

LA 4ª GENERACION DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Armando Rafael Aquino Britos

Doctor en el área del Derecho de la Universidad Nacional Del Nordeste - UNNE. Profesor titular por concurso cátedra D de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Del Nordeste - UNNE. Designado para el fuero provincial y federal como conjuer de ambas jurisdicciones. Asesor de la Cámara de Diputados de la Provincia. Asesor de la Convención Constituyente Nacional en Santa Fe en 1994. Diputado provincial en 1999. Asesor del Poder Ejecutivo Provincial, convencional Constituyente Provincial en el año 2007. Diputado Provincial desde el año 2007-2011 y ex asesor del Senado de la Provincia de Corrientes (Argentina).

Autor convidado.

1. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COMO META-GARANTÍA

Con el advenimiento del constitucionalismo como proceso político, institucional, cultural y social, los estados fueron reconociendo en sus constituciones el conjunto de derechos que en cada época se les reconocía al hombre como tal; transformándolos en derechos fundamentales que se inscribieron como derrotero a cumplir y respetar por todos y para todos. Es el hito fundamental de la revolución francesa de 1789.

Los derechos humanos que “protegían al ser humano como creación sagrada revestida de juridicidad con las características de inherencia, necesariedad, inalienabilidad, imprescriptibilidad, oponibilidad erga omnes, universalidad e independenciam” como los define Manili,¹ al ser reconocidos en los textos constitucionales pasan a ser considerados fundamentales (dan fundamento, sostén y razón a la existencia del Estado como tal).

Estos derechos se ampliaron a medida que los cambios políticos se transformaron en datos insoslayables en beneficio de la humanidad al calor del avance y progreso de las sociedades. Se institucionalizaron en normas y más tarde adquirieron jerarquía constitucional.²

¹ Manili, Pablo Luis. Manual de Derechos Humanos. Buenos Aires: La ley, 2017. p.15.

² Hay quienes sostienen que los derechos humanos se protegen a través de los instrumentos internacionales y los derechos fundamentales a través de las garantías emergentes de los procesos constitucionales de cada estado.

El legado del liberalismo, como expresión filosófica y política, nos dejó los derechos civiles y políticos; el socialismo, en igual sentido, nos brindó los derechos sociales como su expresión más nítida; más tarde una corriente solidaria y participativa nos dejó derechos colectivos que eran de todos, pero de nadie en particular, para proteger un espacio común.

Advertido de tal proceso, pero mirando la bandera tricolor de Francia y las consignas de la revolución de aquel país que nos marcara con nitidez el fin del absolutismo monárquico (libertad, igualdad y fraternidad) se le ocurrió a Karel Vasak,³ (ex) director de DDHH de la Unesco, en 1979, expresar el concepto de “generaciones” de derechos, lo que fue una expresión casi intuitiva rápidamente fue aceptado por la mayoría de los pensadores como una forma de clasificar los periodos de cambios productivos en los Estados que recepcionaban derechos fundamentales.

Se critica a esta idea que el concepto de “generación” significa limitar los derechos fundamentales ya que estos no desaparecen por la irrupción de otros; y carece de precisión temporal o histórica en el surgimiento de una especie de derechos fundamentales; entre otras objeciones⁴.

En esta visión retrospectiva es necesario advertir que “generación de derechos” debe ser tomado como un hito, momento, acontecimiento especial, o circunstancia insoslayable que nos permite apreciar que ello tiene la virtualidad de “concebir, producir, engendrar o elaborar” otros hechos o productos, en este caso derechos, que surgen o se les reconocen a partir de ese hecho o momento histórico determinado.

Lo cierto es que las “categorías” de derechos aparecen en todos los instrumentos internacionales, y también son expresamente receptados en las constituciones de cada estado nación.

Partimos de la base que toda “teoría” es una descripción de naturaleza cognoscitiva, que pretende ser sistemática, de una situación fáctica, real y concreta a la que se da una explicación fundada. Esta puede tener mayor o menor rigor científico, pero es de indudable sentido práctico; a diferencia de una doctrina que tiene una expresión “deontológica” de carácter normativo, que expresa proposiciones conforme a un plexo de valores, principios y leyes que condicionan una forma de concebir y realizar los actos.

Efectuada esta aclaración entendemos válida la expresión teórica de la generación de derechos fundamentales.

³ Ver en AAVV, Vasak, Karel. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. UNESCO Barcelona: Serbal, 1984. p. 15.

⁴ González Álvarez, Roberto. Aproximaciones a los derechos de 4ª generación.

La primera “generación”, denominada de los derechos civiles (libertad, propiedad, derechos a la vida, integridad física y moral, dignidad, justicia e igualdad en sus diversos modos de ejercicio de tales libertades: pensamiento, conciencia, religión, opinión, expresión etc) y derechos políticos (derechos de reunión, de votar, etc.) Fueron una fuerte limitación al poder estatal, pues se erigieron como defensa del individuo como expresión concreta de la libertad que identificara el pensamiento de la ilustración y las revoluciones burguesas del siglo XVIII, lo que se establece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

La segunda etapa generacional de los derechos económicos, sociales y culturales; comprende a los derechos de la propiedad tanto individual como colectiva y los derechos a la seguridad, social, derechos a la alimentación, trabajo, seguridad social, salario justo, descanso, sindicalización, huelga, salud, vivienda y educación y culturales entre tantos, que son productos de la idea de igualdad universal nacida del pensamiento humanista y socialista del siglo XIX.

Marca un cambio de época, del Estado Liberal por el Estado Social de Derecho como expresión de morigeración de las desigualdades socialmente.

La tercera generación de derechos se manifiesta con la recepción de los derechos de la solidaridad, los derechos colectivos y participativos que hacen al hombre, su entorno y la convivencia. Tal los derechos a la paz, desarrollo económico, al ambiente sano, al patrimonio cultural, el acceso a la justicia y la protección a los derechos del consumidor, la libre determinación de los pueblos que amplía las bases de la legitimación de los gobiernos, etc. Este proceso se advierte en la segunda mitad del siglo XX, donde se trata de garantizar la satisfacción de las necesidades futuras (de la actual y las futuras generaciones) que expresan los valores de la fraternidad y la solidaridad que buscan preservar y asegurar la calidad de vida de todos los habitantes del planeta.

