

X Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Escuela de Historia de la Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional del Rosario. Departamento de Historia de la Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional del Litoral, Rosario, 2005.

# La diferencia en la constitución reformada.

Espíndola, Alfredo Martín.

Cita:

Espíndola, Alfredo Martín (2005). *La diferencia en la constitución reformada. X Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Escuela de Historia de la Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional del Rosario. Departamento de Historia de la Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional del Litoral, Rosario.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-006/567>

*Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.*

## **Xº JORNADAS INTERESCUELAS / DEPARTAMENTOS DE HISTORIA**

**Rosario, 20 al 23 de septiembre de 2005**

**Título:** La diferencia en la constitución reformada

**Mesa Temática:** Mesa Nº 60: *“Problemas de la diversidad y desigualdad sociocultural en el mundo de ayer y de hoy”*. Coordinadores. Cristina De Bernardi (UNR), Ana Esther Koldorff (UNR) y Silvia Montenegro (UNL / UNR / CONICET).

**Pertenencia institucional:**

Docencia: Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Cátedra de Teoría del Estado y Cátedra de Clínica Jurídica de Interés Público.

Investigación: Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de Historia y Pensamiento Argentinos (IHPA), miembro integrante del proyecto de investigación (aprobado por el Concejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Tucumán –CIUNT-) “Política, sociedad y cultura. Sus transformaciones desde el espacio local (siglos XIX-XXI)”, dirigido por la Profesora Irene García de Saltor y que integra el Programa “Transformaciones, prácticas sociales e identidad cultural desde perspectivas vigentes en las ciencias humanas Tucumán.

Espíndola, Alfredo Martín, Auxiliar docente regular de primera categoría.

Avenida Mitre 543, S. M. de Tucumán, Tucumán, Argentina.

Tel: 0381- 4301337 / 0381-4239770

Cel: 0381- 154442997

E-mail: [alfredoespindola@yahoo.com.ar](mailto:alfredoespindola@yahoo.com.ar) / [alfredo.espindola@derecho.unt.edu.ar](mailto:alfredo.espindola@derecho.unt.edu.ar)

## PRELIMINAR

Este trabajo tiene por objeto explorar el modo en que la diferencia se hace presente en la Constitución de la República Argentina, luego de la Reforma de 1994. En su desarrollo, en primer lugar se examinara la noción de diferencia. A continuación, en segundo lugar, se intentará localizar la diferencia en el amplio arco que describe la configuración de las distintas generaciones de derechos, con el propósito de delimitar más acabadamente sus perfiles. En tercer lugar se analizará el modo en que la diferencia se plasma en la Constitución de la República Argentina con la Reforma de 1994. Por último, se presentarán las conclusiones.

## DIFERENCIA

Contraponiendo modernidad/postmodernidad en el eje acuñado por Lyotard, Scavino<sup>1</sup> señala que la modernidad con la Ilustración concibió un sujeto transhistórico y transcultural, el Hombre, que semejante a Dios era un sujeto absoluto en los dos sentidos de la palabra: no relativo, universal; pero también absoluto, es decir, des-ligado de toda determinación histórica o cultural. Este sujeto era absolutamente libre en la medida en que resultaba autónomo por darse sus propias normas, por autolegislarse. La postmodernidad en cambio, no piensa en un sujeto universal y libre sino, por el contrario, en una multiplicidad de sujetos relativos y ligados a contextos históricos y culturales, al tiempo que pone de manifiesto que el sujeto de la Ilustración no fue sino un espejismo, una mera ilusión etnocéntrica<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> SCAVINO, Dardo, *La filosofía actual –pensar sin certezas–*, Paidós, Buenos Aires, 1999, p. 137-140

<sup>2</sup> Tal como lo pone de manifiesto Lyotard en *El diferendo*, la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” solo representa la voz de una comunidad particular que toma la palabra en nombre de toda la humanidad y le atribuye a ésta las peculiaridades de aquella. Sobre éste punto véase SCAVINO, Dardo, *La filosofía...*, op. cit., p. 141-142

