
EL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA Y SU JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

*Helga LELL**

*2^{do} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos de **EN LETRA** sobre
Derecho Constitucional en la Categoría “Graduados”*

Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2016

Fecha de aprobación: 28 de febrero de 2017

Resumen

La propuesta de este trabajo consiste en presentar una serie de argumentos que sustentan la siguiente afirmación: el concepto jurídico de persona posee una naturaleza formalmente legal y materialmente constitucional. En el hoy derogado Código Civil de la Nación Argentina, existía una definición del concepto jurídico de persona. En el actual Código Civil y Comercial, dicha definición no se encuentra explicitada aunque puede deducirse claramente de las referencias que aparecen en el articulado a las notas de inviolabilidad y dignidad que se le atribuyen. Por su aparición en dicho cuerpo normativo, la jerarquía del concepto es la que le corresponde a las leyes, es decir, el nivel de las normas jurídicas generales. No obstante, por el valor del contenido de dicho concepto y su relevancia dentro del ordenamiento jurídico, la naturaleza material del concepto jurídico de persona es de jerarquía constitucional.

Palabras clave

Persona - constitución – jerarquía - ley

* Abogada graduada de la Universidad Nacional de La Pampa (Argentina). Becaria interna del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) (Argentina). Docente e investigadora de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa (Argentina). Correo electrónico de contacto: hlell@ius.austral.edu.ar

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)

LELL, H. (2017) "El concepto jurídico de persona y su jerarquía constitucional", pp. 148-167
2^{do} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos sobre Derecho Constitucional - Categoría "Graduados"

THE LEGAL CONCEPT OF PERSON AND ITS CONSTITUTIONAL HIERARCHY

Abstract

The aim of this paper is to present some arguments that support the thesis that the legal concept of person has a formally legal hierarchy but also a materially constitutional one. In the derogated civil code of Argentina, there was a definition of the legal concept of person. Nowadays, the new civil and commercial code has no definition of it but it does include some characteristics that every person has and that allow to deduce which kind of concept it provides. Because the concept appears in the civil code it has legal hierarchy. However, because of its substantive content and its relevance, it has constitutional hierarchy.

Keywords

Person – Constitution – hierarchy - law

I. Introducción

Uno de los conceptos fundamentales en el derecho es el de "persona". Su relevancia proviene de dos frentes: el primero, deviene de la teoría general del derecho que suele definirlo como el núcleo de imputación normativa y, por lo tanto, el punto central de todo el ordenamiento jurídico sin el cual no tendría dónde anclarse o aplicarse. El segundo, por su parte, surge del uso constante que se hace de este término en las diferentes normas jurídicas, ya sean tratados internacionales, constituciones, normas jurídicas generales o individuales (en especial, sentencias). No obstante, existen diferentes significados del término: mientras que el sentido *iuspositivista* solo lo concibe como una herramienta metodológica para comprender por qué un sujeto (que puede o no ser humano) tiene o no derechos y obligaciones, otro de corte no positivista en sentido amplio¹ y con una mirada realista en términos de referencia, vincula la "persona" con el hombre o la mujer.

La propuesta de este trabajo consiste en presentar una serie de argumentos que sustentan la siguiente afirmación: el concepto jurídico de persona posee una naturaleza

1 El sentido amplio obedece a que abarca tanto a las posturas *iusnaturalistas* como a las no positivistas, críticas y constructivistas.

formalmente legal y materialmente constitucional. ¿Qué quiere decir esto? ¿Por qué la distinción? En el hoy derogado Código Civil de la Nación Argentina existía una definición del concepto jurídico de persona, la cual en el actual Código Civil y Comercial (en adelante, "CCyC") no está explicitada aunque puede deducirse claramente de las referencias que aparecen en el articulado a las notas de inviolabilidad y dignidad que se le atribuyen. Por su aparición en dicho cuerpo normativo, la jerarquía del concepto es la que le corresponde a las leyes (o a la mayoría de ellas), es decir, el nivel de las normas jurídicas generales. No obstante, por el valor del contenido de dicho concepto y su relevancia dentro del ordenamiento jurídico, la naturaleza material del concepto jurídico de persona es de jerarquía constitucional.

II. ¿Importa analizar el concepto jurídico de persona?

El concepto de persona constituye uno de los términos fundamentales del ordenamiento jurídico, no solo en materia civil sino también para la totalidad de las ramas que componen al Derecho. A su vez, la invocación por parte de los operadores jurídicos de este como idea-fuerza para la consolidación de derechos y para la protección del ser humano es más que frecuente (basta solo con revisar la enorme cantidad de resultados que arrojan los buscadores de jurisprudencia de la Corte Suprema, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de los máximos tribunales provinciales, entre otros).

A pesar del enorme peso argumentativo que posee, el término permanece en cierta manera indefinido. Esta indeterminación y casi imposible definición estática y exhaustiva no constituye un vicio, sino más bien una virtud que brinda dinamismo. Su comprensión social se basa en una presunta y especial referencialidad semántica y propia de la palabra que pareciera poder ser simplemente interpretada a partir de la experiencia de cada ser humano en su carácter de persona. No obstante, cabe controvertir esta afirmación puesto que el vocablo es técnico y puede diferir radicalmente del sentido que tiene en el lenguaje común.

