

RAÚL GUSTAVO FERREYRA

**NOTAS SOBRE DERECHO
CONSTITUCIONAL
Y GARANTÍAS**

SEGUNDA EDICIÓN REVISADA
Y AUMENTADA



EDIAR

“Pero ¿un mundo sin leyes es un mundo libre?”

CAMUS, Albert: *El hombre rebelde*, Losada, Buenos Aires,
trad. por Luis Echávarri, 2003, p. 187

“Quizá existe también una matemática del espíritu
cuyas terribles leyes no son tan inviolables como las que
rigen las combinaciones de los números y de las líneas”.

ARLT, Roberto: *Los siete locos*,
Buenos Aires, Booket, 2013, p. 73

“EL SEÑOR K. EN UNA CASA AJENA

”Cuando entraba en una casa ajena, y antes de
retirarse a descansar, el señor K. buscaba todas las
salidas de la casa, sin reparar en nada más. A la
pregunta de por qué lo hacía, respondía tímidamente:
—Es una vieja y enojosa costumbre. Yo soy partidario
de la justicia y me parece bien que la casa donde estoy
tenga más de una salida”.

BRECHT, Bertolt: *Historias del Señor Keuner*,
Barcelona, Colección completa, Alba,
trad. por J. J. del Solar, 2007, p. 124

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

De Germán J. Bidart Campos

El libro del profesor Raúl Gustavo Ferreyra, que nos honramos en prologar, no es una simple recopilación carente de unidad temática. Si tuviéramos que dar un título al eje que vertebra estos siete densos capítulos, seguramente optaríamos por el “garantismo en el Derecho de la Constitución”.

Todavía más: si ese garantismo no se agota en la protección de los derechos, porque tiende ampliamente a la defensa de la Constitución en forma integral y total, centraliza su núcleo en lo que viene a ser el origen y el fin del Derecho de la Constitución: la persona humana instalada satisfactoriamente en el Estado democrático.

Pero hay algo más, y no en vano el autor maneja con pericia su formación filosófica: el subsuelo de la iusfilosofía en que se apoya todo su razonamiento jurídico-constitucional emerge a la superficie de su discurso, cada vez que tiene que proponerle, en sus diversas partes, un fundamento que está más allá de lo que el articulado y la letra de la Constitución nos sugieren para la reflexión cuando profundizamos su lectura.

De ello da testimonio elocuente el capítulo primero, que viene a ser el punto de arranque para comprender y valorar la juridicidad de la Constitución que encabeza al resto del ordenamiento y, desde ese vértice, maximiza la trascendencia institucional del sistema axiológico y el sistema de derechos.

La claridad con que sagazmente se explican en el capítulo segundo las acepciones de la expresión “Derecho

constitucional” habría de ser una sugestiva propuesta para que, de modo similar, todo texto de Derecho constitucional siempre hiciera introductoriamente una explicación, al menos abreviada, de lo que Ferreyra nos enseña acerca del triple sentido con que cabe hablar de “Derecho constitucional”.

A partir de aquí —capítulos tercero a séptimo— el garantismo alcanza su completo desarrollo. La precisión con que se exponen las clases y categorías de garantías, así como las áreas a las que dan cobertura tuitiva, queda en plena evidencia cuando —por ejemplo— el capítulo cuarto desentraña lo que el garantismo implica en su relación con las competencias del Congreso.

Por último, la jurisdicción como función judicial y la jurisdicción constitucional como control específico abren espacio más que amplio a un excelente material, en el cual Ferreyra hace descripciones objetivas de su funcionamiento en nuestro ordenamiento jurídico, y aporta su propio juicio crítico a medida que los comentarios lo requieren.

Poco podríamos añadir al elogio de la panorámica que, con esmero y sapiencia, nos ofrece esta obra, como no fuera decir que la vocación de docencia y de investigación que sin duda traslucen sus páginas ha alcanzado ya plenamente un rasgo de creciente madurez. Que ello sea preludio de muchos productos futuros para orgullo de la ciencia jurídica, para estímulo de los colegas, para provecho de los estudiantes y para que todos nos convenzamos de que, a cualquier edad, siempre nos queda algo y mucho por aprender, por debatir y por meditar.

Caminante, no hay camino. Se hace camino al andar.

