

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES DE LA MATERIA

"El dilema es de hierro: o ponemos coto a la ola de inmoralidad volviendo a las sabias raíces metafísicas de nuestra Constitución - que sigue siendo el gran programa de gobierno para los tres Poderes y para el pueblo todo - o bien nuestro país se verá tomado por una concepción que, como opuesta a su historia y a su sentido, ocupará la superficie gubernamental pero dejará asfixiado al país verdadero como si intentase enterrarlo con palpitaciones de vida"

Luis María Boffi Boggero

1.1.- ¿A qué nos referimos cuando hablamos de la Constitución? : Introducción y acepciones

Es sabido que *el sistema constitucional* gira en derredor de la idea de Constitución. Por ello, es bueno destacar que la denominación *Constitución* "no ronda" en torno al concepto de Estado, ni al de Régimen Político, ni al de sistema político, aunque estos últimos se encuentren presentes en su articulación.

Con ello pretendemos destacar que si bien el concepto de sistema jurídico es integrador de todos los elementos que lo nutren, cuando hablamos de sistema constitucional nos referimos a una realidad que, aunque es básicamente compleja, posee perfiles propios de completitud que es necesario definir y diferenciar de otras realidades afines.

Opinan importantes autores, como Duverger, que el "Derecho Constitucional es cada vez menos el derecho de la Constitución, para transformarse cada vez más en el derecho de las instituciones y los regímenes políticos, contenidos o no en el texto de la Constitución". Con esta tendencia se pretende expresar que la voz "instituciones políticas" tiende a suplantar progresivamente el clásico rótulo de derecho constitucional.

Creemos nosotros que si bien el derecho constitucional, por su carácter integral y sistémico, se aplica a las instituciones políticas y a los regímenes políticos, ello lo es en tanto y en cuanto estas concepciones son capturadas por

las reglas estatuidas en la Constitución. Un planteamiento contrario corre el riesgo de volatilizar lo jurídico, lo que resulta inadmisibile, justamente en el ámbito de los estudios que se producen principalmente en facultades de derecho.

Es real que derivado de esta posición, surge un concepto de "sistema constitucional" mas bien estricto, pero estimamos que habilitar una concepción por demás amplia, invitaría a generar un esquema de estudio demasiado ampuloso, que no encontraría su sede adecuada en una asignatura de Derecho Constitucional, sinó mas bien en algunas de aquellas que abundan en los planes de estudio de diversos países (sociología política, política comparada, gobierno comparado, teoría del Estado y de los sistemas políticos, etc.)

Diremos también, luego de estas necesarias aclaraciones preliminares, que no creemos- pese a lo antes dicho - que el estudio del sistema constitucional se agote en el análisis de los *textos constitucionales escritos*, ya que un Estado, y el derecho constitucional que hace de fundamento al plexo íntegro de su ordenamiento jurídico-político, son realidades sociales vivas y en movimiento, o sea fenómenos de convivencia del hombre y la mujer.

Ya indica con precisión el maestro Bidart Campos que lo social y lo político, al igual que lo jurídico, no se montan sinó sobre lo humano.

Lo importante al abordar el estudio de esta materia, es poder analizar el funcionamiento real de una constitución (también real).

Ello implica delimitar la efectiva articulación y limitación recíproca del Poder, en beneficio de los ciudadanos que lo determinan e instituyen.

Cierto es que para conocer esta realidad, habrá que ocuparse de muchas situaciones no jurídicas, pero no creemos razonable que en ese tránsito, se desplace a la Constitución del centro real del sistema constitucional.

O sea, que sin pretender incurrir en demasías jurídicas formales, hemos de centrar este ámbito de estudio en sus justos contornos: una realidad integradora que tiene por eje a la Constitución

Para ir cerrando esta expresión preliminar, diremos que de la Constitución se puede hablar en un doble sentido: formal y material. Desde el primero, se entiende usualmente por Constitución a un documento legal, escrito, en el que se recoge, sistematiza y organiza el sistema político de un

país y que por eso, se torna en su ley fundamental.

Partiendo de esta acepción, hemos de notar que todos, o casi todos los países del mundo poseen Constitución

Aún así, cuando hablamos de Constitución en sentido material, nos referimos (incluso desde el lenguaje coloquial, "de café") a otra cosa: al funcionamiento *real* de una Constitución, a las materias que nutren su contenido esencial

Entonces:

El Derecho Constitucional, resulta ser la rama del derecho público que se ocupa del estudio del Sistema Constitucional, integrado por las normas jusfundamentales que se refieren a la estructura del Estado, a la organización y la competencia de los poderes de gobierno y a los derechos, garantías y obligaciones individuales y colectivos, así como las instituciones que los garantizan, como asimismo la jurisprudencia, doctrina, práctica, usos y costumbres que asientan su aplicabilidad

Existen varias acepciones o maneras de entender el concepto de Constitución, que creemos se pueden resumir, sintéticamente, en las siguientes:

- Para un sector de estudiosos del derecho, **la Constitución se presenta como una realidad jurídico-formal**: una norma especial y suprema (codificada o dispersa) que preside la vida jurídica y política de un país, pero que se limita a definir los grandes trazos básicos, sin descender a las cuestiones de detalle.

Esta norma fundamental no pretende agotar todo el derecho, ni ser la única fuente de juridicidad. Tal concepto, que podemos sindicar como *clásico* nutrió a las primeras constituciones (fines del Siglo XVIII y principios del Siglo XIX) y sus puntos de referencia eran la captura de un espacio básico de libertad para los ciudadanos, y una pretensión de limitación (sobre la base de división) del Poder.

Una variable de esta postura es la posición "Kelseniana", que además de considerar a la Constitución como norma *suprema* o *fundante*, entiende al texto fundamental como base de la jerarquía constitucional, a modo de "cúspide" de la pirámide normativa que ella preside. Para los Kelsenianos la Constitución es paradigma y fuente de la juridicidad misma, y particularmente

una norma destinada a dejar sin efecto a todas las que se le opongan, ya que es la norma que rige la producción de toda normativa inferior a ella.

En términos Kelsenianos, la Constitución no posee carácter político alguno.

- Según la interpretación de otro sector doctrinario, la Constitución **es una realidad político-organizativa**, ya que se instituye en la organización básica de un país.

Esta concepción pone de resalto la función organizadora y fundadora de la Constitución, que por una parte, codifica y ordena la vida política, y por la otra, la fundamenta y legitima

La concepción institucional del sistema constitucional se opone al concepto normativo del mismo. Predica que el conocimiento de la realidad social en un país determinado se logra fundamentalmente mediante el estudio de sus instituciones. Este contexto se aleja entonces del terreno eminentemente normativo para situarse en las estructuras de los poderes e intereses sociales, políticos y económicos que se mueven tras el derecho público

- Por su parte, existen analistas que conciben a la Constitución como **un medio Para limitar al Poder**. Se presume que el Poder es en sí pernicioso (aunque necesario), y por ello hay que frenarlo, garantizando además a los ciudadanos una esfera inviolable de derechos y libertades.

Este enfoque se encuentra nutrido por el pensamiento liberal, contrario a toda acumulación del Poder. Esta concepción ha sido asumida por grandes pensadores como Corwin, Friedrich y Loewenstein.

Desde este espacio de pensamiento, el límite del poder se encuentra constituido por el Derecho, y en consecuencia la naturaleza de la Constitución es política y jurídica, revistiendo necesariamente un carácter jurídico y formal.

- Finalmente hay quienes piensan que la Constitución **es la concreta y real configuración de una Nación**, como resultado de su historia, o del juego de los factores reales de poder que en él existen, su estructura de clases, etc. No se trata aquí de identificar a la Constitución con el "deber ser" sino con el "ser" de la sociedad.