El concepto jurídico de persona, diferente y —según se lo defina— a veces desligado del de hombre o mujer, nace a partir de una metáfora teatral que hace referencia a las máscaras utilizadas por los actores en la Antigua Roma para amplificar la

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)

LELL, H. (2017) "El concepto jurídico de persona y su jerarquía constitucional", pp. 148-167
2^{do} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos sobre Derecho Constitucional - Categoría "Graduados"

voz del sujeto detrás de ellas.² Así, la persona se erige en un conjunto de roles a ser puestos en escena por individuos, pero la unidad del ser detrás de la máscara es irrelevante. Los individuos forman tantas personas como papeles representen.

La idea antes mencionada ha dado pie a la posición *iuspositivista* pues justifica la separación entre la persona y el ser humano detrás de ella y, por ende, cualquier tipo de reparto de derechos y obligaciones es válido en tanto no cabe ninguna calificación de justo/injusto o correcto/incorrecto. Pero las metáforas no son estáticas y las sociedades que utilizan las lenguas olvidan las relaciones originarias y resignifican los términos (BORDELOIS, 2005). En este marco, el concepto jurídico de persona ha variado diacrónicamente y en el contexto de sistemas normativos cada vez más complejos y con tendencias que se han modificado (por ejemplo, la transición desde el paradigma de un Estado de Derecho legalista al constitucional y al neoconstitucional). Por ello, toda definición de la persona que permita comprender su capacidad retórica debe efectuarse a la luz de los contextos hermenéutico y pragmático (BEUCHOT, 1998). A partir de esta base es que pueden dilucidarse los efectos jurídicos de dicho concepto. En síntesis, la problematización de la persona como concepto radica en que el campo semántico que se le atribuya impacta sobre el reconocimiento o no de ciertos derechos de los individuos.

Ahora bien, ¿por qué revisar el concepto de persona? En primer término, la revisión propuesta es relevante porque encierra una metáfora con una capacidad cognitiva, pedagógica y retórica de alto valor que es menester reconocer, al menos en cuanto a cómo se define y cómo ha variado en la interpretación social. Dicho valor radica en la construcción de una suerte de discurso social que cala en el imaginario de una comunidad política y, por lo tanto, se erige en un *topos* argumentativo aceptado al cual recurrir para justificar determinadas decisiones. Es decir, se transforma en un punto inicial que sustenta y da base a ciertos modos de acción y, al configurar un modo de entender el mundo, ciertamente posee una dimensión performativa.

En segundo lugar, porque esta noción resulta un pilar de la teoría general del Derecho y, por lo tanto, en los distintos fundamentos de los derechos humanos. Esto quiere decir que, si se cree que una persona es titular de un conjunto de derechos por el

2 La etimología de este concepto remite a la *persōna* romana, término que se derivaría del etrusco *phersu* y este del griego πρόσωπον (COROMINAS, 2005; FERRATER MORA, 2004; SCHIAVONE, 2012).

mero hecho de serlo, se debe definir primero qué es "persona" puesto que, si se adhiere a una postura *iuspositivista*, no existen más derechos y obligaciones que los que el ordenamiento jurídico confiere. Entonces, en este caso, la inherencia de los derechos a la persona se define por el ordenamiento jurídico como constructor de ella pero no por otro tipo de esencia externa. En cambio, desde otro tipo de perspectivas como las *iusnaturalistas*, las no positivistas, las constructivistas y las críticas, entre otras, cabe indagar en un espectro más amplio que el meramente normativo-positivo. Es decir, según el extremo por el cual se opte se hará hincapié en el carácter autoritativo/normativo de la persona o en el carácter humano con los consecuentes principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad, lo cual a su vez repercute en la efectividad de los derechos.

Tercero, pensar el campo semántico del término "persona" es importante porque es un concepto que aparece en diferentes documentos normativos de tutela en materia de Derechos Humanos y jurídicos en general sin encontrarse determinada su acepción.

Como señala FARALLI (2013), los nuevos desafíos de la filosofía del Derecho giran en torno a tres grandes temáticas: la regulación de las acciones producto de la inteligencia artificial símil a la humana, las cuestiones de bioética y la posibilidad de la intervención tecnológica sobre la vida humana y no humana, y por último, los derechos humanos de los migrantes que desafían a los tradicionales conceptos modernos de soberanía, ciudadanía y nacionalidad. Como puede notarse, en la base de los tres temas es posible discutir el concepto de persona y de brindar diferentes perspectivas según la posición que se tome frente a la interpretación de la metáfora. No obstante, con independencia de estos tres ejes, es posible señalar otros temas que giran en torno a la persona: las relaciones económicas y los poderes salvajes, la globalización y la "glocalización", las nuevas tecnologías y el derecho al olvido, los contratos en la posmodernidad, los desafíos a la ética profesional en distintas disciplinas, etc. Este trabajo no pretende abarcar estos tópicos sino más bien problematizar cómo el concepto de persona cumple un rol en la fundamentación de soluciones e interpretaciones frente a ellos. Por lo tanto, esta enumeración solo pretende evidenciar la actualidad y necesidad de repensar este concepto.