En la Pascua de 2001

PALABRAS INTRODUCTORIAS

§ I. Notas: a quince años de la primera edición

La primera edición de este libro fue publicada en la Ciudad de Buenos Aires en el otoño del 2001. Agotada, prontamente, se hizo una primera reimpresión y, más temprano que tarde, también una segunda. En ambos casos, los textos originales se mantuvieron intactos y, por cierto, se han visto fortalecidos gracias a su fecunda divulgación y lectura. Al cumplirse quince años, juzgo prudente realizar una segunda edición revisada, corregida y aumentada. Aunque todo texto es perfectible, ahora sí me animaría a llamarla “edición definitiva”.

He revisado y corregido los siete capítulos originales, y añadido otros dos completamente nuevos. Respecto de los textos originales, aunque el paso del tiempo sugeriría un posible cambio, he preferido mantener la lealtad con la escritura originaria, pese a que haya variado alguno de mis pensamientos. Sobre estos siete capítulos originales se han introducido sólo correcciones y revisiones de estilo, en la mayoría de los casos, para agilizar la lectura y facilitar la comprensión; no obstante, todas las proposiciones guardan su identidad. Algunos lectores desean un texto completamente nuevo y otros, un texto original. Sin ningún heroísmo, me he inclinado por la revisión de las letras originarias, con fuerte apego a su imaginario inicial; en otras palabras, poner a reto su propia fecha de nacimiento.

Esta segunda edición se funda en el “lenguaje de los años”, los primeros quince de una obra. Por tal motivo, también he dispuesto incluir dos trabajos profundamente relacionados

con los aniversarios. En primer lugar, el capítulo octavo contiene el “Manifiesto sobre las garantías de los derechos. A propósito de los 20 años de la ‘constitución reformada’”, un escrito en torno a la variación de la Constitución federal de la Argentina producida en 1994. En segundo lugar, el capítulo noveno contiene el “Manuscrito sobre una procura de paz”, un texto preparado, entre otros motivos, en ocasión del cumplimiento de los primeros 25 años de la Constitución Política de Colombia de 1991. Dado que siempre he apreciado la temporalidad de la lectura, he tratado de imprimir esa consigna a la lengua misma de esta segunda edición.

De este modo, en el presente volumen reúno una selección de nueve estudios que, a mi modo de ver, abordan una porción de algunos aspectos claves de la discusión actual en torno al Derecho constitucional y a las garantías. Decidí plantearlos en forma de notas, adoptando un estilo poco frecuentado por la literatura jurídica vernácula, a excepción de las contribuciones de Genaro R. Carrió (1965) y Carlos Santiago Nino (1973-75). Los escritos ensayados gozan de una considerable extensión. De seguro superen el ámbito descriptivo del término “notas”, pero no su significado estimativo, porque ellas constituyen el más fiel resultado de mis inquietudes científicas. Estas contribuciones fueron anticipadas en forma genérica en distintos compromisos en los que he tenido ocasión de participar: cursos, seminarios, conferencias y publicaciones. Además, tales notas se estructuran y desarrollan intentando mantener un hilo conductor a lo largo de los distintos capítulos que componen la obra.

Así, un fragmento importante del capítulo primero fue adelantado como tesina final en el curso doctoral “Opciones epistemológicas de la Ciencia del Derecho”, a cargo de Eugenio Bulygin y Ricardo Guibourg, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, durante los meses de marzo a septiembre de 2000. Por su parte, algunas de las ideas planteadas en los capítulos segundo, tercero, quinto y sexto se corresponden con diversas presentaciones: por ejemplo, la disertación “La naturaleza de las garantías constitucionales”, realizada en Facultad de Derecho de la Universidad Nacional

de Mar del Plata, en febrero de 2001, y la exposición “El reforzamiento del garantismo a través de la reforma constitucional de 1994”, dictada en el “II Seminario de Derecho Constitucional”, en la Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”, Escuela Superior de Derecho, Puerto Madryn, Provincia del Chubut, en septiembre de 1998.

A su vez, las proposiciones contenidas en el capítulo cuarto merecieron una anticipación en las siguientes exposiciones: “La división de poderes dentro de una democracia representativa participativa”, realizada en el Seminario “Las funciones de control político del Organismo Legislativo”, Junta Directiva del Congreso de la República de Guatemala, Antigua, Guatemala, Sistema de Naciones Unidas: Minugua/PNUD, y “Experiencia de control político del Congreso de la República Argentina” (ídem anterior), ambas durante agosto de 2000. Una porción significativa de las argumentaciones aquí desplegadas han sido publicadas parcialmente en “Reflexiones y perspectivas en torno del control judicial de constitucionalidad en el régimen federal de la Argentina”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, diciembre de 2000, pp. 93/124 (ISSN 1515-646-X).

