Derecho Constitucional I

Roberto VICENTE

Unidad 1

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
BIBLIOTECA
SANTA FE

Manual de derecho constitucional

Reg. Nº 107.716
mfn: 66428
U. Cat 3424
S162m
Fecha: 21/06/07
Proc: Compra Coop

EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
CIUDAD DE BUENOS AIRES
2007

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONSTITUCIONALISMO

A) INTRODUCCIÓN. PRECONSTITUCIONALISMO

§ 1. *EL DERECHO CONSTITUCIONAL, PRODUCTO DEL CONSTITUCIONALISMO.* – El llamado constitucionalismo o movimiento constitucionalista es un proceso político-jurídico que, en su versión inicial, a partir del siglo XVIII, tuvo por objetivo establecer en cada Estado un documento legal –la constitución– con determinadas características.

a) *ASPECTOS FORMALES.* Es un documento legal que consta de un texto escrito, único y orgánico con supremacía jurídica sobre el resto de las normas.

b) *ASPECTOS DE CONTENIDO.* Estructura básicamente al Estado, dividiéndolo en –al menos– tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) y enuncia determinados derechos personales, conforme a una ideología política concreta (el individualismo liberal, también llamado *capitalismo*).

El movimiento constitucionalista procuró así *racionalizar el poder político*, creando la imagen de la *nomocracia*, o *gobierno de la ley* (todo acto del Estado, para ser válido y legítimo, debe derivar de una competencia prevista en una constitución).

§ 2. *SITUACIÓN PREVIA AL CONSTITUCIONALISMO.* – Es factible encontrar ciertas ideas previas al movimiento constitucionalista, luego usufructuadas por éste.

a) En la Grecia clásica, la distinción entre un poder legislativo *ordinario* (asamblea o *ecclesia*) y un poder legislativo *superior*, encarnado en ciertas normas de mayor jerarquía (p.ej., las leyes de Solón, de Dracón y de Clístenes).

b) El pensamiento iusnaturalista, especialmente cristiano, que frente a la tesis romanista de que todo el derecho proviene del monarca, quien se hallaba desligado de la ley, sostuvo en cambio la primacía de reglas supremas (divinas o derivadas de la naturaleza humana) por sobre el derecho del soberano.

c) El aporte del derecho germánico medieval, especialmente en la noción de "reinado de la ley".

d) La admisión, clara en la Alta Edad Media, de la supremacía de ciertas normas sobre el derecho legislado común. Por ejemplo, en España, los *fueros*, como los de León, de 1020; de Jaca, de 1064; de Nájera, de 1076, etcétera. En Francia, las *leyes fundamentales* (*leges imperii*).

B) Etapa primera: el constitucionalismo individualista y liberal

§ 3. *Concreciones.* – El constitucionalismo de la primera etapa (siglos XVII a XIX) está al servicio del tercer estado (llamado, también, estado llano o burguesía: comerciantes, industriales, profesionales, clase media alta) que, a partir del siglo XVII, triunfa sobre el primer estado (el rey y la aristocracia) y el segundo estado (el clero). Esa victoria se concreta en tres grandes revoluciones, que producen diversos documentos constitucionales de gran predicamento posterior.

a) *Revolución Inglesa.* Ocurrida en el siglo XVII, que produce el *Agreement of the People* (pacto popular), en 1647, y, especialmente, el *Instrument of Government* (1653).

En 1689 se dictó, en Inglaterra, el *Bill of Rights*, o Declaración de Derechos, que junto con la *Petition of Rights* de 1620, la *Magna Carta* de 1215, el *Act of Settlement* (Acta de Establecimiento de 1701) y otros documentos, forma la parte esencial de la actual Constitución inorgánica británica.

b) *Revolución estadounidense.* Tuvo lugar en 1776, y produjo primero varias constituciones estaduales o locales (como la de Virginia de 1776) y luego la federal de 1787.

c) *Revolución Francesa.* Iniciada en 1789, estableció primero la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (27 de agosto de 1789) y después la Constitución de 1791.

§ 4. *Bases ideológicas.* – Para afianzar su triunfo sobre la aristocracia, el rey y el clero, y para neutralizar los avances de otro importante grupo político en auge (el cuarto estado o proletariado: empleados, obreros y campesinos, clases medias bajas), el tercer estado o burguesía manejará una doctrina de autolegitimación filosófica, política, jurídica y económica (la ideología individualista y liberal), y propiciará la sanción de ciertas leyes supremas (las *constituciones*) destinadas a afianzar, de modo solemne y sólido, el nuevo estado de cosas.

Las bases ideológicas fundamentales son las siguientes:

a) Por su parte, Hobbes aporta la idea de *sociedad posesiva de mercado*. El hombre es básicamente malo: lobo para el hombre (*homo homini lupus*). Una sociedad civilizada es aquella que sustituye el apetito primitivo de destrucción de todo hombre hacia su semejante, por el de acumulación ilimitada de riquezas. La lucha subsiste, pero moderada y según las reglas de juego legales que fija el Estado. Todo tiene su precio y puede venderse; *justo es lo que los individuos pacten libremente*. Al Estado le toca velar por el cumplimiento de los contratos.

b) A su vez, Locke subraya la presencia de derechos naturales, previos al Estado. Éste existe, sustancialmente, para asegurar a cada uno su *propiedad* (vida, libertad y bienes de una persona).

c) La escuela fisiocrática francesa (Quesnay, Légendre) añadirá la presencia de un "orden natural" (tal vez de origen divino) en la economía, que la regula armoniosamente. Los valores existentes en el mercado se balancean espontáneamente. Bueno es, entonces, que el Estado no se entrometa en ese terreno: *laissez faire, laissez passer, que le monde va de lui même* ("dejad hacer, dejad pasar, que el mundo va por sí solo"). De aquí se deriva, obligadamente, la ley económica de la oferta y demanda.

d) Por otro lado, Sieyès aporta la idea de la *nación* como sujeto del *poder constituyente*. Todo país debe tener una constitución, dictada por la *nación*. La *nación* se integra, básicamente, por el tercer estado o burguesía, puesto que el rey y el clero son, al lado de ese tercer estado, una minoría ínfima.

El ejercicio del poder constituyente debe confiarse, según Sieyès, no a representantes ordinarios, sino a los extraordinarios, erigidos en *asamblea constituyente*.

e) Para culminar la ideología individualista-posesiva, se recurre a la teoría de la representación política: no es bueno que el pueblo gobierne por sí mismo (Montesquieu). Lo correcto es que sean los representantes de la *nación* quienes dirijan el Estado, sin sujeción a mandato alguno (doctrina del *mandato libre*).

f) A su vez, los ciudadanos son divididos en dos categorías: *activos* (quienes pueden votar) y *pasivos* (quienes carecen de derechos electorales). Los activos son aquellos que reúnen ciertas cualidades (dinero, sexo y cultura) para sufragar.

§ 5. ***Resultados.*** – El producto final de este proceso ideológico es el siguiente.

a) Cualquier Estado debe tener una constitución formal, de ser posible escrita y en un texto unificado, con *supremacía* sobre el resto del ordenamiento jurídico.

La constitución cumple, pues, el papel de *conservar* el sistema político y jurídico por ella establecido.

b) Se instaura constitucionalmente un orden económico individualista y liberal, declarándose a la propiedad como derecho *inviolable* (Cerdeña, 1848, art. 29; Argentina, 1853, art. 14; Costa Rica, 1888, art. 29); *pleno* (Brasil, 1891, art. 72) y hasta *sagrado* (Haití, 1889, art. 19; Uruguay, 1830, art. 144).

Se enuncian también una serie de derechos correlativos, como los de *circulación* de esa propiedad, mediante la libertad de adquisición y disposición de los bienes (ley fundamental de Austria, art. 6°) y la prohibición de establecer derechos feudales o de vasallaje (íd., art. 7°). La constitución, por lo común, reconoce derechos de asociarse, de comerciar y navegar (p.ej., Argentina, 1853, art. 14), de ejercer cualquier industria.

Ninguna constitución del período pone topes a la posibilidad de acumular riqueza. Se permite, pues, acrecentarla ilimitadamente en manos privadas.

Hay derecho a trabajar y a no trabajar (Bolivia, 1878, art. 16: ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley). Se puede trabajar sin necesidad de afiliarse a gremios (Colombia, 1886); y éstos, algunas veces, son prohibidos por la constitución (Francia, 1791). No se reconoce en ella el derecho de huelga, que con frecuencia es reputado ilícito por la legislación ordinaria.

c) El constitucionalismo de la primera etapa implanta, igualmente, un nuevo orden político.

1) Éste tiene, en primer término, directrices antiaristocráticas, que disuelven las prerrogativas del rey, de la nobleza y del clero. Así, la Const. de Chile de 1833 declara que "no hay clase privilegiada" (art. 12).

2) Después de descargarse contra el primer y segundo estado, este constitucionalismo anestesia al cuarto (proletariado). La Const. francesa de 1791 niega la condición de ciudadano activo al "doméstico", o sea, al "servidor asalariado" (art. 2°, secc. II), y distingue entre "ciudadanos activos" y "pasivos".

Al mismo tiempo, después de excluir a los empleados del voto, se exige una significativa cantidad de dinero para desempeñar algunas funciones públicas: para ser senador, juez de la Corte Suprema de Justicia o presidente de la República, la Const. argentina de 1853 demanda disfrutar una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente (arts. 47, 76 y 97, esto importaría hoy un ingreso mensual no menor a los tres mil dólares).

La representación política, sustentada en la tesis del mandato *libre* o *representativo* (que en rigor de verdad, no es mandato alguno), condena como nula toda instrucción o mandato imperativo que se dé por el representado hacia el representante (p.ej., Francia, de 1958, art. 27).

En materia de igualdad, queda claro que la igualdad constitucional no borra las desigualdades reales (el Estatuto de Carlos Alberto de Cerdeña, 1848, p.ej., puntualizaba que "todos los habitantes del Reino, *sea cual fuere su condición y dignidad*, son iguales ante la ley", art. 24). Sustancialmente, la única desigualdad

condenada era la que provenía de la esclavitud, que es corrientemente eliminada (Honduras de 1894, art. 53; Bulgaria de 1879, art. 61; etcétera).

Por supuesto, los nuevos derechos beneficiaban al tercer estado, que, además de declararlos (puesto que las asambleas constituyentes estaban habitualmente formadas por representantes de su seno), se encontraba en condiciones culturales y económicas para ejercerlos. El cuarto estado (o asalariado) podía practicar algunos de ellos, pero no todos; difícilmente, por ejemplo, era posible un efectivo goce del derecho a aprender, de publicar las ideas, de viajar, de ser propietario o de mantener su privacidad, entre quienes, por su condición de analfabetos, de obreros con jornadas laborales de doce o más horas, con sueldos misérrimos, o de habitantes de tugurios e inquilinatos hacinados, carecían del tiempo, del dinero o de la cultura suficientes para acceder a ellos.

C) Etapa segunda: constitucionalismo del Estado social de derecho

§ 6. *Introducción. Crisis del constitucionalismo individualista-liberal.* – Paradójicamente, los tres ideales supremos del constitucionalismo liberal-individualista, enunciados al producirse la Revolución Francesa (*libertad, igualdad, fraternidad*), quedaron desvirtuados por aplicación del propio sistema jurídico-político que los proclamaba.

a) *Crisis de libertad.* Acontecimientos tecnológicos, como la Revolución Industrial, y económicos, como el libérrimo juego de la oferta y la demanda, así como la capacidad de acumular ilimitadamente las riquezas, produjeron fenómenos de enorme concentración económica que, en definitiva, extinguieron la libre concurrencia en el mercado. La presencia de *trusts*, carteles, monopolios y oligopolios estranguló, de hecho, las bases del sistema económico liberal.

b) *Crisis de igualdad.* La igualdad formal que declaraban las constituciones contrastó con enormes diferencias sociales entre la alta burguesía y el proletariado.

c) *Crisis de justicia.* El eslogan de la "fraternidad" fue tal vez el menos cumplido: el sistema constitucional individualista fue cualquier cosa, menos solidario. A fines del siglo XIX, una encíclica papal, la *Rerum Novarum*, advertía que la mayoría de los obreros "se debate indecorosamente en una situación miserable y calamitosa".

En resumen, emerge con toda fuerza un problema gravísimo e insoportable: la *cuestión social*, lo cual provocó cambios sustanciales en la estructura vigente. Diferentes doctrinas políticas (el *socialismo*, con sus múltiples versiones, el *sindicalismo*, el *solidarismo*, el *social cristianismo*, el *marxismo*, los *anarquismos*, el *corporativismo*, etc.), reclamaban un nuevo orden no individualista. Hasta el propio liberalismo termina por aceptar la necesidad de una reformulación sistemática: el *neoliberalismo*. Elabora, de tal modo, la noción de "economía social de mercado".

§ 7. *Concreciones.* – Tiene varias especificaciones, tal como lo veremos a continuación.

a) *El constitucionalismo neoliberal-social.* Despuntó con la revolución de febrero de 1848 en Francia, y dictó la Constitución del mismo año. Posteriormente se concreta en las revoluciones mejicana de 1910 (que sanciona la Const. de Querétaro de 1917) y alemana de 1918 (con la posterior Const. de Weimar de 1919), consideradas como modelos paradigmáticos del nuevo "constitucionalismo social".

Este constitucionalismo neoliberal-social es policlasista, habitualmente pluripartidocrático y, en cuanto a la cuota de poder conferida al Estado, moderado.

b) *El constitucionalismo marxista.* Se inició con la revolución comunista rusa de octubre de 1917, y la posterior Constitución de la República Socialista Federativa de los *Soviets* de Rusia (1918). Postuló inicialmente un Estado uniclasista, unipartidocrático y autoritario, erigido como "dictadura del proletariado".

En concreto, postula una nueva idea: la de "legalidad socialista", como expresión jurídica de la democracia marxista. Tal legalidad impone tres consecuencias: *1*) cumplimiento de las leyes que expresan la voluntad de los trabajadores; *2*) aplicación de esta exigencia a todos los funcionarios, y *3*) riguroso control de su cumplimiento.

c) *El constitucionalismo corporativo.* Especialmente encarnado en los gobiernos de Mussolini en Italia (1922), Oliveira Salazar en Portugal (1932) y Franco en España (1939), del que emergen documentos constitucionales *inorgánicos* o dispersos (Italia: leyes del 24 de diciembre de 1925 y 17 de mayo de 1928; *Carta del Lavoro* de 1927, etc.), u *orgánicos* (Portugal, Constitución de 1933). Auspicia un Estado pluriclasista, generalmente unipartidocrático y autoritario.

§ 8. ***Bases ideológicas.*** – Enumeraremos, resumidamente, las bases siguientes.

a) *Concepto positivo de libertad.* Aquí se trata de ver a la libertad como una *facultad* o *potencia*: alguien es libre en la medida en que *realmente* pueda optar entre hacer o no hacer algo.

b) *Concepto sustancial de la igualdad.* El constitucionalismo social, reclama asimismo una relativa igualdad de hecho entre los seres humanos (en particular, igualdad de oportunidades).

c) *Participación política.* A la tesis de la "democracia representativa", según la cual el pueblo no gobierna por sí, sino que elige a los representantes, el constitucionalismo social añade la idea de *democracia participativa*: un régimen donde la comunidad interviene también en la adopción de ciertas decisiones políticas y económicas.

d) *Dignificación ética y política del trabajo y de los trabajadores.* El constitucionalismo social, en lugar de devaluar a los asalariados, procura valorizarlos. Por eso se declara al trabajo derecho-deber, o función social, y se afirma el principio del sufragio universal.

Algunos Estados sociales se proclaman basados en el trabajo, o se titulan Estados de trabajadores. Es usual también darles a éstos, y a los empresarios, papeles legisferantes (en el Parlamento, o en la elaboración de los convenios colectivos de trabajo, que tienen fuerza de ley).

e) *Función social de la propiedad.* Concepto que involucra los siguientes elementos: la propiedad –en particular la que no cumple usos o fines exclusivamente personales– no tiene que ser manejada caprichosamente por su titular, sino que debe atender

necesidades sociales; dicha propiedad no puede, correlativamente, ser empleada con fines antisociales.

f) *La dignidad de vida como meta gubernativa.* El Estado social promete brindar a todos un nivel decoroso de vida. Intenta, pues, resolver ciertas necesidades mínimas, como salud, vivienda y educación. Del "Estado-gendarme" individualista se pasa así al "Estado de bienestar" (*well-fare state*).

g) *La solidaridad como deber jurídico.* Al respecto, se entiende que el goce y satisfacción de una serie de apetitos y necesidades personales deben posponerse a la previa solución de una serie de carencias grupales elementales que ya hemos citado: vivienda, salud y educación.

h) *Justicia social.* La justicia social opera como una justicia protectora de los carecientes y débiles. De hecho, es una justicia en buena medida *niveladora*; de ningún modo ciega a las desigualdades irritantes o ilegítimas.

i) *Intervencionismo estatal.* Naturalmente, para cumplimentar todos los roles que le asigna el constitucionalismo social, el Estado debe asumir un rol protagónico en la vida económica y social: legisla más, regula más, interviene como empresario, etcétera.

