

# PRIMACÍA Y CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL

**Roberto Antonio Punte**

## **I.-PROEMIO.**

Al serme ofrecido asumir en esta Academia, pensé en la bienvenida oportunidad de participar de diálogos entre pares, a la vez cultivadores y portadores significantes de saberes diferentes.

Una vacilación que aún me acecha, es la de no ser digno de la invitación y a la vez, como contrapeso, la intuición de no haber llegado aquí por propia voluntad, sino por ajena moción, en lo que de algún modo concluí, a riesgo de indebida presunción, haber incidido la Providencia. La noción de insuficiencia de nuestros esfuerzos o ingenios —*"quien a fuerza de discursos pudo crecer un codo en su estatura"* (Mat.VI-27)-encuentra su fortaleza cuando se deja arrastrar con cierta docilidad por el soplo del espíritu.

Paul Claudel inserta en el proemio de una de sus obras -El zapato de raso-el viejo refrán de que Dios escribe derecho sobre las líneas torcidas de nuestros errores, claudicaciones y pecados. Uno de los grandes teólogos actuales, Olegario Gonzalez de Cardedal , sobre esto expresa que en su bondad omnipotente le es posible invertir el dinamismo interno de las acciones humanas, o sea ,sacar algo bueno aún de nuestras equivocaciones y maldades.(1)

## **II.LA ACADEMIA COMO AMBITO DE DIALOGOS.**

Sobre el diálogo mucho se ha escrito, y aquí he preferido como guía las reflexiones de Abelardo Rossi quien lo define por contraposición con la polémica o la discusión. Así dice en su breve ensayo publicado en El Derecho del 23 de octubre de 2009, *"Dialogar entre hermanos no tiene que ver con una imprudente terquedad en polemizar, pues... dialogar es defender la verdad, buscarla en común, alegrarse en el encuentro, afirmarse en la opinión ya poseída o rectificarse de ella"*. En cambio *"discutir es defender las ideas o convicciones propias en cuanto propias, atacar, rebatir las ajenas, a veces solo por ser ajenas..... En la discusión hay una esterilidad e impotencia cuando el diálogo es fecundo. La primera una actitud egoísta, subjetivismo, el segundo animado por una generosa y saludable objetividad. ..."*El diálogo con las cosas, con los

*hombres, con Dios, es realismo intelectual, la discusión es solipsismo racionalista, quien dialoga, escucha, quien discute se escucha"... "No hay en el diálogo entretenimiento ni va con juego de ingenio, ni perder el tiempo, sino ganar lo más valioso, acercarse a la verdad y a la verdad del otro. Es tiempo fecundo, seriedad intelectual, serenidad, auténtico compromiso interior con el ser y la verdad, el libre y amorosa actitud de acogimiento desinteresado. Dialogar no importa por cierto ponerse de acuerdo en todo, pero su contrario, discutir es no ponerse de acuerdo en nada. En el primero hay posibilidad de entenderse, en el segundo seguridad de no entenderse. Dialogar no es ceder, discutir es no ceder."*(2)

Todas estas reflexiones de este gran maestro del derecho, creo que son aplicables a nuestra tarea, eventuales exploradores de riquezas ocultas ,de posibles respuestas nuevas o de antiguas respuestas vertidas en términos ajustados y a la vez comprensibles .

El ya citado Olegario Gonzalez de Cardedal ,al abordar el tema de la tarea intelectual destaca que *"nunca el hombre pregunta por sí mismo, por el mundo y por Dios desde la misma atalaya y azuzado por las mismas preocupaciones"*. Por eso, continúa, a la vez nos encontramos sentados a la misma mesa con pensadores de hace siglos, pero, inevitablemente lo hacemos desde *"nuestra identidad que es una construcción en que han confluído fundamentalmente tres fuentes: la helénica, la bíblica y la moderna"*... *"Somos quienes somos como resultado de la interacción y de las diferente primacía de cada una de esas tres ejercitaciones distintas sobre la vida humana"*. *"De la fuente griega nos nacen el logos junto al mythos, la palabra racional que analiza las cosas que están ahí ,junto a la palabra que intenta discernir el sentido, el origen y la meta"*: la razón y la religión como forma de acceder a lo real en cuanto objeto y en cuanto don, en cuanto estructura y apelación al hombre; la ciudad y el individuo remitidos ambos a la diké ( justicia) y al nomas (ley), como fundamento de la libertad y el derecho. De la fuente bíblica nos llega la abertura al mundo y al prójimo, el valor de la vida, el profetismo y la revelación del Dios personal. De la modernidad , *"fecundada por las anteriores, abrevándose en ellas y en lucha con ellas"* nos llega *"el sentido de soberanía y quehacer respecto del mundo, de la historia como despliegue de nuestra libertad, de la interioridad, de la individualidad, del destino universal de los bienes, del futuro como patria ,como promesa y como tarea"*. Es desde esas tradiciones y en esta circunstancia que nos toca traducir al lenguaje actual... *"desde la raíz, el interés que hicieron surgir las*

