluntad ilimitada del legislador de turno, que tuvo su versión más arbitraria en los regímenes totalitarios del siglo XX. De la misma manera, un positivismo judicial puede llevar a la *arbitrariedad judicial* si la función interpretativa de los jueces no se encuentra limitada por principios y reglas que no son disponibles a su exclusiva voluntad.

Ahora bien, la forma de evitar este riesgo no es volver al positivismo legalista anterior sino reconocer la intrínseca relación del derecho con la justicia con fundamento en el derecho natural que surge del propio ser del hombre y de su dignidad, en el que podemos encontrar estos auténticos principios ético-jurídicos orientadores del obrar humano, que constituyen un núcleo indisponible que configura un límite tanto para el legislador, como para el intérprete, ya sea en el contenido de las normas como en su interpretación y aplicación. Esta adecuada fundamentación evitaría que los jueces al interpretar crearan o inventaran derechos, sino que, más bien reconocerían y garantizarían los derechos existentes en la realidad humana conforme a su naturaleza y que son previamente reconocidos, positivizados y garantizados por los tratados internacionales de derechos humanos y las constituciones.

5.4. Podemos decir que nos puede gustar o no el sistema de derecho que rige en la actualidad, pero es el que hoy está en vigencia, el que se aplica. De la misma manera que nos podía gustar o no el modelo positivista formalista moderno, pero era el que se impuso en una época determinada. Ahora bien, hay que hacer una distinción fundamental: una cosa es el sistema que funciona en la realidad y otra las teorías construidas para explicarlo o justificarlo. Se puede aceptar la realidad de la vigencia de este sistema de derecho sin que sea necesario suscribir alguna de las teorías que se han construido al respecto.

5.5. El problema de las distintas corrientes que se han construido para explicar este nuevo paradigma, ya sea de raíz empirista y hermenéutica (Dworkin), neokantianas (Alexy, Habermas, Rawls, etc.) o neoconstitucionalistas (Ferrajoli, Zagrebelsky, etc.), es la justificación o fundamentación de los principios (en el punto anterior vimos las falencias de cada uno en este asunto). No vamos a discutir la importancia que tienen los derechos humanos y los procedimientos democráticos en el mundo actual y que puede considerarse un avance o progreso frente a modelos positivistas y formalistas, pero cuando estos autores hablan de principios, ¿se refieren a los mismos principios ontológicos (en el orden del ser) y gnoseológicos (en el orden del conocer) del derecho natural clásico? Creo que no.

Los principios del derecho natural clásico se fundan en la estructura misma de la realidad o naturaleza de las cosas humanas en el orden del ser y en la evidencia de su conocimiento en el plano principal de la razón práctica en el orden del conocer, que partiendo de la noción de bien que tiene razón de fin a su vez dirige el obrar posterior. Este conocimiento evidente de los primeros principios prácticos (ley natural) es paralelo o correlativo (no deducido) al conocimiento de las inclinaciones naturales (Tomás de Aquino)<sup>37</sup>, o de los bienes humanos básicos (Finnis)<sup>38</sup>, en virtud de la convertibilidad entre ser y bien (*ens et bonum conventur*) y funda a su vez la estructura noética de todo

37. Cf. TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>, Q. 94, 2.

38. Cf. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000 cap. III y IV.

conocimiento práctico posterior. A partir de allí, a medida que nos alejamos de los principios y nos acercamos al obrar circunstancial y concreto, es necesario complementar el juicio evidente de los principios universales que en el orden práctico operan como fines, con el juicio prudencial que, además de estos, debe tener en cuenta las circunstancias particulares, a fin de poder elegir los medios adecuados en orden al obrar concreto. En este sentido, el verdadero juicio o mandato de optimización, usando el lenguaje de Alexy, no se da en el plano del juicio sobre los principios (fines), sino más bien en el plano del juicio prudencial circunstanciado (medios), que no invalida el principio como se ve en el conocido ejemplo del depósito del arma<sup>39</sup>.

En cambio, en las teorías anteriormente señaladas, en lugar de principios (evidentes o derivados inmediatamente de principios evidentes) se trataría más bien de *postulados* proclamados como tales por razones ideológicas, políticas o de estructura gnoseológica, como sucede con el apriorismo de raíz kantiana, a partir del acuerdo de voluntades fruto del principio de autonomía de la voluntad. A diferencia de los principios, los postulados no se justifican ni se fundamentan sino que justamente se postulan o proclaman, o en el mejor de los casos, su fundamento es débil por remontarse a la mera autonomía de la voluntad. Y es a partir de ellos que se pretende fundar toda la estructura posterior. Todo esto tiene una consecuencia sumamente trascendente pues al no tener que justificarse, pueden postularse nuevos derechos sin límite, como sucede con algunos “derechos humanos” creados o inventados sin que respondan a la intrínseca estructura y dinámica del ser humano.

Esto no significa que no pueda haber *diálogo* entre las distintas posturas. Puede haberlo y tiene que haberlo, buscando las diagonales y tendiendo los puentes que permitan acercar las distintas alternativas. Que ponga más el acento en las coincidencias que en las divergencias, teniendo como norte la búsqueda sincera de la verdad. Así podremos dialogar consintiendo algunas cosas y disintiendo de otras con autores como Alexy, Zagrebelsky o Habermas (como lo ha muestra-

39. Cf. TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>, Q. 94, 4.

do Ratzinger), sin que esto signifique claudicar de las propias convicciones o negar la matriz de cada doctrina.

5.6. Para que no quede lugar a equívocos hay que decir, en primer lugar, que los *derechos humanos* existen. En segundo lugar, que existen, no con una mera existencia contingente (como sería para quienes los consideran como un mero producto histórico en una época determinada), sino como una dimensión esencial del ser humano. Y en tercer lugar, que como tales deben ser reconocidos y protegidos. Ahora bien, luego de señalar con firmeza esto, hay que señalar también que no son en sí mismos principios fundantes, sino más bien fundados. O en todo caso solo pueden ser fundantes y por tanto considerarse principios del obrar humano posterior, en la medida que son fundados en la naturaleza o esencia del ser humano anterior que subyace, en virtud del principio que dice que el obrar sigue al ser (*operari sequitur esse*).

En cambio, si fueran fundantes en sí mismos, y no fundados, no tendría sentido plantearse la cuestión central del fundamento de los derechos humanos. Por otra parte, este fundamento no puede ser el mero consenso al que remiten la mayoría de las teorías, que a lo sumo puede considerarse un punto de referencia intersubjetivo, contingente y variable que no reúne las condiciones para ser considerado un fundamento objetivo. Por las mismas razones, tampoco puede ser fundamento una noción de dignidad humana identificada con la autonomía de la voluntad según el modelo kantiano, al que apelan otras. La dignidad humana y los derechos que se siguen de ella solo pueden fundarse en la esencia humana, en la naturaleza racional (que supone lo biológico) y política del hombre, pues no existen en el hombre aislado, sino inmerso en la comunidad; por eso una de las notas esenciales del derecho y de los derechos es su referencia a otro (alteridad).

5.7. Lo mismo sucede con los llamados *principios procedimentales* que tampoco son en sí mismos fundantes, dado que el solo y mero procedimiento o método no puede ser fundamento de realidades sustanciales o de contenido material, lo que constituiría un típico caso de falacia procedimentalista, como sostienen los ya citados Kaufmann y Massini. Sino que más bien son válidos en tanto y en cuanto estos procedimientos (que también tienen su importancia y no hay que me-

nospreciar) se fundan en los principios de justicia (formal y material), a los que tienen que respetar en sus distintas manifestaciones (general y particular) y en su diferente origen (natural y convencional). Principios de justicia que también se apoyan en la misma naturaleza racional y política del hombre.

5.8. De allí que si el derecho pretende dar una respuesta a la problemática actual debe hacerlo desde la racionalidad y razonabilidad que le son intrínsecas (*naturalmente*) y por tanto común a todas las culturas, completando y complementando desde el derecho positivo (*culturalmente*), a través de las distintas fuentes (tradiciones, costumbres, convenciones), en todas sus instancias (tanto nacionales como internacionales, tanto constitucionales como constituidas), los principios del derecho natural que descubrimos en la propia naturaleza racional y política del hombre. Por eso, en este punto es importante rescatar la idea clásica del derecho natural para aplicarla al derecho internacional o *derecho de gentes* común a todos los hombres (*derecho de gentes natural*), que como todo derecho natural necesita ser positivizado (*derecho de gentes positivo*). Esto no significa volver a recrear el *ius gentium* romano o el *ius inter gentes* que los teólogos españoles del siglo XVI aplicaron para explicar la realidad del nuevo mundo, porque el tiempo no vuelve atrás y estas realidades responden a circunstancias históricas propias de su época, que son distintas a las actuales. Sin embargo, sin perjuicio de las circunstancias cambiantes y de las distintas concreciones, sí podemos beber en las fuentes de los principios universales que las animaron y que mantienen su validez y vigencia por fundarse en la misma naturaleza humana y de las cosas (humanas) que se siguen de ella.

5.9. Ahora bien, sin perjuicio de las distintas formas políticas y jurídicas que históricamente se puedan dar en la actualidad y en el futuro, podemos señalar como núcleo del nuevo *ius gentium* a la *dignidad intrínseca de la persona humana*, tanto en su dimensión individual como social, en su sustancialidad y en su relacionalidad, fundada en su naturaleza racional y política, con su ordenación al *bien común* (segundo elemento esencial de este núcleo) en sus distintos niveles de asociación, hasta llegar a la comunidad política y a la comunidad in-

ternacional (organizadas subsidiaria y solidariamente), en tanto que al constituir el conjunto de condiciones que permiten el desarrollo de las personas, de las asociaciones menores y de la comunidad en su conjunto, es el mejor bien de la propia persona humana, al ser lo que le permite desarrollarse plenamente como tal, sin perjuicio del destino trascendente (y también comunitario) al que está llamado<sup>40</sup>.

40. Cf. Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, 26.



# LA LEY MORAL NATURAL Y LEY POSITIVA HUMANA EN EL OPÚSCULO *LA FILOSOFÍA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 19* *DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL,* DE ARTURO ENRIQUE SAMPAY

GERMÁN MASSERDOTTI<sup>1</sup>

La Constitución Nacional reconoce un orden de conducta instituido por Dios y otro instituido por el Estado... el débito legal debe resultar conforme al débito moral. Si así no fuera, cualquier imposición del legislador no sería derecho sino un acto de violencia desnaturalizando el poder que el Estado tiene de reforzar con débito eventualmente coercible obligaciones emergentes de la virtud de la justicia.

En este trabajo nos ocuparemos de la relación entre ley moral natural y la ley positiva humana a partir de las consideraciones que Arturo Enrique Sampay<sup>2</sup> formula en su obra, *La filosofía jurídica del*

1. Magíster en Estudios Humanísticos y Sociales (Universitat Abat-Oliba CEU - Barcelona). Licenciado en Filosofía. Profesor universitario de Filosofía (USAL). Profesor universitario en la Universidad Católica de La Plata y en la Universidad del Salvador.

2. Para conocer las publicaciones de Arturo Enrique Sampay sobre derecho constitucional remitimos a GONZÁLEZ ARZAC, Alberto, en el "Anexo Bibliográfico de Arturo Enrique Sampay", en SAMPAY, A. E., *La Constitución democrática*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, págs. 293-300.

*Artículo 19 de la Constitución Nacional*<sup>3</sup>. Sampay desarrolla el tópico principalmente con la inspiración de la doctrina de Tomás de Aquino.

A propósito del influjo del Aquinate en la obra de Sampay<sup>4</sup>, conviene destacar un dato que proporciona Alberto González Arzac acerca de la formación de Sampay:

“Su tío abuelo, R. P. Carlos Sampay, contribuyó hondamente en la formación del pensamiento religioso, filosófico y político de Arturo Sampay. Él fue quien puso a su alcance la *Summa*, de Santo Tomás, y otras obras que incidieron en la cultura del joven estudiante”<sup>5</sup>.

Nos dedicaremos, entonces, a desarrollar de manera sucinta las siguientes tesis presentes en el trabajo de Sampay:

1° La Constitución Nacional Argentina reconoce un orden de conducta instituido por Dios y otro instituido por el Estado, entre los cuales no debe haber contradicción sino complementariedad y subordinación del inferior al superior.

2° La legislación procura la consecución del fin último del hombre, i.e., la felicidad y, *per accidens*, se vuelve coercitiva.

3° El débito legal debe resultar conforme al débito moral. Si así no fuera, cualquier imposición del legislador no sería derecho sino un acto de violencia cometido por personas que habrían desnaturalizado el poder que el Estado tiene de reforzar con débito eventualmente coercible obligaciones emergentes de la virtud de la justicia.

Pero antes trataremos acerca de la noción de *ley* que Sampay usa en su opúsculo. Por cierto que nuestro autor conoce y sostiene la definición tomasiana: “[...] *quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*” (*S. Th.* I-II,

3. SAMPAY, Arturo Enrique, *La filosofía jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.

4. Por cierto que no es el único que se registra en su obra. Entre otros, en la línea del pensamiento clásico, merece destacarse la presencia de Aristóteles. El concepto de *constitución* es de claro cuño aristotélico.

5. GONZÁLEZ ARZAC, Alberto, “Nota preliminar”, pág. 9, en SAMPAY, Arturo Enrique, *La Constitución democrática*, ob. cit. Las *itálicas* con nuestras.

q. 90. a. 4, c), *i.e.*, la ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad.

Entre las notas características de la definición de Tomás de Aquino nos interesa destacar, por su carácter eminente, *la causa final* de la ley: el bien común político. Dado que la ley es obra de la razón y que el primer principio en el orden operativo, del que se ocupa la razón práctica, es el último fin, *i.e.*, la bienaventuranza o felicidad, concluye Tomás que “la ley debe ocuparse primariamente del orden a la bienaventuranza”<sup>6</sup>. Además, y en sentido análogo, así como la parte se ordena al todo, también “el hombre es parte de la comunidad perfecta”<sup>7</sup>, *i.e.*, la política. Por esto es necesario que la ley se ocupe del orden a la felicidad común<sup>8</sup>.

Merece que destaquemos esta nota de finalidad de la ley frente a la distinción de ley *en sentido material* y *en sentido formal*, dado que Sampay adopta esta última para justificar el sentido de *ley* en el Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. En una erudita nota, observa nuestro autor que el término *lex* “[...] tenía ya entre los romanos un sentido formal y otro material”. Durante la edad media y en la época moderna hasta fines del siglo XVIII, “[...] ley significó toda norma jurídica dictada por una autoridad competente, o sea, se utilizaba el término en sentido material”. Pero a partir de la Revolución Francesa y del constitucionalismo que ella animó –y sobre el cual *infra* formularemos una crítica–, “se volvió a la acepción dual del término *ley*”<sup>9</sup>. Sostiene Sampay:

“[...] en todas las Constituciones modernas aparece el vocablo con los dos sentidos, aunque predominando el formal, porque en esos textos subsiste el propósito político de concentrar en las leyes a to-

6. “[...]. Unde oportet quod lex maxime respiciat ordinem qui est in beatitudinem” (TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I-II, q. 90, a. 2, c.).

7. “[...] homo est pars communitatis perfectae” (TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I-II, q. 90, a. 2, c.).

8. Cf. TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I-II, q. 90, a. 2, c.: “[...] necesse est quod lex proprie respiciat ordinem ad felicitatem commune”.

9. Cf. SAMPAY, Arturo Enrique, *La filosofía jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, ob. cit., pág. 43, nota 45.

das las normas jurídicas y la función creadora del derecho positivo en el Parlamento. No obstante, *el creciente intervencionismo estatal del siglo XX viene pluralizando la función legislativa entre organismos estatales y paraestatales*<sup>10</sup>.

De este modo, Sampay nos proporciona la noción de *ley* que utiliza en su opúsculo, tanto en sentido formal como material:

*“Ley en sentido formal es toda orden dictada por el órgano legislativo de un ente político, y en sentido material es cualquier precepto emanado de una autoridad pública que regle, de modo abstracto y general, una relación jurídica entre particulares o entre particulares y el poder político o entre dependencias del poder político”*<sup>11</sup>.

Observa nuestro autor que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>12</sup> como el mismo texto constitucional argentino hacen uso de esta distinción. En lo que se refiere, concretamente, al uso de *ley* en el Artículo 19, sostiene el eminente constitucionalista argentino que en la segunda parte del mismo:

*“[...] se echa de ver que ahí el vocablo abarca a las leyes nacionales, provinciales y municipales en sentido material, ya que, como dijimos, cualquier autoridad pública, dentro de su jurisdicción, posee la propiedad de prescribir o prohibir acciones humanas y los habitantes de la Nación están obligados a cumplir esas órdenes”*<sup>13</sup>.

Conviene observar en cuanto a la mentada distinción entre *material* y *formal* respecto de la ley en la moderna elaboración constitucionalista, que la misma resulta válida cuando se refiere solamente *al modo de producción de la norma –i.e., la causalidad eficiente de la ley*. La autoridad competente *productora* de la norma puede resolverse tanto en la instancia legislativa como también en la ejecutiva y la judicial.

10. *Ibidem*, pág. 44. Las *itálicas* son nuestras.

11. *Ibidem*, pág. 43. Las *itálicas* son nuestras.

12. Cf. *Fallos*: 234:32.

13. SAMPAY, Arturo Enrique, *La filosofía jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, ob. cit., pág. 45. Las *itálicas* son nuestras.

Sin embargo, no debe olvidarse que *el constitucionalismo moderno* (lo cual se plasma claramente entre los siglos XVIII-XIX) es *concreción jurídico-política del liberalismo*. De modo que causas fundamentales de la norma, como *la final*, cambiarán sustancialmente<sup>14</sup>. Con suerte se conserva solamente el nombre, pero no sin haber operado un auténtico *vaciamiento y/o sustitución* de su contenido.

**1º LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA RECONOCE UN ORDEN DE CONDUCTA INSTITUIDO POR DIOS Y OTRO INSTITUIDO POR EL ESTADO, ENTRE LOS CUALES NO DEBE HABER CONTRADICCIÓN SINO COMPLEMENTARIEDAD Y SUBORDINACIÓN DEL INFERIOR AL SUPERIOR**

Nuestra Constitución, como afirma Sampay, “[...] reconoce un orden de conducta instituido por Dios y otro instituido por el Estado”<sup>15</sup>. Por cierto que entre ellos no debe haber contradicción sino complementariedad y subordinación del inferior al superior.

En su opúsculo de referencia, luego de haber tratado acerca de las acciones privadas y públicas, Sampay hace lo mismo con *la ley moral natural*. Sostiene nuestro autor que hay una moralidad objetiva, *i.e.*, una bondad y maldad morales. Siguiendo a Derisi<sup>16</sup>, Sampay afirma

14. Un ejemplo, en este sentido, es la sustitución del término *bien común* por *bienestar general*.

15. SAMPAY, Arturo Enrique, *La filosofía jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, ob. cit., pág. 39.

16. Cfr. DERISI, Octavio Nicolás, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, 4ª edición corregida y aumentada, Buenos Aires, Educa, 1980. A propósito de la ley eterna, afirma Derisi: “Sin embargo, cuando se habla de ley eterna en *sentido estricto*, suele entenderse la norma y decreto divinos respecto al orden moral recibidos por los dictámenes de la razón humana, porque solo la creatura racional participa de la ley eterna en un sentido cabal y perfecto, es decir, formalmente en cuanto ley o norma consciente, ya que los seres irracionales la reciben y ejecutan inconscientemente y pasivamente” (pág. 403). Derisi remite a TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I-II, q. 93, a. 5 y 6, y más adelante agrega: “Bajo esta ley así entendida [‘La ley eterna es la razón de Dios, que manda conservar el orden natural y prohíbe quebrantarlo’ (AGUSTÍN DE HIPONA, *Contra Faust*, L. 22, a. 27)] caen directamente todos los actos específicamente humanos (regulados por la razón y puestos libremente) e indirectamente los actos de

como regla suprema y remota las leyes eternas de Dios y como regla próxima de esta moralidad el recto juicio de la razón, mediante los cuales no solo el hombre descubre los primeros principios morales sino que también los aplica a los casos particulares.

*Ir en contra* de este orden moral objetivo no se opera sin consecuencias; por esto, “[...] el que se insurrecciona contra un orden constituido padece por ello y quien se ajusta a ese orden atrae sus beneficios”<sup>17</sup>. Anticipemos una afirmación implicada en lo que diremos *infra*. En nuestros días, quienes se insurreccionan contra la ley moral natural son algunos Parlamentos cuando sancionan leyes (en realidad, un simulacro de las mismas) que son contrarias al orden social justo.

En lo que se refiere a la ley positiva humana, afirma Sampay:

“[...] es la parte de la moral que regla con igualdad imperativa los cambios de bienes entre los particulares o entre la sociedad y los particulares y que el legislador hace obligatoria y potencialmente coercitiva cuando lo estima necesario al bien de la comunidad”<sup>18</sup>.

Señalemos que Sampay vincula la ley humana con la moral, denominándola “parte” de la misma. Lejos de nuestro autor se encuentra la tesis de cuño positivista que separa el *corpus* jurídico de la moral.

las facultades del hombre en cuanto sometidas y regulables por los superiores, porque todo el hombre, con todas sus acciones, está ordenado a su último fin, ya que, según vimos, Dios no puede crear nada ni permitir acto alguno de sus creaturas sin imprimirle esta ordenación final hacia la gloria de su Bondad como a último fin” (pág. 404).

17. SAMPAY, Arturo Enrique, *La filosofía jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, págs. 27-28. En el mismo sentido, señala Tomás de Aquino que “los preceptos de la ley versan sobre los actos humanos, de los cuales la ley es guía *–praecepta autem legis sunt de actibus humanis, in quibus lex dirigit*”. Pero hay tres tipos de actos: los buenos por naturaleza *–actus boni ex genere–*, los malos por naturaleza *–actus mali ex genere–* y los indiferentes por naturaleza *–indifferentes*. En cuanto a los actos buenos, la ley los manda o impera *–respectu horum, ponitur legis actus praecipere vel imperare–*; respecto de los malos, la ley los prohíbe *–respectu horum, lex habet prohibere–* (S. Th. I-II, q. 92, a. 2, c.). Si estos actos prohibidos son cometidos –o, eventualmente, se omite obrar el bien–, el Estado castiga *–punire*.

18. SAMPAY, Arturo Enrique, *La filosofía jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, ob. cit., pág. 35.

Mediante la ley positiva humana, la conversión de lo justo natural en justo legal

“[...] no comprende la totalidad de la materia de la ley positiva, porque a veces el Estado también prescribe actos que de suyo son indiferentes ante lo justo natural, pero que una vez ordenados constituyen lo justo, y no cumplirlos lo injusto”<sup>19</sup>.

En estos casos, “[...] el débito moral dimana del débito legal, mientras que en la materia común y universal del derecho positivo, el débito moral antecede al débito legal”<sup>20</sup>.

A propósito del origen de la ley humana, afirma Tomás de Aquino que ella surge por vía de conclusión de los principios comunes de la ley natural –*a principiis communibus legis naturae per modum conclusionum*– y por vía de determinación –*per modum determinationis*. Con todo, cuando una ley humana surge por vía de conclusión, no lo hace simplemente como *puesta* por el hombre, sino que en parte mantiene la fuerza de la ley natural –*ea quae sunt primi modi, continentur lege humana non tanquam sint solum lege posita, sed habent etiam aliquid vigoris ex lege naturali*. En cambio, en el caso de proceder por vía de determinación, la ley tiene la fuerza propia de haber sido *puesta* por el hombre –*ea quae sunt secundi modi, ex sola lege humana vigorem habent*<sup>21</sup>.

Por otra parte, lo justo legal “[...] solo atiende a la rectitud exterior del acto jurídico”<sup>22</sup>, mientras que lo justo natural –el acto de justicia– también tiene en cuenta la rectitud del agente.

19. SAMPAY, Arturo Enrique, *La filosofía jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, ob. cit., pág. 35.

20. *Ibidem*, pág. 36.

21. Cf. TOMÁS DE AQUINO, *S. Th. I-II*, q. 95, a. 2, c.

22. SAMPAY, Arturo Enrique, *La filosofía jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, ob. cit., pág. 42.

**2º LA LEGISLACIÓN PROCURA LA CONSECUCCIÓN DEL FIN ÚLTIMO DEL HOMBRE, I.E., LA FELICIDAD Y, PER ACCIDENS, SE VUELVE COERCITIVA<sup>23</sup>**

Téngase en cuenta, siguiendo a nuestro autor, que lo justo legal o derecho positivo

“[...] surge cuando a ciertos débitos morales de la virtud de la justicia y a determinadas acciones nativamente indiferentes con respecto a la moral pero ordenables al bien común, el Estado les sobreañade el débito legal, es decir, los hace obligatorios y *coercitivos para la hipótesis de no ser cumplidos*”<sup>24</sup>.

Como afirma Tomás de Aquino, “[...] el efecto propio de la ley es hacer buenos a sus destinatarios *–proprius effectus legis sit bonos facere eos quibus datur–*” (*S. Th.* I-II, q. 92, a. 1, c.). En este sentido, el Estado, mediante la ley humana, genera un débito legal al débito moral, que es anterior al legal. Hay un debito moral porque el hombre debe buscar su último fin –la bienaventuranza o felicidad– mediante sus acciones (que, en este contexto, son medios).

Destaquemos, como se puede leer en el texto de Sampay, que *la legislación no tiene per se o primariamente un carácter coercitivo*. En todo caso, se trata de una consecuencia debido al incumplimiento de la misma ley. Pero ella, en principio, se ordena a la perfección del hombre en el ámbito de la vida social.

**3º EL DÉBITO LEGAL DEBE RESULTAR CONFORME AL DÉBITO MORAL. SI ASÍ NO FUERA, CUALQUIER IMPOSICIÓN DEL LEGISLADOR NO SERÍA DERECHO SINO UN ACTO DE VIOLENCIA COMETIDO POR PERSONAS QUE HABRÍAN DESNATURALIZADO EL PODER QUE EL ESTADO TIENE DE REFORZAR CON DÉBITO EVENTUALMENTE COERCIBLE OBLIGACIONES EMERGENTES DE LA VIRTUD DE LA JUSTICIA**

Si lo justo legal

23. Cf. *ibídem*, pág. 35.

24. *Ibídem*, pág. 40. Las *itálicas* son nuestras.

“[...] está configurado por la adición de un débito legal a tipos de débitos morales de la virtud de la justicia, forzosamente lo legal debe ser moral, aunque no sucede lo mismo con lo inverso, pues gran parte de la moralidad no está comprendida en la legalidad”<sup>25</sup>.

La conclusión resulta más que obvia, por lo que Sampay agrega inmediatamente:

“[...] si un débito legal contrasta con un débito moral, aquella imposición del legislador no sería derecho, sino un acto de violencia cometido por personas que habrían desnaturalizado el poder que el Estado tiene de reforzar con un débito eventualmente coercible obligaciones emergentes de la virtud de la justicia”<sup>26</sup>.

Nuevamente, Sampay sigue en este punto al Aquinate, quien afirma que “[...] la ley positiva humana en tanto tiene fuerza de ley en cuanto deriva de la ley natural. Y si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley”<sup>27</sup>.

Respecto de la aludida *desnaturalización del poder de Estado*, conviene señalar que en nuestros días, aunque nos disguste, el tono predominante de las leyes sancionadas es precisamente atentatorio de la existencia de la comunidad política.

#### A MODO DE CONCLUSIÓN PERSONAL A PARTIR DEL PENSAMIENTO DE ARTURO ENRIQUE SAMPAY

Podemos concluir, sin resultar exhaustivos, que, *aliquo modo*, el texto de la Constitución Nacional Argentina afirma la existencia de la ley moral natural como anterior y fundamento de la ley humana, incluida la misma Constitución. De esta manera, la conocida *supremacía*

25. *Ibidem*, pág. 41.

26. *Ídem*.

27. “Unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio” (TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I-II, q. 95, a. 2, c.).

*de la Constitución Nacional Argentina* (cf. Artículo 31 del texto) en relación con el resto del cuerpo legislativo nacional no puede sino estar abierta a la regulación de una norma moral y superior que también reviste carácter jurídico, y ésta no es otra que la mencionada ley moral natural.

En el mismo sentido, este reconocimiento de la ley moral natural como anterior y fundamento de la ley humana debe ser tenido en cuenta, y en primer lugar, al plantear el carácter constitucional de una ley o, dicho de otra manera, el llamado control de constitucionalidad debe tener como primer referente obligatorio la “participación de la ley eterna en la creatura racional”, *i.e.*, la ley moral natural.

# LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA

GUSTAVO IRRAZÁBAL<sup>1</sup>

La Doctrina Social de la Iglesia ha sostenido desde sus inicios la legitimidad de la propiedad privada como garantía de autonomía de la persona, señalando como camino para la justicia social su difusión, sobre todo a través del salario justo. Con el tiempo ha logrado equilibrar mejor su función individual y su función social, profundizando en su carácter instrumental, ordenado a hacer efectivo un derecho anterior y más fundamental de todos los seres humanos al uso de los bienes de la tierra. Hoy insiste en que toda forma de dominio privado o público puede ser legítima mientras esté al servicio del trabajo, lo que en la economía industrial moderna implica la necesidad de crear estímulos para canalizar la renta al ahorro y la inversión. Facilitar el paso de la posesión precaria a la propiedad legítima sigue siendo un objetivo central en la lucha contra la pobreza.

## I. LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA (DSI)

Fruto de la reflexión sobre los distintos aspectos de la “cuestión social” a la luz del Evangelio, la DSI se ha convertido a lo largo del

1. Pbro. Doctor Gustavo Irrazábal, Abogado (UCA). Doctor en Teología Moral Universidad Gregoriana de Roma. Profesor de Teología Moral. Profesor de Doctrina Social de la Iglesia (Facultad de Derecho-UCA).

tiempo en un auténtico cuerpo de doctrina. Ello no significa, sin embargo, que se proponga a sí misma como un sistema completo, rígido e inalterable frente a las exigencias históricas de la justicia. Por el contrario, es un pensamiento dinámico, en constante desarrollo, aunque sobre la base de una continuidad fundamental, y siempre atento a “las cosas nuevas” propias de una realidad social, económica y política en constante cambio. Por esta razón, una vía de reflexión siempre fecunda en este campo es aquélla que busca comprender esta evolución refiriéndola a los diferentes desafíos a los que la DSI busca responder, y a los contextos históricos en que se inscriben los diferentes pronunciamientos.

Como sabemos, si bien en la Iglesia ha existido desde sus orígenes una reflexión sobre los temas sociales, la misma ha adoptado a lo largo del tiempo diferentes configuraciones. En un sentido estricto, llamamos Doctrina Social de la Iglesia a la enseñanza social que emana de un conjunto de documentos pontificios y episcopales que comienza en 1891 con la encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII. La fijación de este inicio no es arbitraria. Con la encíclica mencionada comienza a perfilarse un nuevo concepto de justicia social, que superando la tendencia individualista que daba primacía a la justicia conmutativa (propia de los contratos), recupera la idea tradicional aristotélico-tomista de la justicia general, es decir, la justicia del bien común, unida a un fuerte énfasis en su aspecto distributivo, y a una nueva sensibilidad frente a la dimensión histórica de los problemas.

La fecundidad de esta nueva perspectiva no tardará en ponerse de manifiesto, permitiendo a la Iglesia abandonar una posición conservadora frente a las clamorosas injusticias que afectaban las relaciones laborales en el seno de los países industrializados, y erigirse como una instancia crítica y profética capaz de encauzar la aspiración de las multitudes postergadas que reclamaban una sociedad más justa e igualitaria.

Uno de los temas más ilustrativos para apreciar esta dinámica de la DSI, su evolución constante dentro de una continuidad fundamental, es sin duda el de la propiedad, en el cual se pone de manifiesto el doble esfuerzo de profundizar la fidelidad a la tradición, adaptándose al mismo tiempo a las condiciones de la economía moderna, en la cual los bienes materiales no son solo objeto de posesión, sino también

bienes productivos<sup>2</sup>. En esta evolución del pensamiento católico sobre la propiedad, podemos identificar tres etapas: una primera, representada por León XIII, y más decididamente, por Pío XI y Pío XII, busca equilibrar la noción individualista de la propiedad con la afirmación de su función social; una segunda, reflejada sobre todo en *Gaudium et spes*, afirma ya claramente la prioridad del destino universal de los bienes, única justificación de la propiedad privada; finalmente, Juan Pablo II afirma vigorosamente la subordinación de los bienes materiales (el capital productivo) al trabajo humano, pudiendo concretarse este imperativo tanto a través de la propiedad privada como de la pública. La distancia entre el comienzo y el final de este camino es muy grande, sin que se pueda hablar de una verdadera ruptura: se trata siempre del encuentro del Evangelio y la tradición cristiana con la realidad social y económica de cada época.

## II. LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA TRADICIÓN DE LA IGLESIA

Una constante en la Tradición de la Iglesia es la afirmación simultánea de la legitimidad de la propiedad privada y de las obligaciones sociales inherentes a ella, con apreciables diferencias en cuanto a la justificación de la primera y el alcance de lo segundo. La DSI se inscribe en este amplio marco, si bien su punto de partida presenta algunas discontinuidades con la doctrina precedente que es importante identificar.

En el Antiguo Testamento, la propiedad es aceptada como legítima, y colocada en la protección de la ley moral<sup>3</sup>, pero es también objeto de una regulación de carácter social que es signo del dominio supremo de Dios sobre todo lo creado<sup>4</sup>. En el Nuevo Testamento, las sucintas descripciones de la vida de la Iglesia primitiva en el Libro de los *Hechos de los Apóstoles* contienen como novedad la referencia a la

2. Sigo en la descripción de esta evolución principalmente a CAMACHO LARA-ÑA, I., *Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid, San Pablo, 1991; *Doctrina Social de la Iglesia. Quince claves para su comprensión*, Bilbao, Desclée, 2000.

3. Cf. *Ex* 20,15.17; *Dt* 19,21.

4. Cf., por ej., la prohibición de la usura, *Ex* 22,24; *Lev* 25,36.

comunidad de bienes entre los fieles (“tenían todo en común”)<sup>5</sup>, como expresión concreta de la caridad, la fraternidad cristiana y la esperanza escatológica, pero siempre como gesto voluntario que no excluye por principio el derecho a tener lo propio.