Esta concepción emplea aquí el concepto de Constitución en un sentido descriptivo, pudiendo destacarse a Edmund Burke como principal cultor de la

misma. No podemos olvidar aquí a Federico Lassalle, quien situado en las *antípodas* de Burke, también hizo hincapié en el modo sociológico-real de existir de un pueblo, ello en una famosa conferencia pronunciada en Berlín, en 1862. Definía allí Lassalle a la Constitución como el conjunto de factores reales de poder que rigen un país, aclarando que cuando esos factores se plasman en un papel, dan lugar a una Constitución, en sentido formal, y constituyen entonces derecho

Se preguntaba el famoso revolucionario alemán frente a su auditorio en su inmortal conferencia: ¿En que consiste la verdadera esencia de una Constitución?

Y respondía:

"He aquí, pues, señores, lo que es en esencia la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país. Pero, ¿qué relación guarda esto con la Constitución jurídica?...se toman esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita y a partir de ese momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho"

De lo expuesto podemos deducir que para Lassalle, todos los países tienen Constitución real y efectiva, de la misma manera que todo cuerpo tiene una constitución, pero enfatiza luego de ello que lo específico de los tiempos que hoy corren (en Alemania del 1800) no son las constituciones reales y efectivas, sino las constituciones escritas, las "hojas de papel", de lo que deriva el autor que los problemas constitucionales no son tanto problemas de derecho, cuanto problemas de poder.

En una definición gráfica, podremos indicar el siguiente resumen conceptual:

PRINCIPALES ACEPCIONES DEL TERMINO	SOSTENEDORES EN DOCTRINA	CARACTERES DE LA ACEPCIÓN
<ul style="list-style-type: none"> • La Constitución es una realidad jurídica y formal 	<ul style="list-style-type: none"> • Kelsen, • Constitucionalistas clásicos 	<ul style="list-style-type: none"> • La Constitución es una norma especial y suprema que preside la vida jurídica y política del País, representado la cúspide del ordenamiento jurídico
<ul style="list-style-type: none"> • La Constitución es una realidad política y organizativa 	<ul style="list-style-type: none"> • Duverger 	<ul style="list-style-type: none"> • La Constitución supera el ámbito meramente normativo para hacerlo extensivo al ámbito de la realidad política
<ul style="list-style-type: none"> • La Constitución es un medio para limitar el Poder 	<ul style="list-style-type: none"> • Corwin • Friedrich • Loewenstein 	<ul style="list-style-type: none"> • El límite del Poder va a ser el Derecho, por lo que la naturaleza de la Constitución es política y jurídica
<ul style="list-style-type: none"> • La Constitución es la concreta y real configuración de un país como resultado de su historia o del juego de los factores reales de Poder que en él existen 	<ul style="list-style-type: none"> • Burke • Lassalle 	<ul style="list-style-type: none"> • La Constitución representa el modo sociológico y real de existir de un pueblo, en cuanto ellos se plasman en un "papel"

Debemos aclarar, luego de lo antes expuesto, que una Constitución en sentido material, es una modalidad de limitación al Poder, lleva a cabo por medio del derecho que afirma y provee una esfera de derechos y libertades a favor de los habitantes del Estado. En su sentido formal, será el documento que estatuye lo antes expuesto, pero que habrá de valorarse en tanto y en cuanto sea realmente observado en la realidad.

No creemos que la Constitución sea un instrumento neutro a las valoraciones (políticas o no). Por el contrario, la concebimos como una creación del liberalismo político, hoy en pleno tránsito a un decidido e impredecible cambio, asentado sobre la cresta de la ola del fin del milenio que brega - al menos eso observamos en los tiempos que hoy corren - por generar un decidido tránsito de la democracia representativa a la democracia participativa.

Diremos entonces nosotros, partiendo de las especificaciones dadas al respecto por el jurista argentino Boffi Boggero, que la Constitución sigue siendo el gran programa de gobierno estatuido democráticamente para los Poderes de Estado y para el pueblo todo, compuesto por ciertas reglas prácticas declarativas, preceptivas o imperativas dictadas por los representantes del pueblo en ejercicio del Poder Constituyente, y necesariamente en beneficio de sus instituidos al reglamentar el ejercicio del Poder y consagrar los derechos y garantías considerados fundamentales para el ser humano.

La teoría del derecho constitucional resulta entonces la herramienta adecuada para elaborar certeramente la fisonomía del sistema constitucional moderno, y para comprender en forma útil y eficaz los diversos conceptos que se han usado - y seguramente se utilizarán en el futuro - para definir el término *constitución*

1.2.- Las grandes concepciones acerca de las relaciones entre Constitución y Derecho.

Luego de determinado un primer enfoque inicial, que nos sitúa en el concepto de constitución (multívoco y plural, como se vio), nos parece importante asumir un nivel básico de enseñanza, a fin de ilustrar - mínimamente - acerca de las grandes concepciones que vinculan a la Constitución con el Derecho, en general.

Nos referimos en esta ocasión a las diversas vivencias que las culturas jurídico-políticas más importantes poseen al respecto, que se vinculan con los dos grandes modos de concebir el derecho y sus fuentes, a saber, el Comon Law y el Continental Romanista.

Abordaremos en primer lugar, la denominada concepción *anglosajona*, clásica, cuyo primer rasgo típico es el no-estatismo, teniendo en cuenta que la Constitución no nace allí como un derecho distinto, segregado del resto del ordenamiento y referido a la gestión pública, sino como *lógica derivación de los*

principios del derecho privado.

No podemos olvidar aquí que la Constitución inglesa nace como resultado de la aplicación de los principios de derecho privado a las materias constitucionales, llevada a cabo por los jueces y el Parlamento.

Estas constituciones son judicialistas, pragmáticas, usualmente parcas en palabras y conceptos, con el presupuesto de un acuerdo previo sobre las cuestiones políticas esenciales (*agreement on fundamentalis*)

Respecto del tratamiento de la ciencia del Derecho Constitucional en aquellos ámbitos, ella no posee una juridicidad diversa a la que poseen las restantes ramas del derecho, siendo impartida en forma desconectada de problemas sociológicos y filosóficos, los que son estudiados en las facultades de Ciencias Políticas, Historia o Ciencias Sociales

La concepción europea continental (de origen francesa) tiene por rasgo predominante el estatismo jurídico, social y político. Como derivación de lo expuesto, la Constitución nace como una ley cualitativamente distinta a aquellas que se nutren en el derecho privado, pues estos países han abordado y profundizado la especialización en derecho público, diferenciándolo nítidamente del derecho privado.

La Constitución es para estas sociedades una modalidad de *superley* que usualmente trata muy superficialmente (o no trata, simplemente) aquellas materias concernientes al derecho común, e incluso deja a los Códigos dictados en el Parlamento por los representantes del pueblo, los principios generales que nutren el ordenamiento jurídico.

Estas Constituciones no son, por lo común, judicialistas, y fueron habitualmente más retóricas e ideológicas que pragmáticas.

Respecto del tratamiento del Derecho Constitucional como ciencia y disciplina académica, su carácter ha sido notoriamente más político, cultivada en el propio ámbito de las Facultades de Derecho, aunque como asignatura marcadamente diferenciada del tronco común jurídico-privado y articulada sobre la base de la actuación de cuestiones pre y meta jurídicas

Las dos visiones antes indicadas ejercieron sus influencias en el marco de las fronteras que generaron los dos grandes sistemas jurídicos indicados en párrafos anteriores, con zonas de visible coexistencia e interacción.

Tal es el caso de América Latina, donde se pueden encontrar sistemas

de fuente continental europea conviviendo con un judicialismo importado de los Estados Unidos de Norteamérica (nos referimos aquí precisamente al caso argentino)

Aún así, este reparto clásico fue alterado por una tercera concepción aparecida en la Europa Continental, liderada por el jurista Hans Kelsen, quien consiguió idear una nueva caracterización de la Carta Magna, partiendo de principios típicamente continentales (positivismo, no judicialismo) aunque alterando luego visiblemente la fisonomía de las Constituciones europeas.

