



**SOBRE LOS LIMITES DE LOS PROCESOS DE
REFORMA CONSTITUCIONAL DE UN PODER
CONSTITUIDO PARA PONER LIMITES A UN
PODER CONSTITUYENTE**



LUCAS NICOLAS APPENDINO
SEMINARIO FINAL DE ABOGACIA
Universidad Siglo 21

[Escriba aquí]



**SOBRE LOS LIMITES DE LOS PROCESOS DE
REFORMA CONSTITUCIONAL DE UN PODER
CONSTITUIDO PARA PONER LIMITES A UN
PODER CONSTITUYENTE**

LUCAS NICOLAS APPENDINO

DNI – 29253903 // LEGAJO ABG04703

ABOGACIA

SEMINARIO FINAL DE ABOGACIA

TRABAJO FINAL DE GRADO DE ABOGACIA

[Escriba aquí]

[Escriba aquí]

ODA ESCRITA EN 1966

*Nadie es la patria. Ni siquiera el jinete
que, alto en el alba de una plaza desierta,
rige un corcel de bronce por el tiempo,
ni los otros que miran desde el mármol,
ni los que prodigaron su bélica ceniza
por los campos de América
o dejaron un verso o una hazaña
o la memoria de una vida cabal
en el justo ejercicio de los días.*

*Nadie es la patria. Ni siquiera los símbolos.
Nadie es la patria. Ni siquiera el tiempo
cargado de batallas, de espadas y de éxodos
y de la lenta población de regiones
que lindan con la aurora y el ocaso,
y de rostros que van envejeciendo
en los espejos que se empañan
y de sufridas agonías anónimas
que duran hasta el alba
y de la telaraña de la lluvia
sobre negros jardines.*

*La patria, amigos, es un acto perpetuo
como el perpetuo mundo. (Si el Eterno
Espectador dejara de soñar
un solo instante, nos fulminaría,
blanco y brusco relámpago, Su olvido.)*

*Nadie es la patria, pero todos debemos
ser dignos del antiguo juramento
que prestaron aquellos caballeros
de ser lo que ignoraban, argentinos,
de ser lo que serían por el hecho
de haber jurado en esa vieja casa.*

*Somos el porvenir de esos varones,
la justificación de aquellos muertos;
nuestro deber es la gloriosa carga
que a nuestra sombra legan esas sombras
que debemos salvar.*

*Nadie es la patria, pero todos lo somos.
Arda en mi pecho y en el vuestro, incesante,
ese límpido fuego misterioso.
(Jorge Luis Borges, 1966)*

[Escriba aquí]

Resumen

Este trabajo se centra en determinar la posibilidad y alcance que tiene un poder constituido en limitar al poder constituyente en un proceso de reforma constitucional. La hipótesis inicial y disparadora parte de que *toda Constitución es el reflejo del contexto político-social de un momento determinado, de un pueblo en ejercicio de su poder soberano. Ello solo se hace con pleno ejercicio de su libertad y contiene un ánimo de autodeterminación por ser un Estado-Nación. Así, toda Constitución realizada al amparo del poder del pueblo, reflejado en un poder constituyente, no puede tener limitaciones más que las propios del derecho natural o la ética convencional que deviene de las Convenciones y Pactos Internacionales en materia de Derechos Humanos. Es por ello que hoy el gran desafío de las constituciones duras y rígidas, en el marco de la globalización y los procesos de integración regional, implica amoldar la estructura jurídica institucional a la supranacionalidad.*

Para poder llegar a una conclusión que pueda sostener o descartar esta hipótesis inicial se analizarán los elementos centrales de la teoría constitucional y se irá gestando un sistema que vaya uniendo los mismos, logrando tener una mirada sistémica e integrada de los mismos. Así se analizarán los conceptos de Constitución, poder constituyente y constituido, reforma constitucional, los límites y contenidos pétreos y la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad. El desarrollo no dejará de lado la variable de los procesos de integración internacional, en tanto los Estados, hoy más que nunca actúan en un contexto internacional cada vez más complejo, global y conectado.

Todos estos son los elementos centrales y hacedores de la teoría constitucional. Con ellos, inmediatamente se pasa al análisis de dos hechos centrales en donde se pusieron a consideración estos elementos, como lo fueron los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Fayt (1999) y Schiffrin (2017). Ambos tuvieron decisiones distintas para la misma Corte. El primero determino que el poder constituido puede limitar siempre al poder constituyente y el segundo, con algún matiz, definió que el punto en discusión, circunstancias fácticas similares, no estaba alcanzado en los límites que se pretendían imponer. Tras examinar los mismos se los puede contrastar con el sistema previamente generado y con ello tener una conclusión.

[Escriba aquí]

Palabras Claves

Constitución – Poder Constituido – Poder constituyente – Reforma constitucional – Límites constitucionales – Contenidos pétreos – Fayt – Schiffring – Control de constitucionalidad – Supremacía constitucional - Supranacionalidad – Integración Internacional

Abstrac

This work focuses on determining the possibility and scope of a power constituted in limiting the constituent power in a process of constitutional reform. The initial and triggering hypothesis is that every Constitution is a reflection of the political-social context of a given moment, of a people exercising their sovereign power. This is only done with full exercise of their freedom and contains a spirit of self-determination for being a Nation-State. Thus, any Constitution made under the power of the people, reflected in a constituent power, can not have limitations other than those of natural law or conventional ethics that comes from the International Covenants on Human Rights. That is why today the great challenge of hard and rigid constitutions, within the framework of globalization and regional integration processes, involves adapting the institutional legal structure to supranationality.

In order to reach a conclusion that can sustain or discard this initial hypothesis, the central elements of the constitutional theory will be analyzed and a system will be created that unites them, achieving a systemic and integrated view of them. This will analyze the concepts of constitution, constituent and constituted power, constitutional reform, limits and stony contents and constitutional supremacy and control of constitutionality. Development will not leave aside the variable of the processes of international integration, while the States, today more than ever, act in an increasingly complex, global and connected international context.