En los Padres de la Iglesia la propiedad es aceptada pero al mismo tiempo relativizada, por considerar que no pertenece al estado de inocencia original sino a la nueva situación producida por el pecado<sup>6</sup>. De ahí las fuertes advertencias sobre los peligros de la riqueza y la importancia de socorrer con lo que se posee a los necesitados. Sus exhortaciones, sin embargo, tienen un carácter exclusivamente espiritual y moral, y se mantienen por debajo de la ética social, ya que no pretenden poner en tela de juicio el orden social existente.

En S. Tomás, la doctrina sobre la propiedad encuentra un mayor equilibrio y un talante más positivo. Por un lado, afirma que al hombre compete por naturaleza el dominio de las cosas exteriores en cuanto a su uso, puesto que es imagen de Dios por su razón, y Dios ha creado las cosas inferiores para su sostenimiento corporal<sup>7</sup>. Con referencia a la propiedad privada, el Aquinate hace una distinción entre el poder de gestión y disposición de los bienes y su uso. En cuanto a lo primero, enuncia tres motivos por los cuales la propiedad privada es necesaria: porque el hombre cuida mejor lo que le pertenece en exclusividad que lo que es común; porque se administran más ordenadamente las cosas humanas si a cada uno le incumbe el cuidado de sus propios intereses; y finalmente, porque el estado de paz entre los hombres se mantiene si cada uno está contento con lo suyo<sup>8</sup>. Estos argumentos no tienen que ver necesariamente con el pecado, aunque es evidente su carácter pragmático.

5. Cf. *Hch* 2,44-45; 4,32.

6. Cf. Clemente de Alejandría (150-215), Tertuliano (155-222), San Cipriano (200-258), San Juan Crisóstomo (347-407), San Basilio (329-379), etc. De un modo más desarrollado, encontramos esta doctrina en San Agustín (354-430). Cf. GALINDO, A., *Moral socioeconómica*, Madrid, BAC, 226-7.

7. *S. Th.* II-II, q.66, a.1. Sigo en este punto a cf. CURRAN, Ch., *Catholic social teaching (1891-present). A historical, theological and ethical analysis*, Washington DC, Georgetown University Press, 2002, 176-177.

8. *S. Th.* II-II, q.66, a. 2.

Para S. Tomás, en consecuencia, es de ley natural solo el uso de los bienes de la tierra, mientras que la propiedad privada, sin ser contraria a la naturaleza, es un desarrollo de la razón humana, y corresponde al derecho positivo<sup>9</sup>. La DSI, en cambio, impulsada por las circunstancias históricas, enfatizó en sus comienzos el carácter natural de la propiedad privada, considerándola necesaria no solo por motivos prácticos sino como ámbito de desarrollo de la persona, mientras que su función social, al principio más restringida, fue ganando creciente relevancia.

### **Rerum Novarum. La propiedad privada como clave de la cuestión social**

La propiedad está en el centro del conflicto entre las dos grandes ideologías del siglo XIX, el capitalismo liberal y el socialismo. Para el primero la propiedad privada de los medios de producción era el fundamento del orden económico, mientras que el segundo la consideraba como la raíz última de todas las injusticias sociales originadas en la industrialización. Tomar posición en este enfrentamiento equivalía a tener que optar entre el orden establecido y la revolución.

El documento inaugural, y referencia permanente, de este largo proceso de reflexión social que llamamos DSI es, como acabamos de decir, la encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII, publicada en 1891. En esa época, las condiciones de trabajo en los países industrializados no diferían mucho de lo que algunas décadas antes habían descrito con pavoroso realismo el informe Villermé (1840, sobre el trabajo en la industria textil en Francia) y el informe Ashley (1842, sobre la situación en las minas de carbón en Inglaterra). Como respuesta al primero, una ley de Luis Felipe de Orléans, en 1841, ponía algunos límites al trabajo infantil, argumentando con brutal franqueza: “[...] esta mano de obra poco remunerada es ventajosa para la industria y la ley del trabajo se impone desde temprana edad como algo de orden natural [...] No obstante, hay que evitar que, para poder disponer de obreros de 11 años, acabemos teniendo mediocres soldados de 20 años”. El espíritu del

9. S. Th. II-II, q.66, a. 2, ad 1; II-II, q.57; a.2.3.

capitalismo liberal era demasiado insensible frente al dramático costo humano de su éxito económico.

Como modo de superar esta situación de intolerable explotación, la ideología socialista impulsaba la abolición de la propiedad privada a través del camino violento de la lucha de clases, poniendo en peligro las bases mismas de la armonía social. León XIII se encontró, pues, ante el desafío de confrontar esta ideología que se difundía con gran rapidez entre las masas obreras, y responder al mismo tiempo a una exigencia legítima de justicia.

En esta coyuntura, la propiedad privada es considerada por el Sumo Pontífice como la clave de bóveda de la estabilidad social<sup>10</sup>. El modo de lograr relaciones sociales más justas no es el del igualitarismo forzado, que suprimiendo la propiedad privada dejaría a los individuos a merced del poder omnímodo del Estado. Por el contrario, la propiedad privada es un derecho anclado en la misma naturaleza humana<sup>11</sup>, porque constituye la verdadera garantía de un ámbito propio en el que la persona puede ejercitar su libertad e iniciativa, proveer a su sustento y al de su familia, gozar de los frutos de su esfuerzo y estar a salvo de las eventuales arbitrariedades del poder político. El camino no es, entonces, el de suprimir la propiedad, sino el de difundirla de modo que todos puedan gozar de ella en la mayor medida posible. Y el principal instrumento para lograr este objetivo es el salario, que por lo tanto debe ser justo, no solo en cuanto libremente pactado sino también por su correspondencia a las necesidades del trabajador<sup>12</sup>.

10. "De todo lo cual se sigue claramente que debe rechazarse de plano esa fantasía del socialismo de reducir a común la propiedad privada, pues daña a esos mismos a quienes se pretende socorrer, repugna a los derechos naturales de los individuos y perturba las funciones del Estado y la tranquilidad común. Por lo tanto, cuando se plantea el problema de mejorar la condición de las clases inferiores, se ha de tener como fundamental el principio de que la propiedad privada ha de conservarse inviolable", RN 11.

11. Invocando la autoridad de S. Tomás aunque, como hemos explicado, sin corresponderse exactamente con su doctrina, cf. CURRAN, Ch., *Catholic social teaching*, ob. cit., 176-177.

12. "Pase, pues, que obrero y patrono estén libremente de acuerdo sobre lo mismo, y concretamente sobre la cuantía del salario; queda, sin embargo, latente siempre algo de justicia natural superior y anterior a la libre voluntad de las partes contratan-

De estas premisas se sigue también una crítica al Estado liberal, que no puede conformarse con el rol de gendarme, sino que tiene el deber de intervenir en la medida necesaria para garantizar la justicia en las relaciones laborales, y al mismo tiempo debe reconocer el derecho de los trabajadores a asociarse entre sí en la defensa de sus derechos, como modo de compensar la disparidad de fuerzas entre cada trabajador individual y su empleador.

La prioridad que León XIII acuerda a la propiedad privada por sobre otros principios sociales, hasta el punto de adjudicarle un carácter casi absoluto, hoy puede resultarnos extraña y no del todo consistente con la Tradición. En efecto, es fácil entrever cierta influencia del individualismo liberal en su argumentación a favor de este derecho. Pero, por un lado, no deja de reconocer que la propiedad es también fuente de *deberes* para sus titulares, y que en este sentido, debe considerarse lo propio “como común”<sup>13</sup>. El propietario, “como ministro de la providencia divina”, debe emplear sus bienes a favor de los demás<sup>14</sup>, aunque no tratándose este último de un deber de justicia sino de caridad cristiana, no puede el Estado exigir compulsivamente su cumplimiento. En la base de esta enseñanza se encuentra la distinción tradicional entre el derecho de propiedad y su uso (RN 17): el primero proviene de la naturaleza, no de la ley, y no puede ser abolido por la autoridad pública, a la cual sí compete moderar el segundo, para armonizarlo con el bien común (RN 33).

Por otro lado, en relación con el Estado, si bien señala su deber de garantizar la propiedad privada con la ayuda de la ley (RN 28), al mismo tiempo recuerda su misión de difundir la propiedad de modo que todos los grupos sociales puedan tener acceso a ella, y merced a

---

tes, a saber: que el salario no debe ser en manera alguna insuficiente para alimentar a un obrero frugal y morigerado”, RN 32.

13. “El hombre no debe considerar las cosas externas como propias, sino como comunes; es decir, de modo que las comparta fácilmente con otros en sus necesidades”, RN 17, cf. II-II q.65 a.2.

14. “Todo lo cual se resume en que todo el que ha recibido abundancia de bienes, sean éstos del cuerpo y externos, sean del espíritu, los ha recibido para perfeccionamiento propio, y, al mismo tiempo, para que, como ministro de la Providencia divina, los emplee en beneficio de los demás”, RN 17.

una más equitativa distribución de la riqueza se reduzcan las distancias entre las diferentes clases sociales (RN 33).

Se puede afirmar que la enseñanza de León XIII sobre la propiedad privada, pese adolecer de los límites del clima ideológico de aquél momento, constituye un punto de referencia irrenunciable del pensamiento social de la Iglesia. El respeto de la dignidad de cada persona no puede hacerse efectivo sin la posibilidad de gozar de un ámbito de autonomía que solo puede ser garantizado a través de la propiedad privada. Ésta debe ser entonces adecuadamente garantizada por la ley, y difundida a través del salario justo y de la acción del Estado, que debe crear las condiciones sociales que permitan a todos acceder a ella. Su función social consiste en el deber de usarla no solo en beneficio propio sino también a favor de los demás, aunque este deber no sea necesariamente ejecutable por parte del Estado. La inviolabilidad de la propiedad privada de ninguna manera está en contradicción con su función social, sino que por el contrario es un requisito indispensable para la misma.

### *Pío XI y Quadragesimo Anno. El salario justo*

El excesivo énfasis en la propiedad privada se fue equilibrando a medida que la reflexión social de la Iglesia tuvo que responder a nuevos y más amplios desafíos. La crisis financiera de 1929 puso de manifiesto profundas disfuncionalidades del capitalismo liberal, entre ellas, la ruptura del equilibrio entre capital y trabajo a favor del primero, con su tendencia a acaparar la renta y a reducir los salarios al límite de la subsistencia. La encíclica debía dar una respuesta a este problema, sin dejar de tener en cuenta los límites que imponía la dramática realidad de las quiebras masivas, la desocupación y la miseria generalizadas.

En ese contexto, Pío XI habla explícitamente de la “justicia social” como expresión actualizada del tradicional concepto de justicia distributiva, y reafirma la idea de la difusión de la riqueza a través del salario. Pero superando las vacilaciones de la enseñanza precedente, señala que la remuneración del trabajador no solo debe adecuarse a sus necesidades, sino también a las de su familia (QA 71), aunque

reconoce que ello, dadas las condiciones del momento, no puede lograrse de modo inmediato (id.). Al mismo tiempo, estando la justicia distributiva relacionada con el bien común, el nivel de los salarios no puede fijarse sin referencia a las posibilidades reales de los empleadores y al bien del conjunto de la sociedad, teniendo en cuenta la relación entre el nivel de los salarios, del empleo y de los precios (QA 74-75). También propone moderar el sistema de salariado con elementos del contrato de sociedad, como modo de atenuar el enfrentamiento de intereses, permitiendo que obreros y empleados participen en el dominio, la administración e incluso en los beneficios percibidos (QA 65).

Este planteo de la justa relación entre capital y trabajo se enmarca en una visión más amplia de Pío XI, relativa a la propiedad privada y la distribución de la renta, en la que equilibra mejor que su antecesor los aspectos individuales y sociales<sup>15</sup>. Busca evitar los extremos opuestos del individualismo y el colectivismo, señalando los deberes tanto del Estado como de los propietarios. Corresponde al Estado la tarea de armonizar la propiedad privada con el bien común, sin que ello lo autorice a violar este derecho, ni a gravarlo con excesivos impuestos (QA 49). En cuanto a los propietarios, se encomia la utilización de la “renta libre” para crear puestos de trabajo, no como acto de estricta justicia sino como expresión de liberalidad (QA 51). Reitera, sin embargo, la distinción ya señalada por León XIII entre el derecho de propiedad y su ejercicio, rechazando la idea de que el derecho de propiedad pueda perderse por abuso o por simple no uso. Si el respeto de los derechos ajenos es un deber de justicia conmutativa, el recto uso de lo propio está sometido a otras virtudes, y no puede ser exigido por ley (QA 47).

En conclusión, en un momento de profunda crisis del capitalismo, Pío XI ejerce su crítica contra una competencia sin límites que termina destruyendo la libertad de mercado y avasallando la dignidad de los trabajadores, y frente a las nuevas tendencias intervencionistas

15. Como puede apreciarse en el siguiente pasaje: “[...] por la naturaleza o por el Creador mismo se ha conferido al hombre el derecho de dominio privado, tanto para que los individuos puedan atender a sus necesidades propias y a las de su familia, cuanto para que, por medio de esta institución, los medios que el Creador destinó a toda la familia humana sirvan efectivamente para tal fin, todo lo cual no puede obtenerse, en modo alguno, a no ser observando un orden firme y determinado”, QA 45.

señala como límite del poder del Estado el principio de subsidiaridad, pero no cae en una condena radical a ese sistema. A diferencia del socialismo, al que considera “intrínsecamente perverso”<sup>16</sup>, reconoce que el capitalismo “no es vicioso por naturaleza” (QA 101) y que sus instituciones básicas son legítimas, aunque señalando la necesidad de que sean moderadas por el espíritu cristiano (QA 136-137). La propiedad privada y su difusión a través del salario sigue siendo, a juicio de Pío XI, la vía maestra de la justicia social.

### *Pío XII. El destino universal de los bienes*

Un nuevo paso hacia una comprensión más equilibrada de la propiedad privada, de su dimensión individual y social, y de su articulación con los restantes principios de la justicia social es el que da Pío XII en su radiomensaje, *La solennità*, conmemorativo de los cincuenta años de la *Rerum Novarum*<sup>17</sup>. De hecho, este documento no comienza hablando de la propiedad, sino del *uso de los bienes materiales*, y justifica el carácter natural y universal de este derecho utilizando, sugestivamente, los mismos argumentos que León XIII invocaba para defender la propiedad privada. El derecho a usar de los bienes de la tierra constituye el derecho “primero y fundamental” respecto del cual la propiedad privada reviste un carácter subordinado:

“Todo hombre, por ser viviente dotado de razón, tiene efectivamente el derecho natural y fundamental de usar de los bienes materiales de la tierra, quedando, eso sí, a la voluntad humana y a las formas jurídicas de los pueblos el regular más particularmente la actuación práctica. Este derecho individual no puede suprimirse en modo alguno, ni aun por otros derechos ciertos y pacíficos sobre los bienes materiales. Sin duda el orden natural, que deriva de Dios, requiere también la propiedad privada y el libre comercio

16. “El comunismo es intrínsecamente malo, y no se puede admitir que colaboren con el comunismo, en terreno alguno, los que quieren salvar de la ruina la civilización cristiana”, *Divini Redemptoris*, 60.

17. PÍO XII, Radiomensaje *La solennità della Pentecoste* (1941), en adelante: *LaS*.

mutuo de bienes con cambios y donativos, e igualmente la función reguladora del poder público en estas dos instituciones. Sin embargo, todo esto queda subordinado al fin natural de los bienes materiales, y no podría hacerse independiente del derecho primero y fundamental que a todos concede el uso, sino más bien debe ayudar a hacer posible la actuación en conformidad con su fin. Solo así se podrá y deberá obtener que propiedad y uso de los bienes materiales traigan a la sociedad paz fecunda y consistencia vital y no engendren condiciones precarias, generadoras de luchas y celos y abandonadas a merced del despiadado capricho de la fuerza y de la debilidad" (LaS 13).

Se afirma así la prioridad absoluta del destino común de todos los bienes creados. La propiedad privada permite hacer efectivo este derecho cuando a través de una justa distribución alcanza a todos los miembros de la sociedad (cf. LaS 17). Pero esta subordinación de la propiedad de los bienes a su uso universal de ninguna manera supone una desvalorización de la propiedad privada o de su importancia social y económica. Es así que Pío XII no deja de expresar sus reservas ante las políticas de nacionalización de empresas en la posguerra<sup>18</sup>. Del mismo modo, se opone a una corriente del catolicismo alemán que, viendo la empresa como una comunidad de personas, consideraba la cogestión como un derecho natural que debía ser consagrado por ley, y explica que ello supondría limitar fuertemente los derechos del propietario, que nunca pueden estar en paridad con los del asalariado<sup>19</sup>.

### *Juan XXIII y el Concilio Vaticano II. La respuesta a los cambios sociales*

Con este Pontífice empieza a perfilarse una nueva metodología para la DSI, de carácter más inductivo y, por consiguiente, más sensible a los cambios sociales. Así, la encíclica *Mater et Magistra* prestará

18. Cf. Discurso a los delegados de la Unión de Asociaciones Patronales Católicas, 7 de mayo de 1949.

19. Cf. Las conclusiones del *Katholikentag* de Bochum, 1949.

una atención especial a los nuevos aspectos que presenta la cuestión de la propiedad. Tres de ellos acaparan su atención, por relativizar ciertas argumentaciones a favor de la propiedad en los textos magisteriales precedentes: la creciente separación de funciones entre el propietario de los medios de producción y los dirigentes de la empresa; y la mayor importancia de los derechos previsionales y la formación profesional como fuente de seguridad económica (MM 104-106). Estos fenómenos son prueba de la nueva valoración del trabajo, “el cual, por su procedencia inmediata de la persona humana, debe anteponerse a la posesión de los bienes exteriores, que por su misma naturaleza son de carácter instrumental; y ha de ser considerada, por tanto, como una prueba del progreso de la humanidad” (MM 107). El documento no logra, sin embargo, extraer adecuadamente las consecuencias de estos hechos, y se limita a reafirmar la doctrina tradicional sobre la difusión de la propiedad privada y su función social, aunque incorpora como novedad la aceptación de la legitimidad de la propiedad pública, como consecuencia del reconocimiento de las mayores responsabilidades asumidas por el “Estado del bienestar” en la vida económica (MM 108-121).

La constitución pastoral *Gaudium et Spes* (1965), del Concilio Vaticano II, desarrolla con más claridad las implicancias de los cambios modernos, enfatizando el derecho universal al uso de los bienes de la tierra, fundado en la doctrina de la Creación: “Dios ha destinado la tierra y cuanto ella contiene para uso de todos los hombres y pueblos” (GS 69a). La propiedad privada o un cierto dominio sobre los bienes externos es reconocida como necesaria para brindar a cada cual “una zona absolutamente necesaria para la autonomía personal y familiar y deben ser considerados como ampliación de la libertad humana”, de donde se sigue la necesidad de fomentar el acceso a ellos por parte de todos (GS 71ab). Ya no se invoca, sin embargo, la ley natural para fundarla.

De esta enseñanza, el documento extrae dos conclusiones. En primer lugar, yendo más allá de la enseñanza precedente, señala el deber de ayudar al necesitado *no solo con los bienes superfluos* (id.). Incluso reafirma, en línea con una larga tradición, el derecho, en caso de extrema necesidad, de tomar de la riqueza ajena lo necesario para sí<sup>20</sup>,

20. Cf. S. Th. II-II, q.66, a.7.

como argumento a favor del deber de socorrer a personas y pueblos que padecen necesidades básicas. En segundo lugar, alude al tema de la inversión y el deber de orientarla a la creación de empleo y al provecho de las generaciones presentes y futuras (GS 70). No se trata, por lo tanto, solo de la posibilidad de transferir a otros recursos propios (en concepto de limosna, donación, ayuda internacional), sino también de someter a criterios éticos el uso productivo del capital.

De un modo más general, la precedencia del destino universal de los bienes determina cambios en el concepto mismo de propiedad. Si bien se reconoce su importancia insustituible para la autonomía personal y familiar, no se la reduce ya a la sola propiedad privada, a la cual intencionalmente se evita calificar como derecho natural, sino que se agrega la mención de otras formas más flexibles de dominio: lo importante, cualquiera sea la forma concreta que adopte, es que la propiedad esté al servicio de su destino común (GS 69a). La función social ya no afecta solo el “uso” sino la misma subsistencia de este derecho, como puede verse en el análisis del problema de los latifundios improductivos, en el cual se reconoce la posibilidad de expropiación por causa de bien común y a cambio de una indemnización equitativa (GS 71f)<sup>21</sup>.

### *Juan Pablo II. La hipoteca social de la propiedad*

Pablo VI, en *Populorum Progressio* (1967), se limita a reiterar la doctrina del Concilio al tratar el tema de la reforma agraria, en referencia a la función social de la propiedad para el uso de todos los hombres, el destino de la renta y la posibilidad de la expropiación (PP 22). El silencio sobre el requisito de la expropiación llama la atención, pero no es razón suficiente para considerar modificada la doctrina precedente sobre el tema.

21. La referencia a la “equidad” indica que la fijación del monto de la indemnización no responde solo a criterios conmutativos, sino también a consideraciones de proporcionalidad, teniendo en cuenta las posibilidades de la sociedad y del expropiado, cf. SUTOR, B., *Politische ethik*, 227.

Con Juan Pablo II llega a término el proceso de evolución, a través del cual la propiedad privada pierde el carácter de principio supremo que revestía en los comienzos para quedar subordinada a otros principios. En *Laborem Exercens*, el Papa analiza esta cuestión a la luz de un concepto que considera prioritario, por estar vinculado de un modo más directo a la persona y a su dignidad: el trabajo. La propiedad, en cualquiera de sus formas, se justifica en la medida en que favorece el trabajo<sup>22</sup>. Ya no importa tanto si la propiedad es pública o privada a condición de que esté al servicio de la persona.

Esto significa, en concreto, que la meta que se debe procurar es que la propiedad de los bienes de capital adopte una forma tal que permita al trabajador sentir que está trabajando “en algo propio” (LE 15b). Este es el argumento que Juan Pablo II califica como “personalista” (LE 15), antes utilizado para justificar la propiedad privada y que ahora el Pontífice aplica también a otras formas de propiedad. Para fomentar este vínculo entre capital y trabajo, la encíclica enumera propuestas referidas a la copropiedad de los medios de producción, y a la participación de los trabajadores en la gestión y /o en los beneficios de las empresas (LE 14c), lo cual no equivale a una condena taxativa del capitalismo, o a una defensa de la colectivización, sino que apunta a una auténtica “socialización” de la propiedad:

“El mero paso de los medios de producción a propiedad del Estado, dentro del sistema colectivista, no equivale ciertamente a la ‘socialización’ de esta propiedad. Se puede hablar de socialización únicamente cuando quede asegurada la subjetividad de la socie-

22. “Como ya se ha recordado anteriormente en este mismo texto, la propiedad se adquiere ante todo mediante el trabajo, para que ella sirva al trabajo. Esto se refiere de modo especial a la propiedad de los medios de producción. El considerarlos aisladamente como un conjunto de propiedades separadas con el fin de contraponerlos en la forma del ‘capital’ al ‘trabajo’, y más aún realizar la explotación del trabajo, es contrario a la naturaleza misma de estos medios y de su posesión. Estos no pueden ser *poseídos contra el trabajo*, no pueden ser ni siquiera *poseídos para poseer*, porque el único título legítimo para su posesión –y esto ya sea en la forma de la propiedad privada, ya sea en la de la propiedad pública o colectiva– *es que sirvan al trabajo*; consiguientemente que, sirviendo al trabajo, hagan posible la realización del primer principio de aquel orden, que es el destino universal de los bienes y el derecho a su uso común”, LE 14c.

dad, es decir, cuando toda persona, basándose en su propio trabajo, tenga pleno título a considerarse al mismo tiempo 'copropietario' de esa especie de gran taller de trabajo en el que se compromete con todos" (LE 14g).

Y en este sentido, afirma Juan Pablo II en su siguiente encíclica social, *Sollicitudo rei Socialis* (1987):

"Es necesario recordar una vez más aquel principio peculiar de la doctrina cristiana: los bienes de este mundo están originariamente destinados a todos. El derecho a la propiedad privada es válido y necesario, pero no anula el valor de tal principio. En efecto, sobre ella grava 'una hipoteca social', es decir, posee, como cualidad intrínseca, una función social fundada y justificada precisamente sobre el principio del destino universal de los bienes" (SRS 42).

La última encíclica social de Juan Pablo II, *Centesimus Annus* (1991), constituye la mejor exégesis de la expresión aludida. El texto recuerda una afirmación constante de la DSI: la licitud de la propiedad privada, y al mismo tiempo, su limitación (CA 30c). El hombre se apropia de los bienes del mundo a través del trabajo. Pero originándose estos bienes en el acto creador de Dios, esa apropiación no debe impedir el acceso de los demás hombres a los mismos, sino que, por el contrario, debe permitir la colaboración de todos en la misión de dominar la tierra (CA 31b). Esta importancia del trabajo organizado se hace más evidente en nuestro tiempo, en el cual muchos bienes no pueden ser producidos sino por la colaboración de muchos. En esto se pone de manifiesto una verdad fundamental sobre la persona: el hombre es el principal recurso del hombre (CA 32b).

La consiguiente crítica a un modo de capitalismo basado en el predominio absoluto del capital, la posesión de los medios de producción y la tierra, respecto a la libre subjetividad del trabajo del hombre, no comporta una aprobación del sistema socialista, que de hecho es un capitalismo de Estado, sino la búsqueda de "una sociedad basada en el trabajo libre, en la empresa y en la participación" (CA 35b).

En consecuencia, nada indica que la función social de la propiedad deba traducirse en una débil protección legal de la propiedad privada que permita al Estado "redistribuir" a su antojo. Explícitamente

te CA acepta el capitalismo en el sentido de “economía de empresa”, “economía de mercado” o, simplemente, “economía libre”, encuadrada en un sólido contexto jurídico que la ponga al servicio de la libertad humana integral (CA 42b). La difusión de la propiedad, incluyendo esa nueva forma de propiedad, es la propiedad del conocimiento, de la técnica y del saber (CA 32), sigue siendo el camino de la equidad económica, no a través del mero “reparto”, sino a través de la justa distribución, y su “socialización” al servicio de la iniciativa personal y la laboriosidad.

### III. LA PROPIEDAD Y LA OPCIÓN PREFERENCIAL POR LOS POBRES

El principio de la opción preferencial por los pobres (OPP), elaborado primero por el episcopado latinoamericano en Medellín (1968)<sup>23</sup> y Puebla (1979)<sup>24</sup>, fue asumido luego por el magisterio universal<sup>25</sup>. Es, en esencia, la formulación de una verdad con profundas raíces bíblicas y evangélicas: el amor de *Yahveh* por los pobres, que encarna Jesús en su misión, y que se continúa en praxis caritativa de la Iglesia.

Este amor se refiere no solo a la pobreza material, sino también a las numerosas formas de pobreza: son también “pobres” los enfermos, los adictos, los ancianos, las personas solas, las personas abusadas de diferentes modos, aquellos que no encuentran sentido para su vida, etcétera<sup>26</sup>.

Pero la formulación moderna de este principio es la respuesta a una exigencia histórica de justicia social, y tiene por lo tanto una innegable acentuación socioeconómica, focalizándose en la pobreza *material*, que va unida a la carencia de participación económica, social y

23. Cf. JUAN PABLO II, *Discurso inaugural de la II Conferencia General del Episcopado Latinoamericano*, introducción; *Documentos de Medellín (DM)*, *Pobreza en la Iglesia* 9.

24. Cf. *Documento de Puebla* 1134-1165.

25. Cf. *Sollicitudo rei Socialis* (SRS) 42.

26. Cf. CDS 184; CEC 2444; BENEDICTO XVI, *Jornada Mundial de la Paz* (2009), que llama a considerar no solo la pobreza económica, sino también la pobreza moral y espiritual, que se da, por el ejemplo, en el “subdesarrollo moral” característico del superdesarrollo (cf. JUAN PABLO II, SRS 28; *Centesimus Annus* 36).

política<sup>27</sup>. Este fenómeno, considerado en otras épocas casi como natural e inevitable, comienza a verse como la expresión de una injusticia intolerable a la luz de los nuevos conflictos, aspiraciones y posibilidades humanas surgidas a lo largo del siglo XIX.

La OPP da expresión a esta nueva visión de la pobreza: ésta no es una simple desgracia, es una situación que podría y debería ser superada, y cuya persistencia se origina en injusticias y responsabilidades concretas, de las sociedades en su conjunto, de grupos y de actores particulares. La pobreza no solo debe ser paliada, aliviando sus consecuencias más crudas: debe ser eliminada. Los pobres no solo tienen una legítima expectativa a ser asistidos: tienen un derecho a contar con las condiciones necesarias para emerger de su situación, gozar de una existencia digna y participar plenamente de la vida social. La inclusión de los derechos sociales en las constituciones modernas es expresión de esta nueva conciencia.

En una perspectiva unilateralmente “liberacionista”, el problema de la pobreza es analizado sobre todo en términos de justicia distributiva, entendida ésta de un modo estático (como reparto de una magnitud fija, en un juego de “suma cero”) y vinculado a la lucha de clases. Como resultado, la propiedad privada es considerada como una superestructura jurídica que consagra la injusticia estructural subyacente. El énfasis actual de la enseñanza de la Iglesia en el destino universal de los bienes es interpretado como una preferencia por la propiedad común por encima de la privada, y los textos neotestamentarios sobre la comunidad de bienes en la Iglesia primitiva, las exhortaciones de los Padres y el testimonio de la vida religiosa<sup>28</sup> son utilizados para fundamentar la necesidad de un “socialismo cristiano”.

27. DP 1135.

28. Las órdenes religiosas, que viven el consejo evangélico de la pobreza, constituyen signos del Reino de los Cielos, y en ese sentido encarnan una utopía inspiradora, pero de ninguna manera pueden interpretarse como un proyecto alternativo para el recto orden social. cf. RATZINGER, J., *Church, ecumenism and politics. New endeavors in ecclesiology*, 13. *Eschatology and utopia*. III. *The utopian city of the monks*, Ignatius Press, S. Francisco, 1987. Por otra parte, el ideal mendicante supone la existencia de personas dispuestas a socorrer al prójimo con lo propio.

Para la DSI, en cambio, el principio del destino universal de los bienes no ofrece ninguna indicación *directa* para la pregunta sobre qué regulación de la propiedad puede realizarlo en mayor medida, dependiendo mucho las respuestas concretas no tanto de principios teológicos o filosóficos cuanto de la reflexión racional práctica y de la experiencia. Aún así, el magisterio social ofrece orientaciones relevantes como las que hemos señalado a lo largo de nuestra reflexión y que pueden servir de guías en el diseño de políticas de Estado en esta materia.

### *De la DSI a las políticas de Estado en el ámbito de la propiedad*

Según hemos dicho, el principio del destino universal de los bienes pertenece al ámbito de los fines: Dios ha creado el mundo para confiarlo al cuidado y al uso responsable de los hombres. La propiedad privada constituye un principio subordinado, que se ubica en el plano de los medios, porque está ordenada a hacer efectivo el principio superior del uso común. Pero es una afirmación constante de la DSI que un orden fundado en la propiedad privada, sin excluir otros modos de dominio privado y público, es especialmente apto para cumplir esta función<sup>29</sup>.

Para especificar en qué sentido el destino universal de los bienes puede incidir en el uso de la propiedad privada, conviene por lo pronto distinguir entre distintos tipos de bienes: los de consumo, durables y no durables; el dinero, los títulos y otros valores; los bienes de capital o de producción y la tierra. Es claro que en cada uno de estos casos la significación social de la propiedad es diferente, y por lo tanto también lo es la limitación de la que puede ser pasible por parte del legislador. En un extremo, el uso de dinero y bienes de consumo no durables depende totalmente del arbitrio del titular; en orden creciente, los bienes de consumo durables, los títulos, los bienes de capital, son objeto de diferentes regulaciones para protección de los particulares y del bien común.

29. Sigo en este apartado especialmente a SUTOR, B., *Politische ethik*, ob. cit., 227-230.

Más aún debe ser regulada la propiedad de la tierra, siendo un bien especialmente escaso, por razón del bien común. No en el sentido de que la misma deba ser por principio común: la experiencia demuestra que ese no es necesariamente el camino más beneficioso para la sociedad. Pero sí se requieren regulaciones estatales y locales que garanticen ciertas pautas mínimas para su uso, relativas a planificación, tránsito, construcción, explotación del suelo, etc. En situaciones especiales es posible, incluso, respetando ciertos requisitos legales, la expropiación. Pero la prueba de la necesidad pública corre por parte del expropiador, el procedimiento y los requisitos deben ser establecidos por ley, y como contrapartida debe darse una indemnización justa.

La DSI ha afirmado esta enseñanza sobre todo con referencia a la propiedad agraria en los países en vías de desarrollo, pero la misma lógica se aplica a la propiedad de los medios de producción. En cualquier caso, es importante señalar que en la DSI la idea de expropiación no se formula en contraposición a la propiedad privada. La transferencia de los bienes expropiados al Estado no es garantía automática de su utilidad pública, menos aún cuando aquellos se convierten en botín de una casta privilegiada o de una nomenklatura. El vaivén entre “nacionalizaciones” y privatizaciones en nuestro país es un ejemplo dramático del olvido de uno y otro extremo.

Pero el paso del tema de la tierra al de los medios de producción requiere una reflexión actualizada. En la DSI, la justificación de la propiedad privada estuvo vinculada, al principio, a la sociedad agraria y al trabajo de la tierra. De ahí la insistencia en su función individual, como estímulo a la iniciativa, garantía de autonomía y sustento para el propietario y su familia. En la sociedad industrial y posindustrial, este argumento, sin perder totalmente vigencia, debe ser redimensionado, ya que estos fines prácticos también se alcanzan por otros medios: instrucción, profesión, cobertura de salud, seguridad social, etc. Por otro lado, pasa a primer plano la función social y económica de la propiedad privada del capital. La creciente conciencia sobre este aspecto se ve, por ej., en *GS 70*, donde se exhorta a invertir las ganancias en modo de favorecer la producción y el trabajo, buscando un equilibrio entre las necesidades de las generaciones presentes y las futuras.