La necesidad de determinar qué es la persona, quiénes son los sujetos de derechos y qué tipo de repartos jurídicos son compatibles y necesarios a partir de estos conceptos constituye una asignatura pendiente y un tópico que cada vez se torna más recurrente. Se puede ver esto en el cambio normativo del Código Civil y Comercial argentino, pero

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)

LELL, H. (2017) "El concepto jurídico de persona y su jerarquía constitucional", pp. 148-167
2^{do} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos sobre Derecho Constitucional - Categoría "Graduados"

también se pueden mencionar los debates sobre la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas,³ los derechos de la naturaleza⁴ o, incluso, si los animales pueden ser considerados sujetos de derecho no humanos.⁵ A pesar de lo dicho, en los actuales cursos de actualización en materia civil, en los módulos destinados al tratamiento de la persona, solo se imparten contenidos respecto de la capacidad, régimen de familia y atributos, pero en forma aislada del contexto constitucional en el que se construye este concepto. Por otro lado, en los cursos de derecho constitucional e internacional público, el término de persona es visto como natural y comprendido y, sin discutir su potencia como fundamento, se analiza el conjunto de derechos correspondientes. Por estos motivos, es que aquí se considera necesario problematizar esta naturalización y observar las definiciones y redefiniciones de las que ha sido objeto.

III. La fundamentación de los Derechos Humanos

Se ha dicho que el concepto jurídico de persona debe ser estudiado porque constituye un fundamento de los derechos humanos y que, conforme a la visión que de él se tenga, se establecen condiciones para los derechos fundamentales. Ahora bien, ¿qué es fundamentar los Derechos Humanos? ¿Por qué hacerlo?

Ante el primer interrogante, cabe señalar que fundamentar es explicitar las razones o los motivos sobre los que se construye algo. Fundamentar los Derechos Humanos implica darles un cimiento, exponer las bases que les confieren existencia. En cuanto a la pregunta respecto de por qué fundamentar los Derechos Humanos, como puede deducirse de lo anterior, implica señalar los motivos por los cuales se los considera existentes, vigentes y, por supuesto, exigibles. También la exposición del fundamento de los Derechos Humanos indica cómo se los concibe y con qué alcances. De esta manera, la

3 Un ejemplo lo constituyen los debates en torno al voto en disidencia del Dr. Zaffaroni en el caso "Fly Machine s/ Recurso Extraordinario" (CSJN) en el cual se fija postura a favor del principio *societas delinquere non potest*.

4 Por ejemplo, la Constitución de Ecuador (2008) reconoce a la naturaleza carácter de sujeto legal, junto con los individuos y las colectividades (ver arts. 10, 71 y 72).

5 Ejemplos de ello son el reciente fallo de la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en los autos "Orangutana Sandra s. recurso de casación s. hábeas corpus" (18.12.2014) y la difundida discusión entre Slater y Wikimedia por los derechos de autor de una *selfie* tomada por un mono, entre muchos otros casos.

actividad de fundamentación exige coherencia respecto de las expectativas del sistema tutelar de los Derechos Humanos y la praxis de los individuos (BEUCHOT, 2008).

Las posturas positivistas impugnan la posibilidad de una demostración científica y de una fundamentación racional de los valores (PÉREZ LUÑO, 2010). De esta manera, solo es posible encontrar fundamento para los Derechos Humanos en el marco de normas jurídicas positivas válidas. Esto no deriva en considerar a los Derechos Humanos como algo inútil sino que la preocupación por su tutela y práctica debe darse en el marco de las normas "puestas"⁶.

RODRIGUEZ TOUBEZ-MUÑIZ (1995) destaca que, además de este grupo de visión "no moral", existe otro minoritario y más infrecuente entre los positivistas: el "moral". Este núcleo de autores parte de una interpretación de los Derechos Humanos como derechos morales, estima que no son auténticos derechos hasta que han sido incorporados al derecho positivo y sitúa su fundamento en normas morales. Un ejemplo de esta postura puede encontrarse en PECES-BARBA (1995).

Por su parte, la corriente no positivista, en sentido amplio, considera que la juridicidad vale como tal aun cuando sea ignorada o rechazada por la sociedad, que la razón práctica puede conocer dimensiones valiosas o exigencias éticas y jurídicas implicadas en las conductas humanas más allá de lo prescripto por normas positivas. En materia de praxis humana, rechaza las descripciones absolutamente desvinculadas de lo justificativo o prescriptivo y, en el plano ontológico, sostiene que el fundamento de la juridicidad natural o indisponible remite a dimensiones intrínsecas al ser humano y a la naturaleza de las cosas en general (VIGO, 2008).

En este marco, es relevante observar cómo juega el concepto jurídico de persona a la hora de fundamentar los Derechos Humanos. La noción de "persona" ha sido incorporada y reapropiada por el derecho aunque de manera ciertamente ambigua. En ocasiones, este concepto ha sido una clara base para las posturas *iuspositivistas* que la conciben como aquel punto de imputaciones de derechos y obligaciones, esto es, es el ordenamiento jurídico el que construye a la persona y esta nace en simultáneo con la

6 Un ejemplo de esta postura que destaca la necesidad de preocuparse por las normas jurídicas que consagran derechos humanos debido a que su estatus ontológico es endeble es BULYGIN (1987).

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)

LELL, H. (2017) "El concepto jurídico de persona y su jerarquía constitucional", pp. 148-167
2^{do} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos sobre Derecho Constitucional - Categoría "Graduados"

normatividad; no hay ningún derecho de por sí que corresponda a los sujetos porque el hombre no es relevante en esta concepción, no existen reclamos a efectuar en torno a la justicia/injusticia o corrección/incorrección de ciertos repartos dado que la preeminencia ontológica la poseen las normas jurídicas. Un claro ejemplo de esta visión lo constituye Kelsen (1982) que, tras purificar al ámbito jurídico de los vestigios de las ciencias causales y, sobre todo, aquellos de la moral y la religión, presenta a la persona como un centro de imputación normativa que, si tiene algún tipo de relación con el hombre biológico, es solo mera coincidencia.