La internacionalización de todo el plexo de derechos que se amplía sin sustracción de los reconocidos con anterioridad, marca el signo de la solidaridad como expresa Fayt, pues el conjunto de tales derechos tienen como destinatario al hombre “como ser humano individual y social al que se le reconocen y protegen sus derechos y garantías fundamentales para su protección y plena satisfacción”⁵

Esta modalidad reconocida en casi todas las naciones ganó terreno en el plano de la “internacionalización del derecho constitucional como protección a los derechos

⁵ Fayt Carlos S. Los derechos de 3ª generación en la doctrina y en la jurisprudencia de la C.S.J.N. Buenos Aires: La Ley, 2014. p. 18 y sig.

fundamentales o constitucionalización de los derechos humanos” y tuvieron la intención de poner límites a que el hombre fuese el “lobo del hombre” no solo para terminar con el semejante sino capaz de provocar, por la avidez del lucro, la menor calidad de vida de sus semejantes.

Paradójicamente, los últimos 20 años del siglo XX, la concepción neo-liberal como expresión del pensamiento político e institucional ganó los mayores escenarios. EEUU y Gran Bretaña fueron los abanderados de tal proceso, sumado ello a que se produce la caída del muro de Berlín y las políticas de la “glasnost” y perestroika en URSS sumado al proceso de conformación de nacionalidades de Europa del Este le quito a ese espacio la gravitación internacional que antes tenía. Parecía el fin de la historia expresado por Francis Fukuyama⁶.

Va de suyo que “los acontecimientos que marcaron la fisonomía del siglo XX, explican el surgimiento de un nuevo orden mundial impuesto por la inserción de la globalización en la sociedad posesiva del mercado y en este de la democracia como sistema político y gubernamental” explica Fayt,⁷ pero también aparecen respuestas internas y externas significativas que marcan una nueva época.

La resistencia por defender los valores, principios y conquistas hechas normas logradas en la época de la solidaridad y fraternidad no solo pusieron límites a las desmesuras en el ejercicio de los poderes constituidos de tipo formal, sino que se levantaron contra los poderes de tipo factico, concreto y real que existen en cada sociedad y que al no tener en cuenta al hombre y su dignidad se transforman en “poderes salvajes” como expresa Ferrajoli.⁸

La revolución tecnológica y científica hizo aportes inmensos a la humanidad, en todos los planos, pero sobre todo en la interrelación entre los hombres, borró fronteras y acortó distancias. La información llega del hecho o acontecimiento al hombre casi sin intermediación. Son los signos positivos, sumado a un proceso de democratización de la información a través de las llamadas redes sociales.

El predominio del poder real y concreto (poder factico) sobre los derechos humanos (y fundamentales) será una constante siempre, pero lo cierto es que más allá de la magnitud y proporción de los primeros sobre los segundos, no lograron imponerse. La sociedad genero sus propios anticuerpos.

⁶ Fukuyama, Francis. ¿El Fin de la Historia?. En: www.cep.cl. Publicado originalmente en la revista The National Interest (verano 1989).

⁷ Fayt Carlos S. La organización política y la estructura de poder en la sociedad contemporánea. Buenos Aires: La Ley, 2010. p.95.

⁸ Ver Ferrajoli, Luigi. Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Barcelona: Trotta, 2011.

Lentamente – y de forma larvada- una nueva época se va corporizando en nueva generación de derechos de la mano de la llamada democracia constitucional como una forma de evitar caer en los totalitarismos o autoritarismos donde la dignidad de las personas, su vida, libertad o derechos más elementales fueron signados por el odio, o por fundamentaciones artificiosas pero que produjeron episodios de luto y llanto universal que se manifestó en el holocausto, la 2ª guerra mundial y expresiones genocidas.

No todo reconocimiento de un derecho puede ser considerado una generación de los mismos por más amplia que sea la categoría que los recepciona. Debe marcar un cambio de época y ser abarcativo, pero también generador, de otros derechos y dotar a estos de sus respectivas garantías.

Es develador de la nueva época la gestación una nueva generación de derechos que enriquece y fortalece las anteriores y oficia de “meta garantía” de los precedentes, pero que es tributaria y resultante del proceso histórico.

Esta 4ª generación de derechos se manifiesta con mandatos constitucionales estampados en algunos textos constitucionales que resguardan el sistema democrático y el orden constitucional⁹, tutelan derechos mínimos e indispensables para todos, preservan los derechos de las minorías de toda índole (derechos políticos con cuotas mínimas, pluralidad, diversidad, incremento de acciones positivas que protegen al “débil” o más desfavorecido, poniendo el acento en la equidad) para que adquiriera reconocimiento internacional que “solo con el sistema democrático” y “dentro del orden constitucional” se efectivizan los derechos de la 1ª, 2da y 3ª generación. Tal, la carta democrática de la ONU en el año 2000, y la Carta Democrática de la OEA año 2001.

Nuevo siglo, nueva generación de derechos donde alumbró la democracia constitucional como un sistema que garantiza el resto de los derechos fundamentales.

2. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y SUS APORTES

El sistema de gobierno que permite la “isonomía, la isocracia y la isegoría” es la democracia, como expresara Tucídides; es el gobierno que garantiza la igualdad ante la ley, igualdad de acceso a los cargos públicos, e igualdad ante las cargas públicas.

El marco histórico signó la forma de relación del sistema con el Estado; en la antigua Grecia tuvo como nexo predominante a la política, en Roma el derecho, en el medioevo a la

⁹ Verbig. Art 36 Constitución nacional; art. 20 C.Fed Alemana; art 1,8 cc y sig C. España, la C.de Brasil de 1988 reconoce el derecho de seguridad colectiva, y mandato de interdicto, Const de Colombia art 40, 92 entre tantas.

“ideología”, y podemos decir que el nexo comunicante en el Estado moderno fue el poder concentrado, mientras que en el Estado contemporáneo afloraron los “derechos” universalmente reconocidos en una aceptable igualdad formal, pero con franca libertad, lo que diera lugar al proceso histórico antes mencionado.

Desde la irrupción del constitucionalismo fue solo, en y con, el sistema democrático donde se produjeron los cambios institucionales que permitieron la ampliación de derechos que se da en llamar “generaciones”.

Fue siempre el sistema democrático el que permitió receptar la positivización de los derechos fundamentales y ello dio un aditamento al Estado de derecho que significó su evolución (liberal, social, y social y democrático luego). Dicho con más claridad: solo con la democracia se lograron más libertades y mejores derechos, pero la omnipotencia de las mayorías también trajo la pérdida del sistema político que permitiera tales avances como lo prueba la Italia de Mussolini y la Alemania de Hitler.

Entendemos al sistema político como “ el conjunto coordinado e interdependiente de las ideas, normas, principios, estructuras, comportamiento y todo los demás factores y circunstancias que constituyen, caracterizan y definen el quehacer político, así como la permanente interacción que se opera entre ellos”¹⁰. Este se confunde con la democracia, ya que lentamente y con intermitencias, expandió sus raíces y fue también un modo de vida, ya que no puede comprenderse tal sistema sin concebir y admitir otros valores que lo exceden. Es la democracia como forma de vida.