De un modo general, las políticas de Estado en este ámbito deben tener como objetivo ayudar a todos los sectores de la población a acceder a la propiedad privada. Y como acabamos de decir, un aspecto muy importante de este objetivo es la difusión de la participación en la propiedad de los medios de producción:

-En primer lugar, esto incide en el modo de concebir la relación entre capital y trabajo. La DSI considera que el trabajo tiene una prioridad intrínseca respecto del capital y que entre ambos debe existir una relación de complementariedad<sup>30</sup>. Esta consigna se vuelve más acuciante en el contexto de la revolución tecnológica y la globalización, que junto a las nuevas posibilidades, exponen a los trabajadores al peligro de la explotación o la precarización. En virtud de este principio, el trabajo debe ser considerado un título de participación en la propiedad, la gestión y los frutos del capital<sup>31</sup>.

-También es necesario favorecer la posibilidad de participación de la población en general en la propiedad de los medios de producción. Uno de los aspectos fundamentales de la función social de la propiedad privada en la sociedad moderna es la necesidad de canalizarla a favor de la inversión productiva y la innovación tecnológica tan necesaria para el desarrollo industrial, y ello solo puede lograrse a través del ahorro de largo plazo, y la consiguiente moderación del consumo, el desaliento de la especulación y de la mentalidad rentística.

A esto se suma la importancia de la difusión de la propiedad de otros tipos de bienes, en primer lugar, facilitando el acceso a la vivienda propia a través de créditos hipotecarios y otros instrumentos a disposición del Estado. Por otro lado, sobre todo en el contexto de los países en desarrollo, es preciso favorecer el paso de la propiedad extralegal a la legal, y de la economía informal a la formal, a través de la facilitación de los procedimientos burocráticos y otros estímulos<sup>32</sup>.

30. Cf. LE 12; CDS 277-282.

31. Cf. LE 14; CDS 281. Hay que reconocer, sin embargo, el éxito solo relativo que han tenido los diferentes sistemas de cogestión, como puede apreciarse en los casos de Alemania y Francia. Para el primero, cf. SUTOR, B., *Politsche ethik*, ob. cit., 228-229.

32. Para un estudio de este tema, cf. DE SOTO, H., *El misterio del capital*, Buenos Aires, Sudamericana, 2002.

De un modo más general, la DSI afirma que “la justa distribución del rédito no debe establecerse solo en base a criterios de justicia conmutativa, sino también de justicia social, es decir, considerando además del valor objetivo de las prestaciones laborales, la dignidad humana de los sujetos que las realizan” (CDS 303). Es por ello que se considera legítima la instrumentación de “adecuadas políticas sociales de redistribución de la renta que, teniendo en cuenta las condiciones generales, consideren oportunamente los méritos y las necesidades de todos los ciudadanos” (í.d.).

Junto a su difusión, es necesario que la propiedad privada sea adecuadamente garantizada, evitando lesionar injustamente los derechos de los propietarios en aras de pretendidos fines sociales (como ha sucedido en nuestro medio con ciertas leyes de alquileres demagógicas que acordaban a los intereses del locatario una prioridad excesiva sobre los del propietario, y terminaron invariablemente perjudicando a unos y a otros).

### *Una aplicación concreta: el caso de las villas de emergencia*

Un problema que se agudiza año tras año en nuestro país es el de la vivienda, cuya manifestación más visible es el crecimiento de las villas de emergencia, ámbitos de pobreza en algunos casos extrema, marginalidad, crimen y ausencia del Estado. La Iglesia ha ido tomando conciencia de la gravedad de esta situación, y ha logrado establecer en ellas una considerable presencia pastoral, de servicio espiritual y promoción humana, e incluso ha contribuido en gran medida a la difusión de los intereses y necesidades de sus habitantes, hasta instalarlos firmemente en la conciencia pública.

Sin embargo, y sin desmerecer en nada el valor simbólico de esta expresión tan concreta de la opción preferencial por los pobres, es preciso señalar a la luz de la DSI, que para superar esta difícil situación no basta la “integración” de la villa al resto de la ciudad a través de la extensión de los servicios públicos y otros beneficios puntuales. La informalidad, unida a la ayuda pública, puede presentar algunas ventajas de corto plazo, pero posterga las verdaderas soluciones. Es preciso afrontar una cuestión de fondo: la de la propiedad. La adopción

de una ambiciosa, transparente y eficaz política de vivienda de largo plazo por parte del Estado; la elaboración de un plan de legalización de la posesión precaria en los casos en que ello es posible y, en los demás casos, la facilitación del acceso a la vivienda propia en otros lugares, debería ser considerado como una demanda prioritaria, en la cual toda la comunidad eclesial, y sobre todo los laicos, debería involucrarse decididamente.

Como ha enseñado la DSI desde sus comienzos, no es el debilitamiento de la propiedad privada sino su difusión lo que conduce a los pobres a liberarse de manipulaciones interesadas y recuperar el protagonismo de su propio futuro.

# EL ENTIERRO DE MONTESQUIEU

LUIS MARÍA BANDIERI<sup>1</sup>

En 1985, Alfonso Guerra, entonces vicepresidente del gobierno español encabezado por Felipe González, pronunció una frase destinada a hacerse famosa: “Montesquieu ha muerto”. Fue vertida cuando el partido socialista (PSOE) aprovechó la mayoría parlamentaria recién alcanzada para reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial. De acuerdo con esa reforma, los vocales del Consejo General del Poder Judicial (equivalente a nuestro Consejo de la Magistratura) debían en adelante ser elegidos por el parlamento y no, como hasta entonces, mayoritariamente por los mismos jueces, fórmula a la que se tachaba de “corporativista”<sup>2</sup>. Los críticos advirtieron allí un intento de manejar los tres órganos clásicos del Estado para un proyecto de gobierno a largo plazo. Nada mejor, para eso, que enterrar de una buena vez por todas al viejo y quizás molesto señor de la Brède y barón de Montesquieu. Como buen político, Guerra, en sus memorias<sup>3</sup>, negó haber pronunciado literalmente aquella fórmula, aduciendo haber sido sus declaraciones tomadas fuera de contexto, etc. Como otras tantas frases de notoriedad en cada época, si no la dijo, bien pudo haberla pensado

1. Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor Titular Ordinario –Facultad de Derecho (UCA).

2. Más tarde, llegado al poder el PP (Partido Popular), se llegó a un “pacto por la justicia”, a través de una fórmula de elección mixta, que según muchos críticos tampoco resulta satisfactoria para mantener la independencia de la judicatura.

3. GUERRA, Alfonso, *Dejando atrás los vientos. Memorias 1982-1991*, Madrid, Espasa Calpe, 2006.

porque se actuó en consecuencia. Sea como fuere la historia, aquella frase de Guerra nos ha de servir de disparador para unas reflexiones sobre lo que queda aquí y ahora de la llamada “división” o “separación de poderes”, cuya paternidad el constitucionalismo clásico atribuía a Montesquieu. Nos enseñaron, y algunas veces hemos repetido, que aquella prescripción era el remedio infalible y obligado, la “tríaca máxima”, para mantener la libertad e impedir las demasías del poder. Pero desde la “verdad efectiva” de la experiencia política se advierte que la cura prometida no tiene generalmente ocurrencia. Y desde el examen de las fuentes, se concluye que entre las formulaciones originales y la vulgata constitucionalista sobre ella sucesivamente acumulada ocurre lo que a los viejos frescos de algunos templos, en los que sobre la obra inicial se han ido colocando nuevas capas de pintura y variado los motivos primigenios, hasta no poder reconocerla sino luego de un paciente trabajo de restauración. Olarieta Alberdi señala, con mucha propiedad, que “hoy, la separación de poderes ha dejado de ser un principio jurídico-constitucional preciso para convertirse en una leyenda que circula con vida y virtualidad suficiente para explicar el surgimiento de cualquier clase de institución o principio al que se necesite justificar y dotar de un determinado contenido”<sup>4</sup>.

#### LEGALIDAD POR LEGITIMIDAD

La separación de poderes y el reconocimiento de un catálogo de derechos fueron los pilares del Estado de Derecho liberal. El Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señalaba que toda sociedad donde no estuviesen garantizados los derechos y no resultase determinada la separación de poderes no tiene una Constitución –“*n’a point de Constitution*”. Tal afirmación se corresponde con el concepto, lanzado al mismo tiempo por Sieyès, de poder constituyente originario, que a manera de Dios creaba ori-

4. OLARIETA ALBERDI, Juan Manuel, “La separación de poderes en el constitucionalismo burgués”, *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, N° 32 (2011, 4), en [http://dx.doi.org/10.5209/rev\\_NOMA.2011.v32.n4.38083](http://dx.doi.org/10.5209/rev_NOMA.2011.v32.n4.38083).

ginariamente de la nada un texto constitucional, sin atadura previa alguna, ya que antes de él ninguna constitución existía. Se pone en pie así, como señala Schmitt, un “concepto ideal”<sup>5</sup> de Constitución, que se convierte también en el único concebible: la sola y exclusiva Constitución “constitucional”. La separación de poderes, según el mismo autor, entendida como encierro y división del poder público en un sistema de competencias circunscriptas se traduce como “principio de organización” del Estado de Derecho, que asegura el “principio de distribución”, sobre el que reposa en la libertad, en principio ilimitada, del individuo portador de derechos fundamentales, reconocida como dato previo a la organización estatal. El “principio de organización” garantiza que aquellos derechos de la libertad solo limitadamente podrán ser afectados por el Estado. Para tal finalidad, la división permite establecer frenos y controles recíprocos entre los “poderes”. Aquella libertad, en el Estado de Derecho clásico –el mismo sobre el que la vasta corriente neoconstitucionalista actual entona un lapidario réquiem–, reside y se expresa en la legalidad, como “regularidad externa para la elaboración de las leyes y en la formación de las demás decisiones del Estado”<sup>6</sup>. La legalidad, en suma una técnica, toma el lugar, en dicho Estado de Derecho, de la legitimidad. La precisión técnica, como adecuación al procedimiento formalmente correcto, que la “división de poderes” garantiza, se convierte así en fuente de legitimidad y justificación, a mayor gloria de la libertad. Pero ya en 1925, Hans Kelsen advertía que el dogma de la separación de poderes nació “como postulado político para lograr una estructura más conveniente de la organización estatal”, por lo que “apenas cabe esperar que la separación de la legislación y de la ejecución (en sentido amplio) garantice en firme la ‘libertad’ de los súbditos”<sup>7</sup>. Por su lado, Hermann Heller señalaba que “la división de poderes, de carácter organizatorio, tiene solo como fin garantizar la seguridad jurídica y es, por ello, un

5. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pág. 58.

6. SAMPAY, Arturo E., *La crisis del Estado de Derecho liberal burgués*, Buenos Aires, Editorial Docencia, 2008, pág. 80.

7. KELSEN, Hans, *Teoría del Estado*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, México DF, Editora Nacional, 1972, págs. 333 y 335.

medio técnico [...] la legalidad del Estado de Derecho no puede sustituir a la legitimidad". Más aún, advertía que allí había no solamente una inexactitud, "sino también la involuntaria comprobación de una degeneración de la conciencia jurídica"<sup>8</sup>. Invocando la división de poderes como broquel de la libertad, se intentaba un pase de ilusionista que permitiera resolver el problema nodal de la legitimidad, sustituyéndolo por la cuestión técnica de legalidad. Por medio de la técnica legal se procuraba enjaular lo que llama Sampay "el *perpetuum mobile* de la política"<sup>9</sup>, pero sin hallar así una respuesta a los enigmas que ella constantemente plantea. Ahí estaba el vientre blando del Estado de Derecho clásico, objeto en su tiempo de la crítica, por ejemplo, de Schmitt, Heller o Sampay. Ese flanco, nunca bien cubierto, es el que hoy el neoconstitucionalismo, dejando a un lado el dogma de la división de poderes, intenta acorazar por medio de una manufacturación incesante de principios y valores, referidos a derechos humanos, que tienen como principal actor, ahora, al juez activista. Sobre este aspecto nos remitimos a otros trabajos anteriores<sup>10</sup>, porque lo que aquí importa es resaltar que la "triacia máxima" de la "división de poderes" quedó reducida a la técnica de elaboración formalmente correcta del derecho positivo, comprendiéndose entonces que, incumplidas sus promesas, no haya resultado efectivamente protectora ni de las libertades ciudadanas ni haya servido de valladar infranqueable a las demasías de poder.

8. HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tosío, México, FCE, 1968, pág. 239.

9. SAMPAY, Arturo E., *La crisis del Estado de Derecho liberal burgués*, ob. cit., pág. 81.

10. Ver BANDIERI, Luis María, "Notas al margen del neoconstitucionalismo", *EDCO* (El Derecho Constitucional, serie especial), Buenos Aires, 2009, pág. 343; "En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI", en *Estudios de derecho constitucional con motivo del Bicentenario*, Eugenio Luis Palazzo (Director), Buenos Aires, El Derecho, 2012, págs. 33/51; "Justicia constitucional y democracia: ¿un mal casamiento?", en *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*, George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet (Coordinadores), Bahía, ed. Jus Podium, 2012, págs. 333/363; "Ojeada a los problemas (y algunas paradojas) del 'Estado Constitucional' y de la 'Democracia Constitucional', en *Constituição, política e cidadania*, George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet (Coordinadores), João Pessoa, GIW, 2013, págs. 311/334.

Pero no culpemos a Montesquieu de esta desoladora conclusión. Tratemos de entender su propuesta sin ceñirnos al breve fragmento de su obra privilegiado por el constitucionalismo clásico.

### UNA AUSENTE “DIVISIÓN DE PODERES”

Cabe señalar, ante todo, que el clásico barón, pese a tener bien leído a John Locke y su *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, no echa mano de inicio a noción alguna de contrato que señale el paso del estado de naturaleza a sociedad política<sup>11</sup> ni postula la existencia de un catálogo de derechos individuales anteriores, independientes y superiores a aquélla. Más bien correspondería rastrear sus fuentes en Nicolás Maquiavelo y en Juan Bautista Vico. Es en el ajuste de la organización política a la naturaleza de las cosas donde puede desarrollarse la libertad política, con mayor plenitud si se siguen las orientaciones que desparrama en su extensa obra. La libertad política no consiste en hacer lo que uno quiera, sino en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer; en otras palabras, es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten lo que tiene como efecto la tranquilidad de espíritu del ciudadano, que es otro nombre de la seguridad de no temer nada del otro. Nuestro barón entiende que las libertades concretas se expanden allí donde se despliega la libertad política, con la forma de privilegios, franquicias, derechos y estatutos particulares invocados y sostenidos por los cuerpos intermedios. “Poderes intermediarios, subordinados y dependientes”, dice nuestro autor, que operan “como ciertos conductos intermedios por donde fluye el poder, pues si en el Estado no hubiera más que la voluntad momentánea y caprichosa de uno solo, nada podría tener fijeza

11. “Nunca oí hablar de derecho público sin que se comenzase investigando con mucho cuidado cuál es el origen de las sociedades, lo que me parece ridículo. Si los hombres no se asociasen, si se abandonasen y se rehuyeran los unos a los otros, habría que preguntarse la razón, y examinar por qué se mantienen separados; pero todos nacen vinculados unos con otros, un hijo nace junto a su padre y permanece con él; tal es la sociedad y el origen de ella”, *Cartas Persas*, carta XCV, en <http://www.bacdefrancais.net/persanes-integrale.htm>.

y, por consiguiente, no habría ninguna ley fundamental”<sup>12</sup>. Aquí está hablando de “poderes”, o más bien potestades, como se aclara más abajo, sociales y verticales, y no de una “división de poderes” horizontal y meramente “geográfica”. En puridad, Montesquieu no propicia esta última “división” de los “poderes” y ni siquiera habla de ella. Se refiere una sola vez a la separación<sup>13</sup>, con referencia a la organización judicial. No deben estar reunidos los tres poderes en la misma persona o en el mismo cuerpo<sup>14</sup>. Más bien habla de distribución y hasta de fusión en el caso del modelo británico, un Estado –dice– que, además de la finalidad común a todas las formas estatales, que es la de mantenerse, apunta directamente a la libertad política. Pero “las monarquías que conocemos<sup>15</sup>, tales como la monarquía francesa, cuya finalidad apunta a la gloria del príncipe, de los ciudadanos y del Estado, también tienen su particular distribución de los ‘poderes’, ‘según la cual se acercan más o menos a la libertad política’<sup>16</sup>, ya que de otro modo degenerarían en despotismo. Pero allí, en las monarquías conocidas, “los tres poderes no están distribuidos ni fundidos, según el modelo de la Constitución que hemos hablado (es decir, la británica), sino que cada una tiene una distribución particular”<sup>17</sup>. Entonces, ni “división”, ni “separación”, que se dice al pasar, sino “distribución” y hasta “fusión” de los poderes, expresiones que, curiosamente, se acercan más a las características del modelo que visitó durante su estadía inglesa, donde no había una separación entre el Ejecutivo y el Legislativo, donde el Lord Canciller podía ser también instancia de apelación,

12. Libro II, cap. IV, págs. 56/57.

13. Libro XI, cap. VI, pág. 207: “[...] tampoco hay libertad si el Poder Judicial no está separado del Legislativo y el Ejecutivo. Si va unido al Poder Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”.

14. *Ibíd*em, 207: “Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres Poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”.

15. Libro XI, pág. 217.

16. Libro XI, pág. 218.

17. *Ídem*.

en nombre de la *equity*, de sentencias de los jueces del *common law*, y donde la Cámara de los Lores reivindicaba, también, un rol judicial anterior al Legislativo<sup>18</sup>.

Para comprender mejor a nuestro barón, vayamos a una prueba numérica sobre el núcleo que el constitucionalismo clásico extrajo de su obra. Tomemos una edición en nuestra lengua de la obra *Del espíritu de las leyes*<sup>19</sup>, la que aquí estamos utilizando. Tiene, deducida la introducción, 811 páginas, divididas en 31 libros y 605 capítulos. Vayamos ahora a la Parte 2, Libro XI, capítulo 6, que comienza con las palabras: “[...] hay en cada Estado tres clases de poderes”, sobre el que se ha enfocado primordial y casi exclusivamente la reflexión del constitucionalismo clásico y contaremos once páginas. ¿Habrán puesto en esas apretadas hojas Montesquieu su mensaje nuclear y divagado en la extensa tipografía restante? ¿O más bien habremos creado los constitucionalistas una leyenda sobre once páginas, considerando cantidad despreciable las ochocientas restantes? En fin, si nos atenemos a esta prueba física y palpable, tendremos que concluir que la “división de poderes”, su aislamiento “geográfico”, no es un tema importante en *El espíritu de las leyes*.

## HACIA UNA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

Es cierto que todos los biógrafos e intérpretes del célebre barón coinciden en que su principal libro resulta, metodológicamente, algo caótico. Un mismo tema puede reaparecer en diversos sitios, y otros se encuentran desperdigados en distintos lugares. Si un tal Charles de Secondat llegase hoy a una universidad para proponer su texto como tesis a defender ante un tribunal académico, su petición sería de plano

18. Los *law lords* como tribunal de apelación fueron establecidos en 1876. En 2009 se apartó a estos “lores de la ley” de la Cámara Alta y se los estableció como Corte Suprema del Reino Unido, al mismo tiempo que se derogó la atribución judicial del Lord Canciller.

19. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes Blásquez y Pedro de Vega. Introducción de Enrique Tierno Galván, Alianza Editorial, 2003, utilizada para las citas del texto, con algunas variantes.

rechazada y se lo invitaría cortésmente a seguir un curso previo de metodología. El propio Montesquieu, en su posterior *Defensa del espíritu de las leyes* (1750), advirtió que su obra tenía “por objeto las leyes, las costumbres y los diversos usos de todos los pueblos de la tierra. Puede decirse que su tema es inmenso [...]”. Lo salva su maestría en el uso de la lengua, elevándolo a los primeros lugares en la literatura francesa. Además, la profusión de *El espíritu...* (1748) fue antecedida por la fina síntesis de las *Consideraciones sobre las causas de la grandeza de los romanos y de su decadencia* (1734), a la que ningún metodólogo encontraría reproche. Más bien la clave del aparente desorden de *El espíritu...* podría encontrarse en el epígrafe latino de la primera edición: “*prolem sine matre creatam*”, “prole venida al mundo sin madre”, esto es, obra gestada a lo largo de buena parte de la vida de su autor (veinte años, confiesa), sin modelos antecedentes.

Desde el punto de vista del rigor terminológico, la clásica obra de nuestro barón no sobrepasa –disculpemos a Montesquieu recordando que está haciendo los pininos de una construcción teórica y ensayando una terminología adecuada–; observemos que utiliza, y no como sinónimos exactos, la expresión *pouvoir*, por un lado, y el vocablo *puissance*, por otro. En nuestra lengua, suele traducirse a ambos, indistintamente, como “poder”<sup>20</sup>. Sin embargo, un matiz puede establecerse. Porque la *puissance*, que traducimos “potestad” y literalmente corresponde a “potencia”, es la capacidad o posibilidad de hacer algo. La potestad, para Montesquieu, alude a las fuerzas sociales –la nobleza y la burguesía– que deben manifestarse en las instituciones políticas para impedir la concentración despótica del poder en el monarca absoluto. La condición de la libertad política reside en un equilibrio de las fuerzas o potestades sociales. El *pouvoir* pareciera ser, para nuestro barón, más bien el órgano por donde aquella *potestas* se actualiza. Esta asimilación de “poder” y “órgano” es propia del lenguaje jurídico: “Poder Legislativo”, “Poder Ejecutivo”, “Poder Judicial”, sin que importe si este órgano puede, en ocasiones, cumplir otras funciones propias de otro “poder”, esto es, puede actualizar una potencialidad

20. Así, por ejemplo, en la versión citada en la nota anterior, en donde también se identifican ambos términos franceses vertiéndolos indistintamente como “poder”.

de juzgar en un órgano legislativo, de legislar en un órgano ejecutivo o judicial, etcétera<sup>21</sup>.

#### “DIVISIÓN DE PODERES” Y GOBIERNO MIXTO

El principio de este balance de intereses fue fijado por Montesquieu en una fórmula famosa: “[...] es necesario que, por una disposición de las cosas, el poder frene al poder”<sup>22</sup>. Ante todo, observemos que nuestro barón posee una concepción de la unidad muy próxima a la que Descartes sostuvo para pensar la unidad de los organismos vivientes: la unidad del todo se entiende como el resultado de un equilibrio dinámico entre partes no espontáneamente armónicas que logran contrapesarse. A continuación, registremos que lo que puede contrapesar a un poder, al grado de poder de una parte, es un poder de signo contrario, un poder de otra de las partes. Montesquieu, hombre de toga, presidente de Parlamento de Burdeos, no dice que la “ley” es freno o contrapeso. Plantea un mecanismo hecho de oposiciones directas entre partes o piezas que disponen de una cierta cuota de poder político. Pero mejor transcribamos:

“La democracia y la aristocracia no son de ningún modo Estados libres por naturaleza. La libertad política se encuentra tan solo en los gobiernos moderados. Pero tampoco se la encuentra siempre en los Estados moderados, sino tan solo cuando no se abusa del poder. Aunque resulta una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder es llevado a abusar de él, yendo hasta donde encuentre límites”<sup>23</sup>.

Quien tiene poder querrá más poder –esto está en la naturaleza de las cosas políticas. Irá hasta donde encuentre un límite. La cuestión,

21. *Puissance*, potestad, debe entenderse como una facultad potencial y cualitativa del agente político para poseer y dominar (de transformar o someter cosas). *Pouvoir*, poder, como un ejercicio activo y cuantitativo de dicha facultad potencial.

22. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, ob. cit., Parte II, Libro XI, cap. 5.

23. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, ob. cit., L° XI, cap. IV.

entonces, es el freno al poderoso expansivo. Lo único que frena al poder es un contrapoder. El juego de poderes y contrapoderes permite la libertad, definida por nuestro barón con los términos que recoge el Artículo 19, *in fine*, de nuestra CN. Aquí Montesquieu –como, por otra parte, se observa a lo largo de toda su obra clásica– juega simultáneamente sobre dos tableros: el de lo que asumimos como “división del poder”, para lo que propone el modelo británico, y el del gobierno mixto, de antigua prosapia en el pensamiento político, cuya fuente encuentra en la república romana y en su lectura del *Discurso sobre la primera década de Tito Livio*. En ambos tableros rige el mismo principio –el poder frena al poder– pero, en el primer caso, se trata de un mecanismo impeditivo de irregularidades y violaciones a la ley, y en el segundo, de un mecanismo activo de intervención en el conflicto de intereses sociales. En la práctica posterior, el primero se ha conducido preponderantemente por los carriles jurídicos y el segundo, por los más notoriamente políticos. Para nuestro barón, es fundamentalmente este último plano, y no el jurídico, el que más cuenta a los efectos de superar el despotismo.

Montesquieu, un noble, quería detener la deriva hacia el absolutismo del antiguo régimen mediante la introducción del modelo británico en el juego de los tres estamentos sociales que formaban la base de la constitución prerrevolucionaria: nobleza, clero y Tercer Estado. Los tres “poderes” (funciones y órganos) estarían distribuidos entre estos tres estamentos. Lo que llamamos “división del poder”, a su juicio, expresaba el gobierno mixto, con contrapoderes como freno. A ese efecto, se manejaba con tres partes morfológicamente delimitadas de un mecanismo en donde las oposiciones conducirían a un equilibrio dinámico: el elemento monárquico, el componente aristocrático y el conjunto republicano (“el pueblo”).

En la *civitas* romana, los “poderes”, en el sentido de competencias y funciones atribuidas a órganos, estaban confundidos y no separados, en indiferenciación e interferencia continua. Los cónsules, por ejemplo, a la par de sus atribuciones ejecutivas, administraban justicia y proponían las leyes a las asambleas. El pretor dirigía el procedimiento judicial y, en ausencia de los cónsules, presidía las asambleas, proponía leyes y ejercitaba funciones militares. El Senado, formado por miembros vitalicios, respecto del *populus*, tuvo la función de control

de las decisiones comiciales (*auctoritas patrum*); respecto de los magistrados mantenía el *consilium* y proponía las listas de candidatos para las magistraturas; en otro orden, nombraba los comandantes, otorgaba triunfos, ordenaba sobre los impuestos y el culto e intervenía en el manejo de las relaciones exteriores. Las Asambleas votaban las leyes, elegían los magistrados y, a veces, actuaban como tribunal de apelación, como en la *provocatio ad populum*, cuando se trataba de la imposición de la pena capital. Estas competencias y funciones no estaban estrictamente delimitadas y los órganos de gobierno se configuraban a la medida de la personalidad y autoridad de quien lo ejercía. De Maistre señalaba esa falta de límites precisos entre las competencias, y agregaba que si hubiesen estado circunscriptos por escrito de antemano, los casos inesperados y las excepciones forzosas habrían hecho que tales límites previos “no hubieran durado seis meses o bien hubieran destruido la república”<sup>24</sup>. Ihering sintetiza esta particularidad constitucional de la *res publica* afirmando que, contrariamente al dicho “el cargo hace al hombre”, en la Roma republicana era el hombre quien hacía al cargo<sup>25</sup>. Y, en otra parte, agrega que las garantías no consistían tan solo en la responsabilidad a la terminación del cargo, en la intervención tribunicia u otros modos de control, sino en lo que llama “el espíritu de la época”, que conformaba la *civitas*, en cuya virtud el magistrado se encontraba siempre expuesto a la luz pública, a las miradas de todos, sujeto a la controversia y a la crítica y bajo el peso constante de la tradición<sup>26</sup>.

Confusión, indeterminación e interferencia de “poderes” no deben interpretarse como caminos al despotismo, porque los mecanismos de equilibrio, el balance de intereses, como vimos, provenían del juego conflictual de aquellos mismos entrelazamientos y de los controles mutuamente establecidos. Montesquieu, que conocía muy bien el asunto, escribió: “[...] el gobierno de Roma fue admirable desde su nacimiento, porque su Constitución funcionó de tal modo, sea por

24. DE MAISTRE, Joseph, *Ensayo sobre el principio generador de las constituciones políticas*, Buenos Aires, Ediciones Dictio, 1980, págs. 217/218.

25. IHERING, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, T. II, pág. 318.

26. *Ibidem*, n. 46, pág. 299.

el espíritu del pueblo, la fuerza del Senado o la autoridad de algunos magistrados, que todo abuso de poder pudo ser corregido”<sup>27</sup>. Allí nuestro barón –en 1734, catorce años antes de *De l’esprit des lois*– está hablando del balance de los poderes sociales, no de la “división del poder”. Y poco más adelante agrega: “El gobierno de Inglaterra es uno de los más sabios de Europa, porque hay un cuerpo que lo examina continuamente y se examina continuamente a sí mismo; sus errores suceden de tal modo que jamás se prolongan y con el espíritu de apreciación que dan a la nación, resultan a menudo útiles”<sup>28</sup>. El “cuerpo” es, obviamente, el Parlamento, donde también interviene el monarca, y lo que se exalta es su función de control, no la propiamente legislativa.

En *De l’esprit des lois*, Montesquieu efectúa numerosas referencias a la Constitución romana, tanto a la de la época de los reyes como a la republicana. Es muy interesante su examen de la *civitas* republicana, ya que aplica la grilla tripartita de “poderes” (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) al intrincado juego institucional del que venimos hablando<sup>29</sup>. Tomemos un párrafo esclarecedor, donde otra vez habla de “distribución” de los poderes:

“Debe advertirse que los tres poderes pueden estar bien distribuidos con relación a la libertad de la Constitución, aunque no lo estén tan bien con relación a la libertad del ciudadano. En Roma el pueblo tenía la mayor parte de la potestad legislativa, parte de la potestad ejecutiva y parte de la potestad judicial; era un gran poder que había que equilibrar con otro. El Senado tenía, por cierto, una parte de la potestad ejecutiva y alguna rama de la potestad legislativa, pero no era suficiente para contrabalancear al pueblo. Era necesario que participase en la potestad de juzgar y lo hizo mientras los jueces se elegían entre los senadores. Cuando los Gracos privaron a los senadores de la potestad de juzgar, el Senado ya no pudo frente al pueblo. De este

27. MONTESQUIEU, *Considérations sur les causes de la grandeur de romains et de leur décadence*, Paris, Classiques Garnier, 1954, pág. 46.

28. Ídem.

29. MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, ob. cit., Parte 2ª., Libro XI, caps. 14 a 20.

modo, dañaron la libertad de la Constitución para favorecer la libertad del ciudadano; pero ésta se perdió con aquélla<sup>30</sup>.

Aquí el balance de fuerzas sociales aparece claro, analizado a partir de la tríada de la “división del poder” (en este caso aplicada preferentemente al “Poder Judicial” y al “Poder Legislativo”). Cuando el *populus*, según nuestro autor, predominó en los tres “poderes”, el desbalance, originado en la búsqueda de garantizar la libertad del ciudadano, dañó la libertad constitucional, esto es, el freno del despotismo.

### EL MODELO BRITÁNICO: WALPOLE Y BOLINGBROKE

Montesquieu estuvo en Inglaterra de 1729 a 1731. Reinaba Jorge II, un Hannover. A partir de la *Glorious Revolution*, de 1688, se instauró en la isla británica lo que en los libros se llama un parlamentarismo dualista, donde, en teoría, hay un reparto equilibrado del poder entre el monarca y el Parlamento. La decisión política se comparte entre el monarca, soberano en su esfera de competencia, y el Parlamento, soberano en la suya: la función ejecutiva corresponde al monarca y la legislativa, al Parlamento. Sobre la base de esta teoría, los norteamericanos inventarían años más tarde el régimen presidencial. La función ejecutiva, volviendo al caso británico, se delega en un primer ministro, responsable –a la vez– ante la corona y ante el Parlamento o, más propiamente hablando, ante la *House of Commons*, que posee el arma poderosa del *impeachment*. Lo importante aquí es la capacidad del primer ministro para obtener la cooperación de los Comunes en materia financiera y legislativa. Este equilibrio se obtuvo con los Hannover y, en especial, a partir del fracaso, en 1716, del intento de Jacobo III Estuardo de recuperar por las armas el trono que consideraba, no sin razón, usurpado, a través de una alianza entre el primer ministro gobernante y la oligarquía comercial y financiera que se había impuesto a la vieja Inglaterra rural.

El primer ministro emblemático de esta alianza inescindible entre la clase política (especialmente los *whigs*), de origen terrateniente, la

30. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, ob. cit., L° XI, cap. XVIII.

oligocracia especulativa y la corona silente –que al exterior se mostraba como equilibrio de tres “poderes”: la monarquía, los Comunes y los Lores– tiene una figura emblemática en el primer ministro, Roberto Walpole (1676-1745). Veamos un retrato que de él traza Hilaire Belloc:

“Su nombre es de suma importancia histórica, no porque poseyera un talento notable, ni siquiera un carácter digno de estimación, menos aún por sus realizaciones, puesto que no realizó nada, salvo la realización negativa de la inmovilidad. Ocupa una posición importante en la historia inglesa porque era un símbolo exacto de la época, que parece resumir en su persona. Era un caballero en un gobierno oligárquico de terratenientes: típico, aficionado al deporte y con el temperamento promedio de su clase. Comprendía con claridad una sola cosa: la importancia de la sucesión hannoveriana para esa clase. Espiritualmente nulo, salvo en lo referente al patriotismo (que era en él razonablemente fuerte, aunque no una pasión), poseía una sola habilidad, y muy rara: el arte de manejar una asamblea. Fue el primero en una larga línea de primeros ministros ingleses: caballeros por nacimiento o por educación, que gobernaron por intermedio de la Cámara de los Comunes en reemplazo de la monarquía, línea que no concluyó hasta después de iniciada la Gran Guerra Europea”<sup>31</sup>.

