

PRÓLOGO

Siento una especial distinción al prologar esta nueva obra del profesor Dr. Miguel Angel Ortiz Pellegrini, adjunto de nuestra Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba pero además, profesor titular de Historia del Derecho en la misma casa de estudios.

El autor une a su formación docente universitaria una destacada experiencia política que lo llevara a ocupar altos cargos públicos como legislador provincial en tres oportunidades, diputado de la Nación y fiscal general del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Además, nos tocó compartir la más trascendente función ciudadana: la de constituyentes de la Nación, en la Convención Nacional de Santa Fe y Paraná de 1994, que produjera la más importante reforma constitucional de la historia argentina.

A ello se suma su vasta experiencia en el ejercicio de la abogacía, donde se ha consagrado en el foro por su agudeza e inteligencia, como un reputado luchador por el derecho.

La obra se titula *Nociones sobre el poder y el derecho. En la historia argentina* y para nosotros constituye un producto de la madurez del autor, que ha volcado aquí, su larga, profunda y aquilatada experiencia en los campos antes mencionados. Es la que se necesita para acometer una empresa intelectual tan compleja y difícil como la de abordar la relación dramática entre poder y derecho, que ha sido objeto de reflexiones desde la antigüedad clásica hasta nuestros días. Por otra parte, siempre hemos creído en las visiones interdisciplinarias y realistas para estudiar el derecho público ¹.

Ya impresiona inicialmente la frase que cita de José Saramago: “*La vida es una larga violencia*” y en la Introducción sostiene que su propósito es analizar la relación entre el poder y el derecho en nuestro país como “es”, no como debería ser. Y dice: “*Las reflexiones sobre estas relaciones, se agrupan en dos clases: las que sostienen la primacía del poder sobre la norma y las que por el contrario, de la norma sobre el poder. Estas dos categorías recorren la historia del pensamiento político y jurídico desde Grecia hasta nuestros días. Nuestra opinión se inclina por la primera posición con matices, como resultado de la experiencia nacional*”.

La obra tiene cuatro partes. La primera sobre “Poder y derecho”. La segunda, sobre “El proceso histórico en general en Occidente”. La tercera, sobre “El control del poder desde el derecho”. Y la cuarta sobre “Nuestro proceso histórico”.

La primera parte destinada al análisis del poder y derecho, es la que ha significado por su complejidad el mayor esfuerzo de investigación al autor, que se ha introducido

1 Confr. HERNÁNDEZ, Antonio María (director), *Derecho constitucional*, La Ley, Bs. As., 2012, t. 1, Cap. I, en el punto sobre Método del derecho constitucional, p. 28.

en aspectos históricos, filosóficos, sociológicos, politológicos y específicamente constitucionales. Y la prueba de ello son las 230 notas realizadas, donde se aprecia la opinión de importantes autores de las disciplinas mencionadas: desde Platón y Aristóteles, pasando por Hobbes, Locke y Montesquieu, hasta Schmitt, Kelsen, Foucault, Agamben y Rosanvallon, por citar algunos.

Ortiz Pellegrini considera el origen del poder, sus clasificaciones, características y sus relaciones con la violencia, el miedo, la obediencia, el discurso y los medios de comunicación y la legitimidad, entre otros temas de singular interés, además de su evolución histórica.

Luego hace lo propio con el derecho, deteniéndose especialmente en su ambigüedad –por la relación con el poder–, en tres situaciones: el derecho repentino, el derecho consuetudinario y el estado de excepción. A este último destina muy interesante estudio desde sus orígenes en instituciones romanas hasta la actualidad, tanto en el plano nacional como internacional. Y afirma que el estado de excepción normalizado que vivimos es el estado de seguridad, alejado del estado constitucional.

Ya en referencia a nuestro país, expone los graves problemas que hemos atravesado por las emergencias de todo tipo y así concluye: *“Se ha mutado del gobierno denominado ‘normal’, establecido en las constituciones, a la existencia un estado de excepción permanente, desvinculado ya de las situaciones de gravedad institucional, impulsado por una conducta paradójica: a) Cuando el PE cuenta con las mayorías necesarias la emergencia se justifica por leyes del Congreso, por tiempo indefinido –pues se renuevan año a año– actitud que se ha transformado en una de las reglas del funcionamiento de nuestro sistema; b) Cuando el PE no cuenta con mayorías en el Congreso, por vía de los Decretos de Necesidad y Urgencia, que ‘saltean’ la voluntad del pueblo representada en ambas cámaras y la normativa constitucional. La república ha devenido en una ‘exceptodemocracia’². Lo que hace dudar –incluso– de la vigencia del sistema establecido en el art. 1° CN.*

La máxima latina “necessitas legem no habet” está vigente: esta es nuestra realidad. Realidad que deberíamos cambiar, comenzando por los operadores jurídicos; aunque por cierto excede este campo, con la pretensión de tenerla amarrada a la Constitución”.