§ 9. ***Enunciados normativos.*** – Detallamos los distintos postulados del Estado Social.

a) Tiene por meta, igual que el constitucionalismo de la primera etapa, *establecer un orden económico distinto.* Es usual, a esos fines, que los Estados se definan como *sociales* (así, Francia, 1958, art. 2°; Perú, 1979, art. 79); o que reconozcan a la *justicia social* (España, Fuero del Trabajo, Preámbulo; Polonia, Const. de 1952, art. 5°, inc. 5°; la Argentina, Const. de 1949, Preámbulo, etcétera).

Para lograr esos fines, resulta frecuente que el Estado social asuma la promoción de las clases trabajadoras. El célebre art. 3° de la Const. italiana de 1947 indica, por ejemplo, que "incumbe a la República remover los obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la libertad personal y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la

efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

En ese marco, el trabajo es dignificado: Italia, Const. de 1947, art. 1°, se define como "una república democrática fundada en el trabajo", mientras que China, en la Const. de 1954, lo reputa como "actividad honrosa para todos los ciudadanos". Habitualmente se conceptúa al trabajo, además, como un *deber* y *función social* (Const. de Weimar, art. 163; de España de 1931, art. 46; Japón, art. 27).

Consecuentemente, hay una protección constitucional del trabajo y del trabajador, incluyendo remuneraciones justas, igual salario por igual tarea, sueldos mínimos, asignaciones familiares, jornadas limitadas, descansos y vacaciones, seguridad e higiene en el lugar de trabajo, previsión social, etc. (la Argentina, art. 14 bis; el Perú, art. 42 y ss.), con más el derecho a sindicalizarse, a la tutela de los representantes gremiales (p.ej., Guatemala, art. 101 y ss.); el derecho a la huelga (Italia, 1947, art. 40).

Paralelamente, la *función social de la propiedad* es un principio divulgado (p.ej., Const. de Weimar, art. 153; Irlanda de 1937, art. 45; Italia de 1947, art. 42; Portugal de 1933).

La dignidad de la vida, como objetivo del Estado (que debe asegurar lo necesario para una subsistencia y demás necesidades básicas), es una meta común que aparece en constituciones del más variado signo ideológico: Irlanda, art. 45, inc. 2°; Italia, art. 29 y ss., con relación a la familia, maternidad, infancia y juventud; a la seguridad social, salud, vivienda, ambiente y calidad de vida: art. 63 y siguientes.

La intervención estatal en la vida económica se refleja en el tratamiento constitucional de las relaciones económicas (donde se regula la actividad empresarial pública y privada, los fines estatales en la economía y las normas protectoras de los trabajadores).

Por último, el listado de *deberes* personales en el ámbito económico y social incluye, por ejemplo, la obligación de contribuir al afianzamiento de la solidaridad y del humanitarismo entre los hombres (Yugoslavia, Const. de 1974, Preámbulo, IX; Grecia, art. 25).

b) También postula el constitucionalismo social *un nuevo orden político*, con *dos variables principales*: o el cuarto estado (proletariado) se suma al tercer estado (burguesía) en una coexistencia programada, pluriclasista (sistemas neoliberal-social y corporativo); o el cuarto estado procura extinguir al tercer estado y formar una sociedad política uniclasista (constitucionalismo marxista).

§ 10. ***Resultados y replanteo crítico del constitucionalismo neoliberal-social.*** – Interesa averiguar el grado de concreción del constitucionalismo social en la realidad contemporánea. En el constitucionalismo neoliberal-social, la situación es bien distinta, según se trate de naciones desarrolladas o subdesarrolladas.

Con relación a las primeras (países del "primer mundo"), el constitucionalismo social puede exhibir logros muy positivos, tanto en lo económico como en lo político. La cuestión social que motivó su aparición puede reputarse resuelta en buena medida. Es verdad que no todos los sectores sociales han alcanzado un estándar de vida aceptable, como que el principio de igualdad de oportunidades resulta todavía una meta teórica, ya que las desigualdades de hecho subsisten, y en ciertos casos son enormes. La participación ciudadana en la vida pública es también relativa, y de vez en cuando se ve entorpecida por un subproducto del sistema político, la *partidocracia*.

En las naciones subdesarrolladas, esto es, en los países con bajos ingresos *per cápita* (países del tercer mundo), el constitucionalismo neoliberal-social resulta vulnerable.

La objeción principal que se formula es la *ficción constitucional* que significa la proclamación pomposa, en la ley suprema, de un inagotable listado de fines, principios, postulados, derechos personales y sociales, mientras una cruda realidad muestra situaciones de desigualdades irritantes, como explotación, analfabetismo, desnutrición, pobreza, desatención médica y déficit habitacional, salarios indignos y jubilaciones ínfimas.

Ese desajuste entre la norma constitucional y la realidad constitucional, más acentuado en las áreas económicosociales, genera en varios países del tercer mundo un constitucionalismo neoliberal-social "de derecho", *utópico* algunas veces (porque promete lo inalcanzable, con conciencia o no de su irrealidad), *gatopardista* en otras (ya que las promesas constitucionales simulan un cambio que en definitiva sólo se opera en las palabras) y ocasionalmente

farisaico (en los casos donde la constitución, impecable catálogo de ilusiones, sólo tiene por objeto ser exhibida hipócritamente en la vitrina del derecho público comparado: caso de la constitución *for export*, es decir, inapta para el consumo local).

El momento actual exhibe, pues, el pase "del Estado de bienestar al Estado de malestar" (García Cotarelo), o el nacimiento de un Estado *post social* (Porra Nadales), aunque para otros la crisis del Estado social de derecho no es terminal, sino transitoria y generadora de un Estado social corregido y mejorado (Pedro Planas), apto para purgarse de sus vicios y exageraciones.

§ 11. *Constitucionalismo marxista.* – Las objeciones al constitucionalismo marxista han sido de dos órdenes.

a) En primer término, y en cuanto la vigencia de los derechos personales, se objeta también su fariseísmo, en particular ante la presencia de un "poder pesado", de corte totalitario, y de "reglas no escritas", paralelas o superiores a la constitución formal, que de hecho instrumentan prácticas oficiales de coerción y sanción a disidentes y contestatarios del sistema, a cargo del aparato represivo del Estado.

En lo económico, aun desde la misma filosofía marxista, se ha reprochado al constitucionalismo oficial imponer una suerte de "capitalismo de Estado".

b) Por último, también desde sectores marxistas se ha apuntado la aparición de una nueva clase, una "dictadura del partido", y no "del proletariado", nueva clase formada a la luz de las disposiciones constitucionales que, como el art. 6° de la Const. de la Unión Soviética de 1977, atribuían al Partido Comunista la condición de "fuerza dirigente y orientadora de la sociedad", "núcleo de su sistema político", definidor "de la orientación general del desarrollo de la sociedad".

A lo expuesto se suma el vaciamiento ideológico actual del marxismo, especialmente a partir del proceso de *perestroika* iniciado en la Unión Soviética en 1985, transformación que ha repercutido profundamente en las constituciones otrora marxistas de Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Bulgaria, Rumania, e incluso dentro de la misma Unión Soviética, hoy fragmentada en diversos Estados.

Nos encontramos, pues, ante un constitucionalismo marxista casi extinguido, abroquelado sólo en poquísimos países (p.ej.; China, Vietnam, Cuba, Corea del Norte).

§ 12. *Constitucionalismo corporativo.* – La crisis de este subtipo de constitucionalismo social ha sido intensa, ya que prácticamente ningún Estado conserva sus bases esenciales, aunque sí existan representaciones con ingredientes profesionales en algunos países de conformación neoliberal-social (así, p.ej., el Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador, según el art. 140 de su Constitución; o el Senado irlandés, a tenor del art. 18 de su Const. de 1937).

De todos modos, la estrecha vinculación del constitucionalismo orgánico o corporativista a fórmulas y experiencias autoritarias y unipartidistas (no disimuladas, por lo demás, en esta variable) lo ha deslegitimado en buena medida, aunque, desde luego, es posible programar una democracia orgánica con auténticos derechos personales. Esta alternativa, sin embargo, exigiría una demostración acabada de su real viabilidad y de la presencia de un fuerte consenso que la avale.

§ 13. *Constitucionalismo actual. Perspectivas. Neoconstitucionalismos.* – Al declinar el siglo XX, el constitucionalismo contemporáneo registra estas notas peculiares:

a) La casi extinción del constitucionalismo corporativo y el repliegue del constitucionalismo marxista, después de los procesos de *perestroika* y *glasmost*, que han provocado la occidentalización de la mayor parte de los otrora Estados comunistas.

b) Un constitucionalismo social más discreto y menos intervencionista en el enunciado de metas y programas de acción.

c) El aumento del número de constituciones formales, a raíz de la multiplicación de los Estados independientes.

d) El auge del derecho transnacional, presente en las nuevas constituciones con distintas variaciones; pero, en general, con un reconocimiento, en las constituciones nacionales, de las normas del derecho internacional (Const. alemana federal de 1949, art. 24; Italia, de 1947).

e) La acentuación del principio de *desconcentración* (división de funciones y multiplicación de estructuras), con la aparición de numerosos órganos *extrapoder*, situados fuera de la esfera de los tres poderes clásicos (Ministerio Público, consejo de la magistratura, jurado o tribunal superior de elecciones, etcétera).

f) La generalización del *ombudsman*.

g) El enunciado de nuevos derechos personales, como la "objeción de conciencia" para prestar el servicio militar (Alemania Federal, art. 12), el "derecho de antena" (Portugal, art. 40); el derecho a la propia imagen (España, art. 18); el derecho a la protección del medio ambiente (Grecia, art. 24-1; Malta, art. 9°), y de protección de los consumidores (España, art. 51), etcétera. Son los llamados "derechos de tercera" (o "cuarta generación").

h) La aparición de constitucionalismos sui géneris, autodenominados *sociales*.

En tal sentido, cabe mencionar el constitucionalismo teocrático de la República Islámica del Irán, que enuncia una serie de derechos sociales (art. 29 y ss.), adopta como religión del Estado al Islam, "hasta el fin de los días", y sostiene el principio de la intransigencia ética (art. 8°). Sólo es permitido el ejercicio de ciertos cultos (art. 13), y las leyes deben respetar, junto con la Constitución, las reglas del Corán (art. 98), para lo cual existe un órgano de control de constitucionalidad llamado "consejo de los custodios".

i) Algunos autores hablan incluso de *neocontitucionalismo*, al que se adcribirán Dworkin, Ferrajoli, Zagrebelsky, entre otros, ya como teoría jurídica, ideológica o método, surgido a partir de la segunda posguerra. Aun cuando no se encuentra esta concepción perfectamente delineada (más bien, es heterogénea), pueden señalarse como rasgos principales, por ejemplo, una concepción "invasora" u "omnipresente" de la Constitución, en el sentido que ella debe iluminar todo análisis jurídico en cualquier rama del derecho; la visualización de la misma como un conjunto de normas, pero sobre todo, de principios, y que debe procurar, más que la limitación del poder estatal, la tutela de derechos fundamentales de la persona. Se atribuye a esta posición propiciar la "ponderación" de derechos y bienes, para definir respuestas constitucionales; y

propiciar una "interpretación moral" de la Constitución (Comanducci). Para Prieto Sanchis, en un enfoque crítico, el neoconstitucionalismo deriva hacia la "omnipotencia judicial", con un sensible arrinconamiento del Poder Legislativo, dado que la indeterminación de los vocablos empleados en los documentos constitucionales, más la exaltación de los principios sobre las normas, conduce a que sean los jueces quienes delimiten en definitiva la esencia de la constitución y vigilen a los otros Poderes del Estado.

CARLOS MARÍA BIDEGAIN

CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

I

HISTORIA Y TEORIA DE LA CONSTITUCION

Nueva versión revisada y actualizada
con la reforma de 1994 por
EUGENIO LUIS PALAZZO

con la colaboración de
ROBERTO ANTONIO PUNTE y GUILLERMO CARLOS SCHINELLI

ABELEDO-PERROT

LISTA DE ABREVIATURAS

CA	*Encíclica Centessimus Annus,* Juan Pablo II, 1991
Const. Nac.	Constitución de la Nación Argentina
dec.	Decreto
E.D.	Revista *El Derecho*
F.	*Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*
G.S.	*Constitución Gaudium et Spes,* Vaticano II, 1965
J.A.	Revista *Jurisprudencia Argentina*
L.L.	Revista *La Ley*
P.T.	*Encíclica Pacem in Terris,* Juan XXIII, 1963

PAULA MONTEFIORI
ABOGADA
Mat C A E R N° 5573 F°152 T1
Mat C S J N T 80 F°925

CAPÍTULO I

DERECHO CONSTITUCIONAL, CONSTITUCION E INSTITUCIONES POLITICAS

1. Interesa precisar inicialmente qué es el derecho constitucional, objeto de este curso.

La denominación puede servirnos como punto de partida. Consta de dos términos: un sustantivo (derecho) y un adjetivo (constitucional). Se conjugan, pues, un elemento sustancial (el derecho) y otro que lo califica y delimita (lo constitucional). Tal como ocurre con el estudio de las otras llamadas "ramas del derecho" (civil, penal, comercial, internacional), no debe perderse de vista que éste es un objeto único, cualesquiera sean sus modalidades, por lo que son aplicables a nuestro objeto las observaciones y conclusiones de la teoría general del derecho. Lo constitucional es adjetivo. Exige, en ocasiones, la aplicación de técnicas diversas a las utilizadas en otros campos o las emplea con diferente intensidad; tiñe algunas zonas con colores particulares; integra, en definitiva, el complejo cuadro total haciendo fundamentales aportes a la teoría general. Queremos con esto advertir que nuestra tarea es semejante a la de quienes se ocupan de esas otras "ramas del derecho", a saber: analizar algunos contenidos jurídicos particularizados, pero recordando en todo instante que éstos forman parte de un conjunto coherente y armonioso en el que conviven, sin separaciones rígidas e impenetrables sino con interacciones recíprocas, todos los elementos jurídicos.

2. Aquel elemento adjetivo (lo constitucional) deriva a su vez de un sustantivo, *la constitución* y como tal cumple la función de hacer referencia a ella. Derecho constitucional equivale, entonces, a *derecho referente a la constitución* o, más simplemente a *derecho de la constitución*. Pero ¿qué es la constitución? A esta altura de nuestro examen se agota la función indicativa de la denominación. Sabemos que los datos jurídicos que vamos a manejar giran alrededor de algo que llamamos "la constitución". Las características, extensión y límites de nuestro estudio dependen del particular objeto que nos proponemos investigar, del concepto de *constitución*. Pero apenas nos ponemos en la tarea de averiguar qué es la constitución, advertimos su complejidad, porque no hay un solo concepto de constitución sino múltiples con igual nombre. También comprobamos que, según que adoptemos uno u otro, han de variar considerablemente el contenido de la materia, los elementos que debemos elaborar y las técnicas aplicables a su estudio.

I. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

3. Si se recorren las obras de los más prestigiosos teóricos del derecho constitucional, se obtiene una sorprendente cantidad de definiciones. Carl Schmitt nos explica los conceptos absoluto (que admite tres significados diferentes), relativo, positivo, e ideal. Carl Friedrich examina cinco conceptos. En el *Tratado* de Segundo V. Linares Quintana ocupa noventa páginas el capítulo en el que expone las opiniones de los más prestigiosos expertos. ¿Qué es la constitución? Las respuestas son tantas y diversas que el interesado quedará al final perplejo y deberá hacer un gran esfuerzo para ordenar el material y aclarar su propio pensamiento.

4. Empecemos por distinguir el significado lingüístico corriente y el especial o jurídico.

En el lenguaje corriente empleamos la palabra constitución para significar la "esencia y calidades de una cosa que la constituyen y la diferencian de las demás" (*Diccionario...* de la Real Academia). Así decimos de una persona, animal o cosa, que tiene buena o mala constitución. Etimológicamente deriva de *statuere, statutum:* reglar, establecer, ordenar.