Este sistema político fue adoptado casi de manera universal por lo que Fayt, siguiendo a Bordeau ha llamado el tránsito de la democracia gobernada “por la democracia gobernante que expresa la voluntad del pueblo capaz de satisfacer las expectativas colectivas tomando como centro al hombre, cuyo paso fue de la democracia política a la democracia social”¹¹ de allí la apertura a cauces de participación inéditos para el esquema formal.

Este se manifiesta con mayor o menor calidad, con más o menos intensidad en cuanto a su transparencia; de variable apertura en la participación y control de la actividad de los representantes, pero fue la democracia la que permitió (y permite) el ejercicio de la soberanía del pueblo a través del imperio de la ley que fueron los principios estructurantes (político y jurídico) sobre los que se edificó el estado de derecho consagrando la división de poderes, diferencia entre poder constituyente y poder constituido, la periodicidad de las funciones, responsabilidad de los gobernantes, independencia del poder judicial, legalidad

¹⁰ Linares Quintana, Segundo V. Sistemas de partidos y sistemas políticos. s/l: Plus Ultra Bs As., 1976. p.129.

¹¹ Fayt, Carlos S. Derecho Político. T.I. Buenos Aires: Depalma,1995. p. 378 y sig.

administrativa, publicidad de los actos de gobierno, partiendo de la supremacía de la constitución como un principio de garantía de los derechos emergentes de tal arquitectura constitucional.

El cambio, desde los albores del constitucionalismo hasta después de la 2ª guerra mundial, fue claro: poco a poco las constituciones dejaron de ser un “estatuto del poder juridificado” donde se establecían las coordenadas del poder y ser la hoja de ruta del Estado hecha ley suprema, para recepcionar a partir del reconocimiento de más y mejores derechos, ensanchando los anteriores y recibiendo los nuevos.

Este sistema fue llamado democracia constitucional ya que es la resultante de la “democratización del constitucionalismo y los regímenes instaurados en base a ella son democracias consustancialmente unidas a la vigencia de una constitución de especial contenido” explica López¹², que la concibe como la forma más racional y simple de institucionalizar la realidad política, comprendiendo las diferencias, aceptando la diversidad, utilizando el diálogo y el encuentro plural a través del consenso ya que duele el recuerdo de las pérdidas de las libertades y el más cruel horror del siglo XX : el holocausto es producto de la pérdida de este rumbo.

Cierto es que la revisión al proceso de posguerra nos revela un realismo donde quedaron de manifiesto lo que Bobbio llama “las promesas incumplidas de la democracia”¹³, y donde se advierte el predominio de los poderes facticos sobre los poderes formales, pero fue siempre con la democracia, en la que y con la que, se pudieron producir los cambios que abrigaban las esperanzas y conquistas de la humanidad en procura de un mundo mejor.

Por ello Pérez Luño sostenía como tesis que “los derechos siguen, desde su formulación inicial para limitar al poder absoluto, tres grandes procesos, de positivación, de generalización y de internacionalización, a los que añadirá un cuarto al que llama de especificación que reconoce al hombre específico, en la especificidad de sus diferentes status sociales, tomando en consideración criterios distintos de diferenciación, el sexo, la edad, las condiciones físicas. “ y resalta que la relación entre derechos humanos, democracia y paz, porque “sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos...”¹⁴ lo que ahora se advierte con la vertiginosa transformación producida por la revolución tecnológica y

¹² López, Mario Justo. Introducción a los estudios políticos. Vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1987. p.159 y sig.

¹³ Bobbio, Norberto. El futuro de la democracia. México: Fondo cultura Económica, 1993.

¹⁴ Prologo en Bobbio, Norberto. El tiempo de los derechos. España: Sistema, 1991. p. 9 y sig.

científica que invade todas las esferas del conocimiento, relaciones, prácticas sociales del hombre en un mundo globalizado que dejó atrás viejas fronteras y límites.

La Declaración del milenio aprobada por la ONU en el año 2000 “recuerda que los derechos humanos son el resultado de un proceso inacabado y en permanente transformación. Emergen nuevos compromisos, necesidades y nuevos derechos, pero, sobre todo, aparece una toma de conciencia de las sociedades actuales que hacen visibles a pueblos y grupos sociales que hoy aparecen con voz a través de la emergencia de una sociedad civil internacional organizada. La Carta de Derechos Humanos Emergentes pretende ser una respuesta a los retos que se derivan de los procesos de globalización cuya naturaleza parcial y desigual excluye de sus beneficios a amplias capas de la población mundial, en particular los países subdesarrollados, pero también en los desarrollados, diseñando como marco de relación global un escenario de pobreza, violencia y exclusión...”¹⁵ nacen nuevos derechos, se reconocen nuevas titularidades de los mismos, nuevas formas de ejercer su tutela ante nuevos desafíos, renovados ataques de sectores de poder que aumentan su poderío precisamente usando las bondades de esa revolución tecnológica.

El catálogo de valores, principios y derechos que se reconoce en este texto fundamental para la humanidad reivindica la carta de las Naciones Unidas como pacto, destaca la intemporalidad y vigencia de los derechos humanos conquistados, como la libertad sustancial de vivir con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia. La mejor forma de garantizar esos derechos es contar con gobiernos democráticos y participativos basados en la igualdad y la solidaridad, en el marco de la tolerancia y el respeto de la naturaleza que obliga a una responsabilidad común y compartida.

Expresa los valores la paz, la seguridad y el desarme para liberar a nuestros pueblos del flagelo de la guerra y liberar de las armas de destrucción en masa; lo que reafirma el compromiso de consolidar el respeto del imperio de la ley y se comprometen a intensificar la actividad del concierto de las naciones para asegurar este propósito, con el objetivo de poner el acento en adoptar medidas concertadas contra el terrorismo internacional y redoblar esfuerzos para luchar contra el problema mundial de la droga, e intensificar nuestra lucha contra la delincuencia transnacional como la trata y el contrabando de seres humanos y el blanqueo de dinero.

¹⁵ Pérez Luño, Antonio. Las generaciones de derechos humanos. Revista *Direitos Emergentes na Sociedade Global* – www.ufsm.br/redesg v. 2, N. 1, jan.jun/2013. Y también Las generaciones de derechos humanos, en Revista del centro de estudios constitucionales, N 10, Sep/ dic. 1991.

