

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Antonio María HERNÁNDEZ

Analizamos aquí algunos conceptos fundamentales que dan título a la obra, así como el origen de la misma, destinada a profundizar el estudio sobre uno de los problemas más graves y recurrentes de nuestra realidad, cual es el de la conflictiva relación entre sociedad y normas —en particular jurídicas—, a partir de una encuesta sobre la cultura de la Constitución.

Se trata de un aporte conjunto de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional e IDEA Internacional. La Asociación es una institución que nuclea a más de 450 docentes de derecho público —especialmente de derecho constitucional y de derecho público provincial y municipal— cuya Presidencia tenemos el honor de ejercer. Entre sus finalidades está el ejercicio de una comprometida docencia cívica al servicio de los más altos principios de nuestra democracia constitucional. Por su parte, IDEA Internacional es una organización internacional intergubernamental que está integrada por más de veinte países de los cinco continentes, con sede en Estocolmo, Suecia, y cuya misión es la promoción y el desarrollo de la democracia sostenible a nivel global.

Es éste un esfuerzo interdisciplinario sin precedentes en nuestro país, que pretende formular un ajustado diagnóstico sobre tan acuciante temática, pero que además efectúa proposiciones concretas para intentar elevar nuestra calidad institucional y lograr un auténtico “sentimiento constitucional”.

Respecto a los conceptos, nos detendremos en dos que consideramos fundamentales: “anomia” y “cultura de la Constitución”.

I. EL CONCEPTO DE ANOMIA

Adoptamos como concepto de anomia el de “inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales”, según lo expresa Carlos Santiago Nino en su conocida obra *Un país al margen de la ley*.¹

El origen del término proviene del griego *anomos*, que significa “sin ley”, y fue usado hace 25 siglos por Herodoto de Alicarnaso (484-406 a.C.) en su obra *Historia de las guerras médicas*, que enfrentara a griegos y persas.²

El conocido historiador consideró que la anomia podía ser social o individual, y en relación con esta última

¹ Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 1992.

² Según lo expuso la doctora Hilda Eva Chamorro Greca de Prado, profesora emérita de la Universidad Nacional de Córdoba, en su conferencia de incorporación como académica de número a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, titulada “El concepto de anomia, una visión en nuestro país”, que fuera pronunciada el 3 de mayo de 2005 y que es todavía inédita, pero que será publicada en los *Anales* de la Academia.

distinguió tres significados: *a*) cuando un individuo es violento, terrible y no tiene cualidades humanas positivas; *b*) cuando está referida al incumplimiento de normas religiosas, y *c*) cuando no se respetan las costumbres sociales. Se trata, por tanto, del desconocimiento de reglas de conducta, como bien sintetiza la profesora Chamorro Greca de Prado.³

El concepto de anomia fue luego utilizado por Tucídides y Platón y existen referencias al mismo en el Antiguo y Nuevo Testamento, en el judaísmo y en el helenismo.⁴ Más tarde, el término sería usado en textos legales en 1635 por el jurista inglés William Lambarde en relación con la falta de normas o de leyes, hasta que adquiere una difusión definitiva a través del pensamiento del padre de la sociología francesa, Emile Durkheim, en sus libros *De la división del trabajo social* (1893) y *El suicidio* (1897). No obstante, la socióloga cordobesa Chamorro Greca de Prado,⁵ siguiendo a Anthony Giddens, sostiene que quien volvió a introducir el término fue Jean Ma-

³ Véase Chamorro Greca de Prado, Hilda Eva, conferencia inédita citada, p. 1, nota 1, donde expresa que se trata de un concepto amplio que fue variando a lo largo del tiempo.

⁴ Tucídides, maestro de Pericles, se refirió al término en su obra *Historia de la Guerra del Peloponeso*, y Platón en *La República*, donde le asignó el significado de anarquía e intemperancia. *Cfr.* conferencia citada, pp. 2-4.