All these are the central elements and doers of the constitutional theory. With them, we immediately turn to the analysis of two central facts in which these elements were put to consideration, as were the rulings of the Supreme Court of Justice of the Nation Fayt (1999) and Schiffrin (2017). Both had different decisions for the same Court. The first determined that constituted power can always limit the constituent power and the

[Escriba aquí]

second, with some nuance, defined that the point under discussion, similar factual circumstances, was not reached in the limits that were intended to impose. After examining them they can be contrasted with the previously generated system and thus have a conclusion.

Keywords

Constitution - Constituted Power - Constitutional power - Constitutional reform -
Constitutional limits - Stony content - Fayt - Schiffring - Control of constitutionality
- Constitutional Supremacy - Supranationality - International Integration

[Escriba aquí]

INDICE

I.	INTRODUCCION	10
II.	Concepto de Constitución	14
i.	Repaso por distintas concepciones.	19
ii.	Construcción de una Constitución y el Estado.	26
iii.	Constitución y constitucionalismo. La otra construcción de la constitución. 32	
iv.	Primera conclusión: ¿qué es una constitución?.....	40
III.	Poder Constituyente y Poder Constituido.....	51
v.	Naturaleza del Poder Constituyente y Poder Constituido.....	52
vi.	Repaso por distintas concepciones.....	56
	Concepto Fundacional-Revolucionario del Poder Constituyente.....	60
	Concepto existencial-decisionista del poder constituyente	61
	Fundamento sociológico	62
	Fundamento juspositivista	62
vii.	Alcance.....	62
viii.	El proceso de reforma en nuestro país. El Art. 30.	68
	El problema interpretativo del cómo	70
ix.	Cómo son los procesos de Reforma en países de América Latina y Estados Unidos. Sus modelos normativos.....	72
x.	Segunda conclusión: el poder constituyente dinámico	81
IV.	Limites, contenidos pétreos y reforma constitucional.	92
xi.	Sobre los límites en los procesos de Reforma. ¿contenidos pétreos?	94
xii.	Alcance de las cláusulas o contenidos pétreos	96
xiii.	Positivismos, Iusnaturalismo y realismo.	101

[Escriba aquí]

xiv.	Internacionalización de Derechos. El bloque de constitucionalidad federal.	105
xv.	El tema de las formas	106
xvi.	La posibilidad de una reforma total	110
xvii.	Tercera conclusión.....	111
V.	Supremacía y Control de constitucionalidad.	118
xviii.	Supremacía y control de constitucionalidad - “Marbury vs Madison” .	124
xix.	Control Judicial de una Reforma Constitucional: las políticas no judiciales y el principio de corrección funcional	130
	Principio de corrección funcional	132
	Las cuestiones políticas no judiciales	133
xx.	Quinta Conclusión.....	135
VI.	El antecedente FAYT.....	138
xxi.	Antes del fallo FAYT. La doctrina.	138
xxii.	Antes del fallo FAYT. Control de la reforma constitucional.	142
	Caso Soria Guerrero.....	142
	Castiglione y Unión del Centro Democrático.....	143
	Caso Polino / Bravo	144
	Caso Iribarren – Iribarren, Casiano Rafael c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa (22/6/99)	145
xxiii.	El caso FAYT	145
xxiv.	Cuestiones Políticas No Justiciables	149
xxv.	Significado político del antecedente.....	150
xxvi.	Significado jurídico del antecedente.	154
xxvii.	Sexta Conclusión	156
VII.	SCHIFFRIN. La nueva mirada de la Corte.....	163

[Escriba aquí]

xxviii.	Highton de Nolasco, entre Fayt y Schiffrin.....	164
xxix.	Antecedentes y sumario del fallo.	166
xxx.	Significado político del antecedente.....	170
xxxi.	Significado jurídico del antecedente.	172
xxxii.	Séptima conclusión.....	172
VIII.	Conclusión: sobre la posibilidad, o no, del poder constituido de limitar al poder constituyente en un proceso de reforma constitucional.....	177
xxxiii.	Sistema y Constitución. La constitución como parte de un sistema de referencias.....	179
xxxiv.	La constitución reformada es una accesoria de la principal o una nueva constitución?.....	181
xxxv.	Límites - Dinámica constitucional en función de nuestro orden normativo y contexto mundial socio-histórico.....	183
xxxvi.	Cierre.	183
IX.	BIBLIOGRAFIA	186

[Escriba aquí]

I. INTRODUCCION

Tras los debates a fines de los años noventa en torno al conocido fallo Fayt¹, hoy, tras el fallo Schiffrin², se vuelve a discutir la validez de una cláusula de la Constitución incorporada en 1994. Se reabre un debate que a mi juicio nunca se fue y que tiene muchas preguntas, entre otras: ¿la Convención Constituyente actuó en su momento dentro de sus facultades y del temario habilitado por el Congreso o se extralimitó?, y en si se hubiera extralimitado, la pregunta que se genera desde aquí es el eje del objetivo de la tesis, ¿puede o no una Convención Constituyente en uso del Poder Constituyente ir más allá de lo que un Poder Constituido le ha marcado a través de la declaración de la necesidad de reforma? En 1999 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo tribunal de la justicia argentina, había declarado nula una disposición constitucional de la Reforma de 1994, *algo similar, no igual, a declarar inconstitucional la Constitución*. Esto no fue algo menor, ni lo es.

Lo que se marcó en Fayt³ es que la Constitución Nacional, fuente de toda norma, carta de derechos, principio rector de todas las otras leyes, carecía en algún punto de validez. Este es el gran disparador del trabajo. En este trabajo se tratará de responder a la siguiente pregunta y problema: ¿puede un poder constituido limitar al poder constituyente en los procesos de reforma constitucional a las decisiones que este adopte? Así pues, los ejes centrales para abordar serán límites en los procesos de reforma constitucional, poder constituyente y constituido, y si en definitiva el poder constituyente puede ser limitado por un poder constituido aún en un proceso de reforma constitucional.

