

DERECHO CONSTITUCIONAL

El Derecho Constitucional.

La denominación de Derecho Constitucional consta de dos términos: un sustantivo (derecho) y un adjetivo "constitucional". Se conjugan un elemento sustancial y otro que lo califica y lo delimita.

El elemento adjetivo deriva a su vez de un sustantivo, la constitución, y como tal cumple la función de hacer referencia a ella. Derecho Constitucional equivale a un derecho referente a la constitución o a derecho de la constitución.

El concepto de Constitución.

Existe una sorprendente cantidad de definiciones. Las respuestas son tantas y diversas que el interesado quedará al final perplejo, y le será necesario un gran esfuerzo personal para ordenar el material y aclarar su pensamiento.

Empecemos por distinguir el significado lingüístico y el jurídico: en el lenguaje común se utiliza la palabra constitución para significar la "esencia y calidades de una cosa que la constituyen y la diferencian de las demás"; en el lenguaje jurídico nos referimos a un significado bastante aproximado al usual, pues se 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.

Se pueden distinguir dos posiciones principales: unos adoptan conceptos amplios, empíricos; y otros restringidos, ideales.

Conceptos amplios.

Se asientan en la idea de que cada comunidad política tiene una ordenación natural. La Constitución consiste en la ordenación fundamental del Estado, siendo indiferente los instrumentos y el sentido político que la inspira. El concepto es amplio porque todo Estado tiene necesariamente alguna ordenación y no puede dejar de tenerla, aunque no se haya dado una constitución escrita con ese nombre. Se relativiza el papel de las normas de factura racional.

Conceptos restringidos.

Se fundan en 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. Es, por lo tanto, una ley escrita de determinada forma y contenido. Se identifica históricamente con la ideología liberal. Es restringida porque sólo tendrían constitución en ese sentido los Estados adheridos a esa ideología. Para este concepto, son falsas las constituciones que se han dado los regímenes socialistas y fascistas. "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de constitución" (art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano).

A. Conceptos amplios o empíricos.

Aunque similares entre sí llegan después de diferentes elaboraciones doctrinarias, coherentes con muy distintas teorías generales del derecho.

Son ellos los que denominaremos:

1) Concepto antiguo.

En la antigüedad los filósofos griegos usan la palabra politeia, con un sentido equivalente al que nosotros le asignamos a constitución. Se atribuye a Aristóteles el estudio de la historia constitucional de 158 ciudades griegas, del que se conserva sólo la de Atenas. Era una descripción de la manera de ser política de ese pueblo.

En su forma latina, la palabra tuvo otros usos jurídicos. En el Imperio Romano, para designar a los actos legislativos del emperador, distinguiéndolos de las costumbres antiguas. La Iglesia la tomó para denominar a las reglamentaciones eclesiásticas. Durante varios siglos se la utilizó como sinónimo de lex o edictum.

2) Concepto historicista.

Comienza a tener uso en el lenguaje jurídico y político después de las revoluciones francesa y americana. Fue la ideología liberal la que expandió la idea, y le da el sentido restringido.

La reacción conservadora fue inmediata. Voceros prominentes fueron Edmund Burke y Joseph de Maistre, quienes impugnaron esa base racionalista del nuevo concepto y exaltaron el valor de la historia y de la experiencia como verdadero fundamento de las instituciones políticas. "La constitución no es una ley escrita, sino el resultado de una transformación histórica". Destacan la importancia de tradiciones, usos y costumbres.

3) Concepto normativo.

Hans Kelsen, con su teoría pura del derecho, realiza una tentativa de reducir todo el mundo jurídico a un sistema de normas positivas. Rechaza al derecho natural. La pureza de su sistema consiste en eliminar todo elemento que impida construir una ciencia del derecho. Es una explicación monista del derecho 'el derecho es una norma'. Kelsen elabora una lógica jurídica en la que junto a la norma de origen legislativo, tiene cabida la norma consuetudinaria, y las denominadas normas individuales. Por esa vía y mediante otros medios, Kelsen introduce en su sistema elementos de la realidad desdeñados por el positivismo legalista, dándole formas lógicas. En este sistema las normas se ubican jerárquicamente formando lo que se ha dado en llamar la pirámide jurídica.