Sintéticamente, podemos caracterizar a las Constituciones Kelsenianas, a partir de las siguientes pautas:

- a) Actuación del positivismo jurídico, aunque con una visible apertura hacia el Derecho Internacional
- b) Las Constituciones progresan hacia la tendencia de ser leyes de aplicabilidad inmediata, como normas reguladoras de las restantes normas, a modo de base y cúspide de todas las regulaciones infraconstitucionales
- c) Si bien estas Constituciones no son en principios judicialistas, prevén modos de evaluación constitucional de las normas en manos de los denominados "tribunales Constitucionales" que si bien no son estrictamente judiciales en su integración, si lo son sus procedimientos y consecuencias

1.3.- La Constitución como expresión del modo de ser de un pueblo

No hay dudas para nosotros, de que la norma ha de ser, para no malograrse en su eficacia, la resultante de la realidad social en que se sitúa.

Con ello pretendemos enfatizar que una Constitución, para ser formal y sustancialmente avalada como tal, debe ser y representar la consecuencia de la realidad social de la que partió y a la que también se dirige.

Por ello, no basta hacer una buena Constitución para generar una adecuada sociedad. Las sociedades adultas, democráticas y participativas son las que generan normas fundamentales con esas características.

Si las sociedades crecen y se democratizan, sus constituciones seguramente acompañarán y señalarán el tránsito emprendido por los

ciudadanos. En ese sentido, la constitución germina con la sociedad, o no es tal.

Ella debe surgir de las circunstancias del medio y del tiempo, tornando posible el tránsito de los hombres y mujeres por la hoja de ruta que ella define y estructura jurídicamente.

Enfatiza Félix Loñ que la Constitución no puede ser el producto de una elaboración intelectual imaginada en el marco aséptico de un gabinete de estudio, y nos alerta que una creación semejante, aunque imbuida de la mejor intención, seguramente estará destinada al fracaso

Una constitución - aquella que nos interesa como objeto de estudio en nuestro "sistema constitucional" -, ha de generarse en una sociedad con vocación de mejorar, participativamente y de modo integrado. Las exclusiones sectoriales han sido siempre enemigas de las buenas constituciones, que por esencia, representan a *toda la sociedad*.

Pero ello no es todo. Las reglas del juego político que dimanan de las constituciones también deben ser claras, concretas y adecuadamente definidas en un sobrio contexto de derecho.

Adecuada técnica jurídica, participación, claridad, sobriedad. Este es el marco que esperamos anime a la constitución representativa de nuestra sociedad. Aunque de hecho no sea la mejor, ni la más ilustrada.

Porque así es la sociedad humana. Imperfecta, pero perfectible.

1.4.- Tipología y clasificación de las constituciones

Como hemos visto antes, los conceptos de constitución son variados, al punto que ha sostenido entre nosotros el profesor correntino Mario Midón, que ése es uno de los conceptos más polémicos del derecho público. Ello ha motivado a los diversos tratadistas a intentar formular sus tipologías al respecto. Ello aparece como explicable, teniendo en cuenta el fuerte compromiso ideológico que trasunta el concepto en estudio y su significación

Evaluar cual es la *tipología* de una constitución, es entonces intentar determinar que es lo que hace que la Constitución sea precisamente eso, y no otra cosa.

Determinar lo típico de la ley fundamental, ayuda a clarificar definitivamente de qué estamos hablando cuando nos referimos al texto supremo.

Las más importantes articulaciones enunciadas en este sentido por los

autores en doctrina, pueden ser descriptas según el detalle que exponemos a continuación siguiendo a Linares Quintana y Pereira Pinto, el que en modo alguno pretende agotar la nómina, sino ofrecer al estudiante una adecuada información general respecto del tema:

Tipologías clásicas

a) **Adolfo Posada** entiende por Constitución política, a la expresión jurídica del régimen del Estado con respecto a la organización de los Poderes o instituciones fundamentales. Allí encarna el autor citado el ejercicio de la soberanía y la limitación de la acción de esos poderes en sus relaciones con la persona humana.

Según el jurista español, las constituciones pueden ser un pacto, entre el monarca y el pueblo, en el que se acuerdan ciertas condiciones básicas de convivencia. También pueden ser una carta que el monarca absoluto otorga graciosamente a sus súbditos, en la que les concede un determinado marco de libertades o prerrogativas. Hablaremos de estatutos fundamentales cuando son elaborados por asambleas o cuerpos constituyentes. También podrán ser imposiciones del pueblo al soberano, como consecuencia de una modalidad de presión popular irrefrenable por la fuerza del Poder.

b) **Manuel García Pelayo** sostiene por su parte que existe una pluralidad de formulaciones del concepto de Constitución, que agrupa en las siguientes estructuras homogéneas:

El concepto racional normativo, a partir del cual una Constitución es un conjunto sistemático de normas que fijan en forma total las funciones fundamentales del Estado. A este concepto le es inherente la distinción entre poder constituyente y poder constituido, ya que sólo al primero de ellos le incumbe crear o modificar el sistema constitucional.

Por su parte, el concepto histórico tradicional surge como una reacción frente al concepto racional normativo, o al decir de Pereira Pinto, como una ideología del conservadurismo frente al liberalismo, que se tornó evidente a partir del Siglo XVIII y fundamentalmente en el Siglo XIX.

Dicho de otra manera, frente a aquellos que sostienen que el texto fundamental es una creación puramente histórica, concibiendo a la historia como una disciplina rebelde e insumisa a la razón y planificación humana, se

erigen quienes argumentan que la Constitución es producto de la razón, que posee la capacidad de moldear a la historia y planificar el futuro. Esta capacidad se plasma en la posibilidad de elaborar una norma (fundamental), sólo modificable en la forma que ella prevé.

Finalmente, el concepto *sociológico* de una constitución implica la necesaria proyección de la sociología al ámbito de lo constitucional, basado en que la Constitución no es una forma del deber ser, sino del ser, producto de situaciones y estructuras actuales vivenciadas en el aquí y ahora.

Entiende García Pelayo que esta proyección del sociologismo al campo del Derecho Constitucional relativiza, en una forma más o menos intensa, la política, el derecho y la cultura, subsumiéndolas en el marco de las cambiantes situaciones sociales

c) **Herman Heller** estima que la Constitución del Estado es coincidente con su estructura organizativa, solamente en cuanto el Texto Supremo es producido mediante la actividad humana consciente. Aclara por ello que la Constitución del Estado no es un proceso, sino un producto, y sobre la base de tal argumentación, sostiene que sólo la Constitución normada por el derecho es la Constitución organizada.

En suma, para Heller una constitución es real cuando son reales las relaciones de poder que la conforman (o sea, cuando quien recibe el texto constitucional, asume cabalmente su cumplimiento)

d) **Karl Schmitt** expresa en su obra "Teoría de la Constitución" que el texto supremo surge como corolario del asentamiento de la *decisión política fundamental*, aclarando que el derecho encuentra su fundamento en la voluntad y no en la razón. Por ello sostiene que es decisión y no normatividad.

Indica por lo expuesto el autor alemán, que una Constitución es válida cuando dimana de un Poder Constituyente y se establece por su voluntad. Distingue a partir de allí, en su tipología, tres conceptos básicos de Constitución.

Concibe a la Constitución, *en un sentido absoluto*, como la manera concreta de ser, resultante de cualquier poder existente. En otros términos, este tipo de texto fundamental resume a la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un determinado Estado

Estima a la Constitución, asimismo, *como una manera especial de ordenación política y social*, derivando de ello a la supremacía constitucional y

la subordinación de la realidad social a tal norma fundamental.

Desarrolla asimismo Schmitt, el concepto de una Constitución *real/dinámica*, ya que para el autor citado, la Constitución es un sistema de normas supremas y ley de leyes, válida (y por ende, vigente) cuando emana de un poder constituyente y se establece por su voluntad, que es la voluntad política (decisión política) del pueblo. En consecuencia, la Constitución real dinámica deriva de la unidad política que es retroalimentada continuamente por la realidad social, desde una fuerza y energía subyacentes (decisión política fundamental, titularizada por la Constitución).

e) **Tipología de Hans Kelsen:** El autor austríaco supone la identidad entre el Estado y el Derecho, arribando desde allí a la conclusión de que todo Estado es un ordenamiento jurídico (sistema dinámico de normas). De allí infiere la conceptualización de jerarquía que asigna al concepto "supremacía constitucional" por la que la Constitución se encuentra en el vértice de la pirámide jurídica del Estado.