El capítulo octavo constituye la versión escrita de la disertación oral realizada el día 14/8/2014, en el evento “A 20 años de la reforma constitucional: reflexiones y desafíos futuros”, organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el Palacio San Martín, de la Ciudad de Buenos Aires. En forma semejante, este texto fue presentado también, el 19/8/2014, en el marco del XXI Encuentro de Profesores de Derecho constitucional “A 20 años de la reforma constitucional. Balance y agenda”, organizado por la Asociación Argentina de Derecho constitucional, en la ciudad de Santa Fe, en la mesa temática “Nuevos derechos y garantías”. Por último, el capítulo noveno surge de la memoria escrita utilizada para la disertación del día 25 de noviembre de 2015, en el encuentro “El Derecho en la Paz”, organizado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios —ILAE— en la Sociedad Económica de Amigos del País, Bogotá, Colombia.

Cada uno de los trabajos tiene un denominador común que lo relaciona con los otros, el cual podría quedar expresado —al menos— por algunas o todas de las siguientes razones. En primer lugar, ellos resumen —en buena medida— mis tareas de investigación, docencia y reflexión sobre el Derecho constitucional. En segundo lugar, son indicadores del núcleo de cada una de las respectivas preocupaciones intelectuales que se fueron gestando una tras otra. Por último, probablemente, el rasgo que con mejor claridad sirva para confirmar el parentesco de los estudios consista en el hecho de que tanto su elaboración como su ulterior presentación hayan sido pensadas y, por ende, vayan presentadas desde lo que se considera como lo más general hasta llegar a lo que se representa como lo más particular; al menos en esta instancia.

§ II. Itinerario

La lectura y comprensión del sistema jurídico y, dentro de él, la posición que ocupa el subsistema normativo constitucional y la fuerza normativa de los derechos fundamentales constituyen la base de sustentación de las notas volcadas en el capítulo primero. Allí sostengo que hay constituciones que, en tanto núcleos de los sistemas jurídicos, no se limitan a programar un conjunto de procedimientos dirigidos a posibilitar la planificación y despliegue de la coerción a cargo de los poderes constituidos, sino que además, y aceptando que ellas no son fines sino medios, reputan que los derechos fundamentales en ellas insertados realizan una reglamentación que se considera el ámbito básico de la vida societaria en libertad. En este marco, se los concibe no sólo como derechos subjetivos, sino también como principios objetivos del sistema y, como tales, líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal.

El significado de la posición de los derechos fundamentales es interpretado por intermedio de un nuevo marco que propugna que ellos son los que deben dar fundamento a ese fenómeno complejo que son los sistemas jurídicos. Esta tesis,

enrolada en el paradigma del constitucionalismo moderno, lleva en sus entrañas la asunción de que las funciones de la teoría constitucional, más precisamente el discurso por medio del cual tal interpretación se materializa, no pueden ser agotadas o reducidas a tareas exclusivamente descriptivas del sistema constitucional, tan esenciales como insuficientes si lo pretendido es la comprensión global de las complejidades que muestran las realidades configuradas por esos órdenes.

Las notas deslizadas en el capítulo segundo tienen como objetivo precisar el deslinde de los distintos significados que se atribuye a la expresión “Derecho constitucional”. Aquí indago la estructura del sistema jurídico constitucional, los derechos que se confieren a los habitantes y el rango epistemológico del saber jurídico que cultivan los constitucionalistas. Todas estas áreas son con frecuencia denominadas apelándose a la misma expresión lingüística: “Derecho constitucional”; aunque, lógicamente, sus contenidos no pueden ser idénticos.