Se entiende que ello solo es posible con el desarrollo de los pueblos y la erradicación de la pobreza extrema que es una forma de sometimiento a los seres humanos, para lo cual se mencionan políticas activas y el aporte, aún pendiente, de los países más prósperos y civilizados, para erradicar la mortalidad infantil, reducir la propagación del VIH/SIDA, el flagelo del paludismo y otras enfermedades graves que afligen a la humanidad, aumentando la atención médica y de medicamentos lo que se lograra solo con la protección del ambiente común, los recursos naturales.

Para concretar estos objetivos se debe garantizar los derechos humanos, dentro del sistema democrático y en el marco del buen gobierno.

La exhortación para aplicar los principios y las prácticas de la democracia y el respeto los derechos de las minorías, luchar contra todas las formas de violencia y adoptar las medidas para garantizar la tolerancia sancionando los actos de racismo y xenofobia cada vez más frecuentes en muchas sociedades y promover una mayor armonía y tolerancia en todas las sociedades, lo que solo se logra con la predica concreta de la igualdad, para lo que resulta indispensable la libertad de los medios de difusión para cumplir su indispensable función y el derecho del público a la información.

Es la democracia constitucional el sistema, soporte y fundamento del cual parten, se nutren y sostienen los nuevos derechos que emergen en esta época. La democracia se nutre y legitima, si y solo si, se respetan los derechos fundamentales, y esta realización solo puede darse en este sistema.

3. EL PROCESO DE GESTACIÓN

Cada “generación” de derechos tiene una finalidad, un propósito, una pretensión que la caracteriza y es por ello que diversas opiniones se manifiestan en distintos sentidos para señalar que no hay otra generación sino varias, que han surgido desde la 3ª etapa.

No estamos de acuerdo. Solo desde una visión singular e insular puede admitirse que, por cada irrupción de un derecho determinado, por si solo, constituya una etapa que signe el cambio de época. Es menester, para ello, cambios de paradigmas para comprender que son una constelación de derechos, un verdadero archipiélago que como expresión del conjunto emerge y pone en evidencia tal situación.

Morello¹⁶ cree que el proceso justo como garantía de la tutela efectiva de los derechos nos devela una nueva generación de derechos, y ello tiene que ver, a nuestro juicio con la transformación de las ciencias jurídicas, donde la internacionalización del derecho constitucional o constitucionalización del derecho¹⁷ por la forma de producción jurídica donde el estado nación ya no es el productor monopólico de las normas, es un dato insoslayable signado por los procesos de constitucionalización del ordenamiento jurídico (con valores, principios y normas) que obligan a una forma y modo de concebir y aplicar el derecho donde la prepotencia normativa del legislador vernáculo pierde terreno ante un juez que garantiza los derechos y con ello legitima su rol y función constitucional.

Otros autores creen encontrar en los derechos que emergen de la revolución tecnológica y científica otra generación, pero ella es consecuencia del avance de otras disciplinas que nos enriquecen y elevan la calidad de vida, pero tienen sustento en la ética que obliga a reformular, encauzar a tales derechos emergentes como expresa Bustamante Donas quien apunta que “el desarrollo social y moral del ser humano no ha sido nunca opaco al desarrollo de las realidades técnicas científicas. Dichas realidades se constituyen en condición de posibilidad para el cambio social, la emergencia de nuevos valores, la aparición de nuevos paradigmas éticos y, en definitiva, el advenimiento de nuevas formas de organización social...” puesto que hay que dar respuesta a “...los nuevos derechos que son inherentes al hecho mismo del vivir en una sociedad tecnológica, las llamadas exigencias políticas de la tecnociencia”¹⁸

Allí convergen los derechos de acceso a la informática con igualdad y sin discriminación, uso del espacio comunicacional, a la educación en base a las nuevas tecnologías y a la autodeterminación en base a estas.

Se reconoce a la globalización y a la tecnología generadora de diferentes derechos que abarca, pero se trata de derechos ya enunciados y regulados anteriormente, sólo que redefinidos por las nuevas condiciones de la sociedad, la tecnología y la globalización.¹⁹

El constitucionalista y teórico brasilero Paulo Bonavides²⁰ sostiene que la democracia, el pluralismo y el derecho a la información constituyen una 4ª generación de derechos pero

¹⁶ Morello, Augusto Mario. El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela judicial efectiva de los derechos. La Plata: Platense/Abeledo-Perrot, 1994. p. 88.

¹⁷ ver Albanese, Susana. La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional, en Control de convencionalidad. Buenos Aires: Ediar, 2008.

¹⁸ Bustamante Donas, Javier. Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. Revista de N1, septiembre 2001, publicado en www.oei.org/revistas.

¹⁹ Flores Salgado, Lucerito L. Temas actuales de los derechos humanos de última generación. Benemérita Universidad Puebla México, 2015. p.35.

que asistimos a una 5ª generación donde emerge el derecho fundamental a la paz dando otra dimensión a los derechos fundamentales.

Creemos que ello será una consecuencia, no es la causa de la irrupción de nuevos derechos, pues es una finalidad.

Es en la armonía entre democracia y constitución que encuentra el reconocimiento de esta nueva generación (y dimensión) de los derechos fundamentales. Se parte de la democracia como el sistema caracterizado como un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos (reglas de juego) deben servir para tomar decisiones colectivas, las decisiones que interesan a toda la colectividad, con el máximo de consenso y el mínimo de violencia²¹ pero quienes estén llamados a decidir deben respetar alternativas reales para que la sociedad esté en condiciones de elegir entre una alternativa y otra, en base al respeto a la autonomía de la persona, a su libertad. De ello se colige que se debe respetar a la minoría, y ello es límite infranqueable para la mayoría (territorio inexpugnable) ya que esta puede ser, mediante la alternativa para acceder al gobierno, alternancia en el poder, y virar de minoría a mayoría. Estas reglas se deben respetar siempre.

Es el fundamento para pasar de la democracia formal a la democracia sustancial que manifiesta con el estricto respeto a los derechos fundamentales que toda sociedad, a través de su constitución, reconoce a los individuos generando vínculos tanto negativos como positivos impuestos por el sistema democrático de base constitucional.

Los vínculos generados por los derechos de libertad son aquellos que ninguna mayoría puede restringir o excluir, y otros derechos fundamentales generan una segunda obligación, que constriñe y condiciona a los poderes constituidos a cumplir, sobre todo en el ámbito de los derechos sociales, generando una esfera intocable, inderogable, no sujeta a condición que es la “esfera de lo indecible”²² que es propio del Estado constitucional de derecho, donde los gobiernos solo se legitiman cuando respetan, cumplen y satisfacen los derechos fundamentales.