Agreguemos que fue, también, un notable representante de la honda corrupción que la alianza arriba referida produjo en la clase dirigente británica. A ese respecto, cabe recordar su intervención en el escándalo financiero que se conoce como la “burbuja de los Mares del Sur” –semejante, en su modalidad, a muchos *affaires* contemporáneos. Se trataba de una compañía que, a cambio de monopolios comerciales en los mares del Sur, se hacía cargo de la deuda consolidada nacional. La promesa de un gran reparto de beneficios hizo que el público adquiriese masivamente las acciones. Walpole, valido de su información privilegiada, fue titular de un grueso paquete, que vendió al tope de su cotización, inmediatamente antes de la estrepitosa caída de los títu-

31. BELLOC, Hilaire, *Historia de Inglaterra desde los orígenes hasta el siglo XX*, Buenos Aires, CS Ediciones, 2005, págs. 476/77.

los al estallar *The South Sea Bubble* (1720)<sup>32</sup>. Pese a que la opinión pública lo fulminó como timador, pudo hacer que otros pagasen por él con cárcel y ruina, y posteriormente se recicló a la *espectabilidad* política.

Otro de los personajes políticos británicos de ese tiempo, opuesto a Walpole, fue Enrique, conde de Bolingbroke (1672-1751). Perteneció a los *tories* y fue fiel a los Estuardos, lo que le valió una condena a muerte del primer Hannover, Jorge I, y el destierro a Francia, de donde volvería años después, para dirigir desde el Parlamento la oposición a Walpole. Bolingbroke quería un rey fuerte, el “rey patriota”, como se titula una de sus obras, capaz de contrapesar efectivamente el poder de los Comunes y de la oligarquía financiera que allí se enseñoreaba. “Este hombre fue el mayor genio político y el mejor orador que Inglaterra produjo en el siglo XVIII”<sup>33</sup>. Bolingbroke, según Carl Schmitt, es el primero que formula la interpenetración entre la doctrina clásica de la constitución de gobierno mixto (*mixed government*, que se transformará en el *gouvernement modéré*, de Montesquieu) y la división del poder. Será la fuente directa de nuestro barón, que acepta estas ideas y las “modifica a su manera discreta”<sup>34</sup>. Prepondera allí la idea de un balance o equilibrio entre el “rey patriota”, cabeza de un Ejecutivo fundado en la confianza del pueblo, la *House of Lords* como presencia del elemento aristocrático y la *House of Commons* como presencia popular.

Téngase en cuenta que estas ideas de Bolingbroke (no bien advertidas por el constitucionalismo posterior, ya que desparramadas en escritos polémicos y de ocasión, pero no en obra sistemática) planteaban la distinción, pendulación y balance de poderes y contrapode-

32. La cotización bajó de £ 1000 a £ 159 por acción. El dinero en giro en la burbuja –para que se aprecien los alcances de este *crash*– era superior a todo el circulante europeo de la época. Téngase en cuenta que los monopolios concedidos en los “Mares del Sur” –esto es, nuestra Suramérica– lo eran en territorios con el dominio de la corona española. Por cierto, luego del Tratado de Utrecht, en 1713, había relaciones comerciales entre ambas monarquías, pero ello no quita que el monopolio se concedía sobre el dominio de otro...

33. BELLOC, Hilaire, *Historia de Inglaterra desde los orígenes hasta el siglo XX*, ob. cit., pág. 472.

34. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, ob. cit., págs. 187/88 y 204/205.

res contra la constitución británica real de su tiempo, donde la mayor suma de poder residía de la alianza oligocrática, ya señalada, entre los *whigs* y las altas finanzas. Montesquieu mantuvo amistad con lord Stanhope, conde de Chesterfield, hombre del círculo de Walpole, por medio de quien éste último logró introducir el régimen del gabinete, esto es, una mayor concentración de poder en el primer ministro, a la cabeza de un conjunto ministerial unido, reduciéndose el Parlamento a un instrumento de ratificación y caja de resonancia de las políticas gubernamentales. Hay una vieja discusión acerca de si Montesquieu, en el Libro XI, cap. VI de su obra, varias veces citada en este trabajo, aplicó simplemente un espejo a la Constitución material británica de su tiempo o si, en cambio, se sirvió de la práctica inglesa para elaborar a su sombra un modelo particular destinado a atemperar el absolutismo francés. Madison decía que “la Constitución británica fue para Montesquieu lo que Homero para los estudiosos de la poesía épica”<sup>35</sup>. El mismo Montesquieu dice, aunque el párrafo ha sido objeto de encontradas interpretaciones: “[...] hay también una nación en el mundo que tiene por directa finalidad de su Constitución la libertad política. Vamos a examinar los principios sobre los cuales ella se funda. Si son buenos, la libertad se reflejará allí como en un espejo. Para descubrir la libertad política en la Constitución no hace falta tanto trabajo. Si se la ha hallado, si se la puede ver donde está, ¿por qué buscarla?”<sup>36</sup>.

Otros autores, como Carré de Malberg, por ejemplo, se esforzaron en demostrar que nuestro barón habría hecho una adaptación particular y original de las instituciones británicas<sup>37</sup>. Si examinamos la cuestión desde los datos históricos y echando una mirada a la Constitución real de la Gran Bretaña en el primer cuarto del siglo XVIII, veremos que Montesquieu, más que en la práctica walpoliana, que vio de primera mano, se funda en la crítica bolingbrokiana, a la que también tuvo acceso directo. El equilibrio y balance de “poderes”, según una

35. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, N° XLVII, México, FCE, 1998, pág. 210 y sigs.

36. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, ob. cit., L° XI, cap. V.

37. Cit. en TRISTAN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Buenos Aires, UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1944, pág. 116.

frase de Léon Faucher, parece haber sido en ese tiempo más la novela que la historia de la Constitución británica<sup>38</sup>. Y Montesquieu –fiel, tal vez, a su convicción de la difícil transitividad de las leyes de un pueblo a otro– parece haber recogido, “a su manera discreta”, más la propuesta crítica que la receta práctica, más la versión romanceada que la cruda realidad, a fin de aplicarla a temperar la Constitución francesa del antiguo régimen.

### LOS JUECES, UN PODER “INVISIBLE Y NULO”

¿Y el “Poder Judicial”? Los jueces, integrantes del órgano judicial, tienen la facultad de *judicare*, esto es, de juzgar y adjudicar lo suyo de cada uno, concretando lo justo del caso. Esta facultad no es propiamente un poder, sino que corresponde a la autoridad, a la *autoritas*. Forma parte de la función atribuida al órgano judicial, pero no resulta ejercicio de poder. Cuando el juez debe hacer cumplir su fallo, debe recurrir al Poder Ejecutivo: no se concibe el derecho sin los tribunales, y no se concibe a los tribunales sin policía. Por eso, Montesquieu llama al “poder” de la magistratura “potestad ejecutiva” de las cosas que dependen del derecho civil. Poder, tomado desde este ángulo, que resulta prácticamente nulo<sup>39</sup>. Nulidad bien entendida como poder político. La autoridad de los jueces se funda, a su vez, en la independencia con la cual puedan juzgar y concretar así el derecho en los conflictos interpersonales. Su juicio requiere libertad íntima e independencia práctica de los poderes en juego, sean

38. *Ibíd.*, 117. La frase completa dice: “[...] el equilibrio de los poderes, esta teoría que se supondría inventada a propósito para justificar las usurpaciones del más fuerte en el terreno del más débil, ha sido más bien la novela de la constitución en lugar de expresar su historia”.

39. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, ob. cit., Libro XI, cap. VI: “[...] de esta manera, la potestad de juzgar, tan terrible entre los hombres, al no estar ligada a determinado estado social o profesión, se convierte, por así decirlo, en invisible y nula; se teme a los magistratura, pero no a los magistrados”. Y agrega: “[...] de las tres potestades de las que hemos hablado, la de juzgar resulta de alguna manera nula. No quedan más que dos” (debe entenderse: que requieren contrapoderes que los atemperen).

estos institucionales o indirectos. Por eso, si corresponde que los jueces sean perseguidos en caso de inconducta, no deben ser juzgados por los fallos que a ciencia y conciencia han considerado rectos. Esta garantía de la independencia del juez, en su función judicial, respecto del entorno político que rodea al caso *sub judice*, sostiene la libertad del ciudadano, como advertía en su tiempo el viejo barón y percibe continuamente la conciencia pública.

Hasta aquí hemos hablado de autoridad. La judicatura tiene, además, una *potestas*, por la cual puede considerársela propiamente "Poder Judicial", esto es, participante en el poder político. Hay una forma patológica de ejercicio de este poder, que se manifiesta en una también patológica "judicialización de la política", donde el enemigo debe ser estigmatizado con un procesamiento o una condena, para lo cual debe contarse con jueces proclives a despacharlos. Pero hay también una forma fisiológica de ejercicio del "Poder Judicial", y por consiguiente una normal judicialización de la política que, de todos modos, conduce inevitablemente a la politización de la justicia. Es el poder que se ejerce a través del control de constitucionalidad "fuerte", donde la judicatura, y en especial la Corte Suprema de Justicia, en nuestro caso, cumple una función intrínsecamente política: establecer en última instancia lo que la Constitución dice. En el desenvolvimiento de su poder, la magistratura ha ido expandiéndose de supremo intérprete a legislador contramayoritario negativo, y de este último carácter a legislador contramayoritario positivo, en especial a través de las sentencias "manipulativas" –como las denomina la doctrina italiana–, en las que se amplía y transforma por los tribunales el radio de acción normativa de las disposiciones recurridas. Entonces, con el objetivo de controlar esta función y, también, de inclinar la balanza de la judicialización política, se asiste a la injerencia, entrometimiento y maniobreo en los procesos orgánicos de selección, designación y remoción de los jueces. En esta cancelación a sabiendas de la garantía de la independencia judicial, en cuanto a su libertad íntima de juicio, hay un gravísimo menoscabo. Un gobernante legislador puede, excepcionalmente, resultar un Alfonso el Sabio. En un congreso genuflexo o perezoso puede levantarse insólitamente una voz inspirada. Pero que no quepa recurso contra la injusta decisión de un gobernante, o contra el juego de influencias de los poderes indirectos, porque los jueces han

sido doblegados por el temor o elegidos por su sumisión; es declarar al ciudadano impotente ante la arbitrariedad.

Tal potestad política de la magistratura judicial no cabe en lo absoluto para nuestro barón. La potestad judicial debe ser nula e invisible del punto de vista del poder político. Por otro lado, deben subrayarse especialmente los resguardos que Montesquieu establece para que la función judicativa de los jueces, y el afianzamiento consiguiente de su autoridad, pueda ejercerse eficazmente.

Montesquieu, en su articulación tripartita de las funciones del poder según un principio orgánico de distribución, establece la visibilidad de dos “poderes”, el Legislativo y el Ejecutivo, propiamente políticos, y postula la invisibilidad y casi nulidad en el plano político del “Poder Judicial”, limitado a la función judicativa, para lo cual los jueces no deben formar un cuerpo profesional –muestra preferencia por los jurados populares– ni resultar otra cosa que portavoces de la ley. Este principio orgánico de distribución de las funciones entre dos visibles y una invisible es lo que distingue los gobiernos moderados de los gobiernos despóticos que, como dirá nuestro barón, resultan “corruptos no por accidente sino por su misma naturaleza”.

En otras palabras, para nuestro autor, la independencia de los jueces (que sería independencia de designación y de ejercicio), sin la cual no puede concebirse un gobierno “moderado” –en otros términos, sin la cual impera el despotismo–, resulta, en propiedad, de que el órgano cuya manifestación son los tribunales y al que corresponde la función judicativa no resulte un “poder” político. En el sistema de Montesquieu no es posible hablar de un “Poder Judicial”<sup>40</sup>. El juego de equilibrio dinámico entre poderes y contrapoderes, a juicio de nuestro barón, debe darse entre los órganos cuyas funciones corresponden a la legislación y a la ejecución, con las particularidades que se anotan más abajo. La nota preponderante en lo judicial es la de independencia judicativa, relacionada con la paridad social entre quienes juzgan y quienes son juzgados.

40. TRISTAN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, ob. cit., pág. 86.

## LAS MOTIVACIONES DE LOS FRAMERS

Otra vía arranca con la Constitución norteamericana de 1787. La convención de Filadelfia, que la produjo, se colocó revolucionariamente como poder constituyente, por medio de una suplantación, ya que fue originariamente convocada no para dictar una constitución sino para revisar el pacto confederal de los Artículos de la Confederación y la Perpetua Unión de 1777. Un hábil y subterráneo cabildeo condujo a constituir la república federativa<sup>41</sup>. El conflicto quedaría en sordina hasta estallar en 1861 con la guerra civil entre confederados y unionistas.

A pesar de que los autores de *El Federalista* –prospecto culminante, a la vez, de la teoría política y del *marketing* de un producto constitucional para que fuese ratificado por los dos tercios de la legislaturas de los Estados– se refieren debidamente al *celebrated* Montesquieu, no lo siguieron dogmáticamente, sino que lo adaptaron, contornearon y tergiversaron conveniente y pragmáticamente. Ello es más patente actualmente, cuando se tiene acceso a los documentos críticos “antifederalistas”, generalmente desconocidos por los expositores del constitucionalismo clásico. Jorge Tristan Bosch, mucho tiempo atrás, con agudeza señalaba: “[...] la doctrina de la separación de los poderes, como tal, vale decir, como doctrina, en cuanto expuesta por Montesquieu en su obra, *De l'esprit des lois*, careció de verdadera influencia en la formación de la Constitución de los Estados Unidos”<sup>42</sup>. Ello no

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

42. TRISTAN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, ob. cit., pág. 133.

implica que, pragmáticamente, no se haya buscado un sistema particular de *checks and balances*, frenos y contrapesos, eficaz para dicho ámbito político y cultural. Con suma destreza, dejaron de lado la “división de poderes” horizontal para retomar la idea del gobierno mixto, con un desenvolvimiento vertical de los “poderes intermediarios” a través, principalmente, de la fórmula federativa. Esta indiferencia por los cruces entre funciones ejecutivas y judiciales resulta patente en los tres primeros presidentes –*Chief Justices*– del supremo tribunal norteamericano. John Jay y Oliver Ellsworth fueron, además, conservando su cargo judicial supremo, embajadores plenipotenciarios ante la Gran Bretaña y ante Francia, respectivamente, siendo el primero el que cerró en 1794 con la antigua metrópoli el acuerdo llamado por ello “Tratado Jay”, muy discutido en su época. Y John Marshall, durante la presidencia de Adams, fue simultáneamente Secretario de Estado y presidente de la Corte Suprema. En *El Federalista*<sup>43</sup>, hablando del departamento judicial, Hamilton no encuentra objeciones a que, en la Constitución del Estado de Nueva York, el Senado estadual, junto con los miembros de la Corte, resulte tribunal supremo para todas las causas, civiles o criminales.

Lo importante, para los *framers*, era frenar las eventuales demasías de la función legislativa, preeminente en los ordenamientos de los trece Estados originarios. Era la contraposición entre la democracia y el liberalismo, cuyo contraste, incluso hasta hoy, la proclamación oficial norteamericana insiste en presentar como compatible, hasta el punto de exportar “democracia”. República imperial, como la llamó Raymond Aron, y anunciaba ya en los primeros párrafos de *El Federalista*, el padre fundador Alexander Hamilton: “El destino de un imperio que resulta, en muchos aspectos, el más interesante del mundo”<sup>44</sup>.

El principio y la finalidad de la teoría democrática, esto es, la identidad entre gobernantes y gobernados, el gobierno *del* pueblo, se presentaba como peligroso y conducente a la tiranía mayoritaria. Para aquellos hombres fundadores, “democracia” y “terrorismo” resultaban sinónimos. Por eso se prefirió la versión representativa, que Ja-

43. HAMILTON, Alexander, *El Federalista*, ob. cit., LXVI.

44. *Ibídem*, I.

mes Madison llamó “república”<sup>45</sup>, para diferenciarla debidamente de la democracia en la interpretación “fuerte” de filiación rousseauiana.

Las circunstancias que rodearon la adopción por los *framers* de un triple cerrojo institucional –prerrogativa presidencial, Senado, *judicial review* por la Corte Suprema– a las decisiones asamblearias, fueron desarrolladas tiempo ha por la obra de Charles Austin Beard<sup>46</sup>, cita extensa pero imprescindible para colocarse, críticamente, fuera del círculo de sacralización que rodea a los comentarios constitucionalistas sobre el documento norteamericano de 1787. Citemos las conclusiones de Beard, de acuerdo con las cuales los *founding fathers* constituyentes también podrían calificarse de *forceful fathers*:

“El movimiento en pro de la Constitución de los Estados Unidos fue organizado y llevado a cabo principalmente por cuatro grupos de intereses mobiliarios particulares, los cuales habían sido adversamente afectados bajo los Artículos de la Confederación: finanzas, títulos públicos, manufacturas y comercio y navegación. El primer paso hacia la formación de la Constitución fue tomado por un pequeño y activo grupo de hombres, inmediatamente interesados en el éxito de sus trabajos a causa de sus posesiones personales. No fue consultado ni directa ni indirectamente el voto popular para convocar la Convención que redactó la Constitución. Las masas desposeídas, bajo el sistema de calificaciones del sufragio, fueron excluidas desde el comienzo de toda participación (por medio de representantes) en la tarea de establecer la Constitución. Los miembros de la Convención de Filadelfia que redactaron la Constitución estuvieron, con pocas excepciones, inmediata, directa y personalmente interesados y derivaron ventajas económicas del establecimiento del nuevo sistema [...]. La Constitución fue ratificada por el voto, probablemente, de no más de un sexto de los hombres adultos [...]. Los líderes que sostuvieron la Constitución en las convenciones estatales ratificadoras representaron

45. *Ibidem*, X.

46. BEARD, Charles Austin, *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, The Free Press, Mac Millan, 1961. La primera edición es de 1913. La obra de Beard (1874-1948) ha sido largamente discutida, pero nunca impugnada en lo sustancial, pese al largo tiempo transcurrido desde su formulación.

los mismos grupos económicos que los miembros de la Convención de Filadelfia; y en gran número de casos estuvieron directa y personalmente interesados en el éxito de sus esfuerzos. En la ratificación, se puso de manifiesto que la línea de separación a favor y en contra de la Constitución corrió entre los grandes intereses sustancialmente mobiliarios, por una parte, y los pequeños granjeros y deudores, por otra. La Constitución no fue establecida por 'todo el pueblo', como han dicho los juristas; ni fue creada 'por los Estados', como los sudistas partidarios de la nulificación sostuvieron largo tiempo, sino que fue la obra de un grupo compacto cuyos intereses no reconocían límites estatales y que, en su extensión, resultaron realmente nacionales".

#### EL GOBIERNO MIXTO

El poder político es uno en su esencia. Pero tiende a su difusión: el poder absoluto de un autócrata solitario, como decía Gonzalo Fernández de la Mora, resulta, por la experiencia histórica, tan excepcional que "no es un dato útil para el análisis fenomenológico y la conceptualización realista". En toda organización política se multiplica el número de "poderosos", cada uno con su porción decisoria, con su cuota de *potestas* institucional o indirecta. Y puesto que el que tiene alguna cuota de poder tenderá, como apuntaba nuestro barón, a extenderla hasta donde halle un freno, hay que ponerle límites. Esta búsqueda ha fatigado a los pensadores políticos desde mucho antes que Montesquieu. Y la relevancia de nuestro barón al respecto, que la tiene y mucha, fue metamorfoseada por el constitucionalismo liberal y lo convirtió en santón revelador de un dogma que nunca profesó, el de la "división" y "separación" horizontal y geográfica de una trinidad de poderes, ineficaz para limitar el poder de los gobernantes y asegurar la libertad política. Así se consolidaba lo que dos siglos después Nicola Matteucci<sup>47</sup> llamaría "dogma ambiguo y misterioso [...] y no

47. MATTEUCCI, Nicola, Voz "Constitucionalismo", en *Diccionario de política*, T. I, México, Ed. Siglo XXI, 1981, pág. 390.

solo eso: este es un dogma peligroso porque no nos permite garantizar con verdadera eficacia la libertad del ciudadano”.

Con ello se oscureció el gran aporte montesquievino al gobierno mixto o moderado, donde nuestro autor recogió, pulió y puso a punto una corriente del pensamiento político que tiene como hitos a Polibio, Cicerón y Maquiavelo, y que aquél enriqueció con su teoría de los cuerpos intermedios, donde aparece la subsidiariedad como fondo y los frenos y contrapesos, balance y equilibrio, entre el monarca, el cuerpo de nobles y la asamblea de representantes populares. No es un balance de “poderes” (funciones u órganos), sino de intereses reflejados en potestades sociales. Reconocimiento de que un régimen político, es decir, la “verdad efectiva” en que una forma de gobierno se plasma en la realidad (y en nuestro tiempo aquella forma solo puede ser la democrática), se compone, en proporciones variables de la presencia del gran número, del número reducido y de la unidad. Y la naturaleza de las cosas es la que impone que estos tres elementos dinámicos de toda sociedad política se limiten y controlen mutuamente, de un modo, dice bien Palacio, “que no puede preverse con exactitud en la ley escrita y que a veces actúa contra todas las previsiones legales”<sup>48</sup>.

Los regímenes estables en el mundo de hoy son regímenes mixtos, fuertemente oligárquicos todos ellos –la “ley de hierro”, de Michels, se ha ido cumpliendo con la inexorabilidad de su nombre. Las constituciones y los sistemas electorales establecen un equilibrio entre el gobierno de unos pocos –la “clase política”, la “casta”, como acostumbran llamarla en Italia– y el predominio de uno solo –el líder del gobierno–, manifestándose los contrapesos, destinados a mantener los elementos esenciales del sistema, resguardándolo de eventuales oleadas mayoritarias, en los jueces con la misión de defender la constitución y los principios cosmopolíticos, de manera de poder establecer qué es lo que puede o no puede decidirse por medio del sufragio, aunque en la letra constitucional se siga aludiendo como legitimación final a la “soberanía del pueblo”. Lo cierto es que en estas construc-

48. PALACIO, Ernesto, *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Ediciones Guillermo Kraft, 1962, pág. 55.

ciones del régimen mixto lo que ha desaparecido es el pueblo como sujeto jurídico-político. Tanto los parlamentos y congresos, como los tribunales y las cortes, se expiden contramayoritariamente. La mayor parte de las transformaciones de la sociedad que afectan nuestra existencia cotidiana, sobre cuestiones bioéticas, aborto, matrimonio “igualitario”, reformas pedagógicas, reformulación de base de la legislación común, etc., se deciden sin que el pueblo sea llamado a manifestarse al respecto. Las formas de participación política, y la palabra clave en la democracia es participación, no sufragio, han ido en camino a un progresivo e incesante achicamiento. Es el elemento popular el que está siendo escamoteado en nuestros regímenes mixtos actuales. La respuesta ha sido el surgimiento de marejadas populistas que termina expresándose en un líder, ventrílocuo del pueblo, que se maneja en apelación directa a la masa, sin instancias intermediarias.

Señalábamos más arriba que la transfiguración constitucionalista del pensamiento de Montesquieu pretendía, en su versión ostensible del dogma de la “división de poderes”, mediante un pase mágico, cambiarnos el problema nuclear de la legitimidad por el recurso técnico de la legalidad. En efecto, en la famosa pirámide que imaginó Adolf Merkl, a partir del planteo kelseniano, con el ápice de la *Grundnorm* hipotética, van escalonando normas desde la constitución allá arriba hasta la base diseminada en los actos jurídicos de los particulares. La validez de cada uno de los tramos de este sólido normativo resulta establecida por las normas de competencia, es decir, por aquéllas que fijan procedimientos para emitir normas. La validez de una norma deriva de que el órgano que la crea esté habilitado para ello por la norma de competencia superior. En otras palabras, la validez no depende de ninguna cualidad de la norma en sí, como ocurría con aquellas leyes que eran producto de la repetición y la costumbre, buenas porque eran viejas, aceptadas, probadas y, por ello, tenidas por justas. Pero esta validez procedimental, aceptable para ciertas esferas normativas, no resulta satisfactoria cuando hablamos de la constitución de una unidad política. Porque allí está en juego la validez de la obligación política en los términos de la modernidad: ¿por qué manda (es decir, por qué puede crear la norma) y por qué debo obedecer?, que en una razón procedimental solo encuentra una respuesta vacua. Por ello, en la posmodernidad, se intenta, siempre dentro de la estricta y exclusi-

va racionalidad, enriquecer esa respuesta con el “consenso”<sup>49</sup>, la acción comunicativa habermasiana con la cual se obtendría la “verdad constitucional”<sup>50</sup>, el recurso a la Constitución como fuente de valores y la consiguiente apelación a una Constitución cosmopolítica, que en el “gran relato” del neoconstitucionalismo actual cumpliría el rol de los *mores maiorum* para el tiempo de Cicerón. En definitiva, como afirma Ignacio de Otto, se trata de “establecer en el interior del ordenamiento mismo una norma que cumpla las funciones antes asignadas al derecho natural o a la historia”<sup>51</sup>. Menuda tarea –tarea de romanos, literalmente– sobre la que se fatigan incesantemente los juristas y contra la cual se estrellan constantemente las Cortes y los tribunales constitucionales.

Los abusos de poder se extienden y hasta se refinan en su ejecución. La jaculatoria de la “división de poderes” no las conjura en absoluto y, más bien, les sirve de coartada. El constitucionalismo clásico ha sido el real sepulturero de un Montesquieu, sobre cuyo túmulo Alfonso Guerra pronunció la oración sarcástica que recordamos al principio de este trabajo. Hay otro Montesquieu, sin embargo, con cuyo concurso recobrar la libertad política podría ser algo más que un lema del *marketing* político.

49. Tomado de la sociología funcionalista, ha dado lugar a formas apresuradas de “fabricarlo”.

50. Sobre este planteo de Peter Haberle, ver BANDIERI, Luis María, “Sobre la verdad en el derecho y el Estado constitucional”, *ED* 15-9-2006.

51. DE OTTO, Ignacio, “Derecho constitucional-sistema de fuentes”, *Ariel derecho*, 1989, en <http://www.der.uva.es>.

# EL CONTROL DEL PODER EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

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

La crisis contemporánea del control del poder a través de la división de sus funciones sume en el descrédito a los parlamentos y, correlativamente, facilita el despotismo o la ineficacia de los ejecutivos y concurre a la inestabilidad de las democracias. La consagración en las instituciones de un auténtico pluralismo social podría dar frutos provechosos para la organización del Estado moderno.

## EL PODER Y SUS ELEMENTOS

El poder es energía que se despliega en la comunidad recogiendo de ésta su acatamiento. La densa relación de mando y obediencia que da como resultado el orden constituye los elementos que integran el poder.

El mando, acto de imperio, reconoce como contrapartida el acatamiento, acto de obediencia. La autoridad es la columna vertebral que

1. Abogado (UBA). Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid). Licenciado en Derecho Comparado (Estrasburgo). Ex Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia. Ex Juez Federal en Mercedes, Provincia de Buenos Aires. Diputado Nacional por el período 1991 a 1994. Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional y Director de la Especialización en Derecho Constitucional (UCA).

pone en movimiento este imperio a través de las decisiones emanadas de uno o varios órganos.

Estas decisiones encuentran acatamiento a través de un hábito de obediencia por parte de la comunidad, que reconoce como primer fundamento el sentido de legitimidad de aquél de quien emana la orden. Esta legitimidad, a su vez, tiene su origen en el cumplimiento de un fin compartido o intuito por la comunidad.

Este flujo de imperio y obediencia se expresa a través de una organización y una técnica que se plasma en la vida política mediante el derecho.

De ese modo la orden, expresión de la decisión política de la autoridad, se transforma en el orden, consolidado mediante la norma jurídica. La autoridad se desgrana, a su vez, en uno o varios órganos impulsores de decisiones que gestionan el cumplimiento del fin colectivo.

La primera y fundamental función del poder se encuentra en la gestión de los intereses de la comunidad plasmando, manteniendo y desarrollando un orden. Pero de inmediato se advierte en esta dinámica de fuerzas que el sujeto pasivo de las decisiones de la autoridad, a través de su acatamiento, limita la energía del poder, sea con la inercia de la contextura social, sea con la resistencia a aquellas decisiones que se aparten del fin o lesionan intereses sectoriales o de la comunidad toda sirviendo, en consecuencia, a guisa de "contrapoderes".

Así se expresan los dos elementos que integran lo complejo del poder: la gestión de gobierno y la función de control.

Ello porque el poder no es solo imperio: mando, sino mando y obediencia que están inescindiblemente unidos. Estos dos aspectos del poder reconocen su origen en los elementos que los constituyen. El de gobierno, en el acto reflexivo de imperio; el de control, en el hábito de obediencia que mantiene espontáneamente el orden<sup>2</sup>.

2. Ver SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Lecciones de derecho político*, 6ª. Ed., Madrid, Granada, 1959, Caps. XXII y XXIV y *Principios de teoría política*, Madrid, Ed. Nacional, 1966, Caps. XX a XXII.

## EL PODER POLÍTICO Y SU CONTROL

En las etapas previas a la formación de los modernos Estados nacionales, limitando nuestro análisis a la civilización del occidente europeo, se observa como constante este respeto por parte de la organización política de los andariveles fundamentales que hacen a estos dos elementos del poder.

El poder de autoridad, ejercido por un Señor con el título de Monarca, Emperador, Cónsul, etc., reconocía como contrapartida el control de esa gestión ejercido por la comunidad a través de otros Señores, Asambleas, Cortes o Corporaciones. Estos, más que cogobernar, asesoraban al gobernante, le limitaban en su acción, o bien daban el *exequátur* a sus decisiones, sin las cuales no tenía fuerza obligatoria su cumplimiento.

Ejercían la tarea que la doctrina moderna llama "contrapoderes". De su juego coordinado y contrapuesto surgía naturalmente la limitación de la autoridad y la posibilidad de ejercicio de las libertades concretas.

La autoridad del gobernante se justificaba por el cumplimiento del fin comunitario, más que por su origen específico y concreto. Un gobernante impuesto por las circunstancias propias de cada comunidad política legitimaba su autoridad por su vocación y eficacia en el cumplimiento del fin comunitario. Una sociedad orgánicamente representada a través de sus fuerzas sociales hacía de censor al gobernante, siendo ambos elementos la base del equilibrio político previo al racionalismo, que hace su ingreso hacia la modernidad.

La exaltación del poder monárquico mediante la centralización estatal y el absolutismo de origen protestante, pero que adquiere plenitud con las nuevas ideas, condujeron a la destrucción de la complicada madeja de contrapoderes existentes en el seno de la sociedad.

Primero se realiza la alianza entre el Rey y el pueblo en detrimento de los señores locales; luego se emprende el ataque a los organismos vivos de la sociedad que, una vez disminuidos o esclerosados, no fueron idóneos para contener el poder real en auge.

La lucha no se desarrolló con similares alternativas ni resultado en todas partes, pero esa fue su línea directriz.

Sin embargo, la batalla que perdían las Cortes en España, los Estados Generales en Francia, y las Corporaciones en todas partes en-

contró sobre el mapa de Europa a un único vencedor: el Parlamento de Inglaterra. Este, en una lucha en la que invoca como origen la Carta Magna, lejos de disminuir su función de control, la intensificaba. A medida que avanzaba en complejidad la vida social y política inglesa, aumentaban los poderes de control de las principales fuerzas de la comunidad.

Así como en el continente se conservaron las Cortes o los Estados Generales, subordinándose progresivamente al Monarca, de igual modo, pero al revés, en Inglaterra el Monarca fue perdiendo poder ante el Parlamento.

Pero a esto último se agrega otro elemento: el carácter tradicional de la revolución inglesa. Las revoluciones nacidas en la época del racionalismo buscaban su legitimidad en principios derivados de la razón, tratando de destruir el orden existente para fundar uno nuevo. En cambio, las que ocurren en las Islas se legitiman y justifican al modo tradicional, es decir, por su intención de restaurar un antiguo orden, que habría sido quebrantado por el Monarca y sus colaboradores<sup>3</sup>.

El único contrapoder triunfante en la larga lucha que dio origen a la modernidad fue quien sirvió de modelo a los revolucionarios de los tiempos nuevos. El Parlamento inglés fue fruto del desarrollo de los poderes reales de la sociedad, que en él se hallaban reflejados.

El Rey y el Parlamento respondían a dos principios distintos que reflejaban los dos aspectos del poder. El Monarca, de legitimidad dinástica, desempeñaba la función política de gobierno. El Parlamento, reflejo de las fuerzas reales de la sociedad, desempeñaba la función política de control.

#### LA MODERNA IMPLEMENTACIÓN DEL CONTROL DEL PODER

Como el despliegue de la actividad del poder se plasma en un orden que se solidifica mediante el derecho, ella, desde el punto de vista

3. Ver GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, 6ª Ed., Madrid, 1964., pág. 252.

jurídico, se descompone en la tarea de creación, ejecución y aplicación del derecho. Para decirlo con palabras de Montesquieu: “[...] la potencia legislativa, la potencia ejecutora de las cosas que dependen del derecho de gentes y la potencia ejecutora de aquellas que dependen del derecho civil [...] se llamará, a esta última, la potencia de juzgar y, la otra, simplemente la potencia ejecutora del Estado”<sup>4</sup>.

Creyendo interpretar el sistema inglés, Montesquieu vulgariza para el continente la división de las funciones del poder en órganos diferentes. Pero claro está que la Francia que difunde a Montesquieu era distinta en su historia y temperamento a la de Inglaterra. Además este autor no hace tanto hincapié en el control a través de la división de funciones, sino en que la libertad se lograría espontáneamente por el solo hecho de la división.

Por otra parte, la realidad que Montesquieu veía era la de una sociedad estamental, en la que los cuerpos colegiados que controlaban o asesoraban al Monarca estaban integrados por sectores de la sociedad. Ello, como veremos, no ocurrió posteriormente.

El modo en que los ideólogos del siglo XVIII vulgarizaron la división de poderes llevó a la concepción de que el solo hecho del ejercicio de esas funciones del poder por órganos diferentes llevaba necesariamente a su control.

En cambio, en el “modelo” inglés, el Monarca y el Parlamento respondían a dos legitimidades distintas. Una era aquella de la cual emanaba la autoridad; la otra, aquella de la cual emanaba su control.

En el Parlamento se encontraba representada la sociedad inglesa orgánicamente constituida. Los nobles en los Lores y los burgos en los Comunes. Tal es así que aún se emplea para la elección de los Comunes el sistema de circunscripciones uninominales. Ello es una tradición que continúa la circunstancia de que los Comunes representaban las distintas regiones de una burguesía agraria en ascenso. No debemos olvidar que Inglaterra fue, hasta el Acta de Navegación de Cromwell, fundamentalmente un pueblo de pastores.

4. MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, EE.VV. (L. XI, Cap. VI).

Para que exista control de los actos de la autoridad es necesario que en los “órganos censores” se encuentren reflejados los poderes reales de la sociedad.

Si bien es cierto que los contrapoderes pueden ser una valla para la gestión del bien común, ya que defienden intereses sectoriales muchas veces en pugna con aquél; también lo es que son una valla contra las desviaciones del poder. Del equilibrio entre el gobierno y su control surge la garantía contra los abusos de la autoridad en favor de la preservación de las libertades concretas.

Los filósofos del siglo XVIII, en la medida en que ignoraban a los cuerpos intermedios o los detestaban, desconocieron que los contrapoderes sociales fuesen la valla adecuada para los excesos de la autoridad. Por el contrario, los destruyeron y, a cuento de ensalzar la libertad, fueron sus verdugos.

El siglo de la razón pretendió organizar racional y equilibradamente el poder. Siguiendo el Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, las normas constitucionales consagraron con finalidad axiológica la división de los poderes creyendo garantizar las declaraciones de derechos.

La Asamblea General de 1789, que fue la caja de resonancia de aquellos principios filosóficos, creyó poner una valla para evitar los excesos del poder. Al proclamar la soberanía nacional y que de ella derivaba toda autoridad hace que una sola fuerza emane de toda legitimidad.

Consagró la división de poder, pero no se puede frenar al poder dislocando el “imperium” de una autoridad que responde en sus distintos órganos a un único sustento.

Montesquieu, que se había inspirado en el modelo de la Constitución inglesa, dejó como herencia para el continente europeo, en lugar de un reflejo de esas instituciones, tan solo su caricatura. “De allí en más, la división de poderes pasó a ser el comodín de todas las constituciones”<sup>5</sup>.

5. Ver DE JOUVENEL, Bertrand, *El poder*, Madrid, Ed. Nacional, 1956, pág. 341.

## UN PODER SIN CONTROL REAL

Esta técnica de organización de poder que utiliza el constitucionalismo dieciochesco implicó, a su vez, una distinta jerarquización de los órganos entre los cuales está repartido el *imperium*. Al utilizarse como principio fundante el de la soberanía popular, las asambleas integradas por quienes se irrogan la representación popular fueron consideradas el más importante de los órganos en que se dividían las funciones del poder. Por el mismo fundamento, todo el derecho estaba resumido en la ley y solo la Asamblea podía hacer la ley.

El más dinámico de los órganos, el originario, aquel que por su propia conformación, generalmente unipersonal, es el más propicio para la tarea de gestión, quedó teóricamente relegado a un segundo plano. Consecuentemente, se restó eficacia a la tarea gubernativa; sin embargo, tampoco se fortalecieron las tareas de control.

En un principio el poder despótico pasó a manos de los líderes de la Asamblea y cuando esos liderazgos crearon el caos, el ejecutivo cobró su revancha asumiendo un dictador con distintos nombres: llámese cónsul, emperador, monarca o presidente.

De cualquier manera, las asambleas legislativas siguieron siendo depositarias de la soberanía popular. Pero para ello debían estar integradas por el pueblo y el modo de hacerlas integrar por él fue la representación. El pueblo representado titular de la soberanía era el individuo aislado, un ente abstracto sin ninguna inserción concreta en los cuerpos que integran la sociedad.

Para que ese hombre se insertara en la Asamblea a través de su representante fue necesario un instrumento que sirviera de nexo. Ese instrumento fueron los partidos políticos; creación que sirvió de vinculación entre una sociedad inorgánica y el Estado, entre hombres aislados y la autoridad política.

Monopolizada la posibilidad de integración de los órganos por partidos representantes de una suma de individuos sin conexión funcional entre sí, las luchas partidarias ocuparon el lugar que debió tener la reflexiva puja por establecer el equilibrio político más cerca o más lejos de un determinado sector social.

Cuando los representantes de una misma bandería poseen el dominio del Parlamento y el ejecutivo, la división de las funciones no es

ni técnicamente eficiente ni axiológicamente válida. O la puja partidaria se enseñorea como principal actividad o la unanimidad de bandería unifica el *imperium* repartido entre los distintos órganos. Cuando esto último ocurre, el ejecutivo, que es el órgano más dinámico, avasalla a un Parlamento sujeto por solidaridad partidaria y establece un poder sin ningún control. En caso contrario, el Parlamento condiciona y esteriliza la acción del ejecutivo y determina un gobierno sin ninguna eficacia.

Las sociedades de población predominantemente latina, más apegadas a seguir los principios y sacrificar a ellos la realidad, fueron las principales víctimas de este error conceptual y llevaron a sus instituciones hacia la inestabilidad.

Francia, cuna de la Revolución, ha tenido desde 1789 a la fecha una docena de constituciones; España ha seguido ese camino desde 1812; Italia, desde su unificación, al igual que Portugal, no han tenido regímenes constitucionales democrático-liberales que fuesen estables. Los Estados hispanoamericanos son, tal vez, las víctimas más frecuentes de esa inestabilidad.

Las sociedades de población anglo-sajona, en cambio, exhiben un sello de raigambre protestante que da a su concepción cultural un fuerte acento utilitario. Ello les ha hecho más pragmáticos y atienden mejor a la realidad que a los principios ideológicos.

Inglaterra pudo de ese modo adaptar paulatinamente sus instituciones exhibiendo a las más tradicionales de occidente que, a su vez, fueron paradigma de los revolucionarios. Tal es así que Inglaterra ha sido, para el constitucionalismo moderno, lo que los romanos para el derecho civil.

El sentido de la realidad en los Estados Unidos les ha hecho fortalecer las unidades regionales, lo cual facilitó la existencia de un Senado verdaderamente representativo. La fidelidad de los congresistas a sus electores, por sobre los lemas partidarios, ha robustecido al legislativo. A su vez, la reglamentación por la *Regulation Lobbying Act*, de ciertas prácticas de los contrapoderes, ha dado cabida, por un resquicio del aparato constitucional, a dichas fuerzas que, en otras partes, son aún consideradas como perniciosas institucionalmente.

Aún la estabilidad de las instituciones, en algunas sociedades, no ha soslayado la crisis en el funcionamiento del esquema divisorio. Te-

mas como el exceso en el liderazgo presidencial, la concentración de facultades en el ejecutivo, la delegación de facultades legislativas, el ejercicio de funciones normativas por órganos no estatales, la existencia de organismos administrativos con función jurisdiccional, etc., no escapan a la moderna tratadística constitucional.

Un rápido análisis de algunos de dichos temas nos confirma en la convicción de que la crisis en la división de los poderes no se debe tanto al cambio de las circunstancias socio-políticas, como infieren varios autores, sino en la confusión respecto a su finalidad<sup>6</sup>.

Asimismo, la complejidad y el ritmo de la vida moderna han puesto de manifiesto la ineficacia técnica de los parlamentos para legislar, siendo cada vez más común la consagración por éstos de estándares genéricos con forma de ley, que amplían enormemente la potestad normativa de organismos más dinámicos como los ejecutivos.

Es que las asambleas, por su origen y conformación, son más aptas para funciones de control y como cajas de resonancia que como organismos técnicos para la redacción de las normas. "En definitiva, la función del Parlamento, tal como la caracterizan los autores ingleses contemporáneos, no es la de legislar, sino la de ventilar quejas, extraer informaciones sobre la manera de operar del gobierno, discutir los principios que a éste le animan. Para que sus virtudes o defectos sean conocidos por el electorado y ejercitar una función selectiva en la función de gobierno"<sup>7</sup>.

El descrédito de los parlamentos contemporáneos tiene su origen en su ineficacia para legislar y en su lenidad para controlar. Naturalmente que esta función política de control será más eficazmente cumplida si la conformación del órgano responde a otro principio de sustento que la del que realiza la función de gobierno. Además debe ser el reflejo de las fuerzas actuantes en la sociedad.

6. Ver HAURIUO, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ed. Ariel, 1ª Ed., Barcelona, 1970, Cap. IV, Secc. IV, pág. 575 y sigs.; DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, EE.VV. pássim (Ed. Ariel, 1ª ed., Barcelona, 1962, Cap. III, Secc. II, pág. 179 y sigs.).

7. Ver BIDEGAIN, Carlos M., *El Congreso de Estados Unidos de América*, Buenos Aires, Depalma, 1950, pág. 11.

Sorprende que muchas democracias occidentales, tan dispuestas a proclamarse "pluralistas", no reconozcan la diversidad de los grupos sociales y ni siquiera intenten institucionalizarlos a través de órganos de asesoramiento y control.

Allí reside la importancia del pluralismo como garantía de libertad, más aún que en el respeto indiscriminado de las ideas. Siempre habrá soñadores dispuestos a sostener quimeras. Pero la realidad social no soporta por mucho tiempo a las quimeras. Por ellos es hasta un homenaje al sentido común dar cabida orgánica a los grupos sociales, alentar su consolidación, constitucionalizarlos a través de tareas control.

Además ello asegura la estabilidad institucional en aquellos Estados que no gozan de ellas. Los hispanoamericanos que estamos acostumbrados a tantos golpes de Estado, a poco que los analicemos sin prevenciones ideológicas, veremos que ellos no se hacen contra la sociedad, sino contra instituciones que no cumplen la tarea de gobierno con eficacia ni la de control con diligencia o ponderación.

## COLOFÓN

La crisis del control del poder a través de la división de sus funciones, que se advierte en el Estado contemporáneo, reconoce como causa principal el origen mismo de su formulación y aplicación desde el siglo XVIII.

El racionalismo de la época, al empeñarse en el seguimiento del dogma de la soberanía popular y resistirse al reconocimiento de las fuerzas realmente operantes en la sociedad, ignoró a los contrapoderes, que eran quienes efectuaban el control del poder dentro de la sociedad.

El Parlamento de Inglaterra, el más tradicional de todos, sirvió de inspiración a los pensadores del siglo XVII y XVIII, pero las asambleas del continente reflejaron apenas formalmente el órgano de control inglés, por cuanto no le siguieron en su conformación y espíritu.

Con ello se anuló prácticamente la tarea de control político y se restó eficacia a la tarea de gobierno. De ese modo, la llamada división de poderes no contribuyó eficazmente a la defensa de las libertades concretas; llevó al descrédito de los Parlamentos, al despotismo o la

ineficacia de los ejecutivos y fue causa concurrente para la inestabilidad de las instituciones en la gran mayoría de las sociedades en que fue aplicada.

Los efectos se atenuaron en algunas sociedades de raigambre protestante de influencia calvinista, debido al particular modo de ser cultural de las mismas. Sin embargo, también se produjeron allí alteraciones en la organización del poder que es difícil a menudo conciliar y que, de cualquier modo, son causa de perturbación política.

Por todo ello, una revisión de la aplicación de la teoría de la división de las funciones del poder, adecuándola a la realidad de su mecánica y la consagración en las instituciones de un auténtico pluralismo social, podría dar frutos provechosos para la organización del Estado moderno.

Esto se reflejaría, más que en ninguna parte, en las sociedades hispanoamericanas que, carentes de la madurez de las europeas y trunco su propio proceso de recreación cultural, detenido por el afrancesado centralismo borbónico primero y por la corriente racionalista dominante en el proceso independentista después, han soportado la inestabilidad política como un mal endémico.



# ¿GOBIERNO DE LOS JUECES O GOBIERNO DE LAS INSTITUCIONES?

## Pervivencia del *rule of law* en épocas neoconstitucionales

CARLOS A. G. MAINO<sup>1</sup>

El trabajo aborda el gobierno de las instituciones como una alternativa superadora del activismo judicial producto de la visión neoconstitucionalista del orden social.

### 1. ANOMIA Y GOBIERNO DE LOS JUECES

El sistema jurídico occidental, en especial en su versión latinoamericana, ha puesto en el centro de la escena al Poder Judicial. De este modo se produjo un distanciamiento del modelo norteamericano,

1. Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina y Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor con dedicación especial en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina en la que imparte materias del área de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, y del Doctorado en Ciencias Jurídicas. En la misma Facultad es secretario ejecutivo de la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, y miembro del Centro de Derecho Constitucional. Profesor adjunto del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

pues se abandonó el control constitucional negativo o restrictivo para dar lugar a un juez débilmente vinculado a la ley y fuertemente vinculado a la Constitución.

Desde este lugar, ganado a socavo de las funciones de los otros dos poderes del Estado, los jueces podrían implementar en forma directa y positiva políticas o decisiones que aseguren el efectivo cumplimiento de los derechos establecidos por la Constitución textual o contextualmente, lo que se denomina *gobierno de los jueces*.

El constitucionalismo clásico se asentaba sobre el fundamento sólido de la Constitución, no en vano llamada *petrea*, y la ley como expresión de los procesos políticos mayoritarios igualmente sólidos y contundentes. Pero nuestras sociedades actuales se caracterizan por su refractariedad a todo aquello que se presente como sólido, absoluto, certero. Las ideas categóricas y los compromisos permanentes son rechazados, pues representan manifestaciones violentas para la sensibilidad de los espíritus posmodernos que las conforman. El neoconstitucionalismo es un sistema que se adecúa a la liquidez propia de la sociedad posmoderna.

En efecto, nuestras actuales sociedades occidentales han sido denominadas *sociedades líquidas*<sup>2</sup>. La inseguridad parece ser el signo de la organización social posmoderna: con sus cámaras por todos los rincones de las ciudades, sus barrios cerrados y el consiguiente debi-

2. El concepto ha sido acuñado por el sociólogo polaco, Zygmunt Bauman, quien sostiene que estas sociedades están caracterizadas por el cambio permanente. En efecto, en ellas “los logros individuales no puede solidificarse en bienes duraderos porque los activos se convierten en pasivos y las capacidades en discapacidades en un abrir y cerrar de ojos. Las condiciones de la acción y las estrategias diseñadas para responder a ellas envejecen con rapidez y son ya obsoletas antes de que los agentes tengan siquiera la opción de conocerlas adecuadamente. [...] En resumidas cuentas, la vida líquida es una vida precaria y vivida en condiciones de incertidumbre constante. [...] La vida líquida es una sucesión de nuevos comienzos, pero, precisamente por ello, son los breves e indoloros finales –sin los que esos nuevos comienzos serían imposibles de concebir– los que suelen constituir sus momentos de mayor desafío y ocasionan nuestros más irritantes dolores de cabeza. Entre las artes del vivir moderno líquido y las habilidades necesarias para practicarlas, saber librarse de las cosas prima sobre saber adquirirlas”. BAUMAN, Zygmunt, *Vida líquida*, Paidós, Buenos Aires 2009, págs. 9 a 10.

litamiento de la vida social. En este contexto se enmarca el desprecio a la ley o *anomia* en la que está sumida nuestra sociedad como vicio crónico. La anomia es “la falta o inadecuación de normas, objetiva o estructural, subjetiva o psicológica, total o parcial, máxima o mínima, especificada por su objeto o ámbito social (religiosa, ética, política, jurídica –en las diversas ramas del derecho–, económica, ‘conyugal’, familiar)”<sup>3</sup>.

En nuestro país y en el ámbito estrictamente jurídico, este fenómeno global tiene un buen ejemplo en la *teoría del realismo jurídico-penal marginal*, de Eugenio Zaffaroni, llamado también *garanto-abolicionismo*. Se trata de un exponente del *nihilismo jurídico* que reina en las sociedades líquidas y la tremenda confusión conceptual respecto de la ley y las instituciones del Estado democrático: sostiene que hacer cumplir la ley penal es incompatible con la salvaguarda de los derechos humanos<sup>4</sup>.

La profesora Cohen Agrest explica que estas posturas se fundamentan en la idea de que “la dogmática del derecho legitima el estado de cosas de manera tal que funciona como un elemento reaccionario para obstaculizar los cambios que deben operarse en la sociedad. La deslegitimación del sistema penal vigente sería entonces un paso histórico obligado, porque dicho sistema es ineficaz o bien, en el mejor de los casos, posee una eficacia social paradójal: según piensan, causa más violencia que la que previene, principalmente a través de los abusos represivos y de las prisiones preventivas [...]. A juicio del realismo

3. MEDRANO, José María, *Para una teoría general de la política*, Buenos Aires, Educa, 2012, pág. 68.

4. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica*, Buenos Aires, Ediar, 1989, pág. 152. El garanto-abolicionismo se encuentra elocuentemente descrito por una de sus víctimas, la filósofa argentina, Diana Cohen Agrest, al sostener que en realidad se invierten los roles nacidos de las teorías contractualistas modernas según las cuales el ciudadano delegaba su poder en el Estado a cambio de que este garantizara su protección, pues ahora el ciudadano debe ser protegido del Estado que es el verdadero autor de todos los crímenes. Cf. COHEN AGREST, Diana, *Ausencia perpetua*, Buenos Aires, Debate, 2013, pág. 120. (Un hijo de Diana Cohen Agrest, Ezequiel Agrest, de 26 años, fue asesinado en 2011 durante un asalto en el barrio de Caballito, Capital Federal. La autora es Doctora en Filosofía por la UBA y Magíster en Bioética por la Monash University de Australia).

jurídico-penal marginal, si solo se persigue el delito y se omite la estructura de poder en cuyo marco el delito se produce y es castigado, se olvida que el causante de todos los males es el Estado que se vale de su poder policíaco, y se pasa por alto que 'no se puede explicar el delito sin analizar el aparato de poder que decide qué define y qué reprime como delito'<sup>5</sup>. En contrapartida, la función genuina del derecho penal consiste, según sostiene el garanto-abolicionismo, en poner obstáculos al poder punitivo del Estado, el verdadero mal que hay que controlar y combatir''<sup>6</sup>. De este modo, en Argentina, generaciones enteras de juristas han sido educadas en el criterio de que el fin verdadero del derecho penal es poner obstáculos al poder punitivo del Estado, y con esa formación han llegado a fiscalías y juzgados. La confusión conceptual parece inundarlo todo.

Pero la inseguridad ciudadana y la delincuencia son solo un ejemplo de un estado general de corrupción enquistada culturalmente en nuestros países, caracterizada por el desapego a las leyes, frecuentemente ignoradas y quebrantadas<sup>7</sup>. El problema de la anomia y la *liquidez* de las leyes –es decir, su variación, ambigüedad y aplicación selectiva– es estructural y abarca todos y cada uno de los aspectos de la vida social. De hecho, se la considera la causa de la pobreza y la falta de prosperidad en los países subdesarrollados: la *anomia* es la principal generadora de pobreza del mundo<sup>8</sup>. Andrés D'Alessio ha comparado el crecimiento del producto bruto argentino durante los períodos 1880-1930 y 1930-1980. En los primeros cincuenta años, el respeto a la ley y a las instituciones establecidas habría alcanzado en Argentina un

5. La cita es de ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, pág. 125. Obsérvese que se trata de un manual que leerán y estudiarán alumnos de grado de las Facultades de Derecho.

6. COHEN AGREST, Diana, *Ausencia perpetua*, ob. cit., págs. 122 y 123.

7. Para el problema de la anomia cf. NINO, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1993.

8. Acemoglu y Robinson dan cuenta a través de un extendido estudio a lo largo de la historia y a la geografía del globo, de la relación existente entre la prosperidad de los países y el imperio de las instituciones. ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James A., *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, Buenos Aires, Ariel, 2013, pág. 449.

nivel semejante al de los demás países desarrollados (con las salvedades que corresponden) y la tasa de crecimiento anual giró en torno al 5 %, mientras que en el segundo medio siglo estudiado –con seis golpes de Estado incluidos–, la tasa de crecimiento del producto bruto nacional apenas se ubicó en terreno positivo con un 0.7 % anualizado<sup>9</sup>.

## 2. ¿ESTADO DE DERECHO O IMPERIO DE LAS INSTITUCIONES?

Lo que he traducido por *imperio de las instituciones* es lo que en el ámbito del *common law* se denomina *rule of law*. He optado por esta expresión en vez de *Estado de Derecho*, pues ella ha sido utilizada para señalar distintas formas de organización política en los últimos doscientos años, algunas de las cuales pervierten el concepto original. Ello es así porque el *rule of law* va más allá de un mero cumplir con la ley. En efecto, es necesario distinguir el *rule of law* del *rule by law*, es decir, de la aplicación de la ley y del principio de legalidad. Este *imperio de las instituciones* consiste en instituciones políticas y jurídicas en las que la participación ciudadana es amplia y apoyan una organización política pluralista en la que prevalece el respeto mutuo y la idea de bien común. De acuerdo a este concepto, puede considerarse justa una organización social en la medida en que distintos grupos sociales con suficiente representación tienen voz y voto en las decisiones, y siguen ciertos criterios generales comunes en los que se basa la amistad política.

La noción de *gobierno de las instituciones* que he elaborado tiene cuatro notas esenciales, a saber:

- a. previsibilidad e igualdad en el trato de personas y situaciones iguales,
- b. participación política en la creación de las normas y en la gestión de la cosa pública,

9. Cfr. D'ALESSIO, Andrés J., "El acatamiento del derecho y el desarrollo en América Latina (acerca de una función del derecho que suele olvidarse)", en *Estado de Derecho y democracia*, SELA 2000, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pág. 9.

- c. un contexto político pluralista y de respeto mutuo,
- d. reconocimiento de un criterio de bien común como fin político y de orden natural como límite de las iniciativas políticas.

Lo contrario a esta alternativa es el derecho del más fuerte, sea el más fuerte aquel que controle al congreso, al ejército, a los sindicatos, a los medios de comunicación, a las organizaciones sociales no institucionales de estructura clientelar, al poder económico o a una combinación de estos.

Un elemento indispensable de la noción de *rule of law* es la *previsibilidad*, como señala Garzón Valdés, “el dominio de disposiciones generales (leyes) que aseguran la previsibilidad de las consecuencias del comportamiento humano al establecer el carácter deóntico de los actos del hombre”<sup>10</sup>. Esta necesidad de previsibilidad se funda en la debilidad del espíritu humano de la que todos los autores clásicos toman registro. Está presente en Platón y Aristóteles, pero también en autores de la modernidad, como Hobbes, Locke y Kant. Este último acuña la idea de la *sociabilidad asocial* [*ungesellige geselligkeit*] para describir esta idea: “El problema del establecimiento del Estado tiene solución, incluso para un pueblo de demonios [...] y el problema se formula así: ordenar la muchedumbre de seres racionales que, para su conservación, exigen conjuntamente leyes universales, aún cuando cada uno tienda en su interior a eludir la ley, y establecer su constitución de modo tal que, aunque sus sentimientos particulares sean opuestos, los contengan mutuamente de manera que el resultado de su conducta pública sea el mismo que si no tuvieran tales malas inclinaciones”<sup>11</sup>.

En relación con este párrafo, Garzón Valdés sostiene que el *rule of law* es la garantía de seguridad colectiva y de igualdad de tratamiento de personas y actos iguales, y de este modo estaríamos librados de la arbitrariedad del gobierno. Ciertamente la igualdad y ausencia de dominación constituye una nota esencial de cualquier sistema político

10. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *What is wrong with the rule of law?*, en *Estado de Derecho y democracia*, SELA 2000, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, ob. cit., pág. 72.

11. KANT, Immanuel, *La paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1985, pág. 38.

republicano<sup>12</sup>. Ian Shapiro sostiene que una de las notas fundamentales de la democracia es justamente la ausencia de dominación, y que en ello confluyen democracia y justicia, pues “las explicaciones más convincentes de ambos ideales implican compromisos con la idea de ausencia de dominación. [...] El reto es dar con maneras de limitar la dominación y minimizar a la vez las interferencias con las jerarquías legítimas y las relaciones entre poderes”<sup>13</sup>.

Ello no es suficiente, pues la previsibilidad e igualdad son requisitos necesarios para alcanzar la seguridad y la justicia, pero de ningún modo suficiente: podríamos estar frente a un mero gobierno legislativo, el viejo *Estado de Derecho* decimonónico, permeable a los más radicales totalitarismos. A este respecto Gustavo Zagrebelsky recuerda que “no es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entre guerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como ‘Estados de Derecho’. Un sector de la ciencia constitucional de aquel tiempo tenía interés en presentarse bajo un aspecto ‘legal’, enlazando así con la tradición decimonónica. Para los regímenes totalitarios se trataba de cualificarse no como una fractura, sino como la culminación en la legalidad de las premisas del Estado decimonónico. Para los juristas de la continuidad no existían dificultades. Incluso llegaron a sostener que los regímenes totalitarios eran la ‘restauración’ –tras la pérdida de autoridad de los regímenes liberales que siguió a su democratización– del Estado de Derecho como Estado que, según su exclusiva voluntad expresada en la ley positiva, actuaba para imponer con eficacia el derecho en las relaciones sociales, frente a las tendencias a la ilegalidad alimentadas por la fragmentación y la anarquía social”<sup>14</sup>. Para lograr esto, se reducía el concepto de *rechtsstaat* a una noción meramente formal, desvinculada del liberalismo que le daba fundamento. Curiosamente Carl Schmitt inicialmente se opuso a asociar al Estado nacio-

12. BELLAMY, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 163 y sigs.

13. SHAPIRO, Ian, *La teoría de la democracia en el mundo real*, Madrid, Marcial Pons, 2011, págs. 269 a 270.

14. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003, pág. 22.

nalsocialista con el *rechtsstaat* burgués, para luego aceptar la tesis de la continuidad pero sin darle ningún significado constitucional<sup>15</sup>.

Ciertamente el concepto de Estado de Derecho es tan amplio que ha cobijado y continúa cobijando muy distintas realidades constitucionales, pero aún en sus vertientes más aceptadas –el Estado *liberal* de Derecho y el Estado *social* de Derecho–, siempre nos encontramos con una realidad muy diferente del *rule of law*, diferencia que se encuentra en su misma génesis. Zagrebelsky recuerda que el Estado de Derecho tiene como principal elemento constitutivo el principio de legalidad, es decir, la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que no es oponible ningún otro derecho. Esta concepción parlamentaria del gobierno y de la autoridad fue el principal instrumento jurídico para la suplantación de la tradición jurídica del *Ancien Régime*, reduciendo todas las fuentes de derecho a la ley. Se lograba de este modo la centralización del poder político del Estado moderno, perpetuando una concepción absolutista del Estado. Se suplantó al absolutismo regio por el parlamentario<sup>16</sup>.

El *rule of law*, en cambio, es producto del lento proceso desarrollado sin pausa en Inglaterra desde la *Revolución Gloriosa*, en el que no se buscó suplantarlo por otro, sino más bien reemplazar la misma idea de poder absoluto por la de un sistema jurídico-político

15. El impacto de las ideas de la Revolución Francesa en los reinos y ducados alemanes terminó alumbrando al Estado de Derecho, que estaba concebido en función de la unidad de la sociedad política alemana en un Reich. Es decir, de lograr la unificación de todos aquellos que tenían una cultura alemana común en una democracia. Pero cuando luego el *Rechtsstaat* fue exportado al resto de los países, estos lo recogieron en una versión abstracta y formal, separada de la cultura que le dio origen y coherencia interna. A través de esta transformación, el Estado de Derecho “presupone una identificación entre justificación de la actividad estatal y legitimidad legal, estos es, que la primera solo puede ser regida por leyes y ejercida de conformidad con la última. La voluntad del soberano estatal se impersonaliza en el acatamiento a la generalidad de la ley. La teoría política se comprime a teoría del Estado y la teoría jurídica a teoría de la legalidad, y ambas acaban confundándose”. BANDIERI, Luis María, *La matriz iuspublicista romano-latina en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Universitarias Ego Ipse, 2010, pág. 115.

16. Cf. *ibídem*, pág. 24.

complejo, el *common law*<sup>17</sup>. El parlamento inglés se constituyó no en un poder absoluto reemplazante del regio, sino en un órgano tutelar de los *privilegios y libertades* de los ingleses; un órgano más jurisdiccional que legislativo, pues su origen es el de una instancia de consulta del rey para mejorar el derecho existente cuando este arrojaba malos resultados. Este procedimiento no estaba en la antípoda del modelo judicial, pues “en ambos casos regía la exigencia del ‘due process’, que implicaba la garantía para todas las partes y para todas las posiciones de poder hacer valer sus propias razones (*audiatur et altera pars*) en procedimientos imparciales. Por su parte, la función legislativa se concebía como perfeccionamiento, al margen de intereses de parte, del derecho existente”<sup>18</sup>.

Los criterios utilizados para la *extracción* del derecho de los casos concretos han sido: *circumstances, conveniency, expediency, probability*, no se trató de una deducción a partir de un *primum verum* racional e inmutable, sino un ejercicio inductivo a partir de casos concretos, mediante *challenge and answer, trial and error*. Por lo tanto, no había en el parlamento una clara distinción entre la actividad judicial y la legislativa, siendo esta producto de la primera, al modo de un tribunal de justicia medieval<sup>19</sup>. Por el contrario, en el caso del Estado de Derecho, en sus distintas variantes, estamos en presencia de un poder (Legislativo) que decide unilateralmente, cuya formulación es cerrada y concluyente, al modo de un sistema cerrado desentendido de los casos concretos. Incluso ha tenido una formulación vacía que le permitió albergar hasta totalitarismos contrarios al liberalismo que lo alumbró constitucionalmente. Esta concepción, expandida por todo occidente, especialmente en el ámbito continental, arrojó resultados inaceptables para la reflexión jurídico-política de la segunda posguerra. Ofrezco a guisa de ejemplo el debate entre H. L. A. Hart y Lon Fuller publicado en la *Harvard Law Review*, en 1958, acerca de si el ordenamiento

17. El vocablo *law* en las expresiones *rule of law* y *common law* no hace referencia a la ley como voluntad política soberana (sea legislativa o no) sino más bien a un *producto de la justicia*.

18. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., pág. 26.

19. KRIELE, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado*, trad. por Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, pág. 146.

jurídico alemán de la entonces República Federal Alemana estaba en condiciones de perseguir penalmente actos atroces cometidos durante el período nacionalsocialista pero que estaban autorizados o incluso ordenados por las leyes vigentes en ese tiempo. La existencia misma y los términos del debate demostrarán que el positivismo jurídico ya tenía en 1958 su partida de defunción extendida<sup>20</sup>.

### 3. LA POLÍTICA: EL ESLABÓN PERDIDO DEL ESTADO

Dalmacio Negro, al teorizar sobre la necesaria distinción entre *Gobierno* y *Estado*, sostiene que en este proceso de establecimiento del *Estado de Derecho* se confunde al *Gobierno* con el *Estado*, y que el *rechtsstaat* se constituye como algo interpuesto entre el *Gobierno* y el orden natural, de modo que se obligase al *Gobierno* a conducirse con arreglo al derecho, gobernando con moderación. Pero de ese modo se fue perdiendo de vista *lo político* o identificándose con la estatalidad, siendo el *Estado de Derecho* no solo un artificio creado mediante leyes, sino un artificio que somete todos los conflictos a su legalidad<sup>21</sup>. Esta pérdida de *lo político* se aprecia diáfamanamente en el positivismo de matriz kelseniana, y es lo que quedará del viejo *Estado de Derecho* en el nuevo *Estado constitucional*.

En ese contexto es que ha ido cobrando vigor, en movimiento pendular, la idea de que el Poder Judicial debe ocupar un nuevo papel en la constitución política de las naciones y aún de los organismos supranacionales, con una vinculación débil a la ley. Esta sería una de las principales características del actual *Estado Constitucional*, en el que la ley ha perdido la supremacía que ostentara otrora. En efecto, la ley no posee ya las características de generalidad y abstracción, y se ha vuelto la expresión de la existencia de una gran cantidad de grupos y estratos sociales que participan del *mercado de las leyes*, dando lugar

20. Sobre la vigencia de este debate véase CANE, Peter, *The Hart-Fuller debate in the twenty-first century*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2010.

21. Cf. NEGRO, Dalmacio, *Gobierno y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 31.

a una gran cantidad de leyes sectoriales<sup>22</sup>. Esta pugna de sectores antagónicos en total ausencia de un horizonte de bien común en el que hacer descansar la amistad política, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses perseguidos por la ley y a su falta de coherencia intrínseca. Ya no es el Estado, a través de la ley, quien pone fin a los conflictos de valores que hay en la sociedad, sino que es la misma ley estatal un instrumento de enfrentamiento social, es la arena donde se desarrollan. De ahí que las leyes actuales, para poder alcanzar el consenso que necesitan, son contradictorias, caóticas, oscuras y expresan la idea de que todo es negociable<sup>23</sup>. La ley queda entonces en una situación de *liquidez*, en el sentido que Bauman da al término, es decir: *precaria, incierta, cambiante*.

Por lo tanto, los jueces ya no pueden circunscribirse a ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, pues la ley no tiene la última palabra. Y la política, expresada en los *poderes políticos*, tampoco la tiene, por lo explicado más arriba. La última palabra es de los jueces, que resolverán según la interpretación igualmente *líquida* de la Constitución y de las Convenciones Internacionales. El peligro para la democracia es ostensible: cuando las mayorías no pueden tomar decisiones respecto de un proyecto político concreto, sin atravesar primero el *nihil obstat* de la Corte Constitucional y los tecnócratas, estamos en presencia de un régimen que no puede ser considerado democrático<sup>24</sup>. Incluso se ha llegado a afirmar que el *neoconstitucionalismo* sacrifica la democracia por los derechos<sup>25</sup>.

22. La creación de la ley a la manera de un contrato en el que participan distintos sectores antagónicos hace que prevalezca la ocasionalidad y el cambio por sobre la generalidad tanto material como temporal. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., pág. 36.

23. Según Gustavo Zagrebelsky, la manera que tienen los Estados de superar esta situación de caos legislativo actual es a través de la Constitución, que impone un derecho por sobre la ley y por sobre el legislador. Se pone *derecho sobre derecho*. Cf. *ibíd.*, pág. 37 y sigs.

24. VITALE, Ermanno, “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima?”, en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pág. 71.