No obstante lo dicho, el uso del concepto de persona no siempre ha suscripto tan claramente aquella concepción y, desde perspectivas *iusnaturalistas*, no positivistas, constructivistas y críticas, entre otras, se ha reclamado la vinculación entre la persona como concepto jurídico y el ser humano como receptor y acreedor de un conjunto de derechos. Así, la humanidad se erige como una barrera infranqueable e inviolable.

IV. El cambio de la semántica del concepto jurídico de persona

Anteriormente se ha mencionado que existe una diferencia entre el Código Civil derogado (en adelante, "CC") y el vigente (el CCyC) ha cambiado el concepto jurídico de persona y que ello es un hecho trascendental a nivel ordenamiento jurídico. ¿Por qué? ¿Cuál ha sido el cambio? ¿A qué se debe su relevancia? Para poder responder estos interrogantes, es necesario detenernos en algunas cuestiones previas.

A nivel de la teoría general del Derecho, la persona es calificado como uno de los conceptos jurídicos fundamentales. A su vez, la definición estandarizada y que, en principio, se presenta como general y universal señala que la persona es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Esta visión, inspirada en el más extremo positivismo jurídico, nace en las antiguas Roma y Grecia en donde la persona era, en realidad, una tecnología corporal utilizada en los teatros para aumentar el volumen de la voz del personaje que representaba un actor. Así, la metáfora habría sido receptada en el Derecho romano para destacar la separación entre el ser humano que ejecuta las acciones y el rótulo que le es puesto en el marco de un escenario específico. La expansión del Derecho romano a lo largo del mundo y de la historia ha provocado que el concepto subsista en las teorías jurídicas actuales y muchos de los códigos civiles actualmente vigentes.

El problema que surge de esta metáfora consolidada en la tradición jurídica romanista es que, al decir de HOHFELD (1991), buena parte de las dificultades terminológicas en el campo del Derecho se originan en el hecho de que muchas de las palabras solo eran aplicables originariamente a cosas físicas; de modo que su uso en conexión con relaciones jurídicas es figurativo o ficticio.

Como señalan MENDONCA y GUIBOURG (2004), los juristas han cedido a la tentación de centrar su actividad en los textos normativos antes que en la situación disposicional de la sociedad; y para ello, han identificado ambos elementos. Pareciera, así, que la disposición social es lo que las leyes escritas dicen que debe ser; y de ese modo se obtiene un beneficio: la autoridad del legislador queda ideológicamente reforzada y el panorama del Derecho ofrece esa imagen de solidez, de coherencia y de seguridad que con tanto énfasis ha sabido difundir la dogmática tradicional.

De esta manera, como puede notarse, el concepto jurídico de persona puede ser analizado en dos planos, al menos. El primero de ellos es el nivel legal, es decir, cómo los ordenamientos jurídicos definen este término. El segundo es el teórico-filosófico, esto es, desde qué perspectiva metodológica y epistemológica los estudiosos y operadores del Derecho se aproximan a la persona y desde la cual la definen. Como veremos a continuación, no es lo mismo una definición *iuspositivista* que *iusnaturalista*, realista que idealista, etc. En el plano teórico, podemos notar que aún en muchas universidades se sigue enseñando el concepto jurídico de persona desde la visión positivista, ya sea a través de la *Teoría Pura del Derecho* explícitamente que dedica algunas páginas a depurar las características humanas del centro de imputación normativa, o a través de otras obras que reiteran aquel concepto.

A nivel legislativo es donde nos encontramos el mayor cambio. Como se ha mencionado antes, hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la definición del concepto jurídico de persona se encontraba explícita en el Código Civil elaborado por Vélez Sarsfield. Claramente, el hecho de incluir una definición expresa permite notar la inspiración teórica desde la cual se parte: el Derecho crea mediante definiciones lo que es, no hay un dato de la realidad previo que permita entender qué es la persona. Para ser más claro aún respecto de la inspiración positivista, el antiguo Código Civil, en su artículo 30, establecía que "son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones".

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)

LELL, H. (2017) "El concepto jurídico de persona y su jerarquía constitucional", pp. 148-167
2^{do} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos sobre Derecho Constitucional - Categoría "Graduados"

Asimismo, mientras esta concepción positivista y estricta que destacaba que la persona solo es un centro de imputación normativa, sin más derechos que los conferidos por el orden jurídico y que debe prescindir de toda otra consideración extra-jurídica, en otras normas aparecía (y aún aparece) el mismo concepto con un sentido completamente distinto. Es el caso, principalmente, de las normas que consagran derechos y, en particular, de los tratados internacionales de Derechos humanos.

En el ámbito jurisprudencial, en 1993, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso donde se encontraba en tensión el derecho a la vida, a la dignidad, a la libertad de cultos y a la intimidad, señalaba: "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental".⁷ De esta manera, marcaba un antecedente importante que muestra la comprensión de algún vínculo entre el concepto de persona y el ser humano. Esta cita ha sido una base importante en la reforma reciente del Código Civil y Comercial.