El derecho, como otras ciencias y técnicas, tiene su propia terminología, construye su lenguaje especial el que consta en gran medida de palabras usuales o corrientes a las que atribuye una significación propia. En el caso que nos interesa, la palabra constitución ha sido tomada por el lenguaje jurídico con bastante aproximación al usual, pues si éste la emplea para significar el ordenamiento de las distintas partes de un conjunto, no debe sorprender que se recurra a esa palabra para hablar del ordenamiento jurídico fundamental de las sociedades políticas. Pero el sentido preciso con que la palabra es empleada por la ciencia jurídica varía considerablemente. Con el propósito de facilitar la clasificación de las múltiples definiciones, podemos distinguir dos posiciones principales: unos adoptan *conceptos amplios, empíricos*; otros nos dan *conceptos restringidos, ideales.*

5. Los conceptos amplios o empíricos se asientan en la idea de que cada comunidad política tiene una ordenación natural. No es en absoluto necesario que esté delineada en una ley escrita y cuando existe una ley escrita que intenta esa ordenación es improbable que la realice íntegramente. La constitución consiste en la *ordenación fundamental del Estado*, siendo indiferentes los instrumentos, hechos o actos que la establezcan (normas escritas, costumbres, tradiciones, meros actos de mando y obediencia, etc.) y el sentido político que la inspira (liberalismo, comunismo, fascismo, etc.). El concepto es amplio, porque todo Estado tiene necesariamente alguna ordenación y no puede dejar de tenerla. En consecuencia, todo Estado tiene una constitución, aunque no se haya dado una ley escrita con ese nombre. Estos conceptos destacan el papel ordenador de la realidad y

desdeñan o relativizan el papel de las normas de factura racional.

6. Los conceptos restringidos o ideales se fundan en la creencia de que la razón está capacitada para trazar *a priori* un plan de ordenación de la comunidad. El instrumento ordenador por excelencia es la *ley escrita* sancionada por el legislador. La constitución es, pues, ante todo, una *ley escrita de determinada forma y contenido*. Es un instrumento para la realización de una ideología política (liberal, socialista, fascista, etc.) Este concepto se identifica históricamente con la ideología liberal, que la reivindica para su uso exclusivo. Es un concepto restringido, pues sólo tendrían constitución en este sentido los Estados adheridos a esa ideología. Habría, por otro lado, Estados sin constitución (los que no se han dado una ley escrita con las formas y los contenidos prescriptos por la ideología) y Estados con falsas constituciones (los que se han dado una ley escrita con ese nombre, pero que no contiene los elementos ideológicos adecuados al modelo adoptado). Así, para el concepto ideal de constitución liberal, son falsas constituciones las que se han dado los estados comunistas y fascistas. Bien claramente está explicado este concepto en el artículo 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789: "Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de constitución".

La tendencia a redactar en formas concisas una carta de los derechos fundamentales del hombre y de fijar en términos jurídicos, en un documento llamado constitución, los procedimientos para designar a los poderes públicos, sus recíprocas relaciones, las esferas de sus competencias y los modos y métodos de actuación, ha sido estimada por Juan XXIII como señal indudable de que los seres humanos van adquiriendo una conciencia más viva de su propia dignidad (PT, 51, 52).

A. Conceptos amplios o empíricos

7. Pueden enunciarse diversos conceptos amplios o empíricos con las características descriptas anteriormente pero que,

aunque semejantes en su producto final, llegan a él por vía de diferentes elaboraciones doctrinarias, coherentes con muy distintas teorías generales del derecho.

Mencionaremos solamente algunos de esos conceptos, para ilustrar suficientemente el punto. Son ellos los que denominaremos 1) antiguo, 2) historicista, 3) normativo, 4) existencial o decisionista, 5) sociológico-jurídico.

1) Concepto antiguo

8. En la antigüedad los filósofos griegos utilizaron la palabra *politeia*, con un sentido equivalente al moderno término constitución en el lenguaje corriente, para referirse a la ordenación de los estados-ciudades de esa época. Se atribuye a Aristóteles el estudio de la historia constitucional de 158 ciudades griegas, del que se conserva únicamente el llamado *La Constitución de Atenas*. En él no se hace referencia a ley alguna a la que los atenienses llamaran "nuestra constitución". Aristóteles muestra la ordenación de Atenas tal como surgía de todas sus leyes e instituciones. La "constitución" de Atenas era la manera de ser política de ese pueblo, para lo que había que computar todos los elementos que influían en el peculiar modo de comportarse de sus magistrados y ciudadanos. No existía una ley llamada "constitución", ni ley escrita alguna que bajo otro nombre tuviera una posición jerárquica suprema frente a las demás leyes.

9. En su forma latina, la palabra constitución tuvo otros usos jurídicos. En el Imperio Romano fue la expresión técnica empleada para designar a los actos legislativos del emperador, distinguiéndolos de la costumbre antigua. La Iglesia la tomó del derecho romano para denominar a las reglamentaciones eclesiásticas, de toda la Iglesia o de alguna provincia eclesiástica. Durante varios siglos se la utilizó con el sentido que le dieron los jurisconsultos romanos, como sinónimo de *lex* o *edictum*, para distinguir una disposición gubernativa particular de la cos-

junto, establecen un ordenamiento coactivo y eficaz del estado. Esta es la *constitución real* (que algunos denominan *natural* o *social*), reflejo de un modo de ser espontáneo de la comunidad política; por contraste, la *constitución jurídico-política*, esa ley denominada "constitución", sólo puede tener vigencia en cuanto no se oponga a la constitución real y en esa medida, en cuanto logra vigencia, forma parte de la constitución real.

Según estos puntos de vista, la constitución no consiste en normas sino en un modo de ser. Las normas deben adaptarse a él y no viceversa. A diferencia de los conceptos historicistas, que buscan en el pasado la constitución, estos conceptos sociológicos modernos toman sus datos de las actuales situaciones y estructuras sociales, entre las cuales se atribuye importancia especial a las económicas.

Herman Heller (*Teoría del Estado*) es uno de los autores que con mayor rigidez científica ha elaborado un concepto sociológico-jurídico de constitución. La constitución real comprende, según Heller, la *normalidad* y la *normatividad*. Señala que si se observa la conducta de un hombre o grupo de hombres durante un cierto tiempo, se puede obtener una regla de previsión que nos dice que, sin excluir totalmente excepciones, puede confiarse que, dadas las mismas circunstancias, en el futuro se repetirá la misma conducta. La normatividad consiste en una idea de *ejemplaridad* u obligatoriedad de un obrar concorde con determinados criterios positivos de valor, que puede ser *legal* o *extralegal;* la primera, consagrada en normas escritas derivadas de una fuente formal (ley, tratado, etc.); la segunda, expresada espontáneamente (costumbre, moral, religión, urbanidad). Lo fáctico, lo normal, tiene una fuerza normatizadora, es decir tiende a convertirse en normativo, lo que ocurre cuando se torna *ejemplar*, presentándoselo como modelo digno de imitación, por hallarse investido de una pauta positiva de valor. La ley, la costumbre, la religión, la urbanidad, adoptan esa normalidad como ejemplar y la convierten en normativa. Por su parte, la normatividad tiene una fuerza normalizadora. Lo que la norma presenta como conducta ejemplar y digna de ser imitada, suele crear una normalidad de conducta, conforme a la norma.

La *constitución real* conjuga la *constitución normada* (normatividad) y la *constitución no normada* (normalidad), pero mientras puede consistir sólo en normalidad nunca puede consistir únicamente en normatividad. Si ocurre una oposición entre lo normal y lo normado, o lo normal se convierte en normatividad – desplazando a la normatividad anterior – o ésta consigue crear una nueva normalidad de conducta conforme a la norma.

B. Concepto restringido o ideal: la constitución racional-normativa del Estado liberal

1) Elementos formales y materiales

21. A diferencia de los conceptos amplios o empíricos, los conceptos restringidos o ideales de constitución se niegan a dar este nombre a cualquier forma de ordenación fundamental del Estado.

Según este concepto restringido, la constitución es *una ley escrita de determinada forma y contenido.*

Es exclusivamente normatividad y no cualquier clase de normatividad, sino una especie de ésta: la *normatividad superlegal.* A semejanza de la normatividad legal, ordinaria, se funda en la capacidad reflexiva de los hombres, es sancionada según ciertos procedimientos, pero tiene una jerarquía superior a aquélla. Quedan así excluidas la normalidad extralegal (costumbre, tradición, moral, etc.) y, por supuesto, la mera normalidad. Como se ve, corresponde a una concepción ideológica de la realidad, que niega validez a todo lo distinto.

22. Limitaremos nuestro interés al concepto de constitución racional-normativa que corresponde a la ideología del Estado liberal.

Una constitución, conforme a ella, consta de elementos *formales y materiales,* a saber:

Elementos formales:

1) es *una ley;*
2) generalmente *escrita;*
3) *sancionada por el titular del poder constituyente* o por un órgano que lo ejerce en su nombre y con su asentimiento;
4) *reformable por procedimientos que dificultan su reforma.*

Elementos materiales:

5) contiene *normas de organización* del estado
6) de *jerarquía suprema*

7) que necesariamente deben

a) *reconocer los derechos fundamentales de las personas y garantizar su ejercicio;*

b) *repartir el poder* entre órganos distintos y

c) en su conjunto configurar un *gobierno democrático.*

23. Sólo una constitución con estos atributos sería una "verdadera constitución", según este concepto. Por supuesto que los elementos materiales que hemos descripto son los que corresponden a los ideales del Estado de derecho liberal, que es el momento ideológico que dio a la palabra "constitución" su acepción moderna. Bajo su influencia éste cobró tal prestigio, que los movimientos antiliberables (comunismo, fascismo, nazismo) no la han desdeñado, utilizando la parte formal del concepto o por lo menos algunos de sus elementos, y sustituyendo los elementos materiales para incluir su propia ideología como contenido (la dictadura del proletariado y la socialización de los medios de producción, para el comunismo; la grandeza del estado o el predominio de la raza, para el fascismo o el nacional-socialismo). Este concepto es un arma eficaz tanto para la acción revolucionaria cuanto para la conservadora; para la primera, porque permite sustituir al viejo orden o iniciar su reemplazo por un método rápido de imposición de la nueva ideología dominante; para la segunda, porque la "defensa de la constitución" concita adhesiones espontáneas y ampara al sistema vigente contra novedades audaces, por la rigidez del procedimiento de reforma.

2) Origen

24. La formación de este concepto –que podemos denominar "moderno" por oposición al "antiguo" que antes hemos examinado– se produjo a lo largo de un proceso histórico e ideológico que abarcó, aproximadamente, siete siglos.

Ya hemos señalado que ni en Grecia ni en Roma existió una ley escrita llamada "constitución" ni ley alguna que, con

otro nombre, tuviera una jerarquía suprema respecto a las demás leyes. Pero tanto en la filosofía griega como en la romana se encuentra la simiente de un pensamiento que va a influir en el desarrollo del concepto moderno de constitución: la existencia de un *derecho natural,* con el que se compara el derecho positivo, hecho por los hombres. En los filósofos griegos no se fue más allá de un cotejo entre la ley natural y la ley positiva para arribar a un juicio ético sobre si esta última era buena o mala, pero no para determinar si era jurídicamente obligatoria o no. Un avance en este sentido se produjo en Roma, donde la doctrina estoica del derecho natural fue continuada por Séneca, Cicerón y los jurisconsultos (Ulpiano, Gaio, Paulo, etc.). Cicerón no sólo insistió en que el derecho natural era anterior al Estado y al derecho positivo, sino que afirmó algo más: que el Estado no podía aprobar ley alguna que obligara contra lo prescripto por el derecho natural. Esta doctrina continuó su recorrido, enriquecida, a través del pensamiento de los *Padres* de la Iglesia (San Agustín, San Isidoro, etc.) y de la filosofía escolástica, durante la Edad Media.

En ese período histórico se forjaron lentamente las matrices que, a partir de los últimos años del siglo XVIII, han modelado las formas políticas predominantes en el mundo occidental hasta nuestros días. Entre el comienzo del siglo XIII y el final del XVIII, se fueron perfilando los elementos que, por distintas vertientes, confluyen en el concepto moderno de constitución. Los examinaremos a continuación.

a. *Idea de la limitación del gobierno por el derecho*

25. El primero de estos elementos, que está en la esencia del moderno constitucionalismo, es la idea de que el gobierno debe ser limitado por el derecho. Gobierno constitucional es la antítesis de gobierno absoluto. O se confía en la sabiduría y rectitud del gobernante y se lo libera de toda traba para que pueda realizar el bien común (aunque acaso produzca algún mal); o se cree más conveniente impedir el mal que pueda hacer un gober-

MANUAL DE LA CONSTITUCION REFORMADA

Tomo I

SEGUNDA REIMPRESIÓN

102.974
342.4
B 638
C 144 (1)
09-10-00
C. E. D.

IEDAD ANÓNIMA EDITORA,
L, INDUSTRIAL Y FINANCIERA

CAPÍTULO I

LA ESTRUCTURA, EL CONTENIDO Y LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL TRIALISMO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL. - El orden de conductas, o dimensión sociológica. - El orden de normas, o dimensión normativa o normológica. - El orden del valor, o dimensión dikelógica. - II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL FORMAL Y MATERIAL. - La constitución formal. - La constitución material. - El bloque de constitucionalidad. - La fuerza normativa de la constitución. - La coincidencia, discrepancia u oposición entre la constitución formal y la constitución material. - III. LAS FUENTES. - Las fuentes formales y materiales. - Las fuentes del derecho constitucional argentino. - El derecho espontáneo. - El derecho judicial. - Las fuentes en relación con la validez y la vigencia. - La interrelación de vigencia y validez. - El derecho internacional público. - Las fuentes históricas.

I. EL TRIALISMO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. — El derecho constitucional o derecho de la constitución es una parte del mundo jurídico. Empleamos la locución "mundo jurídico" como equivalente de la voz "derecho". La palabra "derecho" origina, muchas veces, polémica, según la posición iusfilosófica que se adopte. En primer lugar, el debate se traba entre quienes dicen que el orden jurídico que no es justo, no es derecho; en tanto otros decimos que hay —o puede haber— un derecho que sea injusto, sin perder por eso su juridicidad. En segundo lugar, hay quienes definen al derecho como un conjunto o sistema de normas, en tanto otros resaltamos en primer lugar al derecho como realidad compuesta por conductas humanas en relación de alteridad social. Con la locución *mundo jurídico* designamos, esquivando esa discusión, al fenómeno jurídico que nos resulta real y perceptible.

Mundo jurídico es, entonces, una realidad a la que calificamos con los adjetivos de *humana y social*. Este mundo jurídico se integra o compone con *tres ámbitos*, dimensiones, u órdenes: el de las

conductas, el de las *normas* y el del *valor*. Al primero lo llamamos dimensión *sociológica;* al segundo, dimensión *normativa* o *normológica;* y al tercero, dimensión *dikelógica* (porque "dike" quiere decir "justicia").

2. — La "juridicidad" que predicamos de este mundo —o del derecho— proviene de la relación necesaria que se da entre él y el *valor justicia:* el mundo jurídico jamás es neutro o indiferente al valor justicia, sino que siempre —sea justo o sea injusto— guarda dirección y vinculación hacia aquel valor y con aquel valor.

El orden de conductas, o dimensión sociológica

3. — El orden de las conductas nos presenta conductas, es decir, *comportamientos humanos*. Conducta es algo que hacemos los hombres. Esta conducta lleva a cabo un *reparto*.

Un reparto es, en el sentido más simple del término, una adjudicación o distribución. ¿De qué? ¿Qué es lo que se adjudica o distribuye en un reparto? Se adjudica *potencia e impotencia*. Potencia es, en una aproximación sumamente simplificada, todo lo que significa beneficio o ventaja. Impotencia es lo contrario: todo lo que significa una carga o un perjuicio. (Normativamente, a la "potencia" se la suele ver como *derecho*, y a la "impotencia" como *deber u obligación*.)

4. — Cuando el legislador impone una contribución, realiza un reparto; o sea cumple una conducta de reparto. En ese reparto adjudica a los contribuyentes la "impotencia" de pagar el impuesto, y al fisco, la "potencia" de recaudarlo. Cuando el constituyente reconoce el derecho de asociación, cumple una conducta de reparto. En ese reparto, adjudica a todos los hombres la "potencia" de formar una o varias asociaciones, de administrarlas, de obtener el reconocimiento estatal de las mismas, etc., y adjudica también al estado y a los otros hombres —recíprocamente— la "impotencia" de no impedir la formación de la asociación, de reconocerla, etcétera.

5. — Las conductas de reparto constituyen la *realidad fundamental* del mundo jurídico, dentro del cual integran un *orden:* el orden (o dimensión) *sociológico*.