Hemos sostenido en nuestra obra citada por el autor, “Las emergencias y el orden constitucional” en el punto titulado “La decadencia de nuestro Estado de derecho y la imperiosa necesidad de subordinar las emergencias al orden constitucional”:

“Del análisis precedentemente efectuado a lo largo de la historia institucional argentina surge de manera conclusiva que: como respuesta a las distintas emergencias sufridas, se utilizaron diferentes institutos de emergencia, previstos, no previstos o prohibidos por la Constitución Nacional. El ejercicio de estos institutos produjo severas lesiones a nuestro Estado de derecho, al orden constitucional, al sistema republicano y a los derechos individuales. En todos los casos observados de utilización de los institutos el Poder Ejecutivo actuó de manera exorbitante, profundizando el hiper presidencialismo que hemos padecido. El Poder Legislativo también fue responsable de estos

2 AMAYA, Jorge Alejandro, *Democracia y minoría política*, Astrea, Bs. As., 2014, p. 185. Consecuencia de lo expuesto “la realidad” argentina –al menos en los últimos diez años con los Kirchner y hoy con el presidente Macri (diciembre 2015)– muestra un sistema hiperpresidencialista, con instituciones débiles y una sociedad movilizadada, que tiende a la acción directa.

desaciertos institucionales al actuar así, sea en forma activa como pasiva u omisiva, pues en algunos casos acompañó las políticas del Ejecutivo, mediante la sanción de las leyes respectivas o al efectuar las delegaciones en aquél y en otros casos, al no efectuar control político alguno de las medidas, abdicando de sus funciones

esenciales. En cuanto al Poder Judicial, y salvo los casos excepcionales puntualizados, no se apreció un correcto y firme ejercicio de sus facultades de control de constitucionalidad, lo que evidenció su falta de independencia y de cumplimiento de su rol como poder del Estado republicano.

Frente a este penoso diagnóstico sobre la decadencia de nuestro Estado de derecho, somos de opinión que urge subordinar los distintos tipos de emergencia e institutos a la Ley Suprema, conforme corresponde al Estado constitucional y democrático de derecho”³.

En el último punto de esta Primera Parte, Ortiz Pellegrini sostiene que “*La libertad, se relaciona con el poder y el derecho de la siguiente manera: a) La acción política se lleva a cabo ‘normalmente’⁴ a través del derecho; b) El derecho delimita y disciplina la acción política⁵; c) Marca los espacios donde reina la libertad.*

De la relación ‘poder y derecho’ está construida la historia humana: desde el sometimiento al poder, a la regulación de la fuerza y al establecimiento de espacios que le sean inaccesibles: la libertad”. “Libertad y poder son inversamente proporcionales, a mayor libertad menos poder, cuando mayor es el poder menor es la libertad; siempre es el poder el que delimita la existencia y el espacio donde se ejerce la libertad, es una relación inestable que se desestabiliza permanentemente en beneficio del poder”⁶. “Poder y derecho, son un matrimonio; tienen relaciones carnales, dinámicas, inestables, contradictorias, sin posibilidad de divorcio [...]”.

La Parte Segunda referida a las relaciones de poder y derecho en el orden mundial es una muy importante síntesis histórica desde la Edad Moderna y el nacimiento del Estado hasta nuestros días, donde Ortiz Pellegrini luce su carácter de historiador del derecho. Es una temática atrapante, plena de opiniones, dudas y desafíos, como las que plantean actualmente la globalización, la crisis de la soberanía nacional, las relaciones entre economía y política y el fanatismo religioso, que invitan a la reflexión.

El control del poder efectuado por el derecho es lo tratado en la Parte Tercera. Se trata también de un muy interesante desarrollo, especialmente de la historia del constitucionalismo.

3 Confr. HERNÁNDEZ, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones de Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2002 y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003.

4 La normalidad política no es un concepto diáfano, existen situaciones aparentemente “normales”, que sin embargo conviven con situaciones “anormales”, en Argentina –por ejemplo– no existe ninguna agresión externa, es una democracia participativa, tiene plena vigencia del Estado de derecho, y sin embargo esta en vigencia una “emergencia económica, financiera, etcétera” legal desde hace más de 20 años, que se traduce en privación de ciertos derechos a la sociedad.

5 Los dos primeros son citados por BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 254.

6 Conf. EKMEKDJIAN, Miguel A., ob. cit., p. 6 y ss.: “*El poder lleva en sí mismo el germen de su propia corrupción, es el estigma del déspota, una sustancia demoníaca, todo hombre que ejerce poder en mayor o menor grado tiene una tentación irrefrenable a ampliar ese poder, para conservarlo. El poder genera más necesidad de poder y esta retroalimentación crece en una progresión a la cual casi, podríamos denominar geométrica”.*

Al respecto, coincidimos con el autor que el constitucionalismo fue el resultado de una larga evolución en la filosofía política y del triunfo de 3 revoluciones: la inglesa de 1688, la norteamericana de 1776 y la francesa de 1789. Y que tuvo dos objetivos fundamentales: asegurar los derechos del hombre y dividir el poder, a través de Constituciones que tenían el carácter de leyes supremas.

La limitación y control del poder mediante su división fue el aporte fundamental de notables pensadores como Locke, Montesquieu, Madison y Hamilton, destacados por el autor.

