

TRANSCRIPCIÓN DEL AUDIO DEL DR. JORGE R. VANOSSI

LA SIGNIFICACIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Mi nombre es Jorge Reinaldo Vanossi, he sido profesor de derecho constitucional en esta facultad durante treinta años y continúo dictando algunas clases de posgrado y el objeto de esta conversación es transmitir a ustedes el por qué de la significación que tiene la enseñanza del derecho constitucional. Uno se puede hacer la misma pregunta respecto de cualquier otra materia de derecho y por supuesto cabe hacerla también con respecto al derecho constitucional y al derecho político que está tan vinculado, hermanadamente, con el constitucional.

Si Kroch el gran pensador italiano dijo que la historia es la hazaña de la libertad podría decirse que el derecho constitucional es el testimonio de esa hazaña porque el objeto fundamental que ha tenido la era constitucional es afianzar un régimen de libertades públicas, de garantías de protección de los derechos humanos, de crear una figura como la del Estado de derecho y de ir evolucionando y desembocar hasta lo que hoy en día se llama el Estado democrático y social de derecho que es el Estado constitucional adaptado a las necesidades contemporáneas y a los requerimientos de una sociedad que exige, ya no tanto promesas o declamaciones, ni declaraciones, sino efectividades, es decir, la protección real, concreta, efectiva, de esos derechos que tantas veces se han proclamado y que también tantas veces se han violado.

Cómo nace la enseñanza del derecho constitucional, ha tenido una historia bastante llena de vicisitudes, que voy a tratar de resumirla en pocos párrafos. Cuando Napoleón Bonaparte ocupa el norte de Italia que estaba a su vez subyugado o sometido por el yugo del imperio austrohúngaro, se crean algunas repúblicas, de ahí viene el origen del problema, de la pandemia y en esos lugares empezó a enseñarse la constitución, la constitución que se había dictado en Francia y algunas otras que habían seguido el modelo norteamericano, etcétera, de los cual había no mucha información pero si la necesaria o la suficiente como para demostrar ante el pueblo que tenía que haber un gran protocolo un gran documento, en el cual por escrito, estuvieran expresados todos los derechos y todas las garantías, guisa la mejor demostración de esto era el concepto ideal de constitución que surgió de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de la Revolución francesa en 1789, cuando el artículo 16 decía "sólo es constitucional aquel Estado donde están garantizados los derechos y está establecida la separación de los poderes" una relación de medio a fin, la separación de los poderes como medio para proteger a los derechos, sólo el poder contiene al poder había dicho Montesquieu y el poder había que distribuirlo, repartirlo para que tuviera menos poder de coerción o de abuso o de extralimitación y hubiera controles recíprocos. Pero el nacimiento con el nombre definitivo de derecho constitucional, está muy vinculado con las épocas del liberalismo político en la Europa del siglo XIX, y es en Francia en el régimen de la Casa de Orleans de Luis Felipe de Orleans en 1834, se crea la cátedra con el nombre de derecho constitucional, el primer ministro era Grizot y le da esa cátedra a un emigrado italiano que era Pellegrino Rossi, el profesor Pellegrino Rossi un hombre de una historia muy atrapante porque era emigrado en Italia, inaugura la cátedra en Francia, cuando cae la monarquía liberal y viene después el Imperio de Napoleón III se va de Francia, redacta la Constitución de Suiza, cuando Suiza en 1848 se transforma en una Confederación Helvética como se llama ahora pero que es en realidad un Estado Federal e incluso Pellegrino Rossi es en algún momento primer ministro, en un intervalo muy breve que tuvo el Estado Pontificio en que tuvieron un régimen, llamémoslo así, cuasi parlamentario y muere asesinado por la espalda subiendo las escaleras de San Pedro, en Roma.

O sea que el nacimiento del derecho constitucional está vinculado con una figura que tuvo un final trágico y no ha sido el único, si queda tiempo, después lo veremos. Pero para que se vea que el derecho constitucional era un nombre que molestaba porque era sinónimo de liberalismo político y de Constitución.