25. PINTORE, Anna, “Derechos insaciables”, en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 247.

Así, frente al (posible) autoritarismo del gobierno de la mayoría del Estado de Derecho, se yergue el (aún más posible) autoritarismo judicial. Pues como sostiene Richard Bellamy, toda decisión será siempre polémica y afectará a una cantidad de personas que no estará de acuerdo; pero un procedimiento en el que las distintas perspectivas pueden expresarse, en un contexto de respeto mutuo, donde hay ámbitos de búsquedas de integración y consenso, y que posibilite que las decisiones sean modificadas cuando haya que tener en cuenta nueva información o cambien las circunstancias, encontrará siempre una mayor aceptación de la comunidad que dejar la decisión en manos de unos pocos hombres, que no tienen representación política, ni son directamente responsables de su ejecución como son los jueces. Y luego aclara: “Por supuesto, el proceso político no es perfecto. Pero tampoco lo es el judicial. De hecho ya hemos visto que sufre de alguna de las mismas dolencias. Se acepta tan solo en sociedades pluralistas en las que, dado el carácter poliárquico y pluralista de las relaciones sociales, es improbable la tiranía de la mayoría; y es tan efectivo cuando se trata de defender la mayoría frente a la minoría como cuando no hay mayoría consistente. Y [...] pone en riesgo tanto la integridad del proceso legal como la del democrático”<sup>26</sup>.

Por otro lado, en la efectivización de la Constitución y los derechos, los jueces tienden a soslayar los hechos y la realidad concreta en la que aplicarán sus decisiones. Cualquier resistencia factual a las decisiones de los jueces es considerada un atentado a la democracia. En realidad, la generación de las condiciones de aplicación del derecho corresponde más bien a la política. Los jueces tienden a negarse a sí mismos el hecho inevitable de que la realidad fáctica condiciona la aplicación del derecho. En el neoconstitucionalismo el derecho y la moral se confunden, y cuando el derecho se identifica con la moral, adquiere la incondicionalidad de esta<sup>27</sup>. Barzotto pone como ejemplo

26. BELLAMY, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, ob. cit., pág. 67.

27. Para la confusión entre derecho y moral en el neoconstitucionalismo me remito a MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “Derechos humanos y Estado constitucional: desafíos actuales. Neutralidad estatal, paneticismo y activismo judicial”, publicado en *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*, coordinado por George

el caso de derechos que requieren para su efectivización importantes consideraciones de orden económico-financieras: “El normativismo neoconstitucionalista lleva a interpretar la quiebra financiera del Estado como un hecho colateral irrelevante en las consideraciones puramente morales que deben orientar el raciocinio del jurista en la efectivización de derechos sociales. No es difícil ver dónde termina este tipo de postura: la plena aceptación de las consecuencias de la tesis ‘fiat iustitia et pereat mundus’. Para el neoconstitucionalismo, la Constitución es un pacto suicida”<sup>28</sup>.

Si alguna virtud tuvo el positivismo jurídico fue la de rescatar la dimensión formal e institucional de lo jurídico<sup>29</sup>. Este aspecto positivo, acaso el único del positivismo teórico, es el que el neoconstitucionalismo se encarga de destruir. Y acaso el peor de los resultados del positivismo, que es la pérdida de la política, es lo único que sobrevive. Se trata de una combinación explosiva: pérdida de *lo institucional* y pérdida de *lo político*, el resultado es la anarquía. De hecho, el producto de esta concepción constitucional es la desorganización administrativa del Estado, la desnaturalización de la función legislativa, el vaciamiento de la noción de derecho, y la sensación común de encontrarnos todos sometidos a la más cruel ley de la selva, próximos a la disgregación social.

---

Salomao Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, Salvador de Bahía, Editora Podium, 2012, págs. 143 a 170.

28. BARZOTTO, Luis Fernando, “Positivismo, neoconstitucionalismo y activismo judicial”, en *Retos del derecho constitucional*, Astrea-Universidad de la Sabana, en prensa.

29. Tomás de Domingo recuerda que el positivismo jurídico teórico contenía un núcleo de verdad: el elemento institucional o formal del derecho, y agrega: “Desde el punto de vista de la teoría de la justicia, parece también claro que la preocupación por lograr una convivencia basada en unos principios justos no debe conducir a ignorar o despreciar esa dimensión formal o institucional, que está presente en la realidad del derecho y resulta, por tanto, inexcusable en cualquier descripción del derecho que pretenda reflejar seriamente dicha realidad, y que contribuye además de forma decisiva a realizar valores importantes”. DE DOMINGO, Tomás, “Neoconstitucionalismo, positivismo y fundamentación de la obligatoriedad de la Constitución”, en *El positivismo jurídico a examen*, Salamanca, Ed. Universidad, 2006, pág. 355.

#### 4. LA POLÍTICA COMO SALVAGUARDA DEL GOBIERNO DE LAS INSTITUCIONES

Ha sido un lugar común el caracterizar al *rule of law* como un producto del liberalismo político. De hecho, su surgimiento histórico a partir de la *Glorious Revolution* y el desarrollo que le han dado –y le siguen dando– los autores contractualistas y neocontractualistas parecieran abonar esta postura. No obstante considero que es necesario que realicemos el destete del *imperio de las instituciones*, no solo del liberalismo sino de cualquier otra ideología, y planteemos la hipótesis de que se trata de una organización constitucional esencialmente justa, y respetuosa del orden natural de las cosas, en el contexto de la modernidad tardía.

Hannah Arendt afirmaba que la modernidad occidental ha considerado a la de emanciparse de la política como una de las libertades básicas, pero con ello se pierde el compromiso específico e irremplazable que debería formarse entre el individuo y sus prójimos<sup>30</sup>. Solo la recuperación de la política nos permitiría allanar en cierto grado el individualismo disgregante, causa de la anarquía y la inseguridad que vivimos. Los ciudadanos tenemos que poder discutir y participar en la determinación de lo que es más justo y mejor para nuestra comunidad política. Como afirma Sandel: “No se llega a una sociedad justa solo con maximizar la utilidad o garantizar la libertad de elección. Para llegar a una sociedad justa hemos de razonar juntos sobre el significado de la vida buena y crear una cultura pública que acoja las discrepancias que inevitablemente surgirán”<sup>31</sup>.

La propuesta que Bellamy denomina *constitucionalismo político* también va en esa dirección. Indudablemente que el *rule of law* no puede garantizar al *rule of law*, la salvaguarda del *gobierno de las instituciones* está en otro lado. Ciertamente no puede estar en el principio de legalidad, porque la ley puede ser arbitraria; y tampoco puede estar en el gobierno de los jueces que de hecho también puede caer en arbi-

30. Ibídem, pág. 171. Cita de ARENDT, Hannah, *Hombres en tiempos de oscuridad*, Barcelona, Gedisa, 1990.

31. SANDEL, Michel, *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?*, Barcelona, Debate, 2011, pág. 295.

triedad. Todo ello son condiciones favorecedoras de la salvaguarda que está en manos de los ciudadanos, en la medida en que constituyan una sociedad pluralista en la que los diversos grupos tengan un poder de negociación aproximado, que compense las desigualdades producto de las asimetrías de poder.

Desde esta perspectiva, la justicia surge de un cierto equilibrio de poder donde el papel de los tribunales consistirá en recibir las leyes resultantes del proceso que el gobierno de las instituciones supone, y aplicarlas al caso concreto de un modo imparcial. No se espera de ellos que ejerzan la discrecionalidad judicial de un modo más sabio, como si se tratara de un individuo ajeno a la sociedad en la que vive o que tuviera facultades especiales en relación con los demás ciudadanos. El límite de su parcialidad está en su vinculación a la ley y en su necesidad de argumentar a través de ella de un modo comprensible para la comunidad<sup>32</sup>.

En definitiva siempre estaremos gobernados por seres humanos, que ostentarán distintas funciones en las instituciones políticas. Resulta de evidencia histórica que no existe una Constitución que pueda prevenir perfectamente la arbitrariedad e incluso el totalitarismo, en especial cuando un amplio porcentaje de la sociedad avala o es indiferente a tales prácticas. Una gran parte de los autores occidentales desde la *Revolución Francesa* hasta el presente ha caído en la utopía inmanentista de querer descubrir la piedra filosofal de la Constitución que evite estos desórdenes, a través del establecimiento de una organización político-jurídica perfecta, que asegure el bienestar de todos y la prosecución del bien común en un contexto de libertad.

Quizás el último de estos intentos entre nosotros sea el del *neoconstitucionalismo*, y el razonamiento mágico que presupone el creer que los jueces y la Constitución pueden traer la *paz perpetua* a nuestras sociedades. La cotidianeidad demuele cruelmente estas esperanzas, sin perjuicio de la incoherencia intrínseca de esas ideas. Antes todo lo contrario, con estas ideas se pierde la dimensión institucional y formal del derecho, la previsibilidad y certeza en la vida común, el orden y

32. Incluso Bellamy sostiene que el mejor sistema compatible con el *rule of law* es la analogía. Cf. BELLAMY, Richard, *Constitucionalismo político*, ob. cit., pág. 101.

la paz entre los distintos miembros y grupos sociales, la unidad y coherencia en la gestión de la cosa pública; a la vez que se promueve un mayor individualismo disgregante de la necesaria amistad política, y un relativismo que impide la sana discusión política y el acuerdo respecto de las necesidades y objetivos que la comunidad política debe establecerse.

Pero si este no parece ser el camino, y si bien no hay ninguno infalible que logre una organización constitucional paradisiaca, no es menos cierto que debemos entregarnos a buscar aquella que sea *más adecuada* teniendo en cuenta a un mismo tiempo las características de la sociabilidad posmoderna, y los imperativos antropológicos universales que anidan en la naturaleza humana. Para esta empresa el que he llamado *gobierno de las instituciones* pareciera satisfacer estos anhelos, porque siendo de innegable *pedigree* occidental, es también favorecedor de un *ethos* en el que el orden, la paz, la participación ciudadana y el pluralismo pueden volcarse hacia una búsqueda genuina del bien común en respeto de la libertad y los derechos naturales de la persona humana.

Para que esta alternativa cobre vigencia, es un requisito ineludible la recuperación de *la política*, exiliada desde el positivismo jurídico de la cotidianeidad de la comunidad política. Merced a ella, la sociedad civil será un buen vigía de sus libertades y reglas de convivencia, a la vez que un preocupado investigador de lo mejor para la comunidad. Obviamente que en ello habrá error, disenso, intereses sectoriales que entrarán en pugna. ¡No hay que olvidar la debilidad del espíritu humano! Por eso, en la discusión política ciudadana, el uso público de la razón exigirá cierta objetividad –cristalizada en la ley– sobre la que llevar adelante la cosa pública. Por supuesto, ello requiere de *un pueblo*, es decir, una ciudadanía no disgregada, reunida en torno a un bien común reconocido como *bien* y como *común*, y que se encuentre ajustado al orden natural que lo legitima y sostiene en el tiempo. Lo que implicará, en última instancia, la prevalencia en el pueblo de un *ethos* que dé valor al orden, la paz, la libertad, al punto de no querer cercenarla en los otros, por temer perderla para sí mismos.

Ciertamente, es más razonable suponer que una Constitución permanece democrática porque la sociedad es esencialmente democrática, que pensar que una sociedad se mantendrá democrática por-

que su Constitución escrita así lo establece<sup>33</sup>. En el mismo sentido, nuestro Arturo Enrique Sampay sostenía que “cuando el escepticismo se apodera del espíritu de los gobernados para apreciar un conjunto de leyes, más vale darle forma legal a la caducidad ya decretada. Una constitución para que esté en pleno vigor debe ser, como afirma Maurice Amós que es la inglesa, una religión sin dogma”<sup>34</sup>.

33. Cf. DAHL, Robert, *A preface to democratic theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956, pág. 143.

34. SAMPAY, Arturo Enrique, *La Constitución de Entre Ríos. Ante la moderna ciencia constitucional*, Paraná, Pradasi, 1936, pág. 12 [en la reimpresión facsimilar, *Ciencia Política y Constitución*, Buenos Aires, Editorial Docencia, 2011].



# ECOS DE LA OBRA DE JOSÉ MANUEL ESTRADA EN EL CONSTITUCIONALISMO BRASILEÑO DE LA *PRIMEIRA REPÚBLICA* (1889-1930)

EZEQUIEL ABÁSULO<sup>1</sup>

Tras la caída del emperador Pedro II, el modelo constitucional argentino inspirado en el pensamiento alberdiano ejerció una fuerte influencia sobre los próceres republicanos brasileños... y doctrinarios argentinos de ese momento, como José Manuel Estrada, fueron apreciados como autoridades intelectuales por los operadores jurídicos...

## 1. INTRODUCCIÓN

Difícilmente alguien sospeche en la actualidad y en nuestro medio que casi medio siglo después de su deceso, José Manuel Estrada fue invocado en Río de Janeiro por un destacadísimo jurista fluminense –me refiero a Levi Fernandes Carneiro (1882-1971), oriundo de Niteroi, graduado de Bacharel, en Río de Janeiro, y convencional constituyente de su país en 1933-1934<sup>2</sup>–, en tanto lo tenía por integran-

1. Vicedirector 2° del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Doctor en Derecho (UBA). Doctor en Ciencias Políticas (UCA). Profesor Protitular UCA. Profesor Adjunto UNLAM.

2. PECHMAN, Robert, voz Levi Carneiro. En BELOCH, Israel y ALVES DE ABREU, Alzira, *Dicionário histórico-biográfico brasileiro pos-1930*, 3ª ed., Rio de

te de la “pléyade de constitucionalistas eximios que tanto inspiraron nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia de los tribunales durante los primeros años de la República”<sup>3</sup>. Menos aún que en 1925 un puñado de abogados paraibanos sustentó una significativa propuesta de reforma a la Constitución estadual, con la pretensión de hacer efectiva la idea de que “el municipalismo es libertad y escuela de la libertad”, conforme lo enseñaba en su libro *La política liberal bajo la tiranía de Rosas*, un Estrada explícitamente inspirado por los escritos de Alexis de Tocqueville<sup>4</sup>. Lo anterior no hace sino confirmar lo expresado por José Luis Martínez Peroni, en el sentido de que “entre las figuras señeras del pensamiento jurídico-político argentino, la de Estrada es una de las menos recordadas, salvo por motivos polémicos”<sup>5</sup>.

Ahora bien, como parte de mi preocupación por retratar las concretas manifestaciones de lo que he dado en denominar *circulación horizontal* de categorías conceptuales, soluciones normativas, estilos intelectuales y experiencias relevantes para el diseño, comprensión y aplicación del derecho en la historia contemporánea de Iberoamérica, vale decir, aquellas que se produjeron entre núcleos que no mantenían recíprocamente una relación de superioridad y subordinación, sino que se presentaban entre sí con una cierta paridad, al tiempo que podían compartir simultáneamente una misma adhesión o dependencia respecto de comunes

---

Janeiro, Fundação Getulio Vargas-Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC), 2010. Disponible en [www.cpdoc.fgv.br](http://www.cpdoc.fgv.br), consultado el 5 de abril de 2014.

3. Cfr. *Revista Forense*, vol. LXXXIV, N° 449, Río de Janeiro, noviembre de 1940, pág. 503.

4. Puede verse la reproducción del documento paraibano en cuestión en SÁTIRO FERNANDES, Flávio, *História Constitucional da Paraíba*, 2ª ed., Belo Horizonte, Forum, 2009, pág. 135. En la edición de *La política liberal bajo la tiranía de Rosas*, efectuada en Buenos Aires por la Librería “La Facultad”, de Juan Roldán y Cía., en 1927, el texto de Estrada al que aludimos se encuentra en la pág. 246. En cuanto al papel de Tocqueville en nuestro país, véase ABÁSULO, Ezequiel, “Elementos tocquevilleanos en la formulación de proyectos políticos concretos: la génesis del municipalismo en la Argentina decimonónica”, en *Investigaciones y ensayos*, N° 53, Academia Nacional de la Historia, enero-diciembre de 2003.

5. MARTÍNEZ PERONI, José Luis, “José Manuel Estrada y sus ideas organicistas”, en *Prudentia Iuris* N° 15, Buenos Aires, abril de 1985, pág. 61.

centros de irradiación foráneos<sup>6</sup>, y vinculado tanto al *PICT Bicentenario 2010*, con mi dirección, n° 2821 “Experiencias jurídicas en el derecho privado entre América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX (1901-1945)”, como a mis tareas de investigación en la Universidad Católica Argentina, aquí me propongo recrear la singular –y olvidada– fortuna que José Manuel Estrada y su obra tuvieron en el Brasil, al menos durante las primeras cuatro décadas de la centuria pasada.

## 2. PRESENCIA DE LA PRODUCCIÓN INTELECTUAL DE JOSÉ MANUEL ESTRADA EN EL BRASIL

Sucesor en la cátedra de derecho constitucional ejercida inicialmente por el colombiano Florentino González, Estrada fue el primer profesor argentino de la materia con el que contó la Universidad de Buenos Aires. Como derivación de las clases que dictó entre mediados de la década de 1870 y 1884, años más tarde apareció su *Curso de Derecho Constitucional*, obra que se destacó, al decir de Héctor José Tanzi, por su preocupación en interpretar los dispositivos constitucionales a la luz de la experiencia nacional, por sus inclinaciones históricas y por recurrir a la jurisprudencia de la Corte Suprema en sus explicaciones<sup>7</sup>. Un enfoque de análogo tenor también se advierte en su temprano libro, *La política liberal bajo la tiranía de Rosas*, en el cual recurrió al análisis histórico de las ideas y de las experiencias vividas en el país como paso previo a entender la posterior formación del constitucionalismo nacional<sup>8</sup>.

6. Explicué mi posición teórica en la ponencia: “Primeras consideraciones sobre las imágenes suscitadas por la Argentina y su derecho en la Asamblea Constituyente brasileña de 1933-1934”, la cual fue presentada en el marco del Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores en Historia del Derecho que se celebró en Rosario en 2013.

7. TANZI, Héctor José, “La enseñanza del derecho constitucional en la Facultad de Derecho de Buenos Aires”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, año 9, número 17, Buenos Aires, 2011, págs. 90 a 92. También del profesor Tanzi puede consultarse *José Manuel Estrada (1842-1894). Apóstol laico del catolicismo*, Buenos Aires, Braga, 1994, pág. 51.

8. ARMESTO, Diego Hernán, “El pensamiento constitucional de José Manuel Estrada. Sus aportes a la ciencia del derecho constitucional”, en MANILI, Pablo [dir.], *El pensamiento constitucional argentino: 1810-1930*, Buenos Aires, Errepar, 2009, pág. 288.

Preocupado por conciliar catolicismo y liberalismo<sup>9</sup>, conforme explica Néstor Tomás Auza, José Manuel Estrada entendía que la democracia era “el sistema que mejor se ajusta[ba] al cristianismo, siendo éste el fundamento de esa forma política”<sup>10</sup>. Conmovidó por los embates del laicismo, al igual que otros muchos intelectuales católicos de la época, abandonó el anterior indiferentismo en materia social y política que hasta mediados del siglo XIX había caracterizado a los hombres comprometidos con la fe cristiana<sup>11</sup>.

Ahora bien, en el Brasil Estrada llegó a ser identificado por su *Curso de Derecho Constitucional* –sobre todo, a partir de la edición efectuada durante los primeros años del siglo XX–, y, en menor medida, por su obra. *La política liberal bajo la tiranía de Rosas*. De este modo, por ejemplo, a la hora de componer uno de los primeros comentarios sobre la Constitución brasileña de 1891, el diputado y antiguo magistrado bahiano, Arístides A. Milton, invocó a Estrada en tres oportunidades. Los temas de las citas fueron las garantías federales de los Estados, la resolución de conflictos de límites interestaduais y la resolución de pleitos entre Estados extranjeros y ciudadanos propios<sup>12</sup>. Más adelante, en 1914, el entonces veinteañero diputado federal por Amazonas, Luciano Pereira da Silva –oriundo de Piauí, graduado en derecho por la tradicional Universidad de Recife y futuro Consultor General de la República durante la presidencia del general Dutra (bienio 1950-

9. SEGOVIA, Juan Fernando, “Estrada y el liberalismo católico”, en *Anales de la Fundación Elías de Tejada*, N° 8, Madrid, 2002, pág. 100.

10. AUZA, Néstor Tomás, “Cristianismo y democracia. Un debate teológico político a mediados del siglo XIX”, en *Teología*, T. XXXI, n° 64, Buenos Aires, 1994, segundo semestre, pág. 229.

11. Véase la carta de José Manuel Estrada a Apolinario Casabal, fechada el 1° de enero de 1885. Transcrita en SÁNCHEZ DE LORIA PARODI, Horacio M., *Apolinario Casabal, un jurista del ochenta. El derrotero del movimiento católico entre dos siglos*, Buenos Aires, Quorum, 2010, pág. 7.

12. MILTON, Arístides A., *A constituição do Brasil. Notícia histórica, texto e comentário*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1898, pág. 9. Para las citas del *Curso de Derecho Constitucional*, de José Manuel Estrada, págs. 27, 132 y 310. Para datos biográficos de Milton, véase DE BRITO FREITAS, Liliane y NOVAIS SAMPAIO, Consuelo, voz Arístides Milton, <http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/MILTON,%20Arístides.pdf>, consultado el 18 de mayo de 2014.

1951)<sup>13</sup>–, también mencionó a Estrada como uno de los autorizados doctrinarios argentinos a tener en cuenta en materia de régimen de intervención federal en los estados de la Unión<sup>14</sup>.

Por su parte, en su libro, *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*, escrito en 1910, el legendario Rui Barbosa citó el *Curso de Derecho Constitucional*, de José Manuel Estrada, en dos oportunidades. En ambos casos, también para referirse a las atribuciones de los Poderes Legislativo y Judicial federales en el caso de suscitarse conflictos interestaduales en materia de límites<sup>15</sup>. Su primera referencia a la obra de Estrada se había producido cinco años antes, al citarlo en 1905, en su trabajo, *O impeachment na Constituição da Bahía*, con el objeto de documentar el régimen del juicio político aplicado en la Argentina<sup>16</sup>.

Mayor dedicación le confirió a la obra de Estrada Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, autor de la obra de derecho constitucional brasileño más importante de la primera mitad del siglo XX, publicada en 1918<sup>17</sup>. En efecto, en sus *Comentarios a la Constitución* –que de este libro se trata–, de un total de 3053 citas que he podido identificar, 232 corresponden a autores, normas y jurisprudencia argentinos. Entre estas, ocho reflejan escritos de autoría de Estrada: siete a su *Curso* y una a su *Política liberal*<sup>18</sup>. Si de esta última lo que se reprodujo se vinculó a la importancia del régimen municipal, como ya se ha dicho más arriba, del *Curso* lo que le interesó a Carlos Maximiliano fue lo que Estrada

13. Cf. el *Dicionário da Elite Política Republicana*, de la Fundación Getulio Vargas, voz Luciano Pereira da Silva. En <http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/SILVA,%20Luciano%20Pereira%20da.pdf>, consultado el 18 de mayo de 2014.

14. REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL, *Diário do Congresso Nacional*, anno XXV, sábado 22 de agosto de 1914, pág. 1426.

15. Cf. *Obras completas de Rui Barbosa*, vol. XXXVII, T. V, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura-Fundação Casa de Rui Barbosa, s/f., págs. 88, 193 y 194.

16. Cf. *Obras completas de Rui Barbosa*, vol. XXII, T. II, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, 1964, pág. 33.

17. Sobre este jurista brasileño y su interés por el derecho argentino, véase mi trabajo, “Los comentarios a la constitución de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos y la repercusión de la cultura jurídica argentina en el Brasil durante la primera mitad del siglo XX”, en *Revista de Historia del Derecho*, N° 47, Buenos Aires, junio de 2014.

18. Véanse págs. 148, 149, 168, 185, 196, 355 y 660 de los *Comentarios*.

da sostuvo en materia de organización federal. En concreto, sobre los alcances de la denominada “garantía federal”, sobre la resolución de los conflictos limítrofes interestaduales, sobre la intervención federal y sobre la posibilidad de fusionar entre sí varios estados de la Unión.

### 3. UN ESTRADA BRASILEÑO, DIFERENTE AL QUE VISLUMBRAMOS EN LA ARGENTINA

Si bien es cierto que la biografía de José Manuel Estrada terminó resultando, como advierte Carlos Torrendell, “atravesada, casi en sentido literal, por el drama que sacudió a los pensadores católicos, en especial durante la segunda mitad del siglo XIX”, en pleno auge del proceso de secularización<sup>19</sup>, lo cierto es que esta dramática dimensión vivencial del pensamiento estradista no parece haber sido considerada por los brasileños. Tampoco otras expresiones de su pensamiento filosófico, como el incipiente sociologismo y nacionalismo, el cual, curiosamente, comenzó a estar en boga en el Brasil a partir de los inicios del siglo XX, y aún antes, y al que nuestro autor adhiere al hacerse eco de algunas posiciones de la Generación del ‘37, como cuando en *La política liberal* reproduce textualmente de la *Ojeada retrospectiva*, de Esteban Echeverría, aquel comentario conforme al cual “ser grande, en política, no es estar a la altura de la civilización del mundo, sino a la altura de las necesidades de su país”<sup>20</sup>.

Es que para muchos, entre ellos Rui Barbosa, hacia comienzos del siglo XX el *Curso* de Estrada resultaba algo “nuevo”, o recién redactado. Así, el jurista bahiano antes citado dijo en 1905 que la obra de nues-

19. TORRENDELL, Carlos, “A destiempo: José Manuel Estrada y la autonomía universitaria”, 2008. Ponencia disponible en el sitio web de la Sociedad Argentina de Historia de la Educación, <http://www.sahe.org.ar/pdf/sahe001.pdf>, consultado el 1° de abril de 2014.

20. El comentario se reproduce en la edición ya citada de *La política liberal...*, ob. cit., pág. 63. El texto en cuestión se encuentra original en “Dogma Socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 1837”, en *Obras completas de D. Esteban Echeverría*, T. IV, escritos en prosa, Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo, 1873, págs. 34 y 35.

tro Estrada había visto la “lume há tres anos”, cuando, en realidad, hacía más de una década que se había producido el deceso de su autor, y más de veinte años habían transcurrido desde la redacción de los principales capítulos del *Curso*. Desligada, entonces, de una historia personal concreta y de sus circunstancias, o sea, de su contexto, ¿qué es lo que podía hacer tan interesante para los brasileños textos como los que proporcionaba el constitucionalista argentino? Por cierto, no tenemos que despreciar el hecho de que, aún cuando a la distancia no nos parezca especialmente modélica en cuanto a lo metodológico, su obra se revestía de un envidiable carácter orgánico en momentos en los que el Brasil apenas comenzaba a recorrer los primeros tramos de su constitucionalismo republicano. Sin embargo, mucho más importante que eso consistió el hecho de que la obra de Estrada explicaba con cierto detalle la historia, la regulación y las prácticas constitucionales argentinas, entonces tenidas como referencia de especial interés para los juristas y hombres públicos brasileños.

Ello así en la medida en que, según explica en nuestros días el profesor Christian Lynch, tras la caída del emperador Pedro II el modelo constitucional argentino, inspirado en el pensamiento alberdiano, “exerceu forte influencia sobre o imaginário dos próceres republicanos brasileiros, como Quintino Bocaiúva e Campos Sales, que nele buscaram subsídios para organizar o novo regime”<sup>21</sup>. De este modo, por ejemplo, “la fuente de donde proceden nuestros dispositivos sobre suspensión de garantías constitucionales –llegó a proclamar terminantemente en 1914, en el seno de la Cámara de Diputados brasileña el ya recordado constitucionalista gaucho, Carlos Maximiliano Pereira dos

21. CYRIL LYNCH, Christian Edward, “O caminho para Washington passa por Buenos Aires. A recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898)”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 27, febrero de 2012, pág. 155. Sobre el papel modélico asignado a la Argentina por los juristas brasileños de la época, véase también VERONESE, Alexandre, “Entre os dispositivos conceituais e a gramática: o direito e a política na formação do Código Civil de 1916”, en *Escritos*, Revista do Centro de Pesquisa da Casa de Rui Barbosa, ano 6, N° 6, Río de Janeiro, 2014, pág. 299.

Santos– fue, casi evidente y literalmente, la Constitución Argentina”<sup>22</sup>. Por cierto, no se trataba de nada novedoso para los hombres públicos brasileños, en la medida en que durante la misma celebración de la asamblea constituyente en la que se gestó la norma suprema de 1891 el convencional Amaro Cavalcanti –oriundo de Rio Grande do Norte, graduado en derecho en Albany, Estados Unidos de América, en 1881, y futuro ministro del Superior Tribunal Federal durante los años 1906 a 1914<sup>23</sup>– llegó a aseverar que “o projeto que se discute, todos sabemos, nao é uma obra original. Elaboração de política experimental, ele nos apresenta o texto da Constituição Federal da República Norte-Americana, completada com algumas disposições das constituições suíça e argentina, e incidentalmente modificado, a juízo dos seus autores, afim de ser acomodado as nossas circunstancias”<sup>24</sup>. Por supuesto, no es de extrañar que, en este contexto, doctrinarios argentinos como José Manuel Estrada terminasen siendo reputados como “autoridades” intelectuales por los operadores jurídicos brasileños<sup>25</sup>.

22. REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL, *Diario do Congresso Nacional*, anno XXV, sábado 4 de junio de 1914, pág. 347.

23. JUNQUEIRA, Eduardo, voz Amaro Cavalcanti. En <http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/CAVALCANTI,%20Amaro.pdf>. Consultado el 18 de marzo de 2014.

24. *Annaes do Congresso Constituinte da Republica 1890-1891*, 2ª edición, vol. 1, Río de Janeiro, Imprenta Nacional, 1924, pág. 530, sesión 7, del 13 de diciembre de 1890.

25. Puede verse un ejemplo de lo dicho en REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL, *Diario do Congresso Nacional*, anno XXII, martes 5 de septiembre de 1911, pág. 1267.

# LA PAZ COMO OBJETIVO DE LA SOCIEDAD Y EL BUEN GOBIERNO<sup>1</sup>

ROBERTO A. PUNTE<sup>2</sup>

La búsqueda y consolidación de la paz está en la esencia del pacto constitucional de convivencia, por lo que restaurar su vigencia, acotar las divisiones, enmendar errores y reparar daños, corregir los enfrentamientos, sanar rencores y resentimientos, levantar a los caídos e incluir a los marginados, y, en lo posible, neutralizar todo motor de violencia, constituyen la esencia del buen gobierno y cimentan cualquier programa que aspire al futuro.

“Con el objeto de... consolidar la paz interior... ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución...”

## I. CONVIVIR EN PAZ

La orientación hacia la paz, superando rencores, envidias, pugnas y divisiones, configura una piedra fundamental de la políti-

1. Nota del autor: este artículo es una ampliación del publicado el 6 de marzo de 2008 en el Suplemento de Derecho Constitucional de *EIDial*, con el título “Violencia institucional y social. Necesidad de un cambio para la concordia”.

2. Abogado (UCA). Miembro del Centro de Derecho Constitucional (UCA). Profesor Invitado en la Especialización en Derecho Constitucional. Ex-Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional. Director del Suplemento de Derecho Constitucional de *EIDial.com*.

dad humana, y, necesariamente, un eje central también de nuestro reflexionar.

Fue definida por Agustín como uno de los mayores bienes terrenos, aunque, siendo siempre incierto en su logro y frágil en su disfrute, requiere indefectiblemente del ordenatorio poder de gobierno en la ciudad, admitido lo falible de las voluntades, no inclinadas indefectiblemente a la búsqueda de los bienes propios y comunes, sino constantemente sujetas a la tentación del mal, “fuente de inquietud y turbación”. Para evitar la servidumbre de la anarquía y el crimen, es preciso aceptar el poder político, que sostenga la ansiada “tranquilidad en el orden” o “concordia ordenada”<sup>3</sup>.

Pero no cualquier orden genera paz, pues, escribió, puede haber concilio de las voluntades en una sociedad de piratas. Hoy diríamos en un narco-Estado o en cualquier asociación de corruptos o mafiosos.

Solo el orden justo para el bien común permite el florecimiento de aquélla. Tomás de Aquino analiza los contrarios como modo de ilustrar su contenido. De ahí que diga que a la paz se oponen dos tipos de disensiones: “[...] la de los hombres entre sí, la del hombre consigo mismo”<sup>4</sup>. También se refiere a los obstáculos, los que creen en la guerra como modo de lograr la paz, claramente visible en el lema romano “si vis pacem, para bellum”, y todas las inclinaciones contrarias al otro, el odio, el desprecio, la envidia, el disenso, la indiferencia. Es que “la amistad en política no es algo dado, sino construido”, de modo “arduo”. Lo dado es la tendencia a la enemistad... “como rasgo permanente de la condición humana”<sup>5</sup>.

Aristóteles define a la ciudad como “la asociación de seres iguales que aspiran en común a conseguir una existencia dichosa y fácil [...] y el mejor gobierno es el que garantiza al cuerpo social el mayor grado

3. SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, Cap. XIX, Ed. Porrúa.

4. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Teológica*, Parte II, Cuestión 29, Buenos Aires, Ed. Club de Lectores.

5. BARZOTTO, Luis Fernando, “La amistad política en Aristóteles y Carl Schmitt”, en *Prudentia Iuris* N° 70, pág. 213, traducción del portugués por Federico Bonaldo.

de felicidad”<sup>6</sup>. Para esto, si bien todos los hombres son entre sí iguales en dignidad, es precisa esta ordenación y sujeción, evitando la trampa de los idealismos igualitaristas, contraria a la realidad de lo diverso, y la funcionalidad de la distribución de los roles dentro de una sociedad de participación.

La paz es pues condición necesaria para la felicidad, y se la puede buscar como un bien positivo, o para huir de males negativos. En tiempos oscuros de crueles guerras civiles, Tomas Hobbes consideró que el motor de la sujeción política era un prudente egoísmo brotado del temor, y el refugio en la paz el modo de evitar la muerte a manos de otros, en una naturaleza desordenada donde el “hombre es lobo del hombre”, y esto ilustra mejor que nada los esfuerzos hechos por la comunidad internacional después de las terribles guerras y devastaciones de los últimos siglos, buscando alguna forma de “pax universalis”, si bien tal vez no tan perpetua como Kant propusiera.