La tarea emprendida parte del siguiente axioma: la ordenación que hace el Derecho —y el Derecho constitucional no escapa a la regla— se expresa por medio del lenguaje, en este caso escrito. Así, toda la planificación prescriptiva que realiza el sistema jurídico constitucional se programa por intermedio del lenguaje escrito proveniente de las fuentes de producción. A su vez, si se repara en que el lenguaje prescriptivo en el cual está expresado el sistema jurídico constitucional (o más bien todo el Derecho objetivo) no es completo sino que necesita ser completado, se advertirá sin complicaciones que las tareas de interpretación constitucional no sólo deben consistir en el análisis del lenguaje, en virtud de que la obra de integración de los segmentos o sectores incompletos contribuye —complementariamente— a construir el objeto jurídico. Por este motivo tales decisiones interpretativas también entrarán a formar parte del elenco de disposiciones normativas.

De este modo, en el capítulo segundo describo las dos modalidades básicas que puede asumir la interpretación constitucional: a) la analítica, que describe o construye los significados de las reglas constitucionales que examina, y

b) la correctiva, donde el intérprete asocia o reconstruye un nuevo significado a la expresión o al texto, cuya oscuridad era la nota más característica de su fisonomía hasta que se produjo su intervención, por lo menos para ese caso. En los casos típicos, ámbito de incumbencia de la interpretación constitucional analítica, puede decirse que debe primar la descripción; en los atípicos, área de incumbencia de la interpretación constitucional correctiva, debería predominar el enfoque ponderativo, debido a que la valoración es presupuesto de la decisión que adoptará el juez. En resumen, en el área de la interpretación constitucional, analizar y decidir son las consignas del intérprete judicial cuando tiene que construir o reconstruir, según el caso, el significado de las palabras del sistema constitucional.

Las notas desarrolladas en el capítulo tercero son claves; los efectos de las decisiones interpretativas adoptadas se hacen sentir de ahí en adelante, determinando el perímetro de los cuatro restantes. Al estipular el significado contemporáneo de “constitución”, asevero que ella sigue siendo un contrato en el que las decisiones pacticias que confieren reconocimiento a los derechos fundamentales son el basamento del acuerdo, y por ende las reglas de mayor jerarquía que pueblan tal sistema normativo. El contrato constitucional expresa tanto realizaciones normativas como puntos de apoyo para llevar adelante ulteriores configuraciones, aunque juzgo que este pacto político, social y económico en que consiste la constitución presenta a las garantías como un elemento inescindible para su correcta conceptualización. Así, sostengo que la constitución del Estado democrático de Derecho vale o valdrá lo que valen o valdrían sus garantías.

Las garantías constitucionales son definidas —en términos genéricos— como el instrumento idóneo para posibilitar o definir las pretensiones de vigencia de las disposiciones de la ley fundamental. La concretización de la fuerza normativa emergente de las reglas de la constitución depende, básicamente, de la planificación y efectividad de sus propias garantías. Por esta senda, la de la configuración de la anatomía de las garantías constitucionales, la contribución

esboza y pone al descubierto el marco teórico que, con base garantista, pretende analizar, describir y ponderar las posibilidades prescriptivas del sistema jurídico constitucional. El resultado, más allá de sus bondades o desaciertos, queda a la vista. Así, en el género de las garantías constitucionales se distinguen las siguientes: a) las garantías para la defensa del Derecho de la constitución o garantías de la constitución; b) las garantías para la defensa de los derechos constitucionales; c) la garantía orgánica del Defensor del Pueblo; y d) la garantía de acceso a la jurisdicción supranacional.

Las garantías de la constitución son instrumentos previstos para defender el orden que el propio Derecho constitucional organiza. En su versión amplia, se trata de garantías que la constitución se confiere a sí misma para asegurar su primacía y jerarquía dentro del sistema jurídico estatal, pretendiendo que las decisiones políticas se elaboren y ejecuten teniendo como marco el perímetro estatuido por el sistema jurídico constitucional, y no al revés. En su versión más restringida, las garantías del Derecho de la constitución se configuran mediante la estipulación normativa de vínculos jurídico-institucionales impuestos al poder del Estado para la satisfacción y respeto de los derechos fundamentales. Las especies de las garantías de la constitución —no todas— son analizadas en los capítulos cuarto y quinto.

Las notas desarrolladas en el capítulo cuarto, al dar cuenta del significado de tales garantías constitucionales y su vínculo con la labor del Congreso, ponen al descubierto que las funciones de control político y producción legal son las que revisten mayor trascendencia dentro del arco de atribuciones que se asignan a los parlamentos. La tesis central señala que la coherencia y vitalidad que observen tales tareas parlamentarias son decisivas para la configuración de un escenario que permita un correcto desenvolvimiento de la democracia constitucional. En resumen, veo en el nexo “Constitución y Congreso” una relación de tal entidad y profundidad como el que tiene una madre con su hijo.

