

VIOLETA GRACIELA HERRERO

**ANTROPOCENTRISMO  
CONSTITUCIONAL**

SALTA - ARGENTINA  
1994 - 2000 - 2023/2024

**ANTROPOCENTRISMO  
CONSTITUCIONAL**

**Violeta Graciela Herrero**  
Salta – Argentina – 2000

Esta edición se publica gracias a la colaboración de:

UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE SALTA

COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS  
DEL PODER JUDICIAL  
Y DEL MINISTERIO PÚBLICO  
DE SALTA

**ANTROPOCENTRISMO CONSTITUCIONAL**

©

*de Violeta Graciela Herrero*

GOFICA Editora  
Pueyrredón 1.072  
A4400EAV – Salta – Argentina  
Tels./Fax 0387 – 4312972/5935  
[gofica@arnet.com.ar](mailto:gofica@arnet.com.ar)

Derechos Reservados.

**I.S.B.N. 987-9103-99-8**

Impreso en Argentina

## CONTENIDO

ACLARACIÓN DE LA AUTORA .....	7
¡OTRA ACTUALIZACIÓN! .....	8
PREFACIO .....	9
PALABRAS.....	12
INTRODUCCIÓN .....	14
POR QUÉ UNA INTERPRETACIÓN DEL ORBE CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	14
Posibles causas de comportamientos anómicos .....	28
La discusión moral y sus principios derivados.....	30
Un liberalismo de nuevo cuño.....	35
CAPÍTULO II.....	39
JUSTIFICACIÓN ÉTICA DEL ESTADO .....	39
Notas sobre la democracia .....	41
El papel de la opinión pública.....	43
Bondades de la democracia.....	45
CAPÍTULO III.....	49
POLITICIDAD DE LA CONSTITUCIÓN .....	49
(FORMAL Y MATERIAL).....	49
CAPÍTULO IV .....	53
LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL .....	53
El enclave filosófico .....	53
Caracterización real de la Constitución.....	59
Aproximación a una idea moderna de Juez.....	61
Noción sobre el saber prudencial retórico.....	63
Reglas, principios y valores en manos del intérprete .....	64
CAPÍTULO V .....	66
IDEAS GENERALES SOBRE.....	66
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	66
¿Existen las lagunas jurídicas?.....	68
La conciencia del juez como pauta interpretativa .....	71
Nuestra tendencia interpretativa.....	76
CAPÍTULO VI .....	79
DOS DIRECTIVAS PARA LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE HOY .....	79
1. Coordinación del Derecho Constitucional interno con el comunitario .....	79
2. La axiología, dato ineludible de la interpretación constitucional .....	84
Un esbozo de axiología jurídica (vida, libertad, sociedad, conducta, coexistencia, valores...)	88
.....	88
Nuestra opinión.....	95
CAPÍTULO VII .....	99

EPIFANÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	99
Su positivación.....	100
Positivación constitucional .....	100
Positivación legislativa y ejecutiva .....	107
Positivación judicial.....	107
Los Derechos Sociales .....	108
CAPÍTULO VIII.....	111
FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	111
CAPÍTULO IX .....	118
PROBLEMAS RELEVANTES .....	118
EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL .....	118
DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	118
En camino hacia la humanización constitucional.....	120
Los derechos humanos primordiales .....	121
CAPÍTULO X.....	126
ALGUNAS LIBERTADES Y DERECHOS .....	126
Libertad de movimientos .....	126
Libertad de expresión.....	127
Libertad de conciencia y de cultos .....	128
Derecho a la educación .....	131
Derecho constitucional a la felicidad .....	133
CAPÍTULO XI .....	137
DERECHO A LA PRIVACIDAD E INTIMIDAD .....	137
Una oportunidad perdida.....	145
CAPÍTULO XII .....	148
DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN .....	148
Una norma acertada .....	150
CONCLUSIONES .....	151
REFERENCIAS.....	153
FALLOS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (REP. ARGENTINA) ..	159
DOCUMENTOS.....	160

Mi agradecimiento:

*Al Dr. Robinson Rodríguez, por su Prefacio.*

*A Eduardo Elías, mi primogénito, por sus Palabras.*

*Y a todos aquellos que de algún modo  
me alentaron en esta investigación,  
en especial el Dr. Humberto Alias D'Abate.*

Dedico esta obra:

*A mis colegas, sobre todo a los más jóvenes.*

*A los estudiantes de Derecho, para que jamás  
claudiquen en la grandeza de los ideales humanistas.*

## **ACLARACIÓN DE LA AUTORA**

La presente obra fue escrita hace seis años (1994) y por situaciones anecdóticas sólo ahora (2000) llega a ser publicada.

Antes de releer esta introducción, pensó quien suscribe que debería incorporarle grandes cambios, pero cuánta y cuán triste no sería su sorpresa al advertir que las cosas, sustancialmente, no han variado.

Que los gobiernos cambian y se dictan leyes y se intentan proyectos nuevos, pero la violación de los derechos humanos -desde los diseños insuficientes y constitucionalmente omisivos de las políticas públicas- sigue a la orden del día. Que la Nación Argentina continúa oprimiendo a las Provincias, restándoles recursos. Que las Provincias y la Nación, con sus reajustes deshumanizados, no piensan en el ser humano, en los hombres y mujeres que somos. Que el sistema político (o los sistemas políticos) olvida con sus leyes y su actuación en general a niños, adolescentes y jóvenes, cercenándoles el futuro; a los mayores, burlándose de su pasado y despreciando su debilidad presente; a las mujeres, más discriminadas que nunca; a los pobres y a los sin trabajo, porque no tienen ya la fuerza para oponerse a los grandes y satánicos intereses del capitalismo internacional que nos ha globalizado no en un abrazo solidario y fraterno, sino en la cincha de hierro de la inmolación a los capitales financieros manejados en el mundo por unos pocos... Particularmente olvidadas, las comunidades indígenas que reconociera el artículo 75, inciso 17 de la Carta Magna.

La autora se ha preguntado si actualmente tienen sentido las sencillas ideas que formulara en este libro hace seis años y su primera reacción casi ha venido a ser negativa y de desaliento.

Pero por suerte todavía cree en Dios y en los seres humanos y, algo más humildemente, en aquellos que integran el Poder más garantista del Estado: el Judicial. Por ello vuelve a apostar y se atreve a seguir adelante con esta obra, en la cual no deben buscarse reseñas de fallos de la Suprema Corte ni de la

Corte Provincial ni de los tribunales en general, sino simplemente la existencia de otra mirada posible sobre las problemáticas que nos aquejan. No mirada inocente, por supuesto, pero sí limpia y frontal. Con esta acotación, invita a los lectores a internarse en la exploración del texto.

### **¡OTRA ACTUALIZACIÓN!**

El texto precedente lo escribía en el año 2000 la autora. Hoy, noviembre de 2023, ella misma amplía la ACLARACIÓN de 2000, no para relatar, feliz, que las cosas cambiaron, sino para decir que todo ha empeorado y que hoy ya no cree en ninguna institución pública. Porque esta humanidad marcha en completo declive y no se puede ni siquiera pensar en *reconstruirla*, sino sólo, cuando haya caído definitivamente, *crearla de nuevo desde las bases*. En esa re-creación, el respeto a la dignidad de los seres humanos y los derechos que fluyen de su condición, los mismos que en esta obra son tratados, seguirán siendo la herramienta fundamental. Como, también, serán los hoy niños y adolescentes, y los que nazcan en adelante, quienes tendrán la capacidad emocional, cognitiva y espiritual para lograrlo. En tal entendimiento es que se decide volver a presentar esta obra a los lectores.

Aunque, finalmente, en la Navidad de 2023 han cambiado muchas cosas: el 19 de noviembre pasado fue elegido presidente de la República Argentina el Dr. Javier Milei, ya efectivo a partir de su juramento del 10 de diciembre. Y por lo que se va viendo hasta ahora, su programa parece totalmente distinto a lo anterior. Él insiste en el concepto *libertad* y, quien suscribe, al revisar este ensayo últimamente, descubrió que estas reflexiones sostienen un liberalismo igualitario de derechos humanos. De modo que las pone nuevamente a consideración de los queridos lectores.

## PREFACIO

La Dra. Violeta Herrero, luego de ardua tarea, ha dado término a su “Antropocentrismo Constitucional” que resume años de reflexión y varios desvelos ya expresados en otras obras de investigación en el derecho público, más precisamente, en el derecho constitucional. La obra está orientada a abarcar y centrar desde el ámbito de la antropología filosófica, el problema de la naturaleza del hombre en el mundo en la perspectiva de la estructura del Derecho Constitucional y lograr con un pensamiento denso y profundo que la aplicación de la Constitución en nuestro país, deje de ser una cuestión rutinaria y cotidiana, con estridencias mediáticas.

Según la Dra. Violeta Herrero, la dignidad de nuestro pueblo así lo exige, y así lo deben entender la dirigencia política, los grupos de presión y los factores de poder.

Fiel al compromiso asumido, la Dra. Herrero brinda al lector desde un esquicio filosófico de neto corte axiológico, un panorama lo más completo posible de la visión constitucional, legislación, jurisprudencia y doctrina nacional, e incluso extranjera, cuando lo ha considerado conveniente, sobre cada tema analizado. Pero la autora no omite enriquecer la obra con sus propias opiniones. De ahí que sus trabajos nunca hayan sido asépticos o neutros ni, mucho menos, una recopilación de las ideas de otros.

Este "Antropocentrismo Constitucional" mantiene, en plenitud, los fundamentales principios de la República y la democracia. Por eso, la obra está imbuida de la creencia en la jerarquía suprema que tiene la dignidad humana en la escala de los derechos humanos.

En los casos en que la autora discrepa con la doctrina o con los criterios jurisprudenciales mayoritarios, no omite las opiniones con las cuales no coincide, pues -como lo expresa con la cita inaugural de Unamuno- *"Es inhumano, por ejemplo, sacrificar una generación de hombres a la generación*

*que le sigue cuando no se tiene sentimientos del destino de los sacrificados. No de su memoria, no de sus nombres sino de ellos mismos".* Consentir en ello, sería un fraude intelectual que no está dispuesta a consumir.

Esto explica las citas a pie de página, con el propósito de que el lector -si lo desea- profundice el estudio de algún tema en particular.

En cuanto al marco metodológico, encuadra su trabajo dentro de la forma sistemática y armónica con los principios que enuncia en su Introducción, evita el desborde teórico, pero permite al lector advertir la profundidad de su actitud crítica respecto de una realidad en que la solidaridad con los demás, las muestras de sensibilidad ante el sufrimiento de los otros, los que creemos que el idealismo mueve montañas, en la nobleza de los sentimientos y en el poder del ejemplo, existe y la autora da muestras que pertenece a aquellos que han comprometido su dignidad y su esfuerzo en la búsqueda de la verdad y de la justicia.

La Dra. Violeta Herrero reconoce a la dignidad como fundamento de la libertad y concibe la existencia de un orden jerárquico de los derechos. Sostiene que la doctrina de la supremacía constitucional debe ser reformulada en función del desarrollo del derecho de integración comunitaria, y la obligación de garantizar la operatividad de los derechos fundamentales.

La obra analiza en profundidad los llamados derechos de tercera generación referidos particularmente a los derechos humanos, núcleo central de un desarrollo económico que para ser duradero, deberá ser justo.

Por cierto que la lista de temas que son materia de examen y valoración crítica por parte de la Dra. Violeta Herrero comprende tanto las distintas categorías de derechos y garantías cuanto la parte orgánica de la Constitución, la división de funciones y competencia y los nuevos órganos complementarios con su gravitación sobre el ámbito funcional de los poderes del Estado y, en su esencia, de la estructura federal del Estado y su sistema republicano y democrático de gobierno.

De ahí que ésta sea una obra de envergadura, de auténtica significación y trascendencia para el estudio del derecho constitucional, en la cual la autora ha cifrado todas sus energías, sus esfuerzos y esperanzas. El propósito se concilia con el resultado. Este estudio enriquece la bibliografía argentina y posee el mérito de constituir el fruto de una vida consagrada a luchar por el imperio de la libertad, la justicia y el derecho en el país.

En consecuencia, este libro es la valiosa contribución que hace la Dra. Violeta Herrero a la tarea de construir el futuro de los argentinos. Por la veracidad y honestidad que contiene y por su fuerza frontal está destinado a materializar una política plenaria de objetivos nacionales compartidos para cimentar, de una buena vez, la grandeza de la Nación.

Dr. Robinson Rodríguez,  
Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Católica de Salta

## **PALABRAS**

Indudablemente, al analizar "Antropocentrismo Constitucional", de Violeta Herrero -mi mamá-, no sólo nos encontramos con una labor de alto vuelo científico-investigativo, sino que también hallamos en ella una constante exhortación a una actitud noble, cual es el "compromiso". Pero no un compromiso puramente jurídico, sino uno relacionado con nuestros quehaceres cotidianos.

Es así que durante el transcurso de la obra la autora desliza la idea de que, si bien existe una normatividad que tanto legislador, como juez y personas en general deben cumplir y hacer cumplir, nunca debe ir en desmedro de los derechos fundamentales.

De esta manera traza un semblante de juez ideal que debe hacer las veces de bisagra entre el derecho y la vida, para encuadrar cada caso concreto en una ley que lo contenga y, si ésta no existiese, para que la invente con absoluta certeza moral. Para ello, da al Magistrado un marco teórico para la vivencia de la contradicción (Cossio) y posterior certeza moral que lo ayudará a elucidar lo "justo concreto".

Para finalizar, debo decir que éste es un trabajo que contribuirá a exaltar los derechos humanos o fundamentales, rebasando lo meramente jurídico para transportarnos a otros planos como el psicológico, social, económico, etc.

Entonces de alguna manera lo convierte en una labor universal, cuyos destinatarios no sólo serán los operadores del derecho, sino también los seres humanos "comunes", tanto en su individualidad como en su calidad de integrantes de una familia en particular y de la sociedad en general.

Eduardo Elías,

Alumno de Derecho, 2º año, Universidad Católica de Salta

*Por lo que a mí hace,  
jamás me entregaré de buen grado, y otorgándole mi confianza,  
a conductor alguno de pueblos que no esté penetrado de que, x  
al conducir un pueblo, conduce hombres, hombres de carne y huesos,  
hombres que nacen, sufren y, aunque no quieran morir, mueren;  
hombres que son fines en sí mismos, no solo medios;  
hombres que han de ser lo que son y no otros;  
hombres, en fin, que buscan eso que llamamos felicidad.*

*Es inhumano, por ejemplo,  
sacrificar una generación de hombres a la generación que le sigue  
cuando no se tiene sentimientos del destino de los sacrificados.*

*No de su memoria, no de sus nombres, sino de ellos mismos.  
Todo eso de que uno vive en sus hijos, o en sus obras, o en el universo,  
son vagas elucubraciones con que solo se satisfacen  
los que padecen de estupidez afectiva que pueden ser, por lo demás,  
personas de una cierta eminencia cerebral.*

*Porque puede uno tener un gran talento,  
lo que llamamos un gran talento,  
y ser un estúpido del sentimiento y hasta un imbécil moral.*

**Miguel de Unamuno**

"Del sentimiento trágico de la vida"

## INTRODUCCIÓN

### POR QUÉ UNA INTERPRETACIÓN DEL ORBE CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La década de los años 90 comenzó para la mayoría de los países latinoamericanos dentro del habitual marco de recesión, muy persistente, caracterizada por una pobreza creciente en capas cada vez más extendidas de población, y donde se conservan las tres características básicas de estas economías: la más alta inflación, el mayor endeudamiento externo y la más desigual distribución del ingreso mundial. Y, a la vez, en esta década se registran los terribles efectos de la crisis de los 80, que han acompañado con particular dureza a la infancia, demoliendo sus condiciones de salud, educación y nutrición. Efectivamente, la pobreza ya hipertrofiada en la década pasada *-la década perdida-*, parece clavar sus garras especialmente sobre niños y jóvenes, dado que en la región la tasa de fecundidad es todavía muy alta.

Caídas las remuneraciones reales, perdida la calidad de los puestos de trabajo y subempleada gran parte de la población laboral, acabó por producirse un fenómeno conocido como el de los *nuevos pobres*, o sea, el de los trabajadores que habían logrado salir de su pobreza estructural y entrar en el mercado de bienes y servicios más amplio (con acceso a vestuario, vivienda, electrodomésticos, educación y salud), y que ahora, con la brusca caída económica que afectó a los sectores urbanos medios, se han empobrecido sin poder evitarlo. *“La situación generada con los "nuevos pobres" tiene una importancia particular en América Latina. En efecto, la Región consiguió durante las décadas del 60 y parte del 70 avances significativos en salud (descenso de la mortalidad materno-infantil) y educación (aumento de la escolaridad primaria y secundaria y caída del analfabetismo) gracias a la expansión de los sectores medios. Son en definitiva los sectores medios los que han posibilitado y aún posibilitan la sustentación del largo, difícil y aún*

*incompleto proceso de democratización en la Región ... América Latina ha sufrido durante el decenio de los 80 un severo revés en términos de un grave retroceso económico que ha acentuado el endeudamiento externo, elevado los procesos inflacionarios y agudizado las desigualdades sociales”* (Bustelo, 1992-122). Este diabólico desborde económico y social tiene mucho que ver con las distintas políticas de ajuste intentadas por los gobiernos de toda Latinoamérica para salir de la recesión, y es apropiado afirmar que no está en cuestión el *ajuste*, sino *qué* ajuste practicar, y sobre *quiénes* hacerlo recaer, pues ya las sociedades acusan el cansancio de los ajustes que particularmente durante la década de los 80 fueron implementados como paquetes con distintas modalidades pero en base a un mismo paradigma: tratar de lograr un equilibrio en el balance de pagos, generando superávit en la balanza comercial, expandiendo las exportaciones de bienes transables, comprimiendo las importaciones y controlando las restantes variables macroeconómicas, en especial la demanda agregada y su correlato, el déficit fiscal.

Ante este panorama, no sobreviene sino la angustia por una niñez que debe estimarse perdida y una juventud sin esperanzas, para no hablar de la tristeza de la vejez preterida. *“Los signos principales del proceso (considerados desde el aspecto interno de los países, aunque se sabe que el contexto internacional los condiciona): concentración económica; contracción del Estado y retiro de sus funciones retributivas; modificaciones en el mercado de trabajo con aumento de la precarización y el desempleo; caída del ingreso; aumento de la pobreza con la incorporación de sectores medios o "nuevos pobres", configuran un panorama que afecta profundamente las condiciones de vida de la población y que ha producido, seguramente, fundamentales modificaciones en la estructura social de la Argentina”* (Minujin, 1992-18).

Una de las grandes culpables de la recesión es la deuda externa, al menos en nuestro país (Argentina), no sólo por su monto sino por el destino que ha tenido y que, a diferencia de otros países de la región, no ha sido aplicada a inversiones productivas o de infraestructura sino que, transformada

en capitales privados, fue sacada del país.

La estatización de la deuda, operada en 1982 / 1983 por el gobierno militar, con la consiguiente asunción de la responsabilidad por el Estado, debilita a éste mucho más y reduce sus márgenes de maniobra a tal extremo que la única salida imaginable es comprimir el déficit a cualquier costo y ordenar las cuentas, ajustando y exprimiendo sin medida. La resultante del endeudamiento externo es de tal injusticia estructural (con incidencia en lo personal) que no podemos menos que recordar a Juan Pablo II en la *Centesimus Annus*, cuando expresa, luego de poner en claro que es justo respetar el principio de que las deudas deben ser pagadas, que no lo es exigir su pago a costa de imponer de hecho opciones políticas tales “*que llevarán al hambre y a la desesperación a poblaciones enteras. No se puede pretender que las deudas contraídas sean pagadas con sacrificios insoportables. En estos casos es necesario... encontrar modalidades de reducción, dilación o extensión de la deuda, compatibles con el derecho fundamental de los pueblos a la subsistencia y el progreso*” (Juan Pablo II, 1991-71).

La deuda externa y sus hijos han herido sustancialmente los derechos humanos. A tal punto, que el anhelado *estado de procura existencial* (Forsthoff) o *estado de bienestar*, ha cambiado de signo y hoy se habla de *estado de malestar*. Alberto Minujin recuerda que en las décadas del 30 y 40, el sector público argentino cumplió un rol dinamizador como protagonista de procesos masivos de cambios sociales, cuyo signo más destacado fue la incorporación de grandes sectores pobres a nuevas condiciones de vida y trabajo con protección social, sanitaria y educativa; hoy ese mismo sector público se encuentra con que perdió su papel protagónico y se halla revestido de una lacra de regresividad. “*En efecto, el "Estado de Bienestar" sólo parcialmente llegó a implementarse en la Argentina, dejando importantes áreas sociales y grupos de población sin cubrir. La presencia parcial, desarticulada, ineficiente y burocrática del sector público, dio pie a un cuestionamiento global de su accionar. De este cuestionamiento se pasa a una*

*política de desarticulación explícita. Es decir, no se trata de mejorar su accionar para que cumpla con efectividad y eficiencia su papel redistributivo y garante de equidad y universalidad de los derechos y necesidades básicas de la población, sino de eliminarlo. "No quiero que el Estado me dé una mano sino que me las saque de encima", uno de los leit-motiv de la visión "liberal", permeó a todas las capas sociales y constituyó un paradigma compartido por personas pertenecientes a los más diversos sectores" (Minujin, 1992-20).*

Si retornamos a la idea de *ajuste* mencionada en el paradigma aludido en el tercer párrafo de esta introducción, podemos completarla expresando que ni el contexto internacional reaccionó como se esperaba, ni las medidas introducidas fueron eficaces. Corolario: la inversión no se recuperó, no crecieron las economías ni se estabilizaron los precios y, aunque todo fenómeno económico se produce siempre en función de distintas variables, sí puede explicarse lo sucedido por el continuo superávit de la balanza comercial, pues de verdad, *“si bien la reducción de importaciones y el aumento de exportaciones pueden solucionar los problemas de divisas para el pago de los servicios de la deuda externa, esto no resuelve el problema de su captación. En efecto, el sector público debe generar los recursos para comprar los dólares a los exportadores para el pago de los servicios del endeudamiento externo. El superávit comercial se entronca así con el problema del desequilibrio fiscal que aparece como el núcleo central de la crisis”* (Bustelo, 1992-123). Y como esos paradigmas de ajuste no caminan, el Estado argentino sigue intentando otros, de fracaso en fracaso. No interesa aquí la pormenorización de lo sucedido; basta conocer que las presiones inflacionarias se agudizaron y se pensó en ajustes mucho más drásticos que obligaron a decidir cambios institucionales de envergadura, relacionados con los binomios oferta-demanda, público-privado. Los argentinos asistimos entonces al desmontaje explícito del sector público a través de lo que Bustelo (director de UNICEF Argentina) denomina el *Estado de Malestar*. A la par de la desarticulación aludida surgió una prédica estatal denunciando la ineficiencia del Estado y sus servicios y la

inutilidad del pago de los impuestos destinados a tal financiamiento, prédica con la cual se espera generar las bases de legitimidad social que posibiliten la anulación o recorte de la presencia estatal en la economía (esto se perfila como una manipulación del discurso oficial para adaptar a las nuevas decisiones de ajuste la opinión pública, en imprescindible función de legitimación de la autoridad política y del orden que ella garantiza, no debiendo olvidarse que todo poder se preocupa por aparecer como jurídico y legítimo, al menos para la opinión pública).

El Estado de Malestar es un concepto de proyección bidimensional: una psicosocial y otra institucional. La segunda se ha concretado en Argentina de diversas maneras, tales como aumento de impuestos indirectos, vaciamiento presupuestario; descentralización de servicios desde el Estado Nacional, irradiados hacia los Estados Locales; privatizaciones totales o parciales de servicios, ritualización de los ministerios sociales, focalización del gasto social en los pobres estructurales con exclusión de los pobres cíclicos; flexibilización laboral, etc. Esta dimensión institucional se relaciona estrechamente con la psicosocial, conformada a partir de un discurso de individualismo dogmático que libra a cada persona a su propia suerte y desarticula las redes comunitarias de solidaridad, exaltándose como virtudes públicas la codicia y la avaricia. A su vez, la dimensión referente al estado de ánimo colectivo se traduce en un *estado de desesperanza* (causado por el continuo retroceso social) y en un *estado de descreimiento* (respecto de las expectativas relativas al mejoramiento de la calidad de vida).

*“En resumen: hay una ausencia de una preocupación explícita que se traduzca en hechos concretos para definir una política social interactuante con la política económica, de manera que con sentido contracíclico, sostenga un consumo social, básico y universal que concilie equidad con crecimiento... Se ha intentado reducir el déficit fiscal a través del desmantelamiento del aparato estatal de bienestar y su estructura de subsidios y transferencias, lo que genera como consecuencia el Estado de Malestar en el que queda institucionalizada la*

*ausencia de toda preocupación distributiva. El cuadro se completa con el principio de "la maldad" del Estado convertido en la instancia social que concentra monocausalmente todas las culpas: el Estado genera déficit; causa inflación; el Estado no proporciona servicios; es ineficiente; el Estado es fiscalmente voraz, y finalmente, corrupto” (Idem, 129/130).*

Este perfil económico, con grave proyección social que nos alerta sobre el tema de los derechos humanos en Argentina, no es por desgracia el único en boga, cual podemos inferir del siguiente párrafo: *“Aunque reinstalada la democracia -y en cierta medida ya consolidada-, la violencia institucional sigue siendo un problema grave dentro de la sociedad argentina. Así podemos verificar hoy cómo la represión indiscriminada, el accionar ilegal de los cuerpos de seguridad, y en la aplicación de la coacción por la fuerza de las distintas agencias legitimadas para hacerlo, recuperan antiguos bríos y costumbres ya archivadas que se habían instalado en la comunidad durante el último gobierno de facto. En este contexto, buscar explicaciones coyunturales que justifiquen la presencia de este tipo de prácticas en un pasado autoritario o en el accionar específico de alguna institución en particular, parece ser, a la vez, una ingenuidad y una forma de consolidar estos mecanismos de represión. Por el contrario, determinadas manifestaciones espontáneas que pueden recogerse en los más diversos ámbitos de la comunidad, vienen a confirmar que la **violencia institucional** es una práctica con un alto grado de consenso social y un elevado nivel de funcionalidad a un sistema de persecución penal que de otro modo no podría operar como hoy lo hace” (Abregú, 1993-69: nuestra negrita).*

Tan desalentador panorama ¿será abordable de alguna forma? Carlos Santiago Nino intenta una explicación bifronte a nuestro modo de ver: pone una mirada reflexiva sobre los argentinos en tanto súbditos del Estado, y otra sobre la actuación relevante de los órganos del poder estatal. Ambos, pueblo y gobierno, deben hacer un *mea culpa* si se desea superar estas instancias de desamparo y ajuridicidad.

*“Debe verse con alarma cómo actualmente unos poderes se superponen a otros, saltando los lindes puestos por la Constitución: el Ejecutivo dictando, sin que haya causas que justificadamente lo autoricen, y por un simple espíritu de comodidad, los denominados decretos de necesidad o de urgencia, a los que se recurre con apuro febril; el Legislativo realizando tareas investigativas que son propias de los otros; y el Judicial invadiendo el campo de la administración para dejar sin efecto, mediante medidas cautelares y acciones de amparo, actos administrativos que son propios de aquél”* (Olcese, 1991-657).

No obstante, en el contexto de esta obra se estudiará fundamentalmente la actuación jurídica que debería generar el Estado para volver a ser un Estado de Bienestar, un Estado de Derecho: más aún, un *Estado de Justicia* o, como reza el art. 1º de la Constitución de Salta, una *democracia social de derecho*.<sup>1</sup>

La Provincia de Salta no quedó fuera de esa vorágine desalentadora. Pero no siendo propósito de este trabajo investigar la crisis salteña, nos limitaremos a algunos aspectos, que valen como síntomas reveladores: *“... Salta, alguna vez, fue una de las economías más pujantes del país. Hoy es una de las más empobrecidas... Podría escribir sobre el presente... temas conocidos como los reclamos de comerciantes, industriales, productores, centros vecinales, vendedores ambulantes, lustrabotas, canillitas, docentes, empleados públicos y todos los sectores representativos o no de la provincia”*.<sup>2</sup> A esta enumeración podría agregarse que a la fecha los reclamos siguen sobre el tapete, especialmente los salariales; vienen de los maestros, de los empleados estatales, de los gremios de la salud, que a nivel público hoy en Salta es casi inexistente y, la privada, muy cara. El bullicio de las manifestaciones alternadas con los paros sectoriales no logra tapar los ecos de los reclamos de los indígenas, que pese a la excesiva cantidad de huelgas de hambre no lograron variar la situación, ni el recuerdo del aumento de la

---

<sup>1</sup> Tanto la reformada en 1986 como la de 1998. (N.A.)

<sup>2</sup> Editorial *Pasado, presente...*, en Revista **C & N Y**, N° 7, marzo de 1993, p. 1.

mortalidad infantil, ni la caída económica de la producción agrícola del Valle de Lerma, ni el serio compromiso en que la producción del norte de la provincia se encuentra; o, como se lee en *El Tribuno* del 31 de marzo de 1994, pág. 26: “*Salta vive una situación difícil y es notoria la iliquidez, lo que ocasionó el cierre de comercios que se ven en competencia con negocios marginales que no contribuyen ni son una fuente de trabajo segura, siendo alta la desocupación mercantil. Los diagnósticos son preocupantes y entre las soluciones se postula atenuar la carga impositiva y aumentar controles para evitar la evasión, pero la decisión política no se toma*”. Y, en página 1, el mismo periódico grita desde un titular: “*Cerraron más de 1.500 comercios en Salta en 1993. Casi 3.000 en dos años.*” En la página 2, el titular de la Unión Industrial de Salta opina que esta provincia debe ponerse a la par de las más desarrolladas para dejar de ser periférica, y tiene que explotar su arco minero, al mismo tiempo que busque una salida tanto nacional como internacional para toda la producción salteña. Aquí viene a colación un tema discutido y aún no resuelto: el paso internacional de Sico, que no sólo implicaría la apertura de esta región al mercado del Pacífico, sino que abriría las puertas al turismo internacional compuesto por estadounidenses, europeos y asiáticos.

*“No es ajeno a nuestro conocimiento el hecho de que nuestra región queda relegada con el Tratado del Mercosur. Es imperiosa una pronta decisión acompañada de las inversiones y obras necesarias para abrir el ansiado mercado del Pacífico.”*<sup>3</sup>

Otro típico tema es el del corredor bioceánico Antofagasta-Porto Alegre, donde Salta sería el paso obligado del tránsito entre puerto y puerto, ventaja geográfica que podría capitalizar convirtiéndose en una gran proveedora de servicios, con lo cual se ocuparía mano de obra y se incentivarían otras expansiones económicas beneficiosas para la región. Pero falta la decisión política de fondo.

*“Podemos jugar un poco más con el PB. Si lo dividimos por la*

---

<sup>3</sup> Editorial *P.B.l...* en Revista **C & N Y**, N° 6, febrero de 1993, p. 1.

*cantidad de habitantes sabríamos cuánta riqueza produce cada individuo (Producto Bruto per Cápita) y compararlo con respecto a otras economías o tal vez podríamos conocer si la Inversión Bruta (aumento de stock físico de capital) es mayor o menor (como porcentaje del PB). En fin, parece un parámetro importante. Hay un pequeño inconveniente... En Salta no existe tal indicador. El último dato disponible es de 1985... Y no es una crítica a un gobierno o partido político. Es simple, no sabemos cuánto somos capaces de producir... ”<sup>4</sup>*

Deficitaria la actividad de la construcción, deprimido y al borde de la quiebra el campo, prácticamente inexistente la industria, el comercio a un tris de la angustia, paros judiciales, deficiente servicio administrativo, hospitales desprovistos y médicos estatales que no curan, escuelas públicas silenciosas con un pronóstico de generaciones sin ilustración ni norte posible, luchas partidarias y electorales que al común de la gente le dejan la sensación de que la dirigencia política sólo mira por ella y no se cuida del pueblo que le da el voto...

Esto es Salta desde hace varios años. Un sitio más del mundo (dentro de otro sitio más del mundo) donde los derechos humanos siguen violándose masivamente bajo el signo de las omisiones reiteradas.

Un panorama tan deshumanizado de nuestra sociedad política (nacional y provincial) nos plantea la hipótesis de si es posible encontrar una manera de interpretar la Constitución y el Derecho infraconstitucional, que permita humanizar al Estado, tanto en la teoría como en la práctica. Dejamos a salvo la convicción, no obstante, de que es imposible que una sociedad mejore solamente por el manejo responsable del derecho judicial. Empresa tan ardua exige la intersección de otros factores, como la moral, la ética del trabajo, la honestidad de pueblo y gobierno, la creatividad. Sólo todo ello aunado a una interpretación generosa y libertaria de la Constitución puede desembocar en la felicidad de los habitantes de nuestro suelo.

---

<sup>4</sup> Revista C & N Y, Salta-Jujuy, N° 5, enero de 1993, p. 3.

## CAPÍTULO I

### DUALISMO PERNICIOSO

Carlos Nino, refiriéndose a la historia argentina, sostiene que su práctica constitucional está determinada por dos motivos, que llama *dualismo* y *ajuridicidad*. Resume en el dualismo aquellas características que Karl Popper denominó *sociedad abierta* y *sociedad cerrada*. La abierta conlleva el anhelo de los que respetan los derechos individuales y los procesos democráticos de decisión; la cerrada, el de aquéllos que se basan en la tradición y el *status* y que apoyan a ciertas corporaciones que se suponen privilegiadamente relacionadas con el poder nacional. Si bien este autor alemán cita a Henri Bergson como la primera fuente donde encontró la expresión dicotómica, el sentido a ella asignado por el filósofo francés calificaba de cerrada a la sociedad humana recién salida de manos de la naturaleza y consideraba a la abierta como el producto de una intuición mística, ya que el misticismo, para él, era el salto que permitía a una sociedad pasar de cerrada a abierta. Mientras para Bergson la distinción entre ambas es religiosa, para Popper deviene racional: “*La sociedad cerrada se halla caracterizada por la creencia en los tabúes mágicos, en tanto que la sociedad abierta es tal que los hombres han aprendido ya a mostrarse considerablemente críticos con respecto a estos tabúes basando sus decisiones en la autoridad de su propia inteligencia (después del consiguiente análisis)*” (Popper, 1985 T I-199).