La prueba está de que, si Fernando VII cuando volvió al poder lo primero que hizo fue deshacerse de la Constitución de Cádiz de 1812, que fue otro de los grandes modelos de Constitución liberal que las Cortes habían sancionado en Cádiz que estaba sitiada por las fuerzas francesas de ocupación pero que allí representando a España y a las colonias de España se sancionó una Constitución profundamente avanzada para la época. Lo primero que hizo Fernando VII es restablecer el absolutismo y acabar con la palabra Constitución.

De modo que en España durante la mayor parte del siglo XIX y también de todo el período franquista, la palabra constitucional o derecho constitucional estaba proscripta. Pero se podía enseñar el derecho constitucional bajo el rótulo de derecho político.

En Argentina ocurrió al revés, en la dictadura del General Onganía, en la Universidad de la Plata para que los alumnos no se politizaran, entre comillas, se eliminó la materia derecho político y se la trasladó al doctorado a fin de que los graduados, que se pensaba que ya era gente un poco mayor y más madura, no tuvieran ese virus peligroso de estudiar el derecho político que en definitiva es la teoría general del Estado y la historia del pensamiento político, que son dos asignaturas fundamentales para la formación de un abogado cualquiera que sea su dedicación o su especialización posterior porque son materias de un hondo contenido cívico.

Bueno, Francia cuando Napoleón, Luis Napoleón Bonaparte Presidente de la República da el golpe de Estado el famoso 18 Brumario como lo llamó Marx o como decía Victor Hugo "Napoleón el pequeño", lo primero que hace es cambiarle el nombre a la materia, que no se enseñara derecho constitucional entonces derecho público, una expresión genérica que en realidad sirve para distinguir grandes ramas del derecho, pero le quitaba personalidad, le quitaba identidad, al derecho constitucional.

Y para abreviar un poco no podemos por supuesto omitir la mención del Duce Benito Mussolini, que durante el "Ventenio", como se le dice los veinte años, gobernó dictatorialmente a Italia y estableció el régimen corporativo y suprimió la Cámara de diputados y disolvió los partidos políticos y etcétera, etcétera. El mismo día que se presenta a la Cámara de Diputados porque el Rey lo ha nominado para ser primer ministro, año 1922, en el discurso donde va a pedir el apoyo para la investidura que tiene que recibir por la mayoría, mayoría forzada pero mayoría que la consiguió desgraciadamente, no olvidó un párrafo, despectivo e irónico, para el derecho constitucional, diciendo algo así como "y ahora vendrán los constitucionalistas y los profesores de derecho constitucional a objetar las desprolijidades de nuestra investidura con sus formalismos de siempre y ocupándose de esas cosas literarias" y así le fue a Italia bajo el régimen de Benito Mussolini.

He dado esta explicación simplemente para que se vea que hay realmente una unidad muy estrecha entre el derecho constitucional y el sistema de libertades públicas de derechos humanos y de garantías.

Por eso, el derecho constitucional no se reduce al texto de la Constitución, sino que es una radiografía del régimen político donde hay que incluir las demás instituciones o sea que el derecho constitucional tiene una faz normativa, tiene una faz valorativa, que está, por ejemplo, en el preámbulo de la Constitución de Argentina cuando se enuncian los grandes fines, la justicia, la paz interior, la unidad nacional, el bienestar el "wellfare" dicho en 1853, etcétera, etcétera, la defensa común y además una parte en la cual hay que tomar en cuenta lo que Heller llamaba la realidad social subyacente, este gran teórico alemán, que tuvo que emigrar bajo el régimen de Hitler y murió en España, incorporó esa expresión para señalar la relación que había entre la fuerza normatizadora.

Diríamos de la realidad, y la fuerza normalizadora de la normatividad, es decir, una relación recíproca entre las normas y los hechos dados por la realidad concreta y ese elemento de la realidad social subyacente hace que el derecho constitucional tenga que tener algunas apoyaturas metodológicas, que permitan estudiar algo más que las normas y en esas apoyaturas metodológicas, fundamentalmente hay que tomar en cuenta lo que le presta la sociología política y también la psicología social, son dos ayudas muy importantes para tener una visión cabal de cómo es el régimen constitucional de un Estado y muchas veces hay que ir también a otras normas, a veces para bien, encontrando sorpresas buenas y a veces para mal, encontrando sorpresas negativas.