La producción legal y el control político son garantías de la constitución, cuyo rol instrumental es una lógica derivación

de lo que se presenta como su axioma y primera garantía de la constitución: la división del poder. La fragmentación del poder es la única forma racional de intentar ponerle un dique a éste. Al mismo tiempo, la garantía de división de poderes comporta el recurso por excelencia al que debe apelarse para la tutela genérica de nuestros derechos de libertad. Si ha de ser verdad la conjetura según la cual debe tenerse confianza en que por medio de la arquitectura constitucional será posible contener a quien —con más frecuencia que la esperable y deseable— pretende hacer creer que él (el poder) sería casi indomable por naturaleza, la correcta instalación de la garantía de la división de poderes en la ley fundamental es la vía idónea para que ello pueda ocurrir.

En el capítulo quinto asumo que la expresión “la jurisdicción es la función estatal más relevante para la existencia de una constitución garantizada” es un enunciado adecuado a su objeto y, como tal, verdadero. A tono con el estatuto epistemológico en que se enrola todo el discurso desarrollado en el libro, debidamente consigno que la verdad de tal aseveración es de naturaleza conjetural; provisionalidad que se mantendrá hasta que nuevas noticias sean capaces de demostrar lo contrario. En todo caso, si son legítimas nuestras pretensiones de un conocimiento consistente y factual, es porque de sus premisas teóricas siempre se deducen enunciados que pueden someterse a la prueba empírica, es decir, enunciados que poseen la propiedad de ser observacionales.

La garantía jurisdiccional es, en primer término, una garantía para la defensa del derecho de la constitución, aunque lógicamente su implementación puede servir también en la mayoría de los casos para proteger o satisfacer los derechos de las personas. La jurisdicción, en el plano de la teoría, se muestra como la garantía de la constitucionalidad por excelencia. La aspiración a que la constitución sea conservada como la regla suprema de la totalidad del sistema jurídico estatal, y la piedra fundamental del orden que la sociedad dispuso configurar a través de él, es una tarea que el sistema normativo —pacto constitucional mediante—

confía a la estructura judicial, específicamente para que sea cumplida por la justicia constitucional.

Considero además que es la naturaleza pacticia de la constitución la que permite observar que cuando se desata o realiza una petición de inconstitucionalidad, porque se plantea que el producto normativo infraconstitucional es incompatible o indefendible en su comparación normativa con la ley fundamental (sea ello en el marco del control abstracto o del control concreto), habrá litigio en sentido procesal y técnico; puesto que el conflicto constitucional que la parte exhibe se encuentra relacionado más o menos directamente con las raíces jurídicas conferidas por el propio pacto constitucional. El contenido fijo del contrato constitucional ofrece —no siempre— una base normativa para adoptar la resolución jurisdiccional.

En el capítulo quinto describo el modelo que existe actualmente en el ámbito federal en la Argentina para la organización de su jurisdicción constitucional; también destaco dentro del conjunto requisitos para que prospere la declaración de inconstitucionalidad de un acto o norma y su posterior inaplicación al caso donde se lo impetra. La columna vertebral de la jurisdicción constitucional está configurada tanto por la petición de parte para que la declaración de inconstitucionalidad prospere como por la noción que se le ha asignado a la delimitación constitucional del término “causa”, para que el control en ella pueda insertarse. Por tal razón, selecciono tales temas para su profundización, en la inteligencia de que causa y control de oficio tienen capacidad para que se pueda discernir qué criterios judiciales amplios autorizarían la probable configuración de una jurisdicción constitucional robusta y solvente para dar respuesta a la defensa del derecho de la constitución. De modo contrario, no es osado decidir que las irregularidades vislumbradas en sus geografías conduzcan por un camino de signo opuesto.

Asimismo, analizo la evolución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante, CSJN) del concepto de “caso constitucional” que autorice

la intervención de la Judicatura, poniendo en práctica el control normativo. Relacionados con este tema, también examino los precedentes jurisprudenciales respecto del fenómeno de las acciones de mera certeza que, deducidas en los términos previstos por la ley procesal, se interponen genéricamente tanto para hacer cesar un estado de incertidumbre respecto del alcance, modalidad o, en fin, de la existencia o determinación de un derecho de fuente constitucional. Acto seguido, muestro el recorrido jurisprudencial en el cual descansa la doctrina judicial prohibitiva de la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, es decir, sin pedido de parte, adhiriéndose con firmeza pero con matices a la “tesis permisionista”. Culmino el capítulo con una delimitación de las vías existentes para movilizar el control en la jurisdicción constitucional federal de la Argentina.