La más alta jerarquía jurídico-positiva está representada por la constitución, que es la regulación de los órganos y el procedimiento de producción de las normas generales. Es la ordenación de las competencias supremas. Ese es el concepto jurídico - positivo de constitución, al que hay que agregar otro concepto lógico - jurídico. Trata de salvar la pureza de su sistema mediante el arbitrio de dar forma lógica a ese hecho, porque en ese preciso lugar se quiebra la cadena de normas positivas que justifican la validez de la constitución jurídico - positiva vigente, ubica la norma hipotético - fundamental, que equivale a la constitución en sentido lógico - jurídico, según la cual debe reconocerse necesariamente la existencia de una norma no positiva sino lógica, no real sino hipotética, que prescribe : ' obedecerás al legislador originario y a las instancias por él delegadas'.

El sistema kelseniano culmina con la vinculación que establece entre los órdenes jurídicos singulares y el orden jurídico de la comunidad internacional.

4) Concepto existencialista o decisionista.

El positivismo jurídico alcanza su máximo desarrollo en Kelsen y en Carl Schmitt (Teoría de la Constitución, 1927), brillante teórico moderno del 'estado de derecho'.

Se califica de decisionista a su teoría, porque considera que la decisión es el eje de la política. La norma sólo resuelve situaciones previstas, normales. A ella debe agregársele otra instancia que enfrente los casos imprevistos. Tal es el atributo de la soberanía.

Según su punto de vista la constitución, en su sentido positivo, es una decisión de conjunto sobre modo y forma de unidad política. No es una norma o conjunto de normas escritas, sino una decisión. No surge de sí misma sino de la unidad política concreta y vale por virtud de la voluntad política existencial de quien la da.

Deben distinguirse entonces, la constitución y la ley constitucional. La constitución vale porque existe, porque es digno de existir. La ley constitucional en cambio vale por la constitución y la presupone.

Esta teoría constitucionaliza ipso facto los cambios revolucionarios y relega a un papel secundario a la constitución formal. El *decisionismo*, por tener freno, se ubica en un extremo totalmente inaceptable de la teoría constitucional.

5) Conceptos sociológicos - jurídicos.

Giran en torno al criterio de vigencia, así como Kelsen se guiaba con el concepto de validez, con distintos matices según distintos autores (Lasalle, Sismondi, Stein, Jellinek, Hauriou, Bourgeois, etc.). En oposición al concepto racional - normativo sostienen que no interesa tanto la constitución sancionada en una ley escrita cuanto los principios, tradiciones, costumbres, leyes, prácticas, sentencias, creencias, hechos y

actos de vigencia efectiva que, en conjunto, establecen un ordenamiento coactivo y eficaz del estado. Esta es la constitución real, el reflejo de un modo de ser espontáneo de una comunidad. No consiste en normas sino en un modo de ser.

Estos conceptos sociológicos modernos toman sus datos de las actuales situaciones y estructuras sociales, entre las cuales se le atribuye fundamental importancia a las económicas.

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

1) Elementos formales y materiales.

Según este concepto restringido, la constitución es una ley escrita determinada forma y contenido. Es exclusivamente normatividad y no cualquier clase de normatividad, sino una especie de ésta: la normatividad supra legal. Tiene una jerarquía superior a la legal. Quedan excluidas la normalidad extra legal (costumbre, tradición, moral, etc.) y la mera normalidad.