En Grecia se dio el primer paso del tribalismo al humanitarismo. Lo común a las sociedades tribales o cerradas es su actitud impregnada de magia e irracionalidad hacia los usos de la vida social, con su consecuencia de rigidez en las costumbres. Tal rigidez pareciera ser una suerte de racionalización del miedo a perder esas costumbres. En este tipo de sociedad existen pocos problemas y nada que equivalga a problemas morales. “*No queremos decir con*

---

*esto que un miembro de la tribu no necesite, a veces, un gran heroísmo y tenacidad en conformidad con los tabúes, sino que rara vez lo asaltarán la duda en cuanto a la forma en que debe actuar. La actitud correcta siempre se halla claramente determinada, si bien puede hacerse necesario superar una serie de dificultades al adoptarla. Y la fuente determinante reside en los tabúes, en las instituciones tribales mágicas que no pueden convertirse en objeto de consideraciones críticas” (Idem, 170).*

Nino denuncia que la unidad moral básica en la sociedad cerrada es la colectividad, mientras que, en la abierta, sometida ya a una visión liberal, dicha unidad moral está configurada por el individuo. Popper considera a Sócrates defensor de la fe racional y del credo individualista, que toma al individuo humano como fin en sí mismo, por sí mismo y no sólo como héroe o salvador de la tribu. Aquél agrega aún que la sociedad abierta es esencialmente procesal, por no predeterminar un cuadro sustantivo de la vida individual y social, sino más bien procedimientos que puedan dar lugar a diversos modelos de esas dos dimensiones vitales. La sociedad abierta presupone el respeto a normas jurídicas definitorias de procedimientos asumidos como legítimos. Hemos tenido, los argentinos, chispazos de realización social del tipo abierto, por ejemplo en la revolución de mayo; en la generación de 1837 que tuvo la paternidad de la Constitución de 1853 (incluimos preferentemente a Alberdi); en el pensamiento socioeconómico que acompañó a la organización nacional; en los líderes del sufragio universal y sin fraudes desde 1912, y en el pensamiento de los impulsores de la transición democrática de 1983. La historia institucional argentina heredó el absolutismo de los Austrias, reflejado fielmente en las prácticas jurídicas de este suelo, consistentes en cumplir la ley formalmente pero violarla por los intersticios. Este autor encuentra en dicho punto una diferencia evidente con los puritanos que colonizaron Norteamérica, hábiles para combinar el respeto escrupuloso al espíritu de la ley con la concepción democrática sobre su origen. La ajuridicidad emergente de nuestras instituciones parece haber conducido al golpe militar del 30. Pero lo más

desgraciado, según aquél, para la evolución de nuestra práctica constitucional, fue la Acordada de la Corte Suprema que *reconoció* a las autoridades surgidas de ese golpe. Heller creía que “*a diferencia del poder político, el militar es sólo un poder técnico, que recibe del Estado la determinación de sus objetivos y su legitimación. Sólo como parte del poder del Estado tiene una función de sentido de carácter social. Un poder militar que no se subordine al cometido de organizar y actuar la cooperación social en un territorio, no es más que una partida de bandoleros*” (Heller, 1974-226).

Con la revolución del 30 advino una sociedad cerrada que instauró en nuestro país los temidos ideales revelados por Popper, pues “*quien posee la verdad absoluta no tiene por qué tolerar el error del otro. Por esto creo que la democracia pluralista es imposible de realizar con la presencia simultánea de dogmas terminales*” (Grondona, 1992-25). El dogma terminal (presupuesto que *dogma* es toda verdad que una sociedad acepta por apropiada, verdadera y correcta, que debe ser obedecida) es el esgrimido por los miembros ortodoxos de una sociedad, que creen que un *dogma o verdad* es el punto terminal de sus indagaciones, y se opone al dogma transitorio de los heterodoxos, quienes piensan que todo dogma o verdad a que arriben será provisorio, conjetural, es decir, apenas la excusa para un nuevo interrogante capaz de aproximarlos hacia un nuevo dogma provisorio. El dogma terminal, que aborta todo intento serio y continuado por abrir la sociedad hacia un pluralismo democrático, tiene dos peligros; el primero, que afecta la libertad de pensar; el segundo, gravísimo, que hace que aquél que lo posee, crea que se agotaron todas las razones que tenía para tolerar a los otros, a los que piensan diferente de él. Quienes esgrimen dogmas terminales, se convierten en personas autoritarias que, al decir de Ronald Dworkin, tienen la obvia característica *de preferir por los demás*.

Carlos Nino analiza también la revolución de Onganía (1966), la que se produjo pues supuestamente el país estaba amenazado por la subversión que elementos externos e internos de todo tipo estaban preparando, justificándose

así la instauración de la doctrina de la *seguridad nacional*. Este discurso nos recuerda palmariamente unas palabras de Popper que merecen meditación: “*Esto obedece a dos factores; el primero es la tendencia general de toda tiranía a justificar su existencia presentándose como la salvadora del estado (o del pueblo) frente a sus enemigos, tendencia que debe conducir, forzosamente, a crear o intentar nuevos enemigos, cuando los viejos han sido sometidos*” (Popper, 1985 T I-179). La Corte designada por Onganía lo apoyó.

Tal vez nuestra sensibilidad haya acusado un golpe peor con el gobierno militar que usurpó el poder en 1976, pues a la altamente represiva legislación que *sancionó*, sumó un hecho inédito en las prácticas constitucionales del mundo: la *desaparición* de personas. Ahora bien, tampoco puede soslayarse la idea de que el terrorismo subversivo que asoló al país (contra gobierno y contra sociedad inocente) había instalado un terrible modelo de sociedad cerrada. En esos aciagos años, el Poder Judicial fue especialmente impotente para contener el masivo aplastamiento de los derechos humanos, pues ante los millares de recursos de *habeas corpus* que plantearon los familiares de las víctimas, los órganos políticos requeridos sólo producían la información rutinaria de que desconocían el paradero de las personas desaparecidas. Sólo a mediados del régimen militar, la CSJN dictó fallos como “Zamorano”, “Pérez de Smith”, “Timerman”, dando acogida a algunos recursos de ese tipo y manifestando a los órganos políticos su preocupación por los abusos advertidos.

Desmoronado el régimen por la derrota de Malvinas (1982), se convocó a elecciones. El nuevo gobierno estuvo impregnado del renacimiento de los valores liberales, con doble preocupación: recuperar la democracia y la vigencia de los derechos humanos. El enjuiciamiento de las conductas gubernamentales delictivas y la labor de la CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas) favorecieron la internalización de una conciencia moral cuyo pivote fueron los derechos humanos. Otro impacto importante fue la anulación de la ley de autoamnistía del Proceso Militar,

aprobada por los tres poderes del Estado, dado que aquélla implicó superar la deleznable doctrina de los gobiernos *de facto* sobre el principio de que esas leyes no tienen validez *ab initio* y pueden ser desconocidas cuando su contenido es inicuo (casos “Aramayo”, “Dufourq”, revertidos a la vieja doctrina en "Godoy", de la última Corte -menemista-).

La defensa de los valores liberales fue más exitosa que los intentos de superar las estructuras corporativas. Precisamente, presiones de estos cuerpos en la política de Alfonsín, sumadas a la grave crisis económica, causaron un hondo déficit social.

Nino denuncia cómo durante el gobierno de Menem se regresó al *perfeccionismo* ínsito en los tipos de sociedad cerrada. El perfeccionismo sostiene que “*lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores*” (Nino, 1999-205). Ejemplos típicos son los casos “Montalvo” y “Comunidad Homosexual”. Dicho perfeccionismo se une a un hiperpresidencialismo en aumento (casos “Peralta”, “Molina”) y a cierta debilidad en la defensa de garantías procesales (“Fernández” y “Ferrater”).

El autor citado entiende que la Corte en cuestión retrocedió a la anterior jurisprudencia en el caso “Godoy c. Univ. Nac. de La Plata”, justificando la legitimidad de los gobiernos de facto mediante la argumentación de que este problema no tiene contenido ideológico ni se lo debe hacer depender de valores afectivos tales como la adhesión o repudio al gobierno de facto. El fallo hizo prevalecer la *seguridad jurídica*, agregando que la legitimidad de la democracia está dada justamente por ser confiable para establecer el correcto balance entre los valores allí involucrados. Estimamos que el filósofo argentino atiende en su valoración de este punto, con exclusividad, a principios inconcusos sobre la ilegitimidad de los gobiernos irregulares, *pero creemos también* que estos principios podrían sufrir -en el caso particular de tal tipo de

gobiernos- alguna morigeración dictada por la necesidad práctica de conferir estabilidad a las situaciones ya consolidadas y a los derechos adquiridos, salvo cuando pueda asegurarse que dichas adquisiciones violan derechos humanos fundamentales. *Se nos ocurre que*, a fin de poder balancear la seguridad jurídica con la ilegitimidad de los gobiernos de facto, reinstalado el *de iure*, podría derogarse todas las normas legislativas irregulares, dejando a salvo (como excepción) los derechos adquiridos, y reemplazando aquéllas por otras regulares. Sólo si resultaren adquisiciones jurídicas manifiestamente injustas, éstas deberían caer, previo proceso judicial. El inconveniente tanto especulativo como práctico que tiene nuestro argumento, radica en que parece estar dando soluciones para la instalación de nuevos casos de gobiernos de facto, pensamiento indeseable, equivalente a un suicidio histórico, político y jurídico, que destruiría el argumento por irrazonable.<sup>5</sup>

### **Posibles causas de comportamientos anómicos**

Se había hablado de una práctica constitucional argentina deficitaria, signada por el dualismo y la ajuridicidad, no sólo en los actores políticos sino también en todos los sectores sociales, comenzando por los hábitos de evadir impuestos, defraudar en el comercio y ser corruptos, hasta los de infringir las normas de tránsito.

Nino denomina *anomia institucional* o *ajuridicidad* a la perversa costumbre de violar las normas, y sostiene que en ella influye de tres modos el dualismo ideológico:

1) Porque el modelo cerrado parte de una visión finalista del hombre y de la sociedad, lo que legitima cualquier avasallamiento y remoción de obstáculos procesales. Entonces, las normas que no coincidan con

---

<sup>5</sup> Este temor quedó definitivamente alejado a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, vía art. 36. (N.A.)

su visión de *vida individual buena*, no serán dignas de respeto, lo que combinado con su elitismo epistemológico, causará que no se asigne relevancia moral a esas normas y no se tenga conciencia de estárselas violando.

2) Porque el liberalismo también se equivocó muchas veces y, oculto tras sus *slogans*, no expuso con claridad sus aspectos más sustanciales y acabó por desconocer derechos a las provincias y a amplios sectores de población, como así también los derechos electorales; intervino en el área económica; temió al comunismo y en consecuencia apoyó golpes de estado.

3) Porque los enfrentamientos entre liberales y nacionalistas llegaron a tales instancias que desbordaron el orden jurídico, buscando prevalecer sobre el adversario. Esto nos ubica en el plano de la discusión donde se pretende convencer a aquél; lejos de los frutos del **diálogo**, allí lo único que se puede detectar es una *simultaneidad de monólogos*, que la historia denuncia como impediendo del pluralismo social.

Así queda accionada el alerta máxima, a fin de intentar preparar el camino de reconstrucción de nuestra práctica constitucional. La recuperación de la conciencia de juridicidad y su internalización en la sociedad argentina parecerían pasar por un sano y no deficitario liberalismo constitucional que goce de coherencia.

El autor que estamos citando, estudia la oposición entre el liberalismo, por un lado, y el perfeccionismo, el holismo y el determinismo normativo, por otro. Como, asimismo, la posibilidad de combinación entre aquél y la fraternidad, la igualdad y la democracia. Rescata de entre los escombros de nuestra praxis constitucional un elemento básico para la reconstrucción, por suerte no perdido del todo, por desgracia no profundizado hasta sus honduras máximas, pero redimible: la *discusión*. Hacemos hincapié en que, en adelante, a este término se dará el sentido de *dialéctica o diálogo* (para dejar de lado aquellos casos en que se pretende convencer al adversario). La discusión así delimitada fue nuestra costumbre desde el Movimiento de Mayo. La práctica

de la discusión moral postiluminista es institución protoliberal pues presupone valores y reglas procedimentales que desembocan en principios liberales, aun cuando aquélla queda abierta a la participación de sujetos que cuestionen esos principios. Aquellos valores y reglas definen la validez de los juicios y principios que se controvierten en su contexto.

Popper piensa que aún hoy las sociedades están teñidas con modos del modelo cerrado, como ciertos tabúes de cortesía o de alimentación. *“Y sin embargo existen importantes diferencias. En nuestra propia forma de vida existe, entre las leyes del estado por un lado, y los tabúes que observamos habitualmente por el otro, un campo que se ensancha día a día, correspondiente a las decisiones personales, con sus problemas y responsabilidades; y no es posible pasar por alto la importancia de este campo. Las decisiones personales pueden llevar a la alteración de los tabúes y aún de las leyes políticas, que ya no tienen ese carácter. La gran diferencia reside en la posibilidad de reflexión racional de estos asuntos... la búsqueda de la "mejor constitución" va adoptando, por grados, el carácter de un problema susceptible de ser tratado racionalmente”* (Popper, 1985 TI-170).

### **La discusión moral y sus principios derivados**

Hay dos reglas en este tema. Primera: según las reglas de discusión moral, lo que justifica un juicio ético es su conformidad con los presupuestos normativos de esa decisión y no que esas exigencias sean convencionalmente aceptadas. Segunda: las convenciones constitutivas de la práctica de la discusión moral son mucho más amplias, generales e invariantes que las pautas morales sustantivas específicas. *Así, uno de aquellos presupuestos sostiene que toda convención social o autoridad pueden ser criticadas, salvo que ello implique inconsistencia práctica. Y así nos ubicamos en un liberalismo epistemológico, que persigue la verdad como búsqueda permanente.*

La práctica de la discusión moral prefigura la autonomía, pues quien participa de ella asume el valor de aceptar principios morales legitimados por razones y no por presión, coacción, persuasión irracional o sometimiento a una autoridad humana o divina. De allí deriva el principio de autonomía personal, distintivo de una concepción abierta o liberal de la sociedad (no olvidar que estamos empleando el término *liberal* en un sentido epistemológico, filosófico). La autonomía abarca la aceptación de principios morales intersubjetivos y se autolimita para respetar los derechos ajenos y aceptar los principios morales personales o autorreferentes; aquí puede darse la propia elección de ideales de perfección de vida humana pero no hay autolimitación, porque estos ideales no afectan al prójimo.

El principio liberal de autonomía personal tiene un contenido de proscripción de cualquier interferencia con la libre elección de ideales de excelencia personal. Estos ideales se adaptan a la vida por convicción subjetiva y no funciona respecto de ellos la imposición coactiva. La autonomía personal excluye el perfeccionismo, el cual entiende que el Estado debe imponer ideales de virtud personal (mediante el Derecho, obviamente). Vale recordar a H.L.A. Hart cuando criticó al juez Lord Patrick Devlin, en ocasión de haber éste objetado el informe Welfenden sobre delitos homosexuales y prostitución, coincidiendo con aquél en que existe un consenso de opiniones morales sobre ciertas materias, que deviene imprescindible para vivir en sociedad (tales como el repudio al asesinato y al robo), pero rechazando que todos los vetos morales de una moralidad aceptada tengan la misma importancia para toda la comunidad (citado por Vigo en *Perspectivas...*, 1991).

No obstante, el Estado puede y debe defender *cierto paternalismo legítimo*, aún coactivamente, para ayudar a los hombres a satisfacer sus planes e ideales de vida, cuando se trata de situaciones laborales, previsionales o del medio ambiente. Paternalismo es, entonces, una actitud que tiende a interferir en la libertad de una persona invocando como justificativo el propio bien del interferido.

La autonomía personal sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, pues de aquel principio se desprende qué bienes son protegidos por esos derechos, resultando que *tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y de los planes de vida basados en ellos*; la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica, la libertad de movimientos, la de expresión, la de cultos, el acceso a los recursos materiales, la libertad de asociación, de trabajo, el acceso al ocio, son prerequisites de tales elección y materialización. En nuestra Constitución Nacional recepta el principio de autonomía el art. 19, comprendiendo *acciones privadas, acciones que no ofendan al orden y a la moral pública y acciones que no perjudican a terceros*.<sup>6</sup>

Con respecto al art. 2, C.N. (*El Gobierno Federal sostiene el culto católico apostólico romano*), Nino entiende que provino de una solución transaccional, en 1853, entre liberales y defensores de la religión de estado. Esta norma, unida al catolicismo que se exigía al presidente (art. 76) y a la promoción de la conversión de los “indios” al catolicismo (art. 67, inc. 15), implantó un grosero perfeccionismo. Por ello, la ley de reforma de la Constitución Nacional mandó eliminar el requisito confesional del art. 76.<sup>7</sup>

La autonomía personal tiene valor agregativo; a mayor autonomía personal *per capita*, más valioso es el grupo social. Pero ello, a condición de que la autonomía esté satisfactoriamente distribuida.

El *principio de autonomía* se ve limitado a su vez por el de *inviolabilidad de la persona*, que proscribe disminuir la autonomía de que goza otra persona. Aquí la visión liberal excluye el *holismo*, tendencia que no considera cuestiones de distribución y admite compensaciones de beneficios personales y perjuicios. Una de las formas en que éste se particulariza es el *colectivismo*, que personifica al grupo de individuos -cualquiera sea-, asignando intereses irreductibles a sus integrantes.

*La Constitución argentina, en cambio, toma como unidad moral básica*

---

<sup>6</sup> Esta norma ha permanecido intacta en la reforma constitucional de 1994.

*a seres humanos, a seres dotados de vida psicofísica, y no a entes colectivos.* Por ello, cuando se habla del *ser nacional*, la referencia está vacía de datos empíricos, ya que no existe semejante ente colectivo; su manipulación ha solido pertenecer a grupos que se han arrogado un acceso privilegiado al conocimiento de esa inexistente categoría ontológica.

La visión liberal de la sociedad se redondea con el principio de dignidad de la persona, que permite considerar las decisiones o los actos de voluntad de los individuos como antecedentes válidos de obligaciones, responsabilidades o limitaciones de derechos. En ese marco se entiende la dinámica de adquisición, transferencia o pérdida de ellos, aunque de hecho esto signifique que transitoriamente algunas personas deban ver su autonomía restringida por otros, consentimiento mediante de los afectados.

La correlación entre los principios estudiados se verifica así: *el de dignidad limita al de inviolabilidad, y éste al de autonomía.* Como corolario, cuando alguien lo consiente, no rige la restricción de que la autonomía personal no puede ser disminuida para justificar la de otro.

El análisis precedente obliga a *excluir el determinismo normativo*, que pretende que las acciones humanas voluntarias no deben ser tomadas como antecedentes de obligaciones, responsabilidades o derechos. Se niega de raíz el *principio de dignidad, que es fundante de la responsabilidad personal* (incluida la penal) y de la validez de los contratos o de cualquier institución que requiera voluntariedad.

Adoptado este sistema, hay que atreverse a fundamentar los casos en que el consentimiento ha estado viciado, ya que tanto el error, como la compulsión o la perturbación mental producen una voluntad causada y, al serlo, nos preguntamos por qué se la excluye a la hora de computar los efectos de los actos viciados: la respuesta estará dada por el hecho de que los alegados vicios o factores de perturbación han operado desigualmente sobre los afectados, es decir, porque no actuaron del mismo modo sobre todos los

---

<sup>7</sup> Estas dos normas han cambiado en la Constitución reformada: (véase arts. 89 y 15, inc. 17).

individuos de la sociedad.

El aludido determinismo normativo es más filosófico que político, motivo por el cual se ha reflejado pocas veces directamente en posiciones equivalentes, dentro de nuestra praxis. Lo receptan, más bien, las posiciones elitistas de izquierda (marxismo) y otras de derecha, todas ellas descalificando las tesis de la soberanía popular.

De los tres nombrados principios rectores de la concepción liberal sobre la persona y la sociedad surge un entramado feraz para la deducción de los derechos humanos. Y los derechos humanos, a su vez, definen una concepción liberal de la sociedad. Julián Marías hablaba hace diez años sobre su *“confianza de que después del 30 de octubre se iniciase una democracia liberal (siempre he creído que si la democracia no está vivificada por el liberalismo es una democracia falsa, una de la variedades de la tiranía)”* (Marías, 1984-252: recordar que la presente obra fue originariamente escrita en 1994).

Esta visión liberal brota, según Carlos Nino y otros autores, como Linares Quintana y Grondona, de nuestra Constitución Nacional, si bien en algunos períodos se han verificado consideraciones perfeccionistas, holistas y en menor cantidad, deterministas. Como ellas forman parte de una visión totalitaria de la sociedad, deberían ser desterradas de nuestra praxis constitucional. En tal sentido, remontar la historia argentina nos enfrenta con una dicotomía, la realidad de unitarios y federales. Los primeros, sustentando una visión moral universalista, pensaban, con Echeverría, que la única tradición americana era la tradición democrática de su origen revolucionario. Los federales, al contrario, creían en la tradición, que incluía el tradicionalismo, el localismo, el respeto por las jerarquías sociales y una visión confesional de la sociedad. Esa herencia solapada la recibimos en la organización definitiva, pese al fondo liberal de nuestra cosmovisión política. Sobre todo, los herederos fueron ciertas élites provincianas o grupos que a la larga apoyaron los golpes de estado, con lo cual se inscribieron en un

comportamiento político social perfeccionista, holista y determinista: pretender que la materia prima ineludible de la moral se obtiene de las tradiciones, es dar implícitamente vida a un ente colectivo (la *tradición*), tal cual si fuera un ser con autonomía moral. Y, lo más grave, estas élites de visión cerrada suprimieron la *discusión moral*, que es la base rescatable de la praxis constitucional argentina.

### **Un liberalismo de nuevo cuño**

*Afirmamos ahora que el liberalismo sí es compatible con los valores de la fraternidad, la igualdad y la democracia (como filosofía de vida).*

Es justo decir que, pese a las críticas, el comunitarismo proporciona datos compatibles con el liberalismo que, entendemos, humanizan la vida social. Así, el valor de la fraternidad. Es verdad enseñada por la psicología social que el ser humano necesita sentirse contenido por su pertenencia a distintas clases de grupos primarios, como la familia, la comunidad barrial, los grupos de amigos, las asociaciones privadas, etc., que se convierten en auténticas fuentes de apoyo afectivo, en instrumentos educacionales o esquemas cooperativos que lo ayudan a encarar planes de vida que hayan menester de acciones colectivas. El liberalismo no se ofende si el ingreso a, y el egreso de, aquellas comunidades, son libres, voluntarios. *La fraternidad en el liberalismo exige educación igualitaria, enseñanza pública y obligatoria* que entregue a los educandos las herramientas intelectuales para que, llegados a la edad de la razón, puedan ejercitar su autonomía y la observancia crítica de pautas morales intersubjetivas.

*La fraternidad apetece también descentralización*, a fin de que los hombres se organicen en ámbitos menores de gestión de los intereses involucrados; éstos garantizan mejor la *imparcialidad*, una de las notas del *liberalismo*.

Merece párrafo aparte la mención de la *igualdad*, sobre cuya

consideración se ha criticado mucho al liberalismo por discernirla demasiado formalmente, crítica que ha sido extendida a la libertad formal, la cual sólo garantiza la equiparación en condiciones normativas para el ejercicio de la autonomía, pues se convalida cualquier desigualdad fáctica a la que se llegue mediante la propiedad privada y los derechos de comerciar y ejercer industria lícita. Sin embargo, *el rigorismo liberal de la Constitución fue siendo gradualmente atenuado por la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, lo que tuvo mayor impulso con la reforma parcial de 1957*. Lo lamentable de esta última es que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia la consideran conformada por normas meramente programáticas.

¿Existe real tensión entre igualdad y libertad? Son dos valores con estructura diferente; el primero es relativo, comparativo. La libertad es lo contrario. Lo que significa que la libertad es un bien sustantivo y valioso por sí mismo, en tanto que la igualdad es más valiosa en la medida en que esté referida a una condición valiosa (igualdad en condición social y no en estatura, por ejemplo) y que esté mejor distribuida socialmente. Luciano Oliveira sostiene que el problema consiste en articular estos dos valores aparentemente opuestos, ya que si los derechos-libertades (o sea los civiles y políticos, nutridos por la idea de libertad) conviven fácilmente con las desigualdades sociales, y los derechos-créditos (o sea los socioeconómicos, desarrollados a la sombra de la igualdad) quieren suprimir las libertades, puede llegar a formarse una cadena nefasta donde a la larga, por pretenderse suprimir las desigualdades, terminen por eliminarse las diferencias. Pero a la vez, este autor en el artículo que se trae a colación (Oliveira, 1991-124), recuerda a Furet cuando declara que entre libertad e igualdad es evidente la complementariedad, siendo los derechos-créditos, en cierto sentido, una prolongación de los derechos-libertades, habiendo consistido esencialmente el juego dinámico de las democracias en integrar, en forma progresiva, a los excluidos de la igualdad. *“Es interesante observar que también en América Latina esa complementariedad es normalmente aceptada por los autores que reflexionan*

sobre el tema de los derechos humanos; eso pese al hecho de que en esta región del mundo tal complementariedad está lejos de constituir una experiencia histórica completa... No es extraño, por ejemplo, que esos autores hablen de los derechos socioeconómicos como derechos humanos de "segunda generación", de modo que los de "primera generación" serían los de la tradición liberal, es decir, los derechos civiles y políticos clásicos (Rodríguez, p. 38). Ese lenguaje, obviamente, sugiere mucho más una relación de parentesco que de ruptura..." (Idem, 132). Algo similar apunta Nino cuando combina ambos valores proponiendo una distribución igualitaria de la libertad o autonomía personal. Esta combinación parece sustentar la idea de que los derechos humanos pueden violarse por acciones u omisiones (funcionarios que no entregan fondos para un hospital, ciudadanos que no pagan impuestos).

Lo lamentable de la moral positiva de las sociedades es que no cree que la omisión viole derechos. Y como esto resulta repugnante, inaceptable, la convención social que sustenta esta opinión debe estar sujeta a crítica (primer postulado del liberalismo filosófico). Como aporte a tal refutación, se afirma que las premisas del *estado abstencionista* están en realidad legitimando sus omisiones. Y lo que afirma la reflexión filosófico-política, apoyada en la experiencia histórica, es que el *liberalismo igualitario* (libertad más igualdad), no se somete a las convenciones sociales, sino que promueve ampliamente los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad, razón por la cual estamos frente a un liberalismo que *no se opone a los derechos sociales, precisamente porque éstos implican la extensión natural de los derechos individuales*. Siendo así, tal vez la consecuencia más importante sea la de poder concluir que el liberalismo igualitario no se compromete apriorísticamente con ningún sistema económico, sino que se inclina por aquella alternativa capaz de distribuir la autonomía igualitariamente. Lo que sí *excluye desde el vamos es la colectivización de los recursos económicos*.

A esta altura del análisis se ha llegado a un punto de tensión, de intenso desafío. ¿Qué relación hay entre liberalismo y democracia? Más aún, ¿qué

relación se anuda entre los derechos individuales y las decisiones democráticas?

## CAPÍTULO II

### JUSTIFICACIÓN ÉTICA DEL ESTADO

Si se perdiera la fe en la legitimidad de la existencia del Estado concreto o de éste como institución, podríamos esperar con seguridad su fin, ya sea para el propio pueblo, para su círculo de cultura o para la propia humanidad. En tal sentido es innegable que el Estado vive de su justificación, y este planteo debe ser evacuado con carácter de necesidad psicológica para cada generación. Dicha justificación es indispensable para entender por qué hay que brindar al Estado tantos sacrificios personales y patrimoniales: bien visto, éste nace y se mantiene, en primer término, por este sacrificio espontáneo, y sólo en segundo lugar, por el elemento de coacción pasivamente soportada. Heller tiene razón (según se extrae de la experiencia) cuando concluye que *“todo poder estatal, por necesidad existencial, tiene que aspirar a ser poder jurídico; pero esto significa no solamente actuar como poder en sentido técnico-jurídico, sino valer como autoridad legítima que obliga moralmente a la voluntad... Las pretensiones realmente extraordinarias del Estado no se justifican por el hecho de que éste asegure "cualquier" ordenación social-territorial, sino, tan sólo, en cuanto aspire a una ordenación justa. La consagración del Estado únicamente se hace posible relacionando la función estatal con la función jurídica. / “Así como el Estado sólo se puede explicar por la totalidad de nuestro ser social, del mismo modo solo se le puede justificar por la totalidad de un ser aceptado por nuestra conciencia moral. La justificación únicamente puede ser moral”*. Por otra parte, *“si no se hace la separación entre lo jurídico y lo antijurídico, no es posible una justificación del Estado...”* (Heller, 1974-235/236).

El ejercicio de cualquier poder político permanentemente afirma de sí mismo que existe para servir a la justicia, y no nos referimos solamente al

Estado de Derecho. Coincidente con lo que dirá Carlos Nino, Heller manifiesta que “*al hablar aquí de derechos nos referimos, en primer término, a los principios morales del derecho que constituyen la base de las normas jurídicas positivas. Es inmanente a todos estos principios, cuya validez ideal ha de ser supuesta, la exigencia de una validez social... El precepto jurídico recibe toda su fuerza moral obligatoria exclusivamente del principio ético del derecho supraordinario. Este principio de derecho, sin embargo, se distingue del precepto jurídico por su carencia de seguridad jurídica o certeza jurídica, que consiste, de una parte, en la certidumbre de su sentido, en la determinación del contenido de la norma y, de otra parte, en la certeza de su ejecución*” (Idem, 240/241).

En determinada etapa de la división de trabajo y del intercambio social de una comunidad determinada, la necesidad de una certidumbre de sentido y de la ejecución del derecho hace irrefragable la existencia del Estado, pues éste se justifica en última instancia por ser meramente una organización de seguridad jurídica. Tal carácter deberá ser recordado cuando veamos hasta dónde la constitución de un país u otras leyes están legitimadas para avanzar en la ordenación de la vida social, es decir hasta qué punto podrá el derecho intentar ordenar la vida moral de las personas. Pero a su vez, la idea que Heller tiene de *seguridad jurídica* es amplia; no implica la mera exigencia de una certidumbre de coacción amparada en la coacción estatal sino también la ejecución de ciertos principios morales del derecho, que le exigen al Estado, en ciertas circunstancias, actividades económicas, educativas o de cualquier otra especie cultural.

Ahora: *legalidad del Estado* no implica *legitimidad de todos sus actos*; sus formas organizatorias, por perfectas que se las crea, lo único que garantizan es la observancia de formas jurídicas y la propia seguridad jurídica, pero bajo ningún concepto la juridicidad (entendido lo *jurídico* como lo *justo*), vale decir, sí la legalidad pero no la legitimidad ética de los actos del Estado. La única que está habilitada para dar razón final y asignar la justicia es la conciencia jurídica

individual. La seguridad jurídica obliga a crear las presunciones de legalidad remediadoras de vicios de la validez jurídico-positiva, dado que, si se dejara al juicio del hombre de la calle, en cada caso concreto, determinar si el órgano obró legitimado y dio origen a normas legítimas como paso previo a su obediencia, el orden social y jurídico se disolvería. Además, esta necesidad de seguridad jurídica alcanza límites que la conciencia jurídica individual rechaza (como la convalidación que la Corte Suprema hizo, en 1930, de los gobiernos *de facto* y toda su producción normativa), tan sólo porque, como enseña Heller, “*a veces sucede también que, para proteger un interés jurídico más elevado, el Estado da validez jurídica a actos ilegales*” (Idem, 245).

### **Notas sobre la democracia**

Hoy nadie duda de que, dentro de las organizaciones estatales, la democracia es una estructura de poder construida desde abajo hacia arriba y que en ella rige el principio de la soberanía del pueblo. “*El derecho de la democracia, respondiendo a su función como regla de orientación y previsión, atribuye la formación del poder del Estado al “pueblo”, aun cuando el cuerpo electoral esté constituido por una pequeña parte de la población real y haya individuos que, valiéndose por ejemplo de su superior potencialidad económica, contrapesen buena parte del poder electoral. Pero incluso en una democracia en que exista igualdad de oportunidades sociales, el pueblo sólo puede mandar por medio de una organización de dominación*” (Ibidem, 265/266).

La fundamentación racional más aceptable es la que toma a la democracia como el gobierno basado en el consentimiento de los gobernados. Pero es dificultoso justificarla sólo sobre ese consenso, primero porque nada garantiza que el pueblo no se equivoca, y luego porque no se trabaja con el

valor de la unanimidad sino sólo con el de la mayoría y con exclusión de todas o algunas de las minorías. *Prima facie*, sin embargo, se muestra como más valiosa la decisión de la mayoría que la de la minoría, siempre y cuando las minorías hayan sido escuchadas en forma previa.

Modernamente los filósofos políticos han ido abandonando el manejo de este tipo de justificativos o de otros tales como que en la democracia se pueden perfeccionar las virtudes; ideas, éstas, que ya se insinuaban en los clásicos y están muy explícitas aún hoy en autores como Maritain, quien unía democracia con cristianismo, o al menos hablaba de que la democracia estaba inspirada por el Evangelio (aun cuando reconocía que todos los principios evangélicos habían sido adquiridos por la conciencia profana). Entre los clásicos, Pericles, en su Oración Fúnebre, consideraba a la democracia, inequívocamente, como el gobierno de la mayoría sobre las minorías.

*En búsqueda de nuevos fundamentos, las últimas investigaciones han resuelto preferir argumentos de tipo pluralista o elitista, pues la democracia promueve el permanente reemplazo de las élites entronizadas en el poder. Se advierte en este razonamiento una profunda desigualdad, pues los que carecen de participación en grupos de poder económico, corren el riesgo de que su autonomía no sea atendida. Preferibles parecen las tendencias dialógicas, que basan la fundamentación de la democracia en el diálogo.*

Al mencionado elitismo epistemológico se opone el constructivismo epistemológico. El último presupone la existencia de los derechos a partir de la reflexión individual de quien ejerce su defensa, sin importar el resultado de la discusión colectiva. Para no caer en elitismo y poder evaluar el aporte de cada uno a la discusión pública, una posición ecléctica ayudará a ver que el consenso colectivo es el método más confiable de acceder a la verdad moral, aunque no excluyente; también la reflexión individual puede alcanzar posiciones de imparcialidad comprensivas de todos los involucrados. Puede afirmarse sin temor que los derechos pertenecen al orden ontológico y la democracia al epistemológico, no pudiendo encontrarse ambos términos

enfrentados por estar situados en distintos niveles: la democracia, con su contenido dialogal, provee esa posibilidad epistémica. También es cierto que a veces la democracia corre el riesgo de no proveer el cimiento correcto de los valores o derechos, pudiéndose caer en negaciones de éstos, especialmente con relación a algunas minorías.

### **El papel de la opinión pública**

Con el deseo de cimentar más de raíz esta epistemología que se hace desde la democracia, hemos creído encontrar en la opinión pública uno de los fundamentos más serios. Para la conceptualización de su importancia, no debe olvidarse que en la Edad Media la discusión de los problemas religiosos se efectuaba en latín, incluso internacionalmente, y como reacción, como crítica científica, apareció la opinión pública imponiendo los idiomas nacionales. La sociedad civil, ya en posesión de autoconciencia política, sólo puede generar cierta vida pública donde se realice la comprensión de los intereses comunes en idéntico lenguaje. Al hablar aquí de *opinión pública*, tomamos sólo la de carácter político, pero, además, tanto en su dimensión teórica cuanto en su dimensión de voluntad, y en juicios que son verdaderas armas para la lucha política y electoral.

Para caracterizar el adjetivo “pública”, ha de atenderse en primera instancia a la opinión que es de alguna forma *publicada*, no necesariamente idéntica a la opinión interna o meramente expresada ante un grupo íntimo. Debe advertirse también que la opinión pública aquí considerada es opinión de voluntad política en forma racional, por lo cual no puede agotarse ni en la simple imitación ni en el contagio psicológico colectivo.