*viejas preguntas y mostrar cómo en un sentido quedaron agotadas y en otro, en cambio son inagotables y hay que mantenerlas siempre en alto". (3)*

### **III. JUSTIFICACION DEL TEMA ELEGIDO.**

He elegido un tema difícil. Primero por ser un concepto muy laxo que muchos autores tienen por indefinible. Segundo porque no suena bien al oído actual, connota prepotencia estatal, feos mandatos, cortapisas a la libertad.

En su momento, Vélez Sarsfield había planteado una disposición aparentemente taxativa en el Código Civil de 1869-71, sancionado como ley 340, en cuanto que no existían "*derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público*" (art.5°) limitándose en la nota a una escueta referencia a Morell y a un artículo de Duvergier de 1845. Dejó así a los intérpretes precisar los alcances del concepto detrás de la norma, que reaparece en el artículo 21, en cuanto que "*las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes, en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres*".

La redundancia entre ambas normas llevó a la derogación de dicho artículo 5° por la ley 17711, pero el concepto persiste en el nuevo Código Civil y Comercial, vigente hace diez meses según la ley 26994, cuyo artículo 12 reitera "*las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes cuya observación está interesado el orden público*", habiendo eliminado el concepto de "buenas costumbres", bajo la justificación de su falta de aplicación.

La tesis de esta presentación es generar una lectura muy diferente, mostrando su contenido como un sistema de principios ligados al logro del Bien Común, donde además, se inserte la importancia institucional tanto de la "moral pública" como de dichas "buenas costumbres". Me apoyo para ello en una norma de mayor jerarquía que la anterior.

Cabe comenzar este camino por el artículo 19 de la Constitución que expresa "*las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*". A modo de refuerzo agrega "*ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*", como estatuto de la libertad y de la zona de reserva de las personas frente a los excesos de los

funcionarios encargados de aplicar la ley o del gobierno.

El primer párrafo se encontraba ya en un proyecto de constitución de 1813 elaborado por la Sociedad Patriótica y Literaria, y se atribuye a la pluma del presbítero Antonio Sáenz, que sería más tarde el primer rector de la Universidad de Buenos Aires, y, como manifestación de su relevancia aparece repetido en el Estatuto Provisional de 1815, el Reglamento Provisorio de 1817, y las constituciones fallidas de 1819 y 1826. También fue incorporado a distintas constituciones y estatutos provinciales durante la etapa confederal. Se atribuye su redacción en la constituyente de 1853 al gobernador de Corrientes Pedro Ferré.(4)

Tiene este artículo de alta relevancia pues reconoce la vigencia de las leyes naturales de la moral, de carácter objetivo y reconocibles como tales, sobre los actos libres de los hombres y el juicio de Dios sobre su bondad o malicia.

El tema del Orden Público a nivel civil había sido observado como una cuestión menor, y en realidad si se verifica su aplicación se verá que el mismo tiene un carácter restrictivo de determinados actos de la vida privada. Esto es, no pueden los tutores contratar con el pupilo, el testamento debe tener determinadas formalidades, no cabe la renuncia a la prescripción cumplida o contratar sobre herencia futura, un contrato contrario a la moral, al orden público y a las buenas costumbres, es de causa ilícita. Por eso, cuando se procuraba discernir una regla de común denominador, se lo considerara "una noción rebelde" que muchos fracasaron en identificar desde una visión positivista del derecho, concluyeron en la imperatividad lo cual no pasaba de ser una tautología. Sin embargo, es posible otra mirada mucho más abarcadora a partir de la noción que nos trae el Art. 27 CN que determina frente a la apreciación del derecho extranjero o el de los tratados, que debe ser conforme " los principios del derecho público" establecidos en la misma.

Esto nos lleva a un doble interés en precisar sus alcances.