Una constitución conforme al concepto racional - normativa de ideología liberal, consta de los siguientes elementos formales y materiales, a saber :

a) Elementos formales :

- *es una ley;*
- *generalmente escrita;*
- *sancionada por el titular del poder constituyente o quien lo ejerce en su nombre y con su consentimiento;*
- *reformable por procedimientos que dificultan su reforma.*

b) Elementos materiales :

- *contiene normas de organización del estado;*
- *de jerarquía suprema;*
- *que deben reconocer derechos fundamentales de las personas y garantizar su ejercicio;*
- *que deben repartir el poder entre órganos distintos;*
- *que deben configurar un gobierno democrático.*

2) Origen

Sólo una constitución con estos atributos es verdadera. La formación de este concepto se produjo a través de un largo proceso de aproximadamente siete siglos, comenzando en el siglo XIII y hasta el XVIII. Es allí donde se fueron perfilando estos conceptos:

a) Idea de limitación del gobierno por el derecho

b) Importancia de la ley escrita.

c) Ley suprema.

d) Ley rígida.

e) Protección de los derechos fundamentales.

f) División del poder.

3) Aparición del concepto moderno: sus elementos iniciales.

La coyuntura favorable para que todos los elementos iniciales se mezclen se da en las colonias inglesas de América del Norte. Allí surge la noción de ley fundamental, cuando se lanzan a la independencia surge naturalmente la constitución. La palabra tiene allí un significado muy distinto al que le daban los antiguos.

La primera que surge es la de Virginia, 1776. En 1787, surge la primera nacional, la de los Estados Unidos de Norte América. En 1789, los franceses dan por resultado la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano, que será incorporada a la Constitución de 1791. El aura revolucionaria se extiende por toda Europa y América. Los países se lanzan a la búsqueda de sus propias constituciones. Entre 1791 y 1814, Francia arrojó por la borda siete constituciones.

4) Desarrollo posterior del concepto: nuevos elementos.

Muy pronto se agregó un nuevo elemento formal: la constitución es hecha por el poder constituyente, distinto al poder legislativo. Un proceso más lento hizo que se incorporara otro elemento material: la constitución no solo debe consagrar derechos y

defenderlos, sino también debe organizar un gobierno representativo de origen popular, es decir democrático.

La ley es hecha por el poder constituyente, esta teoría fue desarrollada por el abate Sieyes.

El poder constituyente radica en la nación en forma indiscutible e inalienable, su facultad de establecer la constitución es originaria, imprescriptible e incontrolable. No está sujeto a constitución alguna, y debe ser diferenciado del gobierno, que ejerce un poder constituido, sujeto a las condiciones y límites que le impone la constitución.

El movimiento constitucionalista fue originariamente liberal, y en mucha menor medida, democrático, pero en su ideología llevó incrustaciones que habrían de darle carácter de democrático.

El gran teorizador inicial de la democracia fue Rousseau (El Contrato Social), el hombre puede vivir en sociedad sin dejar de ser libre. El pueblo debía actuar en la deliberación y aprobación de la ley, y la de adopción de las leyes por unanimidad. El ideal debió reducir sus pretensiones al admitir la sujeción de todos a las leyes hechas por la mayoría. El pensamiento de Rousseau sigue rumbos que la mentalidad liberal debió rechazar. La doctrina de la democracia debió sufrir sucesivos retoques hasta hacerla compatible con el liberalismo. La más importante fue la adopción de la democracia representativa., que reclama la libertad política para la minoría, que podrá participar en las decisiones. Se integrarán los conceptos de libertad - participación.

En los estados de derecho, el vocablo democracia puede significar una forma de estado o una forma de gobierno.

Con la democracia, mediante técnicas diversas se procura una presión constante de la opinión sobre los órganos del gobierno, con miras a obtener una razonable conformidad entre la acción y de éstos y las aspiraciones de aquella.

5) Expansión del constitucionalismo.