Interesa así la opinión política firme, que debe ser distinguida de la variable de cada día, porque es veleidosa. La última, no obstante, es la que,

cuando persiste, logra transformar imperceptiblemente la opinión establecida, salvo que lo haga con brusquedad por la instancia de la revolución. *“La opinión pública arraigada en principios y doctrinas constituye uno de los más sustanciales vínculos de la unidad estatal. Especialmente en los Estados regidos democráticamente, la situación actual de poder se convierte en una situación de poder relativamente segura, en un status político, gracias al hecho de haberse creado entre la autoridad y los súbditos una opinión pública común en forma de una comunidad de voluntad y valores”* (Idem, 192). Esta transcripción quiere demostrar la relación entre la firmeza de la opinión pública democrática y la conciencia de pertenecer a una comunidad de voluntad y axiología: la idea será importante cuando volvamos sobre el tema de la interpretación, que no debe descuidar el dato axiológico si es que pretende interpretar cabalmente la praxis social. El politólogo alemán citado continúa en estos términos: *“Por lo dicho se comprende fácilmente que el "valer" de tales principios de la opinión pública no consiste en que sean reconocidos íntimamente como verdaderos por "todos" y ni siquiera por quienes ejercen influjo político decisivo. Su validez consiste únicamente en que cada cual, con su obrar socialmente eficaz, los reconoce externamente; no es preciso declarar que se los hace "valer", ya que cada uno, mediante su conducta pública al menos por la ausencia de crítica, aparece como si estuviera de acuerdo con ellos... Los conductores que regulan activamente la opinión pública constituyen siempre una minoría; sus opiniones son propagadas por un gran número de intermediarios, para ser luego aceptadas por la masa de quienes sólo intervienen pasivamente en la vida política... En la actualidad, los medios más importantes para formar y realizar de manera unitaria el "espíritu" de un grupo son la educación, la persuasión y la fuerza de la opinión pública; pero ellos nunca pueden lograr su objetivo sin una coacción económica y política”* (Idem, 192/195).

Hoy no dudan los estudiosos de que, entre los pocos principios políticos absolutamente firmes que integran la opinión pública, se encuentran en sitio

privilegiado los principios democráticos.

### **Bondades de la democracia**

Por definición, no se incluyen en el proceso democrático cuestiones morales no resueltas por principios intersubjetivos sino por ideales del bien personal o de excelencia humana, dado que por naturaleza no se refieren a la composición de intereses de diferentes individuos, y eso hace que su validez no esté relacionada con su aceptabilidad en condiciones de imparcialidad. Obviamente, la discusión colectiva podrá ayudar a los poseedores de esos ideales a aclararlos, pero sin significar que la decisión tenga, respecto de ellos, valor epistémico.

Cualquier democracia, aún imperfecta, permite reconocer los principios del liberalismo. Ahora bien, obsérvese cómo Maritain descubre que la palabra democracia define toda una filosofía de vida, un estado espiritual perfectamente compatible con cualquier tipo de régimen de gobierno (de los reconocidos como legítimos por la tradición clásica, entendiendo como legítimos todos aquellos compatibles con la dignidad humana). Asimismo, cada pueblo ha de estar en condiciones de proveerse su propia Constitución, una hecha a su medida: éste es un axioma del pensamiento democrático, axioma perfectamente verificable como derivación de los argumentos antes emitidos. El autor francés se compromete con la intuición de que la sangre vertida en la segunda gran guerra no buscó en realidad imponer a todos los pueblos la forma democrática de gobierno, sino hacer prevalecer en todos aquellos la conciencia de que el hombre tiene una natural vocación para realizar en su vida temporal la ley del amor fraternal y la dignidad espiritual de la persona humana, que es el alma de la democracia. Remata así este pensamiento: *“Lo adquirido por la conciencia profana, si no se desvía hacia la barbarie, es el sentido de la libertad, y la convicción de que la marcha hacia delante de las sociedades humanas es una marcha hacia la conquista de la libertad conforme a la vocación de nuestra naturaleza”* (Maritain, 1986-62).

¿Será posible ahora negar la relación intrínseca entre el hombre, la libertad, la democracia y la constitución? Maritain encuentra que es por confrontación con el esclavismo que reconocemos los rasgos esenciales de la democracia, a saber, el respeto a los derechos inalienables de la persona (repárese que este autor fue testigo de la guerra), a la igualdad, a los derechos políticos, a las relaciones de justicia y de derecho en la base de la sociedad, a los ideales de mejoramiento y emancipación de la vida humana, a los de fraternidad. Esta filosofía, esta cosmovisión democrática, está definitivamente comprometida (nosotros entendemos que al menos como aspiración) con una obra de civilización y cultura -obra política por excelencia-, de tal modo que la persona concreta, no sólo en las capas privilegiadas sino a nivel de las enteras masas humanas que forman el pueblo, llegue a la medida de independencia que conviene a la vida civilizada; debiendo el régimen asegurarle garantías económicas de trabajo y propiedad, derechos políticos, virtudes cívicas y cultura: “[e]l humanismo... tiende esencialmente a hacer al hombre más verdaderamente humano y a manifestar su grandeza espiritual haciéndolo participar en todo cuanto puede enriquecerle en la naturaleza y en la historia...; requiere a un tiempo que el hombre desarrolle las virtualidades en él contenidas, sus fuerzas creadoras y la vida de la razón, y trabaje para convertir las fuerzas del mundo físico en instrumentos de su libertad” (Maritain, 1966-12).

***La democracia así vivenciada toma partido por un Estado que no se abstiene de intervenir en la vida social, porque debe asegurar los derechos económicos, sociales y culturales.*** También emerge como plenamente posible la articulación de los valores de igualdad y libertad dentro de una democracia, la cual, según Maritain, aunque podría ser receptada en cualquier régimen político -según se anticipó-, tiende naturalmente a la república como a su expresión más normal y es el vehículo a través del cual el hombre busca incesantemente su felicidad. No obstante, no debe caerse -creemos- en la convicción de que la democracia es la solución mágica de los problemas sociales y humanos, siempre difíciles cuando no insolubles, porque ello nos

llevaría otra vez al tribalismo, a la sociedad cerrada, y justamente la democracia busca salir de ese postulado vital. Lo único que debe racionalmente esperarse de la democracia, es que proporcione los medios para plantear aquellos problemas de una manera más civilizada, recordando la nota de la eficacia sociopolítica que lleva ínsita la noción de civilización: “[l]a democracia significa simplemente que los problemas lo son para todos y que intentan resolverlos todos juntos sin exclusión y en libertad. Y que, por tanto, el gobierno triunfante no es del partido propio sino de todos, en el doble sentido de que con todos tiene que contar y que todos tienen que reconocerlo como su gobierno” (Marías, 1984-252/253).

Párrafos de semejante hondura, que proveen de raíces a la praxis sociopolítica, con legitimación final en lo humano, parecieran llevarnos de vuelta al punto de partida, a un liberalismo que prescinde de dogmatismos y está en permanente búsqueda de las verdades que necesita la humanidad para expandirse integralmente. Es la sociedad abierta la que permite que haya conjeturas y eso funda la existencia de un *dogma de la libertad*, el cual aparece como único dogma terminal, desde que permite el cuestionamiento de todo. Creemos que este dogma de la libertad y la libertad misma sólo se concretan en un régimen pluralmente participativo y respetuoso de la dignidad de sus integrantes, donde a su vez la mayoría compensa las desventajas sociales con el voto, mientras dicha mayoría esté conformada por los más necesitados. Para cerrar este capítulo citaremos a Carlos Nino: “*Un liberalismo genuinamente democrático y social -en el doble sentido de fraternal e igualitario- probablemente quitará atractivos a las ideologías con diferentes matices de totalitarismo que han competido con el liberalismo para dominar la práctica constitucional del país, socavando las bases para un consenso profundo y determinando en parte, la tendencia general a desbordar las normas que la propia práctica constitucional genera. / “Esto no quiere decir, por cierto, que al alcanzarse un consenso profundo en torno a un **liberalismo que promueve la descentralización fraternal, los derechos sociales y una democracia***

*amplia, se produzca una variante del "fin de las ideologías" del que se ha hablado tanto últimamente y que generalmente encierra el supuesto triunfo de uno de ellos" (Nino, 1992 A-212/213. Nuestro resaltado).*

### CAPÍTULO III

#### POLITICIDAD DE LA CONSTITUCIÓN (FORMAL Y MATERIAL)

No puede obviarse alguna referencia a la ínsita politicidad de toda Carta Magna, dados los lazos íntimos entre Constitución y realidad social como efectividad de conductas en permanente interferencia intersubjetiva, y si es que *política* es, al decir de Heller, en su más eminente y ejemplar sentido, la organización y actuación autónoma de la cooperación social en un territorio. La intimidad con la política proporciona a la Constitución un ideario de esa naturaleza.

Dentro de la evolución de las ideas y considerando su influencia en las constituciones, a grandes rasgos podemos mencionar una primera gran clasificación en constituciones del *individualismo posesivo*, opuestas a las del *estado social*.

Nos interesa dar una visión del individualismo posesivo, pues algunos estiman que ésa fue la ideología volcada en la Constitución de 1853, en base al ideario de Juan Bautista Alberdi. El individualismo arraiga en la idea del congénito egoísmo del hombre luchando por sí, pero moderando su impulso ante el Estado que intenta ordenar la convivencia social. Aquí la justicia resulta secundaria ya que se limita a hacer cumplir los pactos. Toma al trabajo como una mercancía (postulado del liberalismo económico). Su utilitarismo lleva a dividir en dos clases a la sociedad, la de los ricos, capaces por ello de pensar políticamente, y la de los trabajadores, quienes por no disponer de tiempo para razonar, carecen de derechos políticos. *Estas ideas, florecidas en el auge del maquinismo y la revolución industrial, son madre del capitalismo.*

El individualismo, de raigambre inglesa y francesa, inspiró el constitucionalismo decimonónico americano.

Los límites de esta obra impiden mayores caracterizaciones, pero sí es

importante ver cómo se llegó al Estado Social, adelantando nuestra adhesión a sus postulados humanistas.

Tal como se dio la práctica individualista, cruda y antihumanitaria, cuyos más sobresalientes defectos pueden leerse en los grandes documentos de la Doctrina Social de la Iglesia (cuestión social) iniciada por la *Rerum Novarum* en 1891, no pudo menos que producirse una crisis triple, abarcativa de la libertad -al formarse monopolios y oligopolios como productos de audaces, intuitivos y trabajadores explotados, el liberalismo que les había dado nacimiento murió por asfixia-; de la igualdad -porque pese a las ideas de Montesquieu, la igualdad propugnada nunca llegó a la realidad, no pasó de ser formal y agudizó la desigualdad-; y de la justicia -porque ésa es la consecuencia natural del egoísmo-. Y así, de la mano de la decadencia económica, se produjo la decadencia moral.

Pese a su coherencia ideológica interna, el individualismo posesivo no da respuestas satisfactorias para la convivencia social. Por el contrario, a partir del constitucionalismo moderno, que ha sido llamado *social*, nuevas brisas han oxigenado las constituciones y las condiciones de vida comunitaria de los pueblos, aunque en muchos casos es lamentable comprobar que tanta hojarasca textual no ha revestido más carácter que el de *revoluciones caligráficas*, según la exacta expresión de Alberdi. Al menos se tiene conciencia -volcada por escrito- de estos nuevos derechos sociales basados en la dignidad eminente del hombre y en el respeto al trabajo, que ya no es *mercancía* sino fuente de perfeccionamiento, dignificación y elevación de hombres y sociedades, tal como lo han reconocido los Papas de la Iglesia Católica cuando afirman que el único fundamento del valor del trabajo es el hombre mismo, su sujeto, y que por ello el trabajo está *en función del hombre* y no a la inversa. El constitucionalismo del que hablamos, abrevando en las fuentes pontificias, ha determinado que del reconocimiento del trabajo como una dimensión valiosa del hombre surgen otros valores humanos asentados sobre aquél, como la vida familiar o la pertenencia activa a una sociedad cultural determinada. Esta nueva

moral social, relevantemente destacada, tiene un pivote ineludible: la prioridad del trabajo respecto del capital (Encíclica *Laborem Exercens*, Juan Pablo II, 1981), pero un trabajo que no apunta fundamentalmente a la economía sino, sobre todo, al desarrollo de los valores personales, en cuanto reconoce que el hombre con su acción transforma las cosas y la sociedad y, sobre todo, se autoperfecciona. Basada en dicha concreta espiritualidad del trabajo, la Iglesia Católica ha asegurado que el hombre vale más por lo que es que por lo que tiene, y en tanto más haga para lograr la justicia, mayor fraternidad y un más humano planteamiento de los problemas sociales, tendrá más valor que todos los progresos técnicos imaginables; esos progresos ofrecen material valioso para la promoción humana, pero por sí solos no pueden llevarla a cabo.

Dentro de las últimas corrientes político-constitucionales resulta interesante la tesis del neoliberalismo, que ha revisado desde una perspectiva social los postulados del liberalismo económico y cuya característica sobresaliente parece propender a justificar la intervención estatal, con dos objetivos principales: restaurar la igualdad de oportunidades y la libertad en las transacciones (anulando monopolios, especulaciones inmorales y la corrupción), y brindar estabilidad social y justicia social. Quizás podría llegarse por estas vías a una nivelación real entre lo social -propio del constitucionalismo de esa vertiente- y la libertad -nota del constitucionalismo clásico-, donde cualquier trabajador pudiera acceder a la propiedad de los bienes, con fuerte poder adquisitivo.<sup>8</sup> Actualmente el Estado Social, al que aspiran todos los pueblos, se edifica sobre las pautas siguientes: positivación de la libertad, igualdad como igualación, solidaridad como deber jurídico, dignidad de la vida como principal meta gubernativa, dignificación del trabajo y rol activo del Estado, con moderado intervencionismo, proteccionismo, dirigismo y planificación, no olvidando sus obvios riesgos, que son la

---

<sup>8</sup> No obstante, en la práctica el neoliberalismo ha venido a resultar muy cruel (nota de la autora, 2023).

burocracia, el paternalismo oficial y el autoritarismo, para prevenir los cuales, algunos pensadores proponen la creación de cuerpos intermedios que asuman algunas de las tareas asignadas al Estado.

Toca ahora marcar las pautas que nos van a llevar a desear y a promover, tanto para el ámbito nacional argentino como para el salteño en sus límites regionales y en su proyección internacional, una interpretación jurídica *total*, es decir de todas las situaciones sometidas al juez (anticipamos que éste será nuestro intérprete específico, sin dejar de reconocer que todos lo somos, inclusive la comunidad), *interpretación imbuida de un humanismo integral, omnicomprendivo de las dimensiones del hombre y realizado desde la Constitución.*

## CAPÍTULO IV

### LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

*Interpretar* es desentrañar el sentido de algo, atribuir o reconocer un significado a palabras, gestos, textos, conductas; es ser mediador entre un objeto interpretable y los destinatarios de la interpretación.

Toda actividad humana incorpora sentidos a la realidad; el hombre vive interpretando. Además, todas nuestras interpretaciones las realizamos asumiendo una perspectiva o punto de vista interpretativos acordes con las características del objeto, pero a la vez sin poder evitar una instancia de comprensión originaria que somos nosotros mismos, lo que no proviene de ningún pensamiento lógico o conceptual, sino de esto que somos en forma previa a cualquier pensamiento o conocimiento que podamos adquirir.

Lo dicho aclara por qué el de la interpretación no es un lema puramente jurídico, aunque sea dentro del Derecho y referido a la ley, donde se lo estudió siempre. A diario interpretamos en nuestras vidas; de allí que el análisis de esta cuestión no pueda desvincularse de la filosofía. Conviene, entonces, intentar dicho análisis filosófico dentro de la existencia humana, que es donde la interpretación encontrará una ubicación precisa y obtendrá su sentido.

#### **El enclave filosófico**

En busca de claves, comenzaremos por Edmund Husserl, para indagar someramente dentro del pensamiento contemporáneo. El padre de la fenomenología, a la hora de elaborar su teoría del conocimiento, se atuvo a las cosas mismas, como los positivistas, pero avanzó un paso más allá de los datos empíricos. Pues mientras aquéllos se quedaban en las experiencias sensibles, Husserl descubrió que hay dos niveles en la experiencia, el sensible y el

inteligible, gracias a cuya percepción pudo distinguir entre hechos y esencias (*eidós*), describiendo a los primeros como contingentes, mutables, individuales y, a las segundas, por el contrario, como de estructura intemporal y constante y de naturaleza ideal, de las cuales tenemos un conocimiento apodíctico necesario. Descubrió que todo hecho alberga una esencia y que cada esencia sólo se realiza en un hecho. La intuición sensible capta el hecho; la inteligible, su esencia.

Cuando un *hecho* nos es dado (por ejemplo, una *mesa*), para detectar su *eidós* o esencia (*meseidad*), el sujeto cognoscente practica una *reducción fenomenológica* o *puesta entre paréntesis* (*epojé*, en griego) de sus notas contingentes. En ese punto la intuición sensible se hace inteligible y capta la esencia que se presentiza de inmediato a la conciencia, sin intervención de previo razonamiento discursivo que pueda desvirtuar la esencia percibida. Dicha inmediatez proporciona la evidencia, que es la conciencia inmediata de la verdad.

La conciencia es empírica, psicológica, y se rige por ese tipo de leyes. Su actividad se despliega en una serie de actos que hacen ingresar en el mundo consciente los más dispares contenidos del mundo exterior, de dos maneras: intuitiva -con evidencia eidética- y no intuitiva -sin evidencia-. O sea que una pluralidad de actos perceptivos, volitivos, emocionales, integran la actividad de la conciencia psicológica. Mas Husserl no se queda en ella; busca su esencia, la conciencia pura, el *en qué consiste ese volcarse mismo de la conciencia hacia el mundo*. Allí encuentra él la *intencionalidad* de la conciencia pura, un *volcarse hacia algo*, por ello la conciencia no se separa del objeto hacia el cual se vuelca. El acto intencional -nóesis- implica, entonces, la existencia del objeto, pero objeto como esencia, no el del tiempo espacial sino el que se da como contenido de la conciencia, dentro del tiempo inmanente: este objeto ideal recibe el nombre de nóema.

Amén de actos intencionales *intuitivos* (que son aquellos donde el *eidós* se nos da con evidencia) existen los *no intuitivos*, donde el sujeto cognoscente

sólo conoce un objeto *mentado* que es el término de su intencionalidad. Y sólo cuando el acto del sujeto sea llenado por la intuición del objeto, éste se le dará con evidencia. Así ocurre cuando nos hablan de un objeto determinado, y recién lo intuimos con evidencia cuando lo conocemos.

Husserl caracterizó a la fenomenología como la ciencia descriptiva de las esencias de la conciencia pura, pues primero, en forma inmediata y originaria se intuye la esencia de un hecho y luego la intuición describe esa esencia.

La *epojé* o puesta entre paréntesis ya aludida despoja, a esta visión, de la realidad del mundo; en verdad la descarna. Por eso se dice que, aunque buscó lo real, Husserl se quedó por el camino, en las meras abstracciones. Quien vino a llenar ese vacío fue Martin Heidegger al hablar de su *Dasein*, *ser con*, como aproximación de la fenomenología a la existencia humana.

Por un manejo etimológico del término griego *φαινόμενον* (*fa- fos*: luz), Heidegger describió *al fenómeno* como aquello que se muestra, se hace patente a sí mismo y sale a la luz. También conceptuó al *logos* como *lo que se habla*. Por consiguiente, la fenomenología sería para él un *sacar de su ocultamiento aquello de lo que se habla*, y esto que se muestra o es develado, es el *ser*.

*Fenómeno*, por tanto, es el ser de los entes, gracias al cual los entes aparecen en el horizonte de la existencia; en este contexto es menester insoslayablemente una analítica de la existencia humana, pues en ella se manifiesta el ser.

Lo que faltó al planteo *eidético* de Husserl fue tematizar el problema del sentido del ser. Pues si bien las *esencias* están dotadas de ser, no son el *ser* sino *entes* que revelan al *ser mesa*, *ser hombre*, etc. Ante este *olvido del ser* en que cayó Husserl, Heidegger lo buscó como plenitud de su expresión, para lo cual verificó un tránsito desde las *esencias* hacia el *ser*. Y es en ese punto de encuentro con el ser, donde la fenomenología se manifiesta como *interpretación de la existencia humana*, ámbito donde naturalmente se

patentiza el *ser*. Ahora estamos en condiciones de afirmar que en verdad el hombre es *comprensión del ser*, ineludiblemente comprensión del ser.

Desde esta perspectiva el ser humano no aparece como un ser cerrado en sí mismo, sino como una esencial apertura al ser, que Heidegger llama *existencia*. La *comprensión del ser* es precisamente el rasgo distintivo del hombre frente a los otros entes. El existencialismo de Heidegger, concentrado en el *dasein* en tanto *ser en el mundo*, tiñe de un sesgo existencial a la noción de *intencionalidad* de Husserl: el hombre es un *volcarse* permanente *hacia el ser en el mundo*.

Husserl, maestro de Heidegger, abrevó en las ideas de éste con posterioridad y amplió su intento originario. Así, se dio cuenta de que las teorías científicas -en tanto son complejos de proposiciones- no pueden ser comprendidas como conjuntos abstractos de reglas y leyes, sino como formaciones dinámicas, vivientes y progresivas, pudiendo develarse su significado solamente en virtud de su originaria inserción en el mundo de la vida. Así quedaron contrapuestos el mundo de la ciencia y el mundo de la vida; el primero, construcción abstracta y racional, perteneciente a la región ontológica de las ideas generales, donde existen objetos de perfiles nítidos, solo puede surgir de la humana vida espontánea. A su vez, el mundo de la vida es donde se dan las intuiciones originarias, las primeras evidencias. Dichas primeras evidencias serán en última instancia el fundamento de las evidencias que posteriormente puedan obtenerse en base a comprobaciones científicas.

Husserl comprende que toda idea se concreta en un proceso, o sea que todo devenir se halla orientado por una idea, un *telos*, de tal modo que sólo reconociendo esta finalidad puede comprenderse la dirección unitaria hacia una meta. Por eso el filósofo no puede sino realizar un diálogo consigo mismo y con otros pensadores contemporáneos o anteriores, para captar hacia dónde se dirige la historia de la filosofía. En este segundo período, hace un tránsito desde la conciencia trascendental individual a la conciencia trascendental intersubjetiva, donde construye un esquema que involucra a toda la humanidad.

Pero finalmente no arriba a la aprehensión de la vida humana en sus perfiles concretos e individuales. Ello empezará a ocurrir recién en el *Dasein* de Heidegger.

Por evolución natural de su pensamiento, éste captó que el ser se transmite al hombre y que el punto de encuentro es el lenguaje (*Sage*), o sea que en el lenguaje mora el ser. Así, el lenguaje sería la hermenéutica o fenomenología del ser. Para este filósofo, el lenguaje no sólo es *foné semantiké* (articulación verbal que significa algo) como era desde los griegos, sino que lo que escuchamos al oír palabras, es la voz de lo hablado: el sujeto del lenguaje no es el hombre -como lo es para nosotros- sino el lenguaje mismo. No en vano Heidegger usa la palabra *logos* para la esencia del lenguaje y para el ser. El lenguaje traduce el mensaje *del* ser, según él, y constituye el modo más propio del acontecer histórico, que se oculta o devela según las épocas. Cree que el habla es lo que posibilita el discurso humano, porque la esencia del lenguaje es el lenguaje de la esencia.

Posteriormente a Heidegger, Hans Gadamer profundizó sus ideas y creó la hermenéutica filosófica, que desde el vamos nos coloca ante la dicotomía verdad-método, expresando que el segundo varía conforme la región de la realidad global de que se ocupe. Entiende más elevada la verdad que el método y afirma que el conocimiento hermenéutico es ametódico.

Gadamer consideró que la conciencia hermenéutica se arraiga en la existencia humana en tanto *ser en el mundo*. Esta experiencia permite que la comprensión se conozca a sí misma, investigue sus condiciones y, con este bagaje, recién se lance a sus concretas realizaciones históricas. Tal comprensión está sujeta al acontecer, en el cual existe productividad histórica; el horizonte interrogativo fijo es sustituido por una movilidad de horizontes, dado que el comprender va inaugurando muchos nuevos y constituyendo una tradición. Tal acaecer de la comprensión se va concretando dentro del lenguaje, que así funda la continuidad de la historia.

Para Heidegger y Gadamer, la hermenéutica no es sólo actividad

específica tendiente a comprender determinados textos históricos sino una forma básica de la existencia humana, algo inherente a ese *ser en el mundo* que es el hombre. Entre el hombre y su mundo se entretajan distintas formas de relaciones, siendo de destacar la que aquél entabla con la tradición lingüística: comprende el mundo a través del lenguaje que le proporciona aquella tradición. *Toda comprensión se hace desde una tradición, que es la perspectiva particular que posee cada ser humano y que conlleva su necesaria adscripción a un lenguaje concreto.* En tal contexto se descubre el prejuicio, no en su habitual sentido negativo, sino precisamente como juicio provisorio, como afirmación transitoria que se efectúa hasta poderse completar un juicio final. Obviamente estos *prejuicios* (naciones preconcebidas) indican cómo actuar y por eso mismo los de contenido erróneo deben ser dejados de lado. La comprensión hermenéutica permite diferenciar los prejuicios falsos de los verdaderos. En esta cosmovisión, la tradición no es limitativa de la libertad sino posibilitadora de conocimiento.

Gadamer insiste en que el intérprete no puede soslayar su propio horizonte histórico, que es un dato infaltable de la comprensión humana. Creemos que, por ello, en la lógica trascendental de Cossio el análisis comprende el punto de vista del sujeto desde el cual se conoce: “[t]odo acto de interpretación resulta de una experiencia concreta, surge en un momento del tiempo, hállase sujeto a las coordenadas espacio-temporales. Trátase, en suma, de un dato histórico” (Laclau, 1989-34). Esta característica prueba en cierto modo la relatividad de las interpretaciones; éstas jamás pueden considerarse definitivas, dada su variabilidad conforme con las distintas épocas y lugares y los distintos intérpretes, todo lo cual habilita la posibilidad de descubrir aspectos antes ignorados.

Ahora sí se entiende que una norma no *tiene* un significado, realmente, sino que *es* un significado, y como tal significado solo surge luego de la interpretación, aquella *es* tantos significados como de interpretaciones sea posible. *Planteado así el problema interpretativo, como ínsito en la historia*

*humana, volvamos al ámbito jurídico, donde nos encontramos con la realidad de las leyes escritas, que no pueden prever todos los casos posibles; este dato obliga a continua interpretación.*

### **Caracterización real de la Constitución**

Sin entrar a dar matices de sus distintas concepciones, recordaremos que la Constitución ha sido tradicionalmente encasillada por vertientes juricistas, sociologistas, politicistas y axiológicas o ideológicas. Es decir que en unas se dio importancia sólo al dato normativo, en otras sólo al de la realidad social, al de la política o al dato ético.

Ante estas caracterizaciones, no resta sino apelar al realismo; mejor aún, a la realidad, que es la que, en definitiva, en toda especulación, racional o práctica, nos ofrece los datos para intentar la aproximación a la verdad. Y esa realidad nos indica que una verdadera comprensión de la Constitución no puede sino incluir las cuatro dimensiones que las tesis anteriores habían reducido unitariamente en cada caso.

En un principio el contenido de la Constitución era político, y sólo derivadamente, tras la docencia de la Corte Norteamericana, llegó a adquirir carácter jurídico. Pero ello no puede llevarnos a negar su profundo contenido político (según vimos), ya que entre sus grandes fines se halla en especial la definición de los lineamientos de ese juego dentro de la sociedad, con la sana intención de lograr un ordenamiento dinámico de lo político. Con lenguaje esquemático, todavía se habla a voces de *derecho constitucional del poder o parte orgánica de la Constitución*. La dimensión sociológica está presente también con toda la fuerza de la realidad social, sumatoria del total de sus normalidades y normatividades. En lo tocante al aspecto ideológico, sería pueril ignorar que necesariamente una constitución responde a un cuerpo de preceptos y principios, de ideas que informan todo un modo de conducta política, social, económica y cultural (cuando no religiosa). Tradicionalmente,

nuestra doctrina más caracterizada ha llamado a este conjunto de ideas *techo ideológico*. Respetuosamente nos permitimos no compartirla, sin perjuicio de que pueda estimarse errada nuestra interpretación. La palabra *techo* nos impresiona como *límite puesto por encima de nuestras cabezas* y nos da la sensación de rigidez que todo *techo* traduce. *Ideológico* nos produce temor, pues atenta contra el postulado del liberalismo científico y crítico del que creemos haber partido. Apoyan nuestra prevención los siguientes conceptos: “*El primero en advertir la ideología fue Marx, pero en los enemigos; no supo observarla en sí mismo. Después, un marxismo más refinado como la escuela de Francfort que desemboca con Habermas aplicará la ideología a todos los cerramientos doctrinarios, sin exclusiones. La ideología revela una voluntad de poder. A través del pretexto de una doctrina o una religión, te manipulo intelectual o emocionalmente. Así, la ideología tiene una cobertura religiosa o doctrinaria pero lo que en el fondo expresa es un pensamiento cerrado, ya sea al misterio, ya sea a la refutación, implicando una voluntad de manipulación. Los posmodernos (Foucault) han insistido mucho en esto de que el discurso es manipulativo*” (Grondona, 1992-165/166). De allí nuestro temor a caer entre los defensores de la sociedad cerrada, en las manos de los verdugos de Sócrates con su dogmatismo y su voluntad de poder, que necesariamente remiten a la violencia. Porque lo problemático no es qué enseña la ideología, sino cómo lo enseña; en definitiva, se vuelve una cuestión de método. Si se presentan las ideas ejerciendo un poder solapado o encubierto, se está frente a una ideología, y de allí al fanatismo y a la violencia descontrolada queda poco. Desde el intento de **humanismo constitucional** que se propone como meta de estas líneas, entendemos que hablar de *techo* y de *ideológico* nos cierra las puertas a futuras búsquedas, conjeturas y refutaciones, a necesarias o consumadas mutaciones constitucionales. Preferimos hablar de ciertos contenidos éticos o políticos, o de datos axiológicos que orientan la acción y las decisiones de un país, de su pueblo, de sus autoridades (sobre todo de estas últimas), o quizás de *ideario*. Por ello, el uso de las expresiones *ideología*, *ideológico*, *techo*

*ideológico*, en este libro, lo haremos por exclusiva razón de comodidad y de comprensión por parte de los lectores.

Ahora bien, conocer las ideas que informan una constitución es fundamental a la hora de realizar su interpretación, porque ellas (ya sea bajo la forma de valores, de principios o de reglas) serán capaces, ante las inevitables brechas y escapes del ordenamiento jurídico, de suministrarnos los datos para la construcción de una solución consagradoria de justicia. Este hilo conductor lleva al tema fundamental que Vigo integralmente denomina  *fuerza normativa de la Constitución*, cuyo análisis se abordará más tarde, no sin antes recordar que si bien toda la comunidad, a su manera y en su nivel, es intérprete de la Constitución, nosotros aquí estudiaremos científicamente la actividad del intérprete por antonomasia: el juez.

### **Aproximación a una idea moderna de Juez**

Desde los autores que piensan que el juez debe aplicar las leyes mecánicamente, aunque resulten injustas, hasta las modernas teorías activistas, hay una gama interminable de opiniones. En su *Discurso Preliminar para el Código Civil de Napoleón*, Portalis afirmó que, no importa cómo se legisle, las leyes positivas jamás podrán reemplazar totalmente a las cosas de la vida y el uso de la razón natural, pues el legislador no puede alcanzar la meta imposible de proveer a todo. Hablamos sobre los límites naturales de la ley, que el legislador no puede sobrepasar. Fernández apunta que *“a esta negación del dinamismo legislativo contesta la legislación abundante de los últimos tiempos, que se caracteriza por su actividad excesiva. Admitido esto cabe recordar que el desmesurado movimiento legislativo perjudica tanto como la rigidez de la ley. Las leyes se suceden unas a otras sin dar tiempo al conocimiento de ellas, aún por los expertos, y se percibe la falta de un serio estudio previo a la sanción del precepto, lo cual provoca graves confusiones. Así la inflación legislativa produce tanto perjuicios como la inflación*

*monetaria, es decir, los perjuicios de la desvalorización”* (Fernández, 1980-44). Portalis llamó en su momento la atención sobre el hecho de que el legislador no se encuentra *más* al resguardo del error y la venalidad que los jueces.

En verdad, la función del juez no es fallar sino hacerlo con justicia; eso lo coloca también frente a la alternativa de las lagunas del derecho, posibilidad perfectamente existente porque el orden jurídico no es hermético sino abierto. Aún frente a esa circunstancia debe darse una sentencia, que es verdadera creación judicial. Pero también el juez crea cuando el orden jurídico provee una solución y es necesario individualarla para el caso, o apartarla por injusta y sentenciar de todas maneras.

Conviene delimitar este *crear* del juez, porque no implica que aquél se deje llevar por su propio subjetivismo; el magistrado debe apoyarse en las valoraciones de la comunidad y en otras fuentes; como consecuencia, el derecho así creado (pues la sentencia se incorpora como derecho vivo al orden jurídico) será aceptado y practicado por la comunidad.

El imperativo del juez es fallar con justicia y, al hacerlo, crea derecho, pues no sería psicológicamente posible eliminar los factores individuales de su valoración personal; sus ideales vitales intervienen en la valoración. Por ello, no queda sino considerar que la interpretación es una función creadora, ya que depende de cada uno de los intérpretes, de *esto que somos*. Mas el juez crea condicionado por múltiples factores del orden jurídico, que contiene valores objetivos y objetivados, y por el análisis del caso real, puesto que el Derecho sirve a la vida. Rodolfo Vigo se inscribe en esta corriente, asignando al juez un rol protagónico y creador, y en tanto debe *decir el derecho*, su tarea -interpretación mediante- es elaboradora, creadora. Encuentra que la diferencia entre el legislador y el juez verdaderamente se diluye y pasa a ser de grado, o sea cuantitativa y no cualitativa.

Forzosamente, el juez asume un compromiso axiológico y constituye una garantía de que los derechos proclamados en las constituciones y pactos

internacionales no serán una promesa incumplida sino una realidad tangible, genuina inmunización contra los abusos del poder (Quintana, 1999-17).

### **Noción sobre el saber prudencial retórico**

Además de sus grados filosófico y científico, el saber jurídico tiene un tercer grado, el prudencial. Según Vigo, éste es el que pone en existencia a la concreta y contingente conducta jurídica, en una de estas tres direcciones: o mandándola o aconsejándola o enseñándola. Allí surge la disciplina que conocemos como prudencia jurídica, con dos dimensiones, una cognoscitiva y otra prescriptiva. La cognoscitiva pasa necesariamente por dos momentos: la deliberación y el juicio de elección. Ambos conforman la interpretación jurídica: el juez se sumerge en la investigación, la búsqueda y la valoración, sobre todas las alternativas de operaciones jurídicas que en cierto momento y lugar se ofrecen como solución. Luego de conocidas, se elige una. Cumplida la interpretación, se agota el momento cognoscitivo de la prudencia jurídica. La siguiente etapa corresponde al momento prescriptivo de mando, consejo o enseñanza, donde queda cerrado el acto intencional de la creación.

Éste es el rasgo *prudencial* que debe tener toda interpretación. Pero no podemos quedar allí anclados: un segundo paso necesario es la retórica. El intérprete, en tanto busca la solución más valiosa, debe argumentar intentando *persuadir* con sus razones, dado el valor de la persuasión como rasgo propio del discurso democrático. Para persuadir con palabras, el orador o intérprete debe recurrir a la invención, articulando los argumentos que hagan probable su tesis. Cuando el orador *inventa*, está buscando un contraste argumental en aras a obtener la aceptación racional, marginando así el mero argumento de autoridad como suficiente para establecer el resultado interpretativo. Y tal cual se ve, estamos otra vez en el meollo de la legitimación democrática y del estado de derecho. La aceptación de esa interpretación -lograda por la persuasión- es

la derivación lógica del discurso racional, pero esta razonabilidad debe guardar un vínculo directo con los valores.