Por un lado, cuando se entra a profundizar los posibles contenidos de orden público ligados al bien común, uno descubre prontamente que constituyen el más amplio cinturón de protección de los derechos civiles de las personas y las asociaciones. Asimismo en cuanto estas reglas operan como cimiento del margen de apreciación nacional frente a los tratados, lo que resulta hoy de gran utilidad ante lo que se ha denominado "pretensión de interpretación expansiva de los tratados", lo

que ha ocurrido en mas de un caso por invocación de doctrinas o interpretaciones, que amplifican de un modo que a veces contradice lo textualmente convenido , o colisionan con una norma de orden público interior. Un ejemplo típico pueden ser las interpretaciones pro aborto o contra la objeción de conciencia, que chocan con la protección de la vida desde el embarazo contenida en nuestro orden público.

Como se ve, surge una doble vertiente para profundizar en este tema del Orden Público que demuestra ser rico en aplicaciones en la medida en que se lo trate de buena fe.

Así inspirado, he orientado el tema hacia una revisión del nuestro orden público constitucional, como cimiento, en sus valores y principios, del derecho positivo, habida cuenta, además, de sus firmes anclajes en reglas propias del derecho clásico natural en el que se habían formado los juristas constituyentes.

Propongo aquí revalorar las ideas guías insertas en nuestra Constitución , que si bien se les ha asignado cierta influencia próxima del deísmo racionalista dogmático ,propio del iluminismo, también debe reconocérsele su discernible profunda raíz en el realismo filosófico, y que debemos apreciarlos como fundamento de un prolongado "sentido común" de nuestra convivencia.

Sostengo que el orden público a que se refiere la Constitución es de carácter a la vez ante-legal y suprallegal , y se conforma en la estructura del Estado como republicano y federal, según los principios contenidos en el Preámbulo y en sus principales artículos sobre derechos y garantías.

Principios tales como "paz, justicia, libertad e igualdad" tienen un alto contenido de derecho natural y son valores que llegaron a la modernidad desde el cristianismo, y han persistido como anclajes sólidos de todo nuestro andamiaje constitucional, en tiempos en que se diluye el edificio conceptual de la modernidad y el iluminismo enciclopédico ya no domina ni el método ni la filosofía de las ciencias.

Esto es un "siendo así", que vertebra nuestra estructura institucional, y de ahí mi consecuente propósito de reivindicar que es bueno que así sea, que no son meras lindas palabras, sino que designan y anclan realidades como un valioso "deber ser" a conservar de la única manera que puede algo conservarse y es recreándolo y dándole la precedencia que merecen como valores jerárquicos sustantes a profundizar y encarnar en la realidad actual de nuestro convivir.

Tal vez se pudo ser distinto, pero no me cabe duda que integra un sueño colectivo, con la raigambre de ideario y su falencia en la práctica de nuestras acciones y omisiones es percibido como un daño a reparar.

IV.-EL ORDEN PUBLICO EN LA CONSTITUCIÓN Y EL CODIGO CIVIL.-En su acepción más sencilla la palabra orden significa la colocación de las cosas en el lugar que le corresponde, o sea, coloquialmente, cada cosa en su lugar, en un sentido de concierto y buena disposición entre sí. Viene del latín *ordo*, y da lugar a muchísimas palabras y expresiones en nuestro idioma.

Así se designa al orden sacerdotal, el sagrado para la consagración de los ministros del culto; hay "ordenes" militares, religiosas, en cuanto también se habla de ello en la organización de la batalla; en arquitectura la forma en la que se compone un edificio.

Como a la vez significa mandato a obedecer o cumplir arrastra una fuerte connotación de "deber ser". Como mandato los documentos pueden ser a la orden, las órdenes, se dan o se disponen, se sancionan ordenanzas, un concepto muy rico.

El adjetivo "público", viene del latín *publicus*, también expresa lo que es notorio, patente, manifiesto, que se sabe por todos, se aplica a la potestad jurisdicción y autoridad como concerniente a todo el pueblo, en esto contrapuesto a lo privado.

La expresión sustantivada "orden público" se vincula como necesario al bien común social, y, evidentemente, su peso significativo ha hecho que persista su uso jurídico y político no solo por estar recogido constitucionalmente como parámetro en un artículo de la mayor trascendencia, como por su claridad en cuanto al objetivo que se propone a quienes deban aplicar las reglas.