En una posición que intenta guardar distancias respecto del debate en torno de sí el momento actual representa el fin de la modernidad que ha dado lugar al surgimiento de la postmodernidad, tal como lo sostienen Lyotard o Vattimo, o de sí, en cambio, no constituye sino una manifestación de la modernidad misma más radicalizada que nunca como lo sostiene Giddens; Ruiz<sup>3</sup> señala que la cultura contemporánea no permite pensar en un sujeto centrado, en grandes relatos o certidumbres incommovibles, en un progreso lineal e indefinido, en la entronización de la Razón. En la actualidad solo se verifica la presencia de un sujeto fragmentado y de ideas desordenadas, la ausencia de hilos conductores que guíen las reconstrucciones del pasado y los diseños utópicos del porvenir. Se desvanecen los grandes modelos que permitían identificar a los compañeros y a los enemigos. La historia ya no es una y los héroes ya no pueden distinguirse del resto de los mortales al haber perdido sus hazañas. El espacio se faceta y se multiplica y el tiempo se reduce al presente más próximo.

Modernidad y postmodernidad<sup>4</sup> constituye un par de conceptos que (en la medida en que se haga fincar al concepto de igualdad en su acepción producto de la raíz histórica de la ilustración) puede considerarse en correspondencia directa con otro par; el par igualdad y diferencia que, como a partir de aquí se constatará, constituye una vía inevitable a la hora de delimitar los perfiles de la diferencia.

En esta línea Fariñas Dulce<sup>5</sup> considera que mientras que la igualdad es el principal valor jurídico de la modernidad, la diferencia lo es de la posmodernidad. La modernidad construyó con la igualdad formal ante la ley una subjetividad individualista, abstracta, y ciega a toda diferencia. Si bien la igualación formal tuvo un rol decisivo en el progreso de los sistemas jurídicos y políticos, y en el

---

<sup>3</sup> RUIZ, Alicia E. C., *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2002, p. 61-63

<sup>4</sup> A partir de aquí y en lo que sigue del trabajo designaremos a la situación de la cultura contemporánea como “postmodernidad” precisando que lo hacemos más por comodidad de expresión que por una incondicionada adhesión al enfoque de Lyotard

<sup>5</sup> Fariñas Dulce, María José, Ciudadanía universal vs. ciudadanía fragmentada, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Nº 2-1999, página consultada existente al 16/12/05, Dirección URL: <http://www.uv.es/~afd/CEFD/2/Farinas.html#3>

reconocimiento y difusión de los Derechos Humanos; resulta evidente que su visión “hipersimplificada” del individuo y de las sociedades generó en la práctica, al negar la diferencia, grandes espacios de exclusión. Frente a esta constatación es que en la postmodernidad se hace presente la necesidad de hacer de la diferencia un valor jurídico, a partir de la construcción de una subjetividad en la que el individuo pueda ser comprendido desde sus raíces comunitarias. Una subjetividad heterogénea, plural, que incorpore a la diferencia. Y la inclusión de la diferencia como valor jurídico, partiendo de que el derecho no es sino un reflejo de las valoraciones sociales vigentes en el contexto de su emergencia, no es otra cosa que la explicitación, en su ámbito, del proceso a partir del cual se han gestado las demandas de los grupos sociales minoritarios. Para la autora, como puede observarse, la diferencia puede insertarse en el derecho en la postmodernidad como valor, del mismo modo que lo hizo la igualdad en el curso de la modernidad. Sin embargo, debe advertirse que en su propuesta ambos conceptos no se presentan como contrapuestos; son complementarios, de tal manera que reconocer la diferencia como valor jurídico no obsta al mantenimiento del valor jurídico igualdad, por el contrario, garantiza su más perfecta vigencia.