### **Reglas, principios y valores en manos del intérprete**

Reconocer fuerza normativa a la Carta Fundamental de un país implica penetrar el valor de *norma* que aquélla tiene en todas y cada una de sus parcelas, y admitir en qué medida éstas llenan una función directiva indicando cómo ha de obrarse, y otra preceptiva mandando a obrar en un sentido determinado. La Constitución se hace presente con esas finalidades directiva e imperativa, a través de tres modos que podemos enumerar como valores, principios y normas o reglas. La distinción conceptual subsiguiente no es fácil; lo más complicado está en determinar su función normativa.

*Principio* puede decirse de ciertos preceptos o fines constitutivos de la naturaleza y del orden humano, que dan la medida de lo que ha de ser el derecho positivo. Son los *primeros principios* del Aquinate. Si están receptados legislativamente (como en el art. 16 del Código Civil de Vélez Sarsfield) toleran una interpretación positiva y otra axiológica metajurídica. La mayor parte de la doctrina actual considera que en tal conjunto entran *principios positivos* y *principios que están más allá de la positividad*. Pueden ser jurídicos positivos *sectoriales*, que pertenecen a cada rama jurídica, se los extrae inductivamente, son abundantes y de naturaleza técnica. Los jurídicos positivos *sistemáticos o fundacionales* tiñen toda la amplia constitución, se deducen y son escasos; tienen naturaleza axiológica. *Iusnaturales* son los que se infieren de la naturaleza humana, y si bien forman el núcleo primario de juridicidad de ésta, son necesarios para adaptar el derecho positivo a las circunstancias históricas, para elegir el medio más posible entre varios, para ganar en claridad y lograr la eficacia social. De tales principios naturales deriva en última instancia el Derecho, sostiene el Dr. Vigo, afirmación que compartimos con

honda convicción pues creemos que éste nace de la naturaleza humana y para servir al hombre exclusivamente. En nuestro Preámbulo, *afianzar la justicia* responde a este tipo de principio.

Desde Aristóteles se han distinguidos tres funciones que cumplen los principios: *ontológica o entitativa* (el principio como causa primera de algo, del cual deriva el ente o la cosa); *normativa o prescriptiva* (pues la conducta que manda el principio se ordena a un fin); *cognoscitiva* (porque el principio da razón de algo y permite su conocimiento).

Prima facie, el *principio* se configuraría como una norma que exige la mayor medida posible de cumplimiento. La *regla*, por el contrario, sólo exigiría una determinada medida de cumplimiento. Ambos, principio y regla, pueden enunciarse mediante la estructura sintáctica de un juicio o proposición. En cambio, los *valores* pertenecen a una ontología regional diferente (que luego analizaremos), porque subyacen al orden integral de la sociedad (y como dice García Morente, a cada una de las grandes ciencias que conoce el hombre: matemáticas o lógicas, filosóficas, económicas, teológicas, artísticas, etc.). Esta afirmación obliga a reconocer que los valores desbordan el coto del Derecho y penetran en todos los ámbitos de la vida humana.

Los principios operan como puentes entre reglas y valores; su legitimidad, que habilita a inferir de ellos cuáles conductas están mandadas, prohibidas o permitidas, se sustenta apodócticamente en los segundos. Los principios no son valores, pero en aquéllos son vislumbrados éstos.

Una buena concepción de la relación entre valores, principios y reglas da Antonio Pérez Luño, cuando explica que los valores cumplen una función de *metanormas* respecto de los principios, y de *normas de tercer grado* en relación a las reglas o disposiciones específicas. Como se dijo, entonces, en el medio, haciendo de puente, están los principios.

## CAPÍTULO V

### IDEAS GENERALES SOBRE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Es buen punto de partida sostener que, cuando se hace interpretación jurídica, en ese acto está presente todo el ordenamiento, incluida la Constitución. Pero, además, si el intérprete se halla inserto en un estado de derecho o estado constitucional, cualquier teoría que adopte para realizar su tarea, no podrá estar escindida de una teoría sobre el Estado ni del Derecho Constitucional. También se ha de recordar que toda interpretación se hace *desde el intérprete*, por un lado y, por otro, *desde el objeto* (o *texto* constitucional, escrito o no) o *de él*. Es decir, se interpretan normas constitucionales u otro tipo de conductas o normas *desde* la constitución. Indudablemente la más amplia e importante es la última, porque juzga a todo el ordenamiento (normativo y existencial) a la luz de los preceptos constitucionales. ***Aquí encaja el concepto de nuestro control judicial de inconstitucionalidad que, creemos, deben ejercer de oficio todos los jueces.***

La hermenéutica se hace presente exigiendo que el *caso real* (ser) sea interpretado a la luz de la *norma* (deber ser).

Queda definitivamente soslayada la concepción de que la sentencia es un silogismo teórico perfecto, construible desde una norma aislada.

Linares Quintana afirma que por muy progresista que la interpretación sea, no puede quebrantarse la constitución por modificación de ella al margen del procedimiento estatuido por ella misma para su reforma. No compartimos este argumento por considerarlo muy formal, especialmente en vista de la opinión de Morello cuando garantiza que *“dentro de los confines dominados por la razonabilidad... todo juez y fundamentalmente el de Corte, es inevitablemente un legislador y su jurisprudencia configura... una verdadera convención constituyente permanente”* (Morello, 1989-106).

El intérprete, caracterizado como quedó en el párrafo anterior, debe echar mano de los estudiados principios, reglas y valores a la hora de sentenciar.

Un problema que suele presentársele es el de las contradicciones cuyo estudio excede este ámbito, salvo nuestro interés por hacer una referencia a las *contradicciones ideológicas* (recordar nuestra anterior salvedad de terminología). Considerando el conjunto de ideas que se infieren de una Constitución y que la informan (*techo ideológico*), puede ocurrir que se mezclen tramos de ideas opuestas, lo que puede pasar por contradicción concomitante o escalonada, según que la constitución haya nacido con mezcla de *ideologías*, o bien que sucesivas reformas la hayan configurado (como ocurrió en nuestro país en 1957). El intérprete optará, en caso de antinomia escalonada o sobreviniente, por la voluntad del último constituyente. Si es del otro tipo, sólo será posible buscar una solución acorde con el bienestar general que implica la justicia en su máxima extensión. Esta única posibilidad la impone la directiva preambular de *afianzar la justicia*, y el principio vertido por los conjuces de la CSJN (Corte Suprema de Justicia de la Nación) en Fallos 289:430: “*El objetivo preeminente de la Constitución es lograr el bienestar general, es decir, la justicia en su más alta expresión, la justicia social. Tiene categoría constitucional el principio: in dubio pro iustitia socialis, con arreglo al cual las leyes deben ser interpretadas en favor de quienes, de tal manera, consiguen o tienden a alcanzar el bienestar*”.

La antinomia constitucional también puede existir no por dos normas que se contradicen explícitamente, sino cuando una de ellas es interpretada de tal manera que resulta contradictoria con otras. En estos casos de interpretación infiel, e inclusive de errónea interpretación, lo que corresponde no es eliminar una de las normas sino reinterpretar la norma desviada. De esta manera, entiende la CSJN, se da auténtica vigencia a los derechos humanos y al sistema político que la constitución establece.

La coherencia, cualidad opuesta a las contradicciones o antinomias

jurídicas, *no es condición de validez del ordenamiento, pero sí de la justicia*, pues aquélla trae aparejada la certeza (que es condicionante de los valores de paz y orden) y la justicia (con su valor igualdad). La coherencia es un presupuesto del orden jurídico, pues es de esperar que los autores de las normas hayan sido racionales y coherentes; la incoherencia vuelve inmanejable el ordenamiento a los operadores jurídicos.

### **¿Existen las lagunas jurídicas?**

Pese a la coherencia pretendida (en tanto causante de certeza y justicia), que es deseable para todo el orbe jurídico estatal, el intérprete tropieza a menudo con las denominadas *lagunas del derecho*, problema que, al decir de Vanossi, en realidad pone sobre el tapete la pregunta por la noción misma del ordenamiento jurídico, ubicándolo en un plano de lógica jurídica formal *stricto sensu*. Este autor enumera varias soluciones doctrinarias para este tema, concluyendo que la más coherente de todas es la que brinda la teoría pura de Kelsen, que parte de un postulado sistemático referente a su pirámide jurídica. Kelsen niega las lagunas porque *todo lo que no está prohibido está permitido*, pero no explica el valor de este axioma y apenas lo analiza: no llega a tomarlo como fundamento del derecho, no lo *tematiza*. En cambio, Cossio (que a nuestro modesto sentir trató el problema más integralmente que Kelsen), *parte de él*, lo *tematiza* y lo eleva a la categoría de *axioma ontológico del derecho*, describiéndolo como un *juicio sintético a priori*, que viene impuesto por la *libertad humana como punto de partida de lo jurídico*: para Cossio, la libertad es el *prius* del derecho. Su contrario sería impensable pues acarrearía la paralización de la vida, falsedad evidente. De modo que para este autor no hay lagunas posibles, no sólo porque cree en la cerrazón lógica, en la plenitud hermética del orden jurídico, sino porque existen los jueces: en definitiva, no hay lagunas porque siempre hay jueces. Esta *existencia de jueces* es otro presupuesto apriorístico ante cuya falta se derrumbaría su construcción, pues él

añade que alguien, aunque no se llame *juez*, dictará siempre una sentencia.

Decíamos que para Cossio el ordenamiento jurídico es una totalidad cerrada en virtud de la norma de clausura del art. 19 de la C.N. (*todo lo que no está prohibido, está permitido*), pero reconoce la inevitable presencia de lagunas con respecto a normas (normadas); tales *huecos* terminan rellenándose luego de la obligada interpretación y aplicación de derecho que el juez debe hacer recurriendo a otro tipo de parámetros, como principios y valores.

Nos hemos sentido tentados, en el primer momento, de adoptar una postura afirmativa de la inexistencia de lagunas en el derecho positivo o, al menos, de que en primera instancia puede encontrar el juzgador una laguna, pero luego de resuelto su caso (lo que sí o sí debe ocurrir), la laguna desaparece y el ordenamiento en ese momento se cierra. Sin embargo, hemos advertido que esta solución pecaba de dos defectos: ser extremadamente racional y, en última instancia, si obviáramos el primero, quedará esa cerrazón, esa completud, sólo referida a las personas coimplicadas en el caso resuelto, lo que a nivel de teoría se vuelve muy endeble. Por eso, parece más fácil compartir con Heller los conceptos que siguen: *“Mientras el jurista trabaja hipotéticamente con el dogma del orden jurídico como algo cerrado, se halla imbuido de una confianza ilimitada en el funcionamiento de la organización total del Estado, según las normas. / “El moderno Estado de Derecho representa la magna tentativa de asegurar una continuidad normativa, histórica y sistemática, por medio de un sistema ampliamente ramificado de controles políticos, administrativos y judiciales, por la concesión de recursos en dos o más instancias y por la precisa determinación de las responsabilidades. Pero el orden jurídico cerrado es inalcanzable, y lo único que cabe es ir acercándose a él gradualmente”* (Heller, 1974-286/287).

Comprender lo anterior no es difícil para el intérprete (aunque deba resignarse pues no queda otro remedio, tratándose de seres humanos en acción y no de guarismos), si se advierte que el postulado del Estado como continuidad normativa, histórica y sistemática sólo podría acontecer si la

normatividad fuera de veras independiente de la normalidad, y si siempre fuera posible y eficaz llenar por vías legales las lagunas jurídicas que la realidad ofrece. Estos últimos supuestos puede, a veces, cumplirlos el Estado para amplias regiones de lo jurídico, en alguna medida, mas es imposible realizarlos por completo para el derecho constitucional pues éste ha de presentar siempre, junto a las lagunas lógicas y axiológicas conocidas de todas las otras zonas de lo jurídico, las denominadas *lagunas jurídicas absolutas*. No escapa al ojo del observador que bajo la garantía del derecho constitucional orbitan todas las otras ramas del derecho (civil, comercial, laboral, procesal, penal, administrativo, etc.), ramas en las cuales, en principio, la garantía del Estado puede lograr la armonización entre normatividad y normalidad; el drama ocurre *cuando los órganos estatales con poder de decisión no quieren o no pueden ejecutar las funciones que les asigna la Constitución*, en cuyo caso surge el *quis custodet custodem?*, o sea que no existe jurídicamente una unidad de decisión y de acción capaz de dictar decisiones jurídicas y luego cumplirlas, dentro del ámbito del Derecho Constitucional vigente. Este problema irresoluble desde la óptica del jurista dogmático, podría quizás ir reduciéndose si existiera una jurisdicción constitucional muy amplia, pero jamás acabaría de liquidarse por completo. Tan serias son las lagunas jurídicas absolutas, que representan el *límite normativo inmanente del derecho constitucional*, y se fundan en la indisoluble conexión de normalidad con normatividad. Estas lagunas absolutas importan una ausencia sustancial de previsibilidad habilitadora de toda regla de cálculo, y *por ello es imposible dar reglas de valoración*.

Cerraremos provisoriamente este tema con lo que creemos una clave y una opinión: si bien en el nivel de la lógica se da la plenitud indiscutible, entretejida por las normas, por todos los principios inferidos de ellas y por las indudables metanormas que son los valores (pero no sólo los jurídicos sino todos los existentes en el plano ideal), cuando se descende al plano de lo existencial, de lo vital, necesariamente estas brechas se producen. Lo

importante es que los intérpretes puedan *inventar, crear*, cegando las lagunas mediante soluciones de la vida y la libertad del hombre penetrando lo jurídico, o -en términos de Morello- *ejercitar* el permanente poder constituyente de su jurisprudencia. Todo lo cual lleva a una opinión que es obviamente conjetural (y por ende refutable): a esta altura de las circunstancias históricas, poco importa una solución o respuesta a nivel de la lógica formal, ante los embates aformalistas que se vienen verificando en todo el mundo, *si dejan al justiciable en penumbras*. Aún más, nos atrevemos a sostener que, aunque nunca se arribe a una conclusión filosófica sobre las lagunas del derecho en general o del constitucional en particular, mientras sea posible ofrecer una sentencia al interesado, que satisfaga sus requerimientos de justicia cumpliendo con el más alto mandato de ésta (que se califica a nivel político o estatal cuando cumple acabadamente los mandatos del bien común), habremos anclado en un punto de reposo.

### **La conciencia del juez como pauta interpretativa**

Para conseguir la *interpretación perfecta*, los autores elaboraron distintos métodos que sólo enunciaremos, por suficientemente conocidos: gramatical, exegético, dogmático, fenomenológico, teleológico y de la libre investigación científica. “*Éstos son, rigurosamente, los métodos más importantes que aparecen en la historia de la ciencia jurídica, durante el siglo XIX y comienzos del XX, y corresponde destacar que se suceden en la historia del Derecho en forma espontánea, debido a sus insuficiencias prácticas, es decir, porque cada método fracasa en el propósito de origen común a todos ellos. Efectivamente, todos estos métodos tienen un programa que no lo cumplen en los hechos: y ese programa, que ya enunciamos anteriormente, es el siguiente: encontrar un procedimiento para tratar la ley, que deje a la ley interpretada y lista para ser utilizada unívoca y adecuadamente en todos los casos concretos*” (Cossio, 1967-123/124. El resaltado es nuestro).

Ante tal insuficiencia, fueron surgiendo otros métodos. Lo limitador en aquéllos fue tematizar el método mismo, y no un dato que es pretemático en los autores y está latente en cada solución propuesta. La pista surge ante la aparición de la escuela del derecho libre, que es antimetódica y libra todo *a la conciencia del juez*.

Por su parte, Kelsen dedica a la interpretación escasas líneas. Sintéticamente, entiende que ésta consiste en escoger, dentro del marco posibilitado por la ley, alguna de las soluciones que ella ofrece, mediante un acto de voluntad del juez, pero no da las pautas que rijan dicho voluntarismo. ¿Por qué el juez elige una de las soluciones posibles y no otra? Aquí se completa la tesis con la concepción egológica, que hace radicar la elección del juez en la vivencia de la contradicción.

El análisis fenomenológico-existencial de la sentencia revela su contenido de juicios deductivos *apodícticos* (emanados de la estructura legal), que ontológicamente se ubican en la lógica jurídica pura; juicios deductivos *asertóricos*, con un valor de hecho pero fundados en la existencia de la ley, ya que en tanto y cuanto la ley da estructura a la sentencia, ésta va considerando los contenidos dogmáticos del acto del legislador, los que si bien están en el momento de aplicar lo que la ley enuncia, lo están sólo después de que la ley ha sido aceptada por valoración, que es el tercer contenido de la sentencia. Para encontrar el dato que nos inserte en la conciencia del juez, debemos ubicarnos en el momento en que dialécticamente se acepta o rechaza la aplicación de la ley mediante un proceso valorativo. Este momento previo es idéntico para las verdades de individuación empírico-dialéctica<sup>9</sup> y para las verdades deductivo-

---

<sup>9</sup> “... el conocimiento de los **objetos culturales** exige un método que Cossio llama **empírico dialéctico**, que se constituye sobre la base de un acto de **comprensión**. Califica de “empírico” el método a adoptar, teniendo en cuenta que los objetos de cultura son objetos reales, que están en la experiencia. En cuanto a lo de “dialéctico”, ... es menester recordar esa particularidad propia de los objetos de cultura, a tenor de la cual el ser de los mismos no se agota en el **sustrato** material que puedan tener, sino que depende del sentido espiritual que en este sustrato tiene su apoyo, sentido que tiene que ser vivenciado por alguien para cobrar existencia. Justamente, el acto gnoseológico en que se da la vivencia de un sentido es lo que hemos llamado **comprensión**, que consiste en **ver en algo su sentido**, pero **poniéndolo al mismo tiempo que se lo ve**” (Aftalión et al, 1967, 41). No

asertóricas fundadas en los contenidos dogmáticos de la ley. Aquéllas son verdades empíricas pues las establece la valoración judicial en diálogo con las circunstancias del caso; las otras lo son porque se constituyen con el dato del acto contingente del legislador. En el punto en que el juez decide aplicar o no la ley al caso, se descubre que la fuerza de convicción dogmática que experimenta el juez para poder optar entre la aplicación y la inaplicación, reside en la vivencia de la contradicción. La aplicabilidad o no de una ley a un caso, se plantea como problema para las verdades asertórico-deductivas (hecho del legislador) cuando la misma ley aparenta dar una individuación para el hecho condicionante (entuerto, prestación o sanción), ocurriendo no obstante que el uso individuante del concepto universal, *precisamente en esa universalidad* comprende los sentidos tanto positivo como negativo del valor implicado (por ejemplo, justicia e injusticia).

*Conclusión:* Por ser tan amplia, la individuación legal es insuficiente, ante lo cual el juez debe buscar entre las circunstancias genéricas del caso para detectar en qué límite cambia el signo axiológico. *Es en este momento y no en ningún otro, en donde puede decirse que la fuerza de convicción de una sentencia depende de la vivencia de la contradicción.* Así, si las circunstancias genéricas aparecen incluidas en la ley, el juez la aplica; de lo contrario, la rechaza. Tal vivencia existe en la medida en que se comprenda que el sentido de la ley es inmanente, pero no se da si el juez rechaza la ley por no entenderla como sentido inmanente del caso, aunque el caso pudiera quedar incluido en la universalidad conceptual de aquéllas.

Para caracterizar la vivencia de la contradicción debe atenderse a aquellas verdades ya consideradas como juicios deductivo-asertóricos, donde la ley es tomada como hecho del legislador. En este momento interpretativo se atraviesa el punto que conduce desde la lógica jurídica formal (donde se jugaba

---

olvidar que el **derecho** es un **objeto cultural** cuyo sustrato es la conducta en interferencia intersubjetiva o, en términos de García Morente, Ortega y otros, vida humana, vida fluyente e imparabile que no está en ninguna parte, pero en la cual se dan todas las ontologías regionales; vida en interferencia intersubjetiva, coexistencial o de alteridad.

con las meras posibilidades lógicas) hacia la realidad de aquello con que la ley constriñe al juez, punto en donde el derecho deja de ser mera posibilidad para devenir realidad humana, que es como aquél sale de las manos del juez. Ese tránsito pasa por un proceso consciente del juez, en donde vivenció la contradicción, pero ya en el ámbito de la simple experiencia. *Y vivenciar la contradicción significa que el arbitrio del juzgador ponga en el sustrato un sentido diferente de aquél que su conciencia le indica como sentido propio del acto.*

Dado que buscamos una solución interpretativa para el derecho y hemos afirmado que éste es una ciencia cultural, vale la pena hacer presente que toda ciencia implica una actitud neutral pues el conocimiento intenta aprehender el objeto sin deformarlo, tal cual es; pero al mismo tiempo, todo conocimiento cultural, como es el jurídico, implica tratar con objetos culturales que, por definición, coimplican un sentido proveniente de un valor. Por eso el que conoce un objeto cultural no puede mantenerse ajeno o neutral al sentido del objeto, pues al conocer no sólo expondrá lo que *ve* sino también la *vivencia* del sentido que integra el objeto. Así, parece difícil comprender que haya conocimiento científico en la interpretación judicial, pues el juez no es mero espectador sino protagonista (al vivenciar un sentido). Ahora bien, la ley en tanto sentido de una conducta, conceptualmente formulado, suscita la vivencia de la contradicción, cuando no se la aplica al sustrato de conducta *que ella admite ser*, de modo que la conducta compartida por el juez y por el sentenciado no es la que debiera ser. Tal vivencia no ocurre cuando la ley cuya aplicación se excluye del caso, no está comprendida como el sentido inmanente del caso. O sea que cuando el juez observa que el sentido de una conducta formulado en la ley es el sentido inmanente de esa conducta, y no aplica la ley, *vivencia la contradicción*. En cambio, si el juzgador ve que el sentido de la conducta formulado en la ley no es el sentido inmanente del caso, y no aplica tal ley, la *vivencia* de la contradicción no se da. A su vez, todo acto de la vida humana importa necesariamente la afirmación de ese acto: desde un punto de

vista ontológico, se vive afirmando algo. Esto hace que la conducta del juez como *deber* forzosamente deba ser con exclusión de la vivencia de la contradicción: el juez debe aceptar la ley que entiende y vivencia como sentido inmanente del caso, pues ello será proceder a conciencia, y *esto no es un asunto de veracidad desde que el magistrado no está obligado a decir la verdad sino a hacer justicia*. Sólo si se tuviera una concepción racionalista de la sentencia, que mirase a ésta como la conclusión de un silogismo, podría decirse que al proceder a conciencia el juez dice la verdad. Pero no se lo puede decir desde una concepción egológica, que ve en este acto final del juez, el concepto individual que mienta la conducta de éste y la conducta -por ejemplo- del homicida, en interferencia intersubjetiva, como deber del primero y sanción para el otro, correlacionados en unidad.

Por lo tanto, para que la sentencia tenga verdad jurídica en tanto fuerza de convicción, el juez debe haber procedido aplicando la ley comprendida como sentido del caso, y haciendo el desarrollo interpretativo posterior hasta llegar a la individuación (sentencia) con *neutralidad*. Si nos preguntamos por tal neutralidad, por lo menos podemos decir que no consiste en que el juez sea ajeno al juicio lógico que va a vivenciar, porque tratándose de materia jurídica (objeto cultural) el juez no puede ser espectador; al vivenciar el sentido ubicado en el sustrato del dato, aquél *se mete* dentro del dato para poner el sentido, de lo que deriva con necesidad que *la comprensión es gnoseológicamente un acto de toma de posición*, y como *tomar posición* implica siempre (en cualquier ámbito) la valoración previa, *la única toma de posición posible del juez, ha de ser la justicia*; obviamente, así, ser neutral es ser justo, o sea entender la justicia a conciencia. Por ello, Cossio puede decir que *“si el juez no escoge de acuerdo a su conciencia, es decir, si él no es justo tal como en su intimidad lo entienda, no procede como debe”* (Cossio, 1967-170).

Surgirá sin duda la preocupación por conocer cómo llega éste a la vivencia de la justicia, que le permitirá dictar una sentencia neutral. Es

procedente recordar a Pericles en la *Oración Fúnebre*, cuando declara: “*Y también se nos enseña a observar aquellas leyes no escritas, cuya sanción sólo reside en el sentimiento universal de lo que es justo*”. Todo ser humano normal tiene la percepción o intuición emocional de la justicia y el método de Cossio explica científicamente algo tan difícil como es lo que lleva al juez a optar por una de las soluciones posibles.

Una vez tematizada esta cuestión pre-temática (*fallar a conciencia*) para llegar a obtener una individuación de la ley, necesita el juez contar con la ayuda multifacética (en cuanto ninguno será exclusivo) de todos los métodos clásicos que le faciliten comprender el significado de la ley como estructura lógica bajo cuya luz se ha de estudiar la conducta intersubjetivamente interferida. Este método se plenifica al hundir las raíces con fuerza en la axiología.

### **Nuestra tendencia interpretativa**

Pensamos que la carrera desenfrenada de la vida actual, tanto político-institucional como cultural y socioeconómica (que, tal parece, no ofrece posibilidad de respiro a sus protagonistas), necesita de vehículos jurídicos no tanto *rápidos* como *adecuados* al curso de la historia, capaces de comprender casos que ni siquiera quepan dentro de los moldes formales de las normas constitucionales, tales como los derechos humanos de *tercera generación*, que ni remotamente los ha contemplado nuestra C.N. pero que vienen presupuestos en el desarrollo de la vida, la salud o la educación.<sup>10</sup>

Es aleccionadora la idea oriental de que en lo creado *lo rígido* se quiebra y sólo subsiste *lo flexible*. Por ello, no sentimos temor de la interpretación *infiel*, dado que el juez, con su jurisprudencia meditada y enriquecedora, actualiza permanentemente el poder constituyente, inclusive

---

<sup>10</sup> Actualmente, la Constitución Nacional (1994) algo insinúa en los arts. 42 y 43. I, a salteña (1998), en los arts. 30, 31, 41, 42, 47 y 52.

más allá de los límites de la constitución formal; es evidente que se nutre de conceptos nuevos que, cuando debe sentenciar, ya se están manejando en la sociedad con preocupación y a la espera muchas veces de una respuesta orientadora desde los tribunales; los jueces son tan creadores como los legisladores, con una mera diferencia de grado cuantitativo (legislan *únicamente* para un caso determinado); porque los jueces que proponemos como intérpretes son *hercúleos*, tal como pretendía Ronald Dworkin, son jueces filósofos, con una visión omnicomprendiva del derecho sin llegar al holismo, capaces de deducir los principios implícitos o los presupuestos en el derecho explícito, dotados de tal habilidad, erudición, paciencia y perspicacia, que sea imposible concebir que no lleguen a la solución más justa. Obviamente, exigimos de ellos una conciencia sana y alerta y gran dosis de ética, convencidos -como estamos- de que en la vivencia de la contradicción, sistematizada por Cossio, radica *la percepción universal de lo justo*, de la que ningún hombre en su sano juicio y en el pleno goce de sus facultades debería carecer.

Estimamos importante agregar, al decir de Rodrigo Quintana (1999-17), que los jueces se encuentran llamados, según el ideal del Estado Constitucional, a proteger derechos de las personas, cuidando de que ni el Estado ni otros órganos desconozcan las calidades de sujetos y ciudadanos, de *miembro del espacio público, que poseen todos los seres humanos*. Deben esmerarse en que los justiciables sean tratados con pleno respeto a los derechos que titularizan, es decir como iguales. Aquí es fundamental la *cultura jurídica* del juez (por eso lo quisimos *hercúleo*, en términos de Dworkin): si aquél no adecua el estado de su cultura a los rápidos tiempos que denunciamos estar viviendo, mal puede considerarse siquiera la posibilidad de instaurar los cambios que la sociedad y su dinámica requieren. Ya decía Alberdi que no son las leyes sino los hombres quienes deben cambiar. Pues aquí ocurre lo mismo: sin un juez cuya cultura jurídica esté a la orden del día (y hablamos específicamente de una mentalidad abierta al comunitarismo jurídico

internacional) es imposible que la ingente cantidad de normas que se dicta, pueda tener ningún efecto positivo de transformación para una comunidad. Es así de simple: *“el cambio legislativo, con frecuencia, no surte los efectos esperados porque los actores del sistema poseen una cultura (un conjunto de valoraciones y actitudes) que, a veces, resulta contradictoria con aquella que portan las reglas”* (Quintana, 1999-20). Por ende, para incidir positivamente en la sociedad donde trabaja, el juez debe dictar sus sentencias con justicia, con sabiduría y sin paternalismo; la nueva legalidad democrática, instalada entre nosotros a partir de la llegada de la democracia (1983), y el respeto de los derechos fundamentales imponen a aquéllos dar a las personas, sin excepción, trato de *sujetos de derecho*, autónomos en su voluntad.

## CAPÍTULO VI

### DOS DIRECTIVAS PARA LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE HOY

Es obvio que son muchas las pautas a considerar para que la interpretación de un juez en el ámbito de la Constitución (nacional o provincial) sea adecuada al caso, tenga encaje perfecto en el Bien Común y resulte neutralmente justa. Pero dos nos interesan en especial: la necesidad de interpretar el derecho interno coordinadamente con el internacional, comunitario o de la integración, y la de no soslayar, en la tarea interpretativa, la fundamentación axiológica general y constitucional.

#### 1. Coordinación del Derecho Constitucional interno con el comunitario

Una realidad que viene desarrollándose desde principios de siglo demuestra cómo, paulatinamente, los países del mundo han ido viéndose encaballados en un proceso integrador irrenunciable<sup>11</sup> y no queda sino acomodar el derecho interno a esos nuevos parámetros. En verdad, al habernos incorporado a tales ordenamientos internacionales, la cuestión de la soberanía cambia totalmente; por ejemplo, dado el Pacto de San José de Costa Rica, las decisiones de la Corte Suprema ya no pueden ser tan *supremas*, por estar sujetas a la revisión de la Corte Interamericana de Justicia en los casos de los arts. 46, 50 y 51 del Pacto. Pareciera ser que el único modo de explicar este

---

<sup>11</sup> La regionalización paulatina del mundo y el consiguiente surgimiento de diversos derechos comunitarios ya tiene larga data. Entre ellos mencionamos: Corte Centroamericana de Justicia (1907), Sociedad de las Naciones, Carta del Atlántico, Conferencias de Moscú y Teherán (1943), de Dumbarton - Oaks (1944) y de Yalta, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la de Estados Americanos (OEA), la CEE, la Organización de la Unidad Africana, el Pacto Andino, el Tratado del Mercosur y todos los acuerdos, pactos e instituciones que subsiguieron a los organismos reseñados.

nuevo orden jurídico, que rebasa latamente los moldes del constitucionalismo clásico, se daría mediante el reconocimiento de un principio existencial para el derecho comunitario (ya bien aplicado en Europa): *la primacía del derecho de la integración sobre el derecho de los estados*, que habilita a los jueces estatales a declarar la inaplicabilidad de normas internas que resulten contrarias al derecho comunitario, y autoriza a este último a imponerse aún frente a determinadas normas constitucionales de los estados-miembro.

Vigo enseña que hay cuatro posibilidades teóricas en punto a las relaciones del derecho comunitario y el derecho interno: “1) *Derecho de la integración por sobre la totalidad del derecho interno, incluso la Constitución*; 2) *derecho comunitario con jerarquía similar a la Constitución*; 3) *derecho de la integración con status jerárquico supra legal, pero infraconstitucional*; 4) *derecho comunitario con un nivel en el ordenamiento jurídico interno equivalente a la ley*” (Vigo, 1993-183).

Nos interesan ahora los tratados de Derechos Humanos, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), aprobada internamente por Ley 23.054 y ratificada el 05 de setiembre de 1984 (en vigor desde ese día): el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), internamente aprobado por Ley 23.313 y ratificado el 08 de agosto de 1986 (vigente desde esta fecha) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado en nuestro país por Ley 23.313 y ratificado también el 08 de agosto de 1986 (fecha de su entrada en vigor), como asimismo el Protocolo Facultativo de los dos últimos (idénticas ley y fecha).