No obstante, la dualidad semántica tan contrastante y contradictoria no ha sido resaltada y puesta en tela de juicio por académicos, doctrinarios u operadores jurídicos. El nuevo Código Civil y Comercial carece de definiciones acerca de qué debe entenderse por persona. Esto implica que sea posible deducir en qué consiste este término a partir de la propia experiencia humana de ser persona. Referencias a ello se encuentran en los "Fundamentos del proyecto del Código Civil y Comercial":⁸

[p]ese a que en este Proyecto se han insertado definiciones en todos los casos en que se consideró necesario, no se conserva la que el Código Civil vigente trae en su artículo 30; se abandonó incluso la idea de sustituirla por otra más apropiada. Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del

7 CSJN (06.04.1993) *in re* "Bahamondez, Marcelo s. medida cautelar", en Fallos 316:479.

8 Disponible en [www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primerio.pdf].

Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin. Es la noción de persona que alberga la Constitución Nacional desde su misma sanción en 1853, la que proviene de sus fuentes desde la asamblea de 1813, y la que fue ratificada con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de las convenciones y tratados de derechos humanos en el texto que rige a partir de la reforma de 1994.

Además de este punto, es decir, de la carencia de una definición del concepto jurídico de persona, cabe resaltar dos cuestiones complementarias. La primera es que el CCyC sí define a las personas jurídicas (art. 141). La segunda es que en lo demás, habla de personas o personas humanas. Esto deja ver que el nuevo criterio semántico se encuentra ligado a la realidad.

Aún más, el artículo 51 CCyC, señala que la persona humana es inviolable y con derecho al reconocimiento de su dignidad. En otro artículo, el 1738, reconoce el derecho de las personas a su autonomía a partir de poder definir su propio proyecto de vida. Este detalle no es menor por cuanto inscribe a la legislación en un paradigma que enfatiza en el individuo como tal y no mera y exclusivamente como un miembro de un cuerpo político. Esto último es traído a colación por su coincidencia con los tres principios que señala NINO (2007) respecto del sustento de la base filosófica de los Derechos Humanos.

En el ámbito del derecho internacional, es posible encontrar referencias al concepto de persona vinculado al ser humano y a sus notas intrínsecas en los pactos que gozan de jerarquía constitucional. Ejemplos de ello se pueden encontrar en los Preámbulos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, del Pacto de San José de Costa Rica, en los considerandos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también en el artículo 6° de este último, entre otros.

Como puede anticiparse, para poder concretar normativamente el concepto jurídico de persona e interpretarlo, es necesario realizar primero una opción filosófica. Como señala JERÉZ (2016), no se elige tener o no filosofía; esta simplemente se tiene. A qué escuela se adscribe, en qué principios se confía y demás, puede ser una elección del propio

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)

LELL, H. (2017) "El concepto jurídico de persona y su jerarquía constitucional", pp. 148-167
2^{do} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos sobre Derecho Constitucional - Categoría "Graduados"

individuo o de la casualidad. De una u otra forma, es necesario ser consciente de las consecuencias prácticas de la doctrina filosófica que se tenga. Teorizar sobre los conceptos, pensar la realidad, actuar en el mundo, construir palabras y pronunciarlas no puede ser un mero recreo academicista sino que todas estas acciones exigen un compromiso epistemológico (MENDONCA y GUIBOURG, 2004: 23):

[n]o es lo mismo acción que práctica: la práctica no consiste simplemente en actuar, sino en percibir los efectos de lo que hacemos, acumular experiencias semejantes ante conductas repetidas y perfeccionar nuestras acciones futuras a medida que aprendemos de esa experiencia. La práctica es el sedimento que queda en la memoria de nuestras acciones: un conjunto de criterios aplicables a situaciones futuras y semejantes.

V. El estatus constitucional

¿Qué define el estatus constitucional de una norma? En primer lugar, para que una norma sea formalmente de jerarquía constitucional debe ser creada por el órgano correspondiente (en el caso argentino, por la asamblea constituyente) en el marco de sus atribuciones y competencia (si es en uso del poder constituyente originario, estas atribuciones y competencia no están predeterminadas sino que serán avaladas mediante un criterio sociológico: el acatamiento o no de la constitución. Si es en uso del poder constituyente derivado, se encuentran predeterminadas en el texto constitucional).

Señalan MENDONCA y GUIBOURG (2004) que la jerarquía de las normas consiste en la determinación de las inferiores por las superiores de tal suerte que una norma inferior, para ser válida, requiere haber sido dictada por el órgano autorizado a dictarla, mediante el procedimiento establecido y dentro de los límites materiales fijados (p. 169).

[l]a competencia, el procedimiento y los límites materiales están contenidos en las normas superiores: es más, estas últimas normas se llaman superiores, precisamente porque contiene esos elementos en relación con otras normas. Debería resultar de aquí que una norma que haya sido creada por quien es incompetente para ello o emitida sin las formalidades necesarias o que exhibe contenidos desautorizados por la norma superior

carecen de validez y no forman parte del sistema jurídico de referencia

Un segundo criterio para determinar la pertenencia constitucional de una norma jurídica es su pertenencia al texto de la Constitución. Si alguien preguntara si la norma que establece la organización del Estado argentino con carácter republicano y federal es o no constitucional, bastaría con solo mirar la Carta Magna para erradicar tal duda.

La tercera vía para caracterizar la jerarquía constitucional de una norma es observar su sustancia, esto es, el criterio material. Conforme a este, las normas constitucionales establecen directrices que funcionan como bases sobre las cuales se articula la legislación. Estas directrices se abocan a asuntos de vital importancia en la vida social y política, como por ejemplo, la forma de organización del Estado, los derechos de los individuos y las garantías de las que estos gozan, la existencia de ciertos valores sociales, las competencias de los órganos, la participación política de los ciudadanos, etc.