Para comprender la relación de complementariedad que Fariñas Dulce establece entre igualdad y diferencia con Scott<sup>6</sup> puede sostenerse que el debate que tiende a enfrentar a ambos conceptos, en la medida en que pretende garantizar una opción por uno de ellos, en realidad conduce a un callejón sin salida por cuanto son en realidad interdependientes. Para demostrarlo acude a la deconstrucción derridiana y observa como la verdadera oposición binaria es “igualdad / desigualdad” y no “igualdad / diferencia”. El par “igualdad / diferencia” plantea una elección imposible por cuanto sus componentes descubren tan solo dos caras de una misma moneda, ambos dan cuenta de la igualdad que, tal como lo sostiene Amorós, encierra en sí misma la diferencia; y tanto una como la otra son una reacción contra la desigualdad.

---

<sup>6</sup> Luna, Lola G., De la emancipación a la insubordinación: de la igualdad a la diferencia, página consultada existente al 16/07/05,

Dirección URL: [http://www.creatividadfeminista.org/articulos/fem\\_lolaluna.htm](http://www.creatividadfeminista.org/articulos/fem_lolaluna.htm)

Para Amorós<sup>7</sup> la igualdad es un mundo de diferencias. Deteniéndose con Wittgenstein en el aprendizaje por parte de los niños de las reglas de uso del lenguaje señala que el aprendizaje de la regla de uso del yo implica el aprendizaje de la regla de uso del tú. El pronombre autorreferencial es usado adecuadamente por el niño cuando ha aprendido el mismo criterio de uso para el pronombre heterorreferencial, el tú; *precisamente porque tú y yo somos distintos es que somos iguales* en una relación de simetría y reciprocidad. Por lo analizado es que el mundo de la igualdad es un mundo de yoes y de túes, un mundo en absoluto monótono: nada ilumina los colores, los matices, la enorme variedad del mundo como la idea de igualdad. El mundo de la igualdad es entonces el mundo de lo diverso en la medida en que tiene la capacidad de visibilizar lo diferente.

## **DERECHOS DE PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN**

Si enfocamos la diferencia como un derecho que se recorta con perfiles definidos a partir del derecho a la igualdad, puede sostenerse que del mismo modo que éste, se trata un derecho fundamental. Según ya se ha dejado establecido el derecho a la diferencia es un derecho de formación reciente ligado con los cambios que ha experimentado el mundo actual, ahora bien, ¿dónde se localiza entre los derechos fundamentales?. En este trabajo se sostiene que se ubica entre los derechos de tercera generación. Para comprender los alcances de la posibilidad apuntada corresponde tener en cuenta lo que sigue.

Los derechos fundamentales según una clasificación clásica son derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales<sup>8</sup>. Conforme una clasificación más reciente, que atiende al orden cronológico en que han sido reconocidos, pueden considerarse como derechos de primera, segunda y tercera generación.

Derechos de primera generación son los derechos civiles y políticos. Su fuente directa es el constitucionalismo liberal tributario de la filosofía de la

---

<sup>7</sup> AMORÓS, Celia, "Elogio de la vindicación" en RUIZ, Alicia E. C., *Identidad femenina y discurso jurídico*, Biblos, Buenos Aires, 2000

<sup>8</sup>EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1993, T.

Ilustración y de las Teorías del Contrato Social<sup>9</sup>. Tienen por titulares a los ciudadanos que deben ser protegidos de los excesos del Estado para poder gozar de sus derechos individuales y, en el fondo, presuponen un ciudadano exclusivamente preocupado por el ámbito de lo privado y un Estado que tiene un rol pasivo (se trata de un mero gendarme) en tanto se limita a no entrometerse en las actividades de los ciudadanos. A nivel nacional se plasmaron en las constituciones europeas y americanas de la segunda mitad del siglo XIX; a nivel internacional fueron recogidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Los derechos de segunda generación son los económicos, sociales y culturales. Tienen por fuente al pensamiento humanista y socialista y, en las luchas que desembocaron en su reconocimiento, especialmente al movimiento obrero<sup>10</sup>. Representan un profundo cambio en la concepción de los roles de los ciudadanos y del Estado en la medida en que demandan de los primeros una participación intensa en la vida pública y del segundo su intervención activa en múltiples áreas, a fin de compensar las desigualdades naturales creadas por las ventajas y desventajas de clases, etnia y religión que caracterizan las diferencias sociales de los individuos desde su propio nacimiento. En el orden nacional fueron recogidos al calor del constitucionalismo social en las constituciones europeas y americanas en las primeras décadas de la segunda mitad del siglo XX, aún cuando las luchas por su reconocimiento se iniciaron ya en las últimas décadas del siglo XIX. En el orden internacional recibieron reconocimiento específico en