El 07 de julio de 1992 la Corte Suprema se expidió en “*Ekmekdjian c/Sofovich*”, avanzando en el tratamiento de la CADH y fijando la prioridad de rango del derecho internacional convencional sobre el derecho interno, pronunciándose, incluso, por la operatividad inmediata del Pacto de San José de Costa Rica cuando contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho, y señalando que la interpretación de dicho Pacto debe

guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, en relación con la CADH, el PIDCP y el PIDESC, “[u]na vez que los tres tratados ingresaron al derecho argentino entre 1984 y 1986 ya no es posible circunscribir el análisis de los derechos, libertades y garantías al texto de nuestra Constitución, porque bien que los tratados no prevalecen sobre ella sino que le son inferiores jerárquicamente (infra-constitucionales), obligan a nuestro estado a darles pleno cumplimiento, no sólo por imperio del art. 31 de la misma constitución, sino internacionalmente por la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, de la que Argentina es parte, y a tenor de cuyo art. 27 no es posible incumplir un tratado invocando en su contra el derecho interno. Por otra parte... los tratados tienen -para nuestro punto de vista- superioridad sobre las leyes internas, tanto anteriores como posteriores, lo que los coloca inmediatamente debajo de la constitución. En el caso argentino, la filosofía de estos tres tratados es perfectamente afín y compatible con la que en materia de derechos y garantías compone el techo ideológico de nuestra Constitución, de forma que el ingreso de aquéllos al orden jurídico interno ha venido a acompañar -con acrecimiento y reforzamiento- a la parte dogmática de la codificación constitucional sin desfigurarla. Hay especificaciones, ampliaciones y protecciones que consolidan a los derechos y garantías emergentes de la constitución, lo que nos lleva a afirmar que en nuestro derecho constitucional material los derechos declarados en normas de la constitución deben coordinarse y explayarse con los reconocidos en las normas internacionales contenidas en los pactos, para que el conjunto completo cobre vigencia sociológica” (Bidart Campos, 1991-115). Dentro de esta línea de pensamiento, el mismo Bidart Campos sostiene que lo que nuestra Constitución pueda tener *de más* respecto de los pactos, no puede anularse, porque éstos sólo garantizan un *contenido mínimo*, y lo que haya de más en los pactos debe cumplirse, al ser una ampliación coherente con la Constitución y porque las obligaciones asumidas internacionalmente deben serlo dentro de la normativa de la Convención de Viena. *Este argumento corrobora nuestra*

*teoría de que, ante la duda, el juez debe decidirse por aplicar el derecho humano prevalente, tomando el orden internacional y el nacional como una totalidad jurídica. Hoy se encuentra naturalizado el concepto de control de convencionalidad. Dicha expresión fue mencionada por primera vez, en el caso Myrna Mack Chang -2003-, por el juez Sergio García Ramírez (CoIDH). En 2007, en el caso “Mazzeo”, la CSJN confirmó la doctrina usada en “Almonacid”, al establecer que el Poder Judicial debe ejercer cierto control de convencionalidad, teniendo en cuenta no sólo la CADH, sino también la interpretación que la propia Corte de San José haya hecho. En 2012 dictó el fallo “Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, donde, en posición mayoritaria, expresó la importancia que exige la adecuada coordinación del sistema de control de constitucionalidad con el de convencionalidad (ambos difusos), pues “la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (artículo 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte IDH- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”.*

Luego de “Ekmekdjian c/Sofovich” (1992), donde la CSJN ya había abierto un poco la clásica interpretación sobre la “soberanía” -que provenía del fallo dado en “Merck” (1948)-, tocó a aquélla pronunciarse en el caso “Fibraca” (07-07-93), dando un salto gigantesco, cuyo resultado fue instalar a nuestro país en la comunidad mundial, internacionalizando su Derecho y abriendo definitivamente las puertas de su sistema normativo (Herrendorf,

1991-102). El fallo revolucionó a la comunidad jurídica argentina, porque impactó tanto en materia de Derecho Público Internacional cuanto en la doctrina de la soberanía. Efectivamente, la Corte Nacional citó el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*) para sostener que la aplicación de esta norma impone a los órganos del Estado argentino -una vez asegurados los principios constitucionales de derecho público- la obligación de asignar primacía a los tratados, en caso de eventual conflicto con cualquier norma contraria que pudiera oponérseles (considerando 3). Lamentablemente, la Corte fue imprecisa y no aclaró aquella salvedad de los principios de derecho público, pero fue tan trascendental la declaración que realizó, que sin duda puede afirmarse que colocó a nuestro país en el mejor plano de la mundificación de los derechos *fundamentales* (Idem, 90). Llamamos *así* a los derechos humanos luego de su positivación constitucional. El autor citado da en el centro del problema cuando asevera: *“Si la supremacía de la Constitución Federal es la regla arquimédica que ordena lógicamente y ontológicamente todo el ordenamiento jurídico federal, la supremacía de los tratados de derechos humanos, sobre todo ese ordenamiento, traza el círculo de la eticidad: dentro de ese círculo sólo serán constitucionales las conductas y normas que se encuadren dentro de las pautas jurídico-normativas de esos tratados”* (Ibidem). La gran revolución de “Fibraca” consiste en haber demolido la vieja construcción del concepto de soberanía que, en realidad, al configurar una cualidad suprema cuyo ejercicio corresponde a un poder superior a todos los otros y que se ejerce contra todos sin distinción y sin sujeción a restricciones legales, pivota en el antiguo paradigma del autoritarismo. El gran tema que plantea este concepto es el de su titularidad, la cual ha sido reivindicada en la Edad Moderna por las *naciones*. Es decir que invocar la *soberanía nacional* podía justificar que los estados actuaran a su antojo frente a sus súbditos, y de esto a la instauración de la monarquía absoluta -con todos sus descalabros-sólo hubo un paso. La

consideración especulativa sobre la soberanía fue variando paulatinamente desde entonces hasta ahora y actualmente es habitual que se atribuya la soberanía a la Constitución. Pero opiniones autorizadas rechazan esta posibilidad, atendiendo a la incompatibilidad entre ambos conceptos, de tal antagonismo que se repugnan entre sí. *“La Constitución no necesita de una voluntad omnímoda, orbicular, ubicua, ilimitada”* (Idem, 95). *Se trata de gobernar a hombres libres, y nada más.* En definitiva, no es esta obra el lugar para abordar el estudio sistemático de la soberanía, pero es altamente revelador el concepto de Duverger cuando, considerando a los Estados como formaciones histórico-culturales, concluye que la soberanía estatal no posee carácter permanente sino que es pasible de cambio, transformación y extinción, como así también que ella nunca puede ser absoluta, desde que siempre existirán comportamientos independientes desde adentro e influencias internacionales formales (citado en Herrendorf, 1998-97). No resulta aventurado, entonces, afirmar con Karl Friedrich, que el concepto de *soberanía del estado* va en detrimento de los derechos humanos y de los sistemas ideados para su protección y tutela (Ibidem). Dice: *“El Estado moderno, antes que soberano, es responsable”*. Conclusión que compartimos.

Más allá del gran salto al abismo que “Fibraca” significó para nosotros, con relación a todos los tratados internacionales (aún los no incluidos en el art. 75, inc. 22, C.N.), actualmente la Carta Magna de 1994, en la norma mentada, produce una incorporación explícita de nuevos tratados de Derechos Humanos, respecto de los cuales, por lo menos, ya no hay discusión posible.

## **2. La axiología, dato ineludible de la interpretación constitucional**

Se ha caracterizado al hombre, entre otros datos, por el de su libertad, y libertad metafísica que se fenomenaliza en conducta, en obrar. Pero el hombre obra conforme a fines; sólo así puede ordenarse su acción. Estos fines electos

por el hombre presuponen distintas preferencias, presuponen lo que conocemos como *valoraciones*. Hete aquí ya a la persona en un entramado necesario de libertad y valores.

Sobre estos últimos bastante se ha escrito, pero pueden considerarse decisivas las aportaciones de la fenomenología de los valores que, no obstante, por razones de espacio no se abordarán en esta obra, haciéndose una somera caracterización de aquéllos, pero recordando a sus grandes representantes: Max Scheler y Nicolai Hartmann.

Pese a las críticas que se hacen a Max Scheler, su axiología *personalista* (es decir, cuyo único soporte es la persona) aportó consecuencias interesantes, tales como haber descubierto que mientras más elevado es un valor, menos divisible resulta, vale decir que un valor superior menor necesidad tiene de ser *partido* para que todos participen de él. Corolario necesario es que la tendencia a realizar los valores materiales y a gozarlos, es fuente perpetua de conflictos de intereses. También, que los valores espirituales (estéticos, lógicos y religiosos) son indivisibles.

Más cercanamente, Manuel García Morente ha enseñado capítulos valiosos sobre los valores, tomando como punto de partida una consideración existencial primaria que es el *nosotros viviendo*. Y así revela que en el devenir de nuestra vida nos enfrentamos a todos los seres y cosas del mundo, que no nos dejan indiferentes sino que suscitan en nosotros posiciones positivas o negativas (o sea, de preferencia). Tal *no-indiferencia* indica que, visto desde el lado del objeto, nada carece de valor. Frente a la filosofía de las esencias y las existencias, se alzan los juicios de valor.

Ahora bien: si decimos, por ejemplo, que una norma es justa o injusta, esta cualidad atribuida no roza para nada su realidad efectiva, su acción existencial o sus componentes esenciales; en consecuencia, los valores no son cosas ni sus elementos, y no siendo ni lo uno ni lo otro, configuran impresiones subjetivas de agrado o desagrado que las cosas nos producen y que nosotros proyectamos sobre ellas. Ésta es una argumentación sentimental que en seguida

cae, porque no necesariamente el agrado es producido por las cosas buenas y el desagrado por las cosas malas (ello nos pone en contacto directo con la realidad del pecado y el delito). Pues ya advertimos que el agrado y el desagrado no coinciden ni de hecho ni de derecho con las determinaciones objetivas del valor o no-valor. Y mientras estos últimos pueden discutirse, dialogarse, no hay discusión posible acerca de las subjetivas impresiones de agrado y desagrado. La experiencia histórica ha demostrado, por otra parte, que los valores *se descubren*, es decir que existen pero permanecen invisibles u ocultos hasta que alguna persona especialmente dotada o sensible tiene la posibilidad de intuirlos.

De modo que no son cosas ni impresiones, su categoría ontológica no pertenece al ser real ni al ser ideal sino al valer, tal como lo descubrió el filósofo alemán Lotze a mediados del siglo XIX. No *son* sino que *valen*. *Valer* es su forma peculiar de ser y existir. *Valer consiste en no ser indiferente*. Así advertimos que los valores pertenecen al grupo ontológico que Husserl denominó objetos no independientes, pues carecen de sustantividad y sólo pueden *ser* adhiriendo a otro objeto. Ese objeto y su valor no pueden ser ontológicamente separados, pues el valor es lo que vulgarmente llamamos una cualidad. Cada valor es una cualidad pura, irreal. Por ello no pueden ser tampoco *demostrados* sino sólo *mostrados*.

Los especifica otro dato muy importante: son neutros a los conceptos de cantidad, tiempo y espacio. Y son absolutos. Pretenderlos relativos porque su percepción es diversa a través de la historia y la geografía, es equivocarse.

Avanza más García Morente y patentiza que valer, no ser indiferente, significa un punto de indiferencia desde el cual se aleja la preferencia en un sentido negativo o en otro positivo, con lo que obtenemos su característica de polaridad: todo valor posee su contravalor (de bueno, malo; de generoso, mezquino; de justo, injusto, etc.). Esta polaridad es lo que hizo que sus primeros estudios los situaran en la psicología, pues los sentimientos también se verifican como polaridades.

Por último, los valores tienen una jerarquía que nos habilita para clasificarlos, confesando el filósofo español que de las clasificaciones propuestas puede elegirse provisoriamente la de Scheler, que se presenta como la más acertada *prima facie*. Agrupa entonces García Morente los valores en *útiles* (ej. adecuado, inadecuado; conveniente, inconveniente), *vitales* (ej. fuerte, débil), *lógicos* (ej. verdad, falsedad), *estéticos* (bello, feo; ridículo, sublime), *éticos* (justo, injusto; misericordioso, despiadado) y *religiosos* (santo, profano). Según esta escala, puestos en la necesidad de tener que sacrificar un valor, con gusto eliminaremos el útil antes que el vital. “*Si nosotros tenemos que optar entre salvar la vida de un niño, que es una persona y por lo tanto contiene valores morales supremos, o dejar que se queme un cuadro, preferiremos que se queme el cuadro. Esto es lo que quiere decir la jerarquía de los valores*” (García Morente, 1980-284). Por último, este autor explicita su conclusión con tal frescura que nos impulsa a mostrar sus palabras a los economistas de los últimos tiempos: “*De modo que, por ejemplo, la teoría pura de los valores útiles constituye el fundamento de la economía, sépanlo o no los economistas. Si los economistas se dan cuenta de ello y estudian axiología antes de empezar propiamente su ciencia económica, y esclarecen sus conceptos de valor útil, entonces veremos cuánto mejor harán la ciencia económica*” (Idem, 285). Lo que aquél quiere decir es que cada grupo de valores da fundamento filosófico a distintas ciencias. Así, los valores vitales explicarían temas sueltos y no demasiado estudiados como la moda, la indumentaria, la vestimenta, la forma de vida, las formas de trato social, los juegos, los deportes, las ceremonias sociales, etc., que tienen su propia regularidad dentro de la vida social en la cual el sentenciante debe también indagar. Mientras tanto, los valores lógicos fundamentan la lógica; los estéticos, el arte, y los morales, la ética. Los religiosos, la filosofía de la religión.

García Morente concluye su exposición uniendo esta ontología regional del valer con la del ser y dice que los valores no *son* sino que representan

cualidades valiosas, cualidades valentes, de las cosas mismas. Y allí se produce la fusión perfecta, la unión completa con todo el resto de la *realidad* (que, agregamos, es *mundo y existencia personal*).

El hombre, cuya conducta u obrar es pura libertad fenomenalizada, siempre es *poder ser* dirigido u ordenado hacia algo, según fines dictados por las preferencias. Resulta claro que una conducta sin valor, ontológicamente no puede ser. Por ello el hombre, personalmente y a nivel de su inserción social, compartiendo su propia experiencia existencial con otros hombres, es un haz entramado de valores. Además, veremos que la teoría de los valores no sólo atañe directamente a las cualidades *personales* del ser humano, sino también a todas aquellas cosas que forman su mundo, su circunstancia, y que se sustentan en aquéllos. Por tal motivo sostenemos que una auténtica interpretación jurídica se encuentra totalmente impregnada de valores.

### **Un esbozo de axiología jurídica (vida, libertad, sociedad, conducta, coexistencia, valores...)**

Caracterizados los objetos culturales como aquellos que se componen de un *sustrato material* sobre el que descansa un *sentido espiritual*<sup>12</sup> y cuya única manera de conocimiento es un acto de *comprensión*, se había colocado entre ellos al Derecho, mientras flotaba la pregunta sobre su justificación. Luego de lo estudiado, no queda sino justificarlo en el sentido de que el Derecho existe *por el hombre* y sirve *al hombre*. Si el hombre es oprimido (en cualquier nivel) por el Derecho, éste no cumple su misión de justicia.

El sustrato del Derecho es la *conducta humana en interferencia intersubjetiva*. Es decir que queda fuera de aquél (y de su imposición coactiva estatal) toda conducta de moral *autorreferente* o simplemente *subjetiva*: hemos adelantado que su régimen de autonomía sólo puede ser orientado por la moral

---

<sup>12</sup> Ver Capítulo V, nota 9.

y la religión (suponiendo que el interesado crea en la trascendencia del hombre).

Tal conducta intersubjetivada (y objetivada en vida social) *es un sentido* que sólo se detecta por el método comprensivo *empírico-dialéctico*, el cual - según se vio- funciona para el intérprete como un diálogo entre la conducta material y el sentido de ella. Este diálogo se repite y permite, cada vez, ante cada *relectura*, el descubrimiento de aspectos que antes no aparecían. En el caso particular de la conducta en interferencia intersubjetiva, el fenómeno se da porque su materia es la *vida humana viviente* (en el sentido del existencialismo de Heidegger y el vitalismo de Ortega).

Esa vida puede estudiarse como *actividad* o como *producto*. El *producto* es vida objetivada, mundanalizada y también de naturaleza cultural, resultando eventualmente objeto mediato del Derecho. Su objeto inmediato, por el contrario, es la *actividad* que se concreta como *quehacer* y compromete las energías físicas, intelectuales y morales del hombre. Ninguna conducta (vida) tomada en pureza como objeto de estudio es ontológicamente comprensible sin un signo axiológico. En mayor o menor medida, tal actividad va por el mundo preñada de valores.

La vida es de tal naturaleza que no está en ningún sitio, pero todo lo existente se arraiga en ella. Como decía Ortega y Gasset (y esto le representa una *necesidad*), *la vida humana no puede existir sino justificándose a sí misma*. Si tal autojustificación pudiera considerarse la *verdad*, con ella daríamos razón de la conducta. Pero solo si el acto conductual, por su resultado, corrigiera la situación, podría decirse que la autojustificación es verdadera justificación. De todos modos, *vivir* no es en realidad *vivir de cualquier manera, sino de una determinada*.

En primer lugar, la vida se califica por su interés de existir y existir de tal o cual modo (donde encaja el postulado liberal de que cada persona debe y puede elegir el plan o proyecto de vida que la satisfaga y, además, el modo de materializarlo). Luego, reflexionando sobre la vida, el hombre se desconcierta

cuando descubre que no la ganó, que sin mérito de su parte la recibió: *que la vida le fue dada*. Esa es la verdadera *deuda* que tenemos los seres humanos al nacer y que algunos llaman pecado original. La vida regalada a manos llenas al hombre es una deuda difícil de pagar, pues los regalos no tienen precio. ¿Cómo justifica el hombre su vida? Pues viviendo de tal modo que, a su término, reconozca haber agregado con su actividad algún nuevo valor al mundo.

Un segundo aspecto de ella la muestra como puro futuro, como que debemos construirla desde el presente: tenemos que hacerla, tenemos que ocuparnos de algo, desarrollar actividades para vivir. Y en este quehacer fluyente e imparable de la vida del hombre, bajo el signo óptico de la temporalidad, éste va desarrollando tramos de actividad, fragmentos que llamamos *conducta*. Lo característico es que estas conductas, este actuar humano, se integran con el pensamiento de sí mismos.

El *ir viviendo* del hombre, con una raíz impregnada de tiempo, lo arroja en un lugar y momento determinados y lo pone en contacto necesario con otros hombres que, *casualmente*, se encuentran haciendo lo mismo que él y con los cuales entra en relaciones, que pueden tener los más distintos niveles de profundidad. En esta *coexistencia* signada por la *alteridad* (sustratos básicos del derecho), el hombre se va *plenificando* como ser. Hay un espacio más allá de lo subjetivo y más acá de lo objetivo, en el agudo filo en el que el *yo* y el *tú* se encuentran. Martin Buber lo llama el *entre*. El *entre* nos proyecta más allá del *dasein* de Heidegger, ya que nos pone en vital conexión con todos los hombres, y es lo que permite superar el individualismo y el colectivismo. El *entre* ayuda a desarrollar personas y comunidades auténticas, porque las nuevas reflexiones filosóficas sobre la persona y la comunidad tienen un punto de partida en el *entre*. El objeto central del *entre* no es el *individuo* ni la *comunidad*. Es el *hombre con el hombre*. Esto nos pone de nuevo frente al Derecho. El hombre con el hombre es un dualismo dinámico, una dialéctica permanente de apertura recíproca, de mutuos *dar* y *recibir*. Esta visión de antropología filosófica, este *estar-dos-en-recíproca-presencia*, con todo su

sentido y su plenitud, es el carácter que atribuimos a la alteridad del derecho: no una alteridad fría, de superficie, sino de hondura *hasta el límite excluyente que configura la moral autorreferente*.

Así tematizada la coexistencia, vamos a recordar sucintamente la visión cossiana (egológica) de la axiología jurídica pura.

Desde el punto de vista de la coexistencia tomada en su valor de autonomía, este autor ve que aquélla puede ser considerada como *mundificada* (aquí reina el valor jurídico fundante de la *seguridad*); o como *personalizada* (en cuyo caso el valor jurídico fundante que la caracteriza es *la paz*); o como *socializada* (en ese aspecto se yergue el valor jurídico fundante de la *solidaridad*).

Llámase *fundantes* o *primitivos* a los valores de la seguridad, la paz y la solidaridad pues, dada la coexistencia, no pueden sino estar originariamente presentes o ausentes de ella.

La coexistencia como *mundo* está llena de *riesgos* que disminuyen la sensación de seguridad. Entonces viene el estado e impone *orden*, valor jurídico *fundado*, que si bien quita elasticidad a la seguridad, da firmeza a la sociedad. El orden, como valor positivo, marca caminos para los planes de vida, en base a la *previsión*. Por ello califica a la coexistencia en su valor de heteronomía.

Tomada como *sociedad*, la coexistencia es pura y simple reunión de personas, convivencia entre hombres que pueden estar unidos o desunidos. Si hay unión con intimidad, sobreviene la paz, pero ésta se corta con la discordia; entonces el estado ofrece el dato del *poder*, para restablecerla. Hablamos ahora de un valor *fundado*, que se presenta como la coexistencia en su valor de heteronomía. El poder tiende a superar los conflictos.

Por fin, bajo la óptica de la *personalización*, es decir, en la coexistencia tomada como suerte común de un grupo, donde la característica es añadir el dato de la compañía a la vida individual, cuando falta la solidaridad se da la extranjería, disvalor que se vivencia como desacople, como lejanía de la *casa* o

*querencia* que es la coexistencia solidaria. La extranjería implica una verdadera *secesión* que nos pone *no* frente a prójimos sino frente a *extraños*. Para absorber tal secesión viene la *cooperación*, valor *fundado* con capacidad para inervar la inactividad social. La *cooperación* nos presenta a la coexistencia-sociedad también en su valor de heteronomía.

Los valores *fundados*, en tanto surgen sólo para *restablecer* las naturales relaciones coexistenciales, pueden a veces darse en defecto o con exceso.

Un *orden* excesivo cae fácilmente en *ritualismo*, disvalor que lo único que logra es frustrar aquello que se quiso preservar. Dentro del orden estatal, el derecho procesal es muy importante, siempre que no caiga en ese ritualismo que la CSJN ha condenado permanentemente bajo el rótulo de *exceso ritual manifiesto* o *excesivo rigorismo formal*. Ahora bien, si imperara el ritualismo absoluto, en realidad se obtendría la nada absoluta, la negación del Derecho. De esta nihilidad se sale sólo con el *orden*.

También interesa traer a colación (recordando que el orden es *previsión* y *certeza*), un argumento fundamental que dio la Corte en el caso "Godoy" (27/12/90) para justificar el mantenimiento de la vigencia de las *leyes* emanadas de gobiernos de facto: "*Ninguna doctrina judicial es defendible si, en vez de asegurar el "orden" público, crea el riesgo de un absoluto desorden... Es decir que en la Argentina existiría la extraña categoría de leyes, tratados y decretos desprovistos de "legitimidad" que, sin embargo, tendrían vida jurídica, aunque precaria y fácilmente extingible por decisión del Poder. Ello, irremediablemente, comunicaría a todo el sistema político-social una **imprevisibilidad** y una **incerteza** que son colindantes con la anarquía...*" El resaltado es nuestro.

Si el estado, en cambio, se excede en el manejo del poder, cae en la *opresión*. Y hablar de poder verdadero es remitirse a instancias de infusión de valores, jamás a fuerza bruta, porque el *mando* no es previo sino posterior a la autoridad y al orden. Si en cambio falta el orden, se cae en la *anarquía*

(también descalificada en “Godoy”). Puede acaecer que el conflicto social requiera un ejercicio del poder por *represión*: bien entendida -es decir, si se circunscribe al horizonte del conflicto- ella es legítima, y la sociedad la aprueba porque la entiende como única salida. Pero cuando la represión se exceda y abandone los lindes de la defensa para devenir ofensa (como ocurrió en Argentina durante la represión de la subversión terrorista), esa pura violencia será pronto *opresión*.

La impotencia estatal sobreviene, por el contrario, cuando hay defecto de orden (y es igualmente nefasta).

Por último, si la cooperación se extralimita, se cae en la *masificación*, que arrasa con la personalidad de los individuos; la deficiente cooperación conduce a la *minoración* (pues la empresa social se viene a menos. No creemos estar errados al estimar que el Estado de Malestar es una verdadera minoración social).

El modo en que funciona este plexo axiológico fundado en los binomios seguridad-orden, paz-poder, solidaridad-cooperación (siempre según Cossio), es el de un movimiento constante de avance y retroceso, o sea que cuando un valor fundante está en primer plano, su correlativo fundado se ve relegado al fondo de la escena, y viceversa.

Ante el encuentro de dos valores, ¿cómo se responde al conflicto posible? Aquí contesta la justicia, pero no basta con definirla por el *dar a cada uno lo suyo* mientras no se aclare qué es *lo suyo*.

La justicia tiene sustrato óntico en la coexistencia, ya que justicia es *vivir entendiéndose*. Un contrato injusto o un entuerto significan desentendimiento. Por eso la justicia es valor de totalidad y acompaña a todos los otros valores. Dentro de ella, la coexistencia aparece como razón suficiente pues traduce el entendimiento que se vive con emoción de justicia. Mas llamándose la justicia y los otros valores como el todo y las partes, no es correcto *interpretar* por pura reducción a la justicia. Cual todo juicio empírico, el axiológico debe integrarse con la intuición del caso concreto ya que, como

los valores son datos primarios, no se los puede definir ni deducir en abstracto. Sólo se los intuye emocionalmente en cada caso concreto. Vemos que aquí los postulados de Cossio ensamblan con la teoría axiológica general que hemos esbozado antes.

Lejos del aristotelismo que la tuvo como virtud moral, no es posible creer que *la justicia* pueda confundirse con la rectitud del comportamiento moral, ni que pueda adscribírsele a un significado de caridad, santidad o pureza. La ciencia jurídica ha avanzado lo suficiente como para sostener que *la justicia está presente si hay orden, seguridad, poder, paz, cooperación y solidaridad*.

Aún nos resta comprobar, sin embargo, si la justicia es la justificación del Derecho. Ortega y Gasset hacía fincar el sentido común en la opinión pública, sosteniendo que una sociedad que ha vivido y sentido ciertas cosas, que las ha vivenciado, no puede menos que tener un valor y fuerza superiores a los de todas las doctrinas. Esta razón o verdad vivientes hacen, a la *auténtica* opinión pública, *congruente*. Es fácil comprender cómo se llega a tal convicción, si tomamos en cuenta que el ser de las vivencias consiste en que *lo que son* no se nos escapa porque lo sentimos. También es oportuno recordar que Aristóteles desplegó toda su especulación alrededor del sentido común y que si bien este concepto cayó definitivamente en bancarrota para las ciencias naturales, tiene plena vigencia en las culturales, de tal manera que está en el punto de arranque de todas estas ciencias. Se considera que la opinión pública es el sujeto titular del sentido común, siendo tal opinión la primera vivencia para hacer pie. Y partiendo de esa rampa se arriba a la conclusión de que la coexistencia que da razón al Derecho como razón suficiente y por la cual éste adquiere parte de su fuerza de convicción (coexistencia que da razón al Derecho en la medida en que le da vida), significa darle al Derecho sentido común, lo que no es otra cosa que hablar de él como justicia o injusticia, desde que este lenguaje axiológico es el que la opinión pública emplea para esa referencia. Por otra parte, el Derecho se llena de sentido común cuando aparece como orden,

paz, poder, solidaridad, seguridad y cooperación, o sea según las maneras concretas de ser la justicia en la coexistencia. Ahora bien, apartándonos de la teoría expuesta, se nos ocurre traer a colación la repetida expresión coloquial de que *el sentido común falleció hace mucho*.

Conviene retomar -para completar esta visión axiológica cossiana- el primitivo concepto de conducta que es objeto del derecho, cuando se decía que conducta es libertad metafísica fenomenalizada. Aquí, Cossio cita a Legaz y Lacambra y muestra cómo éste también había llegado a una visión egológica de lo jurídico: *“La existencia del Derecho en general es existencia de la libertad porque la libertad es la esencia de la existencia y el Derecho está en la existencia como una forma necesaria de la misma”* (Cossio, 1964-655). En la teoría egológica el problema jurídico de la libertad irrumpe dogmáticamente en la Dogmática Jurídica en virtud del *axioma ontológico de que todo lo no prohibido está permitido*. Óntica y ontológicamente el primer y originario contenido del Derecho es la libertad jurídica. El Derecho es conducta y ésta es *libertad metafísica fenomenalizada, y jurídica* pues la juridicidad de lo lícito y lo ilícito es la categoría intersubjetiva de toda conducta. A su vez, Cossio muestra que la libertad metafísica, ya especificada como jurídica, puede aún especificarse más como libertad jurídica y libertad antijurídica.

### **Nuestra opinión**

Las especulaciones realizadas hasta ahora, esperamos, han podido demostrar por qué existe el Derecho como libertad, por qué la conducta se arraiga en la axiología, y por qué los valores tienen y dan sentido al Derecho y cómo se lo dan. No deseamos terminar la visión axiológica sin enriquecer la perspectiva cossiana de los valores jurídicos con ciertas precisiones que nos pertenecen. Sin intentar ser exhaustivos ni irrefutables, concluimos que los valores jurídicos tienen íntima relación con los valores en general a través del *hombre* (expresión igual a *humanidad*, comprensiva de mujeres y varones),

pues ellos sólo pueden darse en el ámbito de la vida humana (siendo el hombre quien tiene capacidad para intuirlos y vivir o no conforme a ellos). Y el término *hombre*, en su realidad metafísica y existencial remite decididamente a los derechos humanos, cuya caracterización se afrontará en breve.

Haciendo *prima facie* una gran distinción entre derechos civiles y políticos (que tienen como valor rector a la libertad) y derechos sociales (que se nutren de la igualdad), podemos ver que cuando ellos son respetados, por acción o por omisión, según corresponda, tanto por el Estado como por los particulares (aunque los tratados internacionales de derechos humanos tomen como único sujeto pasivo al Estado) predomina un valor sobre otro. Esto significa que, en principio, el respeto de los derechos humanos *políticos* y *civiles* tiende a que se obtenga una coexistencia con predominio de la *seguridad jurídica*, que da como corolario el alto valor de la *paz*. Del mismo modo, el respeto de los derechos humanos *socioeconómico-culturales*, se particulariza en la obtención de una coexistencia con predominio de la *solidaridad*, cuyo colofón es también la *paz*. Es decir que la paz aparece como un valor primordial-común denominador para todos los derechos humanos, al menos de primera y segunda generación. Sólo a guisa de ejemplo tomemos el *derecho de propiedad* (derecho humano civil). En su desenvolvimiento, tal derecho se coimplica con los valores útiles y vitales cuando menos, pudiendo también interferir con otros. Y en la medida que ese derecho sea respetado al individuo, éste sentirá *seguridad jurídica*; si ella disminuye por conductas particulares o estatales contrarias a ese derecho, será necesario imponer el *orden* para obtener su desarrollo y defensa (orden también especificado como derecho procesal). Y tanto de la seguridad como del orden jurídicos será posible obtener *paz* (aunque en el segundo caso sea forzada, menos flexible).

Tal visión del funcionamiento de los valores jurídicos a los que el intérprete constitucional debe recurrir, muestra que en realidad la *seguridad jurídica* y la *solidaridad social* funcionan (al igual que sus correlativos valores fundados) dentro de un plano jurídico *inmediato*. Ello nos permite hablar de la

seguridad, la solidaridad, el orden y la cooperación como de *valores jurídicos inmediatos* (fundantes y fundados); de la paz y el poder, como de *valores jurídicos mediatos* (fundante y fundado), y de la justicia como del *valor último* y justificativo del Derecho, puesta en el vértice e impregnando de sentido al Derecho, al Estado y a toda posible interpretación jurídica, encabezada por la constitucional. A fin de cuentas, nuestra postura admite pensar que cuando la paz, por violación inmediata a la *seguridad* o a la *solidaridad*, resulta mancillada, el *orden* o la *cooperación* deberán ser impuestos por el *poder* estatal, único legitimado para ello. Queda en claro que hemos planteado un esquema con pureza teórica, no debiendo olvidarse que en la práctica el intérprete deberá realizar los ajustes imprescindibles que el caso concreto exija.

La interpretación jurídica tiende a prescribir lo justo circunstanciado, comprendiendo la justicia conmutativa, la distributiva y la general, que pasan por el eje del bien común (BC) y del respeto a la persona y a todo el plexo de derechos fundamentales que en ella se sustentan (derechos humanos). *Porque hasta cuando la interpretación se refiere al derecho del poder, no debe perderse de vista que todo poder y toda autoridad se justifican y legitiman sólo si están destinados a procurar la felicidad del ser humano.* Una solución jurídica puede contemplar el interés general o el particular, aunque en el último caso siempre está presente el primero. Aquí resalta claramente la *politicidad* del Derecho, que no puede excluir de su mira a toda la sociedad política y que incluye la argumentación coherente del diálogo social y la persuasión. Aunque el *consenso* no necesariamente implica la verdad total a que se aspira, sí existe la esperanza en la razón y la voluntad humanas, aptas para al menos intentarlo en el plano de la verdad o la justicia. Hemos de tener en cuenta esta conclusión a la hora de abordar la interpretación a la luz de los Derechos Humanos, que parte de una premisa problemática: ¿es posible una teoría de la interpretación cuyo parámetro relevante sea la consideración de estos derechos? Linares Quintana ha expresado que hoy en día la pauta de igualdad no se agota en el

contenido de la justicia ya que hay otros contenidos, tales como la valoración de la persona humana como fin en sí.

## CAPÍTULO VII

### EPIFANÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Al menos teóricamente, la Constitución Argentina nos hace ciudadanos de una República (art. 1º)<sup>13</sup> que, según Aristóteles, es el régimen político que tiende a la libertad. Y, al menos en teoría, también la Constitución de Salta nos proclama beneficiarios de una Democracia Social de Derecho, que nos considera personas libres, iguales y solidarias (art. 1º)<sup>14</sup>. No es poco orgullo porque *“la democracia es, en definitiva, la lucha permanente por la extensión y profundización de los derechos humanos, y en este momento particular de la historia, cuando se inicia una nueva etapa en la organización del trabajo colectivo, signado por la incorporación de tecnologías que modifican de cuajo métodos y estructuras vigentes en los siglos anteriores, deberá ser también la regla de convivencia entre los distintos pueblos y regiones del mundo... La coexistencia de pueblos ricos y pueblos pobres, de pueblos organizados libremente y de pueblos sometidos al autoritarismo, es incompatible con el funcionamiento de una sociedad internacional pacífica y armónica... Esa sociedad internacional... debe ser también una sociedad democrática”* (Alfonsín, 1992-71/72).

Estamos otra vez frente a la expresión “derechos humanos”, cuya búsqueda, desarrollo y expansión son la meta final de toda democracia y de todo liberalismo igualitario. Ya puede darse una noción de ellos -sin pretensiones exhaustivas-, considerándolos un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento de la historia cristalizan las exigencias de la dignidad, la igualdad y la libertad humanas, las cuales deben ser positivamente reconocidas por los ordenamientos jurídicos internos e internacionales. Alguna doctrina los llama “fundamentales” cuando están positivados; nosotros, a los

---

<sup>13</sup> Este artículo no ha variado en las pertinentes reformas.

efectos de esta obra, hablaremos indistintamente de Derechos Humanos o Fundamentales.

### **Su positivación**

Es interesante ver los procesos de la positivación de este grupo de derechos, que se da tanto a nivel *constitucional* como *legal, ejecutivo y judicial* y, al mismo tiempo, en las órbitas *nacional y comunitaria*.

#### ***Positivación constitucional***

La Constitución Argentina tiene un rico Preámbulo que condensa los grandes principios y valores que informan toda nuestra organización político-jurídico-social. Y, a la vez, un catálogo breve de derechos, de los cuales se infieren principios más generales.

Mayor casuismo se observa en la Constitución salteña, que teniendo también un Preámbulo altamente orientador, ha sido mucho más minuciosa en la elaboración de artículos que reconocen gran cantidad de derechos, no sólo de la primera y segunda generaciones (civiles y políticos por un lado, y socioeconómicos por el otro), como ocurre en la nacional, sino también de la tercera generación (protección del medio ambiente, defensa de la calidad de vida, recursos naturales, desarrollo económico-social, patrimonio cultural). Se incluyen temas tan importantes como las garantías constitucionales, de donde destacamos la acción popular de inconstitucionalidad y la protección de los intereses difusos.<sup>15</sup> No obstante, la profusión normativa no la hace más perfecta, a nuestro modesto entender, sino más peligrosa pues puede dar asidero al intérprete para no reconocer algún aspecto de un derecho

---

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Esto se ha mantenido en la Constitución Nacional del 94 y en la salteña del 98, con el agregado, en esta última, de la acción expedita de “Habeas Data” (art. 89).

fundamental no positivado. Las mejores constituciones son como la de 1853, breves e imprecisas en sus formulaciones: los buenos exégetas las llenan de contenido y las adaptan más fácilmente a las vicisitudes de los tiempos. En defensa de la Carta salteña de 1986 puede alegarse, no obstante, que vio la luz en una época de transición democrática, difícil como todas las transiciones, en que los ánimos estaban aún muy conmovidos por los desbordes del autoritarismo anterior, y la pasión patriótica quiso garantizarse que en el futuro la historia argentina *no* registraría, NUNCA MÁS, una experiencia semejante. Al menos, eso deja trasuntar la lectura de los Diarios de Sesiones de la Convención Constituyente que la sancionó.

Sobre el preámbulo salteño se dijo en dicha Convención: *“El Proyecto de Preámbulo comienza señalando la alta dignidad de la vida humana y los grandes valores del constitucionalismo occidental, pero a diferencia de los textos históricos salteños ha adoptado una metodología que centrada en la persona y en los valores que le son connaturales, avanza por medio de círculos concéntricos, abarcando los diferentes ámbitos de actuación de la persona, para culminar en las construcciones institucionales políticas”* (Diario de Sesiones T 1, 1987-219/220). Nuestra Constitución, según este párrafo, es antropocéntrica, y a partir del hombre sobrevienen en ondas circulares cada vez más anchas las instituciones que aquella receta: ello prueba nuestro argumento de que el Estado y el Derecho son para el hombre y que toda buena interpretación constitucional debe poner a éste en su mira.

En la positivación constitucional está siempre latente la disyuntiva entre *programaticidad* y *operatividad de las normas*. La Carta Provincial se refiere al tema en su art. 16<sup>16</sup>, cuyo segundo párrafo consagra la existencia de derechos y garantías implícitos, que nacen de la libertad, igualdad y dignidad humanas, de la justicia social, de la democracia social de derecho, la soberanía y la república. Ellos tienen plena operatividad y la insuficiencia o ausencia de reglamentación no pueden menoscabarlas.