## II. IMPACTO DE LOS CAMBIOS EN CURSO

Existe una observación en boga respecto del impacto de los cambios tecnológicos en curso sobre la sociabilidad e interacción política. Se anuncia como la conformación de un nuevo paradigma, por un lado crisis y deslegitimación del sistema jerárquico y, a la vez, la conformación de un vasto entramado de enlaces interpersonales en red, como expresión nueva de organización de estructuras, en que cada cibernauta aporta cooperativamente al conjunto de la red, y extrae de allí según necesita. Esto implica una necesidad de negociación permanente, y la idea que está detrás de esto desde el punto de vista organizacional es que decaigan las pirámides jerárquicas, para convertirse en redes y donde la forma de toma de decisiones dejase la verticalidad –quienes están encima dan órdenes– y se convierta en horizontal: negociación abierta a todos.

6. ARISTÓTELES, *La Política*, Libro IV, Caps. I y II sobre la vida perfecta y la felicidad; y, más adelante, Libro VIII, sobre las causas de las revoluciones, Colección Austral-Espasa Calpe. Y *Ética a Nicómaco*, México, Porrúa.

Es dudoso aún cuánto ha de incidir esto en la reorganización de la política, puesto que, si bien la red muestra un acentuado dinamismo, su esencia misma es extremadamente frágil, puesto que cada uno puede retirarse en cualquier momento de los vínculos trabados. De todos modos, aceptada la permanente validez del lema, “gobernar no es mandar, es convencer”, se verifica que la negociación cooperativa es una necesidad en aumento tanto en empresas y negocios, como en los gobiernos. Así ocurre con el proceso de toma de decisiones predominante en la democracia, lo que se ve en los consensos que se buscan dentro de los parlamentos.

La coexistencia forzada de seis mil millones de personas a bordo del planeta mundo, obliga a una permanente negociación en la toma de decisiones, con miras a la coexistencia. En general se trata de relevar las tensiones latentes, prevenir la formación de los conflictos, resolver los ya abiertos y contener su escalada.

### III. LA VIOLENCIA EN SUS FORMAS ABIERTAS U OCULTAS COMO LO CONTRARIO A LA CONVIVENCIA EN PAZ

La violencia del hombre consigo mismo surge de distintas fuentes de desconcierto o desorientación, frustración, pérdida del sentido, y, en tal caso, la “violencia es siempre proporcional a la fragilidad psíquica y espiritual de su portador. En un mundo confuso y con mapas desdibujados y tradiciones diluidas, impera la sensación de fragilidad –y de miedo–, lo que vuelve más tentadora para muchos jóvenes la idea de sumergirse en la euforia de la violencia victoriosa, ‘garantizada’ por la pertenencia al grupo agresivo que los cobije”. En este caso, “lo frágil se transforma en peligroso, porque en esa línea el intercambio se basa en la fuerza física”<sup>7</sup>.

A su vez, se institucionaliza la violencia cuando se vincula con el ejercicio de una supremacía o un poder, político, social o burocrático, que de modo injusto limite, coarte, dañe o suprima la libertad ajena. Puede darse por la existencia de control excesivo, amenazas, acoso,

7. ESPECHE, Miguel, “El lenguaje de la violencia”, *La Nación*, pág. 29, 2-5-2014.

agresiones verbales, sanciones, persecución policial, judicial o impositiva, o por el espionaje, escuchas telefónicas, seguimientos.

También por la agresión patotera o criminal apañada o tolerada por las policías, o por poderes civiles como sindicatos, clubes o grupos de presión, muchas veces también vinculados a las estructuras públicas. Y “la violencia verbal, las calumnias, la mentira”. Incluida la mentira que con la forma de “relato” se considera un recurso normal de la actividad política.

Pero la más significativa es la que subyace en la superficie aparentemente tranquila de la vida cotidiana, y es la que se manifiesta a través de la marginación, o la indiferencia ante la necesidad expresada, o el derecho invocado, ya sea como petición, reclamo o defensa. Hoy a través del actual neologismo “ninguneo” se indica la situación de la persona que es ignorada, despreciada, marginada, desconocida en su existencia, que por ello pasa a ser un “ninguno”, no es más un “alguien”, un prójimo, un ciudadano, una persona, es un “nadie”, un “don nadie”, como antes se decía.

Hay al menos dos Leviatanes que amenazan la convivencia pacífica de las personas. El Estado burocrático autoritario, amenazante y aislado frente a súbditos, que, por tanto, no dialoga, no trata, no intercambia. Su contrafigura, el Estado democrático y de derechos humanos, en cambio, emerge vinculado a una gestión cercana a la gente, permeable a sus problemas concretos.

La otra amenaza similar emerge de la gran empresa monopólica, también burocrática e impersonal, principalmente en el área de los servicios públicos, que solo interactúa a través de máquinas telefónicas automatizadas, y medra sobre consumidores cautivos. En ambos casos, la opresión se sirve del método de la despersonalización, ya del ciudadano, ya del usuario, arrinconado a ser un número anónimo en padrones o cuentas bancarias.

La indiferencia ante la defensa, petición o reclamo, y la falta de mediaciones institucionales, ha llevado a la sociedad a generar acciones directas, también violentas, como piquetes, escraches, ocupación de espacios públicos –corte de calles o rutas–, y otras formas de hacerse notar como presencia, de modo de superar esta indiferencia que los ignora. Integra este cuadro de cotidiana violencia el difundido equívoco sobre la debida defensa de los bienes públicos. Sobre todo, por una extendida

y acentuada confusión sobre las distinciones entre las conductas de “defender” y las de “ocupar” o “dañar”, pues una de las modalidades más habituales de “defensa” de lo público consiste en su ocupación, que es una forma de privatizar para quienes protestan el uso del espacio, ya sea que ocupen una calle, un edificio, una plaza, o se trate de hacer una pintada. Esa supuesta situación de protección es en realidad una confiscación, por cercado y exclusión de todos los demás, menos los individuos que se arrojan esa tarea, no delegada por nadie.

#### IV. RECETAS BÁSICAS

Por razón de urgencia, la más elemental consiste en deslegitimar la prepotencia. La ética del *cowboy* que glorifica el duelo final como modo de resolución por muerte del conflicto con “los malos”, según aparece como una vertiente central en la cinematografía norteamericana, es el camino contrario a la deslegitimación de la violencia, donde los maestros deben, a través de la tolerancia, buscar la resolución conjunta de los problemas.

Entre nosotros, esto implica mostrar en su ilegitimidad el desafío de las patotas, los matones, las *barras bravas*, de quienes escrachan, cortan caminos, ocupan prepotentemente calles y plazas, los *pesados* que amedrentan a los chicos en los boliches, los policías bravos, los delincuentes de gatillo fácil e inmunidad asegurada, o sea el éxito y la razón para el más fuerte y más agresor. También la violencia de género en perjuicio de las mujeres, y el actualmente publicitado *bullying*, que no es sino el vulgar patoteo entre pares en las escuelas.

Todas y cada una de estas intolerancias deben ser sin duda reconocidas y planteadas en su ilegalidad e ilegitimidad, como precondition de su remedio. Hemos visto la posibilidad de transformación cultural, inclusive a corto plazo, como se comprueba en el resultado de campañas sostenidas de bien público en cuanto a desanimar el hábito del tabaco, acotar el uso del alcohol en los conductores, difundir los cinturones de seguridad, o los cascos de los motociclistas, y, si esto ha sido posible, también puede ser útil en el desarme de los espíritus, a través de la demostración y descalificación de tales conductas dañinas, irracionales e ilegítimas.

El remedio más consistente es, sin duda, la personalización y la construcción de sentidos para cada una de las vidas individuales en trance de perderse. Indudablemente uno de los motores importantes para ello es el trabajo, que seriamente, más allá de los lemas, “dignifica al hombre”, al hacerlo partícipe de la tarea divina de completar la creación, asegurando así una múltiple pertenencia de identidad, consigo mismo, con sus vínculos y prójimo, con el mundo y su Creador.

Esto es un resultado de muchas otras tareas previas. Si una de estas consiste en la promoción del diálogo, como medio para el crecimiento de la paz, su condición más primordial es el reconocimiento entre los interlocutores del otro como tal, habilitado para escuchar y ser escuchado. Como bien resume William Ury, un fogueado negociador, “los seres humanos tienen una multitud de necesidades emocionales: de amor y reconocimiento, de pertenencia e identidad, de propósito y significado para sus vidas. Si tuviéramos que resumir todas estas necesidades en una sola palabra, diríamos respeto. La gente quiere ser reconocida y respetada por lo que es”<sup>8</sup>.

Evidentemente el cambio de estructuras incluye abrirlas al diálogo y a la interacción, pues es una forma de ampliar el ámbito de la dignidad humana, evitando lo que entorpece sistemáticamente la asunción de responsabilidades o sea un impedimento al desarrollo de la iniciativa. En definitiva, impulsar procesos complejos de escuchar la necesidad, dialogar sobre la manera de resolverla, y contener o impedir la escalada de la violencia, buscando la construcción de posibles soluciones.

El trabajo político entendido como cooperación y servicio, realizado de modo transparente, esto es mostrando los avances que se van logrando, y buscando valores que puedan compartirse, espacios comunes, pautas que se reconozcan como justas, implica en primer lugar no solo un reconocimiento sino una búsqueda del equilibrio de poder, que es una forma de pacificación elemental. En su encíclica, *Paz en la tierra*, Juan XXIII decía que para la convivencia civil es im-

8. URY, William L., “Alcanzar la paz. 10 caminos para resolver conflictos en la casa, el trabajo y el mundo”, Paidós, 2000 y recensión en *Prudentia Iuris* N° 50, Buenos Aires, agosto 2000, pág. 162.

prescindible que todos, con la guía de la justicia, respeten los derechos ajenos y cumplan sus propias obligaciones, sintiendo como suyas las necesidades del prójimo, y buscando un intercambio universal de los valores. Todo esto como condición del desarrollo humano en libertad. Al tratar el método del diálogo, Pablo VI señalaba en 1964 que la apertura de un diálogo desinteresado, objetivo y leal excluye fingimiento, rivalidades, engaños y traiciones y estos principios son válidos desde las relaciones más altas entre las naciones a las propias del cuerpo de las naciones mismas y a las bases tanto sociales como familiares e individuales para difundir en todas las instituciones y en todos los espíritus el sentido, el gusto y el deber de la paz.

Si en los corazones desconcertados de las personas sin rumbo rige la anomia, su voluntad se moverá solo en los cambiantes vientos de sus caprichos y deseos. Por lo tanto, la restauración de las leyes como eje de la vida es uno de los cambios culturales necesarios para la paz. Afortunadamente existe un cierto consenso de que debe cumplirse con la Constitución, lo cual es un buen punto de partida para cualquier normatización de la vida en común. Pero en palabras del reciente documento de los obispos, "es imprescindible un compromiso de todos en el respeto de la ley". A buen entendedor, pocas palabras, pero muy fundamentales. "Todos" solo puede entenderse como, para usar la tonta expresión en curso, "todos y todas", sin superhombres o supermujeres que se consideren exentos de cumplir las leyes. También, todas las leyes, "desde las reglas más importantes establecidas en la Constitución nacional hasta las leyes del tránsito y las normas que rigen los aspectos más cotidianos de la vida. Solo si las leyes justas son respetadas y quienes violan son sancionados podemos reconstruir los lazos sociales dañados por el delito, la impunidad y la falta de ejemplaridad de quienes tenemos alguna autoridad".

En la *Ética a Nicómaco*, en el Capítulo IX, trata Aristóteles de la concordia o amistad civil, como propias de la buena organización social. Por ello, observa, la legislación busca la concordia y como peor cosa la discordia y el motín. Si los hombres son amigos no hay necesidad de justicia, pero siendo los hombres justos, aún con todo eso, tienen necesidad de concordia.

Si sabemos que hemos acumulado fallas en todos los sistemas de convivencia y regulación, no las profundicemos. Mirémonos entre no-

sotros y reflexionemos en común, acudiendo a la vía dialogal, que no consiste, como en los debates televisivos, en contrastar a personas que hablan sin respirar, y donde la mayor dote parece ser la de disparar sobre el otro y la audiencia la mayor cantidad de consignas y lemas, sin parpadear. No es eso dialogar ni lo es acatar dictados. Dialogar es pensar en voz alta entre dos o más, buscando una resultante común aceptable y parejamente satisfactoria.

Por eso es preciso construir medios que institucionalicen el diálogo y horizontalicen las relaciones. Abelardo Rossi escribió: “El diálogo con las cosas, con los hombres, con Dios, es realismo intelectual. La discusión es solipsismo racionalista. Quien dialoga, escucha; quien discute, se escucha. Dialogar no es estéril entretenimiento, vago juego de ingenio, ni perder el tiempo. Es ‘redimir el tiempo’ lo que implica abandonar algo –el orgullo, la autosuficiencia, las sordas esclavitudes interiores [...] y también realidades positivas pero intrascendentes– para ganar algo valioso y de provecho para el alma [...] Dialogar no importa, por cierto, ponerse de acuerdo en todo. Mas discutir es no ponerse de acuerdo en nada. Lo primero da posibilidad de entenderse; lo segundo, seguridad de no entenderse. Dialogar no es ceder, discutir es no ceder”<sup>9</sup>.

La comunicación resultante ayuda a entender el conflicto e identificar los intereses profundos, más allá de las previas posturas, y, a partir de esto, generar hipótesis creativas que los satisfagan. Permite el volteo de los muros de incomunicación o malentendidos, la demolición de las posiciones y los planteos con que llegan los contrincantes, para, con los mismos elementos o los adicionales que se arrimen, posibilitar que ellos mismos construyan nuevos caminos y puentes de salida. Una vez abierto el espacio del reconocimiento y el diálogo, lo procedimental pasa a segundo plano, abriéndose camino a lo sustantivo, el objetivo común de arbitrar soluciones y encontrar satisfacción y saneamiento del conflicto. Si la concordia social resulta de un orden justo, Werner Goldschmidt enseñaba que el acto de justicia implica un

9. Abelardo Rossi publicó un valioso y breve estudio titulado “¿Dialogar o discutir?”, reproducido en el homenaje en ocasión de su muerte, publicado en el Suplemento Constitucional de *El Derecho*, el 23 de octubre de 2009.

reparto, una asignación de potencias o de impotencias, y éste es el propósito del acuerdo entre partes: que resuelvan sus conflictos, realizando su propio reparto, el más adecuado a su situación y posibilidades.

La prédica de la paz no implica desconocer las dificultades, las diferencias, la amenaza constante de la violencia o la guerra, sino recordarnos la preponderancia necesaria de la paz como condición de los demás bienes. Si esto se complementa con objetivos de concordia y solidaridad, de restauración de las normas y superación de la amenazante anomia, de restitución a la gente de sus derechos y deberes, no cabe duda de que progresivamente han de formularse institucionalmente los medios apropiados para ello.

Frente al lema romano, *Si vis pacem, para bellum*, hoy vemos que la preparación para la guerra traerá muy posiblemente más guerra. Diremos, en cambio, si quieres luchar por la justicia y construir la concordia, multiplica tus herramientas buscando cumplir el objetivo constitucional de "consolidar la paz interior".

La esencia del liderazgo es conducir ese camino. El conductor marca el rumbo de un bien, siempre difícil de conseguir, y tras de sí genera el rango de sus acompañantes, según su esfuerzo y mérito, unos más adelante, otros más atrás, pero todos en la misma común ardua tarea. Hauriou enseña que las instituciones se forman de esta combinación de una idea fuerza generadora y la actividad que se consolida en el tiempo. Moisés lideró a su pueblo a través del desierto, en busca de la meta prometida, y cuando éstos requerían un dios material al que adorar, no cedió a la tentación demagógica de complacerlos, bajando de la montaña con las tablas que constituyeron los fundamentos institucionales de los milenios futuros.

## V. EL DERECHO A LA PAZ

En definitiva existe un derecho constitucional a superar la intranquilidad y el desorden, y la ansiedad social por un liderazgo que fortalezca las instituciones aptas para la paz. El alto fin constituyente de la paz ordenada es un derecho de los que emergen de la soberanía del pueblo, y es uno de los deberes que se asumen al jurar o prometer ejercer fiel y lealmente cada cargo público.

Superar la amenaza del desconocimiento del otro, a la que se suma la anomia, como dificultad de acatar reglas; y el consumismo que potencia el insaciable motor de descollar por la riqueza; y, si esto se frustra, reemplazarlo por el resentido remedio de aplastar o destruir al otro. Vemos el ejemplo de las hinchadas que festejan no solo el triunfo sino la mofa al derrotado, y, desde el ángulo de perdedores, el ataque a golpes, gritos, empujones o palos, pedradas o tiros según se encadenen los acontecimientos.

Educar al soberano no consiste hoy por hoy en reenviar a todos a la primaria a cursar instrucción cívica, sino en mostrar y convencer, primero desde los poderes –políticos, económicos, mediáticos, sociales– y luego hacia abajo, la ventaja de volver a ser, usando un eslogan, una comunidad organizada por ciertas metas o sentidos de paz, seguridad, igualdad y justicia. Esto pareció que se lograba en 1983, cuando las arengas de Alfonsín; y no parece sea imposible volver a lograrlo. Tal ha sido el sentido de quienes abogan por un pacto refundacional al que han etiquetado moncloico. No necesitamos acudir a los españoles –¿una nueva máscara de Fernando VII?– para ejemplificar lo bueno posible, pues en nuestra propia historia esto se intentó y a veces con éxito. Recordemos los pactos de Palermo o San Nicolás o San José de Flores. No cabe duda de que, como entonces, son los poderes territoriales los principales protagonistas posibles, porque, aunque los gobernadores sean individualmente hombres de partido, son también algo más que eso, son personalmente responsables ante mucha gente que los conoce y trata, por sus gestos y conductas.

Nuestra ventaja es que nos asiste un gran consenso entonces inexistente sobre la virtud y el mérito de asentir ante el pacto constitucional. Lo que no hemos resuelto bien y es el nudo del problema, es cómo atajar y reencaminar a los que, guiados por el gen que nos acosa, optan por querer saltar etapas, transitar por la banquinas y otros atajos irresponsables e ilegítimos. Esto encuentra solución solo en el nuevo convenio de no permitir esto, y de respetar solo a quienes acepten la ley de la paciencia frente a las esperables dificultades de encontrar de nuevo el sendero del crecimiento en paz y concordia.

Cuando Platón pensó en una república guiada por sabios guardianes, no proponía dar empleo a ancianos o jubilados solo aptos para

el chisme o las intrigas. Partía del concepto de que así como la moral estaba destinada a ordenar en lo interior las conductas humanas, la política era el ordenador de la vida y este sabio filósofo ideal que propone, porque tiene la sabiduría que lo lleva a elegir caminos de bien, sería, en términos de ahora, un inteligente emocional, o sea un prudente, conocedor y experimentado, un baqueano de la vida.

Hombres así fundaron nuestras instituciones, y lo que habían sufrido trataron de enmendarlo para ellos y su descendencia. Viniendo de largas guerras y crisis comprendieron el valor superior de organizarse y de fundar instituciones sobre una paz que habían logrado peleando y estaban dispuestos a conservar y hacer crecer de ese modo si resultaba necesario.

De ahí la necesidad de fundar la paz presente y la concordia futura sobre una sana política que cierre los enfrentamientos del pasado, como una sólida señal de cambio de época. Los fracasos anteriores no significan sino eso, fracasos, pero no invalidan la ventaja y necesidad de forjar instrumentos de verdad y pacificación.

#### NECESARIO APÉNDICE SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS SECUELAS DE LOS ENFRENTAMIENTOS DEL SIGLO PASADO

Considero necesario abordar la necesidad de dar fin a la secuela de los enfrentamientos del siglo pasado, con su historia de luchas armadas, muertos, heridos, presos, exiliados y desaparecidos.

Nuestra Constitución propuso la paz como objetivo social y político, para superar duras luchas civiles anteriores. No pudo terminar con ellas de inmediato, lo que no podía sorprender, pero, por el contrario, lo verdaderamente sorprendente ha sido que finalmente se alcanzaron décadas de paz y crecimiento.

Antes de 1853 también resultaron infructuosos muchos intentos. En el Artículo 5° del tratado tripartito del Pilar -1820-, se amnistió y devolvieron propiedades a quienes habían guerreado en bandos opuestos; y del mismo modo, hubo cláusulas de compensación y reparaciones mutuas en el del Cuadrilátero de 1822; cuyos principios fueron ratificados y ampliados en el Pacto Federal de 1831, donde se asentó el objetivo de tratarse mutuamente con “la mejor armonía po-

sible”, y como objetivo “la paz pública en todas las provincias”; lo que recién pudo empezarse a concretar mucho después. En el acuerdo de San Nicolás –1852–, se reiteró este afán de “paz pública y concordia entre los ciudadanos de todos los partidos, previniendo o sofocando todo elemento de desorden o discordia y propendiendo al olvido de los errores pasados y estrechamiento de la amistad de los pueblos argentinos” (Art. 13); lo que no clausuró las luchas, reiterándose el principio y el remedio en el Pacto de San José de Flores de 1859, que estableció en su capítulo X, “un perpetuo olvido de todas las causas que han producido nuestra desunión, ningún ciudadano argentino será molestado de modo alguno por hechos ni opiniones [...]” del pasado reciente.

Esto es reiterado. La Ley N° 714, de julio de 1875, dispuso una amnistía general por delitos políticos y delitos militares anteriores a la dimisión de la ley. Los fusilamientos o apropiación de dinero público, u otros delitos comunes en ocasión de rebelión o sedición serían juzgados sin considerarlos delitos agravados (*ADLA* 1852/80, pág. 996). En 1877 se dictó otra similar para quienes hubieran sido condenados por causas políticas o militares por rebelión o sedición (Ley N° 843, *ADLA*, pág. 1144). En 1888 se dispuso una amnistía general por todo delito político, dejando a salvo las acciones “civiles o criminales” en contra del derecho común, sin considerar agravantes la motivación de sedición o rebelión (*ADLA* 1881/8, pág. 438). Similares fueron las Leyes Nros. 2.713, 3.223, 11.626 y 12.673. La Ley N° 12.920 amnistió los delitos cometidos por los militares el 6 de septiembre de 1930, ampliada por la Ley N° 12.977. La Ley N° 14.296 fue de amnistía política y gremial (*ADLA* XIII-A-249). Otras amnistías generales fueron dictadas en 1953 (Ley N° 14.296), 1958 (Ley N° 14.436) y 1969 (Leyes Nros. 18.325 y 18.463).

Al asumir el gobierno de Cámpora en 1983, se dictó de inmediato la Ley N° 20.508 de amnistía general de los condenados o procesados por delitos subversivos en el período presente, según listados en los decretos de aplicación. Nuevamente, al retirarse el posterior gobierno militar, en 1983 dictóse una ley general de amnistía tanto por los delitos subversivos como para los cometidos en ocasión de su represión –Ley N° 22.924–, que fue muy pronto dejada sin efecto, por la primera ley sancionada luego de restablecida la democracia (Ley N° 23.040).

Con los nombres de Leyes de Punto Final y Obediencia Debida se establecieron formas de amnistía (Leyes Nros. 23.492 –1986– y 23.521 –1987–), con extinción de la acción penal y la punibilidad de los delitos cometidos en el período hasta 1983. Estos fueron declarados nulos por la Ley del congreso N° 25.779, validada más tarde por sentencias de la Corte Suprema a partir del 14 de junio de 2005 (Caso “Simón y sus secuelas”). Las doctrinas de estos fallos, que han permitido reabrir y bifurcar miles de causas, permanecen vigentes aunque impugnadas por afectación de principios como la cosa juzgada, la presunción de inocencia durante el proceso, la exclusión del doble juzgamiento, y la aplicación de normas y penas posteriores a los hechos en base a tipos penales abiertos. Todo ello a partir de una endeble premisa teórica, el delito de lesa humanidad, que, a su vez, depende para su validez de la calificación de “genocidio” a los delitos cometidos, tesis discutida y discutible. Para que esto exista se requiere que los delitos hubieran sido “perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”, lo que no abarcaría a los crímenes cometidos en ocasión de luchas civiles, o en represiones antiterroristas, si se acude a una crónica, con la necesaria distancia emocional, que a veces puede otorgar el tiempo, de los hechos ocurridos y crímenes perpetrados entre combatientes y aún respecto de terceros inocentes, o niños, en la pugna entre organizaciones subversivas y los aspectos ilegales e inhumanos de la organización y ejecución de su combate, en relación con su tipificación internacional en tratados como el de Roma, o el aludido de lucha contra el genocidio. La misma existencia de marchas y contramarchas legislativas marca la disparidad de enfoques políticos, sobre la misma secuencia de hechos. En este caso los hitos del fracaso han sido la Ley de amnistía N° 20.508 y los abigarrados decretos de indultos de mayo de 1973; luego la Ley de facto N° 22.924, derogada a los pocos meses por el nuevo Congreso por la Ley N° 23.040; la amnistía encubierta del punto final, luego también anulada junto con los indultos colectivos –para los ex guerrilleros mantuvo su validez, para los militares y policías, no.

Con esto quiero argumentar varias cuestiones. Primero, que la búsqueda de la paz es esencial a nuestro pacto de convivencia; y luego, que ninguna paz es instantánea, y requiere tantos intentos como fueren necesarios. Y un tercer punto: la historia se ha repetido, pues

también respecto del cierre de nuestras luchas internas más recientes han fracasado distintos instrumentos de pacificación.

Debiera en el futuro preocuparnos, mucho más que el imperfecto castigo de algunos posibles responsables o partícipes en la violencia ocurrida hace treinta años, la que se produce a diario entre nosotros. Esto es, concentrar todos los esfuerzos del sistema policial, judicial y carcelario en la triste realidad presente, que viene cobrando en la última década más víctimas que las ocurridas en aquel amargo pasado. Una propuesta de pacificación sobre este tema, que hoy se debiera analizar seriamente, se encuentra en el proyecto del Diputado Jorge Reynaldo Vanossi, que propone amnistiar en forma amplia y general por delitos militares, políticos y comunes conexos cometidos desde el 1° de enero de 1960 hasta la fecha, remarcando este objetivo dentro de la necesidad de recuperar un estado de concordia, impidiendo la cristalización y permanencia de actitudes de odio y resentimiento. Con serios fundamentos, señala no solo el carácter político superior de una regla de esta naturaleza, sino la inexistencia de incompatibilidades con nuestro orden jurídico, tanto antes como después de la incorporación de los tratados, máxime sobre hechos que se han cometido con anterioridad a la Reforma de 1994 que los incorpora.

La sumaria conclusión de los juicios, unida a una correcta y bien aplicada legislación conmutativa de penas, tendría probablemente fuerza significativa en progresar en el camino de la verdad. La verdad es un valor equivalente al de la justicia, y puede permanecer dificultado o velado, si quienes guardan conocimientos que hacen a la develación de la misma, temen la posibilidad de poder ser castigados por ello. Hoy muchos testimonios que serían esclarecedores y, en su medida, sanadores, están ya perdidos en las tumbas o sepultados en lo más oscuro de las conciencias. En tal sentido, en el cambio político sudafricano luego del apartheid, se dio primacía a la verdad sobre la justicia, como medio de construir una etapa de superación de los odios y rencores anteriores que habían sido no solo graves, sino muy prolongados en el tiempo.

Por otra parte, al hacer memoria de estas luchas, no pueden omitirse los contextos, en particular el motor externo de la guerra mal apodada "fría", que costó millares de vidas en nuestra América, desde su eje en la proclama de convertir a los Andes en una Sierra Maestra de

todas las naciones, así como la programación del descontento vernáculo en guerrillas rurales o urbanas según correspondiera al terreno. Y su contracara, apoyada principalmente en los ejércitos locales. Esta conceptualización desvanece el relato meramente local centrado solo en lo que provino de malas decisiones y actos criminales de estos últimos. Mirando lo ocurrido con ambos ojos y abiertos los oídos, es evidente que no hubo “dos demonios” sino una entera horda, desparramando la discordia y la guerra y dominando mentes y corazones. Pero la Guerra Fría ha concluido. Han fracasado las experiencias armadas en nuestro continente y en muchos otros lugares. Y no solo esa guerra debe cesar entre nosotros, sino su secuela de batalla cultural, llevada desde el poder, generadora de constantes zozobras y revoltijo de odios gastados, rencores supérstites y más que funcionales para asegurar el dominio a los que se han autoungido como los únicos puros, los severos censores de voces y de vidas. De ahí que la justicia, que por definición no es más perfecta que los hombres que la encarnan, debe encontrar su límite constitucional en la voluntad política de pacificación. Como bien señala Julio Bárbaro: “[...] leer mal el pasado clausura nuestro futuro [...] una memoria más asentada en el resentimiento que la autocrítica, un pasado que imagina que el único enemigo está en el otro [...] nunca pueden convertirse en una forma de vida”<sup>10</sup>.

No deben dejarse de lado las sabias reflexiones de Aristóteles ya citadas, contenidas en la *Ética a Nicómaco*, cuando al valorar bienes supremos, trata de la amistad primero entre las personas y luego la amistad política o concordia. Agrega que quien haya recorrido el mundo habrá visto que la amistad es lo que mantiene unidos a los Estados, y que las leyes debieran ocuparse más de ella que de la justicia. La concordia entre los ciudadanos es pues el objetivo principal de las buenas leyes, que llevan asimismo a lo contrario, o sea, desterrar la discordia, “que es la más fatal enemiga de la ciudad”.

10. BÁRBARO, Julio, “Leer mal el pasado clausura nuestro futuro”, *Clarín*, 26-3-2014, coincidentes las notas “La historia es más que memoria”, REATO, Ceferino, *La Nación*, pág. 15, 10-4-2014; y en otras ediciones del mismo periódico, por ROMERO, Luis Alberto, “Cuando la política desvirtúa a la justicia”, 25-2-2014 y “Derechos humanos, de la justicia a la venganza”, 24-3-2014.

Cuando los hombres tienen concordia entre sí, no es necesaria la justicia, pero agrega “[...] aunque sean justos mantienen sin embargo necesidad de concordia o amistad [...] de qué sirve –expresa– mayor prosperidad, riqueza, poder y autoridad sin amigos [...] cómo administrar y conservar esos bienes sin amigos [...] cuanto mayor sea la fortuna tanto más expuesta se haya [...] Los amigos son el único asilo en la miseria y en los reveses. En la juventud pedimos de la amistad por consejo; cuando viejos, por auxilio y suplencia de nuestra debilidad”.



# CONSIDERACIONES BÁSICAS SOBRE EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS FRENTE AL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD TERRITORIAL

HERNANDO V. CAÑARDO<sup>1</sup>

Cabe reseñar el camino llevado por la formación del denominado principio de autodeterminación de los pueblos, y analizar sus alcances en su tensa relación con otros principios, como los de integridad territorial de los Estados y la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

## 1. INTRODUCCIÓN

Acontecimientos recientes, como la situación en Crimea, el este de Ucrania, la posible secesión de Escocia y los intentos de Cataluña, en igual sentido, han vuelto a centrar la atención en el llamado principio de autodeterminación de los pueblos y su categoría o no de derecho en el ordenamiento jurídico internacional.

Este trabajo, en consecuencia, tratará algunas cuestiones fundamentales sobre el principio mencionado y su evolución, sin entrar en particularidades que excederían el marco del mismo. Si bien se tomará

1. Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Universidad Católica Argentina. Profesor Titular del Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina.

el caso de Yugoslavia como un ejemplo de los desvíos en la aplicación del mencionado principio.

## 2. EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

El derecho de autodeterminación puede definirse como el derecho de un pueblo organizado en un territorio establecido a determinar su destino colectivo, en libertad.

El mismo, históricamente, ha tenido cuatro fases. La primera, el derecho democrático a la autodeterminación con raíces en las ideas de la Ilustración, que era el derecho de todos los pueblos a decidir su destino como corolario del principio de soberanía.

La segunda fase dio lugar al derecho nacional a la autodeterminación, giro que ocurre a partir de la segunda mitad del siglo XIX, en que se desplaza de los pueblos a las Naciones, proceso que culmina en el Tratado de Versalles y otros instrumentos, tras el fin de la Primera Guerra Mundial, en línea con los movimientos nacionalistas europeos y los Estados multiétnicos. Un siglo antes, el Congreso de Viena de 1815 no había tenido en cuenta estas sensibilidades étnicas al redibujar el mapa europeo de la Europa posnapoleónica. En el nuevo esquema, Woodrow Wilson hace de la autodeterminación la nueva estrella. Checoslovaquia fue separada de Alemana y Austria, y Schleswig decidiría si era alemana o dinamarquesa, de acuerdo con los deseos de su población. Así se reconoció que en situaciones donde la existencia o extensión de la soberanía nacional o territorial es poco clara o cuando el Estado careciera de voluntad o de poder para establecer justas y efectivas garantías, los pueblos de los territorios en cuestión podrían decidir su estatus legal o a qué Estado pertenecer, en base al derecho de autodeterminación. Esta versión del principio afectó sobre todo a los Imperios Ruso, Alemán, Otomano, Austro-Húngaro y a Irlanda.

Un caso secundario de aplicación restrictiva se produjo en ocasión de la labor de la Comisión de Expertos nombrada por el Consejo de la Liga de las Naciones en 1920, en el caso de las Islas Aland, a las que se negó el pedido de unirse a Suecia y separarse de Finlandia, que a su vez se había emancipado de Rusia, con el argumento de que el re-

ferido principio carecía de estatus de derecho positivo, y que el Covenant no lo mencionaba. Hubo dos informes contradictorios de la Liga sobre las Islas Aland que sostuvieron que la autodeterminación no era regla de derecho internacional positivo, así como que el principio de autodeterminación es incompatible con la idea de Estado. El primer reporte concluyó que un grupo puede invocar este derecho en ciertas situaciones a través de una combinación de factores legales, políticos y culturales, lo que debía verificarse. El segundo reporte propuso un régimen de autonomía para las Islas, con protección de minorías.

Que ese derecho extraordinario pudiera ser reconocido a pesar de su oposición a la misma idea de Estado indicaba que había divergencias de fondo sobre el contenido del derecho internacional, y no meros problemas de forma<sup>2</sup>. Durante esa etapa no fue invocado respecto de los territorios de ultramar de las potencias coloniales derrotadas. Estos, en algunos casos, fueron sujetos al sistema de protectorados; con Bélgica, Francia, el Reino Unido, Australia, Japón, Nueva Zelanda y Sud África como potencias mandatarias.