⁵ Chamorro Greca de Prado, Hilda Eva, conferencia inédita citada, p. 6, que cita a Giddens con su obra *Capitalism and Modern Social Theory*, Cambridge University Press, 1971, quien se refiere a estos libros de Guyau: *Sketch of a Morality Without Obligation or Sanction* (1885) y *The non Religion of the Future* (1887), donde volviese a usar nuevamente el término anomia.

rie Guyau. Para Durkheim la anomia o el debilitamiento de las normas surgía con la mayor división del trabajo y podía llegar a desorganizar la sociedad, de la misma manera que atribuía también a dicho fenómeno la producción de cierta tipología de suicidios “anómicos”, consecuencia del impacto social en el comportamiento de los individuos.⁶ La influencia de este autor francés se hizo sentir posteriormente en la sociología estadounidense a través de Elton Mayo, Talcott Parsons y Robert K. Merton.⁷

Parsons expresó en 1968, al divulgar la obra de Durkheim, que la anomia se había convertido en uno de los pocos conceptos centrales de la ciencia social contemporánea.⁸ En cuanto a Merton, sostuvo que:

- a) La anomia no implica falta de normas, ya que en toda sociedad, por rudimentaria que fuere, existe un conjunto de pautas, usos y costumbres, normas jurídicas, más o menos sistematizado, más o menos integrado.
- b) Un grado mínimo de quebrantamiento de las reglas de un sistema normativo no puede considerarse anomia.

⁶ Cfr. Chamorro Greca de Prado, Hilda Eva, *cit.*, pp. 7 y 8.

⁷ *Ibidem*, p. 8. La autora menciona como representantes de la sociología estadounidense a Elton Mayo con su libro *Problemas humanos de una civilización industrial*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1956; Talcott Parsons con *La estructura de la acción social*, Madrid, Guadarrama, 1968 y *El sistema social*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, y Robert K. Merton con *Teoría y estructura sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.

⁸ Cfr. Chamorro Greca de Prado, Hilda Eva, *cit.*, p. 9.

- c) Hay grados y clases de anomia. La anomia “simple” es el estado de confusión de un grupo o sociedad sometido al antagonismo entre sistema de valores, que da por resultado cierto grado de inquietud y la sensación de separación del grupo.
- d) La anomia “aguda” es el deterioro en último extremo y la desintegración del sistema de valores que da por resultado angustias pronunciadas.
- e) La anomia puede referirse más a algunos sectores que a otros de la población.
- f) La conducta socialmente divergente o conducta desviada es la resultante de la anomia.⁹

El concepto de anomia continúa siendo utilizado por la sociología moderna y otras disciplinas,¹⁰ y ello fundamenta suficientemente la referencia que hacemos al mismo en este estudio.

II. EL CONCEPTO DE CULTURA DE LA CONSTITUCIÓN

Debemos al profesor alemán Peter Häberle los más profundos estudios para considerar íntimamente vinculadas la cultura y la Constitución.¹¹ Dicho autor sostiene

⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 9-11, con base en el libro de Robert K. Merton: *Teoría y estructura sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.

¹⁰ En cuanto al concepto de anomia, también destacamos especialmente a Carlos Santiago Nino en su obra *Un país al margen de la ley*, al que nos referiremos más adelante.

¹¹ En particular debe destacarse su obra *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducción e introducción de Emilio Mi-

que la “Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de auto representación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos”.¹² Y agrega: “...la realidad jurídica de todo Estado constitucional es tan sólo un fragmento de la realidad de toda Constitución viva, que a lo largo y ancho de su texto y contexto no es sino una de sus formas culturales. De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente “cultivados” (la voz cultura como sustantivo proviene del verbo latino *cultivare*) para que devengan auténtica Constitución”.¹³

Así, el distinguido jurista define a la cultura constitucional como “la suma de actitudes y de ideas, de experiencias subjetivas, escalas de valores y expectativas subjetivas y de las correspondientes acciones objetivas tanto al nivel personal del ciudadano como al de sus asociaciones, al igual que al nivel de órganos estatales y al de cualesquiera otros relacionados con la Constitución”.¹⁴

Se comprende entonces que el presente estudio está destinado a conocer las actitudes, percepciones y valores de la ciudadanía sobre la ley fundamental y la legali-

kunda, Madrid, Tecnos, 2000, pero cuya primera edición fue de 1982 en Berlín, Alemania, bajo el título *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot. Allí el distinguido jurista condensa su pensamiento en diez tesis.