Por ejemplo, recuerdo que mi maestro Carlos Sánchez Viamonte, decía que la parte inicial, el capítulo preliminar del Código Civil de Vélez Sarsfield, capítulo que aún rige con alguna modificación que le hicieron en su momento, muchas de esas normas tenían sustancia constitucional y que merecían ser categorizadas como normas constitucionales, lo vinculado con la publicidad de las normas, lo vinculado con el tema del orden público, etcétera y, yo me permito de mi modesta cosecha agregar, que también el resto del Código Civil hay normas que tienen sustancia constitucional. Por ejemplo, hay una, el 902, donde surge traducido, no voy a reproducir el artículo en todo su texto, que ha mayores jerarquías corresponden mayores responsabilidades y esto es esencial en un régimen republicano de gobierno. Cuando es mayor la jerarquía del funcionario, del gobernante, del magistrado, etcétera, son mayores las responsabilidades que tiene que afrontar y por las cuales debe responder.

Eso está en el Código Civil pero es un principio constitucional, que puede perfectamente reconocerse como tal porque nuestra Constitución tiene un artículo en virtud del cual se asegura no sólo los derechos y garantías que están expresamente enumerados en el capítulo inicial de la Constitución sino dice el artículo 33, todos los otros que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, de modo que la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno han permitido inferir derechos que, por olvido, o porque han surgido con posterioridad con personalidad propia, no estaban en el texto original de la Constitución, de modo que derechos como el derecho de reunión, por ejemplo, el derecho de formación de partidos políticos, el derecho a un juicio rápido en materia penal, todo eso la Corte Suprema siempre lo ha reconocido sobre la base constitucional que acabamos de señalar.

Y, en otra fuente que se puede ver para conocer bien cómo es el régimen político constitucional de un Estado, es el Código Penal. A veces las constituciones son un catálogo de maravillas, pero viendo el Código Penal y cómo se aplica el Código Penal, se puede observar que a lo mejor no hay tales maravillas, por ejemplo, las constituciones en las cuales se tipifica como delito el llamado delito de opinión que puede llevar a la herejía, a la proscripción y a la sanción de los heterodoxos que no coincidan con las verdades oficiales de un régimen de turno, en Argentina durante muchos años sirvió la figura del desacato, que en definitiva de por sí el nombre no era malo, pero la forma en que estaba tipificada justificaba que se expulsara a diputados opositores en la Cámara de Diputados, que se cerraran diarios porque hacían críticas consideradas como exageradas al gobernante de turno y por lo general los gobernantes autoritarios, los de facto desde ya y los de *iure*, desgraciadamente también algunas veces, se sienten quisquillosos cuando hay un exceso de crítica.

La Crítica, el único límite que puede tener, es que el derecho de protesta tiene que ir unido al deber de propuesta, es decir, es bueno criticar, es bueno protestar, yo también lo he hecho muchas veces y lo seguiré haciendo, pero considero que hay un deber moral consiguiente que es también hacer propuesta para cambiar las situaciones que se consideran irritantes o desfavorables. En el Código Penal, si uno encuentra que se pueden aplicar retroactivamente normas penales por hechos que se cometieron en un momento en que no era delito ese comportamiento, eso es muy peligroso. Los ingleses tuvieron que poner coto a lo que se llamaba el "Bill of attainder" que era una ley del parlamento, por la cual en el mismo acto se creaba el delito, se individualizaba al infractor y se le aplicaba la pena, era una forma de persecución política a los opositores, eso hasta que la monarquía se transformó en una monarquía parlamentaria, es decir, hasta el

siglo XVIII existió y dio lugar a muchos abusos que llevaron a que a partir de 1700 no se hiciera más esa aberración, no se cometiera más esa exageración.