En la doctrina civilista y administrativista, por influencia de la legislación francesa, guiada por una concepción positivista del derecho, o sea que lo que el legislador dice es ley y derecho imperativo, se achica su importancia, circunscribiéndolo a su faceta de restricción a los derechos de libre contratación de los particulares, o sea como una regla de supremacía de determinado tipo de leyes sobre el derecho común. Una ley que invoca ser de "orden público" es esencialmente una norma imperativa, que no puede ser dejada de lado por los particulares en sus contratos, que incluso puede tener carácter retroactiva, o ser una barrera a la

aplicación de ley extranjera,

Pero el concepto inserto en el artículo veintiuno del hoy derogado Código Civil de Velez arraigaba en la regla constitucional del artículo 19 CN. y como derecho histórico, subsistente en la jurisprudencia, abre una ventana a una visión más amplia, en cuanto que la zona de reserva de la libertad de las personas encuentra un triple límite: el perjuicio a terceros, la ruptura del orden público y, muy ligado a éste, la ofensa a la moral pública, entendida como un "mores" común requerido para la convivencia pacífica.

Puede así verse correlativas vertientes sobre lo primero aparente, la mencionada restricción a la libre voluntad de las partes en determinadas materias, no sólo por sujeción a la legalidad, sino, asimismo, a valores de convivencia civilizada —moral y buenas costumbres— también cimentados en el régimen republicano y representativo. Así como que tales límites no sólo constriñen a los particulares sino también a los legisladores, los funcionarios públicos, los jueces y fiscales, por lo que la reflexión que propongo es una lectura más amplia de su contenido.

Cuando la Constitución expresa *"las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados"*, y a modo de refuerzo agrega *"ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"*, determina las bases de un estatuto de la libertad y de reserva de las personas frente a la ley arbitraria o los excesos y arbitrariedades de los funcionarios o del gobierno.

Es que una lectura coherente y armónica, como debe hacerse de este tipo de reglas, nos remite a otras concomitantes, como el art.14, en cuanto que los principales derechos de las personas y sus asociaciones, sólo pueden ser restringidos *"por las leyes que regulan su ejercicio"*, dentro de las facultades de deliberación y gobierno otorgadas al Congreso Nacional; o el art.31 de la supremacía de la Constitución y los Tratados, hoy apalancados por los nuevos incisos 22 y 24 del art.75; y el límite del art.27 en cuanto que que tales Tratados deben estar de conformidad con los principios de derecho público establecidos constitucionalmente.

Y aparecen también los deberes de los miembros del Ministerio Público, de defender lo "intereses generales de la sociedad" (art. 120), o del Defensor del Pueblo (art. 86) en cuanto a los derechos, garantías e

intereses tutelados en la Constitución y las leyes. Así como que estos derechos no pueden ser arbitrariamente regulados por el Congreso, ni arbitrariamente distorsionados por el Ejecutivo, ni pueden los jueces ni las provincias apartarse de su leal aplicación. Esto que parece muy sencillo, no lo es tanto, pues por vía de las especialidades, muchas veces se ha invocado o defendido reglas atribuidas a un orden público administrativo o fiscal o ambiental o local, como excepcionadas de tales principios constitucionales, lo que es precisamente lo que se quiere rebatir a través de esta proposición.

No es sólo cuestión del derecho como texto escrito, sino también de sus entrelíneas, de lo que se ve en la puesta en acto, en la praxis. No basta lo declamado y proclamado, sino lo que efectivamente queda al fin del día, al cierre del asunto.

Integran pues el orden "público" todos los bienes constitucionales comprometidos en el Preámbulo, la unión, la paz interior, la defensa común, la libertad, para lograr el bienestar general con razón y justicia. También el libre tránsito, la propiedad, el trabajo, la igualdad ante la ley de nacionales y extranjeros, hasta sus actuales desarrollos más elaborados y sutiles, son derechos naturales preexistentes, sostenidos en la soberanía del pueblo y la forma republicana. Son principios y valores liminares, que no cesan de sostener la convivencia que se apoya tanto en el orden de las normas —lo jurídico- como de las conductas —las buenas costumbres y el sentido ético en que estas se sostienen

Sobre esta vinculación del orden público con la moral y buenas costumbres existen numerosos ejemplos - casi todas las normas penales -en que la legalidad normada tiene un respaldo sustantivo en estos estándares que reflejan los requerimientos sociales y políticos de la convivencia pacífica. Si bien se ha desarrollado la teoría "pura" del derecho, considerando estas realidades como valores infra o extrajurídicos en cuanto a lo formal y sobre todo por calificar a su contenido como algo individual, meramente subjetivo y por ende inverificable, caben los siguientes razonamientos: que al ser elevados como estándares a nivel de un código, pasan a integrar el mundo normativo y en tal medida a ser exigibles. Sampay, en prieta síntesis, expresa que lo justo natural cuando es recogido por el legislador deviene "justo legal", que es más amplio que lo justo natural pero también pasa a ser naturalmente justo en razón de su ordenación al bien común de la comunidad. Más aún, la ley pasa a ser a su vez una obligación



moral, la de acatar la norma por razón de bien común .