De alguna manera, retrocedemos a la vieja noción de que el derecho es "res" (cosa): "ipsa res iusta", la misma cosa justa, según los escolásticos. Sólo que nosotros no exigimos que esa cosa (que es conducta humana) sea necesariamente justa (puede ser injusta), bastándonos que tenga *dirección relacional al valor justicia* (o sea, que de ella pueda predicarse que es justa o injusta).

a) Las conductas que interesan a la dimensión sociológica del derecho constitucional son las conductas (justas o injustas), que se consideran "modelo". ¿Qué significa "conducta-modelo"? Significa una conducta que se considera y propone como "modelo" para ser imitada o repetida en casos análogos futuros, o que tiene aptitud para ello. El ser "modelo" implica que se la reputa "ejemplar" (que adquiere "ejemplaridad") para obtener "seguimiento" (imitación o repetición) en situaciones similares.

Las conductas que no alcanzan a cobrar ejemplaridad, no forman parte del orden de conductas, pero sí de la *realidad* constitucional.

b) Las conductas ejemplares tienen *vigencia sociológica*. Se generalizan con aptitud para servir de modelo y para reiterarse en otros casos similares. La vigencia sociológica es equivalente a "derecho *vigente*".

c) El orden de conductas ejemplares tiene también naturaleza *temporal*. Ello quiere decir que "aquí" y "ahora" funciona, en tiempo *presente* y *actual* (no "ha sido" ni "será" sino que "es"). Este carácter presente y actual coincide con la vigencia sociológica que lo hace ser "derecho vigente".

d) "Derecho positivo" equivale a "derecho vigente" (sociológicamente).

e) Si "derecho constitucional *positivo*" es igual a "derecho constitucional *vigente sociológicamente*", el derecho constitucional positivo y vigente es lo que llamamos la *constitución material o real*, es decir, la que funciona y se aplica actualmente, en presente.

El orden de normas, o dimensión normativa o normológica

6. — El *orden normativo* se compone de *normas*.

La norma es la *captación lógica de un reparto por parte de un tercero neutral*.

La norma describe conductas, y es un *ente lógico*.

7. — Las normas pueden estar *formuladas expresamente, o no estarlo*. La formulación expresa más difundida es la *escritura* (normas escritas), pudiendo no obstante existir normas formuladas expresamente sin estar escritas —por ej.: las que se grabaran en un disco magnetofónico—. Por ser la escritura la manera habitual de formulación expresa, hablamos normalmente de normas escritas, o de derecho escrito.

Hay también normas *no escritas o no formuladas expresamente.* Tradicionalmente se las ha llamado *consuetudinarias.*

El orden del valor, o dimensión dikelógica

8. — Por fin, tenemos el *orden del valor.* El valor más importante y excelso en el mundo jurídico es la *justicia.*

El valor es objetivo y trascendente, porque no es creado ni inventado por los hombres, sino únicamente descubierto y conocido por los hombres. Por este carácter direccional y relacional hacia el hombre, el valor vale o es valor *para el hombre.* Descubierto y conocido el valor por el hombre, el hombre realiza o puede realizar el valor temporalmente.

El valor no es autoejecutorio, lo que en otros términos significa que el valor no se realiza solo, ni lleva a cabo repartos, ni distribuye nada a nadie. El valor señala desde su *deber-ser-ideal* o deber ser *puro* cómo deben ser las conductas. Este deber ser ideal equivale a la "*valencia* intrínseca" del valor. El valor *vale* por sí mismo y por sí solo, y vale aunque no se realice con signo positivo en el mundo jurídico.

El deber ser ideal o puro del valor justicia es un deber ser *dikelógico* (porque dikelogía es la ciencia de la justicia).

9. — Hay quienes sostienen que el *único* valor jurídico es la *justicia;* otros, al contrario, postulan que existe un *plexo* o conjunto de valores jurídicos, a los que encabeza y preside la justicia. Entre esos otros valores podemos citar la *libertad,* la *cooperación,* la *solidaridad,* el *orden,* la *seguridad,* la *paz,* el *desarrollo,* etc.; y cabe decir que el mismo *bien común* y el *poder* son también valores. Todos ellos se hallan en corriente circulatoria, y los más inferiores (o menos valiosos) sirven de apoyo a los superiores (o más valiosos).

Conviene advertir que los valores tienen su *contravalor* o su *disvalor;* así, "justicia-injusticia"; "seguridad-inseguridad", etc. A veces, un valor tiene en contraposición más de un disvalor; el valor poder tiene, por defecto, el disvalor anarquía, y por exceso el disvalor opresión (o absolutismo, o autoritarismo, o totalitarismo).

Los valores jurídicos son, a la vez, en el campo del derecho constitucional, valores *políticos,* porque guardan relación con el estado, con la politicidad, con la organización política que llamamos estado.

Los valores *jurídicos* no son el techo último. Aunque lo sean en el mundo jurídico, ellos deben propender a un valor *ético* que es más elevado todavía que la misma justicia, y es el valor *"personalidad"* propio de todo ser humano o de la persona humana, a cuyo desarrollo y crecimiento en plenitud se enderezan el derecho y la política.

El valor "personalidad" sirve de orientación y de base al *estado democrático,* que respeta y promueve la dignidad del hombre.

10. — El valor no es histórico, pero sí es *histórico* su ingreso a una comunidad. La base o el "sustrato" en que el valor se apoya y toma encarnadura histórica es la *conducta humana* y, de alguna manera, también el conjunto cultural de ideas, creencias, representaciones y valoraciones sociales.

11. — El deber ser ideal del valor es un deber ser ideal *valente* (que vale) y *exigente* (que exige). Cuando las conductas realizan el valor con signo positivo, decimos que en el mundo jurídico se fenomeniza una manifestación, que es la realización *actual* de la justicia (con toda la limitación e imperfección del obrar humano). Cuando el valor no se realiza con signo positivo, hay una injusticia (signo negativo). Tal injusticia engendra un "deber *de actuar*" para suprimirla, no bien alguien está en condiciones de obrar para que esa injusticia desaparezca.

Esto demuestra que el valor *penetra* al ámbito del mundo jurídico o derecho positivo, y que no queda sin contacto con él. Además, con el mismo valor *valoramos* como justas o injustas a las conductas y a las normas que forman los otros dos sectores del mundo jurídico, y que se convierten en el *material estimativo* del valor (lo que el valor valora).

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL FORMAL Y MATERIAL

12. — Cualquiera que desea conocer cómo es el régimen político de un estado, no se conforma con leer su constitución escrita o formal (si es que la tiene). Ambiciona saber si esa constitución funciona, se aplica, se cumple; o si, al contrario, está deformada en la práctica, o es sistemáticamente violada en todo o en parte; se preocupa por indagar qué otros contenidos constitucionales han ingresado a la dimensión sociológica a través de diferentes fuentes: la costumbre, el derecho internacional, la legislación, la jurisprudencia.

En una palabra, tiene la certeza de que el *texto* de la constitución sólo le arrimará *normas escritas,* pero sin darle el dato acerca de su *vigencia sociológica,* de su aplicación. Esto tendrá que buscarlo en la dimensión sociológica.

Es claro que la referencia a la constitución escrita, cuando la hay, es importante, para tener noticia de si el régimen político se ajusta o no a ella; es decir, si la constitución material le proporciona vigencia sociológica, o discrepa con sus normas.

Si acaso pensamos en un estado donde la constitución escrita funciona con exactitud y fidelidad, tampoco podemos agotar nuestro análisis en ella, porque así sólo llegaremos al resultado parcial de saber que las normas escritas de esa constitución se cumplen. Pero ¿no hay otros contenidos en la constitución material, que exceden a la formal, y que provienen de *fuentes* distintas? Los hay, y de nuevo hay que hallarlos en la *dimensión sociológica*.

Por fin, todo el material que el investigador encuentra en la dimensión sociológica y en la normativa suele normalmente ser colocado por él bajo *estimativa* o *valoración*, para enunciar su justicia o su injusticia, para relacionarlo con los valores jurídicos, para emitir un *juicio de valor*.

13. — El contenido del derecho constitucional es más estrecho o más amplio según la perspectiva que se adopta.

a) Si usamos la del *derecho constitucional formal*, decimos que tal contenido está dado también formalmente por la *constitución escrita* o *codificada*; y en los estados donde ella no existe, por las normas constitucionales dispersas que tiene formulación también escrita.

b) Si empleamos la perspectiva del *derecho constitucional material*, el contenido se vuelve mucho más abundante. No nos encasillamos en el texto de la constitución formal, sino que nos desplazamos a la *dimensión sociológica*.

14. — Una vez que tenemos los dos ángulos de perspectiva, hemos de averiguar cuál es la *materia* o el *contenido* del derecho constitucional material.

La materia o el contenido están dados por dos grandes ámbitos o partes: a) la que se refiere al *poder*, sus órganos, sus funciones, y las relaciones entre órganos y funciones; b) la que se refiere al modo de *situación política de los hombres* en el estado, sea en las relaciones del hombre con el propio estado, sea en las relaciones con los demás hombres.

La primera parte se llama *parte orgánica*, o "derecho constitucional *del poder*". La segunda se llama *parte dogmática*, y en el constitucionalismo moderno (que define la situación política del hombre por el reconocimiento de su libertad y sus derechos) se puede llamar también "derecho constitucional *de la libertad*".

La constitución formal

15. — El derecho constitucional *formal* se maneja con una constitución también *formal*. Si la pensamos en su tipo clásico de constitución *escrita* o *codificada*, podemos describirla conforme a las siguientes características:

a) La constitución es una *ley*.

b) Por ser la ley *suprema*, se la considera como *super ley*.

c) *Esa ley es escrita*.

d) *La formulación escrita está codificada*, cerrada, o reunida en un texto único y sistematizado.

e) Por su *origen*, se diferencia de las leyes ordinarias o comunes en cuanto es producto de un poder constituyente que, también formalmente, aparece elaborándola.

De este esquema deducimos que la constitución formal pone el acento fundamentalmente en el aspecto *normativo*.

La constitución material

16. — El derecho constitucional material remite a la dimensión *sociológica*, y utiliza el concepto de constitución *material*, o *real*, que equivale también al de *régimen político* o sistema político.

Si buscamos sinónimos, decimos que la constitución material es la constitución *vigente* y *eficaz* (derecho constitucional *positivo*) de un estado, "aquí" y "ahora" en tiempo presente. Una constitución es material cuando tiene *vigencia sociológica*, *actualidad* y *positividad*.

La constitución material se atiene, fundamentalmente, al fenómeno de la *vigencia sociológica*, a diferencia de la formal que, primariamente, destaca la *normatividad*.

El bloque de constitucionalidad

17. — Aunque no está demasiado trabajado en la doctrina constitucional argentina, pero sí en el derecho comparado, el bloque de constitucionalidad resulta interesante.

Por bloque de constitucionalidad puede entenderse, según cada sistema en cada estado, un conjunto normativo *que parte de la constitución*, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales *fuera del texto de la constitución escrita*. Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etcétera.

El bloque de constitucionalidad así integrado sirve para acoplar elementos útiles en la *interpretación* de la constitución, y en la *integración* de los vacíos normativos de la misma.

En el derecho constitucional argentino después de la reforma de 1994, damos por alojados en el bloque de constitucionalidad a los *tratados internacionales de derechos humanos* a que hace referencia el art. 75 inc. 22 (ver Cap. V, nº 9).

La fuerza normativa de la constitución

18. — La constitución formal o escrita es jurídica, es normativa, contiene *normas jurídicas*. Por eso cabe decir que es "derecho": el *derecho de la constitución*.

De esta juridicidad que se predica de todo el texto constitucional —incluido su preámbulo y sus disposiciones transitorias— se desprende la llamada *fuerza normativa*. La constitución posee en sí misma fuerza o vigor normativos, lo que significa que es exigible, obligatoria, aplicable y vinculante. Y lo es para todos, para los gobernantes y para los particulares.

La fuerza normativa del derecho de la constitución no quiere decir que sus normas consigan por sí solas y automáticamente el cumplimiento debido. Las normas por sí mismas no disponen de tal capacidad para lograr que las conductas se ajusten a la descripción que de ellas hacen aquellas normas, pero su fuerza normativa obliga a que se adopten todos los condicionamientos necesarios —de toda clase— para alcanzar ese resultado.

En suma, la fuerza normativa está en las normas del derecho de la constitución, pero se dirige a realizarse en la *dimensión sociológica* de las conductas. Es decir, apunta a alcanzar la efectividad de las normas escritas en la *vigencia sociológica*.

La coincidencia, discrepancia u oposición entre la constitución formal y la constitución material

19. — La constitución *material puede coincidir* con la constitución formal. Ello acontece cuando la constitución formal tiene vigencia sociológica, funciona, y se aplica.

La constitución material puede *no coincidir* con la constitución formal en todo o en parte. Ello acontece cuando la constitución formal, total o parcialmente, no tiene vigencia sociológica, ni funciona, ni se aplica.

Una constitución formal o parte de ella puede no tener vigencia actual porque la tuvo y la perdió; o puede no haberla adquirido nunca (todo ello por violación ejemplarizada o por desuso). Cuando la constitución formal, en todo o en parte, no tiene vigencia, hay siempre una constitución *material* vigente que es la constitución *real* que funciona y se aplica.

Todo estado tiene su constitución material, porque está "constituido" u organizado de una manera determinada. En los estados que carecen de constitución formal, hay por ello, siempre y necesariamente, una constitución material.

Dichos estados pueden tener:

a) Un conjunto de leyes de contenido constitucional que, por no estar codificadas o reunidas, se llaman, pese a estar escritas: "constitución no escrita". Modernamente, se ha preferido usar la terminología de "constitución *dispersa*", por oposición a la codificada o escrita. (Para que estas leyes formen parte de la constitución material es menester que tengan vigencia sociológica, o funcionamiento.)

b) *Simultáneamente* con esa constitución dispersa, un orden de conductas ejemplares, descriptas y captadas lógicamente como normas no escritas (*derecho no escrito* o consuetudinario).

c) *Exclusivamente* un orden de conductas de reparto ejemplares, descriptas y captadas lógicamente como normas no escritas.

Es difícil que un estado sin constitución formal muestre únicamente el fenómeno de los incisos a) y c). En general, tienen leyes constitucionales dispersas, más derecho no escrito.

20. — La constitución material o el derecho constitucional material son siempre *más amplios* que la constitución formal o el derecho constitucional formal. Y eso aunque pensemos la hipótesis de que la constitución material y la formal coincidan.

¿Por qué? Porque aunque se dé esta coincidencia, con ella sólo queremos señalar el hecho de que la constitución formal tiene vigencia sociológica, funciona y se aplica con eficacia. Pero la constitución material la excede porque en ella siempre hay contenidos incorporados al margen y fuera de la formal, por la actividad de diversas *fuentes* que estudiaremos después.

III. LAS FUENTES

Las fuentes formales y materiales

21. — La palabra *"fuentes" del derecho* es multívoca. Muchos distinguen las fuentes de "las normas" (o del orden normativo) y las fuentes "materiales". Nosotros abordaremos la dualidad (fuentes *del orden normativo*, y fuentes *del derecho constitucional material*).

a) *Fuentes de las normas* puede significar:

a') la "manifestación" o "constancia" de la norma, por la que sabemos que en el orden normativo "hay" una norma; en este sentido, la fuente parece ser la misma norma;

a") el "acto de creación" o de establecimiento de la norma;

a"') el conjunto de ideas, valoraciones, normas, realidades, etc., que sirve de inspiración para el contenido de la norma.

b) *Fuentes del derecho constitucional material*, en cambio, alude a todo canal o carril por el cual ingresa y se incorpora —o emigra— un contenido en la constitución material; todo cuanto en ella encontramos proviene de una fuente que engendra un derecho *vigente* en la dimensión *sociológica* (no una norma sin aplicación ni eficacia).

Con este enfoque es fácil admitir que el derecho constitucional material recibe, o puede recibir, contenidos reales de diversas fuentes: de la misma constitución formal, cuando ella funciona y se cumple; de leyes con contenido constitucional en igual caso; de tratados internacionales en las mismas condiciones; del derecho no escrito (consuetudinario y espontáneo); del derecho judicial, etc.; el *derecho internacional no contractual* (es decir, surgido de la costumbre, y no de tratados y convenciones) funciona también como fuente del derecho constitucional material.

Las fuentes del derecho constitucional argentino

22. — Aplicando el esquema hasta aquí elaborado al derecho constitucional argentino, observamos que nuestro estado tiene una

constitución *formal:* la de 1853 con sus ulteriores reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.

(Descartamos la reforma de 1949 porque quedó sin vigencia con la proclama revolucionaria de 1956; y la enmienda transitoria de 1972, porque agotó su plazo máximo de aplicación.)

Por consiguiente, decimos que en el orden de las *fuentes formales* o de constancia, la primera fuente es la propia *constitución formal*.

A ella añadimos:

a) *Normas escritas dispersas*, (como lo son las leyes dictadas por el congreso (ordinarias en cuanto a origen y forma) que regulan materia *constitucional;* a título de ejemplo, señalamos la ley de acefalía, la de ministerios, la de partidos políticos, la electoral, la de amparo, la de expropiación, la de ciudadanía, etc. Las llamamos "leyes *constitucionales*" (por su materia o contenido).