Si un código penal permite la aplicación analógica del tipo, es decir, bueno, esto no está previsto, pero es parecido a esto otro, entonces le vamos a aplicar la sanción, no, los tipos penales tienen que ser claros, cerrados, concretos y en la duda a favor de la libertad, es uno de los grandes principios de la Corte Suprema y es uno de los grandes principios que siempre hay que tener presente, en caso de duda el que tiene que aplicar una norma tiene que optar por la libertad, en materia administrativa a favor del derecho del administrado, en materia fiscal a favor del contribuyente, siempre que haya duda y así sucesivamente. Este principio hoy se ha universalizado y generalizado también en materia de derechos sociales, a favor de la parte más débil, que suele ser el trabajador, en materia de todo lo que se quiera hacer, y en materia de la protección internacional de los derechos humanos *pro homine*, es decir a favor del hombre, a favor de los derechos del hombre, si hay duda hay que estar a favor de esa libertad o de ese derecho que concretamente haya sido garantizado. Los ingleses tienen dos palabras, "liberty" y "freedom", en habla anglosajona "liberty" es la libertad en abstracto, es la libertad frente a la esclavitud, el hombre es libre, es decir, es una expresión casi poética y los "freedom" son los derechos concretos, el derecho de prensa, el derecho de trabajar, el derecho de propiedad, el derecho de circular, el derecho de todo, de todo lo que pueda enumerarse o no enumerarse pero que hace a los que se llaman derechos subjetivos.

En realidad la expresión derecho subjetivo coincide con un derecho humano, porque si un derecho humano no tiene los ingredientes propios de un derecho subjetivo, es un derecho manco, un derecho incompleto, en esto Kelsen, el gran maestro Hans Kelsen tenía claro de que para que se pudiera hablar realmente de derecho subjetivo tenía que haber una acción, que esa acción se pudiera impetrar ante un tribunal independiente, que ese tribunal estuviera dotado de facultades para decidir, incluso, prescindiendo de la norma que estuviera en violación del ordenamiento supremo del Estado, por eso inventó el Tribunal Constitucional cuando creó, redactó la Constitución de la República de Austria en 1920, que además pudiera repararse el daño y que además pudiera hacerse responsable al autor de la violación del derecho, es decir, que todos esos componentes hacían que en definitiva debía concebirse como derecho algo que diera lugar a una protección reparatoria integral, y eso es lo que propiamente son o deben ser los derechos humanos, si no hay una protección reparatoria total hay algo que está, en definitiva, fallando, y en el Código Penal puede haber también muchas normas, hay países donde hay cláusulas en las cuales hay un delito tipificado como atentado contra la identidad nacional, que da lugar a que se apliquen sanciones a aquellos que puedan decir o expresar cosas que vayan contra una religión oficial o contra una creencia o una versión histórica oficial, es el caso, por ejemplo de la Constitución de Turquía, que ha dado lugar, Turquía aspira integrar la Unión Europea pero le han exigido que modifique algunas cosas, no sólo el régimen carcelario como se veía en la película "Expreso de Medianoche" sino también, cláusulas como esa que ha permitido sancionar a Pamuk y a algunos otros escritores y autores de mucha importancia.

En resumidas cuentas, el derecho constitucional no se agota en si mismo pero como todo el derecho, para usar la expresión de Von Ihering en su famosa obra "La lucha por el derecho" si el derecho no se realiza, no es derecho, queda en una frustración y toda frustración, cuando se ve que el derecho no se cumple, lleva a una situación de irritación, de resentimiento, que suele ser el caldo de cultivo, para caer en esa pendiente terrible que son los casos de anomia, es decir, cuando la sociedad percibe que no hay un marco regulatorio, que no hay una regla de calculabilidad o de previsibilidad que permite saber realmente por anticipado cuál es la consecuencia de los actos y de los hechos quien los celebra. Y ahí viene la figura del Estado de derecho, el Estado de derecho, el Estado Constitucional de derecho, cuando se lo menciona como el marco adecuado para que exista y se aplique la seguridad jurídica, nos está indicando que no puede haber seguridad jurídica fuera del Estado de Derecho y no puede haber un Estado de derecho que se lo conciba sin la nota de la seguridad jurídica, porque la seguridad jurídica como muy bien señalaba Max Weber, uno de los padres de la sociología contemporánea, es la regla de oro para entender el gran crecimiento que a partir de la revolución industrial tuvieron los países donde fueron adoptando sucesivamente los regímenes constitucionales, a partir de la revolución inglesa, la revolución americana y la revolución francesa, que fueron esos tres grandes momentos de los cuales resultó en definitiva de la necesidad de contar con esas previsiones, cuando yo muevo esta mano así, antes de hacerlo tengo que saber si esto es lícito o ilícito porque si esto es ilícito me abstengo de hacerlo.