---

<sup>9</sup> -BUSTAMANTE DONAS, Javier, Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica en Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología e Innovación, Organización de los Estados Americanos para la educación, la ciencia y la cultura, Numero 1, septiembre/diciembre 2001, página consultada existente al 10/07/05, Dirección URL: <http://www.campus-oei.org/revistactsi/numero1/bustamante.htm>

<sup>10</sup>-BUSTAMANTE DONAS, Javier, Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica en Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología e Innovación, Organización de los Estados Americanos para la educación, la ciencia y la cultura, Numero 1, septiembre/diciembre 2001, página consultada existente al 10/07/05, Dirección URL: <http://www.campus-oei.org/revistactsi/numero1/bustamante.htm>

1966 en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>11</sup>.

Los derechos de tercera generación son los denominados derechos de solidaridad. Su fuerza impulsora viene dada por la acción de determinados colectivos que reclaman el reconocimiento de sus derechos. Del mismo modo que los derechos de segunda generación, se sostienen sobre una ciudadanía y un Estado activos. Sin embargo, se diferencian de éstos porque abarcan una diversidad prácticamente inagotable de temas que van mucho más allá de los derechos vinculados con el goce real de los derechos de primera generación y con las claves económica (lucha contra el capitalismo) y social (reivindicaciones del proletariado). Forman parte de su catálogo el derecho a la protección del medio ambiente; el derecho a la conservación del patrimonio cultural de la humanidad; el derecho a un desarrollo sostenible que permita preservar el medio ambiente y el patrimonio cultural de la humanidad; el derecho a un mundo multicultural en el que se respeten las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas; el derecho a la libre circulación de las personas, no sólo de capitales y bienes, que permita condiciones de vida dignas a los trabajadores migrantes; los derechos a la paz y a la justicia internacional que se plasman en la posibilidad de intervenir desde instituciones de carácter supranacional en conflictos armados locales imponiendo la paz desde una fuerza legítima, en la persecución sin fronteras de los dictadores, en la limitación del derecho a la inmunidad diplomática para determinados delitos,

---

<sup>11</sup>En este punto resulta oportuno señalar que hasta 1966 sobre la base de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no se establecía ningún tipo de distingo al interior de los derechos humanos. En 1966 al positivizarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales adquiere sustento la distinción en al menos las dos primeras generaciones de derechos. Distinción que adquiere significación práctica en la medida en que los Pactos establecieron un marco distinto de control y protección (en el caso de los derechos civiles y políticos, los Estados se comprometen a respetar y a garantizar su goce; en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que dispongan para lograr progresivamente su goce) y marcan el punto de partida de fuertes críticas a la clasificación según luego se examinará.

en el derecho a crear un tribunal internacional que actúe de oficio en los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad<sup>12</sup>.

Tanto en el orden nacional como en el orden internacional emergen (del mismo modo que los derechos de segunda generación) a partir de la segunda mitad del siglo XX, aunque adquieren particular importancia en sus dos últimas décadas y en el siglo actual.