En consecuencia, para Kelsen la Constitución formal es un conjunto de normas que solo puede ser modificado mediante un procedimiento especial, instituido por la propia Constitución, y Constitución material es el conjunto normativo que asegura la creación de normas jurídica generales (en particular, las leyes)

Tipologías modernas

f) Para el francés **Georges Burdeau**, la Constitución representa, sin mas, el Estatuto que institucionaliza al Poder y da nacimiento al Estado. Es desde esta perspectiva, la Constitución la que vincula el Poder a la idea del derecho convirtiendo al poder Político en institución estatal.

Expresa Burdeau que además de la definición *neutra* de Constitución, existe otra, impuesta por el movimiento derivado de las revoluciones francesa y norteamericana, que asimila la Constitución a una determinada forma de organización política, limitativa de la actividad de los gobernantes y garantizadora de las libertades de las personas. De allí es que distingue a un Estado con Constitución (todo Estado la tiene) de un Estado Constitucional, que es el que representa los principios antes enunciados

g) **Maurice Duverger** sostiene que el término Constitución se encuentra íntimamente vinculado a la aparición de los regímenes liberales, aunque fuese usado con anterioridad, y desde larga data (Edad Media, Antigüedad Griega).

Afirma el cientista político francés, luego de aceptar las diferencias entre Constitución formal y material, que el derecho constitucional es cada vez menos el derecho de la Constitución para convertirse cada vez más en el derecho de las instituciones políticas contenidas o no en el texto de la Constitución

h) Por su parte, **Karl Loewenstein** afirma que la historia del Constitucionalismo circunda la idea de la limitación del poder Político por parte del ciudadano, como asimismo la justificación del uso de tal poder. La institucionalización de estas reglas constituye la Constitución ontológica de la sociedad Estatal.

Asume Loewenstein que a partir de las tres famosas revoluciones mundiales (Inglesa, Francesa y Norteamericana), la experiencia constitucional posibilitó el establecimiento de cinco requerimientos básicos, que hacen a la tipología de las constituciones, a saber

- Diferenciación de las tareas Estatales, y su asignación a órganos independientes entre sí
- Un mecanismo para institucionalizar la cooperación entre los diversos detentadores del Poder
- Un mecanismo para evitar los "bloqueos" en las fases de cooperación antes enunciadas
- Un mecanismo racional de reforma constitucional, a fin de motivar la adaptación pacífica y conforme a derecho de la población a las cambiantes condiciones socio-políticas
- Indicar en la Ley Fundamental un expreso establecimiento de los derechos y libertades fundamentales de las personas y su protección frente a la actuación abusiva de los detentadores del poder

i) El constitucionalista español **Xifra Heras** distingue a los aspectos básicos del término Constitución en dos categorías.

La Constitución *racional ideal* acordaría al ser humano facultad para moldear conforme su parecer a una determinada comunidad política, de conformidad a una planificación racional previamente ideada (coincide con el concepto racional normativo ideado por García Pelayo).

Por su parte, la Constitución *real y concreta* que permite, partiendo de supuestos ya existentes (población, costumbres, religión, etc.) sancionar las leyes que hacen a una mejor conveniencia de la sociedad de que se trate (coincidente con la tradicional histórica y sociológica de García pelayo)

j) Entre nosotros, indica **Nestor Sagués** que necesariamente, cada Constitución es tributaria de una o más ideologías, dado que al estructurarse el Poder y enunciar sus fines, adhiere en forma inevitable a alguna (o varias) concepciones ideológicas acerca de cómo organizar políticamente a la sociedad.

En ese contexto, distingue entre constituciones provistas de *ideologismo expreso*, que son aquellas que se definen ideológicamente en forma clara (por caso la Constitución de la Unión Soviética de 1977, en su preámbulo)

Aún así, advierte que lo usual, es que la Constitución calle respecto de su ideología, llegando en ciertos casos a pretender presentarla como un producto "neutro" o "desideologizado" Esto genera la tipología de Constituciones *de ideologismo encubierto*.

Concluye el autor reiterando su afirmación inicial, en el sentido de que toda constitución posee un inevitable compromiso ideológico, el que entonces podrá estar expresado en el texto, o encubierto desde su formulación.

Afirmando la idea antes expuesta, expresa en este sentido Pablo Ramella, que todas las Constituciones están animadas de una ideología determinada, según los tiempos en que fueron dictadas y que Sampay llama con acierto, la dogmática de la Constitución.

k) Por nuestra parte, sostenemos que los profundos y vertiginosos cambios que sacuden al sistema constitucional de los tiempos que corren, nos enfrentan a la perspectiva de dos tipos de constituciones netamente diferenciadas:

- Aquellas que admiten la actuación directa del sistema intencional de los derechos humanos, ratificando normativamente, en sus textos fundamentales, la circunstancia de haber alcanzado la persona humana, la

- calidad y rango de sujeto de derecho internacional
- Las que privilegian la vigencia del sistema interno, por sobre el del Derecho Internacional, manteniendo las bases fundadas en la regla de la soberanía absoluta de los Estados, trasladadas a las reglas de supremacía constitucional, en forma prescindente de los dictados del sistema internacional de los derechos humanos

Este criterio para elaborar una tipología constitucional, se relaciona profundamente con la vigencia del Estado de Derecho, ya que el Estado que se hace parte en un sistema internacional de derechos humanos, conserva su jurisdicción doméstica en la que aloja el sistema de derechos, pero no de modo exclusivo o reservado, sino en modo concurrente con la jurisdicción internacional, que también asume respetar y hacer respetar.

Por otra parte, nos sitúa frente a una nueva vertiente del constitucionalismo que se perfila en los albores de este fin de siglo, representado por la tensión entre el Derecho Constitucional Internacional y los derechos constitucionales locales. Volveremos sobre el punto en capítulos ulteriores

Para finalizar, diremos que pese a la vigencia - a los fines de la enseñanza - de la clásica tipología elaborada por García Pelayo, que es la que nosotros utilizaremos predominantemente al estudiar el caso de la Constitución Argentina, cabe enfatizar que no existen, según nuestro entender "tipos puros".

Por ello, resulta recomendable, al situarnos en el estudio de una Constitución en particular, hablar de su *tipología predominante*, y sobre ella acentuar si se desliza el aporte de alguna de las restantes.

Clasificación de las Constituciones

Una vez establecida la "tipología" de la Constitución, cabe ahora adentrarnos en las diversas clasificaciones que de los textos fundamentales se han ofrecido en doctrina.

Siguiendo aquí al esquema elaborado por Karl Loewenstein,

distinguiremos en primer lugar a las divisiones *clásicas* de las *modernas*.

Dentro de las primeras, podemos encontrar las siguientes:

- **Constituciones escritas y no escritas:** Nosotros preferimos distinguir entre constituciones *codificadas* y *no codificadas*. Esta era la clasificación tradicional, que parecía haberse dispuesto para distinguir el constitucionalismo inglés, del restante. En realidad todas las constituciones son escritas, aunque algunas de ellas, como la del Reino Unido de Gran Bretaña, es dispersa, ya que está enunciada en varios instrumentos legislativos, y no codificada en un instrumento único. Demás está decir que la mayoría de las constituciones modernas son codificadas.