Bidart Campos ha dudado de esta norma en cuanto a su alcance, preguntándose si llega a cubrir los arts. 31 a 51 (deberes y derechos sociales, de la familia), otorgando legitimación constitucional para reclamar al Estado por la falta de dictado de leyes o instauración de políticas requeridas por esos artículos.

Interesa en este punto destacar que en la Convención Constituyente se aclaró que son inmediatamente operativas las cláusulas que reconocen derechos subjetivos de los ciudadanos y sus garantías específicas. También se consideró a las cláusulas programáticas como pautas para el legislador -con función docente- pero consciente, la Comisión Redactora, de que este criterio suyo puede llegar con el tiempo a ser sustituido por los intérpretes de la Constitución y, las cláusulas consideradas programáticas por la comisión, llegar a ser operativas. *“Puede haber en el futuro... una inconstitucionalidad por omisión y por lo tanto no creo que sea del todo prudente decir: esta cláusula es meramente docente. / “En cuanto nosotros sancionemos esta Constitución, estas cláusulas van a tener una unidad independiente y van a ser lo que quieran que sean los intérpretes totales de la Constitución y no solamente los intérpretes judiciales”* (Diario de Sesiones T 2, 1987-417).

El convencional Amado fijó asimismo una pauta interpretativa de importancia: en el art. 16, el primer párrafo -que reconoce derechos razonablemente reglamentados- no es anulado por el tercero -que reconoce su operatividad-, sino que el primero está destinado a los titulares de derechos y el tercero al Estado. (Art. 16, Constitución de Salta: *“Todos los habitantes gozan de los derechos y garantías consagrados por esta Constitución de conformidad con las leyes que reglamenten razonablemente su ejercicio. Los principios, declaraciones, derechos y garantías contenidos en ella no pueden ser alterados por disposición alguna. / “Tales enunciaciones no son negatorias de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen de la libertad, igualdad y dignidad de la persona humana, de los requerimientos de la justicia*

---

<sup>16</sup> Este artículo continúa invariante en la Constitución salteña de 1998.

*social, de los principios de la democracia social de derechos, de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. / “Tales derechos tienen plena operatividad, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación”).*

La Constitución del 53 nada dice al respecto. Nos parece que al menos en el plexo de normas dogmáticas, la regla ha de ser la operatividad y sólo por excepción ha de tomarse una norma como programática. Nos lleva a esta conclusión la idea de que siendo el nuestro un estado republicano, democrático, se privilegia en él la libertad, y el hombre en libertad requiere la protección inmediata de la Constitución, no interesando que haya reglamentación previa. Y aún opinamos que, si es necesario determinar un *iter* procedimental para la correcta operatividad de una norma o principio involucrados, el juez tiene todo el poder (*es* poder constituyente permanente) para crearlo pretorianamente y construir una solución justa, y esta conclusión es válida para las Cartas local y federal.

En el ámbito internacional, en lo atinente a los Pactos de Derechos Humanos (que ya enunciáramos), se discute aún si los arts. 2 y 26 de la CADH y 2 del PIDCP, imponen la programaticidad de sus normas. Adherimos al pensamiento de Bidart Campos (1988, ED 129-949), *no sólo pronunciándonos por el monismo, sino también sosteniendo que aquéllos gozan en bloque de una presunción de operatividad inmediata*, que sólo cede cuando la prudencia del intérprete detecta con evidencia que tal operatividad requiere de una indispensable consagración legislativa interna. Más aún, en este caso pensamos (limitándonos al ámbito internacional en materia de derechos humanos) que en determinadas circunstancias los jueces pueden imponer al Poder Legislativo o Ejecutivo, eventualmente, la subsanación de aquella omisión inconstitucional, ordenando el desarrollo de conductas activas.

Otro argumento que nos afirma en esta convicción es que el art. 2 de la CADH específicamente habla de tomar, los países-miembro, medidas para su efectividad, “legislativas” o “de otro carácter”: en la última expresión está sin

duda el anclaje necesario para las sentencias judiciales. Pronunciarse por la operatividad es aspirar a tener un Poder Judicial y una Corte de valientes y laboriosos, comprometidos con el género humano y la comunidad a la cual deben servir. Esta visión no resiste la comodidad de los viejos moldes. Y, sin embargo, el 9 de junio de 1987 la CSJN falló en el caso "E., F. E. s/Sucesión" de un modo totalmente opuesto. En aquél, una hija extramatrimonial solicitó, a través de su representante, ser equiparada en sus derechos hereditarios con la hija matrimonial de su padre. El fallecimiento había acaecido el 25 de abril de 1985, o sea durante la vigencia de la CADH, pero antes de ser aplicable la ley 23.264 (equiparación de filiaciones), la que entró en vigencia el 23 de octubre de ese año. La peticionante citó el art. 5 de la CADH (Pacto de San José), que reconoce iguales derechos a hijos matrimoniales y fuera del matrimonio, y sostuvo que la ley 23.264 debía ser aplicada en forma retroactiva por ser de orden público y, teniendo en cuenta que la legislación anterior violaba el principio de igualdad del art. 16, C.N. La Corte argumentó que la ley vigente a la época de la muerte del causante no vulneraba el principio de igualdad pues limitaba la porción hereditaria de los hijos extramatrimoniales a la mitad de los matrimoniales; *la igualdad no obsta al legislador contemplar en forma distinta situaciones que crea diferentes*, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupo de personas, *aunque su fundamento sea opinable*. Esta última frase vuelve aberrante, a nuestro entender, el argumento. Y la aberración llega al paroxismo cuando la Corte prosigue diciendo que, pese a reconocer la existencia de "nuevas concepciones", no considera atemporal que en 1987 un hijo extramatrimonial herede la mitad que uno nacido de matrimonio y, por tanto, tampoco estima vulnerada la igualdad por la hermenéutica aplicada.

En "Ekmekdjián c/Neustadt" (01/12/88), se ventiló otra vez la operatividad del Pacto de San José invocándose el *derecho a réplica*, que teóricamente surgía también como interés difuso del art. 33, Const. Nacional. La Corte alegó que dicho Pacto no había sido aún objeto de reglamentación

legal como para ser tenido por derecho positivo interno, y que la inexistencia de pautas susceptibles de ser determinadas o interpretadas judicialmente impedía tenerlo como incorporado al derecho interno. El recurso fue rechazado, dado que un derecho de características tan especiales no podía tenerse como comprendido en el art. 33, C.N. Nos asusta otra vez la falta de compromiso con la dignidad humana y la carencia de imaginación como para reglamentarlo, habida cuenta de que algunas constituciones provinciales ya lo tenían consagrado por entonces (como la de Salta, art. 23).<sup>17</sup>

La operatividad de la CADH volvió a tratarse en “Ekmekdjian c/ Sofovich”, sobre el derecho de réplica, el 07/07/92. En este fallo triunfó la buena doctrina, al fijar la prioridad del rango del derecho internacional convencional sobre el derecho interno y la operatividad inmediata del Pacto de San José de Costa Rica cuando contenga descripciones suficientemente concretas de esos supuestos de hecho. La Corte dio, además, un paso fundamental: expresó que el Pacto debe guiarse por las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En lo tocante a la Constitución Provincial interesa destacar que, comentando la cláusula federal (art. 3, C. Provincial)<sup>18</sup>, Bidart Campos la considera un tanto superabundante, pero destaca como trascendente que *“la Constitución de Salta, participando del tono que viene mostrando el ciclo de constituciones locales durante este año 1986, permite considerar que las actuales valoraciones sociales (computadas en las sociedades provincianas) interpretan el plexo de valores de la constitución federal dentro del ya aludido modelo de democracia social (o estado de bienestar). Esto incita a pensar que los valores de la constitución federal expresamente incluidos en su preámbulo, y los que emergen del resto de su normativa, se acompañan con otros*

---

<sup>17</sup> La Constitución de 1998 conserva este artículo (con igual número). En lo que nos interesa: “Todo habitante que, por causa de una información inexacta o agravante, sufra perjuicio, tiene el derecho a efectuar gratuitamente por el mismo medio de comunicación su rectificación o respuesta. En caso de negativa el afectado puede recurrir a la instancia judicial, la que debe expedirse en trámite sumarísimo”.

<sup>18</sup> Este artículo se mantuvo en la Constitución de 1998.

*implícitos que son compatibles con su filosofía política. Así, el valor solidaridad”* (Bidart Campos, 1986-8/9).

Entendemos que, en efecto, la Constitución Salteña, con la cláusula federal del art. 3, se coloca en la órbita del art. 31 de la Nacional, y con el ensanche de su plexo axiológico está presuponiendo que dichos valores concuerdan con los de la Constitución Federal, aunque ésta los reserve en silencio (ya en su espíritu, ya en su filosofía). Nuestra Constitución asiente implícitamente, de esta forma, a la convicción de que la plasticidad de las normas federales no las dejó congelarse en el constitucionalismo decimonónico que las hizo nacer, sino que les permitió adaptarse a las formas del social. Por ello, la Carta local se pliega al nuevo ritmo histórico y ratifica que la solidaridad, la participación y el pluralismo que la caracterizan, son proyecciones que recibe desde la Constitución Federal, dinámica y progresivamente interpretadas.

Los conceptos anteriores nos inclinan a afirmar que también en nuestros derechos constitucionales nacional y local, el intérprete debe pronunciarse por el principio de inspiración democrática receptado en todas las constituciones sociales del mundo, el *favor libertatis*, a cuyo tenor, en caso de incertidumbre u oscuridad sobre el *status* jurídico de los derechos fundamentales, se optará por el sistema que ofrezca mayores garantías al ciudadano.

También corresponde afirmar el valor jurídico de los preámbulos, dados los conceptos que se explicitaron como fuerza normativa de la Constitución: traduciendo aquéllos fundamentalmente valores y principios emanados del poder constituyente con validez, forman parte de la Constitución y son pautas interpretativas para establecer el alcance, significado y finalidad de todas las cláusulas constitucionales, pues el preámbulo resume los fines del Estado y no puede ser invocado para ampliar las competencias de los poderes públicos (art. 9, C. de Salta).<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Este artículo persiste en la Carta provincial actual.

### ***Positivación legislativa y ejecutiva***

A nivel *legislativo*, la positivación de los derechos humanos es muy importante en orden a desarrollar su formulación y protegerlos con garantías; y *ejecutivamente*, ésta se realiza con algunos límites que tratan de poner coto a los abusos de ese poder. Partiendo de la norma de libertad del art. 19, C.N. (o principio de legalidad) se descubre una división de las libertades en definidas y no definidas. Las primeras, por su importancia, han sido reglamentadas; las segundas se refieren a actividades no expresamente prohibidas. Por eso, la potestad reglamentaria (ejecutiva) sólo puede ser *subsidiaria*, *residual* y referida a las *libertades no definidas*.

En forma concordante, la CSJN valoró en “Mouviel” (Fallos 237:636) que *“es un hecho comprobado... que cuando se quiere subvertir el régimen republicano y democrático, cuando se pretende coartar el libre ejercicio de los más elementales derechos individuales, las simples contravenciones resultan ser uno de los principales instrumentos de que se valen los gobiernos dictatoriales para sofocar la libertad”* (pág. 651); y *“que es innegable la necesidad de mantener estrictamente la vigencia del principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”, contenido en la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución, no sólo porque se trata de un principio constitucional, ... sino, también, porque es notorio que las modernas formas de autoritarismo o despotismo utilizan los edictos policiales como uno de los instrumentos más eficaces para la opresión de los ciudadanos y la restricción de las libertades públicas”* (pág. 658).

### ***Positivación judicial***

Los derechos humanos también pueden positivarse a nivel del Poder Judicial. Esto está patente en el derecho anglosajón, pero según se ha expuesto ya, la nueva e indiscutible caracterización creadora del juez nos impulsa a

afirmar que el intérprete constitucional también positiviza los derechos fundamentales en sus sentencias en forma concreta. Y encontramos un motivo doble en los arts. 2 y 26 de la CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José), cuando por medios legislativos u otros (donde entraría la labor judicial) los Estados-parte tiendan al desarrollo y plenitud efectiva de aquéllos.

Hemos hablado de la esfera jurídica interna en especial, pero también el ámbito comunitario ha legislado, desde la creación de la Sociedad de las Naciones y la OIT (Tratado de Versalles, 1919), pasando por la producción durante la segunda gran guerra (Carta del Atlántico, 1941; Declaración de la ONU, 1942; Propuesta de Dumbarton Oaks, 1944) hasta la Conferencia de Yalta, 1945, ocasión dolorosa en que se entiende definitivamente que los derechos humanos han dejado de ser un problema de entrecasa, para adquirir importancia internacional.

En 1945, por la Carta de San Francisco nacen las Naciones Unidas, y en 1948 se proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Esta nueva instancia obliga a una nueva búsqueda de fundamentación de carácter universal.

## **Los Derechos Sociales**

Por su significado, abordaremos en particular la noción de estos derechos, pero resultando equívoca la expresión, bastará con conceptualizarlos como las *pormenorizaciones de las exigencias de la igualdad invocada por la dignidad de las personas*. Su inclusión en las constituciones tiene la finalidad de que toda la comunidad goce de los recursos sociales, a fin de que el Estado cumpla una función equilibradora de las desigualdades naturales.

Su desarrollo tuvo gran fuerza a partir de la segunda guerra mundial.

Si bien hay quienes sólo los consideran programáticos, y otros que

defienden el slogan de que únicamente la revolución del proletariado puede liberar a los explotados mediante el acceso de las masas a los derechos sociales, culturales y económicos, nosotros preferimos pensar que ellos configuran una verdadera categoría jurídico-positiva, dada su innegable complementariedad y aun cuando difieran su significado y los medios para su tutela con respecto a los derechos civiles y políticos. Estimamos que una buena interpretación constitucional debe atender en primer término al aspecto económico de ella, que no resta sino que hace posible la espiritualidad. Cuando esto más inmediato que somos (carne y huesos) está en orden, comido, descansado, vestido y confortable, recién puede expandirse aquello más etéreo que somos, lo que nos distingue de todo lo demás creado, el espíritu. *“Si hay violaciones activas de los derechos humanos, las hay también por omisión. El derecho a la libre expresión de las ideas... es un derecho abstracto mientras no está garantizado también el de acceder a una educación que permita tener, desarrollar y comparar ideas. También será abstracto el derecho a la libre asociación mientras el trabajador se vea obligado a asegurarse mínimas condiciones de subsistencia mediante diez, doce o catorce horas de trabajo que no le dejan tiempo ni energías para ejercer ese derecho./ “Esto implica el deber de ayudar a los miembros menos favorecidos de la sociedad, de aumentar la libertad de quienes son menos libres.../ “En contraste con aquellos otros derechos fundamentales cuya violación se produce normalmente por vía de acción, esta segunda serie de derechos (se refiere a los sociales) -de cuya vigencia depende el ejercicio cabal de la primera- es violada generalmente por omisión.../ “Quizás cabría hacer aquí otra distinción: mientras concebimos la primera serie de derechos como universalmente válidos, tendemos a encarar la segunda no exactamente como derechos en el sentido más cabal de la palabra, sino como intereses de sector.../ “...tener una vivienda digna, la asistencia de la salud asegurada, la educación de los hijos garantizada y un ingreso adecuado para desarrollar y enriquecer la propia vida, es visto no pocas veces como objetivo peculiar de un grupo -una clase, un*

*gremio, una corporación- que por ser tal no tiene presencia ni peso en la conciencia y la cultura de otros grupos./ “En una democracia solidaria y participativa como la que nosotros propugnamos, urge remediar esta insuficiencia. Hay que elevar en nuestra conciencia la segunda serie de derechos al mismo plano de universalidad que la primera.../ “Tenemos por delante la tarea de asentar en nuestra conciencia una concepción integral de los derechos humanos descorporativizando los de la segunda serie” (Alfonsín, 1992-69/71).*

La extensa transcripción nos ilustra sin necesidad de otros comentarios y pone frente a un tema ineludible: las necesidades humanas. La categoría de la “necesidad” parece representar el primer momento de la sociedad civil. El hombre “necesita cosas” para vivir (y vivir de acuerdo a su proyecto), tales como alimento, vestido y vivienda, en primer término. La necesidad se objetiva en el trabajo, que es la herramienta para acceder a todos los otros medios de subsanar las necesidades. Y es aquí donde se observa el tránsito desde las necesidades a los valores, ya que ellas se convierten en *categorías axiológicas* cuando se las entiende como formas de preferencias conscientes sobre objetivaciones sociales generalizables, preferencias que, *por expresar el carácter genérico del hombre*, se legitiman y justifican mediante el consenso. Con lo que queda dicho que hay socialmente consenso intersubjetivo con referencia a los valores-guía morales.

## CAPÍTULO VIII

### FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

De la intersubjetividad social que mentamos al final del capítulo anterior, que axiologiza las necesidades radicales, se puede obtener una fundamentación intersubjetiva de los derechos humanos, ya que los valores que informan su contenido no configuran un sistema cerrado y estático, ni se reducen al plano de los deseos o intereses individuales. La democracia (sistema pluralista) parece imponer *un consenso abierto y revisable sobre el fundamento de estos derechos*. A su vez, el fundamento de los valores son las necesidades del hombre, que constituyen su soporte antropológico. Una necesidad humana supone una carencia previa, por lo cual lo que la suple tiene valor; lo que la contradice es un disvalor. Aclaremos que estamos refiriéndonos a necesidades básicas y normales, comunes a todo ser humano.

Manifestado un valor a partir de la experiencia concreta, se convierte en abstracción u objeto ideal, de naturaleza lógica, que permite que dichos valores sean objeto del discurso racional intersubjetivo basado en las necesidades humanas.

Pero más remotamente aún, hay una fundamentación de antropología filosófica, que está en la base de cualquier consideración. Puede partirse del hecho de que *la ley natural* no sólo prescribe a nivel de conciencia moral del hombre, hacer o no hacer cosas, sino que le reconoce *derechos* por el simple hecho de ser persona, no sólo un *medio* sino *fin en sí mismo*. En este poseer derechos, en este ser sujeto de derechos, en este derecho a ser respetada, la persona descubre su dignidad. Y ésta es comprensiva también de correlativos deberes morales.

En el presente trabajo se toma la expresión "ley natural" como idea heredada del pensamiento clásico y cristiano, sin significar esto que caigamos

en una fundamentación religiosa, dadas nuestras pretensiones de universalidad. De esta ley, el ejemplo más claro es Antígona, la heroína eterna del derecho natural, que se opone a las leyes arbitrarias humanas, por acordarse a las no escritas. Lo ineluctable es que existe una naturaleza humana, que es igual en todos los seres humanos, y que éstos tienen una inteligencia por la que obran comprendiendo lo que hacen, lo que a su vez les permite determinarse por sí mismos en orden a los fines que persiguen. Ello significa que los fines del hombre están dictados por su propia constitución natural y él está suficientemente dotado por su naturaleza de la posibilidad de cumplir aquéllos. Esta especie de movimiento circular nos demuestra que existe *“un orden o una disposición que la razón humana puede descubrir, y según la cual debe obrar la voluntad humana para acordarse a los fines necesarios del ser humano. La ley no escrita, o el derecho natural, no es otra cosa que esto”* (Maritain, 1982-67).

Los filósofos paganos y mucho mejor los pensadores cristianos, conocieron ya la existencia de una ley eterna, no escrita, que adscribe al hombre un respeto sagrado, expresado en términos inolvidables por Antígona. Esta creencia es más firme para aquellos que creen en Dios, pero entendemos que basta creer en la naturaleza humana y en la libertad del hombre, para comprender que el derecho natural es algo tan real para el orden moral, como las leyes del crecimiento y la senilidad en el orden físico. Pero con “ser real” no estamos afirmando que esa ley esté escrita en el corazón del hombre y que con sólo abrir la conciencia éste obtenga su certero conocimiento. El único que el hombre tiene a ciencia cierta, es que debe hacer el bien y evitar el mal. Lo demás irá conociéndolo con mayor o menor dificultad; las aberraciones y vicios que el hombre comete nos confirman su debilidad y los accidentes que sufre su recto juicio. No obstante, *las violaciones a la ley natural, que frecuentemente se traducen en violaciones a los derechos humanos, nada prueban contra la ley natural. Los derechos de la persona, así como los valores que sólo el hombre puede captar, se van percibiendo y desarrollando cual a*

través de un interminable parto histórico: el crecimiento de la conciencia moral de algunos hombres o sociedades permite descubrir en forma paulatina estos derechos y sus potencialidades, y *creemos que precisamente el consenso intersubjetivo es el mejor método para extraer estas verdades de la naturaleza humana*. También hemos observado que, a diferencia de lo que ocurre en las ciencias naturales o matemáticas, donde las verdades adquiridas van haciendo de cimientos para las nuevas investigaciones, salvo que un nuevo descubrimiento demuestre su falsedad, lo específico del ser humano es que él puede involucionar permanentemente, cayendo en una suerte de atrofia de su conciencia moral. Y no obstante esta especie de regresividad moral permanente, nada prueba tampoco contra la ley natural.

Por ello es especial obligación de todos los que tienen el manejo de la opinión pública y de las religiones, o de otros ámbitos de discusión, luchar por concientizar de los derechos de la persona a las enteras comunidades.

El corolario que parecería surgir es que mientras dure la humanidad, haya hombres de conciencia sana y la posibilidad de discusión (diálogo social fecundo), el conocimiento de los derechos inscriptos en la naturaleza del hombre seguirá progresando y retrocediendo sin igual. Tenemos la esperanza de un amanecer definitivo para ellos. Y entendemos que pueden ser especialmente aleccionadoras al respecto las interpretaciones constitucionales realizadas por los jueces, que cuando las fundamentan razonable y persuasivamente, logran alto consenso social e inevitable seguimiento, como ya había quedado de manifiesto.

Nos referiremos ahora a la Constitución de Salta por ser más explícita, mas dejando en claro que estos conceptos son asimismo aplicables a la Federal en su implicitud. Nuestra Carta expresa, entre otras ideas, *“con el fin de exaltar y garantizar la vida, la libertad, la igualdad, la justicia y los demás derechos humanos”* (Preámbulo); *“la vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles”* (art. 10); *“todos los habitantes de la Provincia son, por naturaleza, libres y tienen derecho a*

*defenderse y ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad, actividad, prosperidad, intimidad personal y familiar, así como en su propia imagen*” (art. 17: nuestra negrita). Brota de ella un personalismo humanista, un humanismo integral al estilo de Maritain, y esa circunstancia la engasta en las mayores honduras filosóficas. No encontramos dificultad en considerar que tiene su enclave verdadero en cierto personalismo como el desarrollado por Mounier, para quien este concepto no denomina un sistema ni una actitud sino una filosofía cuya afirmación central es la existencia de personas libres y creadoras, de hombres que no pueden ser tratados como objetos. Mounier estima que la primera gran revolución personalista de que se tenga noticia fue el “conócete a ti mismo” socrático. Recuerda a Renouvier, para quien la persona es ante todo el deseo de decir no, de oponerse a todo, de negarse a adherir, de dudar, de resistir al vértigo mental y a toda forma de ser colectiva, ya sea teológica o socialista. Si bien éste es sólo un aspecto, resulta muy importante, porque al menos parece reconocer en el hombre al ser fuerte que es capaz de evitar el holismo y el predeterminismo. De ser capaz de una inspiración de libertad, de autonomía y de dignidad.

El personalismo nos remite a esa amalgama increíble de cuerpo y alma, inmersa en sus circunstancias: *“De sus instintos más primarios, comer, reproducirse, hace delicadas artes: la cocina, el arte de amar. Pero un dolor de cabeza detiene al gran filósofo, y San Juan de la Cruz, en sus éxtasis, vomitaba. Mis humores y mis ideas son modelados por el clima, la geografía, mi situación en la superficie de la tierra, mis herencias, y más allá, acaso, por el flujo masivo de los rayos cósmicos... No hay en mí nada que no esté mezclado con tierra y con sangre”* (Mounier, 1968-12).

Sin embargo, el ser humano necesita acabar con este dualismo dañino “cuerpo-alma” que, con ser griego, en realidad fue falsamente disfrazado con argumentos cristianos.

Algo que singulariza a nuestro *hombre*, es su capacidad doble para romper con su naturaleza, ya que él conoce el mundo que lo devora pero es

capaz de transformarlo, y mientras es el menos armado, también resulta el más potente de los grandes animales. Su broche de oro: es capaz de infinito amor. Y el cristiano agregaría que es capaz de Dios.

Como avalando la necesidad de elevar los derechos sociales a la categoría de los políticos y civiles, *“en todo problema práctico es necesario asegurar la solución en el plano de las infraestructuras biológica y económica si se quiere que las medidas tomadas en otros sean viables. Este niño es anormalmente perezoso o indolente: examinad sus glándulas endócrinas antes de darle sermones. Este pueblo protesta: mirad sus planillas de sueldos antes de denunciar el materialismo. Y si deseáis más virtudes, dadle primero esa seguridad material, de la que olvidáis que si no se la prepara de padre a hijo puede, acaso, perturbar nuestra moderación social”* (Idem, 15).

El ser humano primero debe asumir la naturaleza de la que surge, ya que la explotación de aquélla no debe tender a articular sobre un entramado de determinismos una red de reflejos condicionados; ha de buscar abrir ante la libertad creadora de más hombres y mujeres, más elevadas posibilidades de humanidad. “Tú creaste el universo y lo encomendaste al hombre”. Aquí finca el significado de *producir* como actividad humana esencial. La actividad puede ser una instancia rescatadora y liberadora para la persona, una vez que aquélla se amolda a las exigencias de ésta. Donde reina el primado de lo económico, *bajo aquella condición*, ya hay un primado de lo humano. Sin embargo, la producción sólo adquiere valor por su más alto fin del advenimiento de un mundo de personas. Ese valor no proviene ni de la organización de la técnica, ni de la acumulación de productos, ni de la mera instalación de la prosperidad. Sólo así acotada, la actividad productiva del hombre tiene profundo sentido. Éste cae cuando la técnica se come al hombre, lo extraña de sus semejantes y lo despersonaliza.

Asumida naturalmente, la persona recorta su segundo aspecto: ser una instancia abierta a la comunicación: *“Cuando la comunicación se rebaja o corrompe, yo mismo me pierdo profundamente: todas las locuras manifiestan*

*un fracaso de la relación con el otro -alter se vuelve alienus, yo me vuelvo a mi vez, extraño a mí mismo, alienado-. Casi se podría decir que existo en la medida en que existo para otros, y en última instancia ser es amar” (Mounier, 1968-20: resaltado original). Porque ser es salir de sí, comprender, asumirse, ser generoso, ser fiel.*

Si al prójimo se lo trata como a un ausente o un catálogo de informaciones para nuestro uso personal o como un instrumento, se está desesperando de él, haciendo de él un objeto. En cambio, el hombre-soporte de los derechos humanos es aquel al que se toma como un sujeto, ser presente al que se reconoce indefinible, inclasificable e inagotable, ser henchido de esperanzas y sueños, al que se da crédito. Y en todo ese orbe humano aparece el Derecho en forma privilegiada (un Derecho, sostenemos, impregnado de derechos humanos): *“La ciencia y la razón objetivas son soportes indispensables de la intersubjetividad. Asimismo, el derecho es un mediador necesario. Frena el egoísmo biológico, garantiza la existencia de cada uno, asegura en la jungla de los instintos y de las fuerzas el mínimo de orden y de seguridad que permitirá los primeros injertos del universo personal. Es necesario tener conciencia a la vez de la necesidad absoluta de estas mediaciones y de su insuficiencia para asegurar una plena comunidad personal” (Idem, 24).*

Sacando al hombre de la miseria fisiológica y social, se lo puede conducir a los valores superiores. Para que acceda a ellos, el Estado, la sociedad, deben facilitarle los medios. Y al hombre debe *educárselo para una pasión por la libertad* (particularizada en el respeto de las libertades), entendiendo que “educar” no es “hacer” sino “despertar” personas, ya que, por definición, una persona se suscita por *invocación* y no se fabrica por *domesticación*.

Este *universo abierto* que hemos descripto es el ser humano, y no obstante parecemos una conceptualización suficientemente completa como para erigirlo en el pivote de los derechos humanos, agregaremos aún un dato que lo

caracteriza y a nuestro modo de ver lo ilumina de un modo especial: él es el único ser que tiene hambre desesperada de eternidad, y eso lo sacraliza de una forma insoslayable. “... *La filosofía de los derechos humanos sirve, cuando es favorable al personalismo humanista y a los derechos personales, para inspirar y vertebrar al derecho de los derechos humanos, porque da razón filosófica del origen, del fundamento, de la función y del fin de los derechos humanos y porque suministra la ideología y el plexo de valores fundamentales a encarnar en el derecho*” (Bidart Campos T II, 1991-111). Conviene que esta vertebración armonice la Constitución Federal (con la que ya probó la local ser compatible) con los tres Pactos americanos de Derechos Humanos: “*En el caso argentino, la filosofía de estos tres tratados es perfectamente afín y compatible con la que en materia de derechos y garantías compone el techo ideológico de nuestra Constitución, de forma que el ingreso de aquéllos al orden jurídico interno ha venido a acompañar -con acrecimiento y reforzamiento- a la parte dogmática de la codificación constitucional sin desfigurarla*” (Idem, 113).

## CAPÍTULO IX

### PROBLEMAS RELEVANTES EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

No es herejía sostener que el intérprete debe fincar un poco más su atención en los fundamentos económicos de la democracia. Ha sido objeto de especial estudio el hecho de que lo socioeconómico y el constitucionalismo guardan honda relación entre sí, dado que los sectores de ingresos bajos se impacientan por obtener rápidos logros, sin importarles el respeto por los procedimientos adecuados. Al inicio de esta obra se ha dado un vistazo sobre el drama socioeconómico argentino de hoy, con un planteo explícito de estado de malestar y con la opinión (que es la generalizada entre los estudiosos del país) de que debe ser objeto de concientización en toda la sociedad argentina la necesidad de dar a los derechos sociales (que comprenden los económicos y culturales) un rango igual al de los derechos civiles y políticos.

Cubiertas las necesidades radicales (materia de los derechos de segunda generación -socioeconómicos-), la democracia puede comenzar a ocuparse del desarrollo de las libertades (materia de los derechos humanos de primera generación) y, por último, como un coronamiento, de los derechos de tercera generación, que ya presuponen una inserción social valiosa del hombre. Esa nueva generación de derechos se particulariza en la defensa del medio ambiente sano, el desarrollo, el patrimonio cultural común de la humanidad y la paz. Se dijo: *“Es necesario reafirmar que existe una estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, y la de los derechos civiles y políticos, ya que ambas categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona, por lo cual una y otra categorías exigen una tutela y promoción permanente, con objeto de lograr su plena vigencia, sin que pueda justificarse*

*el sacrificio de uno en aras de la realización de otros*” (Bidart Campos T III, 1991-147).

Haciendo memoria de la introducción a este libro, vendrá bien averiguar si la Constitución normativa aún conserva su relevancia, y ello impone determinar sus dos dimensiones: la axiológica, que se refiere a todos los principios valorativos básicos de la moralidad social, génesis a su vez de los derechos fundamentales, y otra que abarca los procedimientos para la toma de decisiones básicas de un país. En lo atinente a la primera, nos hemos exployado suficientemente para probar en qué filosofía encaja la Constitución Federal: concluiremos que el ideario al que ella responde la hace relevante. Igual cabe decir de la Constitución local.<sup>20</sup>

En el segundo aspecto mencionado habrá que admitir que cuando esos procedimientos permiten superar las diferencias sustantivas obteniendo la solución pacífica de los conflictos sociales, y produciéndose en conexión con los derechos fundamentales, son también legítimos y abonan la relevancia social de la Carta Magna.

Queda en claro que la Constitución en tanto práctica social no es autosuficiente para justificar las otras normas del sistema ni para convalidar las decisiones tomadas en base a ellas. Cuando la sociedad desobedece la Constitución y las normas infraconstitucionales, es generalmente porque estima que la primera es superflua y ello sólo acontece cuando los *principios morales* que justifican las acciones o decisiones no coinciden con la práctica (y entonces son irrelevantes), o cuando coinciden (y pecan así por superabundantes). Impacta también la posibilidad de una *anarquía* en la que podría caerse si debiéramos recurrir directamente a principios morales para justificar las prácticas sociales. En cambio, *parece que la relevancia de una Constitución normativa surge del hecho mixto de ser un producto histórico objetivado en textos prescriptivos, mas al mismo tiempo derivado de un procedimiento legítimo*. Por ese mismo motivo, no habrá verdadera relevancia

---

<sup>20</sup> Esto es así también luego de las reformas nacional de 1994 y provincial de 1998.

si el procedimiento, por más legítimo que sea, no es fuente de subsecuente práctica social, referencia que trae reminiscencias sobre la necesidad de que normatividad y normalidad sociales se adecuen.

Supuesto entonces que la Constitución normativa se cualifica cuando se convierte en práctica o convención social, el constitucionalismo que de ella emane, mínimamente ha de comprender el respeto a los derechos individuales básicos, a los procedimientos de toma de decisiones y la práctica o convención institucional de la sociedad: una Constitución será sobresaliente si configura una verdadera convención fundamental que encierre el acuerdo entre múltiples sectores acerca de cómo distribuir el poder monopolizador de la coacción estatal, y acerca de los límites que el Estado debe guardar frente al individuo.

Un problema interpretativo primordial que ofrece la Constitución es el de las *indeterminaciones radicales*, es decir la aparente cantidad de soluciones que aquella proporciona para un caso dado. Esta paradoja se supera (al menos para nosotros) cuando, luego de vivenciada la contradicción, el juez la aparta y elige la solución jurídica cuyo sentido se muestra como inmanente al caso.

### **En camino hacia la humanización constitucional**

Derechos constitucionales son, obviamente, derechos jurídicos en primer término, ya que provienen de un ordenamiento. Tienen su imprescindible correlato en multitud de deberes. Pero cae de su peso que la mera formulación de aquellas normas jurídicas es insuficiente para justificar acciones o decisiones que invocan derechos constitucionales; conviene recurrir a los principios de moralidad social y concluir que los derechos constitucionales son derechos morales (con sus características de autonomía, superveniencia, finalidad, etc.). De manera que el concepto normativo del derecho impone a los jueces en su tarea interpretativa el obvio deber moral de reconocer la existencia de normas jurídicas que portan aquellos derechos

constitucionales.

Pero disfrutar de esos derechos impone a su vez reconocer que existen prerequisites de goce, configurados por capacidades que permiten al beneficiario ejercerlos: a la par de un buen desarrollo del sistema nervioso, la mínima capacidad de tomar decisiones. Aquí entramos en la órbita de los derechos humanos, que tienen vigencia dentro del país y fuera de él y que son *erga omnes*, incluyendo al Estado.

### **Los derechos humanos primordiales**

Se habló del principio liberal de autonomía de la persona, que presupone la vida, la integridad psicofísica y la libertad de movimientos. Ya sea en forma implícita o explícita, estos derechos se encuentran receptados en las Constituciones federal y salteña y aún hoy, cuando se habla de los derechos humanos en nuestro país, se presentizan tremendas imágenes de una masiva violación de todos ellos, tanto por la subversión guerrillera como por el terrorismo estatal, lo que presupuso olvidar que los seres humanos eran fines y no medios. Tomar como medio a un hombre es confesarse que su muerte no importa, si beneficia a la comunidad. Y el liberalismo actual, impregnado del sentido de la dignidad humana, es contundente al afirmar que el bien común al que debe naturalmente tender el Estado, nunca puede pisotear un derecho legítimo de un particular, mucho menos su vida o su salud.