El gran mérito de las generaciones de derechos finca en que permiten dar cuenta de la dimensión histórica de los derechos fundamentales manteniendo distancias de un positivismo ciego a todo dato extranormativo y, en ese sentido, en este trabajo nos resultan absolutamente pertinentes. En nuestra opinión la clasificación recuerda a la mirada de Marshall respecto de la ciudadanía cuando la concibe como una larga e irregular, aunque persistente, expansión de tres clases de derechos: los civiles (derechos necesarios para satisfacer la libertad individual), los políticos (derechos de participación directa o indirecta en el poder político) y los sociales (derechos de bienestar - educación, salud, salario mínimo y servicios sociales en general ofrecidos por el Estado de Bienestar-); más allá de que en su teoría no se encuentran presentes los derechos de tercera generación por haber sido desarrollados luego de los `50. Para Marshall ni los derechos civiles ni los políticos tienen efectos significativos sobre las desigualdades creadas por el mercado; son los derechos sociales los que ejercieron una función modificatoria de las mismas. En el esquema de evolución progresiva de la ciudadanía planteado, cada haz de derechos es concebido como un peldaño o eslabón en dirección de los otros a lo largo de los siglos XVIII (derechos civiles), XIX (derechos políticos) y XX (derechos sociales), aún cuando puedan señalarse algunas interrupciones e irregularidades (por ejemplo, Marshall documenta formas primitivas de derechos sociales a comienzos del siglo XVIII que desaparecieron cien años después).

---

<sup>12</sup>-BUSTAMANTE DONAS, Javier, Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica en Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología e Innovación, Organización de los Estados Americanos para la educación, la ciencia y la cultura, Numero 1, septiembre/diciembre 2001, página consultada existente al 10/07/05,

No corresponde perder de vista que la clasificación apuntada de los derechos fundamentales ha sido blanco de críticas fundamentalmente porque introduce un análisis esquemático que reduce la complejidad del tema a niveles inadmisibles. Esta crítica retoma las conexiones del tema con el concepto de ciudadanía por cuanto Giddens justamente objeta al concepto de Mashall su exagerado énfasis en la posibilidad de entender a los derechos ciudadanos como un proceso subdividido en tres etapas, al sostener que ello conduce a una sobresimplificación del rol de la política y el Estado. Asimismo, las generaciones de derechos han sido criticadas porque tienden a legitimar la degradación de los derechos de segunda y tercera generación, por ser meramente programáticos, en beneficio de los de primera, que son los únicos que generan responsabilidad internacional de los Estados<sup>13</sup>. No obstante aquí sostenemos que tales críticas no logran superar sus méritos en términos de valoración de la dimensión histórica de la gestación de los derechos; y, por lo demás, el esquema que introduce permite ganar en claridad de análisis. Por último, la distinción entre derechos programáticos u operativos existe por la regulación internacional de los Derechos Humanos más allá de que la clasificación a la que aludimos la recoja.

Habiendo brevemente analizado los principales rasgos que caracterizan a las generaciones de derechos ahora se procederá a explicitar que si aquí se sostiene que el derecho a la diferencia se ubica entre los derechos de tercera generación es porque:

-cronológicamente los derechos de segunda generación y el derecho a la diferencia coinciden porque los derechos de tercera generación si bien comienzan a tener presencia jurídica a partir de la segunda mitad del siglo XX, solo en las dos últimas décadas de dicho siglo y en el actual reciben particular impulso, época ésta última en la que se hace presente el derecho a la diferencia.

---

Dirección URL: <http://www.campus-oei.org/revistactsi/numero1/bustamante.htm>

<sup>13</sup>Sobre éste punto véase RABOSSI, Eduardo, "Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica" en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N°18, San José, 1993

-si bien el énfasis en un rol activo del ciudadano y del Estado, junto a la busca de una igualdad real que permita superar las desigualdades que la igualdad formal de la modernidad solo legitima, constituyen atributos que comparten los derechos de segunda y de tercera generación; solo los derechos de tercera generación permiten comenzar a pensar en derechos que trascienden la persecución del goce real de los derechos de primera generación, las luchas emancipatorias de una clase (el proletariado) o la crítica a un sistema económico (capitalismo).