Este último criterio remite a pensar en los argumentos de inconstitucionalidad que surgen del caso *Marbury v. Madison* de la Suprema Corte de los Estados Unidos: 1) el de inaplicabilidad, según el cual frente a un conflicto en un caso concreto entre ley y constitución debe prevalecer esta última; y 2) el de la inalterabilidad que apunta que la constitución no puede ser modificada por leyes. Si los pensamos en sentido contrario, podríamos tener una visión acerca de dos características que son consecuencia de la relevancia de la materia constitucional (relevancia que, además, justifica su jerarquía). La primera es que los contenidos de la constitución son superiores a los de las leyes y la segunda es que, lógicamente, son inalterables por normas que no tengan jerarquía constitucional.

Ahora bien, lo dicho en último término nos devuelve al principio: ¿cómo se determina la jerarquía constitucional? ¿Por la autoridad que sanciona? ¿Por su presencia en el texto constitucional? ¿Por su relevancia? ¿Por los tres criterios, algunos de ellos o ninguno?

El planteo que se ha efectuado en los párrafos anteriores no es tan simple como parece. Con solo observar la Constitución Nacional argentina se puede tener una buena idea de ello: en su texto (criterio 2) hay presentes normas que no han sido sancionadas por el constituyente (criterio 1). Un ejemplo de ello lo constituyen los pactos

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)

LELL, H. (2017) "El concepto jurídico de persona y su jerarquía constitucional", pp. 148-167
2^{do} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos sobre Derecho Constitucional - Categoría "Graduados"

internacionales de Derechos Humanos enumerados en el artículo 75 inc. 22. Contra lo dicho se podría argumentar que su inclusión fue prevista por los asambleístas de 1994, aunque ello no explica, por ejemplo, la jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sancionada por la Asamblea General de la ONU en 2006 (o sea, doce años después de la reforma constitucional), ratificada por la Argentina en 2008 y que alcanzó la máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional el día 22 de diciembre de 2014 (es decir, veinte años post-reforma).

Para contestar el último argumento se podría aducir que los propios constituyentes de 1994 establecieron el mecanismo por el cual otro sujeto (en el caso argentino, el Congreso nacional) podría otorgar la jerarquía en cuestión. Como puede notarse, el criterio de la autoridad que sanciona la norma (que sea una Asamblea Constituyente) no es un criterio plenamente exhaustivo ni contundente. Es, en principio, meramente indicativo.

En segundo término, hay que destacar que, si retomamos los argumentos *contrario sensu* de *Marbury v. Madison*, cuando el Congreso Nacional, a partir de una mayoría calificada, brinda jerarquía constitucional a un tratado mediante la sanción de una ley, no solo está actuando como si fuera la Asamblea Constituyente, también está explícitamente modificando la Constitución Nacional. Es decir, viola la segunda característica que se señalara anteriormente: una ley no puede modificar la carta magna nacional. Tal como hemos visto con el ejemplo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, esta imposibilidad modificatoria no puede sostenerse. Hay leyes que modifican la Constitución.

Contra lo dicho en el último párrafo se puede argüir que en realidad estas leyes amplían los derechos ya reconocidos y que no alteran de manera negativa el peso de tutelas y garantías ya establecido en pos de los individuos y de la comunidad. Eso es cierto. De hecho, lo contrario (si hubiera una derogación de los preceptos constitucionales de manera explícita o implícita) sería muy grave y la norma que así lo hiciera sería inconstitucional. Sin embargo, enfatizar que una norma jurídica de rango inferior a la constitución amplía derechos no obsta ni es incompatible con que se modifica la Constitución. Entonces, reitero: es posible que una ley inferior modifique la Constitución Nacional.

Para ampliar, FERRERES COMELLA (2002) destaca que una Constitución es rígida en la

medida en que su modificación solo es posible a través de un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario. El fundamento de dicha rigidez surge de la necesidad de estabilizar políticamente un sistema de gobierno para que la vida política pueda desenvolverse de manera ordenada. Así, al menos este criterio de inflexibilidad rige para la estructura y relaciones de los diversos órganos estatales. Pero "en materia de derechos y libertades la cosa es distinta. El valor de estabilidad debe ceder ante el imperativo de alcanzar la decisión justa. En este contexto, la rigidez constitucional puede parecer excesiva" (p. 227).

Prosigue este autor por señalar que, en una democracia, la declaración de derechos que figura en la Constitución debe expresar los valores compartidos por la comunidad política. La consecuencia de este planteamiento es que, para que la tabla de derechos constitucionales sea legítima, la mayoría de los ciudadanos y de los representantes de la sociedad actual han de estar de acuerdo con su contenido: no puede haber consenso en torno a esos derechos si la mayoría está en contra (FERRERES COMELLA, 2002: 230).

[s]i ello es así, cabe plantear una objeción: si la Constitución es de difícil reforma, existe el riesgo de que con el transcurso del tiempo se produzca un divorcio entre su contenido material y el consenso mayoritario existente en la sociedad. Esta discrepancia puede darse por dos vías: que la mayoría actual no considere correcto alguno de los derechos registrados en la Constitución o bien puede suceder que la mayoría estime insuficiente el catálogo de derechos por no incluir algún derecho nuevo que reputa fundamental.