Desde la idea original, se ha expandido a lo largo de dos siglos. Pero su difusión no ha sido de un modo progresivo y continuo, sino que se ha desarrollado por olas sucesivas, consecutivas de movimientos revolucionarios o de guerras mundiales, según lo afirma correctamente André Hauriou.

- *Primera etapa: desde 1787 hasta 1814 (Escandinavas).*
- *Segundo movimiento: 1830 en Europa has 1900 (Australia).*
- *Tercera ola: después de la Primera Guerra Mundial hasta las Constituciones alemana y rusa de 1918.*
- *Cuarto movimiento: después de la Segunda Guerra Mundial, hasta 1963.*
- *En último cuarto de siglo se advierte un quinto movimiento, y no de expansión sino de renovación de las constituciones.*

6) Crisis del concepto racional-normativo.

Este concepto ha visto como aparecen frente a él, paradójicamente, concepto amplios o empíricos que significan el regreso del concepto "antiguo".

Durante las ultimas décadas del siglo, se acrecienta el prestigio del liberalismo, tanto en materia política como económica. El proceso de transformación de estructuras estatistas por otras de signo liberal privatista es, sin embargo, difícil.

No cabe descuidar el riesgo señalado por Juan Pablo II (Centessimus annus, 1991) de que se difunda una ideología de tipo capitalista que rechace tener en cuenta la situación de las muchedumbres que viven aún en condiciones de gran miseria material y moral, confiando simplemente su solución al libre desarrollo de las fuerzas del mercado.

7) La constitución escrita y la dinámica constitucional.

La constitución escrita es un intento de dar fijeza y estabilidad a la ordenación fundamental del estado. Pero la constitución debe adaptarse a la vida y su dinámica, para ello se dispone de distintas técnicas de modernización:

a) *Reforma de textos.*

b) *Integración de textos.*

Distintos a los anteriores son los fenómenos de desconstitucionalización, expresión que designa la pérdida de vigencia de la constitución escrita frente a otra constitución real que la desplaza. Schmidt menciona varias especies, entre ellos:

- *La reforma inconstitucional;*
- *La suspensión inconstitucional;*
- *La supresión de la constitución;*
- *La destrucción de la constitución;*
- *El quebrantamiento de la constitución;*

Los países que comparten los ideales del constitucionalismo han procurado fortalecerlo, internacionalizando sus principios sustanciales en costumbres y documentos multinacionales (Carta de las Naciones Unidas de 1945; Declaración de Derechos Humanos de 1948, y otros).

Fuentes del Derecho Constitucional.

Existen características específicas en cuanto a las fuentes del Derecho Constitucional, además de que este participa de la Teoría General de las Fuentes. No obstante, es menester hacer un racconto de las fuentes formales en el Derecho Constitucional Argentino.

Si consideramos el Derecho Público, casi todos los Estados independientes nacieron en la época del iluminismo. Las fuentes formales de este eran el positivismo, el repudio a las instituciones anteriores, a la costumbre.

Primera fuente formal del Derecho Constitucional Argentino.

El modelo para esta corriente era uno: la Constitución de los Estados Unidos de América, el primer Estado Federal que ha existido. En él se dieron características inéditas hasta esa fecha: la división de poderes, la constitución de un poder ejecutivo ejercido por la figura de un presidente - especie de monarca electo en forma temporaria -, la formación de Congreso legisferante - distinto del Parlamento -, y otros rasgos distintivos. Este sistema de organización política se diferenciaba filosóficamente de las existentes entonces.

Este tipo de Constitución no se correspondía con nuestra historia, a pesar de varios esfuerzos por adaptarla, como por ejemplo la "Bases..." de Alberdi. Algunos sostuvieron que esos intentos de adaptación en realidad lo que consiguieron fue deformar la Constitución modelo.

En la práctica, el sistema que se dió en nuestro país fue distinto. Un Poder Ejecutivo Nacional muy poderoso, que trató siempre de llegar a tener la suma del poder político, un Congreso, que a diferencia del americano, se comportó más como un parlamento. En resumen, no se cumple con la filosofía de la constitución modelo.