La especificidad de los derechos de tercera generación a la que se alude en el segundo argumento expuesto en modo alguno implica minusvalorar el rol que cumplieron los de segunda generación en la superación de muchas desigualdades reales; los cuales, por lo demás, prepararon el espacio para el advenimiento de los derechos de tercera generación. En todo caso lo que sí corresponde resaltar es el grado de refinamiento en la tutela de la subjetividad que implican los derechos de tercera generación y, en particular, el derecho a la diferencia. Y es que, como lo sostiene Barcellona,<sup>14</sup> pensar al otro desde la lógica de la diferencia implica tanto la ruptura de la lógica de la identidad, como el poner en cuestión los principios de la metafísica (la imposibilidad de lecturas simultáneas distintas de la realidad y el mundo) y de las teorías políticas que han fundamentado en esos principios su potencia teológica implícita (basta con pensar que la *reductio ad unum* como presupuesto del concepto moderno de Estado expresa una lógica de identidad, de neutralización de las diferencias)

## **LA DIFERENCIA Y LA CONSTITUCION NACIONAL**

La diferencia adquiere plena visibilidad en el derecho argentino con la Reforma constitucional de 1994 que representa un cambio de paradigma en la Constitución.

A fin de justificar la afirmación precedente con Zagrebelsky<sup>15</sup> es que puede advertirse que lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, necesariamente debe ser presupuesto. En ese sentido

---

<sup>14</sup>BARCELLONA, Pietro, *Postmodernidad y comunidad*, Trotta, Madrid, 1999, p. 115

<sup>15</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1997, p. 9-18

los grandes problemas jurídicos no se encuentran ni en las constituciones, ni en las leyes, ni en las sentencias ni en ninguna otra manifestación del derecho positivo (lo puesto), por el contrario, se hallan en la idea del derecho de la constitución, de las leyes, de las sentencias y de cualquier otra manifestación del derecho positivo. Si del derecho constitucional se trata entonces, corresponde bucear detrás del texto oficial para desentrañar su idea del derecho. Ahora bien, si se parte de concebir con la Teoría Crítica del Derecho<sup>16</sup> al derecho como práctica social que expresa y condensa los distintos niveles de conflicto social en una formación histórica determinada es que puede comprenderse con el autor citado más arriba que la idea de derecho necesariamente se vincula con las demandas de las sociedades sobre cuyas bases se construye. Pues bien, tal como lo establece Zagrebelsky<sup>17</sup>, en las sociedades pluralistas actuales marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero carentes todos de la fuerza suficiente para hacerse exclusivos o dominantes, se asigna a las constituciones no la tarea de establecer un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Y tales condiciones de posibilidad pueden plasmarse en una constitución del derecho constitucional actual en la medida en que sus caracteres generales son: a) sustituye a la soberanía estatal (soberanía entendida como poder que hacia el interior de los Estados excluye la diversidad y el antagonismo; y que hacia el exterior de los Estados se resuelve en la política imperialista) por la soberanía constitucional (soberanía que se apoya en constituciones “abiertas” a la diversidad que permiten entrever la posibilidad de construir una verdadera constitución internacional); b) se manifiesta como un derecho dúctil que hace de la coexistencia de valores y principios su punto de partida y de llegada aspirando a tener la flexibilidad suficiente como para responder a las sociedades pluralistas sin renunciar a sus cometidos de unidad e

---

<sup>16</sup>CÁRCOVA, Carlos María, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho” en COURTIS, Christian, *desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Eudeba, buenos Aires, 2001, p. 30

<sup>17</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho...*, op. cit, p. 9-18

integración<sup>18</sup>; c) aspira a la no prevalencia ni de un solo valor ni de un solo principio, por el contrario, busca la salvaguarda de varios simultáneamente aún sacrificando, en algunos casos, el principio teórico de la no contradicción; y, d) exige una dogmática fluida que permita contener diversos elementos heterogéneos y que solo reconozca como sólido a la defensa rigurosa de los valores y principios.

Considerando lo presupuesto en la acepción que del término ofrece Zagrebelsky, puede advertirse que el paradigma de la Reforma constitucional de 1994 buscó receptor las demandas de una sociedad pluralista<sup>19</sup> como lo corrobora la recepción de muchos derechos de tercera generación y, en lo que constituye el objeto de éste trabajo, de la diferencia como valor jurídico. No pude dejar de advertirse sin embargo que el terreno sobre el que se hizo presente el reconocimiento constitucional de los derechos de tercera generación fue abonado por el previo reconocimiento de los derechos de segunda generación en la Reforma constitucional de 1957 que, a su vez, en el artículo 14 bis de la Constitución recogió muchas de las innovaciones que había consagrado la Reforma constitucional de 1949 eliminada del texto constitucional por el golpe militar que derrocó a Perón. Aquilatar las diferencias que separan al reconocimiento de una y otra clase de derechos rescatando la especificidad de la reforma constitucional de 1994 es un ejercicio que como una vía posible puede justamente realizarse recordando las diferencias que más arriba se han apuntado entre una y otra clase de derechos.