La *reforma de 1994*, que ha dado a la constitución una textura muy abierta, derivó expresamente al congreso la competencia para dictar numerosas leyes de complementación, determinación o reglamentación de normas constitucionales.

b) *Tratados internacionales*, como los que versan sobre derechos humanos, sobre la integración a organizaciones supraestatales, el Acuerdo de 1966 con la Santa Sede, la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, etcétera.

La *reforma constitucional de 1994* ha introducido una importante modificación en este ámbito, cuando el art. 75 inc. 22 reconoce a determinados tratados de derechos humanos la *misma jerarquía* de la constitución.

El derecho espontáneo

23. — Al derecho *no escrito* lo venimos llamando hasta ahora, para conservar la denominación tradicional, *derecho consuetudinario*. Esta terminología proviene de atribuir a la *costumbre* carácter de fuente material.

Trabajado el tema en el derecho privado, se ha exigido para el reconocimiento del derecho consuetudinario una serie de condiciones: a) muchos casos análogos; b) repetición o frecuencia de conductas análogas en casos similares durante mucho tiempo; c) el "animus" o convicción de su obligatoriedad.

En el *derecho constitucional material* nos topamos a veces con un derecho no escrito que responde a esa tipología consuetudinaria. No sería difícil admitir que buena parte de la constitución no escrita o dispersa de Gran Bretaña es consuetudinaria.

En otras muchas situaciones, la fuente material es creadora de derecho constitucional con modalidades que no responden al tipo privatista del derecho consuetudinario. *Una o pocas* conductas, durante un *lapso breve*, engendran o pueden engendrar derecho constitucional. ¿Cómo? ¿Por qué? La respuesta exige un resumen rápido de su caracterización.

La conducta que, desde su origen o posteriormente, se torna en *modelo y se ejemplariza*, por la pauta o el criterio de valor que lleva adosados, sabemos que por el *seguimiento* o la viabilidad de seguimiento es una conducta *vigente*, que tiene *vigencia sociológica*. Si la ejemplaridad funciona en poco tiempo, o a través de un lapso prolongado, o si proviene de una sola conducta, de pocas o de muchas, no interesa. Basta que exista. Cuando existe, podemos captar lógicamente como *norma general* la descripción de la conducta ejemplarizada. La normatividad extralegal o no escrita aparece rápidamente.

¿De dónde viene la aceleración del proceso? Es muy simple. De que habitualmente las conductas que se ejemplarizan, no obstante ser conductas individuales cumplidas por hombres, tienen como *autores* a hombres con una calidad muy especial: la de ser *titulares o detentadores del poder*, a quienes en el orden de las normas visualizamos como *órganos* del poder o del estado. El uso y ejercicio del poder permite que esas conductas se socialicen y generalicen muy pronto, se erijan en modelo, tengan aptitud de incitar al seguimiento o a la imitación, y se revistan de ejemplaridad.

Para denotar con más precisión la naturaleza del fenómeno de aceleración en la fuente material, preferimos hablar de *derecho espontáneo*, y reservar el adjetivo consuetudinario para los casos clásicos de mucha frecuencia y largo tiempo.

24. — El *derecho espontáneo* —al igual que el consuetudinario— puede ser enfocado desde el triple ángulo de la costumbre *secundum legem*, *praeter legem*, y *contra legem*.

La primera se da cuando la norma escrita *remite* a ella; la segunda, cuando la costumbre viene a *cubrir* o *completar* la insuficiencia o inexistencia de normas escritas; la tercera, cuando la costumbre es *violatoria* de la norma escrita.

Aplicando el esquema al derecho constitucional, vemos fundamentalmente al derecho espontáneo o consuetudinario en un doble posible funcionamiento: a) *sin oponerse* a la constitución, en cuyo caso puede proporcionar vigencias constitucionales que completan, rellenan y exceden a la constitución formal; b) *contrariando* a la constitución.

En este último caso, la *ejemplaridad* de las conductas *infractorias*, al adquirir *vigencia sociológica, priva de vigencia sociológica* a la constitución *formal* en la parte violada.

Con nuestra terminología decimos que el derecho espontáneo o consuetudinario puede crear derecho constitucional material en oposición al formal, destituyendo a este último de vigencia sociológica, pero sin validez.

25. — En nuestro derecho constitucional hay numerosos ejemplos de esta fuente material del derecho espontáneo. Así, de conductas ejemplarizadas captamos la existencia de normas no escritas de derecho espontáneo, como las siguientes: a) cuando el congreso declara la necesidad de la reforma constitucional trabaja con cada una de sus cámaras reunidas separadamente (pero podría ejemplarizar la conducta de hacerlo con ambas reunidas en asamblea); b) en la misma ocasión, el acto declarativo toma forma de ley (sin ser en su esencia función legislativa); c) el quórum de dos tercios de votos favorables se computa sobre la totalidad de los miembros de cada cámara por separado; d) la convención especial que toma a su cargo la reforma se compone de miembros elegidos por el cuerpo electoral. Todo ello es derecho espontáneo en torno del art. 30 de la constitución.

Fuera de él, podemos mencionar como normas no escritas: a) la que establece que el congreso cumple sus funciones dictando leyes, aunque muchas de esas funciones no tengan naturaleza legislativa; b) la que establece que no se convoca a nuevas elecciones para designar vicepresidente cuando la vicepresidencia queda vacante por sucesión presidencial del vicepresidente; c) la que entre 1928 y 1958 establece que se elige nuevo vicepresidente cuando la vicepresidencia queda vacante por causas distintas a la asunción del poder ejecutivo por el vicepresidente; d) la mayor parte de las vigentes en períodos de facto (disolución del congreso, ejercicio de sus facultades por el presidente de facto, destitución de jueces por el presidente de facto, etc.).

Por *uso contrario* o por *desuso*, (normas de la constitución escrita no tuvieron o no tienen vigencia sociológica): hasta la reforma de 1994, no la tuvo la que exigía permiso del congreso para que el presidente de la república saliera de la capital federal (esta norma se eliminó del texto en 1994); siguen sin tener vigencia sociológica las normas que fijan una renta anual para ser presidente, vicepresidente y senador, y las que prevén el juicio por jurados.

Hemos asimismo de prestar atención a otro fenómeno que tiene su origen en el derecho no escrito (espontáneo o consuetudinario). Se produce cuando, sin que claramente pueda sostenerse que una conducta ejemplarizada viola una norma de la constitución escrita, le imprime mediante la llamada *mutación por interpretación* (ver Cap. II, nº 38 c) una modalidad en su funcionamiento que no surge directamente de la misma norma.

Un ejemplo —ya citado— es el ejercicio de todas las competencias del congreso mediante el dictado de leyes, aunque el contenido de los actos no siempre sea legislativo en sentido material; otro, hasta la reforma de 1994, la intervención federal a una provincia tanto por decreto del poder ejecutivo, como por el congreso.

26. — Debe quedar bien aclarado que cuando el derecho espontáneo opuesto a la constitución formal priva a ésta de vigencia sociológica en la parte respectiva, la norma de la constitución formal subsiste en el orden normológico y mantiene su capacidad de recuperar vigencia sociológica, no bien se desplace la ejemplaridad de la conducta infractoria. Es decir que no queda "derogada" ni suprimida.

El *poder judicial*, cuando interviene con declaraciones de inconstitucionalidad, es un instrumento para impedir que las violaciones a la constitución formal adquieran ejemplaridad y, por ende, para impedir que decaiga la vigencia sociológica de la misma constitución. Puede también, en un momento dado, lograr que esa vigencia sociológica extraviada se recobre.

El derecho judicial

27. — El *derecho judicial* funciona como fuente a través de un proceso similar al del derecho espontáneo. La diferencia radica en que la conducta es cumplida por uno o varios hombres que administran justicia —o sea, que en el orden de normas visualizamos como órganos del poder judicial *(jueces)*. Esa conducta es la que lleva a cabo el juez al resolver una causa. La norma individual que describe el reparto del caso es la *sentencia*.

La conducta de reparto cumplida al sentenciar una causa puede actuar como modelo, provocar seguimiento, ejemplarizarse, y servir de precedente para resolver en el futuro casos semejantes en igual sentido. Con ello, la sentencia se proyecta más allá del caso y *se generaliza espontáneamente por imitación*. La norma individual se generaliza.

El derecho judicial nos obliga a preguntarnos si sus normas están o no formuladas expresamente por escrito. Las sentencias como normas individuales tienen esa forma de constancia. Pero la norma general que extraemos por proyección de la sentencia ejemplarizada, no está escrita como tal norma general.

28. — La creación de derecho constitucional material por vía de

fuente judicial cuenta con un factor decisivo: el *control judicial de constitucionalidad*, sobre todo cuando está a cargo de la Corte Suprema de Justicia. Observamos que sus sentencias: a) obtienen seguimiento habitual por el propio tribunal, que reitera sus precedentes; b) obtienen similar seguimiento por parte de tribunales inferiores; c) originan muchas veces la reforma o derogación de normas que la Corte declaró inconstitucionales; d) sirven de pauta a normas futuras del derecho escrito.

Nuestro derecho constitucional ofrece multiplicidad de normas del derecho judicial. Rastreando solamente algunas, citamos: a) la que establece que las llamadas cuestiones políticas no son judiciables por los tribunales; b) la que establece que la actividad jurisdiccional de la administración pública requiere ulterior control judicial suficiente; c) la que establece que la doble instancia no es requisito constitucional del debido proceso o de la defensa en juicio; d) la que establece que los jueces tienen que calificar judicialmente la huelga cuando resuelven litigios laborales derivados de una huelga; e) la que establece que los actos y las medidas en ejecución del estado de sitio, que inciden en derechos y libertades, están sujetos a control judicial de razonabilidad, etc. Buena parte del derecho espontáneo en materia de doctrina de facto ha recibido también consagración por parte del derecho judicial.

Aparte de estas normas judiciales proponemos solamente tres contenidos fundamentales de nuestro derecho constitucional material surgidos del derecho judicial elaborado por la Corte: a) la creación jurisprudencial del amparo, desde 1957 hasta la legislación de 1966 y 1967; b) la elaboración de los contenidos del derecho de propiedad en sentido constitucional; c) la elaboración de la doctrina sobre arbitrariedad de las sentencias.

29. — No nos debe sorprender que el derecho judicial cambie, a veces diametralmente, o con frecuencia, y sustituya una interpretación jurisprudencial por otra, a partir de una sentencia que se ejemplariza.

Esta movilidad no obsta a decir que mientras una norma de él mantiene su vigencia sociológica, ése es el derecho judicial *vigente*. Lo que ocurre es que tal vigencia puede perderse o sustituirse cuando se opera un sesgo distinto en el derecho judicial, provocado por la ejemplarización de sentencias posteriores que generalizan una interpretación diferente.

También aparece el mismo fenómeno en el derecho espontáneo, y en el derecho legislado; en éste, una ley puede, de un momento para otro, modificar o suplantar al derecho escrito anterior.

Las fuentes en relación con la validez y la vigencia

30. — Conviene puntualizar primero algunas acepciones de las palabras *validez* y *vigencia*.

En tanto del *valor* como deber ser ideal predicamos la "valencia" (el valor *vale*), del derecho positivo se puede predicar la "validez".

La *validez* como cualidad posible del derecho positivo proviene de su ajuste o conformidad a los valores jurídicos puros, especialmente al valor justicia. El derecho positivo justo goza de validez, en tanto el derecho positivo injusto (que sigue siendo derecho), es inválido, o carece de validez, aunque tenga vigencia sociológica.

Cuando la constitución es justa, la validez del derecho infraconstitucional se tiene por cierta si se adecua a la constitución, pues a través de ésta viene a realizar el valor justicia.

31. — A la *vigencia* la podemos desdoblar para hablar de: a) una vigencia *normológica;* b) una vigencia *sociológica.* Normalmente, cuando se emplea el término vigencia sin calificativo alguno, se suele aludir a la vigencia sociológica.

a) La vigencia *normológica* es la de las *normas* (u orden normativo), y consiste en que una norma sea "puesta" en el mundo jurídico, y permanezca en él sin un acto formal de derogación, abrogación, eliminación o supresión.

b) La vigencia *sociológica* se da en la *dimensión sociológica* del mundo jurídico, y requiere la conducta ejemplarizada y la norma descriptiva (escrita o no escrita) con funcionamiento y eficacia.

La interrelación de vigencia y validez

32. — El problema de la vigencia sociológica se conecta con el de la *validez* del derecho. No todo derecho que posee vigencia sociológica es válido. En el derecho constitucional argentino decimos que, además de la vigencia sociológica que lo hace ser derecho *positivo,* hace falta: a) conformidad con la constitución escrita y, a través de ella; b) concordancia con los valores jurídicos, especialmente con el valor justicia.

a) El derecho contrario a la constitución formal que, pese a esa oposición, tiene vigencia sociológica, quita dicha vigencia a la constitución formal en la parte infringida.

La pérdida de vigencia sociológica —total o parcial— de la constitución formal, apareja la pérdida de la validez. Ello es claro si partimos de la idea de que la validez es una cualidad del derecho positivo, y si por falta de vigencia sociológica el derecho positivo deja de ser "positivo", desaparece el sustrato jurídico (apoyo) de la validez.

Esto no impide que las normas de la constitución que pierden vigencia sociológica, y con ella su validez como derecho positivo, puedan recobrar aquella vigencia cuando empiecen a funcionar. Esto es posible porque siempre mantienen la aptitud para ser aplicadas, y porque siguen "puestas" en el texto constitucional (u orden normológico).

b) ¿Se puede admitir la validez del derecho que ha cobrado vigencia sociológica en contra de la constitución formal? Cabe decir que se "convalida" o adquiere validez si concurren todas las siguientes condiciones: a) imposibilidad de alegar la infracción, o resultado inexitoso del alegato producido; b) justicia material intrínseca del derecho engendrado; c) ejemplaridad generalizada del mismo. A esta formulación corresponde nuestro principio sobre la llamada "norma de habilitación".

c) La "convalidación" a que nos referimos en el inciso anterior no impide que, en un momento dado, la infracción originaria que privó de vigencia sociológica y de validez a la parte conculcada de la constitución formal, sea descalificada como inconstitucional mediante el control de constitucionalidad, y que de ahí en más se restaure la vigencia sociológica y la validez de la constitución formal en la parte que había quedado desplazada.

d) Cuando con el afán de priorizar y dejar inmune al derecho escrito se dice que la "costumbre contra legem" (derecho consuetudinario o espontáneo) *no "deroga" a la constitución escrita,* lo que en realidad se está expresando es que, a pesar de privarla de vigencia sociológica, deja "puestas" e intactas a las normas transgredidas dentro del orden normológico; o sea, permanecen en la "letra" de la constitución con vigencia normológica.

Además, siempre podrá acusarse, en principio, como inválido —aunque vigente sociológicamente— al derecho surgido en oposición a la constitución.

El derecho internacional público

33. — El *derecho internacional público* se divide en *contractual* (o sea, derivado de tratados y convenciones) y *no contractual* (o sea, consuetudinario, al que se suele llamar "derecho de gentes"). La relación entre derecho internacional y derecho interno en orden al tema de las fuentes da lugar a dos posturas fundamentales: el *monismo* y el *dualismo.*

Monismo y dualismo procuran explicar el modo de penetración o incorporación del derecho internacional en el derecho interno. Por eso decimos que se trata de un problema referido a las *fuentes.* La cuestión de la jerarquía entre derecho internacional y derecho interno aparece en segundo término.

Primero hay que resolver cómo se incorpora el primero al segundo, y luego, qué lugar ocupa en el derecho interno el derecho internacional incorporado.

El *monismo* afirma que entre derecho internacional y derecho interno existe *unidad* de orden jurídico y, por ende, *unidad en el sistema de fuentes.* Las fuentes del derecho internacional son

automáticamente y por sí mismas fuentes del derecho interno, con lo cual el derecho internacional penetra y se incorpora directamente en el derecho interno.

* El *dualismo* afirma que hay *dualidad* de órdenes jurídicos, e *incomunicación* entre ambos. Cada uno posee su *propio sistema de fuentes*, con lo que las fuentes del derecho internacional no funcionan directamente como fuentes del derecho interno. Para que se opere la incorporación del primero al segundo, hace falta que una fuente interna dé recepción al derecho internacional. La fuente de derecho interno hace de colador o filtro para dejar pasar al derecho internacional, y en ese tránsito produce la *novación* o conversión del derecho internacional en derecho interno.

En materia de derecho internacional *consuetudinario*, no hay mayor inconveniente por parte de los estados en aceptar el *monismo*. En cambio, en materia de derecho internacional *contractual*, el *dualismo* sigue jugando una influencia muy marcada.