Otro ejemplo de fuente formal, aunque en mucha menor medida, fue la Constitución chilena de 1831.

Las "Bases..." de Alberdi no son fuente formal, sí doctrinaria.

Los primeros doctrinarios del Derecho Constitucional Argentino aparecerían muchos años después (Joaquín V. González, Bidart Campos, etc.)

Jurisprudencia en el Derecho Constitucional.

Las constituciones son escuetas, y quizás esa sea la razón de perduración. Las constituciones son un contorno, ese contorno se rellena por la constitución natural.

La jurisprudencia ha hecho evolucionar el Derecho Constitucional. La constitución es un entorno ético (Sánchez Viamonte).

A diferencia de lo que ocurre en otras ramas del Derecho, se desarrolla la Jurisprudencia en el Derecho Constitucional. El único tribunal que define el Derecho Constitucional es la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Costumbre.

A pesar de la resistencia que ha generado en el positivismo constitucionalista, hay costumbre.

En el Derecho Constitucional la costumbre no viene de abajo hacia arriba, sino a la inversa.

La llamada jurisprudencia parlamentaria es en realidad costumbre parlamentaria. Es la práctica.

La costumbre está dada por las conductas, a menudo no tan constantes de los órganos políticos supremos de la Nación.

El Derecho Internacional como fuente de la Constitución.

Existen posturas dualista y monistas.

Es necesario plantear cual es el órgano de sanción y cual es el de aplicación del derecho.

El mundo actualmente vive un dualismo, pero efectivamente va hacia un monismo.

Los Tratados.

Existen cuatro tipos de tratados:

1. *Los Tratados incluidos en la Constitución.*
2. *Los Tratados que pueden ser incluidos en la Constitución.*
3. *Los Tratados anteriores a la Constitución.*
4. *Los Tratados de integración.*

El Derecho Internacional como fuente del Derecho Interno.

Existen dos teorías: una dualista y otra monista.

La primera sostiene que ambos son aspectos separados e independientes; el derecho interno puede incorporar el derecho internacional por un acto especial propio.

La segunda, que el orden jurídico es uno sólo. Internacional y nacional son manifestaciones de un mismo derecho. El internacional rige en el ámbito local (Kelsen y Goldsmith entre otros).

En nuestro país hay jurisprudencia que refleja la postura monista respecto del Derecho Internacional consuetudinario.

Valoración del Constitucionalismo.

A través de la historia han existido algunas posturas fuertemente críticas, desde distintas ópticas, como las de Burke, de Maistre, Lasalle y Schmidt.

Por otra parte, en su formulación inicial en Europa, fue usado como bandera del liberalismo. En América, en cambio, al vincularse con los procesos de emancipación, tuvo también como objetivo la unión y organización de las nuevas naciones.

No obstante su evolución permite admitir que ha desarrollado valores que tienen como característica común haberse originado en el pensamiento occidental. Sin duda el nacimiento y consolidación inicial de este fenómeno en esta porción del planeta no es casual, sino que responde a razones profundas.

a) *La dignidad de la persona humana.*

b) *La participación política.*

c) *La organización racional del poder.*

Pero también cabe recordar que, más de una vez, un ordenamiento constitucional ha podido ser invocado como fundamento de legitimidad jurídica - positiva para conductas que han negado tales valores, ya sea a través de abusos del poder, como de excesos de la libertad.

Esos peligros fueron claramente señalados por León XIII, en *Inmortale Dei* (1885), y muchos años después, habiendo evolucionado el Constitucionalismo, Juan XXIII lo reconoce en *Pacem in Terris*. La posición de la Iglesia se ve reexpresada por Juan Pablo II, en *Redemptor Hominis* de 1979 y posteriormente en *Sollicitudo Rei Socialis* de 1987.