---

<sup>18</sup>La coexistencia de valores y principios a la que ZAGREBELSKY se refiere exige que cada uno de esos valores y principios se asuma con carácter no absoluto para poder convivir con los demás. Solo asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Sobre éste punto véase ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho...*, op. cit, p. 14-15

<sup>19</sup> Corresponde precisar que al afirmarse en el trabajo "...la Reforma constitucional de 1994 buscó receptor las demandas de una sociedad pluralista..." se está teniendo en mira la sociedad pensada por los convencionales constituyentes que, obviamente, no necesariamente coincide con la sociedad argentina realmente existente en ese momento.

Y la diferencia que, como ya se ha dejado establecido en este trabajo, se considera como la misma igualdad vuelta sobre sí misma, como la igualdad profundizada, es recogida por la Reforma constitucional de 1994 de modo diseminado y multiforme a la largo de un nuevo capítulo que se agrega a la parte dogmática denominado “Nuevos Derechos y Garantías” y en varios incisos del artículo 75 que regula las atribuciones del poder Legislativo en la parte orgánica. Podría pensarse que tal tratamiento de la diferencia representa un caso de mala técnica legislativa por no haberse concentrado en alguna parte del texto constitucional toda la regulación de la misma o al menos sus aristas fundamentales de un modo semejante a como lo hizo el constituyente de 1853-60 en el artículo 16 con la igualdad. No obstante, en nuestra opinión, lo diseminado y multiforme de la regulación de la diferencia puede ser pensado como una manifestación más de la labilidad, complejidad y presencia constante de la diferencia en un paradigma constitucional que se presenta como funcional a una sociedad pluralista.

Gelli empleando la expresión “institucionalización de la diversidad” ofrece un valioso catálogo de las expresiones de la diferencia en la Constitución reformada de 1994 en la cual señala que se consagra<sup>20</sup>: a) la diversidad social cuando se exige respetar la identidad de los pueblos indígenas (artículo 75 inciso 17) y de los habitantes de los territorios bajo dominación extranjera que la República Argentina reclama (primera disposición transitoria); b) la diversidad personal al prohibirse la discriminación por razones de sexo, edad o discapacidad (artículo 75 inciso 22) y garantizarse el desarrollo de acciones positivas para garantizar la real igualdad de oportunidades y de trato (artículo 75 incisos 19 y 23); c) la diversidad étnica al reconocerse la preexistencia de los pueblos indígenas (artículo 75 inciso 17); d) la diversidad política al garantizarse la representación de las minorías de los partidos políticos (artículo 38) y la representación senatorial del partido que resulte segundo por número de votos (artículo 54); e) la diversidad electoral al asegurarse el voto igual a cada elector cualquiera sean las cualidades

---

<sup>20</sup>GELLI, María Angélica, “Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994” en *La Ley*, T. 1995-C. Sec. Doctrina, Buens Aires, 1995, p. 1149-1150

del sufragante (artículo 37); f) la diversidad educativa al garantizarse el dictado de leyes de base que respeten las particularidades provinciales y locales siempre que se compatibilicen con la unidad nacional que también se persigue (artículo 75 inciso 19); g) la diversidad cultural al asignarse al congreso el dictado de leyes que promuevan el desarrollo de las distintas manifestaciones culturales con el objeto de proteger tanto la identidad como la pluralidad (artículo 75 inciso 19); y h) la diversidad económica al reconocerse la desigualdad que existe entre usuarios y consumidores frente a productores y prestadores de bienes y servicios y que determina la adopción de medidas tendientes a protegerlos tales como la educación para el consumo, el control de los monopolios naturales y legales, el control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, la constitución de consumidores y usuarios (artículo 42).