Cuando yo celebro un contrato con otra persona o con otras, tengo que saber si eso tiene un gravamen, paga un impuesto, una tasa o algo porque a lo mejor lo concreto o a lo mejor no lo concreto, por eso el dictado de decretos de necesidad y urgencia está estrictamente prohibido en materia penal y en materia fiscal pero que a veces se viola esa prohibición, debe ser aceptado nada más para situaciones excepcionalísimas, en que realmente haya una urgencia y una necesidad de una gravedad tal que estén en juego valores muy superiores como la integridad nacional o la continuidad de las instituciones, porque el decretazo tiene como acompañante el factor sorpresa que impide el debate previo a la sanción de las normas y esto es fundamental en un Estado de Derecho, el debate, muchas veces me he preguntado por qué en Argentina se hace abuso del dictado de decretos de necesidad y urgencia, la actual presidente dictó uno sólo, pero en ese sólo elevó el presupuesto de la Nación en cifras siderales, de modo que vale como centenares de decretos de necesidad y urgencia como se habían dictado en el período constitucional anterior y algunas veces he comparado el caso de la República de Weimar con la Argentina, a partir de la decretomanía y esto se vincula mucho con la sustancia del derecho constitucional porque hay constituciones que desgraciadamente abren pueritas que después son ventanales para favorecer la concentración de poder, el abuso de poder o la desviación de poder. En Weimar lo que ocurría era que no había mayorías y entonces, muchas veces se tenía que aplicar los poderes de excepción para que el Presidente de la República, que no era el Canciller, sino la figura que estaba representando a todo el Estado autorizadas ciertas medidas de excepción y en el último tramo, poco antes de que ascendiera, desgraciadamente, Hitler al poder, casi era imposible

la gobernabilidad sin los decretos de urgencia pero porque había una dificultad parlamentaria debida a la crisis de los partidos políticos y a la imposibilidad de formar mayorías que dieran aseguraran la posibilidad de sancionar las normas pero en la Argentina, por lo general, los gobiernos cuentan con mayorías parlamentarias que después la pierdan por discensos internos en fin por patologías que ya conocemos, no es el tema para esta charla, pero me he preguntado pero por qué los presidentes que han tenido apoyo en las dos Cámaras hacen un uso abusivo con centenares de decretos de necesidad y urgencia y la única respuesta que encuentro es evitar el debate porque cuando hay ley y la ley se trata en el Congreso, hay publicidad del proyecto, debate en la opinión pública, los diarios publican comentarios, columnas a favor o en contra, notas editoriales, debate en las comisiones de las cámaras, debate en el recinto que es fundamental y además que tiene que, debería ser televisado siempre, es decir, tuviera acceso para que la ciudadanía viera cómo funcionan los órganos representativos, y luego la posibilidad de que antes de que el Presidente lo promulgue pueda seguir el debate y haya un veto o algo si es que se considera que la sanción es errónea. En cambio, con los decretazos salen en el boletín oficial y el hecho ya está consumado.

Como última expresión de deseo, quiero señalar de que podrá haber cambios de estudio en los planes que las facultades tienen, podrá darse mayor importancia a unas materias que a otras pero estimo que el derecho constitucional llegó para quedarse, es decir, el porvenir de las libertades está muy ligado a la necesidad de que se enseñe, incluso, como ya ocurre en algunos colegios, como el Colegio Nacional de Buenos Aires de la Universidad de Buenos Aires donde se enseña derecho constitucional o como anteriormente se enseñaba en una materia llamada instrucción cívica en la cual y con esto recuerdo uno de los grandes maestros, Don Joaquín V. González, escribió en 1897 su famoso manual de la Constitución, que era un texto suficientemente voluminoso para que uno creyera después que era un texto universitario pero en realidad era para la enseñanza secundaria, era una época en que en el país la enseñanza secundaria, ya fuera para hombres o mujeres, bachillerato, normal o profesorado aseguraba una idoneidad y una capacitación, que incluía precisamente, la capacitación cívica, porque el civismo requiere precisamente un conocimiento, aunque sea mínimo, del derecho constitucional, saber con qué instituciones nos regimos y saber qué libertades tenemos y saber con qué garantías concretas podemos defender esas libertades.

Ojalá esto se cumpla así y vivamos todos en un régimen de libertad para siempre.