Creemos que las técnicas constitucionales para dividir el poder fueron y son varias: 1) la distinción entre poder constituyente (el que establece la Constitución o la reforma) y poderes constituidos (los creados por la Constitución), subordinados al anterior; 2) la división horizontal del poder entre Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que se controlan recíprocamente; y 3) la división vertical del poder, por medio de estados federales, regionales o descentralizados, con distintos niveles de gobierno en relación al territorio.

Además de ello, se han establecido limitaciones en relación al tiempo del ejercicio del poder, por intermedio de la periodicidad de los mandatos y de la prohibición de las reelecciones indefinidas, como regla general, aunque ello admite excepciones.

Estas limitaciones han surgido de la observación de los males producidos por el ejercicio del poder absoluto en los regímenes despóticos y también de las convicciones sobre la naturaleza humana. En tal sentido, Hamilton –uno de los más influyentes convencionales de la Constitución norteamericana de 1787– escribió en el *Federalista*, Nº VI que “los hombres son ambiciosos, vengativos y rapaces”. Y por eso junto a Madison, tuvieron tanto cuidado en distinguir la democracia y la república, poniendo el énfasis en las limitaciones y controles del poder y de los representantes. Podemos agregar además la recordada frase de lord Acton: “*El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente*”.

Luego el autor se detiene en lo acontecido en nuestro país, especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994, concluyendo en el inadecuado funcionamiento de los órganos de control del poder creados, incluido además, el casi inexistente control de constitucionalidad que debió ejercitar el Poder Judicial.

Y por eso finaliza con esta opinión: “*No obstante toda esta evolución, el poder en sí mismo ha cambiado poco desde el origen de los tiempos, el afán de dominio, la obsesión por perpetuarse y su perversa orientación hacia el monopolio, la corrupción y el sojuzgamiento siguen siendo sus lamentables signos de identidad*”.

*Lamentablemente coincidimos con estas apreciaciones sobre la baja calidad institucional que hemos soportado, que nos demuestran las características de una democracia “delegativa” (O’Donnell) y “corporativa” (Nino)*⁷.

7 Confr. HERNÁNDEZ, Antonio María, *Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, donde analizamos especialmente nuestros últimos 100 años en materia constitucional e institucional.

La Cuarta Parte, destinada al estudio de Nuestro proceso histórico, es otra muy interesante síntesis que parte de la Colonia y termina en nuestros días, con opiniones fundadas y documentadas sobre la historia política e institucional del país, donde Ortiz Pellegrini apela nuevamente a su condición de profesor de Historia del Derecho, además de agudo observador y protagonista de la política nacional. El autor defiende sus puntos de vistas con pasión y firmeza, invitando al debate y aún a la controversia.

Y al final del desarrollo, vuelve sobre su interrogación inicialmente adelantada, en relación al control del poder por el derecho, al decir: *“El triunfo dependerá de la actuación de los hombres, de los hombres que ejercen y controlan el poder dentro del sistema; es posible seguir pretendiendo el ‘gobierno de la ley’, pues sigue siendo un objetivo todavía no alcanzado en forma completa; en definitiva es posible el triunfo del derecho, triunfo que se alcanzaría con la vigencia –plena– de la Constitución de la Nación y la conducta de los hombres de hacerla respetar”*.

Nosotros esperamos lo mismo y también luchamos por ello. Hace tiempo que venimos sosteniendo que uno de los problemas más graves que tenemos los argentinos, es la débil cultura constitucional y de la legalidad. Ya inicialmente Juan Agustín García en *La ciudad indiana* había señalado como uno de los rasgos nuestros el “desprecio por la ley”. Y fue Carlos Santiago Nino en su testamento intelectual *Un país al margen de la ley*, el que produjo el más profundo estudio interdisciplinario al respecto. Por nuestra parte, hemos realizado la Primera Encuesta de Cultura Constitucional y ahora está por ser publicada la Segunda Encuesta ⁸, que ratifica la gravedad de la cuestión.

Por ello, debemos realizar un especial esfuerzo por volver a la educación popular, cívica y democrática, en base a los valores y principios de la Constitución Nacional. Y producir una reforma política y educativa que nos lleve a una elevación de nuestra cultura política y democrática. Para nosotros no hay posibilidad de cambio profundo si Argentina no alcanza un cumplimiento estricto de nuestro máximo proyecto político, que es la Constitución Nacional.

Felicitemos efusivamente a Miguel Ortiz Pellegrini por este libro, fruto de años de investigación y vivencias políticas y jurídicas, que enriquece la consideración y el debate sobre estos temas fundamentales.

Antonio María Hernández

*Profesor titular plenario de Derecho Constitucional
de la Universidad Nacional de Córdoba*

8 Véase HERNÁNDEZ, Antonio María – ZOVATTO, Daniel - MORA Y ARAUJO, Manuel, *Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, UNAM, México, 2005. Y HERNÁNDEZ ZOVATTO - FIDANZA, *Segunda Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, Eudeba, Bs. As., 2016, en prensa.