¹² Häberle, Peter, *op. cit.*, nota anterior, p. 34.

¹³ *Ibidem*, p. 35.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

dad en general, para determinar cómo es nuestra cultura de la Constitución.

III. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS LEYES EN ARGENTINA

Desde distintas perspectivas se ha señalado el problema de la anomia en nuestro país,¹⁵ pero nos detendremos particularmente en quienes lo han efectuado desde el derecho.

Fue Juan Agustín García, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en su conocido libro *La ciudad indiana*, dirigido a la investigación de nuestra historia de los siglos XVII y XVIII, quien señaló que entre los cuatro sentimientos de dicha época se encontraba “el desprecio de la ley”.¹⁶

¹⁵ En la literatura se destaca en nuestra obra más representativa, el *Martín Fierro*, de José Hernández, donde existen referencias a la injusticia de las leyes —que benefician a los poderosos—, a la necesidad de hacerse amigo de los jueces y en general a la “viveza criolla”, en el marco de un notable relato sobre la vida de un gaucho en conflicto con la sociedad y sus leyes en el siglo XIX. En la música popular argentina no puede soslayarse la aguda letra del tango “Cambalache”, de Enrique Santos Discépolo, que constituye una descripción sociológica y valorativa de la quiebra de nuestras leyes y valores en el siglo XX.

¹⁶ García, Juan Agustín, *La ciudad indiana*, 2a. ed., Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. Editores, 1909. Este agudo pensamiento de José Manuel Estrada es invocado al comienzo de la obra: “Si conociéramos a fondo los fenómenos de la sociedad colonial, habríamos resuelto las tres cuartas partes de los problemas que nos

Al referirse a la ley en tiempos de la colonia, decía:

...la ley teórica era admirable por su bondad caritativa; las cédulas reales recomendaban el buen trato, la educación y conversión de los indios. Pero desgraciadamente, en toda la América española el estudio de la ley escrita es el menos importante e ilustrativo: el derecho, bueno o malo, crece y se desarrolla a raíz del suelo, en el conflicto de pasiones e intereses, amparando a los más hábiles y fuertes; generalmente rastrero, estrecho y cruel, animado por sentimientos bajos y egoísmos feroces.¹⁷

Además de señalar la arbitrariedad de los cabildos en la regulación del comercio y del monopolio, mencionaba como otra característica la del paternalismo, que hacía depender al pueblo del monarca, considerado como una “encarnación de la Providencia en la tierra”.¹⁸

García describió el ejercicio de poder omnímodo de las autoridades coloniales y la ausencia de derechos del gaucho, que hizo nacer

agobian”. La primera referencia al desprecio por la ley como sentimiento nacional está incluida en el prefacio del libro, p. 7.

¹⁷ *Ibidem*, capítulo sobre “Las campañas”, pp. 34 y 35.

¹⁸ *Ibidem*, capítulo sobre “La administración de la ciudad”, p. 151. El autor sostiene que los cabildos fueron una “triste parodia de los concejos castellanos destruidos por Carlos V después de Villamar (p. 157) y que los regidores eran designados por los cesantes, con aprobación del gobernador, que a veces también designaba a los mismos” (p. 164). Efectúa también una comparación entre los mismos con los estadounidenses, señalando el contraste con aquella realidad que mostraban las cartas constitucionales y las prácticas políticas que indicaban una ardorosa defensa de ideales, intereses y propio gobierno.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