Hemos calificado más arriba a la regulación de la diferencia en la Constitución reformada de 1994 como diseminada y multiforme. Sobre la segunda característica conviene agregar que, tal como se deriva del catálogo que ofrece Gelli, la diferencia sintéticamente resulta tutelada en las esferas personal, social, étnica, cultural, política y económica. Evidentemente podría ensayarse una ordenación axiológica de las esferas. Sin embargo, recogiendo la coexistencia de valores y principios que reclama Zagrebelsky para una constitución que responda a las demandas de una sociedad pluralista, ello resultaría equivocado aún cuando emerjan contradicciones y tensiones hacia el interior del sistema (una contradicción o al menos tensión difícil de resolver se verifica por ejemplo en el artículo 75 inciso 19 cuando a propósito de la educación tutela simultáneamente las particularidades provinciales y locales y la unidad nacional; o cuando a propósito de la diversidad cultural garantiza la identidad y la pluralidad).

## **CONCLUSIONES**

En el desarrollo del trabajo luego de delimitar la noción de diferencia se intentó analizar el modo en que ésta resulta consagrada en el nuevo paradigma constitucional de 1994. Para hacerlo, de la mano de la Teoría Crítica del Derecho y del pensamiento de Zagrebelsky, se examinó la relación que existe entre

sociedad y derecho de una parte, y la relación que existe entre una constitución y la sociedad que la construye y que resulta regulada por ésta de la otra. Si embargo, no puede soslayarse que la noción de diferencia en su aspecto más liminar cuestiona al Estado mismo como estructura de poder excluyente, y a su máximo legitimador, al derecho; y demanda una nueva gestión de lo público. Como con transparencia lo señala Barcellona: “Sostener la diferencia significa reivindicar una nueva determinación del espacio del encuentro, una nueva definición del espacio común: el único espacio para una comunidad de diferentes es la tierra de nadie, sin apropiaciones, sin límites y sin reglas”<sup>21</sup>. Explicitando esta idea es que pueden comprenderse las tensiones y contradicciones que se verifican hacia el interior del Estado Constitucional (la síntesis moderna de Estado, derecho y poder) a la hora de intentar acoger las demandas de las sociedades pluralistas contemporáneas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AMORÓS, Celia, “Elogio de la vindicación” en RUIZ, Alicia E. C., *Identidad femenina y discurso jurídico*, Biblos, Buenos Aires, 2000
- BARCELLONA, Pietro, *Postmodernidad y comunidad*, Trotta, Madrid, 1999
- CÁRCOVA, Carlos María, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho” en COURTIS, Christian, *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1993, T. I
- GELLI, María Angélica, “Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994” en *La Ley*, T. 1995-C. Sec. Doctrina, Buenos Aires, 1995
- RUIZ, Alicia E. C., *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2002
- SCAVINO, Dardo, *La filosofía actual –pensar sin certezas-*, Paidós, Buenos Aires, 1999

---

<sup>21</sup>BARCELLONA, Pietro, *Postmodernidad...*, op.cit, p. 119

-ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1997

## **WEB SITES**

-BUSTAMANTE DONAS, Javier, Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica en Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología e Innovación, Organización de los Estados Americanos para la educación, la ciencia y la cultura, Numero 1, septiembre/diciembre 2001, página consultada existente al 10/07/05,

Dirección URL: <http://www.campus-oei.org/revistactsi/numero1/bustamante.htm>

-FARIÑAS DULCE, María José, Ciudadanía universal vs. Ciudadanía fragmentada, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Nº 2-1999, página consultada existente al 16/07/05,

Dirección URL: Dirección URL: <http://www.uv.es/~afd/CEFD/2/Farinas.html#3>

-LUNA, Lola G., De la emancipación a la insubordinación: de la igualdad a la diferencia, página consultada existente al 16/07/05,

Dirección URL: [http://www.creatividadfeminista.org/articulos/fem\\_lolaluna.htm](http://www.creatividadfeminista.org/articulos/fem_lolaluna.htm)