Los capítulos sexto y séptimo tratan de cumplir con la pauta más arriba anunciada de ir desde lo más general hacia las especificidades que en materia de garantías constitucionales muestra el sistema jurídico constitucional. En tales condiciones, analizo la acción de amparo, la que —como es bien conocido— en el modelo federal argentino fue constitucionalizada de modo expreso por el poder constituyente que reformó su Ley Fundamental en 1994. Del amparo puede decirse que él es, posiblemente, una de las garantías para la defensa de los derechos constitucionales que goza de mayor desarrollo doctrinario, judicial y autoral, de importante predicamento entre los profesionales del Derecho y de considerable difusión en el ámbito de los justiciables.

En el capítulo sexto, además, enfatizo que la efectividad de la garantía depende de una correcta comprensión de su anatomía jurídica. La disposición de las partes que configuran la estructura anatómica de la garantía de amparo está dada por las siguientes condiciones: a) su autoejecutividad; b) su naturaleza de vía alternativa para promover la apertura de la jurisdicción; c) el montaje de una estrategia interpretativa correctiva que advierta la necesidad de fijar un plazo razonable, como lapso en el cual se produzca la caducidad de la acción; d) las conexiones entre amparo y legitimación;

y e) la asociación entre amparo y declaración de inconstitucionalidad. Los ítems a), b), c) y d) son tratados en el capítulo sexto. El quinto elemento —ítem e)— que hace a la estructura de la garantía (amparo e inconstitucionalidad) es tratado en el capítulo séptimo.

Al llamar la atención respecto de la relación que han tenido en el Derecho federal argentino el amparo y la declaración de inconstitucionalidad, hago hincapié en que ambos instrumentos son de gran envergadura para la vida de la jurisdicción constitucional. Esta relación es examinada a la luz de la jurisprudencia de la CSJN, dado que sus fallos fueron perfilando distintas etapas, en algunas de las cuales resulta difícil comprender por qué se dispuso el divorcio de estas herramientas que, si bien exhiben diferencias estructurales entre sí, pertenecen al mismo régimen o persiguen una idéntica y compartida finalidad: la defensa constitucional.

El criterio rector en materia jurisprudencial desde 1863 hasta 1957 fue la negación del amparo. Durante este período se le anuló su primera función: posibilitar la tutela judicial rápida y expedita de los derechos de fuente constitucional —distintos del derecho de libertad física protegidos por la acción de hábeas corpus, que es una clase del género—, hoy extendidos a los de fuente legal y provenientes de un tratado. No obstante, admitida la carta de ciudadanía constitucional por vía jurisprudencial, la segunda función del amparo —es decir, la motorización del control normativo— también se vio entorpecida por la negativa genérica a ejercer el test de constitucionalidad en el proceso donde él se materializaba. La reforma de 1994 salva finalmente este punto, abriendo una nueva etapa, a partir de la constitucionalización de la autorización para que en el seno del proceso de amparo se pueda llevar a cabo el control jurídico de constitucionalidad de las disposiciones normativas que funden el acto u omisión que concretizan la afectación del derecho o garantía tutelados por el amparo. Luego de la enmienda, la sociedad “amparo/inconstitucionalidad” afronta nuevos desafíos, sobre todo en cuanto concierne, por ejemplo, al control normativo de los decretos del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) por razones de

necesidad y urgencia, o al de las leyes, como asimismo la figura del amparo contra leyes; temas tales que también son objeto de análisis.

La acción de amparo, como garantía de los derechos constitucionales, es una vía directa para estimular la apertura de la jurisdicción constitucional; en cambio, no lo es para provocar el control normativo, ya que a este respecto la petición de constitucionalidad debe integrarse en el proceso donde ella tramita. No obstante, es bastante difícil presumir que al promocionarse el amparo, no sea estrictamente necesario deducir también una acción específica peticionando el control de constitucionalidad de las disposiciones normativas que eventualmente funden el obrar u omisión lesiva de los derechos de fuente o jerarquía constitucional que la garantía, como género de tutela, busca proteger. El amparo es una garantía que opera de modo directo para proveer a la defensa de los derechos de fuente y jerarquía constitucional, asegurando también, cuando menos indirectamente, la supremacía de la constitución, porque es ella la fuente de validación formal y material de todo el sistema normativo estatal y la que confiere la disponibilidad de la acción constitucional.