Aún las constituciones escritas, atendiendo a la naturaleza de los órganos que las sancionaron, pueden distinguirse entre las *otorgadas*, también llamadas "cartas" que pueden ser definitivas o provisionales (Francesa, otorgada por Luis XVIII), *pactadas*, que surgen como un acuerdo entre el Soberano y sus súbditos, significando siempre un rasgo de la incipiente debilidad de la Monarquía Absoluta (Francia, 1830, España, 1876, etc.), o *impuestas*, como derivación de la soberanía nacional, que pueden surgir de una asamblea constituyente (Estados Unidos, 1787), o un referéndum popular (suiza, 1874)

- **Constituciones rígidas o flexibles:** Efectuada por Bryce, tiene en cuenta el procedimiento utilizado para la reforma del texto supremo. Son *flexibles* aquellas que pueden modificarse en el mismo modo y siguiendo el mismo trámite procesal que la Constitución dispone para modificar una ley común.

Por su parte, las constituciones rígidas únicamente pueden reformarse siguiendo determinado procedimiento, diverso y más dificultoso que aquel que el texto constitucional dispone para modificar una ley común

Dentro de esta estructura, señala el maestro Bidart Campos que también existen las constituciones *pétreas*, que son aquellas que además de ser escritas y rígidas, son declaradas como irreformables. Aún así, sostiene el destacado constitucionalista que no parece posible encontrar algún caso de constitución totalmente pétrea, debiendo reservarse tal concepto sólo para algunos contenidos de la Constitución, que - según ella, no sean susceptibles de reforma, alteración o supresión.

Destaca empero que podría de hablarse de un texto constitucional totalmente pétreo, por un período de tiempo en que su reforma esté prohibida.

El profesor argentino aclara además que los contenidos pétreos pueden surgir expresa o implícitamente en la Constitución. Volveremos sobre esta cuestión en capítulos ulteriores.

- **Clasificaciones según la forma de Gobierno:** Esta clasificación carece hoy de vigencia, habiendo sido duramente criticada por la doctrina de los autores (en particular por Loewenstein) ya que al utilizarla podemos agrupar naciones con regímenes muy diversos bajo la misma denominación (por ejemplo Gran Bretaña con Arabia Saudita), lo que - en suma - confunde en mayor grado que el que pretende ilustrar respecto del tema en estudio

Así, desde este punto de vista, existen las constituciones *republicanas* y *monárquicas*.

- **Clasificación por la forma de Estado:** esta forma de clasificación carece a la fecha importancia, ya que los regímenes federales pierden fuerza institucional día a día frente al avance de las gestiones centralizadas (o desreguladas desde un Poder Central)

Así, serán *federales* las constituciones que establezcan la coexistencia de la Federación con los Estados miembros que la componen o *unitarias*, las que estructuren la forma de Estado en relación al territorio, en forma vertical y centralizada

Dentro de las clasificaciones modernas, podemos mencionar las siguientes:

- **Constituciones originarias y derivadas:** Son *originarios* los textos Fundamentales que contienen principios funcionales nuevos, verdaderamente creadores y por ello, son considerados realmente originales para el proceso global del poder político. Por tal razón es que estas constituciones son poco frecuentes (v. gr. Constitucionalismo francés y parlamentarismo británico). Las constituciones *derivadas* siguen las líneas trazadas por algún modelo innovador, con adaptación a las realidades nacionales

- **Constituciones formales y materiales:** El concepto de *constitución formal* solo hace referencia a lo surgente del texto escrito de la Constitución, al que algunos autores agregan ciertos actos legislativos directamente derivados del

texto supremo El término *constitución material* se refiere en esencia a la básica organización del Estado. Ha afirmado al respecto Jellinek que las Constituciones escritas difícilmente pueden evitar que se desenvuelva junto a ellas (y aún contra los designios de la Constitución textual) un derecho constitucional no escrito, pudiendo llegar a coexistir para este autor los principios materiales formales junto con los materiales

- **Constituciones codificadas, no codificadas e intermedias:** Enseña Néstor Sagues que la constitución oficial del siglo XX es la *codificada* cuyas características esenciales son la unidad, sistematicidad y organicidad. Frente a ellas, se erigen como "raras avis" las constituciones *dispersas* conformadas en general por varios documentos separados (Nueva Zelanda, Israel).

Frente a ellas se erige la constitución *mixta* que se inicia como codificada, pero incorpora luego apéndices documentarios constitucionales o constitucionaliza normas que alteran su fisonomía inicial (caso de Austria)

- **Constituciones definitivas y de transición:** Son *definitivas* aquellas cartas Fundamentales cuando tienden a conservar un sistema ya asentado. En tanto, las de creación o de *transición* son propias de países en vías de formación, o ideadas para afrontar una situación histórica coyuntural (caso este último, el de la Constitución alemana de 1949, en su art. 146).

Aclara Sagues al respecto, que la mayoría de las Constituciones se presentan como de tipo definitivo.

- **Constituciones retratistas, contrato y promesa:** Para Sagues, son constituciones *retratistas* aquellas que se limitan a describir una realidad, sin intentar efectuar correcciones sobre ella (por ejemplo, la dada por la Provincia argentina de Santa Fe, en 1819). Si bien estas constituciones son eficaces y sinceras, también lo son poco innovadoras.

Las constituciones *contrato* diseñan un orden jurídico y político realizable y exigible en el presente o en un corto plazo, cuyo cumplimiento puede ser exigido por el pueblo en caso de omisión o infracción (Estados Unidos, 1787). Las constituciones *promesa*, en cambio, se caracteriza por definir un esquema de poder y de derechos personales y sociales destinado a futuro, prácticamente inexigible en la actualidad. Es generosa en la enunciación de prerrogativas, aunque subordina su goce a la ulterior acción estatal. Es habitualmente fantasiosa, teórica, utopista, y - según Sagúes -, poco leal para con sus destinatarios.

- **Constituciones genérica o analíticas:** Para el argentino Jorge Vanossi, son constituciones *analíticas* aquellas que exponen en forma concisa, el lineamiento general de la organización del Estado, delegando en el legislador ordinario la regulación variable de la "vida cotidiana", lo que en el decir del autor citado, favorece a su durabilidad. Este es el caso de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica

Por otra parte, son constituciones genéricas las que contienen un gran número de disposiciones reglamentarias sobre contenidos no políticos (económicos. Sociales), lo que obliga a reformarlas con gran frecuencia (Constitución alemana de 1919, Española de 1931)

- **Constituciones neutras, permeables o proclives a la aceptación del sistema internacional de Derechos Humanos:** Dando por sentado que no advertimos hoy la existencia de constituciones negatorias de la vigencia y aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en sede interna, podemos de todos modos, clasificarlas nosotros según el modo en que viabilizan tal incorporación:

Así, algunas constituciones son de algún modo *neutras* respecto de tal decisión política. Estos textos dejan la labor respectiva librada a los Poderes Públicos Nacionales, aunque limitada tal aceptación a no violentar los principios surgentes de la Constitución nacional vigente.

Existen por otro lado, textos supremos *permeables* a la nueva situación antes descripta, que son aquellas que la propician, con las limitaciones derivadas del orden interno, ya explicitadas en el párrafo anterior

Finalmente, nos encontramos también con ciertas constituciones que siendo *proclives* a la integración de las nuevas pautas descriptas, otorgan jerarquía constitucional al orden normativo internacional en materia de derechos humanos, o aún lo hacen prevalecer respecto de la constitución misma. Es esta la tendencia de las Constituciones más recientes

Cabe ahora resumir la explicación anterior, a partir de la siguiente tabla:

<u>CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES</u>

<u>CARACTERÍSTICAS DE LA CLASIFICACIÓN</u>	<u>TIPO DE CLASIFICACIÓN</u>	<u>AUTOR</u>
Constitución codificada y no codificada	clásica	Edward Mc. Chesney Sait
Constituciones flexibles, rígidas y pétreas	Clásica	Bryce/Friedrich/Duverger/Kelsen
Constituciones Republicanas y Monárquicas	Clásica	Loewenstein
Constituciones Federales y Unitarias	Clásica	Xifra Heras
Constituciones Originarias y Derivadas	Moderna	Karl Loewenstein
Constituciones Formales y Materiales	Moderna	Jellinek
Constituciones Codificadas, No-Codificadas e Intermedias	Moderna	Néstor Sagues
Constituciones Definitivas y De Transición	Moderna	Néstor Sagues
Constituciones Retratistas, Contrato y Promesa	Moderna	Néstor Sagues
Constituciones Genéricas o Analíticas	Moderna	Jorge Vanossi
Constituciones Neutras, permeables o Proclives a la aceptación del Sistema Internacional de Derechos Humanos	Moderna	Eduardo Jiménez

1.5.- La Constitución como lugar institucional de plasmación de las reglas de juego de la convivencia democrática

Ha sostenido desde siempre el querido profesor Miguel Angel Ekmekadján que la Constitución representa el eje central de una constante tensión existente entre el Poder y la Libertad. Compartimos su creencia expresada en el sentido de que la historia del género humano se puede resumir - de manera simplificada, apta para nutrir las presentes lecciones - en la lucha de estas dos magnitudes vectoriales.