En su tercera fase aparece la concepción socialista del derecho de autodeterminación, considerado un principio fundamental del derecho internacional por la doctrina leninista y estalinista, en su lucha contra los Estados capitalistas. En esta concepción existía derecho de secesión a favor de las comunidades nacionales dentro de un Estado no socialista. Pero esta concepción solo era sostenida de modo pragmático, cuando servía o era útil a la expansión del socialismo.

El principio tomó sustancial protagonismo después de la Segunda Guerra, cuando las colonias japonesas, alemanas e italianas se convirtieron en Tutelas, con la obligación de promover su progresivo desarrollo hacia la independencia, de acuerdo con los deseos de los pueblos<sup>3</sup>. Así, la autodeterminación resultó funcional en el proceso de descolonización, legitimando la secesión de las colonias de los dominios imperiales, pero en cambio no fue admitida para convalidar

2. Report of the International Commission of Jurists entrusted by the Council of the League of Nations with the task of giving an Advisory Opinion of the Aaland Islands question. League of Nations O. J. Special Supplement 3, 6 (1920).

3. UN Charter Article 76 (b).

la secesión de las minorías dentro de una ex colonia. Por ejemplo, la Asamblea General previno contra los esfuerzos de destruir la integridad territorial de una ex colonia o territorio como Nigeria, pero no impugnó la partición de la India, realizada por el Reino Unido en 1948.

Las potencias, casi sin guerras, se deshicieron de sus imperios, salvo pocas excepciones, que no desmintieron la regla, como el del Sahara Occidental<sup>4</sup>. Así se desarrolló esta cuarta etapa, la del derecho de las ex colonias europeas a la autodeterminación, tutelado por la ONU, con el apoyo de las grandes potencias, tanto por los Estados Unidos, como, por supuesto, por la Unión Soviética.

Esta posición anticolonial se puede observar en la Carta del Atlántico del 14 de agosto de 1941, en cuyo Artículo 3° se establece "the right of all peoples to choose their form of government under which they would live". Churchill pensó que este derecho de elegir la forma de gobierno se refería a Europa; Roosevelt, en cambio, lo extendía a todo el mundo. Los territorios bajo Tutela serían entregados por los Estados responsables de su gobierno, quedando finalmente reducido a los antiguos Mandatos de la Liga, entre ellos los de Japón y las colonias italianas de Eritrea, Somalia y Libia.

El Capítulo XI, en sus Artículos 73 y 74, estableció el estatus de los territorios sujetos a descolonización. Estos fueron denominados "territorios no autónomos", "*non self-governing territories*". De acuerdo con las definiciones de la ONU, el derecho a la autodeterminación incluye, en primer lugar, *el derecho de un pueblo organizado en un Estado de escoger libremente su sistema político y a determinar su desarrollo económico, social y cultural*. Este poder lo ejerce el Estado en beneficio del pueblo, pero, en lo referente a la autodeterminación interna, no va más allá que reafirmar el principio de igualdad y soberanía de los Estados en yunta con el otro principio en alza, el de la no intervención en los asuntos internos de otro Estado.

De este modo, el derecho a la autodeterminación se estableció claramente en el basamento legal de la descolonización, como consecuencia de la aplicación de los Capítulos XI a XIV de la Carta. Según afirmara la Corte en sus Opiniones sobre Namibia y el Sahara Occi-

4. FRANCK, T., *The Stealing of the Sahara*, 70 AJIL 694, 1976.

dental, este derecho era aplicable a todos los territorios no autónomos, ya fueran colonias, Tutelas o territorios bajo Mandato, reconociendo el derecho de los pueblos a decidir su futuro.

Desde el principio, sin embargo, hubo falta de acuerdo en la interpretación de su aplicación. Francia lo rechazó con respecto a Argelia, y hasta 1962 sostuvo que era parte integrante de Francia. Rusia, campeona del principio en Asia y África, adujo también respecto a sus Repúblicas que no eran parte de Rusia, pero sí de la Unión Soviética. EE UU hizo lo mismo con Puerto Rico, China con Tíbet, y Portugal con Angola, Mozambique y Guinea-Bissau.

En este proceso, los setenta y nueve territorios marcados como no autónomos vieron decididos sus destinos, ya fuera en las mesas de negociaciones o en las guerras.

El desarrollo del principio a través de Resoluciones de la ONU alcanzó su cúspide en 1960 con la "Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples", que fue adoptada con 89 votos a favor y 9 abstenciones<sup>5</sup>. Aquí se normativiza el derecho de autodeterminación en la Parte 2<sup>a</sup> y luego en los Pactos Internacionales de Derechos de 1966 y en la Resolución sobre Relaciones Amistosas<sup>6</sup>.

El test definitorio con respecto a la autodeterminación consiste en la verificación de la capacidad de autogobierno, principal condición según la Carta de las Naciones Unidas, a la que se agregan algunas definiciones tendientes a clarificar el principio en el Anexo a la Resolución 1514<sup>7</sup>, comenzando por establecer si un territorio carece de gobierno de acuerdo a los términos del 73(e). De acuerdo al Principio IV de dicha Resolución, el estatus de no autonomía o dependencia se verifica *prima facie* si se trata de un territorio que está geográficamente separado y que es distinto étnica y culturalmente del país que lo administra. Además de este criterio, el Principio V agrega otros elementos que pueden entrar en consideración, incluyendo aquellos de naturaleza política, jurídica, económica o histórica. Si el territorio está sujeto a

5. GA Resol. 1514 (XV), December 14, 1960.

6. GA Resol. 2625 (XXV), October 24, 1970.

7. GA Resol. 1514, December 15, 1960.

la metrópolis en una posición de subordinación, hay una presunción de que el territorio es no autónomo<sup>8</sup>.

La Declaración de las Relaciones Amistosas extiende el derecho a todos los pueblos y no solo a los sujetos a dominación colonial<sup>9</sup>. Asimismo en la Resolución 2625, la Asamblea declaró que los territorios de este carácter tenían bajo la Carta un estatus especial diferente del territorio de la potencia colonial o administradora. Lo mismo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>10</sup>, si bien debe aclararse que esos derechos de autodeterminación no son admisibles respecto de las minorías, las cuales, aún siendo tales, carecen de derecho a secesión<sup>11</sup>.

Con estos fundamentos fueron convocados plebiscitos previos a la independencia en el Camerún británico en noviembre de 1959 y febrero de 1961<sup>12</sup>, acerca de si el Norte de Camerún deseaba ser parte de Nigeria cuando esta fuera independiente, y si el Sur de Camerún deseaba ser independiente junto a Nigeria o junto a Camerún<sup>13</sup>.

También debido a la violencia en 1959 entre los Tutsi y los Hutus, en la región de Rwanda-Burundi se hizo un plebiscito antes de la independencia para determinar la separación de los territorios<sup>14</sup>, y otro en Samoa Occidental, para establecer el régimen del territorio frente a Nueva Zelanda<sup>15</sup>. En 1961 la Asamblea General creó el llamado "Comité de los 24" para examinar la implementación de la Resolución 1514.

En 1975 se estableció un Consejo para Namibia que reconoció a movimientos de liberación nacional, como el SWAPO, el carácter de autoridad legal de Namibia hasta que se declaró su independencia. En dicho caso el Consejo de Seguridad estableció en 1978 ciertos parámetros previos para el desarrollo económico y el proceso hacia la independencia, pero esperó hasta 1989 para enviar al grupo que se

8. GA Resol. 1541 15 UN GAOR Supp N° 16.

9. GA Resol. 2625, 1970, Annex. Principle 4.

10. International Covenant of Civil and Political Rights Article 1°.

11. International Covenant of Civil and Political Rights Article 27.

12. GA Resol. 1350 13 UN GAOR Supp N° 18 A 2. UN Doc A/ 4090 Add 1 1959.

13. GA Resol. 1352 14 UN GAOR Supp N° 16 at 26 UN Doc. A /4354 1959.

14. GA Resol. 1579, 15 UN GAOR Supp N° 16; GA Resol. 1605, 15 UN GAOR Supp N° 16 A, at page 8. UN Doc. A/ 4684 Add 1 (1961).

15. GA Resol. 1569, 15 UN GAOR Supp N° 16.

encargaría de implementar la autodeterminación<sup>16</sup>. En 1993 se dio por concluido el conflicto interno de Angola, y Eritrea se independizó de Etiopía<sup>17</sup>.

Han ocurrido sin éxito conflictos de secesión, conexos a los procesos de descolonización, como los Ibos en Nigeria, los Somalíes en Ogaden, los habitantes del Sahara Español, los Tamiles y los Sikhs, siendo una de las pocas excepciones Bangla Desh. O sea que el derecho de autodeterminación no incluye un derecho general de secesión. Así Tíbet, Biafra y Katanga son todos ejemplos de fracaso de intentos de secesión dentro de un nuevo Estado.

Una resolución de la Asamblea General en el vigésimo aniversario de la Resolución 1514 claramente afirma que ni la posición geográfica ni el tamaño del territorio deberán demorar la implementación de esta declaración<sup>18</sup>.

Ha sido en la ex Yugoslavia, donde el principio quebrará la barrera del Estado con mayor claridad, ya que el fin de la Guerra Fría repercutió en el renacimiento de los movimientos separatistas con base étnico-cultural. Este es un caso paradigmático porque, como se analizará, el principio de autodeterminación cobró una nueva dimensión.

### 3. DEMOCRACIA, AUTODETERMINACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

El vínculo establecido por estas resoluciones entre derechos humanos, democracia y paz, fue invocado en 1968 en el Consejo de Seguridad, cuando se autorizó a Gran Bretaña a usar la fuerza militar en Rhodesia del Sur para imponer sanciones, procediendo sobre la base de que las violaciones a los derechos humanos y los principios democráticos podían constituir una amenaza a la paz y seguridad interna-

16. SC Resol. 435, 33 UNSCOR (Res & Dec.) S/ INF /34 (1978). SC Resol. 628, 44 UNSCOR (Res & Dec) S/ INF/ 45 1989. SC Resol. 629 44 UNSCOR (Res & Dec) S/ INF/ 45 1989.

17. Conference on Peace and Democracy in Ethiopia, Addis Adaba July 1-5 1991 UN Doc. A/C.3 /47/5 1992. GA Resol. 47/114 Dec. 16, 1992.

18. GA Resol. 35/118, December, 11, 1980.

cionales<sup>19</sup>. En dicho caso, el Artículo 2º (7) no fue una barrera frente a una situación o cuestión considerada de jurisdicción doméstica.

En la región latinoamericana, se planteó respecto de Nicaragua, cuando los Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA reclamaron en 1979 el reemplazo de la dictadura de Somoza por un gobierno surgido de elecciones libres, con sustento en que la democracia era un pre requisito para la paz, la libertad y la justicia, y la dictadura configuraba una amenaza para la paz del continente<sup>20</sup>. Una década más tarde, ante denuncias de fraude en las elecciones de Panamá, preparado por Manuel Noriega, los Ministros de Relaciones Exteriores expresaron que esta crisis de legitimidad gubernamental podría hacer peligrar la paz y seguridad internacional<sup>21</sup>.

Este mismo vínculo entre democracia, derechos humanos y paz también puede verse en el cese al fuego establecido y regulado por el Consejo de Seguridad entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN, que incluyó el monitoreo de las elecciones por una misión de observadores de la ONUSAL, declarando que el resguardo de los derechos humanos configura un requisito *sine qua non* para finalizar el conflicto<sup>22</sup>.

#### 4. LA AUTODETERMINACIÓN COMO EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA

Debe advertirse, como tendencia preocupante, la admisión de que el uso de la fuerza estaría permitido en los procesos tendientes a la autodeterminación. Esto configuraría una poco fundada “excepción” a uno de los principios más importantes de la Carta, esto es, la prohibición del uso de la fuerza. Con mucho oportunismo, se ha permitido en numerosas ocasiones el uso de la fuerza, con la dudosa legitimación de la lucha interior a un Estado, provocada con el argumento de la búsqueda de alguna independencia. En un comienzo, esto se apoyó

19. SC Resol. 253, 23 UN SCOR (Res. & Dec.) 5 UN Doc. S/INF / 23 Rev. 1 .1968.

20. OEA /Ser F/II. 17 Doc. 40/79 Rev. 2.

21. Ídem.

22. Ídem.

en la simpatía por el cese de las dominaciones coloniales. Así, en 1965, la Asamblea General había reconocido la legitimidad de la lucha de los pueblos “ bajo dominación colonial” para ejercitar su derecho a la autodeterminación e independencia, urgiendo a los miembros a que prestaran ayuda material y moral a los movimientos de liberación nacional en los territorios coloniales<sup>23</sup>. En base a esto, el 11 de diciembre de 1980, la Asamblea General estableció el “derecho inmanente de los pueblos sujetos al colonialismo en todas sus formas a luchar con todos los medios a su disposición, contra los regímenes coloniales y racistas que suprimen su libertad, autodeterminación e independencia”. No fue unánime esta declaración, pues hubo 6 votos en contra y 20 abstenciones, siendo claro para muchos que chocaba con la prohibición del uso de la fuerza.

Se establece así una nueva especie de “guerra justa”, donde se justifica recurrir a la fuerza armada. De ahí se deriva un supuesto derecho a asistir con apoyo militar a los pueblos que luchan por su derecho de autodeterminación, formulado por algunos Estados. Aunque no se lo invoca como siendo una norma consuetudinaria, más de una vez ha sido invocada, y uno de los casos más recientes ha sido la intervención indirecta de Estados Unidos en la Guerra de Afganistán.

Al respecto, Reisman fundamenta que hasta 1945 no había una prohibición consuetudinaria al uso de la fuerza, y las Naciones Unidas introdujeron el concepto de prohibición de la fuerza en las relaciones internacionales, a través del Artículo 2º (4) de la Carta. Mucha de la confusión proviene de las propias Resoluciones de la Organización, como la “Declaración de los Principios del Derecho Internacional”<sup>24</sup>, que reconoce que los pueblos pueden usar la fuerza para resistir a aquellos gobiernos que desean privarlos de su autodeterminación. Esto puede leerse como reconociendo un derecho a la rebelión, lo que afectaría principios del derecho interno del Estado en cuestión, y que, por no estar vinculado al uso de la fuerza en las relaciones internacionales, se encontraría fuera de las competencias propias emergentes de la Carta, en su Artículo 2º (4).

23. GA Resol. 2105 XX, December 20th, 1965.

24. GA Resol. 2625. 25 UN GAOR Supp N° 28 UN Doc A/ 8082 (1970).

Pero la resolución es aún más amplia, pues establece que los pueblos que luchan por su autodeterminación, “tienen derecho a buscar y recibir apoyo” de otros Estados, aunque se lo matiza con el resguardo de que este derecho debe ser ejercido *de acuerdo a los propósitos y principios de las Naciones Unidas*. Este último párrafo fue claramente enfatizado por distintos países, especialmente los del bloque occidental, para justificar su no contradicción con lo establecido en el referido Artículo 2º (4). Se sostuvo que la referida asistencia debe ser política y humanitaria pero no a través del uso de la fuerza<sup>25</sup>. El estado de la práctica en los casos en que se ha ido interviniendo con carácter de “apoyo” en un conflicto interno, configura una variedad de situaciones que en nada han contribuido a aclarar el estado de la cuestión desde el punto de vista del derecho internacional.

La Declaración también incluye un párrafo en el sentido de que los Estados deberán abstenerse de acciones dirigidas a la parcial o total destrucción de la unidad nacional y la integridad territorial de cualquier otro Estado o Nación. Este último párrafo refleja la posición de muchos gobiernos que si bien se oponen a la dominación extranjera también se oponen a que potencias extranjeras apoyen movimientos nacionalistas, religiosos o étnicos que busquen la separación o autonomía. Puede decirse que existe una posición mayoritaria entre los Estados miembros de las Naciones Unidas en el sentido de que el principio de autodeterminación no acarree la destrucción de un Estado nacional establecido, o sea que el conflicto debe resolverse dentro de los límites del mismo Estado.

El derecho internacional ha tolerado los usos unilaterales de la coerción cuando, ante una crisis grave, haya fallado la intervención de la comunidad de naciones, en cuyo caso, podrían los Estados ejercitar sus derechos unilateralmente, al fracasar el sistema, frente a las realidades del poder. De allí que Reisman entienda que algunas intervenciones serían justificables, cumplidos ciertos recaudos, el más determinante, *sine qua non*, sería que nos fuera afectado el sistema de orden público mundial. Se pregunta, este autor, si determinada intervención

25. Ver Opinión disidente de Schwebel. Case “Concerning...Nicaragua vs. U.S.”, ICJ Report 1986, page 351, para. 180.

mejora o empeora al sistema imperante, y concluye que, dentro de este margen, puede funcionar este paradigma o principio del derecho de los pueblos a determinar sus destinos. Si bien todas las intervenciones son lamentables, algunas pueden servir a propósitos nobles, entre ellos el mencionado.

Así las normas que prohíben la guerra están inexorablemente vinculadas a la observancia de los derechos humanos y de los títulos democráticos. Reisman entiende que se debe intervenir para asegurar el sostenimiento o reimplantación de la democracia en casos donde la violación a esta conlleve una amenaza a la paz y seguridad internacional. Otros sostienen que bastaría con la acreditación de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos.

En consecuencia, la interpretación de los alcances del Artículo 2° (4) se ha ido modificando desde 1945, según fueran cambiando las situaciones de conflictos internos e internacionales. En su redacción originaria, estaba enfocado a impedir el daño al sistema de Estados nacionales por invasiones exteriores, de allí que una aplicación mecánica del Artículo 2° (4) olvidaría situaciones internas no cubiertas, como ocurriría en el supuesto de abusos masivos contra los derechos humanos.

La cuestión crucial se desplaza desde la mera prohibición al uso de la fuerza en los conflictos internacionales, a si resulta admisible acudir a este tipo de procedimientos con la condición justificante de procurar un fin valioso en términos comunitarios, y si se aplica en congruencia con los valores de esa comunidad. De allí que el Artículo 2° (4) ha pasado a ser leído en conjunto con la Carta y no de modo aislado.

El segundo paso de Reisman es admitir la legalidad de la invasión pro-democrática; esto es, el derecho de un Estado a intervenir y usar la fuerza para derrocar un gobierno despótico, y evitar que brutalicen a la población, buscando de este modo reinterpretar el Artículo 2° (4) en el sentido mencionado<sup>26</sup>. Así, la fuerza resultaría utilizada para una buena causa, que es el principio de autodeterminación.

26. REISMAN, W. M., Article 2(4), The use of force in contemporary international law, 78th ASIL, Proceedings 74, 79 (1984).

Sin embargo, puede advertirse que en los casos prácticos de la guerra de Vietnam, así como las intervenciones militares dentro de los conflictos ocurridos en América Central, el fundamento principal consistió en la invocación de la legítima defensa colectiva, y para contrarrestar intervenciones se utilizó esta excusa o razonamiento, ya que se acudió a medidas de contra-intervenciones armadas, sostenidas dentro del marco de los conflictos de las grandes potencias en el curso de la entonces vigente “Guerra Fría”.

Los argumentos que conforman la mencionada tesis de Reisman comienzan recién a gestarse en la práctica en la invasión a Grenada durante la década del ochenta, y luego en la primera guerra del Golfo, ante la invasión a Kuwait en 1990, tomando cuerpo definitivamente en la intervención ante la invasión a Irak, 2003, la denominada segunda guerra del Golfo, a partir de 2003.

## 5. EL CASO DE YUGOSLAVIA

En la actualidad, hay varias regiones que buscan secesionarse, como Cataluña o Escocia, lo que aún no ha ocurrido, existiendo muchas reservas desde el punto de vista de secuelas de menor integración y baja en la productividad<sup>27</sup>. Pero aún son casos hipotéticos. En cambio, la ex Yugoslavia permanece como ejemplo de desintegración, basado en parte en la autodeterminación llevada al exceso, donde las consecuencias fueron de extrema gravedad.

En 1989 Yugoslavia era un Estado Federal con seis Repúblicas: Eslovenia, Croacia, Bosnia - Herzegovina, Macedonia, Montenegro y Serbia. Diez años después solo Serbia y Montenegro quedaban en la Federación. Más tarde en 2006 también Montenegro se separó y Kosovo en 2008. O sea, en el curso de una década desapareció un Estado. Comenzó con la independencia de Eslovenia y Croacia a través de

27. David Comerford y José Vicente Rodríguez Mora, catedráticos de las universidades de Stirling y Edimburgo, respectivamente, presentaron el 9 de abril de 2014, en la conferencia de la Royal Economic Society, en la ciudad inglesa de Manchester, un estudio que analiza los efectos de la potencial independencia de Escocia, País Vasco y Cataluña.

un proceso sangriento, sobre todo en Croacia, que tenía una importante minoría serbia. En 1995 el centro del conflicto se trasladó a Bosnia Herzegovina, y a fines de la década, a Kosovo.

Originariamente las Repúblicas más desarrolladas dentro de la estructura federal impugnaron seguir subsidiando a las más pobres, o menos desarrolladas. Fue la postura de Eslovenia y Croacia respecto de Montenegro, Macedonia y Kosovo.

El gobierno central, con Tito, había otorgado más autonomía a estas Repúblicas, y en su férrea mano se había contenido el riesgo de secesión. Pero el fin de la Guerra Fría en 1989 modificó todo. Cesó el apoyo estratégico de Estados Unidos que consideraba a Yugoslavia un baluarte amortiguador del expansionismo soviético. Esto se puso de manifiesto con la suspensión de los programas de ayuda, y la negativa a su ingreso al Consejo de Europa. Aparecen con más fuerza reivindicaciones nacionalistas de los más desarrollados, que, concomitantemente, querían un vínculo mayor con Europa. Aunque Estados Unidos mantuvo su postura a favor de la integridad territorial, la matizó agregando que la misma no puede ser impuesta por la fuerza<sup>28</sup>. En 1991, tras declaraciones de políticos de Austria y Alemania a favor de la independencia de Eslovenia y Croacia, estas dos Repúblicas declararon su independencia, y las acciones de las fuerzas federales yugoslavas para custodiar las fronteras internacionales fueron denunciadas como actos de "agresión". La Comunidad Europea aplicó sanciones y en una Conferencia de Paz en Brioni en julio de 1991 se reconoció el derecho a la secesión.

El problema no fue tanto en Eslovenia sino en Croacia, donde residían 600.000 serbios, que no querían la secesión. Es aquí donde entró en escena la Comisión Badinter, una Comisión de Juristas que sostuvo el derecho a la secesión a través de la autodeterminación<sup>29</sup>. Alemania realizó un "reconocimiento preventivo" de ambas Repúblicas, para

28. ZIMMERMANN, W., "The last ambassador. A memoir of the collapse of Yugoslavia", *Foreign Affairs*, Volume 74, N° 2, págs. 2-20.

29. PELLET, Alain, The opinions of the Badinter Arbitration Committee. A second breath for the self determination off peoples 3, *European Journal of International Law*, págs. 178-185.

permitir el accionar de fuerzas internacionales y los demás países de la Unión Europea lo apoyaron para presentarse como unidad, debido a la proximidad de las reuniones sobre el Tratado de Maastricht.

En referencia a Croacia, la Comisión Badinter afirmó que las fronteras de las Repúblicas son “inviolables”, lo cual carecía de sentido ya que las fronteras eran divisiones administrativas hechas precisamente para evitar esas secesiones étnicas, por eso un 30 % de los serbios y un 20 % de los croatas estaban fuera de sus Repúblicas<sup>30</sup>.

Eran en definitiva fronteras artificiales, y Croacia no tenía el control efectivo de la totalidad de su territorio, esto sin tener en cuenta la existencia de enclaves serbios en Krajina y Eslavonia, lo cual agravaba el conflicto entre serbios y croatas, o mejor dicho, *entre las fuerzas federales y los separatistas*. La decisión alemana de reconocer a las dos Repúblicas como Estados independientes no era del agrado de los Estados Unidos ni de la Organización de las Naciones Unidas, ya que se entendía que una secesión prematura llevaría a un conflicto mucho mayor.

Pero la nueva Alemania unida decidió intervenir en los asuntos de Yugoslavia, esta vez con base en el antimilitarismo y los derechos humanos y no como en otras épocas a través de la expansión militar<sup>31</sup>. Para rehabilitar el poder alemán era necesario moralizar en el conflicto de Yugoslavia viéndolo no como una guerra civil por razones económicas y de mayor autonomía, sino como algo étnico y agresivo. Así se inició la campaña de demonización de los serbios y a su presidente, Slobodan Milosevic. En definitiva Serbia fue calificada como agresora, y no como titular de derecho a defender su integridad territorial. El Acuerdo de Brioni de 1991 y la política de reconocimiento de Alemania terminaron efectivamente con la soberanía del Estado de Yugoslavia, la debilitaron y consideraron los intentos del Estado Federal como actos de agresión ilegítimos. Esto se observa también en las Resoluciones del Consejo de Seguridad, que consideran la secesión como un hecho<sup>32</sup>.

30. PAVKOVIC, A., *The fragmentation of Yugoslavia*, New York, St. Martin's Press, 1997, pág. 50.

31. WOODWARD, S., *Balkan tragedy: chaos and dissolution after the Cold War*, Washington, DC, Brookings Institution, 1995, págs. 104-5.

32. Así, la United Nations Security Council Resolution 757 (Implementing trade embargo on Yugoslavia), SC Res. 757, 47 UN SCOR at 13, UN Doc S/RES/757 (1992).

Asimismo, la Comunidad Europea pasó por encima de las autoridades representativas de Yugoslavia y estableció un marco jurídico para su desintegración reconociendo la existencia de Estados con fronteras artificiales, restando toda forma de apoyo al Gobierno Federal, impulsando un proceso de mediación que legitimaba a los separatistas y debilitaba al Estado en crisis, animado a los que buscaban la fragmentación. El Estado Federal, a través de los mecanismos constitucionales, podía proteger tanto los derechos de las Repúblicas, como los de los diversos grupos nacionales en ellas, pero no podía ya jugar un rol de importancia. Eso además significaba que salvo Eslovenia los demás Estados separatistas no tenían un consenso político dentro de ellos mismos que los convirtiera en una verdadera entidad territorial.

Entre 1992 y 1995 se separó Bosnia-Herzegovina, que tenía en su territorio importantes minorías de serbios y croatas. Un 31 % de la población era serbia y un 17 % era croata, los cuales estaban hasta ese momento protegidos por el marco federal y también había una mayoría de 43 % de origen musulmán. Las encuestas realizadas en 1990 y 1991 demostraban que un 70 % de la población era contrario a la secesión, pero consumada la secesión de Croacia y Eslovenia, resurgieron las diferencias étnicas y nacionalistas.

El quiebre de la cooperación interétnica en Bosnia fue una consecuencia directa de las presiones externas, y no una invasión externa o razones solo étnicas. Estados Unidos decidió intervenir, y el Gobierno dirigido por la mayoría musulmana, a pesar de los deseos de otros sectores de la población, declaró la independencia, siendo que la in-

---

“Adopted by the Security Council at its 3082nd meeting, on 30 May 1992. The Security Council, Reaffirming its resolutions 713 (1991) of 25 September 1991, 721 (1991) of 27 November 1991, 724 (1991) of 15 December 1991, 727 (1992) of 8 January 1992, 740 (1992) of 7 February 1992, 743 (1992) of 21 February 1992, 749 (1992) of 7 April 1992 and 752 (1992) of 15 May,

Noting that in the very complex context of events in the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia all parties bear some responsibility for the situation,

Reaffirming its support for the Conference on Yugoslavia, including the efforts undertaken by the European Community in the framework of the discussions on constitutional arrangements for Bosnia and Herzegovina, and recalling that no territorial gains or changes brought about by violence are acceptable and that the borders of Bosnia and Herzegovina are inviolable [...].

cipiente República carecía de consenso interior y estaba fragmentada en líneas étnicas.

De allí que Europa esta vez no repitiera su previo error y sostuvo la condición de consenso entre los grupos, proponiendo a través de la Comisión Badinter, y más tarde en Lisboa, un acuerdo de independencia pero con las minorías protegidas en un sistema de cantones con gran nivel de autonomía. Los bosnios rechazaron esto y consiguieron el apoyo de Estados Unidos, que reconoció su independencia. Como en el caso de Croacia, esto llevó a agravar el conflicto, y todos los sectores reforzaron sus posiciones territoriales, lo cual resultó en una ola de muertos y refugiados y las llamadas “limpiezas étnicas” realizadas en todas las áreas bajo control de cada contendiente.

En este caso, el reconocimiento internacional no fue conducente a la estabilización, sino que agravó los conflictos, sumándose que una vez que una independencia es declarada y reconocida resulta mucho más difícil encontrar bases de negociación equitativas.

El gobierno bosnio, con su nueva legitimidad internacional, calificó a los grupos serbios y croatas como beligerantes tratando de destruir su independencia y reclamando territorio. Estado Unidos tomó una posición absolutista, mediante el apoyo a los bosnios musulmanes e impulsando la creación de un Tribunal Criminal para los serbios, interviniendo a través de la OTAN en ataques militares a las posiciones serbias. El argumento detrás de estas decisiones derivó en una mayor victimización de las poblaciones musulmanas, que se rehusaban a negociar creyendo que la OTAN y la ONU desplegarían tropas. Al quebrarse los mecanismos de composición pacífica explotaron conflictos de todo tipo entre todos los grupos, con alianzas interétnicas, buscando seguridad, llevando a una fragmentación en enclaves, mucho mayor de la que existía antes del conflicto<sup>33</sup>. Ignorando la realidad y basándose en la retórica de los derechos humanos y la autodeterminación revivida, se apoyaba a un gobierno musulmán que solo controlaba el 12 % del territorio de la República que decía gobernar. Esta etapa del conflicto duró hasta 1994, cuando Estados

33. BOUGAREL, X., “Bosnia and Hercegovina – State and Communitarianism”, in DYKER, D. A. and VEJVODA, I. (eds.), *Yugoslavia and after: a study in fragmentation, despair and rebirth*, London, Longman, 1996, pág. 105.

Unidos logró un cese al fuego entre croatas y musulmanes y se creó una Federación Musulmana Croata. Los croatas bosnios aceptaron, contando con el apoyo de Croacia, que a su vez era apoyada por Estados Unidos, con la promesa de terminar con los enclaves serbios de Krajina y Eslavonia<sup>34</sup>. En 1995 la marea de la guerra se volvió definitivamente en contra de los serbios en Bosnia, que fueron derrotados por la Federación con la ayuda de la OTAN. Así los serbios aceptaron los llamados Acuerdos de Dayton que dividen Bosnia en dos partes: la Federación Croata - Musulmana, con un 51 % del territorio y el régimen serbio de la llamada República Srpska, con el 49%. Este Acuerdo era bastante similar al de Lisboa de 1992. Lo que sí había cambiado era el número de muertos y la destrucción en Bosnia y el descrédito de las Naciones Unidas en todos los principios de neutralidad y soberanía estatal.

Los acuerdos de Dayton marcan un nuevo nivel de la intervención occidental con mandatos para la OTAN, la ONU y la OSCE (*Organization for Security and Cooperation in Europe*) reemplazando las autoridades locales con funcionarios internacionales, como si se tratara de dependencias coloniales. Es decir, se establece una especie de Protectorado a través de la OHR (*Office of the High Representative*)<sup>35</sup>. Esto ha traído un debilitamiento y una desintegración aun mayor.

En definitiva, el conflicto de los Balcanes también tuvo causas externas que determinaron el colapso del Estado, evitando los acuerdos interétnicos, debilitando la autoridad estatal y aumentando las tensiones de carácter nacionalista y étnico.

Lo mismo ocurrió en Kosovo, donde la intervención occidental aumentó las demandas de las *víctimas* separatistas de origen albanés, debilitó al Estado y llevó al retiro de las fuerzas serbias y a la eventual independencia en 2008. La soberanía estatal no es necesariamente una potestad enemiga de los derechos humanos de las minorías, incluido el de autodeterminación, como muchos que apoyan estos movimientos separatistas creen, siendo la mejor opción siempre intervenir para prevenir el conflicto y establecer mecanismos de cooperación. En el

34. SILBER, L. and LITTLE, A., *The death of Yugoslavia*, 2ª edición, London, Penguin, 1996, pág. 320.

35. CHANDLER, D., *Bosnia: faking democracy after dayton*, London, Pluto Press, 1999.

caso de Yugoslavia, la intervención solo intensificó las divisiones regionales y étnicas y produjo la desintegración de manera sangrienta.

## 6. CONCLUSIONES

En definitiva, el derecho de autodeterminación, que tuvo cierta claridad en la posguerra, se enfrenta en la actualidad con nuevos desafíos de situaciones que no encuadran en los cánones establecidos originariamente por la Organización de Naciones Unidas.

El argumento utilizado en la etapa de la descolonización se vuelve a mencionar en la actualidad sugiriendo que la autodeterminación, en su forma más extrema, es el derecho de establecer un Estado separado. Esto quizás sea un remedio extraordinario en los casos de aquellos territorios que sufren violaciones de derechos humanos masivas por parte del Gobierno. Pero debe evitarse la creencia de que la autodeterminación en sí misma es una precondition para el goce de los derechos humanos. En primer lugar, nunca ha sido posible determinar de antemano cuáles grupos o territorios hayan sido *bendecidos* con este derecho.

Tampoco la norma ha tenido una formulación clara, resultando una proposición sumamente indeterminada, a lo que se suma una marcada incoherencia en su aplicación práctica, lo que, en un análisis desapasionado, permite concluir la muy baja legitimidad del principio. Por último, no resulta posible asegurar de ninguna manera que una progresiva fragmentación o irredentismo aseguren una mayor protección a los derechos humanos. De allí que la aplicación del principio de autodeterminación, si bien pudo tenerse por válida en la etapa de descolonización, debería ser actualmente de aplicación sumamente restrictiva y excepcional –salvo la hipótesis de colapso del Estado preexistente–, con particular énfasis en la protección preventiva de las minorías, y en la descalificación del uso de la fuerza armada<sup>36</sup>.

36. KINGSBURY, Benedict, "Reconstructing self-determination: a relational approach", en *Operationalizing the right of indigenous peoples to self-determination* 23, Pekka Aikio & Martin Scheinin eds., 2000.