34. — Nuestra constitución se ocupa de los tratados en numerosos artículos (27, 31, 43, 75 incisos 22, 23 y 24, 99 inc. 11, 116). Al derecho internacional consuetudinario no hace referencia, salvo la mención marginal del *derecho de gentes* en el art. 118; pero hay leyes que aluden a él: ya la ley 48 estableció que la Corte Suprema debía proceder en las causas de su competencia originaria concernientes a embajadores, etc., de acuerdo al derecho de gentes. El decreto ley 1285/58 ha repetido el principio para las mismas causas, en las que la Corte interviene "del modo que una Corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes". Y para corroborar que nuestro país no descarta el derecho internacional consuetudinario, observamos que el art. 21 de la ley 48, al enunciar las normas que deben aplicar los jueces y tribunales federales, cita separadamente a los "tratados internacionales" y a los "principios del derecho de gentes", remitiendo con esta última terminología al derecho internacional no contractual o consuetudinario.

35. — En el mecanismo clásico de celebración de los tratados hallamos diversas etapas, que nuestro derecho constitucional regula:

a) la *negociación*, a cargo del *poder ejecutivo*;

b) la *firma*, también a cargo del *poder ejecutivo*;

c) la *aprobación del tratado por el congreso* (si en vez de aprobación hay rechazo, el proceso no sigue adelante);

BIBLIOTECA SANTA

d) la *ratificación* del tratado en sede internacional, a cargo del *poder ejecutivo*.

36. — La *vigencia* del tratado en el orden internacional arranca normalmente de la *ratificación*. La ratificación es un acto de declaración de voluntad de los estados ratificantes en el sentido de tener al tratado como de cumplimiento obligatorio.

37. — En la constitución argentina debemos interpretar si su solución es monista o dualista.

El monismo dice que, cumplida la ratificación, el tratado *queda incorporado automática y directamente* al derecho interno argentino. El dualismo, en cambio, afirma que *después de la ratificación hace falta una ley del congreso* que dé recepción al tratado y que lo incorpore al derecho interno, donde adquiere calidad de ley (o sea, pierde la de tratado).

Para el dualismo, el congreso protagonizaría *dos* intervenciones: una al aprobar el tratado antes de su ratificación; otra, después de ratificado, para incorporarlo al derecho interno.

Hay razones para reconocer que nuestra constitución es *monista*. Por un lado, ella no establece en ninguna parte que haga falta una ley de recepción después de la ratificación del tratado. Por otra parte, el art. 31 brinda un buen argumento: en su orden de prelación se cita a la propia constitución, a las leyes del congreso, y a los "tratados"; la mención separada de los "tratados" y de las "leyes" significa que los tratados *ingresan al derecho interno como tratados*, o sea sin perder su naturaleza y sin necesidad de una ley de incorporación; si fuera menester dicha ley, sería redundante citar a los tratados separadamente de las leyes, puesto que la ley de recepción o incorporación los convertiría en "ley", y los dejaría comprendidos y subsumidos en la mención de las "leyes" del congreso.

Observamos, por fin, que el art. 116 vuelve a citar a los tratados separadamente de las leyes.

38. — La solución monista no queda perturbada ni desmentida cuando se encara el caso de tratados que *no son autoejecutorios u operativos*.

Un tratado puede ser operativo o ser programático. Depende de la formulación de sus normas. Ejemplo de tratado operativo (self-executing) sería el que dispusiera: "los estados partes *establecen* que la jornada de trabajo en las minas *no excederá* de cinco horas". Ejemplo de tratado programático sería el que

dispusiera: "los estados partes *se comprometen a adoptar medidas* en su derecho interno *para reducir* a cinco horas la jornada de trabajo en las minas".

El primer tratado fija directamente el horario laboral, y se vuelve automática y directamente aplicativo en el derecho interno. El segundo no, porque solamente consigna una obligación de los estados-parte para limitar ese horario, lo cual torna necesario que adopten medidas al respecto en su derecho interno.

Que el tratado programático requiera de ley para que se cumplan sus previsiones en el derecho interno sólo significa que no es operativo, y que demanda su complementación normativa. De ningún modo significa que la ley interna "reglamentaria" sea una "fuente interna de recepción" del tratado.

39. — En el caso "Merck Química Argentina c/Gobierno Nacional", fallado en 1948, nuestra Corte Suprema sostuvo que *monismo* significa *supremacía del derecho internacional* sobre la constitución, y *dualismo, supremacía de la constitución* sobre el derecho internacional. Tal criterio definitorio, seguido por algunos internacionalistas, no es el que nosotros hemos acogido; monismo y dualismo no se enredan en torno de un problema de supremacía, sino de unidad o dualidad de orden jurídico y de los *sistemas de fuentes*.

Hecha la distinción por la Corte, el tribunal siguió diciendo que en tiempos de *paz* nuestro estado es *dualista*, porque impone la supremacía de la constitución por encima de los tratados, pero que en tiempos de *guerra* nuestro estado es *monista*, porque coloca a los tratados por encima de la constitución.

El enfoque de la Corte, adoptando una solución para época de paz y otra para época bélica, deriva de suponer que estando prevista la guerra en nuestra constitución, está también habilitado el derecho internacional de guerra con todas sus soluciones, y marginada la aplicación de la constitución en las partes que se opongan o no coincidan con el derecho internacional de guerra.

40. — Una indagación útil en el actual derecho judicial de la Corte Suprema la proporcionó la sentencia dictada el 7 de julio de 1992 en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich", en el que se disputaba el derecho de réplica previsto en un tratado internacional (art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica). La tesis que extraemos del fallo favorece y acoge el *monismo*, en cuanto da por incorporado el tratado a nuestro orden interno después de cumplidas las etapas para su formación.

Dijo la Corte que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su *ratificación internacional*, es orgánicamente *federal* y es "ley suprema de la nación", con lo que, a nuestro juicio, dio por cierto que para ingresar al derecho interno no hace falta que después de la ratificación internacional por el poder ejecutivo se dicte una ley.

Es más, en el caso citado la Corte sostuvo que el mentado art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica es *operativo*.

41. — Es muy importante adelantar un tema posterior que trataremos al abordar la relación del derecho internacional con la constitución. En el *derecho internacional* rige el principio básico de su *prelación sobre todo el derecho interno*, y aunque ello hace referencia a la supremacía y no a las fuentes, hay que tenerlo en cuenta, porque si nuestra constitución presta recepción a la fuente de derecho internacional, lo lógico y coherente sería, a nuestro criterio, que en orden a la supremacía lo hiciera asumiendo la prioridad, cosa que no acontece, como lo veremos después (cap. V, nº 17).

Las fuentes históricas

42. — Podemos dividir las fuentes *históricas* en tres clases: a) *fuentes ideológicas o doctrinarias*, que son el conjunto de ideas, doctrinas y creencias que gravitó sobre el constituyente para componer el complejo cultural de la constitución; b) *fuentes normativas* (o del derecho constitucional escrito), que son los textos y las normas previos a 1853-1860 que sirvieron de inspiración y antecedente al articulado de la constitución; c) *fuentes instrumentales*, que apuntan al proceso político-jurídico que condujo al establecimiento de la constitución, y que dan noticia de cómo, por qué, y cuándo, se incorporan a ella sus contenidos fundamentales.

La ideología, los principios fundamentales, las normas, los contenidos de la constitución, tienen —como la constitución toda— una *génesis histórica*. Han surgido de alguna parte, y han entrado de algún modo en la constitución. Tal es el tema de las *fuentes históricas*, que nos lleva al hontanar donde el constituyente se inspiró, y a los cauces que utilizó para plasmar positivamente, desde y con esas fuentes históricas, nuestra constitución.

En primer término, cabe señalar que pese a las influencias recibidas desde afuera —o sea, a las fuentes extranjeras—, la constitución asume una solución propia, que *no es copia ni adopción automática de modelos foráneos*, sino en todo caso una imitación que acomoda lo extraño a lo vernáculo.

Por una parte, la base ideológica e institucional *española* con que se maneja la Revolución de Mayo permanece como fermento que conduce en 1853 a la organización constitucional. Por otro lado, la emancipación acuña desde 1810 algunas pautas fundamentales que componen el *ideario de Mayo*.

Desde Estados Unidos de Norteamérica nos llega el rol de ejemplaridad de su constitución de 1787. La *república* y el *federalismo* nos sirven de inspiración, pero se institucionalizan en forma autóctona.

Los ensayos constitucionales desde 1810 hasta la constitución de 1826 —cuya cita no nos incumbe ahora— hicieron también su aporte, cuajando en el proyecto elaborado por *Alberdi* en las "Bases". Ideológicamente, es factor de primer orden el pensamiento de la *generación* de 1837 expresado en las palabras simbólicas del Dogma Socialista, y el *ideario oriental* formulado principalmente por *Artigas*.

43. — El proceso constitucional argentino que confluye a la constitución de 1853 se compone a través de la interinfluencia del *medio*, del *hombre* y de la *ideología*.

a) En el *medio* (influencia mesológica) ubicamos a las ciudades, a las provincias y a Buenos Aires. Las *ciudades* dan origen a zonas que, con el tiempo, demarcarán las jurisdicciones provinciales. Y las *provincias* librarán su lucha por su existencia y supervivencia política, para asegurar su personalidad histórica en un sistema federal. *Buenos Aires*, por fin, actuará como polo centralizador y unificante, para atraer como por un plano inclinado, hacia la unidad de un solo estado, a las catorce provincias mesológicamente susceptibles de entrar en su radio de acción.

b) Estas influencias del medio se intercalarán con las del *hombre*. El hombre dará a la vida, a las ideas, a las costumbres de cada provincia, un estilo sociológico y cultural propio, que será la razón de ser de las autonomías locales. El hombre será el pueblo, serán los caudillos, será Artigas.

c) Del hombre situado en el medio surgirá la *ideología*. Sin la fuerza ideológica, el medio y el hombre hubieran sido estériles, no hubieran llegado por sí solos a la coyuntura constitucional de 1853. La ideología de emancipación, de democracia, de gobierno republicano, de federalismo, germinó en una estructura constitucional pensada y creada por el hombre en un medio físico y geográfico.

La disposición e interinfluencia de los elementos humanos, ideológicos y mesológicos fue lograda por los *pactos interprovinciales*. El proceso pactista o contractual fue el *cauce* a través del cual se preparó e instrumentó la organización constitucional de las provincias que tuvieron a Buenos Aires como foco territorial y vínculo físico de integración.

El primer antecedente de los pactos preexistentes con gravitación importante es la Convención de la Provincia Oriental del Uruguay, celebrada el 19 de abril de 1813 entre Artigas y Rondeau. Podemos mencionar luego el Tratado del Pilar, la Liga de Avalos, el pacto de Benegas, el Tratado del Cuadrilátero y el pacto Federal de 1827. En relación más inmediata con la constitución hallamos en 1831 el *Pacto Federal*, y en 1852 el *Acuerdo de San Nicolás*. Un último pacto, el de *San José de Flores* de 1859, facilitará el ingreso de Buenos Aires a la federación.

CAPÍTULO II

LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN

I. LOS TIPOS Y LA CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES. - Los tres tipos puros. - Las clases de constitución. - II. LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL ARGENTINA. - Su caracterización general. - El preámbulo. - El orden normativo de la constitución formal. *Normas "operativas"* y *"programáticas"*. *Normas que no son susceptibles de reglamentación*. - III. LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1994. - ¿Es una "nueva" constitución? - El techo ideológico. - La vigencia normológica de las normas no reformadas. - ¿Las leyes complementarias sólo pueden dictarse una vez? - La rigidez. - Las cláusulas transitorias. - IV. LA DINÁMICA DE LA CONSTITUCIÓN. - La constitución en la movilidad del régimen político. *El reflejo de las normas de la constitución formal en la constitución material*. - Las mutaciones constitucionales.

I. LOS TIPOS Y LA CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES

Los tres tipos puros

1. — Para comprender la tipología de nuestra constitución, necesitamos hacer previamente un breve esquema de los tipos y las clases de constitución que manejan la doctrina y el derecho comparado.

Encontramos un tipo *racional-normativo*, cuya caracterización puede lograrse de la siguiente forma:

a) define a la constitución como conjunto de *normas*, fundamentalmente *escritas*, y reunidas en un cuerpo *codificado*;

b) piensa y elabora a la constitución como una *planificación racional*, o sea, suponiendo que la *razón* humana es capaz de ordenar constitucionalmente a la comunidad y al estado;

c) profesa la creencia en la *fuerza estructurada de la ley*, es decir, en que las normas son el principio ordenador del régimen constitucional y de que tienen en sí mismas, y en su pura fuerza normativa, la eficacia para conseguir que la realidad sea tal como las normas la describen;

d) la constitución es un esquema racional de organización, un plan o programa formulado con pretensión de *subsumir* toda la dinámica del régimen político en las previsiones normativas.

El tipo racional-normativo propende a obtener: racionalidad, seguridad, estabilidad. Tales efectos se consideran el resultado de la planificación predeterminada en las normas.

El tipo racional-normativo se supone apto para servir con *validez general* a todos los estados y para todos los tiempos. Históricamente, responde a la época del constitucionalismo *moderno o clásico*, iniciado a fines del siglo XVIII.

El tipo racional-normativo apunta fundamentalmente a la constitución *formal*.

2. — El tipo *historicista*, en oposición al racional normativo, responde a la idea de que cada constitución es el producto de una cierta *tradición* en una sociedad determinada, que se prolonga desde el pasado y se consolida hasta y en el presente. Cada comunidad, cada estado, tiene "su" constitución así surgida y formada. La constitución no se elabora ni se escribe racionalmente, la constitución es algo propio y singular de cada régimen. Por eso descarta la generalidad y la racionalidad del tipo racional-normativo, para quedarse con lo individual, lo particular, lo concreto.

3. — El tipo *sociológico* contempla la dimensión sociológica *presente*. Diríamos que enfoca a la constitución material tal cual funciona "hoy" en cada sociedad, como derecho con vigencia actual, en presente. No le preocupa que la vigencia sociológica provenga o no de una línea precedente de tradición histórica, o que sea reciente.

Así como el tipo historicista pone el acento en la *legitimidad* de la constitución a través del tiempo y del pasado, el sociológico encara la *vigencia sociológica* de la constitución material presente.

4. — Se puede decir que el tipo historicista y el tipo sociológico se apartan (total o parcialmente) de la planificación racional y abstracta, porque ven a la constitución como un producto del medio social, o sea, como *constitución material*.

Las clases de constitución

5. — Entre las *clases de constitución* involucramos:

a) la *escrita, formal o codificada*, que se caracteriza por la reunión sistemática de las normas expresamente formuladas en un cuerpo unitario;

b) la *no escrita o dispersa*, que carece de dicha unidad, y puede ser: b') totalmente no escrita; b") parcialmente no escrita, y parcialmente escrita en normas dispersas; b"') totalmente escrita en normas dispersas. El tipo más frecuente de constitución no escrita es el mencionado en el subinciso b");

c) la constitución *formal*, definida en el inc. a) por la forma externa de la codificación normativa;

d) la constitución *material*, que es la vigente y real en la dimensión sociológica del tiempo presente, como modo de estructura y ordenación de un régimen;

e) la constitución *rígida* es la que, surgida de un poder constituyente formal, no se puede modificar sino mediante *procedimientos diferentes* a los de la legislación común; la rigidez puede consistir fundamentalmente en que: e') debe seguirse un *procedimiento especial* a cargo de un *órgano también especial* que hace la reforma; o sea que procedimiento y órgano reformatorios difieren de los legislativos comunes; a este tipo de rigidez se le llama orgánico; e") basta seguir un *procedimiento especial* a cargo del *mismo órgano legislativo* (parlamento o congreso); o sea que el procedimiento es distinto al de la legislación común, pero el órgano es el mismo; a este tipo de rigidez más benigno se lo denomina rigidez por *procedimiento agravado*, o rigidez formal;

f) la constitución *flexible* es la que admite su enmienda mediante el mismo mecanismo empleado para la legislación común; por eso en las constituciones flexibles o elásticas suele decirse que falta la distinción entre poder constituyente y poder constituido, porque el poder legislativo está habilitado para modificar la constitución como si fuera una ley común. Sin embargo, los demás órganos de poder distintos del legislativo carecen de esa competencia, por lo que cabe decir que quedan subordinados a la constitución y que, respecto de ellos, ésta no es flexible;

g) la constitución se considera *pétrea* si además de ser escrita y rígida se declara *irreformable*; no parece posible hablar de una constitución totalmente pétrea, debiendo reservarse el concepto para *algunos contenidos* de la constitución que no son susceptibles de reforma, o de alteración, o de supresión. Sin embargo, sería viable reputar a una constitución íntegramente pétrea durante los *períodos de tiempo* en que su reforma está prohibida. Los contenidos pétreos pueden estar expresamente establecidos, o surgir implícitamente;

h) la constitución es *otorgada* cuando un órgano estatal la concede o establece unilateralmente;

i) la constitución es *pactada* cuando deriva de un acuerdo, compromiso o transacción entre un órgano estatal y la comunidad, o un sector de ella;

j) la constitución es *impuesta* cuando se la supone emanada del

poder constituyente radicado en el pueblo, y surgida de un mecanismo formal en ejercicio del mismo poder.

II. LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL ARGENTINA

Su caracterización general

6. — La constitución argentina de 1853 —a la que llamamos constitución *histórica* o *fundacional*— es *escrita* o *codificada*, por lo que corresponde a la categoría de *constitución formal*.

Surgió en *1853* de un acto constituyente *originario* y se completó con otro de igual naturaleza en *1860*, al integrarse la provincia de Buenos Aires a la federación que, en la primera fecha, se formó solamente con trece. Es, entonces, una *constitución nueva u originaria*, que dio nacimiento a la República Argentina.

Tomó del tipo *racional-normativo* la pretensión de planificar hacia el futuro nuestro régimen político, pero el constituyente no la elaboró con puras abstracciones mentales ni con un racionalismo apriorístico, sino todo lo contrario. Tuvo un sentido realista de compromiso con todos los elementos de la estructura social de su época: cultura, religión, tradición, ideologías, creencias, factores geográficos y mesológicos, etc.

Es importante y necesario hacer historia política y constitucional de todo el proceso que desembocó en la constitución de 1853-1860 para comprender cuál ha sido su "por qué" y su "razón histórica" y, con ello, dar por cierto que constituir un nuevo estado estuvo muy lejos de crearlo de la nada y de prescindir de su génesis.

7. — La constitución argentina amalgama también —por eso— algunos caracteres del tipo *tradicional-historicista*, porque plasmó contenidos que ya estaban afincados en la comunidad social que la preexistía, y los legitimó a título de la continuidad y permanencia que acusaban en la estructura social. De todo un repertorio de ideas, principios y realidades que la tradición histórica prolongaba —por lo menos desde 1810—, nuestra constitución consolidó implícitamente determinados contenidos a los que atribuimos carácter *pétreo*.

Decir que hay contenidos pétreos en nuestra constitución significa afirmar que mientras se mantenga la fisonomía de nuestra comunidad y mientras la

BIBLIOTECA SANTA FE

estructura social subyacente siga siendo fundamentalmente la misma, dichos contenidos no podrán ser válidamente alterados o abolidos por ninguna reforma constitucional. Podrán, acaso, ser objeto de modificación y reforma, pero no de destrucción o supresión.

Entre los contenidos pétreos citamos: a) la *democracia como forma de estado*, basada en el respeto y reconocimiento de la dignidad del hombre, de su libertad y de sus derechos; b) *el federalismo como forma de estado*, que descentraliza al poder con base territorial; c) *la forma republicana de gobierno*, como opuesta a la monarquía; d) la *confesionalidad del estado*, como reconocimiento de la *Iglesia Católica* en cuanto persona de derecho público.

8. — En la constitución argentina reconocemos también una *ideología* que le infunde un espíritu intangible. *Todo régimen, toda constitución y toda política tienen su ideología*, o si se quiere evitar el término, sus ideales operantes, su idea de derecho, su filosofía política o su techo ideológico. Creencias, principios, pautas fundamentales que significan una toma de posición valorativa, forman un sistema ideológico que vertebra, inspira y moviliza a toda constitución.

La ideología constitucional se conecta: a) con el *orden del valor en la dimensión dikelógica*, ya que la fórmula ideológica que proyecta e inspira los fines del estado toma al valor como orientación desde su deber ser ideal, y hace valoraciones —o sea, juicios de valor—, así como las hace para escoger las soluciones que a dichos fines se encaminan; b) con el *orden de las conductas* (o dimensión sociológica), ya que las ideas, los principios y los valores encarnan y se realizan en el régimen político —o sea, la ideología está organizando al régimen—; c) con el *orden normativo*, en cuanto la constitución formal describe las pautas ideológicas, los fines del estado, etc., en la dimensión normológica.

9. — La *reforma de 1994*, con haber impreso a la constitución de 1853-1860 una fisonomía en muchos aspectos distinta a la del texto originario (es más extensa, más abierta en sus normas, más detallista en algunas) no nos hace hablar de una "nueva constitución", porque entendemos que ha mantenido —aunque ampliado— el eje vertebral primitivo de principios, valores, derechos y pautas, sin alterar el contenido esencial originario, no obstante las numerosas enmiendas que le introdujo. Ver nº 27.

El preámbulo

10. — Con referencia a la ideología y a los principios fundamentales de la constitución, debemos traer a colación el *preámbulo.*

El preámbulo contiene y condensa las *decisiones políticas fundamentales,* las pautas del régimen, los fines y objetivos, los valores y principios propugnados, el esquema del plan o programa propuesto por el constituyente.

Si bien la jurisprudencia de nuestra Corte advierte que el preámbulo no puede ser invocado para ensanchar los poderes del estado, ni confiere "per se" poder alguno, ni es fuente de poderes implícitos, no podemos dejar de admitir que suministra un valioso elemento de *interpretación.* La propia Corte ha dicho de algunas de sus cláusulas (por ej., la de "afianzar la justicia") que son *operativas,* y les ha dado aplicación directa en sus sentencias.

11. — El preámbulo no ha de ser tomado como literatura vana, porque *los fines, principios y valores* que enuncia en su proyecto obligan a gobernantes y a gobernados a convertirlos en realidad dentro del régimen político.

Por otra parte, esos mismos fines y valores mantienen permanente *actualidad,* son aptos para *encarnarse* en nuestra sociedad contemporánea, y además gozan de suficiente *consenso* por parte de la misma sociedad. Diríamos, por eso, que goza de legitimidad sociológica.

12. — La primera definición que encontramos en el preámbulo acoge el principio de que *el poder constituyente reside en el pueblo.* "Nos los representantes del *pueblo...*". De inmediato cuando dice "por voluntad y elección de las *provincias...*" reconoce la *preexistencia histórica de las provincias.* Ambas alusiones permiten coincidir en que el sujeto primario de nuestro poder constituyente ha sido el *pueblo "de las provincias"* o, en otros términos, el pueblo diversificado en las unidades políticas provincianas que antecedieron al estado federal.

La mención al "cumplimiento de *pactos preexistentes*" da razón de una fuente instrumental a través de la cual se arribó al acto constituyente.

13. — De inmediato, cuando consigna que la constitución se establece "con el objeto de...", el enunciado abarcador de *seis* fines, bienes o valores, condensa la *ideología* de la constitución y el *proyecto político* que ella estructura: a) unión nacional; b) justicia; c) paz interior; d) defensa común; e) bienestar general; f) libertad.

a) *Constituir la unión nacional* significaba, al tiempo de la constitución, formar la unidad federativa con las provincias preexistentes; o dicho de otro modo, dar nacimiento a un estado (federal) que hasta entonces no existía. Pero ese objetivo inmediato mantiene y recobra su propuesta para el presente, en cuanto se dirige a perfeccionar ahora y siempre el sistema originariamente creado, y a cohesionar la unidad social (que no significa uniformidad opuesta al pluralismo).

b) *Afianzar la justicia* es reconocerla como valor cúspide del mundo jurídico-político. No se trata solamente de la administración de justicia que está a cargo del poder judicial, ni del valor justicia que dicho poder está llamado a realizar. Abarca a la justicia como *valor* que exige de las conductas de gobernantes y gobernados la cualidad de ser justas. La Corte ha dicho que esta cláusula es operativa, y que obliga a todo el gobierno federal.

c) *Consolidar la paz interior* fue también, a la fecha de la constitución, un propósito tendiente a evitar y suprimir las luchas civiles, y a encauzar los disensos dentro del régimen político. Puede haber adversarios, pero no enemigos. Hoy se actualiza significando la recomposición de la unidad social, de la convivencia tranquila, del orden estable, de la reconciliación.

d) *Proveer a la defensa común* no es sólo ni prioritariamente aludir a la defensa bélica. La comprende, pero la excede en mucho. El adjetivo "común" indica que debe defenderse todo lo que hace al conjunto social, lo que es "común" a la comunidad; en primer lugar, defender la propia constitución, y con ella, los derechos personales, los valores de nuestra sociedad, las provincias, la población, el mismo estado democrático, el federalismo.

e) *Promover el bienestar general* es tender al bien común público; la Corte ha dicho que el bienestar general del preámbulo coincide con el bien común de la filosofía clásica. Este bienestar contiene a la prosperidad, al progreso, al desarrollo, con todos sus ingredientes materiales e inmateriales que abastecen la buena convivencia humana social. Es el "estar bien" o "vivir-bien" los hombres en la convivencia compartida en la sociedad políticamente organizada.

f) *Asegurar los beneficios de la libertad* presupone que la libertad es un bien que rinde beneficio. La libertad es un valor primordial,

como que define a la esencia del sistema democrático. Exige erradicar el totalitarismo, y respetar la dignidad del hombre como persona, más sus derechos individuales. La libertad forma un circuito con la justicia: sin libertad no hay justicia, y sin justicia no hay libertad.

Por otra parte, todos estos objetivos, que son fines, bienes y valores, se hallan *en reciprocidad:* unos coadyuvan a que se realicen los otros.

14. — Cuando el preámbulo enuncia: "para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino", hemos de interpretar varias cosas: a) una pretensión de *durar* y *permanecer* hacia y en el *futuro;* b) una indicación de que los fines y valores de su proyecto político deben realizarse *ya y ahora*, en cada *presente*, para "nosotros", los que convivimos "hoy", sin perjuicio de su prolongación para los que nos sucedan en el tiempo; el futuro no relega ni amputa al presente; c) una apertura *humanista y universal* de hospitalidad a los extranjeros.

15. — Finalmente viene la invocación a *Dios*, "fuente de toda razón y justicia". Para el constituyente, la medida de lo razonable y de lo justo proviene de Dios; los valores que el preámbulo contiene hunden su raíz última en Dios, Sumo Bien. Nuestro régimen no es ateo ni neutro, sino *teísta*. Y el patrón o standard para el derecho positivo justo es el derecho natural (o valor justicia).

16. — La enunciación de los valores contenidos expresamente en el preámbulo no niega ni desconoce a otros, que podemos considerar incluidos implícitamente, como el *orden*, la *cooperación*, la *solidaridad*, etc.

17. — El preámbulo comparte la *fuerza normativa* de la constitución, y como síntesis que es, no agota el arsenal de pautas, principios y valores que luego se completan en el articulado integral del texto constitucional.

El orden normativo de la constitución formal

18. — La constitución formal es normativa, *es derecho*. Le hemos llamado el "derecho de la constitución". Por ende, en su texto encontramos un conjunto codificado de normas, desde el preámbulo hasta las cláusulas transitorias, pasando por todo el articulado.

19. — Hay doctrina que afirma (por ej., Vanossi) que todas las normas de la constitución son *normas de competencia*, y no sólo las que organizan al poder y prevén los actos de los mismos. En tal sentido, también se contempla a las normas que declaran derechos y garantías como normas de competencia, en cuanto significan limitaciones o deberes para los órganos de poder (omitir, dar o hacer algo en relación con los titulares de derechos y garantías).

Preferimos, más bien, con independencia de la divisoria tradicional en una parte orgánica y otra dogmática, afirmar que en cualquiera de ambas los principios, los valores y las normas que toman en consideración a la *persona humana*, confieren a ésta la *centralidad* que es fundamento y núcleo de toda la constitución.

Visualizar en la normativa de la constitución, como panorama común a todo su texto, a todas las normas como normas de competencia puede dejar la impresión de que aquella centralidad situada en la persona se esfuma, para resaltar, en cambio, al poder.

20. — Las normas de la constitución pueden ser consideradas asimismo como *indisponibles* o *disponibles*. Las primeras impiden disponer discrecionalmente de ellas; como ejemplo, valga las referentes a la formación y composición de los órganos de poder, al deber de respeto de los derechos personales, etc. Las segundas dejan su cumplimiento a discreción de los destinatarios; por ejemplo, las que facultan a establecer impuestos (sin obligación de establecerlos), o la del art. 35 que libra opción para el uso de los nombres oficiales del estado.

En las normas disponibles no hemos de entender que está ausente la *fuerza normativa* que impera su obligatoriedad, porque ésta se advierte en cuanto impiden que las facultades potestativas se ejerzan por un órgano al que no se les ha discernido, o que se transfieran a otro, o que se trabe su uso. Vinculan, además y siempre, en cuanto la disponibilidad no permitir que, al utilizarla, se pueda violar el plexo de principios, valores y derechos.

Normas "operativas" y "programáticas"

21. — La clasificación más atractiva es la que distingue normas *operativas* y normas *programáticas*.

a) Normas *operativas* (o autosuficientes, o autoaplicativas), son las que por su naturaleza y formulación ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediatos y directos, sin necesidad de ser reglamentadas por otra norma. La operatividad no impide esa reglamentación: solamente no la exige como imprescindible.

b) Normas *programáticas* son, como lo indica el adjetivo, las que proponen un programa y, por ende, son incompletas, viéndose requeridas de otra norma ulterior que las reglamente y les permita funcionar plenamente. Se suele decir que son de aplicación diferida,

hasta que aquella norma posterior las complete. Y ello no es así porque, de serlo, se plantea un serio problema en relación con la *supremacía de la constitución*. En efecto: si se dice que una norma programática contenida en la constitución no puede funcionar hasta que los órganos de poder la reglamentan mediante otra norma derivada más precisa, parece que la supremacía de la constitución queda postergada, bloqueada o relegada hasta que el órgano del poder actúa; y si acaso no actúa, la falta de reglamentación de la norma programática enerva aquella misma supremacía.

Tan compleja cuestión nos obliga a decir, sumariamente, que la existencia de las normas programáticas no viola, por sí sola, la supremacía de la constitución. (Por eso, no descartamos el concepto de norma programática como admisible en el derecho constitucional.) Lo que sí aclaramos es que la inactividad de los órganos del poder que omiten reglamentar mediante normas más precisas a las normas programáticas de la constitución, es *inconstitucional por omisión*.

Como principio, *se ha de interpretar que las normas de la constitución que declaran derechos personales fundamentales, son operativas*, y deben ser aplicadas aunque carezcan de reglamentación. Esta pauta fue expuesta por la Corte Suprema al fallar en 1957 el caso "Siri", sobre amparo, en el que deparó la vía procesal sumaria de protección, sin reglamentación legal que la regulara, para tutelar la libertad de expresión a través de la prensa.

22. — El problema más arduo se suscita —por eso— cuando nos preguntamos si antes de su reglamentación las normas programáticas de la constitución que *declaran derechos personales* pueden ser: a) invocadas por los titulares de esos derechos; b) aplicadas por los jueces.

Una primera respuesta negativa afronta así la cuestión: a') los titulares de tales derechos no pueden invocar la norma programática para pretender el reconocimiento o el ejercicio del derecho y, por ende, no tienen acción disponible; b') los jueces no pueden aplicarlas si los titulares invocan sus derechos, porque la división de poderes les impide suplir la ausencia de ley reglamentaria de la norma programática.

A ambas respuestas negativas replicamos en sentido opuesto: a") los titulares de derechos declarados en normas programáticas pueden invocarlos judicialmente, alegando que la omisión de ley reglamentaria se convierte, después de un lapso razonable, en *omisión inconstitucional* (el congreso, al no dictar la ley reglamentaria, viola la constitución porque frustra el funcionamiento de la norma programática y del derecho que ella contiene); b") los jueces pueden acoger ese alegato, y declarar que hay inconstitucionalidad por omisión, la que ha de recibir remedio en causa judiciable mediante integración de la carencia de norma legal (laguna legislativa), haciendo aplicación directa de la norma programática constitucional que acusa esa carencia reglamentaria; ello significa que la sentencia ha de crear, "para el caso" a resolver, una norma individual que tome en cuenta a la norma constitucional programática, y que supla la falta de ley reglamentaria a través de la integración del orden legal lagunoso.

La inconstitucionalidad por omisión ha sido recogida en la constitución de la provincia de Río Negro de 1988, que en su art. 207 arbitra soluciones mediante acción judicial.

23. — Es interesante también hacer aplicable una pauta que surge de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España para sostener que cuando una norma de la constitución necesita desarrollo legislativo y éste no ha sido suministrado por el legislador, la norma constitucional tiene —por lo menos y mientras tanto— un *contenido esencial* que siempre es aplicable y siempre debe ser aplicado.