Quizás el tiempo hizo pasar por inadvertida a la sociedad respecto a la gravedad institucional de esto, no así a la discusión jurídica. Las cátedras de Derecho Constitucional siempre han debatido el tema en los congresos y en el aula, hoy claro está, más que nunca. Fue la única norma constitucional declarada nula –en toda la

¹ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

² (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017)

³ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

[Escriba aquí]

historia constitucional de la Argentina— por la Corte Suprema.⁴ El fallo Fayt⁵ llegó a decir que la convención constituyente se había extralimitado en sus atribuciones. Pero hoy el mismo Tribunal en una nueva revisión de lo actuado, sentencia: “La doctrina utilizada en el caso Fayt debe ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo expresada por la convención reformadora”⁶.

La política y el poder en nuestro país, al menos, siempre tentada a una nueva reforma constitucional, nos reclama discutir esta cuestión. Debe advertirse también, que mismas iniciativas de reforma se vuelcan en los territorios provinciales, ejes centrales de nuestro federalismo, no ajeno a las transformaciones de la política nacional. El caso de la Provincia de Mendoza, es un ejemplo, que aún debe una reforma constitucional que adecue su Carta Magna a la actual Constitución de 1994. Tomar una posición que pueda sostenerse ante futuros cambios constitucionales, el alcance, posibilidades y competencias de la Convención Constituyente, sin importar el ámbito (Nacional, Provincial o Municipal), así como también sea este estudio sostén de razones y argumentos de las decisiones jurisdiccionales que puedan tomarse a partir de controversias que pudiesen surgir en función de su producción, es el objetivo trascendente de este trabajo.

El objetivo de este trabajo será determinar si un poder constituido puede ponerle límites a un poder constituyente en el marco de un proceso de reforma constitucional. Para ello y para poder explicar las conclusiones del caso, tomaré un camino, posiblemente largo, pero a mi juicio absolutamente necesario, por el cual se desenvuelvan algunos conceptos que le den un tronco estructural a la misma. El desafío será obtener algunas conclusiones preliminares o de cierre en cada etapa para unir todas ellas lógicamente con los resultados de las consideraciones finales.

Surgen algunas preguntas a las que trataré de dar respuesta. ¿Toda disposición constitucional es reformable? ¿Hay límites en los procesos de reforma? ¿Prevalen cuestiones de derecho natural sobre el derecho positivo en caso de una reforma

⁴ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017, págs. considerando 27-f)

⁵ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

⁶ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017, págs. considerando 27-g)

[Escriba aquí]

constitucional? ¿Fue constitucionalmente válido el mencionado caso Fayt...y Shiffrin...? ¿Qué nos dicen estos fallos respecto de la Corte? ¿El Poder Judicial está facultado para controlar el contenido de la Constitución incluso de las reformas que se le hagan?

Este camino, entonces, empieza con determinar qué es una Constitución y cuál es el significado que tiene en sí misma. El primer capítulo, revisará diversos conceptos elaborados por la doctrina, la construcción de una constitución y el nacimiento del constitucionalismo tanto a un nivel general como el particular en Argentina. El objetivo: responder a la pregunta ¿qué es una Constitución? Luego adentrarse a la idea del poder constituyente que da origen a la Constitución en sí. En este punto se analizarán su naturaleza, concepciones y un repaso histórico de la formación de nuestro poder constituyente. En el mismo capítulo y como consecuencia del poder constituyente abordaré la cuestión de la reforma constitucional, su alcance cómo es el mecanismo previsto constitucionalmente para la declaración de reforma en nuestro país, un breve repaso histórico, y analizaré algunos mecanismos en el derecho comparado. En directa relación a la cuestión propia de la reforma se encuentra inmediatamente la cuestión de los límites y contenidos pétreos. Aquí analizaremos su implicancia, la discusión al respecto entre positivismo e iusnaturalismo, la incorporación de los Derechos Humanos y el pensamiento ético en torno a ello, la internacionalización de los Derechos Humanos y los desafíos que a ello se suman desde la integración regional y supranacional. Con todo ello, se tienen los elementos necesarios con los cuales analizar la significancia de los dos fallos claves en este tema: Fayt⁷ y Schiffrin⁸

Ambos, son los disparadores prácticos necesarios de la cuestión dogmática. Si bien se harán menciones en el transcurso del desarrollo, toda la construcción y desenlace de estos dos *leading case* estarán desenvueltos en estos capítulos. En el transcurso se irá construyendo un esquema que refleje los temas vistos y pueda sostener la tesis a la que se arriba.

⁷ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

⁸ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017)

[Escriba aquí]

La hipótesis inicial y disparadora parte de que toda Constitución es el reflejo del contexto político-social de un momento determinado, de un pueblo en ejercicio de su poder soberano. Ello solo se hace con pleno ejercicio de su libertad y contiene un ánimo de autodeterminación por ser un Estado-Nación. Así, toda Constitución realizada al amparo del poder del pueblo, reflejado en un poder constituyente, no puede tener limitaciones más que las propios del derecho natural o la ética convencional que deviene de las Convenciones y Pactos Internacionales en materia de Derechos Humanos. Es por ello que hoy el gran desafío de las constituciones duras y rígidas, en el marco de la globalización y los procesos de integración regional, implica amoldar la estructura jurídica institucional a la supranacionalidad.

Con todos estos elementos se intentará responder a la pregunta: ¿puede un poder constituido poner límites a un poder constituyente? y al mismo tiempo sostener o despejar la hipótesis esbozada. Solo habiendo abordado todos los temas será posible obtener las premisas necesarias para poder sostener la conclusión. Esta respuesta además pretende hacer un aporte doctrinario con los suficientes argumentos del pensamiento jurídico y político que, ante posibles situaciones similares a las dadas, en Fayt o Schiffrin, facilite una solución consistente que no haga tambalear el andamiaje judicial, jurisprudencial, legislativo y sobretodo constitucional. Que aquello de seguridad jurídica y sistema constitucional sea un cuerpo sólido consistente a la vigencia constitucional. Que Argentina y su sistema jurídico puede dar razones suficientes y lógicas para no parecer un país de locos, para no estar al decir de Carlos Nino, al margen de la ley, para no ser una Republica donde cualquier cosa sea posible.