La conclusión que deriva el autor de lo anterior es que en el último caso mencionado la rigidez no resulta tan problemática, pues la constitución no impide a la mayoría reconocer y garantizar los nuevos derechos a través de la legislación ordinaria.

En este sentido, PRIETO SANCHÍS (1997: 16-7) destaca que "la muerte de la ley puede parecer obvia desde el instante en que se afirma la superioridad constitucional; pero en realidad no es así o, al menos, no basta dicha superioridad, sino que lo decisivo es la "sustancialización" de los documentos constitucionales. Así la Constitución encarna un orden de valores que incluso es a veces anterior al ordenamiento jurídico positivo". Dicha sustancialización supone que la Constitución ya no tiene por objeto solo la distribución

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)

LELL, H. (2017) "El concepto jurídico de persona y su jerarquía constitucional", pp. 148-167
2^{do} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos sobre Derecho Constitucional - Categoría "Graduados"

formal de poderes entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material consistente en principios y derechos fundamentales que se irradian hacia el resto del ordenamiento.

Hasta aquí, a partir de lo dicho, la cúspide del ordenamiento jurídico no se alcanzaría exclusivamente ni por el criterio autoritativo (quién dicta la norma) ni por la pauta de la imposibilidad de modificación legal. Por ende, hay normas extra-constitucionales que tienen jerarquía constitucional.

Los antedichos no son los únicos criterios incumplidos. Antes hemos mencionado que una de las formas más sencillas de corroborar si una norma jurídica tiene o no jerarquía constitucional es simplemente leer el texto de la Carta Magna. Si la norma está allí, la respuesta es afirmativa; si no está allí, es negativa. ¿En qué lugar de la Constitución aparecen los derechos de las personas con discapacidad? Incluso, los textos de los demás tratados ya incorporados en 1994 tampoco figuran. Tan solo podemos localizar rápidamente sus denominaciones. Conclusión: hay textos extra-constitución que tienen jerarquía constitucional.

Finalmente, el criterio material que destaca la relevancia del contenido de las normas constitucionales tampoco es plenamente cumplido. De ser así, deberíamos comprender que la disposición constitucional que señala que es un requisito para ser senador disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o ingresos equivalentes (aun cuando esto ya no se exija en la práctica) es más importante y más vital para el país que el principio *in dubio pro operario* del artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744. Hay disposiciones legales cuya relevancia es equivalente o mayor que las de algunas normas constitucionales.

Finalmente, cabe mencionar otro supuesto. ¿Es posible que alguna norma tenga carácter constitucional sin estar reconocida explícitamente? En particular cabe pensar en el derecho a la vida con anterioridad a la incorporación del Pacto de San José de Costa Rica en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Si bien no estaba explícitamente reconocido en el texto constitucional, en el plano doctrinario se ha señalado que ningún otro derecho tendría sentido si la vida humana no estuviera amparada. Por tal motivo, ante tal obviedad, es innecesario explicitar la tutela vital pero ello no implica su desprotección.

Lo anterior implica que existen preceptos obvios más allá de su reconocimiento explícito. Se obvia aquí la disputa constante e irresoluble entre las posturas *iuspositivistas* y las *iusnaturalistas* que en este punto pueden aportar una amplia gama de argumentos sobre la validez del derecho positivo a la luz de valores morales. No obstante, el ejemplo sirve para ilustrar que hay algunas disposiciones que parecieran darse por supuestas. De lo dicho en los párrafos anteriores se puede inferir la existencia de normas que no cumplen los requisitos formales para ser declaradas como de jerarquía constitucional pero que sí tienen materia de grada constitucional.

¿Es la carencia de las formalidades un obstáculo para alcanzar la jerarquía constitucional en el sentido material? A partir de los ejemplos que se han mencionado anteriormente, se puede afirmar que no, pues existen otras normas que explícitamente tienen el máximo estatus y que no cumplen con las formalidades antedichas.

VI. El carácter constitucional del concepto de persona

El concepto jurídico de persona no se encuentra explicitado en la Constitución Nacional argentina. Tampoco ha sido sancionado por una Asamblea Constituyente. No obstante, sí posee una gran importancia al momento de pensar los derechos. Es por ello que tanto el concepto positivista o el naturalista, ambos postulan una base esencial para el ordenamiento jurídico puesto que: (1) dan lugar a una visión acerca de quiénes pueden ser titulares de un derecho y, por lo tanto, reclamar su efectivización o cumplimiento; (2) postula una forma de entender la existencia o inexistencia del vínculo entre ser humano y derechos y sus alcances; y (3) da lugar a un criterio interpretativo que se extiende o irradia hacia todo el Derecho.

Respecto de este último punto, interesa destacar que, aunque se encuentre reconocido en la legislación civil y comercial, el concepto jurídico de persona no se aplica solo a ella. El concepto positivista presente en el hoy derogado Código Civil prescribía que debía entenderse por persona a todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones sin distinguir si estos surgían del Código Civil, Código Penal, Código Comercial, de las leyes administrativas, laborales o procesales. El CCyC no da una definición específica pero sí da las características que posee una persona: dignidad, inviolabilidad y autonomía. Ellas no se aplican solo respecto de la legislación correspondiente al derecho privado de fondo sino a todo el ordenamiento jurídico (incluso a la misma Constitución).