Asimismo, su carácter objetivo se verifica en las exigencias de la convivencia organizada.

Son "principios" o sea valores liminares, no cuestionados como válidos, verdaderos y vigentes, que no cesan de sostener la convivencia que se apoya tanto en el orden de las normas —lo jurídico— como de las conductas —las buenas costumbres y el sentido ético en que estas se sostienen, y configuran el orden público sustantivo.

Este es el sentido de las correlativas reglas recogidas en los artículos 28 y 33 CN en cuanto que "*los principios garantías y derechos reconocidos*" en la Constitución, incluidos los implícitos o "no enumerados", emergentes de la soberanía del pueblo —que debe entenderse como aquellos derechos naturales propios del pueblo previos a la Constitución formal —y de la forma republicana de gobierno, no pueden ser alterados por las leyes que el Congreso sancione.

También es evidente que la Constitución considera valiosos y defendibles, la vida humana, la educación, el trabajo, la familia, la honestidad en el ejercicio de la función pública, y en el trato entre proveedores y consumidores. La reconocida preeminencia de la Iglesia, implica un plexo normativo arraigado en la cultura, correspondiente a un modo de civilización en la organización social, de la familia, del trabajo, de la relación con la propiedad y el ambiente, que también da contenido al concepto de la ética pública. En el actual contexto pluralista puede decirse que existe pública vigencia de este plexo, en la medida que determina un estándar moral, que puede interpretarse de modo independiente —sin pretender por ello ignorar su origen histórico, metafísico y teológico, que en la comprensión abarca la cultura judeo cristiana en todas sus variantes y manifestaciones a través de la versión humanista de la Declaración Universal de Derechos Humanos — para configurar un modo de relación o vínculo entre las personas que es lo que se debe entender como el sustrato básico de la denominada "moral pública", existiendo numerosas normas en la Constitución que avalan esta postura.

Si tomamos la moral pública como el sustento de las decisiones individuales, vertidas a la convivencia, todos los derechos del artículo 14, 1ª prohibición tanto de la sedición del artículo 22 como del otorgamiento de

la suma del poder público del artículo 29, o el enriquecimiento de los funcionarios a costa del Estado, o los actos que sean contrarios al orden constitucional y el sistema democrático del artículo 36, o el derecho al ambiente sano y equilibrado y al desarrollo humano o la protección de los usuarios y consumidores en su libertad de elección, informada y protegida incluso en el orden económico, nos da toda una serie de pautas y conductas que implican reglas juridizadas de moral tanto personal como pública, que conforman un todo verificable con el orden público necesario a la convivencia social y política

v.-ALGO MAS .LA RESIGNIFICACION DE LO PÚBLICO EN TORNO A LOS DERECHOS DE LA PERSONA SOSTENIDOS INTERNACIONALMENTE.RESGUARDO DE LA APRECIACION NACIONAL.

Como un segmento más de la globalización, se ha ampliado este orden público constitucional por la conformación de un nuevo derecho convencional —las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos- con pretensión de supranacionalidad, a partir de los fallos de los tribunales de aplicación y su jurisprudencia y doctrina. Esto ya se podía atisbar en las convenciones contra la esclavitud, la trata de blancas o el tráfico de opio; pero tuvo su desarrollo exponencial luego de la segunda gran guerra del siglo XX , cuando la persona humana pasó a ser objeto de la preocupación jurídico-política como reacción ante las masificaciones despersonalizantes del marxismo y el nacionalsocialismo , resaltadas por las masacres perpetradas.

Con posterioridad a la reforma de 1994 se había fortalecido la restauración de la primacía del derecho constitucional respecto de las demás normas, a través del recurso permanente a reglas constitucionales y/o principios de ese nivel, reforzados por armonización con similares principios contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos, para entender que no puede haber ni una división tajante entre derecho público y derecho privado, ni esfera que quede por debajo de los derechos humanos y que resulte inalcanzable por el brazo judicial. Esta visión de unidad del derecho de fondo no acarrea la desaparición de las ramas especializadas, sino que las constriñe a no apartarse de los principios comunes como fundamento de todo lo demás.