[Escriba aquí]

II. Concepto de Constitución

El objeto de este capítulo es esbozar una conclusión que pueda definir el significado y esencia de una Constitución e incluirla en el sistema que se irá construyendo. Para ello, en primer lugar, se repasarán distintos conceptos que aporta la doctrina sobre el tema en cuestión, en segundo lugar, se abordará al hecho de cómo se construye la misma, en tercer lugar, un repaso por el constitucionalismo como modo de concebir el proceso constitucional, y en cuarto y último lugar la conclusión arribada y propia concepción de lo que la Constitución implica. Solo reconociendo el punto de partida del estudio constitucional se podrá obtener una respuesta sobre el problema de esta investigación y que incluso es aquello que esta puesto como objeto de ese proceso de cambio.

Por eso, empezar este trabajo en determinar el concepto de constitución, no es inocente. En función de cómo se entienda, ubique y signifique a la Constitución, se visualizarán las primeras respuestas a las preguntas realizadas. El común de las personas relaciona a la Constitución con la norma suprema del Estado que establece las bases para su gobierno y para la organización de las instituciones en que se asienta su gestión ordinaria. El fin es garantizar al pueblo sus derechos y libertades, fijar los límites y definir las relaciones entre los poderes del Estado (identificados en términos generales con el legislativo, ejecutivo y judicial).

Se comparte una forma generalizada de entender el vocablo relacionada a la Constitución formal (rígida, escrita, normalizada). Ocasionalmente en Latinoamérica se le adiciona el adjetivo: política (ej. Constitución Política de Costa Rica). (Sagües N. P., 2001) Comparto con el autor, nada en Derecho Constitucional es apolítico... Hay algunas denominaciones interesantes: Ley de Leyes, Ley Fundamental, Instrumento de Gobierno, Carta Magna, Estatuto Real (en concordancia a las similitudes de los absolutistas) o Reglamento (ej. Reglamento Provisorio de 1817 regímenes que tuvo una aspiración en si misma constitutiva) ... con menor legitimidad dado los acontecimientos históricos, Acta Constitucional (Argentina: Acta de la Revolución de 1966; Chile post 1973, actas constitucionales) (Sagües N. P., 2001) ⁹

⁹ La Real Academia Española define el vocablo constitución como: **1.** f. Acción y efecto de constituir o constituirse; **2.** f. Conjunto de los caracteres específicos de algo. La constitución de la célula; **3.** f. complexión (ll conjunto de las características de un individuo); **4.** f. Ley fundamental de un Estado, con

[Escriba aquí]

Hay una suerte de clasificación generalmente compartida por la doctrina con la que se introduce el estudio constitucional. (Bidart Campos, 2007; Gargarella, 2017; Sabsay, 2015; Sagües N. P., 2007; Mooney, 2000; Santillan, 2014) Es por ello que encontramos en esas categorizaciones: constituciones escritas o no, rígidas o flexibles, breves o desarrolladas, acorde a su nacimiento, según la vigencia, su contenido, etc. Las clasificaciones siempre me han parecido odiosas, parecieran más a los fines didáctico del estudiante memorioso antes que al propio desarrollo del pensamiento crítico, sin embargo, no por ello no sean necesarias en el proceso de comprensión y estudio.¹⁰

rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política. Las constituciones americanas (La Constitución española); 5. f. Cada una de las ordenanzas o estatutos con que se gobiernan algunas corporaciones. Constituciones generales de la orden franciscana; 6. f. Forma o sistema de gobierno de una unidad política (La constitución de Atenas); 7. f. Estado actual y circunstancias de una determinada colectividad; 8. f. En el derecho romano, ley que establecía el príncipe. Fuente: Real Academia Española. Concepto de Constitución. Recuperado el 15/04/2018 en <http://dle.rae.es/?id=ARRnIn2>

¹⁰ Seguiré a Santillán (2014) para dar una primera impresión de estas distinciones clasificaciones respecto a las constituciones en término general. Cuando se menciona el carácter escrito se refiere al texto legal en sí, plasmado explícitamente en un cuerpo normativo que lleva por lo general una parte dogmática y otra orgánica, y en la misma se plasman los principios fundamentales sobre los que descansa la organización del Estado, sus límites y facultades, así como también los deberes y derechos de los individuos. Nuestra Constitución Nacional comparte este carácter. En las constituciones no escritas, no existe un texto específico que contenga la totalidad, o casi la totalidad de las normas básicas, sino que estas están contenidas a lo largo de diversas leyes, cuerpos legales y usos repetidos. El clásico ejemplo es el de Inglaterra, donde no se encuentra un texto constitucional unívoco y cuyas fuentes de derecho las podemos encontrar en la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos de 1628, el Habeas Corpus 1679 el Bill of Rights 1689 y el Acta de Establecimiento 1701.

Según la posibilidad de ser reformadas, las constituciones se clasifican en rígidas y flexibles. Las constituciones rígidas son aquellas que requieren de un procedimiento especial y complejo para su reforma; es decir, los procedimientos para la creación, reforma o adición de las leyes constitucionales es distinta y más compleja que los procedimientos de las leyes ordinarias. Nuestro país comparte tradicionalmente características de ello, pero dada la incorporación del artículo 75.22 tras la reforma de 1994 tendrá características de un sistema flexible, pero de un modo sui generis, como se verá más adelante.

Aquí el autor vuelve a hacer una nueva sub-clasificación: a) constituciones rígidas o pétreas; b) constituciones semi-rígidas; c) constituciones flexibles. En general las constituciones escritas son también constituciones rígidas; es decir, cuando en un Estado encontramos que existe Constitución escrita, se verá que ésta tiene un procedimiento más complejo de reforma o adición que el procedimiento para la creación, reforma o adición de una ley ordinaria. Del otro lado se ven las constituciones flexibles, estas se modifican mediante el procedimiento legislativo ordinario, lo que significa que una ley del parlamento puede cambiarlas. A priori, las constituciones de carácter consuetudinario son flexibles, pero no todas las escritas son rígidas porque puede haber Constituciones escritas que no tengan previsto un procedimiento especial para su modificación. (Santillan, 2014) El autor no muestra ejemplo, sumo al Estado italiano como tipo de esta última situación. (ver capítulo III.x).