Es imperativo asegurar este funcionamiento y sus garantías; que se manifiestan, en principio de manera positiva y negativa, pues “son dos caras de una misma moneda y se corresponden con la doble naturaleza de los derechos fundamentales constitucionales: como

²⁰ Bonavides, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. En Revista Direitos Fundamentais & Justiça, ano 2, n. 3, abr./jun. 2008. Y también en Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 571.

²¹ Bobbio, Norberto. Teoría General de la Política. Madrid: Trotta, 2003. p. 459-460.

²² Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006.

expectativas negativas y como expectativas positivas. Las garantías negativas consisten en la prohibición de derogar; las garantías positivas en la obligación de aplicar lo que las normas constitucionales disponen. Las garantías constitucionales negativas, es decir, las que consisten en prohibiciones, tienen que ver con la inderogabilidad de la Constitución por parte del legislador ordinario y procuran impedirle la producción de normas contrarias a ella.

Para ello el estado cuenta con “garantías primarias” las que establece el propio ordenamiento jurídico para asegurar su cumplimiento en caso de violaciones u omisiones, y “garantías secundarias” donde se revaloriza la actuación del juez constitucional que legitima su función, en el marco de la democracia constitucional, cuando manda satisfacer los derechos inalienables e indisponibles, al margen de la voluntad de las mayorías circunstanciales.

La clave del funcionamiento del sistema es el llamado garantismo, que apareció como una expresión de tutela en los procesos penales para extender su égida a toda controversia sobre los derechos fundamentales cualquiera sea el ámbito de discusión ya que los “representantes” ceden el poder casi omnímodo de otrora para reconocer al soberano y así se pone límites al abuso, la opacidad y hasta la felonía de los mandatarios públicos que deben seguir el orden impuesto constitucionalmente a su accionar como un modo concreto de efectivizar su legitimación democrática.²³

El sistema democrático a través de las garantías encuentra entonces su mecanismo de retroalimentación ya que es un modo y forma de satisfacer los derechos fundamentales de toda sociedad democrática. Lo contrario es una conformación autocrática. El mayor grado de insatisfacción genera el cambio de gobierno y de sus representantes.

Se requiere el cumplimiento de las reglas mínimas que satisfagan la libertad e igualdad que son las bases de la democracia constitucional para lo cual se deben abrir las esclusas de la participación y control a fin de sortear los flagelos que pueden debilitar el sistema o tornarlo defectuoso.

Es imprescindible lograr “la adecuada representación de intereses, vedar la influencia indebida de los intereses económicos, la ausencia de obstáculos indebidos para la participación de los individuos, impedir la intromisión injustificada del poder político en la opinión pública, imparcialidad de los tribunales, lograr la equidad y la no discriminación en las relaciones económicas y sociales, y la efectividad de la rendición de cuentas de los

²³ Ferrajoli, Luigi. Democracia y garantismo. 2 ed. s/l: Trotta, 2010. p.60 y sig.

funcionarios ante los ciudadanos” dice Greppi²⁴ para evitar el desencanto o el malestar con el sistema, ya que así como se lo conquistó, se lo puede perder.

Las cartas constitucionales, como forma de concretar el derecho, generan estas “instituciones de seguridad creadas en favor de las personas con el objeto de que dispongan del medio para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho”²⁵ y como señalamos en otro lugar²⁶, este itinerario de la 4ª generación de derechos, para nosotros, empieza cuando se amplían los derechos con otro capítulo en el texto constitucional, se estampa la defensa del orden constitucional y la protección del sistema democrático y su defensa reconociendo su mecanismo de ultraactividad en caso de suspensión, de evitar su vigencia y alteración por violencias y consagrando la resistencia a la opresión al mismo tiempo que se amplía el espectro de los delitos calificados como “traición a la patria” a los que se anexa delito de enriquecimiento ilícito que pueda cometer un funcionario público en el ejercicio de su función.

Nuestra reforma constitucional, como expresión de aquel tiempo en 1994, deja como tres ejes fundamentales que evidencian un verdadero giro copernicano en la conjunción indisoluble de democracia y constitución para comprender los tiempos actuales : 1º el reconocimiento de los instrumentos internacionales a los que se adopta con la misma jerarquía que la constitución nacional con lo que se refuerzan y fortalecen los derechos y garantías ya reconocidos generando un bloque constitucional²⁷, 2º un capítulo de “nuevos derechos y garantías” que nos pone en sintonía con los derechos de 3ª generación (y para nosotros es la base de los derechos de 4ª generación) y en 3er lugar nuevos sistemas de control a lo que se suma la modificación sobre los poderes constituidos.

El proceso emancipatorio de las tutelas autoritarias y autocráticas se empezó en el año 1983 y bien pueden señalarse hitos que hicieron se cumpla el art.29 de la C. Nacional, el que siempre fue objeto de mutación por sustracción de su vigencia y efectividad por hechos de fuerza. Único ejemplo en el mundo donde la autoridad democrática con la sola fuerza de la legitimidad popular pudo llevar adelante la epopeya de consagrar este sistema para siempre.

La defensa del sistema rápidamente tuvo respuesta en la ley 23077 llamada de defensa de la democracia que modificó el C. Penal, con capítulo de normas procesales; la ley N 23049

²⁴ Greppi, Andrea. La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública. España: Trotta, 2012. p. 22.

²⁵ Bidart Campos, German J. Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino. Buenos Aires: Ediar, 1999.

²⁶ Aquino Britos, Armando R. Elementos de teoría y derechos constitucionales. T.I s/l: Contexto, 2017. p.83.

²⁷ Ver Manili, Pablo. El bloque constitucional. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 2016.

que modificó el Código de Justicia militar puso la nota de igualdad ante la ley y terminó con irritantes privilegios; se derogó la Ley 22.924, de “Pacificación Nacional” (llamada de autoamnistía) y se juzgó a las cúpulas militares y terroristas acto inédito en el mundo que terminó con la crisis pendular de gobiernos democráticos (débiles y condicionados) que permitían irrupciones dictatoriales supuestamente fuertes.

Fue auspicioso de aquel gobierno adoptara los tratados más importantes de derechos humanos para dar amplitud y mayor fundamento a la incipiente democracia.

Este proceso de transición democrática se consolidó con la reforma constitucional de 1994 ya que en el art.36 “emerge la democracia como valor constitucional formalmente enunciada y elemento esencial de gobierno establecido”²⁸ en el sistema que sorteó la fuerte crisis del año 2000, y todo indica, por suerte, que el sistema instituido vino a quedarse ya que se ampliaron derechos.