Ello así, pues el Poder intenta avasallar a la Libertad, en tanto que esta última pretende defender su espacio ante los embates del primero.

De este principio esencial podemos derivar, sin mayor dificultad, que la Constitución no se sanciona para defender al Poder, ya que este último se defiende solo (y bastante bien, a nuestro entender). La Constitución ha sido creada para defender los espacios de libertad.

En este contexto, asumimos nosotros que una norma fundamental que se precie de tal, debe respetar en su sustancia la realidad hacia la que va dirigida, que siempre se sostendrá, como premisa, en la dirección antes mencionada

(defensa de la libertad).

Enfatizando lo dicho en párrafos anteriores, la Constitución debe partir de una realidad determinada por un espacio de libertad dado, para intentar influir en ella, ampliándolo siempre en un sentido *pro homine* aunque sin descuidar en ese tránsito la ingeniería del Poder, lo que implica preservar un margen de maniobra a favor de la persona humana como factor nítidamente condicionante en tal diseño.

En suma, proponemos una ingeniería de la Constitución que se defina como el resultado de una transacción posible entre las fuerzas preponderantes de la sociedad de que se trate, con base en una nítida permeabilidad al cambio.

Ello generará un texto supremo fruto del entendimiento participativo, con el único límite que determinan las modalidades democráticas de convivencia y el mayor o menor acierto de las proposiciones y argumentos en pugna.

1.6.- Estructura de la Constitución Nacional Argentina: Declaraciones, derechos, deberes y garantías. Sus bases filosóficas y su importancia práctica.

Luego de las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores, podemos ensayar una ubicación de la Constitución Nacional, situándola en su tipología predominante y enmarcándola luego en el ámbito de las clasificaciones usuales.

Reiteramos aquí lo antes dicho, en cuanto sosteníamos que no existen en la realidad *tipos puros*. Efectuada tal salvedad, diremos que el texto supremo argentino es, en cuanto a su tipología, *predominantemente racional normativo*.

Ello porque se generó a partir de la pretensión de planificar hacia el porvenir nuestro régimen político. Coincidiendo con Bidart Campos, diremos que el racionalismo del constituyente argentino de 1853 no fue abstracto ni apriorístico, sino que tuvo un sentido de compromiso realista con todos los elementos de la cultura social de la época.

El art. 1° de la Constitución Nacional, y sus concordancias esenciales (arts. 5°, 22, 33 y cc.) implican una clara pauta de la modalidad racional con que el constituyente argentino intentó articular la estructura esencial del Estado

Argentino en el texto fundamental, lo que se repite en la regulación constitucional de la propiedad (arts. 14 y 17 C.N.) y de los principios de legalidad, reserva y razonabilidad (arts. 14, 19 y 28 C.N.)

Aún así, existen pautas de amalgama del tipo básico elegido por el constituyente, con elementos que apuntan al histórico tradicional. Por caso, los artículos 29 y 36 del texto supremo.

También encontramos en la norma fundamental, algunas pinceladas del tipo sociológico, al estatuir el constituyente ciertas prioridades en materia de integración con Naciones latinoamericanas (art. 75 inc. 24). Ellas representan en efecto situaciones del aquí y ahora en la realidad argentina, como resultado de estructuras que hacen a nuestra actualidad (tal el supuesto de la modalidad de integración de Argentina en el bloque regional latinoamericano denominado MERCOSUR)

En trance de clasificar nuestra Constitución Nacional, podemos decir que ella es:

CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA

escrita o codificada, y por ende formal, rígida y no pétrea, sin contenidos pétreos, republicana, Federal, derivada, definitiva, contrato (y en algunos aspectos, como el caso del art. 14 "bis, promesa), analítica y proclive a la aceptación del sistema internacional de derechos humanos

- **Declaraciones, derechos, deberes y garantías, sus bases filosóficas y su importancia práctica:**

Esta sección de las constituciones, se denomina por lo general *parte dogmática*, lo que implica un claro resabio de vocación racional-normativista, ya que al haberla elaborado los constituyentes por medio de la razón y plasmado en normas supremas, su resultado será entonces "dogmático" o sea, insusceptible de cuestionamiento, hasta que la razón indique una nueva modalidad de normación constitucional, que reemplace a la vigente.

Bidart Campos denomina a esta sección (que en el texto supremo argentino comprende los primeros 43 artículos), con mayor precisión metodológica, Derecho Constitucional de la Libertad.

El sistema de la constitución aloja allí un *núcleo duro* que se consustancia con los valores predominantes del Estado de Derecho, estipulando la regla de la

dignidad humana como un "prius" insoslayable, en relación a la dignidad, libertad y derechos de las personas.

Esta propia parte se encarga de trasladar sus valores a la denominada "parte orgánica" de la Constitución, con una expresa referencia normativa. Así, el artículo 1° del texto fundamental reza que la nación Argentina adopta para su gobierno, la forma representativa, republicana y federal, según lo establece la presente Constitución.

En el contexto antes referenciado, nuestra Constitución legisla en su primera parte, acerca de las siguientes normas constitucionales:

1. Declaraciones: concebidas en doctrina como enunciados solemnes, decisiones políticas fundamentales o normas de organización, referidos a la persona, la sociedad o al Estado (preámbulo, arts. 1, 17 1° parte, 36 1° parte, etc. C.N.)
2. Derechos: Afirmaciones de la libertad o prerrogativas jurídicas de las personas, que indirectamente implican limitaciones al accionar restrictivo de los Poderes Públicos (arts. 14, 14 "bis, 41 etc. C.N.)
3. Deberes: Son denominados por Bidart Campos *obligaciones constitucionales*. En términos generales podemos indicar que cada derecho o libertad, genera una obligación o deber correlativo. Nosotros utilizaremos los términos obligación o deber constitucional, con igual significado (art. 19 "in fine", 36, 41 1° párrafo etc. C.N.)
4. Garantías: Instituciones creadas a favor de la persona humana, para que munido de ellas, pueda tener a su alcance inmediato el medio de tornar efectivo cualquiera de los derechos que enuncia la Constitución (arts. 17, 18, 43 etc C.N.)
5. Normas de habilitación: Son normas constitucionales que habilitan el cambio pacífico y democrático del texto supremo (art. 30 C.N.)

Sin perjuicio de retomar en el próximo capítulo la cuestión de las bases filosóficas de los diferentes subsistemas de derechos humanos, en razón de su aparición histórica, diremos ahora que la mismísima constitución de Filadelfia de 1787, no incluía una *parte dogmática*. Ello obedecía a que los primigenios Estados de la Confederación ya habían regulado sus declaraciones, derechos y garantías en las respectivas cartas estatales, con anterioridad a la sanción de la Constitución Federal.

En esas circunstancias, interpretaron los constituyentes que no era

necesario garantizar los derechos del habitante norteamericano frente a la Federación, pues ello se daba con plenitud en las regulaciones de cada Estado de la Unión.

Aún así, y haciendo gala de su proverbial practicidad, el pueblo norteamericano advirtió a poco de su andar institucional, que resultaba peligroso descuidar la garantía de los derechos del ciudadano frente al posible abuso del Estado Federal, y a fin de evitar malas interpretaciones de sobreentendidas implicitudes en temas de tamaña importancia, es que se incorporaron gradualmente las diez primeras enmiendas a la Constitución Federal (que luego sumaron catorce).