También, como en cada etapa subsisten retazos de las anteriores, de la

modernidad ha quedado lo antropocéntrico. Iniciada como secuela del giro copernicano por el que se abrió la mirada humana al universo, a la vez colocando al hombre como dueño de esa mirada en el centro del mismo hoy se diluye en lo que se ha calificado de mores líquida (6).

Como contrafigura, la noción de actor vinculado. Hoy puede decirse que el objeto del derecho es la justicia, pero no ya como meta más o menos abstracta, sino la justicia manifestada en los vínculos. Del hombre como "animal social" que se deformara en sus desvíos donde la persona perdía todo valor ante el sujeto social o colectivo, aparece una variación, el hombre como vinculado, en largas cadenas de solidaridad, tanto con sus ancestros como sus coetáneos y descendientes.

Símbolo actual de esa vinculariedad es la cadena del ADN que religa a todos los hombres nacidos y por nacer, no sólo entre sí, sino con todo lo que tenga vida. De ahí que esta etapa de reflujo hacia una unidad sustante del derecho encuentra apoyo en la doctrina de los derechos humanos, con centro en las personas, corresponsables entre sí, y, según los más actuales desarrollos, también con el ambiente y las generaciones futuras.(7)

Pero, como todo lo cultural humano es imperfecto y en tránsito, junto con lo positivo que hay en esta tendencia crecen sus deformaciones y desvíos. El principal es la afirmación disfuncional del individuo como centro, que en su versión egoísta confunde los propios deseos y caprichos con "derechos" exigibles.

Esto puede corregirse desde el ángulo tratado de que sólo hay derecho, justicia y pacificación en el justo equilibrio que se integra en la solidaridad vincular, no solo en las conmutaciones, sino también en lo social y transgeneracional . Hay en esto logros positivos y otros que aún están en etapa de evaluación según una u otra tendencia se afirme o se diluya.

En nuestro ámbito jurídico político el pivote del cambio más sustancial, fue instalado por la Corte Suprema. Esta corriente encuentra su primer paso en el recordado fallo "Ekmedjian vs. Sofovich" de 1992. Los principios allí establecidos, fueron básicamente que los tratados de los derechos humanos tienen un rango superior al resto de los tratados, en la medida que *"busquen establecer un orden público común cuyo destinatarios no son los Estados sino los seres humanos que pueblan sus territorios... su objeto y fin es la protección de derechos fundamentales de los*

*seres humanos independientemente de su nacionalidad tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes".(8)*

Como se ve, acá está plantado ya el estandarte de un nuevo "orden público común", supletorio aunque independiente de los sistemas nacionales, y, cabe glosar, de las especialidades; porque si se trata de alzar principios que trasciendan las fronteras, mucho más han de trascender las pretendidas autonomías de las especialidades. Esto se integró luego con otros fallos, pero sobre todo, dio pie a que se introdujera en la reforma constitucional de 1994, los tratados de derechos humanos, como integrando la Constitución, de modo complementario a los derechos ya reconocidos en la misma, o sea como un plus y no como un déficit.

Debe agregarse, que si bien esto es así, no implica una atadura ciega, puesto que existe un margen de apreciación nacional, dado que los tratados actúan como una defensa subsidiaria respecto de agotamiento del orden público nacional, y en su defecto, no en su reemplazo.

Cuando de la aplicación de un Tratado resulta una violación manifiesta a una norma de importancia fundamental del derecho interno, lo que puede ocurrir por vía de "interpretaciones expansivas" de las obligaciones del Tratado-muchas veces sostenidas en opiniones o doctrinas emergentes de otros tratados que pertenecen a un contexto diferente, máxime si no han sido suscritos por el Estado en cuestión- el artículo 46 de la Convención de Viena admite la posibilidad de plantear "vicios de consentimiento", valorados según la práctica usual y de buena fe, o sea, según el art.31,1, en cuanto que debe interpretarse "*conforme al sentido corriente que haya de atribuirse en los términos del tratado, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*". Aquí concurre la regla citada del art.27 CN en cuanto a la necesaria compatibilidad de las normas complementarias convencionales, no solo al firmarse, sino luego al interpretarse y querer aplicarse, con los principios de derecho público de la Constitución, que se han reseñado.