En el capítulo octavo realizo un análisis y un balance sobre la reforma constitucional de 1994¹. Parto de la idea de que la reforma constitucional no es un elemento negativo, sino que demuestra la buena salud del propio sistema. Concluyo que la Constitución reformada en 1994 es, en gran medida, una constitución inactuada, ya sea por deficiencias en la formulación normativa, o por entregar parte del poder constituyente al poder constituido del Congreso. Además, entiendo que, con relación al Derecho constitucional del poder, lamentablemente no se alteró la anatomía precedente. Con la excusa de la modernización congresual y la transferencia de atribuciones, todo quedó en forma semejante.

¹ Una versión de este texto fue publicada originalmente en la *Revista Derecho Público*, Año III, n° 9, Ediciones Infojus, Id SAJ: DACF150090, pp. 43-63.

Por último, en el capítulo noveno introduzco la siguiente afirmación capital: la abrumadora mayoría de los órdenes jurídicos estatales disponen un escalonamiento jerárquico y emplazan a la constitución como base indisponible del sistema de fuentes². En su discusión se plantea que las escrituras del Derecho constitucional, ciudadanas y seculares, deberían orientarse, principalmente, hacia la ordenación de la paz relativa de la comunidad estatal. El eje central de la disertación se dirige al análisis y comprensión del orden constitucional de la República de Colombia instaurado en 1991. Tal orden tiene fundamentos elegantes, sobrios y apropiados en su orden constitucional para fundar la paz, entendida como una edificación perenne de la especie humana. Sin embargo, todavía no se ha logrado. Las nuevas palabras que reformarían la Constitución Política de Colombia de 1991, contenidas en el Acto Legislativo n.º 4 de 2015, en sintonía con el Acuerdo de paz que se firmaría en 2016 —pese a su complejidad y alguna exorbitancia menor—, significan una contribución relevante para ordenar la paz y detener la guerra. Mi rebeldía contra la guerra o cualquier tipo de conflicto bélico, interno o externo, siempre ha de ser inquebrantable y tenaz. En el siglo XIX, Juan Bautista Alberdi, el arquitecto de la institucionalidad de la Argentina, insinuó una maravillosa tesis: “Así, en América, gobernar es poblar”³. La misma definición puede ser aplicada a la hermana república; así, “en Colombia, gobernar es pacificar”. No hay otra misión fundamental que pueda asignarse a sus servidores públicos, luego de décadas de un conflicto bélico que pareciera perpetuo.

² Una versión de este texto fue publicada originalmente en la revista electrónica *Nuevos paradigmas de las Ciencias Sociales*, vol. VI, n.º 12, enero-junio 2016, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, ISSN 2346-0377, y en la *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 4, n.º 7, 2016, Asunción - Capital Jurídica del Mercosur, Paraguay, pp. 393-429, ISSN: 2307-5163.

³ ALBERDI, Juan B.: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la lei que preside al desarrollo de la civilización en América del Sud y del Tratado Litoral del 4 de enero de 1831*, 2ª edición, corregida, aumentada de muchos párrafos y un proyecto de constitución, concebidos según las bases propuestas por el autor, Valparaíso, Chile, Imprenta del Mercurio, Santos Tornero y Cía., 1852, pp. 196-198.

§ III. Reconocimientos

No quiero concluir estas palabras iniciales sin dejar de expresar mi reconocimiento hacia personas cuya influencia está presente de un modo u otro en este libro. He conversado y debatido —con mucho provecho— distintas aseveraciones y argumentos de esta obra con varios profesores a quienes deseo agradecer su disposición, atención, paciencia e interés. No puedo recordar con exactitud el listado completo, motivo por el cual tal olvido me es reprochable. Sí, con seguridad, puedo decir que entre ellos están Germán J. Bidart Campos (*in memoriam*), Raúl Serroni Copello y Eugenio Raúl Zaffaroni. Naturalmente, a ninguno de ellos se le podrá endilgar responsabilidad por los errores que pueda contener la presente obra. En todo caso, serían los aciertos —si los hubiere— los que habrían de corresponderles, en cada uno de los casos, por derecho propio.