La vesania que ganó a los órganos represivos estatales y, antes de ello, a ciertos ámbitos subversivos de la sociedad, tuvo, no obstante, breves chispazos de cordura, como cuando la Corte en 1981 (“Montenegro”) negó valor de prueba o de indicio a la confesión judicial extraída con tortura; o como cuando en 1977 (“Zamorano”) consideró que el órgano político debe justificar específicamente las razones de cada arresto. Hubo otros pocos casos, volumen modesto si se lo compara con la magnitud del fenómeno ocurrido.

Desde 1983 la CSJN alumbró fallos señeros en “Videla, Jorge y otros”

y “Bignone”, en favor de la protección del derecho a la vida humana.

La Carta salteña de 1986 impone efectuar un examen psicofísico al detenido, en forma inmediata (art. 19, 3er. párr.), y proscribire en el último párrafo las torturas y tratos inhumanos.<sup>21</sup> El convencional Castiella justificó su inclusión doblemente: *“no sólo se trata de garantizar la integridad física y psíquica de un detenido... sino que sirve también para el propio funcionario policial, quien no podrá ser acusado como comúnmente sucede, de apremios ilegales...”* (Diario de Sesiones T 2, 1987-425).

La Corte salteña también defendió los derechos primordiales, por ejemplo en “Recurso de Amparo de Raúl Moisés Fathala”, el 09/08/91: *“Los jueces están llamados a intervenir cuando cualquier autoridad usando de las facultades que le son privativas, actúe arbitraria u opresivamente, violando las normas establecidas en la Ley Fundamental, pues no se puede dejar sin el amparo de los Tribunales a los valores supremos que el sistema institucional sirve: la libertad y la dignidad del hombre; como que, precisamente, el instituto de separación de los poderes reconoce como finalidad última asegurar la protección efectiva de la libertad individual”*.

La Constitución salteña (en concordancia con la CADH)<sup>22</sup> protege la vida desde la concepción, lo que hace decir a Carlos Nino que esa norma no es consistente con una práctica liberal, desde que implica interferir profundamente en el cuerpo de la mujer y en la seguridad de la persona. No estamos de acuerdo. En primer término, porque el principio de dignidad de la persona hace que ésta deba hacerse cargo de las consecuencias de sus propias decisiones y, en segundo, porque en última instancia, concebido un hijo -en situaciones normales- ya no se trata sólo de la felicidad o comodidad de una mujer, o de la oportunidad o inoportunidad de su maternidad, sino de otro ser humano que debe ser también protegido. Analizado este párrafo subrayado 29

---

<sup>21</sup> La norma se mantiene en la actual (1998).

<sup>22</sup> En cuanto a la C.I.D.N. (Convención sobre los Derechos del Niño), si bien el art. 1º no parece pronunciarse por la protección desde la concepción, el párrafo 9 de su Preámbulo impulsa a interpretar que sí.

años después de su escritura original, es necesario hacer algunas precisiones. Lo expuesto tuvo que ver con la convicción religiosa y personal que por entonces sustentábamos. Nuestro posterior acceso a la Fiscalía Civil (1996) y el transcurso de la vida nos llevaron a pensar a veces de otro modo. O sea que, hoy, concordamos con el Dr. Nino en su apreciación teórica. Además, nobleza obliga a confesar que en 2009 escribimos una tesis sobre aborto, considerándolo viable. En la actualidad, Argentina cuenta con la ley 27.610, de IVE (interrupción voluntaria del embarazo).

Otro caso en particular interesante es “Saguir J. Dib” (1981), donde la CSJN se pronunció sabiamente. Un niño había recibido el riñón de su madre y lo había rechazado, quedándole como única posibilidad recibir el de su hermana de diecisiete años y meses (exigiendo la Ley 21.541 la edad de dieciocho). Pese al consentimiento de la jovencita y de sus padres para la ablación, en primera y segunda instancias la autorización se negó. La Corte captó el conflicto entre los valores (derechos humanos) “vida” del niño e “integridad corporal” de la hermana, vio la prevalencia del primero y que se jugaba el afianzamiento de la justicia, valoró la protección familiar, la solidaridad familiar e inventó algo novedoso: que el consentimiento de la adolescente podía integrarse con el de sus padres. Nino aplaude la solución pero no los fundamentos, pues entiende que la única razón suficiente que debió atenderse para resolver el conflicto axiológico, fue la intención del legislador o *ratio legis*, que cuando fija como límite mínimo dieciocho años es porque presume cierta madurez a esa edad, pero como en autos dicha madurez y el discernimiento habían resultado probados por las pericias practicadas en la joven, hubiera sido irrazonable sacar del ámbito de la ley un caso evidentemente comprendido si los jueces se hubieran atendido a la ciega letra legal. Nino también ha querido ver en estas referencias a la solidaridad y protección familiar una reminiscencia del corporativismo que se opone al liberalismo democrático, por ser tomada la familia como un organismo. Escuchemos una opinión diferente: “*Y entre medio de esos dos derechos,*

*intercala otro principio constitucional, que no está incorporado en vano al art. 14 bis, y que no es inocuo ni estéril: la protección integral de la familia. La Corte exprime al máximo la constitución, hasta hacerle surtir todo el zumo benéfico que viene desde su raíz, desde su preámbulo. Y la protección del núcleo doméstico más íntimo y natural -padres, hijos, hermanos- sirve para dar en la tecla de la solución justa: la vida en peligro de un hermano, la integridad corporal de su hermana que le dona un riñón, se concilian autorizando el trasplante para preservar la integridad familiar” (Bidart Campos, ED. 91-264).*

Antes de opinar, vamos a recurrir otra vez a las enseñanzas personalistas de Mounier. Luego de afirmar que en materia humana no existen clasificaciones lineales, éste hace ver que la sociedad familiar, además de los aspectos carnales que la hacen “familia”, tiene la característica de ser una de las más espirituales sociedades que existe. Mientras unos llegan a idolatrarla<sup>23</sup>, otros se van al extremo contrario. *“Es ante todo una estructura carnal, complicada, raras veces enteramente sana, que esconde innúmeros dramas individuales y colectivos por sus desequilibrios afectivos internos. Aun cuando sea sana, un horizonte carnal limita a menudo su espiritualidad. Pero en cambio le comunica esa densidad y esa luz íntima que es su poesía propia./ “Es una célula social, la primera de las sociedades del niño; allí aprende éste las relaciones humanas, las mantiene luego cerca de su corazón, y ésta es su grandeza; sin embargo, es también su debilidad: en ella las personas carecen a menudo de la distancia necesaria a la intimidad y se ven amenazadas en su vitalidad espiritual por la usura del hábito y las pasiones de la tribu... / “Su pasivo es pues pesado y prohíbe toda idealización excesiva.../ “Pero la familia no es sólo una utilidad biológica o social, y defendiéndola únicamente en su aspecto funcional, muchos pierden su sentido. Éste consiste en ser el punto de articulación de lo público y lo privado, en unir cierta vida social a cierta intimidad. Socializa al hombre privado e interioriza las costumbres. Por este*

---

<sup>23</sup> Caen, así, en el vicio de *familismo*.

*papel de mediadora es el nudo capital del universo persona*” (Mounier, 1968-59/60. Nuestra negrita).

Así entendida la familia, asumiendo sus defectos y sus excesos, y sin caer en la tentación de considerarla como una corporación, debe ser defendida por el Estado en la medida en que éste no avance sobre la moral personal o autorreferente. El corporativismo toma a los “cuerpos” o “grupos” como unidades morales básicas *irreductibles* a los seres que la componen. Estimamos que no es el sentido que la Corte dio a la frase “teniendo en cuenta la protección del núcleo familiar”, pues en la normalidad de los casos, cuando se habla de “proteger a la familia” se lo hace para proteger en realidad a cada miembro que la compone, y no tiene sentido cuidar a la familia si no es para que sus integrantes logren la felicidad. Creemos que fue acertada la óptica de la Corte y creemos que esta misma es la de la Constitución local en su art. 31.<sup>24</sup>

*Siendo imposible abordar aquí, en extensión y profundidad, todo lo referido a derechos humanos en los ámbitos nacional y provincial, en adelante se tocará puntualmente sólo algunas normas o situaciones constitucionales referidas a aquéllos.*

---

<sup>24</sup> Hoy, art. 32: “La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. Los poderes públicos protegen y reconocen sus derechos para el cumplimiento de sus fines”.

## CAPÍTULO X

### ALGUNAS LIBERTADES Y DERECHOS

#### Libertad de movimientos

Nos interesa poner de manifiesto que, en materia de libertad de movimientos, muy relativa ha sido tradicionalmente su protección en la interpretación de la CSJN, debido a criterios cambiantes. Tal vez una jurisprudencia preocupante pueda acotarse en el caso “Pía”, en donde se afirmó que las decisiones sobre excarcelación y prisión preventiva son ajenas a la revisión de constitucionalidad por la Corte salvo excepciones, y en el caso “Aguilera”, en que consideró que para que la excarcelación pueda ser materia de recurso extraordinario debe ir unida a otra cuestión federal; jurisprudencia probablemente mejorada en “Instituto Nacional de Reaseguros”, donde se reconoció la raigambre constitucional de la excarcelación. Huelgan los comentarios, luego de todo lo que se ha hablado sobre la *libertad, prius del hombre y del derecho*.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> La Constitución Nacional de 1994 consagra la *acción de habeas corpus* en su art. 43, cuarto párrafo: “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus será interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio”.

La Carta Salteña de 1986 ya había consagrado el *habeas corpus* en su art. 86 y la de 1998 lo ha conservado bajo el número 88.

## **Libertad de expresión**

Más que esta denominación, tal vez hoy convendría hablar de “libertad de información”, definiéndola con Fernández Areal como el conjunto de normas jurídicas que tiene por objeto la tutela, reglamentación y delimitación del derecho de obtener y difundir ideas, opiniones y hechos noticiables. Dos motivos justifican suficientemente la libertad en análisis: que permite la *promoción de la autonomía personal* (usando los medios de difusión y el derecho a expresarse, para buscar esparcimiento, satisfacción de preferencias individuales, educación), y que *enriquece el debate público*. Es obvio que, para poder elegir planes de vida y medios para llevarlos a cabo, el hombre requiere de información; debe poder escuchar, leer y comentar. *Y en lo tocante a la herramienta democrática del debate público, única que alimenta y hace crecer a los pueblos, se nutre de estas libertades (expresión, información)*. Si la autonomía de la voluntad (como se particularizó en este párrafo) entra en tensión con la instancia de debate público, quizás pueda racionalizarse la concreción de ambos aspectos reservando espacios en los medios de difusión para los dos usos.

Un liberalismo igualitario debe garantizar el acceso a los medios de prensa (escrita y oral) en las mayores condiciones de igualdad posibles. Pese a todos los problemas que este tema plantea, un intérprete constitucional comprometido con el hombre y la democracia como medio para la promoción de aquél, no puede menos que proteger este derecho, que sí deberá ceder frente al derecho de intimidad, la reputación ajena, la seguridad nacional, el orden público, la moral pública, la protección de la infancia y la adolescencia en espectáculos públicos (siempre según la razonabilidad y la prudencia judicial). Pero a la vez no puede ser restringido ni por censura previa, ni de manera solapada, como por ejemplo por restricciones en el control del papel, de las frecuencias radioeléctricas o de aparatos (art. 13, incs. 2, 3 y 4 Convención

Americana sobre Derechos Humanos).<sup>26</sup>

En lo tocante a la tendencia a suprimir la libertad de expresión frente a la invocación de daños por terceros, el juez tendrá por norte que ese daño provocado por el ejercicio legítimo de aquel derecho deberá provenir del *contenido* y no del propio *acto* de expresión. El contenido puede referirse a revelación de secretos de estado o a difamaciones, pero nunca podría consistir en la mera consideración, por el tercero, de que la idea sustentada (o la creencia o actitud difundidas) son disvaliosas o falsas. Tal vez sea prudente recordar aquí un concepto de Rossetti, quien, al definir la democracia, decía que por antonomasia ella lleva en sí el germen de su propia destrucción.

Ese germen es el pluralismo tolerante que admite la expresión de cualesquiera ideas, inclusive en contra de ella. Quizás aquí finque la necesidad de una responsabilidad ciudadana que cuide de la democracia. Esta misma necesidad de cuidarla impone, a nuestro parecer, el contenido del art. 13, inc. 5, del Pacto de San José, que prohíbe la propaganda a favor de la guerra y la apología del odio racial, nacional o religioso. Permitirlo sería desbordar los cauces de una sana democracia liberal. Además, la verdadera sustancia de una democracia social de derecho está impregnada de derechos humanos, siendo uno de ellos (de tercera generación) *el derecho a la paz*. Y la paz no admite ni desea odios.

### **Libertad de conciencia y de cultos**

Están reconocidas en ambas constituciones, pero surge una clara antinomia frente al “sostenimiento” (art.2º, C.N. y 11, C. Salta) del culto católico.

Derivando esta libertad de la autonomía de la persona, nadie podría

---

<sup>26</sup> El art. 23 de la Constitución de Salta de 1986 (mantenido en la reforma de 1998) consagraba el derecho de libertad de expresión, difusión oral o escrita e información, reconociendo el *derecho de réplica* y sometiendo los delitos cometidos en uso de esta libertad al Código

invocar frente a ella un daño que meramente consistiera en la intolerancia frente a ese culto.

La democracia social y liberal sustenta en su base la teoría de la separación institucional: no interferencia de las iglesias en cuestiones políticas, ni viceversa; un modo de decir: “Al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”. Por ende, el Estado debe tolerar los cultos (principio libertario), no proteger más a una iglesia que a otra (principio igualitario) y ser pluralista (principio neutral).

La libertad de cultos (art. 14, C.N.) choca con el art. 2, tal como se dijo ya, con el 76<sup>27</sup> (que exige la confesionalidad del presidente de la Nación) y con el art. 67, inc.15)<sup>28</sup> (que promueve la conversión de los indígenas al catolicismo).

Respecto del artículo que prescribe el sostenimiento del culto católico, transcribimos las palabras del convencional constituyente salteño, Dr. Saravia Day, a las que adherimos sin vacilación: *“Como ciudadanos de un país en cuya constitución se consagra la libertad de conciencia ante la ley, consideramos que es arbitrario destinar la recaudación de los contribuyentes de diferentes creencias, al sostenimiento y difusión de ningún culto en especial. Que los feligreses de dicha religión sean mayoría no autoriza tal actitud pues la democracia es el gobierno de las mayorías respetando las minorías. Como cristianos, también nos sentimos afectados al ver cómo en nombre de Jesús se proponen cosas que Él no hubiera vacilado en condenar... cuando mandó a sus discípulos a difundir su doctrina por el mundo, no pensó que podría valerse del estado para tal fin, todo lo contrario, es una de las pocas religiones que nace divorciada, del poder temporal, guardando con éste distancia suficiente para no caer en el colaboracionismo ni en la sedición... Es por ello que*

---

Penal.

<sup>27</sup> El actual art. 89 de la C. Argentina (que remite al 55) ha suprimido el requisito en cuestión.

<sup>28</sup> El inc. 17 del art. 75 de la Constitución de 1994 ha reconocido la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando el respeto a su identidad, que por supuesto incluye sus propias creencias religiosas, con lo que ha quedado purgado el vicio de intolerancia criticado.

*tenemos necesidad de mistificar la Iglesia y secularizar el Estado”* (Diario de Sesiones T 2, 1987-326/327).

Obviamente, son opuestos al liberalismo democrático que afirmamos, los conceptos que durante aquel debate de la Convención Constituyente vertió el convencional Luis Adolfo Saravia, quien por el argumento de la ubicación sistemática del art. 2, sostuvo que la protección del culto católico formaba parte de los principios constitucionales básicos argentinos, siendo este principio que encierra una disposición *política* (sic) suprema, un principio declarativo general que se impone a las provincias como parte de la garantía federal del art. 5º, C.N.. Y la convencional Giacosa citó palabras de Roosevelt en el sentido de que podría dominarse a Latinoamérica si se quebrara la unidad del culto católico. No creemos en este tipo de opiniones radicales o en opiniones que al menos están muy sujetas al termómetro de la historia. Hoy Latinoamérica está quebrada por la voracidad de la política económica externa de ciertos países y por la irresponsabilidad de quienes contrajeron las deudas externas, pero el quiebre que experimenta el catolicismo no pasa por la libertad de cultos sino por su falta de respuestas. Mas, lamentablemente, la antinomia nacional se repitió en el último párrafo del art. 11 de la Carta salteña: *“El Gobierno de la Provincia coopera al sostenimiento y protección del culto católico, apostólico y romano”*.<sup>29</sup>

Pensamos que la Iglesia Católica no puede aceptar la mano temporal del Estado; Jesús es contundente cuando da al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios.

Planteado el caso, el intérprete deberá resolver por la justicia, que evidentemente señala hacia el pluralismo en materia de cultos, y deberá apartar la norma inconstitucional y aplicar la congruente con la filosofía democrática de la Constitución.

En cuanto al dato de confesionalidad del presidente de la República, se prevé eliminar este requisito en la reforma inminente de la Constitución

---

<sup>29</sup> Y se mantuvo en el tercer párrafo del actual art.11.

Nacional.<sup>30</sup> Salta, en su art. 138, no ha exigido la pertenencia a la Iglesia Católica para ser gobernador.

### **Derecho a la educación**

Esta derivación del principio de autonomía personal es importantísima, pues precisamente prepara al hombre para elegir planes de vida e ideales de bien y los medios para materializarlos. Un pueblo educado igualitaria y libertariamente contribuye, a la larga, al mejor desarrollo democrático. Un adulto bien formado es uno que desde su niñez ha recibido una educación de este tipo (aclarando que la educación es mucho más amplia que la instrucción, pues comprende a ésta, pero además es formativa de *personas*).

La cuestión sobre quién, cómo y dónde educar ha sido arduamente debatida, pero parece un sólido punto de equilibrio considerar que los padres tienen derecho a elegir la educación de su prole (inclusive la religiosa) y el Estado debe proporcionar los medios. La Constitución salteña reconoce que la educación es deber de la familia y la sociedad (art. 46), y que es pública, gratuita, común, asistencial y obligatoria en el nivel que fije la ley, *debiendo promover la capacidad crítica del educando*, garantizando la libre elección del establecimiento y el derecho de padres o tutores a que los educandos reciban en la escuela pública la educación religiosa de acuerdo con sus propias convicciones (art. 48).<sup>31</sup> El Estado podría, en definitiva (y a través de la actuación de los jueces) medrar en la decisión o acción de los padres o tutores

---

<sup>30</sup> Lo que efectivamente ocurrió, como se vio en una nota anterior.

<sup>31</sup> Constitución salteña de 1998. Art 47: "La educación es un derecho de la persona y un deber de la familia y de la sociedad, a la que asiste el Estado como función social prioritaria, primordial e insoslayable". Art. 48: "El fin de la educación es el desarrollo integral, armonioso y permanente de la persona en la formación de un hombre capacitado para convivir en una sociedad democrática participativa basada en la libertad y la justicia social". Vale acotar que tanto la Ley Federal de Educación (24.195) como la Provincial respectiva (6.829) desarrollaban -al menos desde su discurso textual y oficial- estos principios constitucionales. La ley de educación argentina posterior (26.206), de 2006 – derogatoria de la 24.195- insiste en dichos principios, al igual que la salteña 7.546, de 2009.

sólo en caso de que éstos restringieran indebidamente los básicos derechos de sus hijos (ponderación que ha de ser prudente como toda tarea judicial), o si aquéllos fueran coartados o impedidos por los docentes o las propias autoridades escolares.

Hoy la educación pública tiene un ámbito más extenso pues comprende la del adulto.

El convencional Raúl Román señaló que al sistema educativo corresponde especialmente contribuir a la recomposición ética de las relaciones sociales, para posibilitar la base mínima del consenso entre los diversos sectores, lo que hará factible la formulación de un proyecto verdaderamente nacional (Diario de Sesiones, T 3, 1987-522).

A la socialización primaria que deriva de la pertenencia a una familia, debe sobrevenir la socialización secundaria que se obtiene por el contacto con otras instituciones, entre las que se destaca relevantemente la escuela. Y en ella debe impartirse la educación crítica que evita la masificación y la pérdida de identidad.

Argentina ha sufrido embates contra la educación en especial durante los gobiernos militares, y con más agudeza se ha notado en las universidades, con vaciamiento de las bibliotecas e imposición de contenidos perfeccionistas, amén de severas restricciones a la libertad de cátedra. Lo cual no tiene nada que ver con que el Estado imponga legalmente ciertos requisitos intelectuales (y de resultado) para el ingreso a las universidades (siempre y cuando no sean discriminatorios). Está bien y es constitucional que el Estado decida invertir en estudiantes con condiciones mínimas de capacidad y con mérito suficiente para arribar a la conclusión de sus estudios universitarios. La igualdad se satisface con posibilitar el ingreso a las facultades, y el hecho de que el estudiante no logre un título no hace discriminatorios los requisitos exigidos previamente, aunque al fracasar en sus estudios el interesado no pueda cumplir el plan de vida que se haya propuesto. Así, el *mérito* se convierte en objeto de respeto.

La Corte de Salta ha defendido magistralmente el derecho a la edu-

cación, *in re* “Recurso de Amparo presentado por Defensor Oficial N° 6 por Marta Molina de Guantay c/Autoridades Educativas”, en 1988.

### **Derecho constitucional a la felicidad**

Durante la discusión de la Convención Constituyente, el Dr. Luis A. Saravia citó a Sampay en estos términos: *“La felicidad es el estado de la persona cuando disfruta de salud vital, posee las cosas que la liberan de las necesidades materiales y practica tanto las virtudes intelectuales adquiriendo la verdad, como las virtudes morales obrando conforme al bien. Y de esta idea de la felicidad como supremo bien humano se extrae el concepto de justicia, que es un valor subalterno con respecto a la felicidad pero de ineludible realización prioritaria pues su finalidad es lograr que cada ser humano tenga los bienes exteriores necesarios para estar en condiciones de alcanzar la felicidad; y para efectuar la justicia precisamente, se constituye la comunidad política./ “Comienza así a armarse la cadena de secuencias que vinculan a la felicidad con el bienestar, y a éste con la disponibilidad de los bienes cuyo reparto debe ser justo”* (Diario de Sesiones T 1, 1987-111).

Refiriéndose también a este derecho a la felicidad, el convencional Piorno describía el derecho a la salud como el concepto global de bienestar físico, mental y social, y citaba a Helder Cámara recordando que el primer derecho humano es conocer sus derechos, y el derecho a la salud, en primera y última instancia es el derecho a la vida, a la alimentación, a la educación, a la cultura, a la vestimenta, a la vivienda digna, a la recreación, al trabajo dignamente remunerado; en fin, es el derecho legítimo inalienable de todo ser humano a la felicidad (Diario de Sesiones T 2, 1987-492).

No obstante, este derecho a la felicidad no ha de pensarse como una herencia que el súbdito deba cobrar del Estado, sin méritos de su parte. La búsqueda de aquel bien que llena una meta a alcanzar por todos aquellos hombres que conviven en una sociedad civil, presupone el respeto al principio

social de solidaridad: *“señalamos la existencia de una sociedad civil, en donde la persona despliega sus actividades y potencialidades, pero sujeta a elementales reglas de solidaridad y de benevolencia con respecto a sus semejantes... sujeta por los deberes de alto contenido ético de la solidaridad y la justicia social a partir de los cuales el hombre deja de ser el lobo del hombre para convertirse en amigo del hombre”* (Diario de Sesiones T 1, 1987-107). Esta solidaridad impone una valla infranqueable a los derechos absolutos: *“[h]a quedado definitivamente atrás la etapa del egoísmo individualista antisolidario. Hoy no se concibe la práctica de un derecho sin el necesario correlato del deber ante los demás, es decir, ante la comunidad. El goce de la libertad es imposible sin el respeto recíproco entre los hombres”* (Idem, 121).

La solidaridad impone el respeto de los derechos ajenos y el cumplimiento de los deberes propios para poder lograr un funcionamiento armónico de la vida social, lo que según vimos terminaba traducándose en el ansiado valor de *la paz*, cuya incorporación a nuestra Carta Provincial fue novedosa en el derecho público provincial argentino, al decir de la convencional Dra. Lelia Chaya. *“En esta búsqueda de valores inmanentes a nuestro ser hemos encontrado que los derechos humanos, la justicia social, la solidaridad y la paz, constituyen los pilares en los que se basa la conformación de un nuevo hombre, de un hombre profundamente ético...”* (Idem, 223). Y: *“La paz: nuestro pueblo ama la paz. Ello queda demostrado no sólo con el hecho de que nuestro país nunca ha iniciado una guerra de agresión y sólo ha participado en conflictos bélicos de su independencia, sino por el hecho de que muchos de nuestros compatriotas han sido colosales defensores del derecho a la paz”* (Idem, 226).

La solidaridad nos interesa destacarla especialmente en tres supuestos, aunque aclarando que no son los únicos casos a tener en cuenta. Ellos son: los derechos obreros, los derechos de los docentes y los de los trabajadores de la salud, siendo, los dos últimos, especificaciones del primero, pero mereciendo, por su impacto social, tratamiento particularizado.

Cuando se habla de los derechos obreros, se menciona uno de los dos términos de la relación laboral: el primero es el empleador, generalmente poseedor del capital, dador del trabajo, y el otro es el obrero, prestador del servicio y cuyo capital es su propia energía física y espiritual. La solidaridad impone como pauta de justicia que el empleador remunere correctamente a sus empleados, lo que es parte del trato humanitario que debe brindarles. Pero eso no supone para nada que el obrero o empleado deban esperar porque sí y sin mérito alguno todas las dádivas posibles, justas o injustas, de sus patrones. El dependiente se perfecciona temporal y trascendentemente cumpliendo con dignidad su trabajo y siendo fiel al empleador: a ambos interesa la conservación de la fuente de trabajo y ambos deben propender a un mayor entendimiento que llevará, a la larga, a un mejoramiento personal de ambos y que redundará en la paz y el crecimiento de su comunidad. Por eso debe descalificarse en el intérprete una actitud de *uso alternativo del derecho*, que dé siempre y ciegamente la razón al trabajador; primero, porque esa etapa quedó históricamente atrás y, luego, porque la justicia puede estar de cualquiera de los dos lados y es obligación del sentenciante hacer mérito de ella.

Los docentes, igual que los profesionales de la salud, han dado un juramento que por su alto contenido de servicio social aproxima sus tareas (lo decimos sin temor a equivocarnos) a un verdadero apostolado. Ello no significa que tengan que inmolarsse a los dictámenes de un gobierno injusto o a la usura de los déficits económicos de la república. Ello sí significa que los apóstoles de las aulas y de los hospitales tienen derecho a justos emolumentos y a la consiguiente lucha pacífica cuando corresponde. Pero no pueden, cuando son afectados, añadir a su desjerarquización económica la desjerarquización moral de sus profesiones, abandonando generaciones enteras de argentinos (de saltenos) a las manos de la desidentificación nacional que sobrevendrá de seguro a esta pauperización de la educación y la salud. La huelga corre, es derecho de raigambre constitucional y nadie podría negarla. Pero la

interpretación judicial -si se planteara un caso como éstos- debería afinarse muy especialmente para tener en cuenta si la tan remanida solidaridad social admite una huelga castradora de otros derechos humanos básicos: en definitiva, si la huelga es un derecho absoluto o no frente a otros tan fundamentales como son el derecho a la educación y a la salud. En definitiva, una pauta exegética acorde con la realidad puede obtenerla el juez por comparación: un docente, un médico o un enfermero ya tienen hecha su principal elección y, en última instancia, nada los ata realmente al trabajo actual -supuesto que no obtengan mejoras salariales- y pueden dejarlo; en cambio, los educandos, los niños que desde hace años no han tenido una educación seriamente atendida, han perdido para siempre esa oportunidad, porque el tiempo desperdiciado de la vida no se recupera, sobre todo en lo que hace al entrenamiento intelectual y crítico; ¡cuánto han perdido este pueblo y su democracia!. Y los enfermos, los accidentados, los acuciados por el dolor físico y el abandono moral de quienes debían auxiliarlos, ¿cómo podrán entender que están pagando, siendo inocentes, las consecuencias de una lucha salarial que para ellos *inter alios acta est*? El juez tendrá que vencer la tentación de cerrar los ojos y fallar a ciegas; los nombrados no son siempre las partes débiles y menos favorecidas a quienes la justicia social y la solidaridad deban amparar para lograr el anhelo de la paz social y la felicidad que es casi sinónimo del bienestar.... “*Se reivindica el valor del trabajo considerándolo un derecho y un deber. Se formuló tal aseveración porque se considera que la persona tiene una responsabilidad indelegable en la construcción del Bien Común, y que por lo tanto su participación en esa empresa es inexcusable*” (Idem, 122).

## CAPÍTULO XI

### DERECHO A LA PRIVACIDAD E INTIMIDAD

El art. 22 de la Constitución de Salta<sup>32</sup> ha receptado ampliamente el derecho de privacidad sobre el domicilio, los papeles, los datos privados, la correspondencia epistolar y las comunicaciones de toda índole, consciente como es aquélla de las múltiples agresiones a que un Estado que empieza a tecnologizarse complejamente, puede someter a sus súbditos. Los objetos nombrados se muestran en realidad (en nuestra opinión) como una objetivación de la intimidad o subjetividad del hombre y ello los rodea de cierta sacralidad. Este derecho va de la mano del principio de libertad consagrado en su art. 12, que funciona como principio de legalidad o norma de clausura y fija el punto hasta el cual el Estado y el Derecho deben llegar, más allá del cual habrá invasión de la intimidad y de la privacidad del hombre. Más allá del *cual*, *ya no estaríamos frente a un gobierno democrático sino a uno autoritario. Por otra parte, desde 2017 algunos neurocientíficos y juristas de varios países se encuentran estudiando, y hablando de, neuroderechos, un tema muy específico que amerita comenzar a ser conocido por toda la humanidad y estudiado por todos los abogados, dado su impacto directo sobre el derecho humano de privacidad.*

La lucha del liberalismo con el perfeccionismo se ubica preferentemente en la palestra de la moral subjetiva o autorreferente y, con el fin de ser sintéticos a la par que explícitos, las siguientes citas nos mostrarán un panorama claro de cómo debería / podría ser la democracia argentina. En tal sentido, se ha dicho: *“La posición liberal no consiste en negar que la inmoralidad de un acto es relevante para su punibilidad ni la posición perfeccionista consiste necesariamente en sostener que todo acto que infringe la moral positiva de una sociedad debe prima facie ser penado, sino que versa*

*acerca de las esferas o dimensiones de la moral crítica o ideal que deben ser tomadas en cuenta en las operaciones del derecho: la tesis liberal que hemos examinado es que sólo las pautas de la moral pública o intersubjetiva pueden ser objeto de homologación jurídica, mientras el perfeccionismo sostiene que es misión del estado también hacer efectivos los ideales de excelencia humana o de virtud personal” (Nino, 1992 A-305).*

*Sin embargo, “... el Estado no tiene autoridad para obligarme a reformar el juicio de mi conciencia, como tampoco tiene el poder de imponer a los espíritus su criterio sobre el bien y el mal ni de legislar sobre las cosas divinas, ni de imponer creencia religiosa alguna, sea cual sea. Y por eso, cada vez que sale de sus límites naturales para penetrar, en nombre de las reivindicaciones totalitarias, en el santuario de la conciencia, se esfuerza en violar a ésta por medios monstruosos de envenenamiento psicológico, de mentira organizada y de terror” (Maritain, 1982-81/82).*

Ahondando en el destino del hombre, Maritain nos acerca todavía otros conceptos: *“El primero de esos derechos es el de la persona humana a encaminarse hacia su destino eterno por el camino trazado por Dios. **Frente a Dios y a la verdad**, aquélla no tiene el derecho de escoger a su antojo cualquier camino; debe escoger el camino verdadero, por cuanto está en su poder conocerlo. Pero **frente al Estado, a la comunidad temporal y al poder temporal**, es libre de escoger su vía religiosa, sus riesgos y peligros; **su libertad de conciencia es un derecho natural inviolable**” (Idem, 85. La última negrita nos pertenece; las otras están en el original).*

Normalmente, este tema no ha sido entendido con tanta claridad en nuestro país, al menos. (No encontramos datos de ese tipo en los fallos de la Corte de Salta consultados, de los últimos siete años).<sup>33</sup>

Acciones privadas de los hombres son aquellas que, perteneciendo a su esfera íntima y personal, se distinguen de aquellas que “ofenden la moral pública”. Están exentas de la autoridad de los magistrados, quienes sólo

---

<sup>32</sup> Se ha mantenido dicha norma en la actual Constitución.

podrían intervenir cuando aquellas acciones dañaran la moral pública, el orden público o a terceros. El daño a estos últimos debe consistir en verdadera interferencia o afectación de la autonomía del tercero y no en la molestia o intolerancia que este tercero sienta frente a la libertad y a las acciones privadas ajenas.

Dicha protección tiene especial interés en el área de la sexualidad, aunque no se ve inconstitucional (más bien hay en ello una suerte de paternalismo legítimo) que el Estado pueda controlar las exhibiciones pornográficas por los niños y adolescentes (como dice el Pacto de San José hablando de la libertad de expresión) y también por algunos adultos de particular delicadeza. El área sexual comprende las conductas de homosexualidad, adulterio y anticoncepción (donde sería inconstitucional la interferencia estatal). En cuanto al matrimonio religioso, el divorcio no vincular y la penalización del consumo de estupefacientes, también sería inconstitucional su imposición por el Estado.

En “Montalvo” se penó el consumo, con argumentos perfeccionistas que dio la Corte nacional: *“Especial énfasis puso en este aspecto el Dr. Petracchi, cuando al emitir su ilustrado voto, expresó que ‘la droga es, indudablemente una lacra que produce atroces consecuencias en las sociedades modernas’ y que una de ellas ‘es la de que la diseminación y desborde del tráfico y consumo de estupefacientes ha adquirido un volumen tal y tan descomunal...’ ...La incriminación de la tenencia de estupefacientes, aun cuando ésta fuera para consumo personal, se halla pues dirigida a evitar las consecuencias negativas que para la salud pública pudieran surgir de ese hecho....”* Y el argumento que más espeluzna: *“...tal conclusión no significa justificar la legitimidad de las normas impugnadas, sobre la base de que apartan a los hombres de los actos que pudiera cometer contra sí mismo, a partir de un concepto ético que le es impuesto, sino que conduce a demostrar por qué razón **no debe temerse que el sacrificio de intereses individuales***

---

<sup>33</sup> Considérese que la escritura original de esta obra es de 1994.