15

...en el fondo de su alma el sentimiento del desprecio de la ley: en su imaginación es el símbolo de lo arbitrario, de la fuerza brutal y caprichosa, encarnada en un funcionario mandón, más o menos cruel y rapaz, un “alcalde pedáneo”... dispuesto siempre a torcer la vara de la justicia a favor del hacendado prestigioso, con vinculaciones en la capital... Sabe que no tiene derechos, es decir, tiene la impresión clara de que su bienestar, sus cosas, su familia, son átomos insignificantes que tritura sin mayor preocupación el complicado mecanismo oficial.¹⁹

Más adelante expresó que la lucha entre el individuo y el Estado iniciada en la época colonial “...llega a su apogeo con los caudillos, las montoneras y la anarquía, el triunfo completo del individualismo”.²⁰ Y en la conclusión indicó que los caracteres esenciales de nuestro derecho político son “...el predominio del concepto clásico de Estado-providencia, centralización política, papel inferior y subordinado de las asambleas; y en el pueblo, para acentuar y fortificar estas tendencias, el desprecio de la ley convertido en instinto, en uno de los motivos de la voluntad”, y seguidamente aseveró: “Se puede afirmar, sin temor de incurrir en una paradoja, que el país no ha salido del régimen antiguo”.

Finalizamos este breve recuerdo de su pensamiento con una frase que creemos también de inquietante y rigurosa actualidad: “Ahora como antes se deprimen los

¹⁹ *Ibidem*, en el capítulo sobre “El proletariado en las campañas”, pp. 262 y 263.

²⁰ *Ibidem*, en el capítulo sobre “La administración de la capital”, pp. 298 y 299.

estudios superiores, especialmente ¡los jurídicos! ¿Será, por Dios, un mal la divulgación del derecho?”.²¹

Pero sin lugar a dudas, el mayor estudio efectuado sobre la anomia en nuestro país correspondió a Carlos Santiago Nino, profesor de derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, con su libro: *Un país al margen de la ley*.²²

Con una visión interdisciplinaria, Nino demostró con indiscutible brillantez intelectual porqué Argentina tenía una historia fuera de la ley y cómo ello también produjo nuestro subdesarrollo.²³ La tesis central del libro

²¹ *Ibidem*, “Conclusión”, pp. 365 y 366.

²² Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 1.

²³ Dijo Nino: “Esta tendencia a la anomia, o más específicamente a la ilegalidad, está involucrada en buena parte de los factores que se señalan como relevantes para explicar la involución del desarrollo argentino, además de tener un poder causal independiente” (*ibidem*, p. 24). Sostuvo que la anomia argentina era bastante fácil de percibir como surgía de la violación masiva de los derechos humanos en la década de los años setenta a través del terrorismo de Estado y del terrorismo de izquierda. Pero también mencionaba un caso menos dramático: el de la imagen externa de la sociedad por medio del tránsito en calles y rutas, el aseo en los lugares públicos o la estética urbana (p. 25). Y luego de referirse a otros aspectos como la corrupción o la involución del crecimiento económico, menciona a la inestabilidad política con estos términos: “Tal inestabilidad política tenía su culminación en los golpes de Estado, que, como es obvio, constituyeron la expresión máxima de la ilegalidad argentina. Pero hay formas más indirectas en que la inestabilidad política estuvo relacionada con la ilegalidad: los fraudes electorales, como los que se practicaron antes de la Ley Sáenz Peña y en la década infame, y las proscripciones electorales, como la que ocurrió primero con el radicalismo en esa misma década y lue-

estuvo dirigida a demostrar cómo la anomia operaba en sí misma como factor que producía deficiencia.²⁴

Citando a Jon Elster, en su concepto de que “las normas son el cemento de la sociedad”, sostuvo que las leyes “hacen posible la integridad y subsistencia de las sociedades”, y en consecuencia, la “ilegalidad y la anomia en general afectan la productividad social, al menos bajo un sistema capitalista”, como lo enseñó Max Weber.²⁵