Nuestra tradición latina, más afecta a las normaciones textuales (ello aún incluyendo la posibilidad de admitir derechos implícitos, como bien surge del art. 33 y más recientemente 43 de la Constitución Nacional), sumada a la realidad de nuestras provincias, que al año 1853 distaban de haber establecido sus Constituciones como en el caso norteamericano, nos llevó a incorporar normas expresas al respecto.

Diremos además que el estatuto en donde constan las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional, surge de una decisión del Poder Constituyente democráticamente habilitado para ello.

Enuncia Germán Bidart Campos al referirse al " sistema de derechos humanos", que la realidad que lo contiene no es un apósito que se les confiera por la sola circunstancia de que en el sistema haya unas normas formuladas que reconozcan y declaren derechos humanos.

Si ensayáramos una interpretación de las palabras del maestro, diríamos que el estudio del sistema de derechos humanos no puede reducirse - en su sentir - al " mero" análisis de normas, ya que los preceptos normativos "dicen algo acerca de otro algo, que siempre son conductas humanas". Por ser el ser humano quien realiza los valores, la realidad de los derechos humanos no puede prescindir de las conductas humanas y los valores que las fundan.

Por nuestra parte, y sin perjuicio de compartir la preocupación iusfilosófica del querido maestro, entendemos con Roberto Vernengo que los derechos humanos, aún para el caso de ser considerados existentes previamente como exigencias éticas o valorativas, necesitan de su incorporación al ordenamiento jurídico positivo, (aunque tal incorporación pueda no completarse en su integralidad), para realizarse o adquirir efectividad

Siendo además que es característica del derecho positivo, la derogabilidad de sus normas (a diferencia de los derechos naturales,

imaginados por la filosofía), creemos que en un sistema jurídico moderno, con estructura estatal, los órganos de creación y aplicación del derecho actúan en el marco dispuesto por las normas jusfundamentales

Así, el entramado de valores que es propio de un sistema de derechos humanos, irradia sus efectos hacia toda la estructura derivada, *desde la norma jusfundamental positivizada*. De entre tales manifestaciones, cabe detenernos en tres de ellas, que consideramos de la mayor importancia:

La primera consiste en la limitación de los contenidos posibles del derecho común, ya que la Constitución como tal, excluye algunos contenidos como jusfundamentalmente imposibles, exigiendo otros como jusfundamentalmente necesarios. De allí derivamos que el sistema de los derechos fundamentales (desde la concepción liberal de los derechos humanos antes expuesta), está materialmente determinado por la Constitución.

La segunda manifestación resulta, en el decir de Alexy, del tipo de la determinación material, lo que no resultaría conflictivo si ya estuviese determinado de antemano que es lo debido en virtud de las normas jusfundamentales. La cuestión se dificulta ya que al poseer las normas jusfundamentales el carácter de principios, ello admite, y a veces torna necesario, el acto de "ponderación" que si bien es de naturaleza racional, no siempre conduce a soluciones unívocas. La traducción de este efecto, indicada en términos llanos, nos lleva a concluir que el sistema jurídico jusfundamental es de carácter abierto.

Finalmente, la tercera manifestación en que nos detendremos es la que se refiere al modo o tipo de tal apertura, pues el sistema jurídico jusfundamental es abierto *a la moral*, lo que se aprecia al detenernos en la sola lectura de los conceptos básicos fundamentales de libertad, igualdad, dignidad, paz, y cultura, entre muchos otros. Y estos conceptos son también estudiados y analizados por la filosofía práctica.

Visualizado el tema desde esta arista, es dable sostener que en ese contexto se incorporan al debate constitucional y en consecuencia, al derecho positivo, los principios más importantes del derecho racional moderno.

Y aquí nos detenemos para poner especial interés en la determinación material que el interprete hace de las normas jusfundamentales a través de la moral, para rescatar en este punto la importancia de equilibrar las competencias de la ponderación que constitucionalmente poseen los Poderes Públicos al momento de pretenderse la actuación de los derechos jusfundamentales.

Es aquí en nuestro entender, que cobra vigor la idea de la imposibilidad

de deducir enunciados de carácter prescriptivo a partir de expresiones descriptivas (falacia de Hume), pues en numerosas ocasiones, los encargados de la determinación material del sistema jurídico abierto al que nos hemos referido, pretenden ajustar los contornos del derecho vigente (positivizado) a ciertas exigencias tales como la completitud, coherencia, justicia, etc, pretendiendo entonces demostrar que la "verdadera interpretación" de la norma, es la presentada subjetivamente por tal intérprete, animado por nortes éticos o morales de los que no se pueden derivar consecuencias normativas

En definitiva, creemos que la apertura a la interpretación que el sistema de derechos humanos admite, es la que no solamente puede avalar su grado de libertad y posibilidad de expansión, sino además - y para el caso de desconocerse que este sistema jurídico está materialmente determinado por la Constitución - podrá hacerlo encontrar con sus límites, con riesgo de generar su destrucción

Es a partir de esta postura esgrimida por nosotros, que destacamos las bases filosóficas e importancia práctica que representan los *valores constitucionales* incorporados en su parte dogmática, expuestos como contenidos jusfundamentales, determinados en el texto supremo y avalados a modo de pauta de interpretación obligatoria para los poderes públicos, por los instrumentos sobre derechos humanos que poseen jerarquía constitucional, a los que nos referiremos en capítulos anteriores con particular atención.

Ello en el convencimiento de que tales enunciaciones desde su plasmación en la primera parte de la Constitución, junto con los otros contenidos jusfundamentales que el texto supremo consagra, condicionan al resto de la estructura infraconstitucional

1.7.- Preguntas, notas y concordancias.

Las preguntas que se formulan a continuación, son para motivar el espíritu crítico e investigativo del alumno, que podrá consultar con su profesor las respuestas a las mismas. Ellas - por supuesto - no serán unívocas; y en ello radica la riqueza conceptual de este apartado, cuyo objetivo es el de generar un marco de debate abierto y democrático entre alumnos y profesores.

1. **¿Qué eficacia tienen las normas constitucionales?**
2. **¿Se cumple siempre lo ordenado en una Constitución?**

3. ¿Cómo definiría la cátedra al concepto de constitución?
4. ¿Conoce alguna otra vinculación entre Constitución y Derecho, además de las indicadas en el capítulo?
5. ¿Conoce Ud. alguna clasificación relevante de las constituciones, que pueda agregar a la nómina ofrecida en el capítulo?
6. ¿Cree Ud. que la postura jusnaturalista es relevante a fin de establecer las bases filosóficas de las declaraciones, derechos, deberes y garantías alojadas en las constituciones?

Anotaremos a continuación, cierta bibliografía específica que consideramos de importancia a fin de profundizar en los contenidos del capítulo

1. Jiménez de Parga, Manuel: Los regimenes políticos contemporáneos. Edit. Tecnos, Madrid, 1974, 5° edición. (Capítulo preliminar)
2. Lasalle, Ferdinand: ¿Qué es una Constitución?. Edit. Colofón, México, 1994, 6° edición.
3. Portantiero, Juan Carlos: La transición democrática exige un debate constitucional. En: 2° Dictámen del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Edit. Eudeba, Buenos Aires, 1987, pag.214.
4. Bidart Campos, Germán: Derecho Constitucional Humanitario. Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1996, pag.95 y ss. (Democracia, derecho y pluralismo)

Respecto de las concordancias de este capítulo, ellas vincularán lo expuesto, con los contenidos esenciales de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, jerarquizados a partir de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 del texto fundamental argentino.

La Constitución Nacional Argentina, a partir de la reforma del año 1994, ha otorgado jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos.

Dentro de estos instrumentos internacionales encontramos Declaraciones, Convenciones, Pactos y Protocolos. Veremos sintéticamente cuáles son sus diferencias.

Declaraciones.