*frente al fin colectivo perseguido pueda importar, en éste, la afectación de derechos fundamentales*". Con estos antecedentes del Procurador General, Dr. Oscar Roger, se rechazó la inconstitucionalidad del art. 6, Ley 20.771, y del art. 14, Ley 23.737, que penaban la tenencia de estupefacientes para uso personal. Hubo tres disidencias; sólo haremos mención de un argumento del Dr. Petracchi que, entendemos, da su verdadero relieve a la intervención estatal y a la definición de las acciones privadas: *"En realidad, no es cualquier efecto sobre el mundo exterior lo que autoriza la intervención estatal, sino el daño o el peligro concreto respecto de derechos o bienes privados o públicos, los cuales también deben ser claramente caracterizados por el legislador./ "Una solución contraria llevaría a considerar amparado por la primera parte del art. 19, únicamente al puro acto interno de conciencia, lo que, al despojar a dicha norma de todo contenido tutelar significativo, otorgaría a los poderes públicos facultades omnímodas para regular las conductas de las personas, instaurando así el más crudo totalitarismo.../ "Dichos argumentos se ven reforzados con nuevos datos por recientes investigaciones realizadas acerca de esta cuestión. Así los resultados de un estudio efectuado en California muestran que el intento de control del uso de marihuana a través de la incriminación de su consumo, en lugar de disminuirlo, lo aumentaron considerablemente, llegando incluso a involucrar a los simples consumidores en el tráfico"*.

El juez Petracchi valoró entre otras muchas cosas que penalizar el consumo implica tomar a los seres humanos en su instrumentalidad y no en su finalidad, y que no cuaja con nuestra filosofía constitucional formular tipos penales no describiendo **conductas punibles** sino **características de las personas** (suposición de *persona drogadicta*). Huelgan comentarios, salvo quizás recordar que este fallo data del 11 de diciembre de 1990 y se opone a "Bazterrica", del 29 de agosto de 1986, donde la Corte sentó una doctrina impecable (con otra composición). No se puede reproducir aquí este fallo completo, pero sí los considerandos que hemos estimado más relevantes. Cita

la Corte una serie de investigaciones que consultó antes de emitir el decisorio, informes de distintos entes, como el comité de Expertos de la OMS y el Grupo de Estudios de la OMS sobre la Juventud y las Drogas, el Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, y el Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para la Defensa Social (por un estudio realizado comparativamente entre Argentina, Costa Rica, Nueva York, Japón, Jordania, Italia, Malasia y Singapur).

El considerando 8º es aleccionador: *“Que, sin embargo, en el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva. Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva, en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el art. 19 de la Constitución Nacional aclarando aquellos conceptos. / “La referida norma impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada... Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo quedan fuera del ámbito de las prohibiciones”.*

Y con los informes a los que se aludió (que eran todos negativos frente a la pretensión de penar al consumidor de estupefacientes, y los cuales veían como contraproducente esa mera posibilidad), en el considerando 10º la Corte argumentó que no se encuentra probado que la prevención legal de la tenencia y de la adicción sea remedio eficiente para el problema de las drogas; más bien esa tesis está muy discutida por los que sostienen que la drogadicción tiene orígenes múltiples y que **la única forma de atacarla es corregir las alteraciones socioeconómicas de la sociedad contemporánea.**

Una respuesta penal del Estado a este problema conlleva el riesgo de no tener el efecto moralizador disuasivo que se pretende, y sí puede lograr que,

ante la rotulación social de “delincuente” que reciba el consumidor, éste quede estigmatizado y se vea inducido por la propia ley al accionar delictivo. Por eso, el último considerando expresa: *“Que en este marco -médico-psicológico-, adquiere una singular significación la prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan...”*

Hay otro caso que conmovió a la sociedad nacional, el de la “CHA” o “Comunidad Homosexual Argentina”, que, ante su pedido de personería jurídica a la Inspección General de Justicia, obtuvo una denegatoria que fue luego confirmada por la Corte.

Un párrafo del voto del juez Boggiano nos dará la pauta de la mayoría: *“Una minoría tolerada requiere de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen tolerancia que ya no puede haber mayoría alguna. La democracia requiere un sustento de valores comunes. Y la desintegración de estos valores puede conducir a erosionar la adhesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo”*. Este lamentable pensamiento olvida que **la democracia y el liberalismo no quieren mayorías congeladas**. Pero, además, la Corte sostuvo y valoró argumentos que había manejado la Inspección General para la denegatoria, tales como la ética católica y la defensa de la familia.

Pensamos que la buena doctrina estuvo en las disidencias, que merecen ser traídas, a riesgo de parecer muy extensos, porque reflejan un auténtico sentir democrático, pluralista y liberal.

El juez Fayt (disidente) manifestó que hay *“grupos sociales respecto de los cuales no es apropiada la presunción general en favor de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos, cuando ellos los afectan en sus libertades básicas. Éste es el sentido esencial que se le debe otorgar a lo que se ha dado en llamar el ‘derecho de las minorías’, consagrado expresamente en constituciones modernas y que se induce de*

*diversas disposiciones de la nuestra, como los arts. 16 y 19. En estas circunstancias es adecuado aún rechazar desde la óptica constitucional disposiciones legales previstas para la generalidad y que desatiendan peculiaridades de aquéllas... Una diferente inteligencia de la cuestión tratada, que propugnase el sometimiento de grupos minoritarios a los designios de la mayoría en pos de un alegado objeto comunitario, es doctrina de peligrosas consecuencias. Si su aplicación trasciende los límites del campo político, es susceptible de desembocar, como lo ha demostrado nuestra historia más reciente, en el ultraje inexorable de los derechos más esenciales del hombre. / “La protección consagrada por la Constitución Nacional para la familia no puede ser interpretada con abstracción de otros derechos... Sin embargo, la arquitectura social, para la que es sumamente valiosa la unidad familiar, no puede sobreponerse a las decisiones íntimas. De no ser así, se impondría a los habitantes de nuestro territorio un tipo de vida planificado con el objeto de construir una comunidad dirigida desde el poder, que aniquilaría los derechos individuales... Es claro que la familia que la Constitución Argentina puede proteger no es sino aquella libremente constituida por quienes de modo no forzado así lo deciden... **La familia, núcleo de toda vida social, no es tan frágil como la supone el a quo...** Cuando la Constitución la protege da por supuesta la potencia de los afectos, del amor conyugal, de los sentimientos paternos y filiales y se ocupa de otro orden de amenazas a su desenvolvimiento, de orden material, porque en el moral no lo necesita... Que, por lo demás, la Comunidad Homosexual Argentina, es en la actualidad, una simple asociación civil que será o no sujeto de derecho si se ha constituido en la forma prevista por el art. 45 del Código Civil; y si le faltaran esas condiciones, una asociación de hecho. Es decir, la recurrente no precisó de autorización estatal para su existencia” (nuestra negrita).*

La disidencia del Dr. Petracchi es también altamente docente, pues ya se ubica en el marco internacional de los Derechos Humanos, citando los artículos sobre libertad de asociación del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos (PIDCP) y de la Convención Americana (CADH - Pacto de San José). Parte de correlacionar los derechos de reunión y asociación con la libertad de expresión, a la última de las cuales considera esencial para la democracia y cuyos principios, estima, deben aplicarse a este caso. Luego valora que confirmar la sentencia apelada sería prohijar una postura ética paternalista por parte del Estado, que siempre quedaría legitimado para intervenir frente a decisiones por las que un individuo construye su propio proyecto de vida, argumentando que esas decisiones pueden dañar a quien las adopta: *El Estado no tiene por qué “proteger de sí mismo” al individuo capaz que se comporta de una determinada manera ni al que recibe la información de ese comportamiento; punto éste que cabe destacar en el caso, dados los objetivos de difusión de la problemática homosexual perseguidos por la recurrente*”. El Estado debe proteger las libertades de todos, aunque estime que el pensamiento de la minoría es erróneo... Continúa: *“Por lo expuesto, sólo cuando esté comprobado fehacientemente que el ejercicio de los citados derechos de asociación y expresión interfiera directamente en la legítima libertad de un tercero, ocasionándole un daño concreto, podrá válidamente la autoridad estatal restringir su ejercicio, lo cual no ha de verse como una negación de la libertad, sino como su más efectivo resguardo”*.

Las disidencias transcritas, de “Montalvo” y “Comunidad Homosexual”, como los argumentos de “Bazterrica”, entendemos, van mucho más allá de esos casos porque de algún modo traducen todo el *ideal libertario y democrático de nuestras Constituciones*. Por nuestra parte, adherimos firmemente a esas conclusiones. Si el paternalismo pretende en cierto modo cumplimentar la ética católica, debe contestársele que la Iglesia no puede pedir una mano temporal al Estado para lograrlo; si el mismo Dios nos salva únicamente cuando elegimos esa posibilidad en forma voluntaria, no puede pretenderse que el Estado interfiera en la voluntad del hombre más de lo que lo hace su propio Creador. Es significativo que cuando la Magistratura de la Iglesia Católica habla a los Estados en razón de la cuestión social, no les pide

que injerten normas de moral cristiana en sus súbditos, sino que procuren en justicia un estado de bienestar que posibilite el desarrollo de aquéllos.

La heteronomía -impuesta coactivamente- no puede jamás lograr conductas sinceras; y si el Estado se impone en cuestiones íntimas contra la voluntad libre de sus integrantes, queda abierta la puerta para los desequilibrios sociales, que frustran la paz.<sup>34</sup>

### **Una oportunidad perdida**

El 29/07/88, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “Ángel M. Velázquez Rodríguez”, en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había demandado al gobierno de Honduras por privación de la libertad, violación del derecho a la vida y a la integridad personal del joven conocido como Manfredo Velázquez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, quien había sido apresado violentamente y sin orden de captura por elementos de inteligencia de las Fuerzas Armadas de ese país. La privación de libertad tuvo lugar el 12 de setiembre de 1981, por la tarde, siendo conducido el joven, junto con otros detenidos, a la II Estación de Fuerzas de Seguridad Pública, donde -testigos manifestaron- fue sometido a crueles torturas bajo cargos de delitos políticos y, luego de trasladado al I Batallón de Infantería, prosiguieron los interrogatorios. Pese a todo, los cuerpos policiales y de seguridad reiteradamente negaron su aprehensión. Requerido el gobierno de Tegucigalpa, contestó que ignoraba la suerte del detenido, y luego de innumerables incidencias procesales, la CoIDH declaró por unanimidad que el gobierno hondureño era culpable de violación a la libertad personal, a la integridad física y a la vida del desaparecido y lo

---

<sup>34</sup> Seis años después de escrito este libro (2000), puede observarse que la consideración social de estas problemáticas se encuentra más abierta. Creemos, con Anthony Giddens, que lo ocurrido es que la *intimidación de los individuos* se ha venido transformando (durante todo el siglo XX, pero más aún en su segunda mitad) y ello adquiere un reflejo social y, por eso, jurídico. Por ejemplo, en 2010, en Argentina, se sancionó la ley 26.618, cuyo art. 2 recepta

condenó a indemnizar a su familia.

No obstante este fallo ejemplar, nuestra CSJN decidió, el 16/08/88, en “Olivares c/Est. Nacional”, denegar el reclamo indemnizatorio hecho en Córdoba por Jorge Olivares, que había sido privado ilegítima y arbitrariamente de su libertad, habiéndola recuperado el 21/12/80 y presentado su demanda el 09/03/84. El juez federal de 1ra. Instancia de Río Cuarto hizo lugar parcialmente a la acción, pero, apelada la sentencia, la Cámara consideró que el plazo de tres meses del art. 3.980 del C.C. (*Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses. / Si el acreedor no hubiere deducido la demanda interruptiva de la prescripción por maniobras dolosas del deudor, tendientes a postergar aquélla, los jueces podrán aplicar lo dispuesto en este artículo*) estaba vencido y por lo tanto prescripta la acción. La Corte confirmó este fallo que estimamos injusto: en sus argumentos consideró que la violencia y el miedo que normalmente vician un acto, no pueden ser suficientes para entender que debe postergarse el comienzo del curso de la prescripción hasta que haya cesado el orden institucional durante cuya vigencia actuaron los funcionarios a los que se imputa el acto de la detención, y que la pretensión de que el gobierno configuraba un aparato intimidatorio que hiciera aplicable el art. 4.030 del C. Civil *in fine*, de manera que la prescripción sólo comenzase a correr con la caída de aquél, implicaría poner un paréntesis en la vida argentina, durante el cual el transcurso del tiempo sería inoperante para la tutela de la seguridad jurídica, conclusión no posible sin ley específica que lo imponga.

A diferencia de la amplitud manifestada por la Corte Interamericana, la argentina puso cortapisas con olor a apariencias legales, pero violando el Derecho

---

el matrimonio entre personas del mismo sexo.

en tanto ordenamiento justo. Más lógico hubiera sido reconocer el plazo de prescripción de dos años que brinda el art. 4.030 del C. Civil, a partir del 10/12/83, en que el nuevo gobierno se hizo cargo de sus funciones, es decir que la acción hubiera prescrito el 10/12/85: no olvidemos que fue interpuesta el 09/03/84. Este plazo inicial de cómputo aparece exigido por el aspecto psíquico del miedo, propio de aquél que ha sufrido en carne propia una situación de violencia como la ocurrida al demandante, y a quien no podía imponerse que planteara la demanda mientras aún integrasen el aparato estatal los actores de su desgracia. Bien pudo querer esperar el actor que el mando constitucional asumido el 10/12/83 se consolidara en el poder para deducir su pretensión. Es pueril, por otra parte, el argumento de que no se puede considerar entre paréntesis la historia argentina de esos siete años y medio, dado que, de hecho, en tal período no existió la pretendida seguridad jurídica en nuestro país.

## CAPÍTULO XII

### DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

No queremos cerrar esta obra sin hacer una referencia a los derechos humanos nacidos al final de la evolución de la categoría, llamados *de tercera generación, colectivos o difusos*.

El *derecho a la paz* ha sido ya tratado<sup>35</sup>, pero también dimos a entender que a él no se llega por decreto ni por generación espontánea. Es complejo de obtener y, la recompensa, grata.

En cuanto al *derecho a cierta calidad de vida y a un medio ambiente natural sano y equilibrado*, su disfrute implica un previo deber de mantenerlo, primero para los súbditos del suelo argentino y salteño (art. 30, Const. de Salta), y luego para los órganos estatales. No es caprichosa la norma; defender el medio ambiente nos pone a la altura de los pueblos más evolucionados, pues la ciencia ambiental enseña que las alteraciones en el ámbito natural alteran a su vez el desarrollo de la vida humana. Rescatamos unas palabras del convencional Morell (Diario de Sesiones, T 2, 1987-507), quien descubre para nosotros la gratificante idea de que el verdadero recurso inagotable de que dispone el ser humano no está fuera sino dentro de sí, en su inteligencia que, empleada con sabiduría, es capaz de desplegar una potencialidad colosal al servicio de la humanidad. Hay una fórmula relativamente sencilla, que se reduce a establecer una relación armoniosa entre él y su naturaleza, que es el entorno con el que forma una unidad inescindible.

La Constitución de Salta cree en el *desarrollo económico* (otro derecho humano difuso, que hace a la base económica de la interpretación constitucional). Para ello fomenta la libre iniciativa privada, incentiva la cogestión obrera en las empresas de esa clase, sanciona el monopolio, la usura

---

<sup>35</sup> Capítulo VI.

y la especulación ilegítima, fomenta el cooperativismo y el gremialismo empresario, reconoce a la propiedad una función social acorde con los tiempos y el principio de solidaridad, y *encarga a los poderes públicos* una serie de cometidos (antiguo art. 74, actual 76 de la Constitución de Salta) para el desarrollo económico-social de la Provincia. Este desarrollo se orienta hacia el pleno empleo, el desarrollo agrario y tecnológico, el poblamiento rural con acceso a la propiedad, la industrialización de Salta, la obtención de mercados nacionales o internacionales para los productos locales y la elaboración de planes de colonización de las tierras para su mayor aprovechamiento.

El inevitable presupuesto de estos deberes del Estado es su imaginación y voluntad de trabajo, la necesidad de elaborar y cumplir un compromiso con la comunidad, con intervención de la iniciativa de los interesados y beneficiarios inmediatos. Hemos pronunciado nuestra convicción sobre la operatividad de esas normas.

La Justicia tendrá que admitir eventualmente cualquier reclamo de tipo difuso que pueda plantearse y declarar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas o ejecutivas. Si la conducta mandada al Estado cayera en saco roto, sólo allí el juez podría resignarse a las tristemente célebres *lagunas axiológicas absolutas, que son los límites inmanentes del derecho constitucional*. Y a nuestro modo de ver, cuando ellas ocurren es porque los órganos responsables han dado un paso fuera del Derecho y han incurrido en conductas regidas por la moral, a donde el juez ya no puede llegar.<sup>36</sup>

Aunque todavía la ley no reglamentó el proceso para la protección de los intereses difusos (art. 91, Carta de Salta), estimamos que ellos pueden ser reclamados por vía de cualquier acción (inclusive el amparo), y su forma

---

<sup>36</sup> "Entonces proponemos en el nivel científico del derecho constitucional afrontar desde un doble flanco el problema de los derechos que pueden volverse imposibles o frustrarse: a) uno de esos flancos es el de la falta de reglamentación de las normas constitucionales que los reconocen y el de la judiciabilidad novedosa de las omisiones normativas inconstitucionales ... b) pero hay otro flanco, más rebelde, menos dócil, de difícil solución normativa y es el de los condicionamientos negativos del sistema político por deficiencias de los subsistemas que lo alimentan (económico, cultural, político, etc.); este ámbito no se domina solamente con normas..." (Bidart Campos, Germán, Ed. 129-949).

procesal puede ser perfilada por el Poder Judicial, en base a las amplísimas facultades que nuestros códigos otorgan a jueces y secretarios y en base a la semblanza que hicimos del juez ideal, capaz de captar a conciencia cuál es el meollo de la justicia en un caso dado.

### **Una norma acertada**

Un acierto de la nueva Constitución Salteña es su art. 2<sup>37</sup>, que hace radicar la soberanía en el pueblo y descalifica a los que por acto violento interrumpiesen su observancia, privándolos a perpetuidad de ocupar cargos públicos, electivos o no, y denostándolos (amén de someterlos a juicio) con el nombre oprobioso de “infames traidores a la soberanía popular”. Si bien dicha norma legitima cualquier desobediencia a las órdenes y actos de los usurpadores, no anula ciegamente toda la producción normativa, sino que concede la posibilidad de que ella pueda ser declarada nula.

Esta solución es similar a nuestra opinión con respecto al caso “Godoy”; entendemos que la Carta local preservó la seguridad jurídica pero dejó abierta una puerta muy importante: *“con toda prudencia no invalida la Constitución de Salta, fulminando de nulidad absoluta, la legislación dictada por los gobiernos de facto, toda vez que ello implicaría un estado de incertidumbre grave y un riesgo en orden a las relaciones jurídicas de los particulares, que quedaron firmes como consecuencia de tales actos, intereses éstos que se deben proteger, más allá del origen de la norma jurídica y sin perjuicio de la invalidación que, a posteriori del hecho insurgente, pueden disponer los poderes constituidos del Estado”* (Domínguez, 1986-45).

---

<sup>37</sup> La norma se ha mantenido en la Constitución de 1998.

## CONCLUSIONES

Pese a la fragmentariedad con que se abordó este trabajo, se puede llegar a una conclusión respecto de lo que, entendemos, debería ser una correcta interpretación constitucional, sea que se trate de una interpretación "de la constitución" o "desde ella", y sea que hablemos de un juez de Corte o inferior (pues creemos en el control de constitucionalidad de oficio y difuso, al igual que en el de convencionalidad).

Dado un caso, el intérprete no puede perder de vista que debe analizarlo a la luz de la ley, la cual está constituida por el Derecho interno y el internacional (especialmente en materia de derechos humanos). Hará un conocimiento empírico-dialéctico de la situación, estudiando el caso cuantas veces sea necesario para conocer todos los aspectos posibles, hasta tanto se vea frente a la multiplicidad de soluciones que el Derecho le ofrezca, para llegar a lo cual, pedirá la ayuda de todos los métodos interpretativos.

Por medio de una valoración buscará cuál es la ley que está en el sentido inmanente del caso, y si con su intuición emocional de la justicia vivencia la contradicción, no aplicará esa ley y buscará dentro de los límites fácticos del caso dónde cambia el signo axiológico que vuelve, a la solución aplicable, de justa en injusta. La justicia, a esta altura del desarrollo histórico y de la fecundidad de la discusión moral que ha enseñado la importancia del ser humano, le recordará permanentemente que su servicio es a una comunidad humana y que las conductas interferentes en el caso pertenecen a hombres impregnados de derechos por el hecho de ser tales. Inclusive, cuando deba decidir en materia propia de la organización del poder, no perderá de vista que el Estado existe por la gregariedad del ser humano y nunca aquél puede estar por encima de éste, ni ninguna razón de estado justificará jamás el aplastamiento de un hombre o mujer.

El juez, para ser neutral deberá sólo optar por la justicia, valorando los

intereses en juego, que no son otros que los derechos humanos, sin descalificar *prima facie* a determinados sectores ni hacer un uso alternativo del derecho (que es siempre peligroso), ni tomar, bajo ninguna circunstancia, al ser humano como medio.

El juez, al optar, tampoco olvidará que la libertad de expresión es básica para el desarrollo de una democracia impregnada de liberalismo igualitario y participativo, y deberá hacerla ceder sólo en casos de excepción. Tampoco caerá en la falsa tentación de imponer sus propias convicciones religiosas o de moral subjetiva por encima de los ideales de vida que cada persona persigue.

Si el intérprete se halla frente a insuficiencia o ausencia reglamentarias, deberá procurar con vigor pretoriano la solución justa, siendo legítima su resignación a obtenerla en la práctica, *sólo cuando se encuentre frente a lagunas jurídicas absolutas que no pueda manejar*. Pero en tanto le sea posible, munido de los valores y principios constitucionales y de un adecuado conocimiento de la realidad social, deberá producir interpretaciones progresistas, democráticas y previsoras.

Vivenciado a conciencia el sentido inmanente del caso, el juez dirá lo justo circunstanciado, mandando, prohibiendo o aconsejando mediante una argumentación retórica persuasiva, capaz de suscitar convicción y seguimiento en la comunidad. El juez que logre fallar a conciencia y en justicia hará un auténtico magisterio social.

Somos conscientes de que la vida social y jurídica no se regeneran por obra de decretos u opiniones doctrinarias; esa ardua tarea requiere un radical cambio de visión moral de los interesados, que implica reconocer que el bien común, el bienestar general, se construyen con la paciente labor diaria de cada uno. No obstante, cuando la Magistratura es moralmente sólida y acertada en sus decisiones, su ejemplo puede ser señero para la comunidad, que tendrá la sensación de que el Derecho sirve al ser humano, y el resultado previsible serán la seguridad jurídica, la solidaridad social y, finalmente, la paz.

## REFERENCIAS

- ABREGÚ Martín **Contra las Apologías del Homicidio Uniforme. La violencia policial en Argentina**, en *Revista Nueva Sociedad*, Edit. Texto, Caracas (Venezuela), enero-febrero de 1993
- AFTALIÓN Enrique, GARCÍA OLANO Fernando y VILANOVA José **Introducción al derecho**, Ed. La Ley, Buenos Aires (Argentina), 1967
- ALBANESE Susana **Derechos humanos (Operatividad y programaticidad de las cláusulas de los tratados internacionales incorporados al derecho interno argentino a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema**, ED 130-797
- ALBERDI Juan Bautista **Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina**, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires (Argentina), 1993
- ALFONSÍN Raúl Ricardo **Alfonsín responde**, Tiempo de Ideas, Montevideo (Uruguay), 1992
- BARRA Rodolfo Carlos **El rol de la justicia en el proceso de integración**, LL 1992-B-853
- BARRA Rodolfo Carlos **Principios de Derecho Administrativo**, Ed. Abaco, Buenos Aires (Argentina), 1980
- BIDART CAMPOS Germán **Algunas reflexiones sobre la nueva Constitución de Salta**, en *Doctrina Jurídica, Revista del foro salteño*, Edinoia, Salta (Argentina), noviembre 1986
- BIDART CAMPOS Germán **El control constitucional de oficio en sede provincial"**, ED. 100-633
- BIDART CAMPOS Germán **Interpretación constitucional y legal. Vida, integridad corporal, familia y justicia**, ED. 91-264

- BIDART CAMPOS Germán **Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro**, ED. 129-949, Buenos Aires (Argentina), 1988
- BIDART CAMPOS Germán **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T. I, II y III. Tomo III: Los pactos sobre Derechos Humanos y la Constitución**, Ed. Ediar, Buenos Aires (Argentina), 1991
- BRUGGER Walter **Diccionario de Filosofía**, trad. por José María Vélez Cantarell, Herder, Barcelona (España), 1992
- BUBER Martín **¿Qué es el hombre?**, Ed. Fondo de Cultura Económica, México DF (México), 1974
- BUSTELO Eduardo **Cuesta abajo. Los nuevos pobres; efectos de la crisis en la sociedad argentina**, Edit. UNICEF, Losada, Buenos Aires (Argentina), 1992
- COSSIO Carlos **El derecho en el derecho judicial**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1967
- COSSIO Carlos **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1964
- DASSEN Julio **Reflexiones en torno a la interpretación jurídica**, JA 1950-II-27
- DE LA ZERDA María Silvia **Reforma de la Constitución**, en *Doctrina Jurídica*, Salta (Argentina), octubre 1993
- DEL VECCHIO Giorgio **Filosofía del Derecho**, revisada por Luis Legaz y Lacambra. Ed. Bosch, Casa Editorial S. A., Barcelona, España, 1974
- DOMÍNGUEZ Marcelo Ramón **Acción de Amparo**, en *Doctrina Jurídica*, Salta (Argentina), abril 1987

- DOMÍNGUEZ Marcelo Ramón **Consideraciones acerca de la nueva Constitución provincial**, en *Doctrina Jurídica, Revista del foro salteño*, Salta (Argentina), noviembre 1986
- DROMI Roberto José **La mora judicial**, JA N° 5.306 (11/05/83)
- DROMI Roberto José **Los jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?**, Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires (Argentina), 1992
- ECO Humberto **Cómo se hace una tesis**, trad. por Lucía Baranda y Alberto Clasvería Ibáñez, Ed. Gedisa, Buenos Aires (Argentina), 1982
- FERNÁNDEZ Alberto Vicente **La función creadora del Juez**, Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires (Argentina), 1980
- FIX ZAMUDIO Héctor **La protección procesal de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales**, Ed. Civitas, Madrid (España), 1982
- FIX ZAMUDIO Héctor **Metodología, docencia e investigación jurídicas**, Ed. Porrúa S.A., México DF (México), 1988
- GARCÍA MORENTE Manuel **Lecciones Preliminares de Filosofía**, Porrúa, México DF (México), 1980
- GARRO Cristóbal **Declaración Universal de Derechos Humanos**, Ed. Depalma, Buenos Aires (Argentina), 1985
- GÓMEZ DIEZ Ricardo **Claves de lectura de la nueva Constitución de Salta**, en *Doctrina Jurídica, Revista del foro salteño*, noviembre 1986
- GRONDONA, Mariano **El posliberalismo**, Ed. Planeta, Buenos Aires (Argentina), 1992
- HELLER Hermann **Teoría del Estado**, trad. por Luis Tobío, Ed. Fondo de Cultura Económica, México DF (México), 1974
- HERRENDORF Daniel E. **Los Derechos Humanos ante la Justicia. Garantía de la libertad innominada**, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1998

- JOSÉ Elena Teresa **La monografía**, Ediciones Librería Rayuela, Salta (Argentina), 1983
- JUAN PABLO II **Encíclica Centesimus Annus**, Editorial Claretiana, Avellaneda, Buenos Aires (Argentina), 1991
- LACLAU Martín **El problema filosófico de la interpretación en la actualidad**, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 9, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1989
- LINARES QUINTANA Segundo V. **Reglas para la interpretación constitucional**, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires (Argentina), 1988
- LÓPEZ Cabana Roberto Manuel "**Responsabilidad por los daños en la Ley 24240 de defensa del consumidor**", en *Doctrina Jurídica*, Edinoia, N° 11, Salta (Argentina) noviembre 1993
- MARÍAS Julián **Sobre Hispanoamérica**, Edit. Alianza Estudios, Buenos Aires (Argentina), 1984
- MARITAIN Jacques **Cristianismo y Democracia**, trad. por Héctor Miri, Ed. Leviatán, Buenos Aires (Argentina), 1986
- MARITAIN Jacques **Heroísmo y humanismo**, en "El humanismo integral", trad. por Alfredo Mendizábal, Ed. Carlos Lohlé, Buenos Aires (Argentina), 1966
- MARITAIN Jacques **Los derechos del hombre y la ley natural**, trad. por Héctor Miri, Ed. Leviatán, Buenos Aires (Argentina), 1982
- MARSHALL Geoffrey **Teoría Constitucional**, trad. Ramón García Cotarelo, Espasa Calpe, Madrid (España), 1982
- MARTÍNEZ Luis Alberto **La democracia semidirecta: una forma de perderle miedo a la libertad**", en *Doctrina Jurídica, Revista del foro salteño*. Edinoia, Salta (Argentina) octubre 1993
- MINUJÍN Alberto y otros **Cuesta abajo. Los nuevos pobres: efectos de la**

- crisis en la sociedad argentina**, Ed. Unicef-Losada, Buenos Aires (Argentina), 1992
- MILLER Jonathan GELLI María Angélica AYUSO Susana **Constitución y Derechos Humanos**, 2 tomos, Astrea, Buenos Aires (Argentina), 1991
- MORELLO Augusto Mario **El certiorari (Aproximación al modelo de los EE. UU. de América)**, LL 1985-D-1098
- MORELLO Augusto Mario **Esquema del certiorari en la Ley 23774**, JA 1990-III-727
- MORELLO Augusto Mario **Justicia y eficiencia: el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal**, Utrecht, Países Bajos, 24-28 de agosto '87, JA N 5.558 (09/03/88)
- MORELLO Augusto Mario **La Corte Suprema en acción**, Librería Editora Platense, Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires (Argentina), 1989
- MORELLO Augusto Mario **Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso**, Tomo 1, Ed. Hammurabi. Buenos Aires (Argentina), 1981
- MOUNIER Emmanuel **El personalismo**, Ed. Universitaria de Buenos Aires Buenos Aires (Argentina), 1968
- NINO Carlos Santiago **Ética y Derechos Humanos**, Astrea, Buenos Aires (Argentina), 1989
- NINO Carlos Santiago **Fundamentos de Derecho Constitucional**, Ed. Astrea, Buenos Aires (Argentina), 1992
- NINO Carlos Santiago **Un país al margen de la ley**, Emecé Editores, Buenos Aires (Argentina), 1992
- ODERIGO Mario A. **El problema del juez**, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1959
- OLCESE Juan María **El certiorari: ¿conurrencia o paralelismo con otros recursos?** J.A. 1991-IV, Buenos Aires (Argentina)

- OLIVEIRA Luciano **Los derechos humanos como síntesis de la igualdad y la libertad**, en *Revista Nueva Sociedad*, Ed. Texto, Caracas (Venezuela), enero-febrero 1993
- PADILLA Miguel **Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías**, Tomo III, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1987
- PÁEZ ALLENDE Luis **El espíritu de la Constitución**, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires (Argentina), 1972
- PÉREZ LUÑO Antonio **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, Ed. Tecnos, Madrid (España), 1986
- PETZOLD-PERNÍA Hermann **La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana**, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, N° 10, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1991
- POPPER Karl **La sociedad abierta y sus enemigos**, trad. Eduardo Lödel, Ed. Orbis S.A., 2 Tomos, Buenos Aires (Argentina), 1985
- QUINTANA, Rodrigo **La función de los jueces...** en "Minoridad y Familia", N° 8, Delta Editora, Paraná (Entre Ríos - Argentina), 1999
- RAMELLA Pablo **Derechos Humanos**,. Ed Depalma, Buenos Aires (Argentina), 1980
- RIMOLDI DE LADMANN, Eve **La Corte Suprema y el certiorari**, LL 1990-C-725
- SAGÜÉS Néstor Pedro **Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario**, T. II, Ed. Astrea, Buenos Aires (Argentina), 1989
- SAGÜÉS Néstor Pedro **El concepto y la legitimidad de la 'interpretación constitucional mutativa'**, ED 88-869
- SAGÜÉS Néstor Pedro **El writ of certiorari argentino**, LL I.990-C-717
- SALVADORES DE ARZUAGA Carlos I. y AMAYA Jorge Alejandro **El certiorari y su aplicación práctica**, JA 1991-II-785

- SCHWEIZER DE CARIDE Marta y LUGONES Narciso **Pautas de hermenéutica de la ley de la Corte Suprema de la Nación**, ED 97-901, Buenos Aires (Argentina)
- SOLER Sebastián **Las Palabras de la Ley**, Ed. Fondo de Cultura Económica, México DF (México), 1969
- STERN Alfred **Filosofía de los Valores, Panorama de las tendencias actuales en Alemania**, Ed. Compañía General Fabril, Editora, Buenos Aires (Argentina), 1960
- TABORGA Huáscar **Cómo hacer una tesis**, Ed. Grijalbo, Distrito Federal de México (México), 1993
- VANOSSI Jorge Reinaldo **Teoría Constitucional**, 2 tomos, Ed. Depalma, Buenos Aires (Argentina), 1975.
- VÁZQUEZ VIALARD Antonio **Tratado de Derecho del Trabajo**, Tomo 2, Cap. VI: *Constitucionalismo Social*, Ed. Astrea. Buenos Aires (Argentina), 1982
- VIGO Rodolfo **Interpretación Constitucional**, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1993
- VIGO Rodolfo **Los principios generales del derecho**, JA 1986-III-860, BuenosAires (Argentina)
- VIGO Rodolfo **Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1991

**FALLOS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (REP. ARGENTINA)**

Caso “E., F.E. s/ sucesión” (09-06-87)

Caso “Peralta”, JA 1991-II-552

Caso “Ekmekdjian c/ Neustadt” (01-12-88)  
Caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” (07-07-92)  
Caso “Yacimientos Petrolíferos Fiscales vs. Pcia. de Corrientes”, 3-III-92, JA  
25.392  
Caso “Di Mascio”, JA 1988-IV-683  
Caso “Strada”, JA 1986-II-95  
Caso “Colalillo”, Fallos 238:550  
Caso “Mouviel”, Fallos 237:636  
Caso “Montalvo”, LL 1991-C-81  
Caso “Comunidad Homosexual Argentina”, LL 1990-E-135 y LL 1990-E-677  
Caso “Godoy”, LL 1991-C-390  
Caso “S. y D. C.G.”, ED 91-264

## **DOCUMENTOS**

**Anuario de Filosofía Jurídica y Social, N° 9. La interpretación del Derecho**, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1991  
**Anuario de filosofía jurídica y social, N° 10**, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1991  
**Declaración de los Dres. Menem y Alfonsín: Puntos de acuerdo sobre la reforma constitucional"...** (Gentileza Partido Radical de Salta).  
**Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente**, 4 tomos, Ed. Codex, Salta (Argentina), 1987  
**Documento de la Asamblea General de Naciones Unidas, Recomendaciones de los grupos de Trabajo**, Conferencia Mundial de

Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993 (Gentileza Sra. María Inés Morey)

**Reforma de la Constitución de la Provincia de Salta**, Autores Varios, Ed. Codex, Salta (Argentina), 1987

**Revista C&NI, Revista de Construcción y Negocios Inmobiliarios**, Salta-Jujuy, N° 5, enero 1993; N° 6, febrero 1993 y N° 7, marzo 1993 (Rep. Argentina)

**Síntesis de fallos de la Corte de Justicia de Salta sobre acción de inconstitucionalidad**, Foro Salteño, Salta (Argentina), octubre 1993

Este libro se terminó de imprimir en el mes de  
junio de 2000 en los talleres gráficos de

**GOFICA**

Impresora

Pueyrredón 1.072 - A4400EAV Sasla – Argentina  
Terl./Fax 4312972  
gofica@arnet.com.ar