Ateniéndose al hecho de la génesis del texto constitucional, pueden estos surgir por cartas otorgadas, cartas pactadas o por el pleno uso de la soberanía. Las cartas otorgadas son las constituciones del período de la monarquía absoluta en el que el soberano (rey/emperador) autolimita su poder mediante el otorgamiento de una Carta de Derechos y conserva todo el poder político del que no ha establecido una limitación expresa. Las cartas pactadas son las constituciones del período de la monarquía

[Escriba aquí]

Sin embargo, si me interesa aportar una línea de clasificación que hace Sagües (2001). En términos políticos podemos considerar constituciones democráticas, autocráticas o mixtas. En cuanto a su origen ideológico, no ya en cuanto al poder en sí, podrían considerarse autoritarias, totalitarias y de un poder moderado. Otras clasificaciones siguen cuestiones formales *per se*. Cortas o largas. Codificadas, no codificadas o intermedias. Definitivas o de transición. Luego, acorde a la fuerza normativa de la misma, podremos considerarlas eficaces o ineficientes. También tenemos una serie de clasificaciones interesantes para pensar, acorde a la vigencia y vicios intrínsecos de una constitución: utópicas, gatopardistas, demagógicas, plagiadas, multiconformistas, detallistas, antiguas; y finalmente con respecto a la “realidad” identifica constituciones retratistas de ella, la constitución contrato y la constitución promesa.

Señalo en particular estas últimas que hace el mismo Sagües (2001) al respecto de las constituciones, por no ser quizás tan rápidamente relacionables y fuera de las clásicas concepciones de Constitución, y también porque dan pie a las ideas subsiguientes. Cuando se menciona utopismo se refiere a reglas o derechos imposibles. “El *utopismo consiente* ocurre cuando el constituyente mide los costos jurídicos, políticos y económicos de una cláusula constitucional, advierte que no pueden satisfacerse y, no

constitucional. Inglaterra vuelve a ser un ejemplo clásico. Distinto de ello son las constituciones nacidas a la luz del ejercicio de la soberanía del pueblo en donde el rey deja de ser el absoluto soberano y la legitimidad es alcanzada por el ejercicio de un poder constituyente que la crea. Debe decirse que la explicación de esta clasificación parte de los supuestos históricos y circunstancias que caracterizaron, en Europa, la desaparición del antiguo régimen (monárquico y absoluto) y su sustitución por el nuevo régimen (republicano y democrático). (Santillan, 2014)

También en función del origen, algunas constituciones se diferencian en función de su origen, valga la redundancia, político, o porque pueden ser creadas por contrato entre varias partes, o por imposición de un grupo a otro, o por decisión soberana, etc. Las constituciones otorgadas corresponden tradicionalmente al Estado monárquico donde el propio soberano las otorga; o sea, aquellas en las cuales el monarca, en su carácter de titular de la soberanía, las otorga al pueblo. Las constituciones impuestas, en sentido contrario a las anteriores, serán impuestas por el Parlamento al monarca y este debe asentirlas, aquí hay una alta participación de la sociedad y sus representantes en el Parlamento de las decisiones políticas y existe una amplia y necesaria idea de consenso. (Santillan, 2014)

También hay distinciones por la longitud, distinguiendo constituciones sumarias o desarrolladas. Las primeras se limitan a regular los aspectos esenciales de las instituciones y las segundas hacen extensos desarrollos sobre cada tema. En este segundo grupo se puede ubicar a la Constitución de Brasil. Otra distinción son las constituciones de tipo consuetudinario, mezcla de usos y costumbres sobre la manera de gobernar y fruto de la idiosincrasia de un pueblo concreto. Ejemplos de Constituciones consuetudinarias los tenemos en la Constitución inglesa y la de Israel. Las constituciones escritas son incorporadas por lo general a un texto único, pero a veces formadas por una pluralidad de textos. (Santillan, 2014) “En nuestro tiempo también podemos contemplar estas variables tipológicas en distintos países de la tierra, en los que no hay reyes pero puede haber un dictador que en un momento dado auto limita su poder con una Carta Otorgada o las pseudo Cartas Pactadas por las que se gobiernan muchos países árabes y asiáticos...” (Santillan, 2014, pág. 5)

[Escriba aquí]

obstante, dicta la norma del caso”¹¹ (Sagües N. P., 2001, pág. 252) (por contraposición el utopismo inconsciente). Referirse al gatopardismo presenta otro defecto, en tanto se proclama una transformación pero se mantiene la situación preexistente.¹² Las

¹¹. Nuestra Constitución establece, a mi modo de ver el punto central del federalismo, la necesidad de que se dicte una Ley de Coparticipación. Esto se expresa en el art.75.2 de la Constitución Nacional (C.N.) y la cláusula transitoria sexta. Esta ley de coparticipación no se ha creado y tiene un dispositivo de imposible cumplimiento. Primero que ya tenemos como Republica un real incumplimiento constitucional al no haber sido sancionada la mencionada Ley. En este sentido la Corte en los casos “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y CSJ 191/2009(45-S)/CS1 “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos, pidió el dictado de un nuevo régimen de coparticipación federal, tal como lo ordena la Constitución. (Fuente: “La Corte prohíbe al Estado Nacional reducir los fondos coparticipables de las provincias y pide el dictado de un nuevo régimen de coparticipación federal, tal como lo ordena la Constitución” (24/11/2015) Centro de Información Judicial, recuperado el 25/05/18 en <https://www.cij.gov.ar/nota-19095-La-Corte-proh-be-al-Estado-Nacional-reducir-los-fondos-coparticipables-de-las-provincias-y-pide-el-dictado-de-un-nuevo-r-gimen-de-coparticipaci-n-federal--tal-como-lo-ordena-la-Constituci-n.html>) Segundo, la imposibilidad real, y esto es mi mirada subjetiva, de llegar a formales acuerdos, primero en el Congreso y luego en cada una de las legislaturas provinciales, y ojo, del total de las provincias, incluida Ciudad Autónoma. Tercero, la imposibilidad de lograr ello en la arena política, con los recelos partidarios y modos de ejecución de las partidas presupuestarias. Cuarto, me niego a pensar que provincias chicas, en ese marco de recelos políticos y en donde hoy reciben partidas importantes para financiar sus obras públicas y gastos, de pronto releguen ello por la posición económica de otras provincias con mayor participación en población y desarrollo (ya tuvimos una catarata de quejas al respecto de muchas provincias que incluso llevo a discutirse en la Corte respecto a los fondos del conurbano de la Provincia de Bs.As.). En mi mirada, esta Ley, es de absoluta imposible realización, y una parte considerable de los jóvenes constitucionalistas también así lo piensan (Bernal, Pizzolo, Rosetti, en la presentación de su libro “que 20 años no es nada” así lo hicieron saber (Bernal, Pizzolo, & Rosetti, 2014))