Además introdujo una nueva calificación de la anomia para explicar el caso argentino, a la que denominó “boba”, porque la inobservancia de las normas afectaba valores como seguridad y previsibilidad y generaba una acción colectiva deficiente.²⁶

Con notable agudeza y precisión se refirió luego a la anomia en la vida institucional y social de nuestro país, a las normas como herramientas de cooperación y a la sa-

go con el peronismo desde 1958 hasta 1973, el abuso de las intervenciones federales, la usurpación por el Ejecutivo de facultades del Congreso, la manipulación de la justicia, el abuso del estado de sitio, afectaron gravemente la legitimidad subjetiva del sistema político argentino y, en consecuencia, también contribuyeron a la debilidad de la adhesión social hacia él, que es precondition para que sea subvertido por la fuerza” (p. 28).

²⁴ *Ibidem*, p. 28.

²⁵ *Ibidem*, pp. 31 y 32. Con respecto a esto último, citaba a Max Weber en su libro *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, que expresaba: “...el moderno capitalismo industrial racional necesita tanto de los medios técnicos de cálculo de trabajo, como de un derecho previsible y una administración guiada por reglas formales; sin esto es posible el capitalismo aventurero, comercial, especulador y toda suerte de capitalismo político, pero es imposible la industria comercial privada con capital fijo y cálculo seguro”.

²⁶ *Ibidem*, p. 40.

lida de la trampa de la anomia, para lo que proponía un proceso de discusión pública y educación popular para promover actitudes de lealtad normativa.²⁷

Finalmente, Nino caracterizó la anomia como antide-mocrática, pues se trata de la inobservancia de normas que deben ser sancionadas por la regla de la mayoría luego de un proceso de discusión, y en nuestro caso significaba una deficiencia en la materialización de la democracia, porque implicaba la existencia de bolsones de autoritarismo.²⁸

Por nuestra parte, en nuestro libro *Las emergencias y el orden constitucional* sostenemos la tesis de que a lo largo de la historia se han utilizado generalmente los institutos de emergencia para violentar el sistema constitucional, el orden republicano y la vigencia de los derechos humanos.²⁹

En las palabras preliminares de dicha obra decíamos:

Los argentinos hemos vivido estos últimos meses una crisis muy profunda que afectó de manera estructural a todos los aspectos de la vida nacional. Frente a esta situación, pensamos desde hace tiempo que se hace necesario un análisis introspectivo sobre lo que somos individualmente y como sociedad, para entender porqué uno

²⁷ *Ibidem*, capítulos 2, 3, 5 y 6 respectivamente, cuya lectura hemos recomendado especialmente.

²⁸ *Cfr. ibidem*, “Epílogo”, p. 272.

²⁹ Hernández, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones: Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, y 2a. ed. ampliada, México, Rubinzal-Culzoni Editores, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, con prólogo de Diego Valadés.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

19

de los países con mayores perspectivas a comienzos del siglo XX pudo llegar a la penosa situación actual. Y así, luego de arribar a un diagnóstico, tratar de elaborar planes para un futuro distinto, más acorde con los proyectos y sueños que tuvimos inicialmente como país.

Estamos convencidos de que esa formidable tarea requiere humildad, decisión y ejemplaridad ética para cambiar conductas y valores individuales y sociales, y en consecuencia, la educación, la ciencia y la tecnología deberán convertirse en instrumentos fundamentales de este proceso, en consonancia además con la era del conocimiento en que estamos inmersos.

Desde nuestra responsabilidad como profesor de derecho constitucional y abogado comprometido en la defensa de derechos individuales afectados, consideramos que el mejor aporte que podemos hacer en esta instancia tan dolorosa es contribuir al estudio y debate de uno de los problemas más graves que nos afectan, como es el de la anomia.

Hace no mucho tiempo, en un libro notable titulado *Un país al margen de la ley* —que debiera ser de imprescindible lectura y que fue su testamento intelectual—, Carlos S. Nino, desde una convergencia del derecho, la filosofía y la sociología, demostró con claridad por qué Argentina es un país con pronunciada tendencia general a la ilegalidad y cómo ello era una de las causas de nuestro subdesarrollo.