Otro hecho que afirmó el sistema democrático fue la anulación de las leyes de obediencia debida y del punto final para no resignar la búsqueda de verdad y justicia (año 2003) a lo que se sumó la declaración de inconstitucionalidad de dichas normas por la CSJN en el año 2005.

4. LOS DERECHOS EMERGENTES

La tolerancia encuentra tutela en la ley antidiscriminación 23592, más tarde la creación del INADI (ley 24515) entre tantos marcan un derrotero seguido en este sentido.

En cuanto a la familia, desde el divorcio vincular (ley 23515), la patria potestad compartida que impedía el viejo código civil (ley 23264) a la ley de matrimonio igualitario (26618) fertilización asistida (26862) y la protección a la mujer en todos sus ámbitos, que va desde la reforma al código penal hasta la ley contra la trata de personas (26.364 y su modificación 26842) son paulatinas conquistas en esta materia.

Lo mismo se dio con la participación igualitaria de la mujer (art.37 de la C. Nacional) pero que tuvo su reconocimiento con la ley 24012 (luego reformada por ley 27412) que modificó el C.Electoral nacional y ley orgánica de partidos políticos. Nunca más acertado el propósito de la discriminación inversa o positiva para comenzar a terminar con un resabio cultural autoritario y machista propio de las autocracias.

²⁸ Ver García Lema, Alberto M. Comentario al art.36 de la Constitución, en AAVV. Nuevos derechos y garantías. Tº I. Alberto Dalla Via y Alberto M García Lema (directores) Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008. p.101.

Este proceso encuentra en el nuevo código unificado en materia civil y comercial, que se reclamaba desde muchos años, con la ley 26994 donde queda en evidencia este cambio de épocas, pues incluye nuevas regulaciones en materia de matrimonio, divorcio, contratos prenupciales, fertilización asistida y nuevas formas de propiedad colectiva, protección al consumidor etc; al mismo tiempo que se procura un nuevo código procesal penal (ley 27063) pero suspendida su vigencia, mientras que una comisión elaboró un proyecto de código penal que sustituyera al de 1921.

La protección ambiental con diversas leyes 25.675, 25.688, 25612, 25679, nos brindan un panorama de un verdadero estado ecológico de derecho²⁹. También la protección al consumidor con las leyes 24240, 25156 (defensa de la competencia) y 22802(lealtad comercial) y luego la ley 26361, dieron cumplimiento a los mandatos de los arts.41 y 42 de la C. Nacional.

Es manifiesto y notorio el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico reconociendo plenamente los derechos y sus garantías como describe Guastini.³⁰

La libertad de prensa, como libertad preferida se ve robustecida cuando se integra a un derecho que la comprende como es el derecho a la información con lo que la democratización se amplía, con la pluralidad y obliga a la objetividad y a la verdad. Entonces el derecho es “bifronte.

La distribución de la riqueza, las políticas de inclusión y las políticas sociales como formas de combatir la pobreza, también fueron objeto de atención, mas allá de los resultados .Ello requiere que se mejore y perfeccione el sistema para lograr la igualdad real de oportunidades puesto que “el empleo del poder político para ganar acceso a otros bienes es de uso tiránico ...”explica Walzer siguiendo a los clásicos, ya que “ el libre intercambio (de bienes y servicios) palmariamente abierto no garantiza ningún resultado distributivo en particular”³¹. El estado cumple su rol allí, y ello solo es posible en un sistema democrático de base constitucional que puede aunar calidad de vida y calidad institucional.

Este contexto de nuevos derechos se afirmó en un proceso de integración de América Latina donde los países atravesaron procesos de transición y consolidación democrática, de distinta índole y variada intensidad, y el llamado Mercosur esta para quedarse. Pero el hito más importante es que los países de esta zona del planeta suscribieron la carta democrática de

²⁹ Ver Quiroga Lavie, Humberto. El estado ecológico de derecho en la Constitución. Buenos Aires: La Ley, 1996-B- 950,

³⁰ Guastini, Ricardo. Lecciones de teoría del derecho y del Estado. Lima, Perú: Communitas, 2010. p.355 y sig.

³¹ Walzer, Michael. Las esferas de la justicia. 3rs reimp. México: Fondo de cultura económica, 2015. p. 34.

la OEA el 11 de septiembre del 2001, aprobada en Lima, Perú, que para la región tiene una importancia superlativa.

No solo se consolidan instituciones como la Comisión Americana de los D.H, la Corte I.D.H, sino que en 28 artículos se ratifica la democracia y el sistema interamericano, como marco de realización de los derechos humanos. Se reconoce que es único sistema sobre el cual se puede lograr el desarrollo y el combate a la pobreza, y se establecen mecanismos para fortalecer y preservar la institucionalidad democrática para lo cual se establecen mecanismos de garantías para los eventos electorales y el compromiso de la promoción de la cultura democrática.

El paso de la democracia formal a la democracia sustancial en cuanto al sistema capaz de dotar y garantizar los derechos fundamentales se traslada del plano normativo al plano factico de las realizaciones.

La democracia como sistema político se traslada a la esfera normativa pues se concreta en su respeto y subordinación a la Constitución rígidamente establecida y que mantiene su vigencia y efectividad. Ésta democracia sustancial se nutre de la formal pero solo se realiza si satisface los derechos fundamentales de los ciudadanos, para lo cual la efectividad del sistema reposa claramente en las garantías que la misma, y la legislación establece.

El garantismo ofrece así el reaseguro del funcionamiento mismo del sistema, ya que no hay derechos sin garantías en esta democracia constitucional.

El proceso del cual fluyen y emanan derechos no solo se advierte en el plano normativo e institucional, sino que se expresa en el plano de la abstracción de las ideas que sustentan los procesos políticos, así la soberanía, expresión modal del poder que expresa la potestad estatal nacional ya no tiene su justificación en la “representación del pueblo” como lo expresara Sieyes, sino en que el titular de la soberanía, el pueblo tiene una parte alícuota del mismo y que son sus derechos fundamentales que están exentos de modificación, supresión, lesión de las mayorías, más inclinado a la postura de Rousseau. La soberanía es la suma de las partes alícuotas de los derechos fundamentales de cada uno de los ciudadanos, como expresa Ferrajoli.³²

El concepto clásico de soberanía ha sido superado. La concepción de Estado cerrado se constata en la pérdida del carácter omnicompreensivo en el ámbito del derecho

³² Ferrajoli, Luigi. La democracia a través de los derechos. España: Trotta, 2014. p. 81. “Los derechos fundamentales no son disponibles por las contingentes mayorías y deberían ser sustraídos al poder de revisión; o mejor, debería únicamente admitirse su ampliación, pero nunca su restricción, y, menos aún, su supresión”

constitucional. Es un proceso vinculado a la globalización y a la creciente interacción entre el derecho internacional, el supranacional y el constitucional como predica Carbonell³³

Claro que esto, en el marco de la globalización, implica nuevos desafíos, nuevos problemas, que pueden menoscabar o restringir los derechos fundamentales, sobre todo en los países con menores recursos y que gozan de menor calidad institucional.