Así resalta lo constitucional, como vinculado al resguardo de las libertades personales y piedra basal del "orden público" configurado por todos los bienes comprometidos en el Preámbulo y replicados por la vía convencional de los tratados: la unión, la paz interior, la defensa común, la libertad, para lograr el bienestar general con razón y justicia. Son

valores liminares, que no cesan de sostener la convivencia que se apoya tanto en el orden de las normas —lo jurídico—, como de las conductas —las buenas costumbres y el sentido ético en que estas se sostienen.

Este desplazamiento permite una nueva visión sobre la unidad profunda del derecho, sobre todo con el concepto actual, perfilado en la segunda mitad del siglo XX, en que la constitución trasciende lo político entendido como organización histórica de los estados, para caracterizarse como céntrica garantía de los derechos personales y sociales, a los que se ha sumado recientemente los ambientales.

Y es ahí, donde por vía de la reflexión en torno al resguardo de los aspectos más nucleares de los derechos de la libertad, los cinturones de protección para cada persona, cada grupo, cada minoría, cada sector, ha debido empezar a incluirse lo sustantivo, las raíces nutrientes que alimentan las ramas profundas en que se fue abriendo el conocimiento jurídico. Los principios, valores y reglas muy fundamentales, cuyos rasgos y rastros son necesariamente constitutivos de todas y cada una de las especialidades en que se abriera la enciclopedia.

En consecuencia, este orden público profundizado puede ser analizado como resultado del arribo a una renovada noción de unidad fundamental del derecho común asentado en la Constitución, que ya no se ve como una mera "ley fundamental", sino como un plexo de reglas, compromisos, decisiones y costumbres, lo que algunos tratan de definir a través del concepto de "bloque de constitucionalidad", que aspiran a ser comunes a todo un colectivo en expansión, ya que trasciende las clásicas fronteras nacionales y puede avizorarse habrá de culminar incluyendo de modo determinante a todo el género humano.

La orientación hacia la paz, superando pugnas y divisiones, configura una piedra fundamental de la politicidad humana, y, necesariamente, un eje central también de nuestro reflexionar. Obliga a una doble acción. Tanto deslegitimar la violencia, el patoterismo conceptual o físico, como entronizar su contrario, el diálogo que personaliza a cada otro y permite la construcción de sentidos para cada una de las vidas

individuales , y , asignar su debido rol como uno de los motores importantes de convivencia , al trabajo, que seriamente, más allá de los lemas , "dignifica al hombre", al hacerlo partícipe de la tarea divina de completar la creación, asegurando así una múltiple pertenencia de identidad, consigo mismo ,con sus vínculos y prójimo, con el mundo y su Creador.

En definitiva tenemos varias cuestiones de supremacía. En primer término, existe una supremacía del orden público constitucional respecto de las normas que se dictan en su consecuencia que no lo pueden contradecir. Existe un interés público, en que esto sea así. Existe una primacía también de este orden público en consecuencia aun frente a los tratados, cuando estos entran en colisión con principios del mismo.

Esto constriñe no solo a los particulares al modo como se ha visto en el Código Civil, sino también a los funcionarios. En su juramento, las máximas autoridades de los poderes, prometen o juran, observar y hacer observar fielmente, la Constitución que contiene estas reglas. Esta noción se ha ampliado durante las últimas décadas, pues nuestro derecho público se ha actualizado y abierto como secuela de la profunda reforma constitucional de 1994 .Es notoria la repercusión de esto tanto en la gestión pública como en la vida ciudadana normal , determinando un proceso que se ha calificado como de publicización del derecho privado y que, en mi opinión, nos remite a un núcleo esencial de lo jurídico, la unidad fundamental del derecho en torno de la persona vinculada , manifestada en esferas que van desde lo más íntimo hacia lo relacional familiar y culmina en las formas de ciudadanía propias del derecho público, sin un corte o cambio cualitativo ; pues no puede haber un bien común que luzca separado o inconciliable con los bienes individuales y ningún ámbito de desarrollo individual que sea viable sin un marco general basado en iguales reglas de verdad y justicia.

Aunque varíen los acentos y las proporciones, aunque sea diferente el sentido común cultural o de la época, lo debido a cada persona o al común ha de ser respuesta sensiblemente percibida como proporcionada y eficaz solución del conflicto que fuere, para ser legitimada y por lo tanto reconocida como expresión de una "justa justicia".