¹² Cito y comparto con Sagües (2001, pág. 252 y 253) “*un caso de gatopardismo, en algunos países latinoamericanos, ha sido el lanzamiento del consejo de la magistratura. Tal ordenamiento fue idealmente diseñado para afianzar la alicaída independencia del poder judicial, mediante la selección de sus cuadros según criterios objetivos y sin favoritismos o influencias políticas, reclutándose sobre ña base del mérito de los candidatos, por concursos abiertos y legítimos. La meta, pues, consistió en construir un nuevo poder judicial autónomo, calificado, operativo y honesto, según los principios de idoneidad e igualdad de oportunidades, y ocasionalmente ha sido lograda. Sin embargo, si en la composición de este consejo o en la decisión final sobre los nombramientos vuelven a predominar los partidos y los otros poderes del Estado, el sistema de designación de jueces sigue básicamente igual que antes o peor, aunque disfrazado de modernidad e imparcialidad.*” Esto mismo es lo que se planteó en el marco del Congreso Argentino de Jóvenes Constitucionalistas 2005 organizado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional en la UBA por parte de los ponentes en ese momento compañeros de estudio German Chiavassa y German Malis, hoy en ejercicio de la profesión de la abogacía, (Fuente: Ponencia: “Reformas al Consejo de la Magistratura” en el marco del I Encuentro Iberoamericano de Jóvenes Profesores de Derecho Constitucional” que se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires los días 18, 19 y 20 de mayo de 2006) planteado en diversos y sucesivos congresos de este estilo, cuestión aún vigente. Basta ver las noticias con críticas al Consejo de la Magistratura, en donde se evidencia la manipulación de las decisiones de este cuerpo por el poder político a raíz de la composición, y el modo que tiene.

(Fuente: “El macrismo logró deshacerse de Freiler” (18/11/2017) Página 12. Recuperado el 26/03/18 en <https://www.pagina12.com.ar/76755-el-macrismo-logro-deshacerse-de-freiler> y “Maniobra consumada” (17/11/2017) Página 12. Recuperado el 26/03/18 en: <https://www.pagina12.com.ar/76654-maniobra-consumada>)

Sumo en mi consideración cuestiones relativas al federalismo por ejemplo la aspiración de consolidar regiones entre Provincias que hasta aquí no son parte de la agenda política, y en ese sentido la insipiente

[Escriba aquí]

constituciones demagógicas tienen dada su ineficacia por el establecimiento de cláusulas de gravoso o difícil cumplimiento, aprobadas con el propósito de la seducción popular. ¿Populistas....?¹³ Las constituciones plagiadas imitan órganos, mecanismos y dispositivos extranjeros de novedad y prestigio, pero no evalúan su responsabilidad al momento de sostener su gobernabilidad y legitimidad... Las multiformistas contienen normas desconectadas entre redacción e interpretación. Otro mal, o vicio, es el detallismo. Existen aquí dimensiones extra-ordinarias y pueden pecar de rápida obsolescencia. En el último carácter, se encuentran las antiguas, estás *a priori* responderán a otras realidades, otros derechos (menos que el resto en principio). (Sagües N. P., 2001)

No quiero dejar de señalar una cuestión muy importante, usando la clasificación mencionada, que tiene que ver con la eficacia constitucional. La razón de la eficacia puede ser medida en tanto es la Constitución capaz de hacer ciertos sus enunciados en el día a día de la sociedad, por el contrario, su fracaso la convierte en ineficaz. El tema es complejo en tanto la Constitución puede ser eficaz en muchas de sus cláusulas y principios, pero no en el todo, sin que ello la haga definir ineficaz. Esto “se conecta a la fuerza normativa de la constitución, o sea, con la potencia que tenga una constitución

región centro entre Córdoba, Santa Fe y Entre Ríos no ha podido consolidar grandes logros y desarrollos conjuntos. Aunque en el transcurrir político manifiestan similitudes con ello, por sus fines la figura de Jefe de Ministros, pensada para atenuar el presidencialismo.

¹³ Hay una tentación de los gobiernos populistas en realizar cambios, radicales a veces, a las constituciones, quizás de no ampararse en ella su ejercicio de poder sería fugaz. La Constitución debilita al populismo pues marca límites, reglas y define las instituciones las que no deberían de ser fácilmente manipulables, siempre claro está, que sean constituciones fuertes con respeto a las mismas y que reflejen su verdadera esencia. Sobre la conclusión de este capítulo me referiré a ello. El populismo, en el poder, se enfrenta a una de las paradojas más inverosímiles de la política: ejercer poder sin parecer que lo hace. En general se pueden distinguir dos clases de populismo: el de izquierda, que ve a la élite como el enemigo y que es una versión del nacionalismo; y el de derecha, donde la élite que se representa es considerada como la verdadera. Es decir, ven a las otras que no convergen con sus intereses o ideología como sus enemigas, aunque muchas de éstas representen a la sociedad. El populismo puede ser una forma de gobierno o puede ser un régimen. La delgada línea que existe entre el populismo y el autoritarismo en ocasiones se ve representada como un subfascismo. Existen teóricos que afirman que el populismo es lo que sucede cuando el autoritarismo no puede ser sino más bien parecer. En todos ese marco, las reformas constitucionales están de moda en Latinoamérica, parecen ser un camino adoptado por algunos populismos. Son ejemplos el referéndum celebrado en Venezuela por el cual se aprobó la enmienda de cinco artículos para permitir la reelección ilimitada del Presidente y otras autoridades, o los plebiscitos que tuvieron lugar recientemente en Ecuador y Bolivia para consentir la redacción de dos nuevas Cartas Magnas. (ejemplo, fuente: Venezuela convoca el referéndum sobre la reforma constitucional para el 2 de diciembre (03/11/2007) El País. Recuperado el 13/03/18 en: https://elpais.com/internacional/2007/11/03/actualidad/1194044402_850215.html)