5. LOS PROBLEMAS

Los grandes flagelos emergen como amenazas sobre los sistemas de democracias constitucionales que respetan estos derechos fundamentales y encuentran en las garantías, la forma de su efectivización a los que pasamos revista:

a) El gran poder económico de los estados más fuertes y las empresas transnacionales que hacen prevalecer su poderío económico que parece no respetar límites y fronteras legales ni parámetros éticos.

b) Esto trae aparejados problemas sobre los recursos naturales (medio ambiente) sobre todo de las zonas con menor capacidad de protección de los mismos. La depredación es salvaje y pone en peligro el hábitat actual y futuro.

c) El terrorismo como una forma delictiva e inhumana de pretender imponer una creencia política y religiosa que desnuda la falta de sensibilidad y que puede generar caos y daños colectivos inconmensurables pero que es una invitación, cuando no excusa, para una cultura propia del populismo penal que se expresa a través del derecho penal simbólico con alta inflación legislativa pero que se justifica solo con la aplicación de sanciones sobre los estratos más bajos de la población.

d) Lo dicho anteriormente debe tenerse presente para encontrar el motivo de una alianza espuria entre “representación (infiel) de la sociedad con algún sector de la misma, empresario venal, sea nacional o extranjero, que mediante hechos de corrupción sustraen los dineros públicos que deben estar destinados a concretar las “garantías positivas” esto es la prestación de servicios o satisfacción de derechos sociales para concretar la igualdad real o material que señalan los arts. 16 y 14 bis de la C. N y que esta obliga cumplir al congreso (art.75 incisos 19 y 23 entre otros)

La lucha contra la corrupción debe dejar de ser una consigna vacía, el lugar común carente de concreciones, o la muletilla utilizada para cargar de culpas de un sector a otro.

³³ Carbonell, Miguel. Globalización y derecho: siete tesis. En Díaz Müller, Luis (coord.). Globalización y derechos humanos. México, 2003. p. 1-16.

Debe ser una política de estado sabiendo que el sistema control es el comienzo y fin del mismo sistema republicano. Este modelo de democracia constitucional no reniega, sino que lo enaltece.

e) la posverdad y la posdemocracia: son muletillas que socaban a los procesos constitucionales. La pérdida de finalidad la verdad jurídica objetiva como principio cardinal de los mismos, por un lado, como a todo el sistema que se nutre de legalidad y verdad como elementos legitimante de la democracia constitucional es grave pues pasan a segundo plano; cuando en realidad, son la base y sustento del sistema.

La postverdad hace que el hecho sea verosímil (aunque no verdadero) para que fácilmente, sin ponderar cuanto y en qué manera, se lesiona el derecho fundamental a una persona. La posdemocracia hace que se cedan espacios a la tecnología, la tecnoburocracia y a las decisiones circunstanciales de las mayorías en el proceso de legitimidad de medios (no de resultados y menos de fines) en la adopción de decisiones estatales.

De “post” no tiene nada en realidad son prácticas del medioevo traducidas a una sociedad cibernética que no puede desconocer los valores, los principios y las normas fundamentales que informan y sostienen la democracia constitucional.

6. EL DESAFÍO

Con un repaso del proceso y evolución del constitucionalismo está claro que esta nueva generación de derechos es tributaria del modelo de democracia constitucional que impone límites al ejercicio de las mayorías circunstanciales, respeto escrupuloso por los derechos humanos, satisfacción de los derechos fundamentales que encuentra el reaseguro del funcionamiento en las garantías que emergen de nuestro bloque constitucional federal.

Impone ello la conducta de preservar las conquistas, asegurar el funcionamiento del propio sistema y una actitud de alerta profunda exigiendo que los principios de igualdad, equidad, en el marco de la libertad, con tolerancia reconocida por una sociedad plural que articula consensos y con ello encuentra sus denominadores comunes de una deliberación anterior que la precede, tiene una base sustancial, común, ya indiscutida: el cumplimiento y la vigencia de la C. Nacional. Y nos coloca en la obligación de dar cumplimiento a una apertura en los canales de participación, articulación de acciones que hagan al ciudadano responsable de su parte alícuota de la soberanía (sobre todo la popular) y que no descansa la defensa “solo en la resistencia a la opresión” como estipula el art.36 de la C. Nacional, sino en el mandato de “armarse en defensa de la patria” y tal mandato en la interpretación dinámica de estos

derechos de 4ª generación deben entenderse con acciones populares que ante hechos que pongan en vilo, peligro o la propia existencia del sistema democrático y el orden constitucional, sean los ciudadanos quienes tengan plena y total legitimidad para efectuar los reclamos y llevar las acciones judiciales ante todo ámbito jurisdiccional (civil o penal) y la legislación adjetiva todavía no le da tal potestad al hombre común que es el titular de la parte alícuota de la soberanía.³⁴

No hay arma más útil y efectiva que el derecho. No hay causa más nobles que la defensa del conjunto de la sociedad y, sobre todo, de los sectores más débiles.

No puede la defensa del sistema recaer “solo” en el ministerio público (art.120 C. N y leyes reglamentarias 24.946, 27.148) ya que las disposiciones reglamentarias trasladan el centro de gravedad del ejercicio de la potestad soberana (en estas cuestiones) en una representación indirecta de poca base de legitimidad, y al titular de una parte alícuota de dicha potestad soberana lo deja sin capacidad de postulación procesal para articular la defensa del orden constitucional.

Advertido de los cambios culturales y políticos es que se comprende a este fenómeno como derechos de cuarta generación sobre la base de los conceptos de transparencia, de seguridad y de protección de usuarios y consumidores. Es como si desde adentro de los derechos de 3ª generación, se hubiese traspolado los nuevos derechos “transpersonales” y “transnacionales” por ser absolutamente de todos y por importar una tutela, jamás ejercida con tanta sensibilidad, para con los órganos del estado que administran los bienes públicos” explica Mikkelsen Löth³⁵

Más allá de los problemas que imponen nuevos desafíos y obligan a renovadas acciones, sin dudas que estamos transitando un escenario de una nueva generación de derechos que surge de la democracia constitucional que se debe fortalecer para que cada vez el hombre sea más humano.