Ahora, con su misma intención, pero con una visión más específicamente vinculada a lo jurídico-constitucional, destinamos este ensayo al análisis de los procesos de emergencia y el orden constitucional, para intentar demostrar desde esta óptica, cómo y por qué se produjo la decadencia de nuestro Estado de derecho a lo largo de nuestra historia institucional y cómo podemos efectuar

modificaciones en la actualidad y en el futuro con la finalidad de afirmar definitivamente los valores del Estado constitucional y democrático de derecho.

Estamos convencidos de que aunque esta experiencia particular no puede trasladarse a otros países latinoamericanos, sin embargo se puede advertir que la problemática de las emergencias y el orden constitucional en general ha sido común a nuestras realidades institucionales, produciéndose consecuencias similares en cuanto a la vigencia irrestricta del Estado de derecho.³⁰

IV. EL ORIGEN DE ESTA OBRA

En el contexto del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, realizado en la ciudad de México en febrero de 2003, tuvo lugar la presentación de la obra *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, por parte de sus autores: Hugo A. Concha Cantú, Héctor Fix-Fierro, Julia Flores y Diego Valadés.³¹

³⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 1 y 2 de la 2a. edición. Allí se analiza el problema de las emergencias en la historia institucional de nuestro país, con el estudio de los institutos de emergencia previstos por la Constitución, como intervención federal, estado de sitio, decretos de necesidad y urgencia y delegación legislativa; de los institutos prohibidos, como los del artículo 29, y de los institutos de emergencia no previstos por la ley suprema. Se considera especialmente la inconstitucionalidad del corralito financiero y bancario. Se postula la necesidad de subordinar las emergencias al orden constitucional para impedir la decadencia de nuestro Estado de derecho.

³¹ Editada conjuntamente por la Universidad Nacional Autónoma de México, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Fed-

En las consideraciones preliminares de dicha obra, Valadés señala:

Con esta encuesta, el Instituto de Investigaciones Jurídicas aspira a aportar un elemento más de información y de análisis para contribuir al desarrollo institucional de México.

...Para revertir la distancia entre la sociedad y su norma suprema no sólo es necesario superar los problemas jurídicos y políticos que llevaron a esta situación; también lo es advertir que la relación entre la Constitución y la sociedad es un fenómeno que corresponde a la cultura. Justamente en esa dirección quisimos diseñar la encuesta.³²

Fue en esa oportunidad que el distinguido jurista mexicano lanzó la idea de extender ese estudio a otros países de Latinoamérica, para poder luego realizar un análisis comparado de tan importante cuestión con base en los trabajos que se publicarían por parte del Instituto. Ahí nos comprometimos en nuestro carácter de presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional a tratar de concretar este trascendente proyecto, para el cual contamos con el apoyo de nuestro Comité Ejecutivo.

De inmediato invitamos a asociarse al mismo a una institución del prestigio de IDEA Internacional, por in-

ración y la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que dirige Diego Valadés. Todos los autores son docentes e investigadores de dicha Universidad.

³² *La cultura de la Constitución en México*, “Consideraciones preliminares”, p. XV.

termedio de su director regional para América Latina, el distinguido politólogo doctor Daniel Zovatto, sin cuyo concurso no hubiésemos podido concretar esta iniciativa, por lo que le expreso un profundo agradecimiento personal y en nombre de nuestra Asociación.

Posteriormente encargamos la realización de la encuesta a Ipsos-Mora y Araujo, de reconocida experiencia en la materia. El trabajo fue dirigido por el sociólogo Manuel Mora y Araujo bajo la coordinación de la licenciada Luciana Grandi, cuya participación también destacamos.

Como se expone más adelante, la obra y la encuesta siguen los lineamientos de su similar realizada en México, con las modificaciones propias de la adecuación a nuestra realidad.