Notas sobre Derecho constitucional y garantías se ha publicado en 2004 en México, D. F., con igual título, bajo el sello editorial Porrúa, con el apoyo de la Universidad Nacional Autónoma de México. Esta edición presenta diferencias de vocabulario y estructura temática en relación con la edición original publicada en la Argentina. Nuevamente, agradezco a Gustavo Alejandro Szarangowicz su revisión para la edición de México. Por último, expreso mi reconocimiento a Ediar por toda la tarea que comportó la edición y cuidado de esta nueva edición actualizada: a Pablo Ali, por la lectura y corrección; a Javier Luna, por la diagramación y el diseño de tapa; a Héctor Álvarez, por haber apoyado la primera edición de esta obra; y a Alejo Álvarez, por volver a confiar en mi obra.

§ IV. El lenguaje de los años

La lengua, una vez escrita, queda ligada al pasado y, sobre todo, al tiempo presente, porque mantiene directo compromiso con la actualidad en la que se exhibe y comprende. La nueva presentación de textos antiguos, ahora corregidos,

significa ratificar o actualizar su antigüedad. Se trata de un estado de cosas bien sutil, pero que no implica ninguna ruptura. El discurso originario mantiene su naturaleza dominante. Las tribulaciones de la reescritura, cuyo final no se conoce de antemano, descansan en fortalecer la coherencia del texto sobre la base de la argumentación científica.

Con la complementación de los capítulos primero y noveno, los pensamientos originarios ahora se reorientan de manera definitiva. La finalidad del Derecho, en forma prioritaria y eminente, consiste en estipular y procurar la paz relativa en una comunidad. El “artefacto” Derecho, creado por el hombre, debería conducir a la regulación de la fuerza del Estado, porque la fuerza estatal sin regulación, inevitablemente, orienta al conflicto y —por qué no— a la guerra.

Asimismo, también observo correspondencia entre los capítulos segundo, tercero, sexto y séptimo, y el capítulo octavo. Se distingue, con razón, en un saber constitucional teórico y otro saber constitucional experimental. En dicha inteligencia, el nuevo capítulo octavo contiene, sobre todo, resultados experimentales. No existe más que una gramática para la pura realización del Derecho constitucional: la razón.

Las tareas del Congreso, tratadas en el capítulo cuarto, no han tenido mayor discusión teórica. Sin embargo, las atribuciones conferidas por la Constitución se devalúan *ipso facto* por el excesivo protagonismo del presidente de nuestras repúblicas en América del Sur. Bertolt Brecht ha dicho que pensar significa transformar. Su tesis, aplicada a nuestro caso, debería orientar con franqueza y decisión a abandonar el presidencialismo que recae en un poder monocrático, cuya autoridad se concentra en una sola persona, y reemplazarlo por un modelo colegiado o, llegado el caso, del sistema propio parlamentario.

No sólo juzgo necesario racionalizar la autoridad del presidente. También es menester establecer controles sobre los controles. En efecto, aunque las ideas expresadas en el capítulo quinto resultan una composición bastante acabada, en mis obras *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*

(2007) y *Fundamentos constitucionales* (2015), argumento una nueva dirección: reenviar la decisión judicial al Congreso o al electorado, al pueblo-juez en última instancia, en un clima sostenido de sociedad abierta.

No hay ninguna mística en la escritura porque, al estar contenida en un libro, ella existe objetivamente en la realidad pese a que no tenga lectores. Sin embargo, tal existencia no cuenta mucho desde que la propia subjetividad de cada lector realiza la escritura “definitiva”. Por ello, estos textos buscarán nuevos lectores y el nuevo juicio de quienes los habían leído en su primera versión. Así, pues, acaso conozca el veredicto final, porque no puedo ocultar mis propósitos más genuinos: cosechar el beneplácito de quienes se entreguen, con quietud, a su lectura. Si ha de ser cierto que entre un jurista y su lector existe sólo un contrato, éste es un ámbito en el cual el primero se compromete a presentar y desarrollar sus argumentaciones, mientras que el segundo ofrecerá su crítica sin benevolencia.

Raúl Gustavo Ferreyra

Bibliothèque du Collège de France, París

Primavera boreal de 2016