³⁴ A diferencia del art. Artículo 20 de la C. Fed de Alemania. Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia](1)... (2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo ejecutivo y judicial (3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho. (4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

³⁵ Mikkelsen Löth, Jorge F “enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar la corrupción en la administración pública” ed LA LEY Bs As 2001. Pag. 22 y sig. El autor toma una parte del art.36 de la C.N para analizar los derechos emergentes del mismo luego de la reforma constitucional de 1994 donde claramente surge “el enriquecimiento ilícito doloso del funcionario” a atenta contra el orden constitucional y el sistema democrático y esta asimilado a la traición a la patria.

Creemos, que la limitación del art. 22 de la C. Nacional, donde el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes debe interpretarse de manera dinámica y armónica con el art.36 en función del art.29 de nuestro máximo texto constitucional.

Cierto es, como explica con impecable prosa Sagües, que “ del texto constitucional solo surge el habeas corpus como acción popular”³⁶pero lo que se atribuye como riesgo sistémico para permitir su ampliación y total reconocimiento en el caso encuentra total fundamento ya que el ciudadano ejercerá el derecho a que el sistema democrático no se menoscabe y que el orden constitucional no se altere ya que la resistencia a la opresión debe ser la última ratio para ejercer la defensa del mismo.

Mas como bien se señala el orden infraconstitucional por imperio del art.41(defensa del medio ambiente) mediante la legislación infraconstitucional reconoce al amparo ambiental (art.30 ley 25675), se admiten acciones “cuasi populares” como amparos colectivos, las acciones de clase reconocidas de manera pretoriana (Halabi)³⁷

Pero también emerge desde la legislación infraconstitucional una verdadera acción popular en defensa de la participación y el sistema democrático : el amparo electoral previsto en el art. 10 de la ley 19.945 C.E.N³⁸

Basterra³⁹ sostiene que el hábeas corpus y el debido proceso son garantías de primera generación, en tanto el amparo sería una garantía de segunda generación y el hábeas data y amparo colectivo serían garantías de tercera generación; fundamentando tal clasificación en la aparición cronológica de tales remedios procesales.

Siguiendo este señalamiento entendemos que los arts.1, 21,33,36 de la Constitución Nacional y los principios emergentes (pro actione y pro homine art.29) de la CADH nos llevan a inferir que debe receptarse una acción popular que en tribunales pueda hacer efectiva la defensa del orden constitucional y el sistema democrático y no dejar en manos exclusiva la misión de custodia y control de los mismos a los representantes ya que el temor, la felonía, pueden ser pasiones que impidan la defensa de un derecho que es de todos y no le pertenece a nadie con exclusividad, y que emerge como expresión garantística de los derechos de 4ª generación.

³⁶ Sagües, Néstor Pedro. Las acciones populares en el derecho nacional argentino: de la renuencia a una incipiente permisividad. Buenos Aires: La Ley on line AP/DOC/1145/2017.

³⁷ CSJN Fallos 332:111.

³⁸ Ver en Pérez Corti, José María. Derecho Electoral Argentino. Nociones. 3 ed. Córdoba: Advocatus, 2016. cap. VII. Y lo define como “una garantía contemplada en la legislación electoral específica y contenida en los denominados códigos electorales, teniendo por objeto la tutela efectiva del ejercicio pleno del derecho de sufragio en el marco de un acto comicial estadual.

³⁹ Basterra, Marcela I. El habeas data. En AAVV Derecho Procesal constitucional. Pablo Luis Manili (coordinador). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2005. p.141 y sig.

En materia penal los delitos contra el orden constitucional y el sistema democrático que fueron receptados por la ley 23.077 satisface el mandato constitucional del art.36, mas no el art.268(2) que fuera instituido por ley 16.648 y luego modificado por la 25.188, pues está dentro de los delitos contra la administración cuando claramente el art.36 señala que el “bien jurídico constitucional” de esta acción configura un delito contra el orden constitucional y el sistema democrático.⁴⁰

La propuesta de reforma del C. Penal elaborada por la comisión de juristas presidida por el Dr Zaffaroni mantiene esta situación.

El Código Procesal penal instituido por ley 27063 no permite que un ciudadano sea considerado victima en estos tipos delictivos e impide la participación como querellante conjunto.

Estas son algunas de las asignaturas pendientes que los inquilinos de los poderes constituidos le adeudan a los ciudadanos y están en mora con el mandato constitucional para “empoderar” al ciudadano que también tiene la obligación de custodiar el orden constitucional y sistema democrático, ya que a diferencia de las garantías emergentes en cada generación de derechos, en esta 4ª generación, la democracia constitucional oficia de “meta garantía” sobre la cual, como sistema mismo, descansan, reciben y satisfacen el resto de derechos y garantías que emergen del texto constitucional y otras leyes.

Mantener esta omisión es transitar el camino de la “desconstitucionalización”⁴¹ “pues es imperioso lograr el mínimo de universalismo que garantice el mutuo entendimiento, que no es enemiga de las diferencias, es saber “cómo seguir” ante otros y con otros que tienen el derecho de hacerlo de manera diferente que es condición “sine qua non” de las comunidades soberanas” dice Bauman⁴².

Por ello entendemos que dotar de capacidad de postulación en el ejercicio de la defensa del orden constitucional y el sistema democrático, a cualquier ciudadano es un modo y forma de la aplicación viva de la constitución, la que “ no se necesita de ley o de reglamentación alguna para admitir su aplicación”.

Es auspicioso que la CSJN haya considerado que “... *En estas situaciones excepcionalísimas, en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la*

⁴⁰ Ver en “Aquino Britos, Armando Rafael. Derecho penal constitucional de la traición a la patria. s/l: Contexto Resistencia, 2017 (allí planteamos la forma de canalizar estas acciones pag. 285 y sig ya que otros países receptan este mandato constitucional como acción popular).

⁴¹ Sagüés, Néstor Pedro. Cultura constitucional y desconstitucionalización. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2010. P. 97.

⁴² Bauman, Zygmunt. En busca de la política. 5ª reim. México: Fondo de Cultura Económica, 2011. p. 211.

arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental, la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés 'especial' o 'directo'. Ello es así ya que, cuando están en juego las propias reglas constitucionales 'no cabe hablar de dilución de un derecho con relación al ciudadano, cuando lo que el ciudadano pretende es la preservación de la fuente de todo derecho. Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé' (Fallos: 317:335 y 313:594) considerando 9^o43 dándole a la acción directa de inconstitucionalidad este mecanismo apto para la defensa del orden constitucional y el sistema democrático.

⁴³ CSJN fallo del 14/04/2015 en causa C22.XLV Recurso de hecho Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro s/ inconstitucionalidad).