24. — Además, en ese mismo intervalo, las normas programáticas surten los siguientes efectos: a) *impiden que se dicten normas opuestas*, a las que, en todo caso, convierten en inconstitucionales; b) la falta de vigencia sociológica (por desuso o por no reglamentación en tiempo razonable) no les quita la vigencia normológica, cuya subsistencia permite aplicarlas en cualquier momento; c) sirven como pautas de interpretación para aplicar el derecho vigente.

En consecuencia: a') sería inconstitucional —por ej.— una ley que prohibiera la participación en las ganancias; b') el congreso puede en cualquier momento dictar la ley de juicio por jurados; c') un tribunal puede utilizar la norma sobre condiciones dignas y equitativas de trabajo para considerar que hay conducta patronal injuriosa para el trabajador al que se lo obliga a prestar servicios en un lugar pequeño sin ventilación.

25. — Hay cláusulas programáticas que, por su formulación,

dejan plazo al congreso para que las reglamente; en tanto otras demuestran que el constituyente ha impuesto el *deber de reglamentación inmediata.*

La diferencia se advierte si se coteja la redacción del art. 118 con la del art. 14 bis. El art. 118 dice que los juicios criminales se terminarán por jurados "luego que se establezca en la república esta institución". La frase permite inferir que la voluntad del constituyente consiente dilatar el funcionamiento del jurado hasta que el congreso lo implante, cuando lo considere oportuno. En cambio, si se lee el art. 14 bis, se observa que los verbos que emplea no dejan margen para que el congreso postergue a su arbitrio la reglamentación que complete sus cláusulas programáticas; en efecto, allí se ordena, con una imperatividad sin plazo, que las leyes "asegurarán" tales derechos, que la ley "establecerá" tales cosas, que el estado "otorgará" los beneficios de la seguridad social. La demora, en estos supuestos, consuma la *inconstitucionalidad por omisión* legislativa reglamentaria.

Normas que no son susceptibles de reglamentación

26. — Vale comentar que hay normas de la constitución que implícitamente *prohíben su reglamentación* en ciertos aspectos. Así: a) la competencia originaria y exclusiva de la Corte en el art. 116 no puede ser ampliada ni disminuida por ley; b) no se puede añadir requisitos y condiciones a los establecidos taxativamente por la constitución para ejercer funciones cuyo desempeño tiene asignado los recaudos de elegibilidad o designación (presidente y vicepresidente de la república, diputados, senadores, jueces de la Corte); c) los funcionarios pasibles de juicio político no pueden ser ampliados por ley; d) la causal de mal desempeño para el juicio político no admite ser reglamentada por una ley que establezca en qué supuestos se debe tener por configurada; e) la opción para salir del país, que prevé el art. 23, no puede quedar sujeta a normas que establezcan condiciones, plazos, formalidades, etc.

III. LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1994

¿Es una "nueva" constitución?

27. — Realizada la reforma de la constitución en 1994, se hace conveniente averiguar si ha cambiado la tipología que presentaba antes. Hay diversidad de opiniones al respecto, y con el margen de

SANTA FE

las dudas que ello suscita, arriesgamos la nuestra propia.

Lo primero que hemos de reiterar es que *no estamos ante una constitución nueva* sino ante una *constitución reformada* (ver nº 9).

El texto que entró a regir el 24 de agosto de 1994 no aclara demasiado el tema, porque a veces alude a esta "reforma" y otras a "esta constitución", pero no podemos estancarnos solamente en el vocabulario utilizado. Lo que ocurre es que, al ser extensas las enmiendas, el texto ha sufrido a partir de su art. 35 un cambio de numeración en el articulado, y fue el conjunto íntegro lo que, unitariamente, se publicó oficialmente en forma reordenada y se puso en vigor.

En él hallamos:

a) normas *anteriores* que permanecen *intactas;*

b) normas que fueron *modificadas;*

c) normas *nuevas,*

más:

d) *desaparición normológica* de normas que fueron *suprimidas.*

El techo ideológico

28. — Este único complejo normativo no suprimió, ni alteró, ni cambió el techo ideológico originario. Las añadiduras y actualizaciones que innegablemente ha recibido se integran al históricamente primitivo, acentuándole los rasgos del *constitucionalismo social* y conservando su *eje de principios y valores.*

Si acaso se supone que estos agregados componen un nuevo techo ideológico, hay que afirmar que al no haber dos constituciones sino una sola —la reformada— la nueva vertiente se unifica en un único techo ideológico con el heredado de 1853-1860.

La vigencia normológica de las normas no reformadas

29. — Con respecto a las normas del texto anterior a la reforma que, después de ésta, subsisten en su versión originaria, tampoco creemos admisible sostener que han sido "puestas" nuevamente y por segunda vez en la constitución por la convención constituyente que, en 1994, las retuvo incólumes.

El texto "ordenado" de la constitución reformada surgió de la "reordenación" que se le introdujo a raíz de las enmiendas, pero las normas anteriores que no tuvieron enmiendas (porque tampoco la convención recibió competencia para efectuarlas cuando el congreso declaró la necesidad de la reforma por ley 24.309) conservan su vigencia normológica originaria a partir de la fecha en

que el respectivo autor las insertó a la constitución (1853, 1860, 1866, 1898, 1957).

¿Las leyes complementarias sólo pueden dictarse una vez?

30. — Ya adelantamos que el texto surgido de la reforma es extenso y con muchas cláusulas abiertas. Que son abiertas significa —en comparación con la constitución histórica— que numerosas normas exigen ser "cerradas" en su desembocadura mediante ley del congreso, porque el constituyente solamente dejó trazado un esquema global que necesita completarse. A veces, hasta han sido escasos los parámetros que las normas constitucionales nuevas proporcionan al legislador.

Por esta fisonomía, algunos autores interpretan que la reforma constitucional quedó inconclusa, lo que deja margen a que las leyes que deben dictarse para darle desarrollo complementario puedan reputarse como *leyes orgánicas*, a tenor de la terminología que explícitamente emplean algunas constituciones extranjeras para calificar a determinados ámbitos de la legislación.

Toda la serie de leyes requeridas por este fenómeno de la textura abierta de la constitución reformada, habilita al congreso para dictarlas más de una vez, o sea, para ir introduciendo innovaciones o reemplazos en la primera legislación reglamentaria posterior a la reforma.

No obstante, a algún sector de la doctrina se le ha creado el interrogante acerca de si la primera ley que reglamenta a cada norma constitucional abierta queda definitivamente impedida de modificaciones o sustituciones ulteriores. Personalmente creemos que no.

La rigidez

31. — Quizá el perfil tipológico que más induce a la duda es el de la rigidez de la constitución.

Después de la reforma ¿sigue siendo rígida nuestra constitución, o no?

El test para la indagación remite a varios aspectos.

a) En primer lugar, la ya aludida textura abierta de las normas nuevas hace decir a algunos que:

a') a raíz de las leyes reglamentarias que deben completar a las normas de la constitución, el congreso ha recibido "por delegación" una porción de *poder constituyente;* o que:

a") nos hallamos ante un *poder constituyente compartido* entre la convención de 1994 y el congreso que, después, "cierra" mediante leyes la apertura de las normas constitucionales incompletas.

b) En segundo lugar, se dirige la atención a los *tratados internacionales sobre derechos humanos* aludidos en el art. 75 inc. 22 de la constitución, y se afirma que los que directamente han recibido *jerarquía constitucional* pueden desaparecer de nuestro derecho interno a través del trámite de su denuncia internacional, a tenor del trámite previsto en el citado inc. 22; y que además hay otros que sin estar incluidos en su listado son susceptibles de *alcanzar jerarquía constitucional* después de la reforma mediante el trámite especial allí señalado. Ambos supuestos dan pie en esta interpretación para sostener que órganos del poder constituido (poder ejecutivo y congreso) tienen competencia "constituyente" para decidir sobre la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos.

32. — Vamos a responder a estos interrogantes con nuestro punto de vista.

La sensación de que, al menos parcialmente, la rigidez de nuestra constitución según su art. 30 —que no ha tenido cambio alguno en su "letra"— ha sufrido implícitamente desde la reforma de 1994, admite descartarse.

Un argumento a utilizar para ello es el siguiente: el constituyente de 1994 optó por conferir a algunas normas nuevas la ya mencionada textura abierta —o muy abierta— que reclama legislación complementaria. Con ello, hizo *más amplio el poder "constituido" del congreso* para dictar, como competencia suya (no constituyente) todas las leyes necesarias para "cerrar" esas aperturas.

Además, en la medida en que cada una de esas leyes requieran un procedimiento legislativo *agravado* en relación con el resto de la legislación común, se puede pensar que la rigidez de la constitución (en el supuesto de afirmarse la delegación de poder constituyente al congreso, o el carácter compartido de su ejercicio entre el congreso y la convención) se ha debilitado pero no reemplazado lisa y llanamente por la flexibilidad.

En todo caso, proponemos sostener que *se mantiene la rigidez* dispuesta en el art. 30, y se le ha acoplado un procedimiento *menos rígido* a cargo del congreso en todas las cláusulas constitucionales que remiten a leyes a dictarse con quórum agravado o especificado para cada caso.

Si se extremara la duda, la cuestión llevaría a decir que, de haberse perdido la rigidez en algunos ámbitos de la constitución,

la eventual flexibilidad sería *parcial* (solamente en esos ámbitos), subsistiendo en el resto la rigidez emanada del art. 30.

Para culminar, preferimos apostar a que el principio de rigidez de nuestra constitución, aunque acaso haya adquirido alguna fisonomía distinta y atenuada, sigue adscripto a su tipología. Dicho negativamente: *la constitución no se ha transformado en flexible.*

33. — En orden a los *tratados de derechos humanos* del art. 75 inc. 22, nuestro criterio se refuerza cuando, con toda seguridad personal, aseveramos que el revestir jerarquía constitucional *no los hace formar parte del texto de la constitución,* porque están *fuera* de ella, aunque compartiendo su misma supremacía, situados en lo que denominamos el *bloque de constitucionalidad* (ver cap. I, nº 17).

Las cláusulas transitorias

34. — El texto de la constitución reformada contiene, al final, diecisiete disposiciones o cláusulas transitorias.

Hemos de recalcar que tales cláusulas que, en todo caso, aluden a nociones de temporalidad, forman parte de la constitución y tienen su mismo rango, su misma fuerza, su misma obligatoriedad, su misma vinculatoriedad.

No se hallan en un plano inferior, ni más débil que el resto del articulado. Se advierte bien con la disposición 17, que para nosotros reviste definitividad y permanencia, cuando afirma que el texto ordenado sancionado por la convención reemplaza al anterior.

Por consiguiente, la constitución actual —toda ella *con idéntica jerarquía normativa*— se integra con:

a) el *preámbulo,*

b) *129 artículos* (que son 130 porque subsiste intercalado en su sanción de 1957 el art. 14 bis), y

c) *17 disposiciones* denominadas *"transitorias"*.

IV. LA DINÁMICA DE LA CONSTITUCIÓN

La constitución en la movilidad del régimen político

35. — La dinámica constitucional puede ser enfocada desde dos

ángulos: a) en relación con la constitución *material;* b) en relación con la constitución *formal.*

La constitución *material* equivale a un *régimen político,* y régimen denota movilidad y proceso. La vigencia sociológica de la constitución material es la que expresa la actualidad permanente de la misma, que transcurre y se realiza en la *dimensión sociológica;* como jamás le falta al estado una constitución material, y ésta es dinámica, cabe decir que el estado "está siendo" lo que a cada momento "es" en la vigencia de su derecho constitucional material.

La constitución *formal* argentina tiene pretensión de dinamismo, porque encierra la aspiración y la exigencia de adquirir vigencia sociológica en la constitución material, de realizarse, de funcionar. Esto se enlaza con su *futuridad* y su *permanencia,* que explicamos al tratar el preámbulo (ver nº 14). También con la *fuerza normativa* (ver cap. I, nº 18).

Hablar de la dinámica de la constitución, tanto de la formal como de la material, nos reenvía nuevamente a verificar comparativamente en qué medida la constitución formal tiene vigencia sociológica en la material, o no; cuáles son las desfiguraciones, violaciones, o coincidencias, y a través de qué fuentes se producen todos estos fenómenos.

El reflejo de las normas de la constitución formal en la constitución material

36. — Las normas de la constitución formal así vistas en la dimensión sociológica de la *constitución material* brindan un vasto panorama, algunos de cuyos perfiles son los siguientes: a) hay algunas que tienen vigencia sociológica, es decir, que son eficaces y se cumplen o aplican; b) hay otras que pasan por el fenómeno de mutaciones constitucionales, que en seguida analizaremos; c) hay algunas que son programáticas y se hallan bloqueadas por omisión reglamentaria; d) en este supuesto, los derechos que esas normas pueden reconocer suelen quedar sin posibilidad de ejercicio, porque el derecho judicial es renuente a suplir la omisión legislativa.

Cada una de estas situaciones puede ser permanente, o tener una duración transitoria. Lo importante radica en reiterar que, a nuestro juicio, las normas de la constitución formal mantienen su *vigencia normológica* mientras no son objeto de reforma (supresión, sustitución, modificación, etc.) y que, por ende, cualquiera sea el reflejo de que pueden ser objeto en la constitución material, conservan la supremacía que da pie para su aplicación inmediata.

Las mutaciones constitucionales

37. — Para entender las llamadas "mutaciones" como fenómenos de la dinámica constitucional, hay que volver a confrontar la constitución material con la formal. Las mutaciones son *cambios y transformaciones reales que se operan en la constitución material, sin que se produzca modificación alguna en el texto de la constitución formal.* Dicho de otra manera, el orden normativo de la constitución formal permanece intacto mientras la constitución material acusa una transformación respecto de la formal.

Cuando el cambio se incorpora mediante *reforma* a la constitución formal, ya no cabe hablar, a partir del momento de tal reforma, de mutación constitucional, sino precisamente de "reforma" o enmienda.

38. — Las transformaciones mutativas a que nos venimos refiriendo pueden acontecer, en una gruesa tipología, de la siguiente manera:

a) La primera mutación es la *mutación por adición.* En ella, se incorpora o agrega a la constitución material un contenido nuevo que carece de norma previsora en la constitución formal.

Un ejemplo típico lo encontramos en el derecho constitucional argentino con los partidos políticos, sobre los cuales la constitución antes de la reforma de 1994 carecía de norma expresa, y que hallaron recepción en la constitución material por fuente de derecho espontáneo, de ley, y de derecho judicial.

b) La segunda mutación es la *mutación por sustracción,* que presenta el fenómeno inverso al anterior. Se produce cuando normas de la constitución formal que prosiguen incorporadas a ella (o sea, con vigencia normológica), pierden vigencia sociológica, o no llegan a alcanzarla en la constitución material.

Podemos proponer dos ejemplos: b') entre el Acuerdo con la Santa Sede de 1966 y la reforma de 1994 (que suprimió las normas sobre patronato, pase y admisión de órdenes religiosas) dichas normas perdieron vigencia sociológica en virtud del citado Acuerdo; b") el juicio por jurados nunca adquirió vigencia sociológica porque tampoco el congreso dictó la legislación de desarrollo para aplicarlo.

c) La tercera mutación es la *mutación por interpretación.* En ella, las normas de la constitución formal adquieren un modo de vigencia sociológica que no coincide exactamente con la norma escrita en su formulación expresa.

Un ejemplo encontramos en la distribución de competencias entre el estado federal y las provincias, en materia de derecho procesal; la constitución formal reserva a las provincias la facultad de dictar leyes procesales para sus jurisdicciones respectivas, no obstante lo cual, interpretando las competencias del estado federal en el campo de las relaciones internacionales, los tratados internacionales sobre derecho procesal que ratifica el estado federal en uso de su personalidad internacional, incorporan al derecho interno argentino (con aplicación obligatoria en las jurisdicciones provinciales), normas de derecho procesal que el congreso no podría dictar con ese alcance.

d) La cuarta mutación es la *desconstitucionalización.* Se produce cuando toda la constitución formal, o una parte importante de ella, pierden vigencia sociológica, a raíz de cualquier fuente que la hace decaer al introducir contenidos opuestos.

En el derecho comparado, se cita el caso de la constitución alemana de Weimar, de 1919 que, sin ser reformada ni derogada, fue sustituida por una constitución material divergente durante el régimen nacionalsocialista.

39. — Algunas mutaciones pueden ser *violatorias* de la constitución formal, y otras pueden *no serlo.* Hay que observar, en cada caso, si representan oposición o deformación, respecto de la constitución formal, o si al contrario se ubican en una zona donde la permisión o la interpretación de la constitución formal dejan margen para considerarlas compatibles con ella.

Por último, también resulta de interés, cuando se detectan mutaciones, indagar cuál es la fuente del derecho constitucional que les da origen.