Se denomina *declaración* a aquel instrumento que tiene por objeto proclamar

determinados principios internacionales. Pueden o no ser *tratados*. Se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* y la *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

Convenciones.

Son aquellos contratos que los Estados celebran para crear, extinguir, o modificar obligaciones internacionales. Tienen la misma significación que los *tratados*, aunque anteriormente a éstos se los denominaba para referirse a actos de gran importancia política¹. Nuestra constitución recepta la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la *Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, y la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Pactos.

Tenemos aquí otro término equivalente a *tratado*, aunque en un comienzo se lo utilizó para designar a aquellos tratados de carácter secreto². Se enuncian en la constitución el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Protocolos

Siguiendo a Díaz Cisneros, se denomina *protocolo* a aquel documento en que constan las conclusiones y los cambios de ideas entre los negociadores. Puede tratarse de un protocolo anexo, en caso de que defina o aclare cláusulas de un tratado, tal el caso del *Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, incorporado por nuestra constitución y previamente ratificado por el gobierno argentino.

Instrumentos Internacionales de "Derecho Blando".

Son meras manifestaciones de principios generales, que si bien son aceptadas por los gobiernos, no conllevan obligaciones específicas como tales (Soft Law)

Instrumentos Internacionales de "Derecho Fuerte".

Son instrumentos multilaterales de derecho internacional, y con su ratificación, los Estados partícipes se comprometen expresamente a garantizar los derechos incluidos en ella y a introducir en su legislación los derechos que se han formulado. Por su carácter obligatorio, requieren una decisión activa por parte de los Estados que los ratifican (Hard Law)

Concordancias de los Instrumentos Internacionales con jerarquía constitucional.

Instrumento Internacional.	Declaración Americana de los Derechos y Deberes	Declaración Universal de los Derechos Humanos.	Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1 Conf. Antokoletz, Daniel. *Tratado de Derecho Internacional Público en Tiempo de Paz*, Libreros Editores, Bs. As., 1925, T. II, pág. 531.

2 Ob. Cit. Pág. 532.

	<i>del Hombre.</i>		
Tipo de instrumento.	Declaración.	Declaración.	Convención.
Fecha y lugar de creación.	Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.	Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.	Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entro en vigencia el 18 de julio de 1978.
Preámbulo.	Si.	Si.	Si.
Enunciación de Derechos Civiles y Políticos.	Si.	Si.	Si.
Enunciación de Derechos Sociales.	Si.	Si.	Si.
Enunciación de Derechos de Tercera Generación.	No.	No.	No.
Enunciación de Deberes de las personas.	Si.	Si.	Si.
Enunciación de Deberes de los Estados.	No.	No.	Si.
Órgano de aplicación.	No.	No.	La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Tipología (Derecho duro o derecho blando).	Derecho blando	Derecho blando	Derecho duro
Norma de interpretación.	Art. 28 : "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, y por las justas	Art. 30 : "Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para	Art. 29 : "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de : a) Permitir a alguno de los Estados Partes,

<p>exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático".</p>	<p>emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".</p>	<p>y grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella ; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte alguno de dichos Estados ; c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno y d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".</p>	<p>grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella ; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte alguno de dichos Estados ; c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno y d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".</p>
<p>Observaciones.</p>			<p>Ratificada por el gobierno argentino por ley 23.054 del año 1984.</p>

Instrumento	Pacto Internacional	Pacto Internacional	Convención para la
--------------------	----------------------------	----------------------------	---------------------------

Internacional.	de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo³.	Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
Tipo de instrumento.	Pacto.	Pacto.	Convención.
Fecha y lugar de creación.	Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976.	Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.	Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de enero de 1951.
Preámbulo.	Si.	Si.	Si.
Enunciación de Derechos Civiles y Políticos.	No.	Si.	No.
Enunciación de Derechos Sociales.	Si.	No.	No.
Enunciación de Derechos de Tercera Generación.	No.	No.	No.
Enunciación de Deberes de las personas.	No.	No.	No.
Enunciación de Deberes de los Estados.	Si.	Si.	Si.
Órgano de aplicación.	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.	Comité de Derechos Humanos. Podrán designarse Comisiones Especiales de Conciliación.	Corte Internacional de Justicia.
Tipología (Derecho duro o derecho blando).	Derecho duro	Derecho duro	Derecho duro
Norma de interpretación.	Art. 5: "1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá	Art. 5: "1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá	No.

3 Tratamos conjuntamente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a su Protocolo Facultativo, ya que éste es un anexo de aquél. El mismo consta de 14 artículos y faculta al Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte del Protocolo.

	<p>ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado". También artículos 24 y 25.</p>	<p>ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado". También artículos 46 y 47.</p>	
Observaciones.	Ratificado por el gobierno argentino por ley 23.313 del año 1986.	Ratificado (tanto el Pacto como su Protocolo Facultativo) por el gobierno argentino por ley 23.313 del año 1986.	Aprobada por el gobierno argentino mediante decreto nro. 6.286.

Instrumento Internacional.	Convención Internacional sobre la Eliminación de	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas
-----------------------------------	---	---	--

	<i>todas las formas de Discriminación Racial.</i>	<i>Discriminación contra la Mujer.</i>	<i>Cruelles, Inhumanos o Degradantes.</i>
Tipo de instrumento.	Convención.	Convención.	Convención.
Fecha de creación.	Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969.	Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.	Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y abierta para la firma, ratificación o adhesión el 4 de febrero de 1985.
Preámbulo.	Si.	Si.	Si.
Enunciación de Derechos Civiles y Políticos.	Si.	Si.	Si.
Enunciación de Derechos Sociales.	Si.	Si.	No.
Enunciación de Derechos de Tercera Generación.	No.	No.	No.
Enunciación de Deberes de las personas.	No.	No.	No.
Enunciación de Deberes de los Estados.	Si.	Si.	Si.
Órgano de aplicación e/o interpretación.	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Podrá nombrarse una Comisión Especial de Conciliación. Corte Internacional de Justicia (art. 22).	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Corte Internacional de Justicia (art. 29).	Comité contra la Tortura. Corte Internacional de Justicia (art. 30).
Tipología (Derecho duro o derecho blando).	Derecho duro	Derecho duro	Derecho duro
Norma de interpretación.	No.	Art. 23 : "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad	Art. 16.2 : "La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o

		entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de : a) La legislación de un Estado Parte ; o b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado".	leyes nacionales que prohiban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión".
Observaciones.		Aprobada por el gobierno argentino por ley 23.179 del año 1985.	Ratificada por el gobierno argentino por ley 23.338 del año 1986.

Instrumento Internacional.	Convención sobre los Derechos del Niño.		
Tipo de instrumento.	Convención.		
Fecha de creación.	Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.		
Preámbulo.	Si.		
Enunciación de Derechos Civiles y Políticos.	Si.		
Enunciación de Derechos Sociales.	Si.		
Enunciación de Derechos de Tercera Generación.	No.		
Enunciación de Deberes de las personas.	No.		
Enunciación de Deberes de los Estados.	Si.		
Órgano de aplicación.	Comité de los Derechos del Niño.		
Tipología (Derecho duro o derecho blando).	Derecho duro		
Norma de interpretación.	Art. 41 : "Nada en la presente Convención		

	afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado Parte o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado."		
<i>Observaciones. /</i>	Aprobada por el gobierno argentino por ley 23.849.		

1.8.- Autoevaluación

1. Enuncie y desarrolle las tres acepciones de Constitución que Ud. Considere más importantes:

.....

.....

.....

.....
.....

2. Enuncie y explicité las diferencias entre "tipología" y "clasificación" de las constituciones:

.....
.....
.....
.....

3. Enuncie y explique la tipología de las constituciones elaborada por García Pelayo:

.....
.....
.....
.....

4. Cual es la tipología en que puede insertarse nuestra Constitución Nacional:

.....
.....
.....
.....

5. Clasifique al texto constitucional argentino de acuerdo a los parámetros indicados en el capítulo:

.....
.....
.....
.....