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)

LELL, H. (2017) "El concepto jurídico de persona y su jerarquía constitucional", pp. 148-167
2^{do} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos sobre Derecho Constitucional - Categoría "Graduados"

¿Es importante el concepto de persona como fundamento de derechos de jerarquía constitucional? Como señala MORESO (2009: 122), la Constitución democrática no es ni condición necesaria ni suficiente ni del crecimiento económico ni del desarrollo humano pero tiene mucho que ver con este pues, "en el contexto de un sistema político respetuoso de los derechos individuales con instituciones democráticas sólidas, generadoras de confianza en los ciudadanos y con división de poderes y respeto del principio de legalidad, las posibilidades para el bienestar humano, concebido de un modo integral, se incrementan. Tal vez pueda decirse que la democracia constitucional es una condición contribuyente del desarrollo y florecimiento humano, esto es, una condición necesaria de una condición suficiente". De la misma manera, pensar y repensar la extensión del vínculo entre Constitución y persona es una forma de aportar al desarrollo de los individuos.

VII. Consideraciones finales

El concepto jurídico de persona, su vínculo con el ser humano y ciertas notas que le serían inherentes no suelen ser materia de estudios que relacionen la teoría general del Derecho, el Derecho privado y el Derecho constitucional. No obstante, ello resulta un ejercicio interesante para comprender de qué se habla cuando se menciona a la "persona".

Este trabajo tuvo como principal objetivo presentar argumentos por los cuales el concepto jurídico de persona que obraba en el hoy derogado Código Civil y el que figura en el actualmente vigente Código Civil y Comercial, si bien ha tenido/tiene (respectivamente) jerarquía formalmente legal, reviste, simultáneamente, carácter de jerarquía constitucional en un sentido material. Lo expuesto en los apartados anteriores conduce a pensar que, a pesar de aparecer en el Código Civil o en el Código Civil y Comercial, el concepto jurídico de persona reviste suma relevancia su sustancia recorre transversalmente todos y cada uno de los derechos, obligaciones, cargas y conceptos normativos que existen en un ordenamiento jurídico. Por este motivo, si bien no se cumplen los criterios para jerarquizar formalmente como constitucional al concepto jurídico de persona, no cabe duda que el argumento material se encuentra plenamente satisfecho.

Más arriba se ha expuesto que el incumplimiento de los requisitos formales no ha sido obstáculo para reconocer la jerarquía constitucional de algunas normas. A partir de lo dicho, se puede sostener que el concepto jurídico de persona posee jerarquía formalmente legal dado que la autoridad normativa es el Congreso Nacional, ha sido sancionado con un

procedimiento ordinario y sin mayorías calificadas y se encuentra en el texto de una ley. No obstante, su jerarquía material es de carácter constitucional puesto que es superior a la legal con claridad e inspira un criterio interpretativo que se extiende sobre la totalidad del Derecho. La sustancia de la cual trata es de suma relevancia puesto que a partir de él puede comprenderse cabalmente qué es la persona como sujeto de derechos y obligaciones y cuáles son las características que no pueden ser soslayadas.

Bibliografía

- BEUCHOT, M. (1998). *La retórica como pragmática y hermenéutica*. Rubí: Anthropos.
- (2008). *Filosofía y Derechos Humanos (Los derechos humanos)*. 6^o ed. México: Siglo XXI.
- BORDELOIS, I. (2005). *La palabra amenazada*. 2^o ed. Buenos Aires: Libros del Zorzal.
- BULYGIN, E. (1987). "Sobre el status ontológico de los derechos humanos". *Doxa* (4) 1987.
- COROMINAS, J. (1998). *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. Madrid: Gredos.
- FARALLI, C. (2013). *La filosofía del diritto contemporanea. I temi e le sfide*. Bari: Laterza.
- FERRATER MORA, J. (1994/2004). *Diccionario de Filosofía*. Tomo III (K-P). 1^o ed. Actualizada. 3^o reimp. Barcelona: Ariel.
- FERRERES COMELLA, V. (2002). "Una defensa de la rigidez constitucional". NAVARRO, P. y REDONDO, M. (comp.). *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa.
- HOHFELD, W. (1991). *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Fontamara.
- JEREZ, J. L. (2016). "¿Qué tipo de filosofía elige usted?" Ponencia expuesta en el marco del III Coloquio Internacional de Hermenéutica Analógica y el II Congreso Internacional de Hermenéutica Gadameriana. Buenos Aires, UNSTA. 18 al 20 de mayo de 2016.
- MENDONCA, D. y GUIBOURG, R. (2004). *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*. Madrid|Barcelona: Marcial Pons.
- MORESO, J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Barcelona: Marcial Pons.
- NINO, C. S. (1989). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2^o ed. Buenos Aires: Astrea.
- PECES-BARBA, G. (1995). *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Boletín

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)

LELL, H. (2017) "El concepto jurídico de persona y su jerarquía constitucional", pp. 148-167
2^{do} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos sobre Derecho Constitucional - Categoría "Graduados"

Oficial del Estado.

PÉREZ LUÑO, E. (2010). *Derechos humanos: Estado de Derecho y Constitución*. 10^o ed. Madrid: Técnos.

PRIETO SANCHÍS, L. (1997). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara.

RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. (1995). *La razón de los derechos*. Madrid: Técnos.

SCHIAVONE, A. (2012). *Ius. La invención del derecho en Occidente*. Germán Prósperi (trad.). 2^o ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

VIGO, R. L. (2008) "Un iusnaturalismo realista clásico". Botero Bernal, Andrés (coord.). *Filosofía del Derecho Argentina*. Bogotá: Temis, pp. 155-94.