## NOTAS.

- 1) Olegario González de Cardedal —"DIOS"- Ediciones Sígueme -Salamanca -2004.p.19121.
- 2) Abelardo F.Rossi-¿DIALOGAR O DISCUTIR?.-El Derecho.Suplemento de Derecho Constitucional.Nº12365.23-10-2009.
- 3) Antonio Sáenz, (1780 -1825) sacerdote, jurista y activo político, primer rector de la Universidad de Buenos Aires (1821) escribió para sus clases las "Instituciones Elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes" (Cfr. Arturo Enrique Sampay "LA FILOSOFÍA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL" —edición Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales -Buenos Aires -1975).

En la tradición hispánica el plan de estudios requería conceptos elementales de gramática latina- pues se estudiaban en latín los principales textos-, la retórica, principios generales de filosofía y matemática, que llevaban al título de "bachiller en artes", para continuar luego 6 años en las cátedras jurídicas para llegar a "bachiller en derecho" habilitado para desempeñarse como abogado, que luego se continuaría con posibles títulos de licenciado o doctor .El tramo jurídico tenía como componentes básicos cursar tres cátedras anuales de Derecho romano o Justiniano -Corpus Iuris Civilis (Instituta Digesto-Codex y Novella) según la multiseccular elaboración de [los glosadores de la Escuela de Bolonia actualizada por ,entre otros, Bártolo de Sassoferrato. Se sumaban luego tres cátedras anuales de Derecho canónico y los estudios filosófico- teológicos. A partir de la independencia, se fueron abriendo nuevas cátedras, y en tal sentido debe mencionarse las de Derecho Natural y de Gentes, inspirada en la escuela escolástica , sin descartar, cierta presencia de los autores de la modernidad en la línea de jusnaturalismo racionalista como Vattel,Grotius y Pufendorf. (Ver Sampay-Op.cit. Nota 8º in fine).

- 4) Gonzalez de Cardedal .op.cit.
- 5) cfr.TENDENCIAS,CAMBIOS Y DESPLAZAMIENTOS EN EL CAMPO JURÍDICO.en Prudentia Juris Nº80-Diciembre 2015-Educa .Bsas. Cfr."EL ORDEN PÚBLICO EN EL NUEVO CÓDIGO CONSTITUCIONAL".\_Del autor, en Revista de Derecho Público 2015 – 2- El Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Rubinsal- Culzon Editores. Buenos Aires, 2015.
- 6) (Fallos 315, volumen 2 — 1492, del 7 de Julio de 1992) en el que coincidieron en la doctrina básica, el voto mayoritario ( Cavagna Martínez Barra-Fayt — Nazareno — Boggiano) , con disidencia parcial Moline O' Connor y Petracchi, y más a fondo Levene y Belluscio. A su vez, se recepta la clásica distinción entre normas operativas-como fue para el caso concreto el derecho de réplica fundada en el Art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica- de aquellos que por su texto radican un carácter nítidamente programático. ( Art.26 de la Convención).Esto surge además de una directiva de fondo que es "interpretar de buena fe el texto" conforme al sentido corriente que haya de atribuirse en los términos del Pacto, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. (Art. 31.1 de la Convención de Viena... — considerando 19 y en particular las disidencias de Moliné y Petracchi.)A su vez, en el voto mayoritario se determina que la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pues uno de sus objetivos es la interpretación del Pacto (Art. 1).
- 7)- Romero Berdullas,Carlos Manuel .en DERECHO PENAL LIQUIDO:DERRAME DE LA EXPRESIÓN CONSTITUCIONAL –Forum-Anuario de Derecho Constitucional Nº4-Educa –año 2016-p.119 y ss.y sus citas .7)LAUDATO SI. La justicia entre las generaciones y la solidaridad intergeneracional (nº 159/172 – pagina 122, en la edición de la CEA).
- 8) (Fallos 315, volumen 2 — 1492, del 7 de Julio de 1992) en el que coincidieron en la doctrina

básica, el voto mayoritario ( Cavagna Martinez Barra-Fayt — Nazareno — Boggiano) , con disidencia parcial Moline O' Connor y Petracchi, y más a fondo Levene y Belluscio. A su vez, se recepta la clásica distinción entre normas operativas-como fue para el caso concreto el derecho de réplica fundada en el Art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica- de aquellos que por su texto radican un carácter nítidamente programático. ( Art.26 de la Convención).Esto surge además de una directiva de fondo que es "interpretar de buena fe el texto" conforme al sentido corriente que haya de atribuirse en los términos del Pacto, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. (Art. 31.1 de la Convención de Viena... — considerando 19 y en particular las disidencias de Moliné y Petracchi.)