[Escriba aquí]

para lograr que las normas subconstitucionales y la conducta activa y omisiva de los operadores de la Constitución, se subordinen a ella”. (Sagües N. P., 2001, pág. 249)

Saliendo de las clasificaciones educativas y significados, ya se vislumbra algo más allá que contiene el concepto en cuestión de estudio. Señala Sabsay (2015) que para poder abordar lo relativo al poder constituyente, lo primero será conocer que es una constitución. Por eso, es necesario revisar primeramente los conceptos de la doctrina sobre el concepto Constitución, para arribar luego a una conclusión que a su vez contenga la posibilidad de ir desde esta deshilar los puntos principales de la teoría constitucional: poder constituyente, reforma constitucional, supremacía constitucional y control de constitucionalidad.

i. Repaso por distintas concepciones.

Un concepto introductorio, ilustrativo por su simpleza y puntualización, da Gargarella. La Constitución se da como un pacto fundacional de una sociedad. Es el modo en que esa sociedad elige organizar su vida en común con las individualidades de cada uno. Este acuerdo, o pacto, es entre iguales y entre todos. (Gargarella, 2017)

Tomando a Jellinek, Alfonsín (2013), tomará como punto de partida que toda asociación permanente necesita un principio de ordenación. Este principio es la Constitución. Dirá que en función de este principio se desarrolla y constituye la voluntad que limita a sus miembros en la misma asociación y en su relación. Mostrará que, en el autor, hay una tendencia a asimilar asociación y constitución, como si la asociación se perfeccionara en la constitución. “Una ordenación o estatuto de esta naturaleza es lo que se llama Constitución. Todo Estado necesita de una Constitución, puesto que si no la tuviera se volvería una anarquía” (Alfonsín, 2013, pág. 310)

María Angelica Gelli, dirá que “se la concibe como *la ley que une* en y pese a la diversidad social. Que incluye, asegura y obliga con deberes jurídicos y morales a todos los habitantes de la Nación, más allá de las diferencias” (Gelli, 2006, pág. XIII) Es interesante el planteo, pues el elemento clave de la Constitución es la unión en tolerancia, en tolerancia a las diferencias claro está, sean políticas, sociales, culturales, étnicas (de hecho menciona la realidad propia de nuestro país de corte inmigratorio), de estilos y clases, etc. Del resultado de esas relaciones en acuerdo y tolerancia nacerá la Constitución. Y sigue la autora, la Constitución “tendrá legitimidad formal si las disposiciones se crean por los sujetos y procedimientos y tendrá legitimidad material

[Escriba aquí]

si las disposiciones son razonables y justas, en el respeto de sus derechos y garantías” (Gelli, 2006, pág. XIII)

Señalara Alberdi que la Constitución no es producto de la abstracción o de la teoría, al contrario, es un pacto que concilia hechos, intereses y tendencias opuestos por ciertos puntos, y conexos y análogos por otros. Por supuesto, tiene una alta carga política y está llamada siempre a satisfacer intereses y exigencias de circunstancias. (Haro, sd)

Alfonsín (2006), aporta que hay cuatro conceptos de Constitución, dos sociológicos y dos jurídicos. El primero sociológico refiere a la estructura característica del poder, en como existe y tiene actividad el Estado. El segundo sociológico, hace incapié en las cualidades histórico-política de la estructura básica del Estado. Por otro lado, el primero de orden jurídico responde a todas las normas del texto constitucional y a todos los preceptos jurídicos dictados conforme a la Constitución, hablamos de una Constitución material en sentido lato. A diferencia del sentido jurídico estricto que extrae del total del orden jurídico un contenido valorado como orden fundamental. Con estos elementos y la diferenciación entre una constitución en sentido material y una constitución en sentido formal, el autor expresa el siguiente concepto de Constitución:

“no consiste exclusivamente en preceptos jurídicos; requiere ser complementada por elementos constitucionales no normados y por otros normados pero jurídicos. La validez de una norma no se determina solamente por su letra ni por los propósitos de quien la dicta, sino principalmente por las cualidades de aquellos a los que la norma dirige y que la observan. Los principios éticos del derecho, legitimados por la sociedad, a veces no autorizados por el Estado e incluso expresamente condenados en ocasiones por él, tienen para la existencia de la constitución del Estado la máxima importancia, en parte por sí mismos, y en parte en cuanto complemento.” (Alfonsín, 2013, pág. 313)¹⁴

Vuelvo a Sabsay, y al respecto del término Constitución dice:

“la Constitución racional normativa del Estado liberal consta de elementos formales y materiales, sin los cuales no hay constitución. El elemento formal que surge en primer término es la ley, generalmente escrita, sancionada por el titular del poder constituyente o por un órgano que lo ejerce en su nombre y con su asentimiento y reformable por procedimientos que dificultan su reforma. Esta constitución es el resultado del poder constituyente” (Sabsay, 2015, pág. 33)¹⁵

Introduce como requirementes propios de una constitución que la misma tenga elementos de organización del Estado; manifiesta que la misma debe ser suprema; debe reconocer los derechos fundamentales de las personas y garantizar su ejercicio; división del poder

¹⁴ La cursiva me pertenece.

¹⁵ La cursiva me pertenece.

[Escriba aquí]

entre distintos órganos y en su conjunto llamativamente menciona la necesidad de configurar un gobierno democrático (Sabsay, 2015).

Luego Sabsay menciona a Nino y marca que puede hablarse en un sentido mínimo y en un sentido amplio cuando nos referimos a Constitución; o la tiene el Estado por encima del sistema jurídico o se la tiene como un marco de organización de normas que organicen el poder y el ejercicio de los derechos y garantías de los ciudadanos, concluyendo que “*de allí cuando una comunidad ejerce el poder constituyente lo hace con la finalidad de hacer efectivos los mencionados principios del liberalismo*” (Sabsay, 2015, pág. 41). Terminará Sabsay con una definición propia de constitución identificándose más con la segunda arista que plantea Nino.

Heller introduce el concepto de constitución en un sentido material y refiere a la esencia de toda Constitución. Sostendrá Heller que “la constitución material (en su sentido originario) no podría estar nunca en oposición con la condición formal, ya que si ésta última no cumpliera con la “materia constitucional” (las notas esenciales) nunca podría ser llamada “constitución”. (Heller, 1992, pág. 270)

Siguiendo a Colombo Murua (2011), traeré a colación a Hesse, Moratti y Loewenstein. Hesse¹⁶ dice que la Constitución puede concebirse desde sus cometidos y la función que tiene, lo que hace a la vida y contexto histórico concreto. Son sus objetivos la unidad política y el orden político, y agregan a esas tareas de la Constitución, la limitación y racionalización del poder. La Constitución nace como limitación del poder. Moratti¹⁷ se pregunta si existen espacios en la Constitución independientes de la cuestión histórica propia del Estado, contenidos absolutos, típicos o determinantes. De ese modo, en Moratti, se conforma un núcleo común que define las funciones de una Constitución, para el autor: organización del Estado y estabilidad acorde a la justicia. Es importantes para el autor la racionalización del poder y sus limitaciones. Otra posición citada es la de Loewenstein¹⁸ quién sostiene que *la Constitución es un organismo vivo, en movimiento y en constante dinámica acorde a la realidad, no tiene*

¹⁶ La obra citada es “Escritos de derecho constitucional” (Colombo Murua, Limites a las reformas constitucionales, 2011)

¹⁷ La obra citada es “La constitución en sentido material”. (Colombo Murua, Limites a las reformas constitucionales, 2011)

¹⁸ La obra citada es “Teoría de la Constitución”. (Colombo Murua, Limites a las reformas constitucionales, 2011)

[Escriba aquí]

fórmulas fijas. Así las constituciones entre sí no se parecen, tienen cosas en común, son escritas, declaran derechos, resguardan garantías, definen las limitaciones del poder y tienen un mecanismo de reforma, esto último es un elemento distintivo que no debe perderse de vista.

Sintetizará Colombo Murua, con una posición propia, recopilado los elementos ya citados y que no puede faltar en consideración a su honor, que “la definición de constitución, por ende, no desprecia ni el factor normativo de las disposiciones legislativas ni el factor dinámico de la normalidad; trasciende esta tensión en una síntesis asentada en las funciones que cumple” (Colombo Murua, 2011, pág. 102)

En otra mirada, más cercana a la que iré avanzando, cada Constitución ofrece una determinada técnica que abordará un modo de vida, una manera de comprender la sociedad y del Estado y como debe ser el manejo del espacio y los vectores sociales que lo incluyen. Tras el texto de la misma Constitución, hay implícitamente o explícitamente, un estándar, meta o querer de lo que debe ser la sociedad política a la cual se aspira. (Palomino Manchego, 2014)

Así, de la mano de este último concepto, Ferdinand Lasalle (1999)¹⁹, dirá que la Constitución es: “la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país.” Advierte la necesidad de no caer en el error de las definiciones formalistas, las cuales dicen qué hace una Constitución o cómo se forman, pero no nos dice qué es. La primera distinción es entre ley y Constitución, esta “para regir, necesita la promulgación

¹⁹ El texto que se toma “¿Qué es una constitución?” fue dado en una conferencia pronunciada ante una agrupación ciudadana de Berlín, en abril de 1862 por el autor.

¿Cuál es el contexto de su obra? “Lasalle se implicó en el desarrollo del movimiento obrero en los inicios de la década de los años sesenta del siglo XIX. Fue uno de los fundadores de la Asociación General de Trabajadores de Alemania en el año 1863 en Leipzig, el primer partido socialista y obrero alemán. El origen de esta organización se encontraría en un grupo de alemanes que habían participado en la Revolución de 1848 y, tras una visita a Londres conocieron el alto nivel organizativo de las Trade Unions. En ese grupo destacó el propio Lasalle. La idea era organizar un Congreso Obrero en Berlín para el año 1863. A finales del año 1862 el Comité organizador se reunió en Leipzig y encargó a nuestro protagonista que elaborase el programa del nuevo partido. El texto escrito por Lasalle tiene una gran importancia histórica porque supone la defensa de una organización netamente obrera sin vinculaciones con las fuerzas liberales y burguesas, abriendo un nuevo capítulo en el movimiento obrero europeo. Había que superar las posibles vinculaciones con la burguesía más democrática que los trabajadores hubieran establecido hasta entonces para emprender un camino propio que buscara cumplir los objetivos obreros propios. Había que tomar el poder del Estado a través del sufragio universal y establecer cooperativas de producción que terminaran por arruinar a las empresas privadas, para que los trabajadores se beneficiasen de la riqueza generada por la mejora de la productividad. Ese sería el programa de la nueva formación. Lasalle fue elegido su presidente.” (Fuente: Eduardo Mantaugut, en “Ferdinand Lasalle”. Recuperado el 03/06/2018 de: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/ferdinand-lasalle/20161229161159135210.html>)

[Escriba aquí]

legislativa, es decir, que tiene que ser también ley. Pero no es una ley como otra cualquiera una simple ley: es algo más. Entre los dos conceptos no hay sólo afinidad, hay también desemejanza.” (Lasalle, 1999, pág. 33). Será una ley fundamental que tendrá los siguientes tres puntos centrales: que sea una ley que ahonde más que las leyes corrientes; que sea el verdadero fundamento de las otras leyes, de esta deberán emerger las demás leyes y debería de estar presente y hacerse ejecutiva en las otras leyes. Sin decirlo explícitamente, el pensador ya nombraba aquí los principios de supremacía constitucional, orden y coherencia constitucional. Desde este punto se pregunta Lasalle si existe alguna fuerza, poder, algo que haga e influya de tal modo que esas leyes sean obligatorias y además sean como son. La respuesta es: los factores reales de poder.

“Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son.” (Lasalle, 1999, pág. 36)

Plantea Lasalle (1999) una alegoría para ilustrar. Si en un momento determinado, todas las bibliotecas, y ahora tocaría también a todos los espacios informáticos, se queman o se destruyen, no quedando absolutamente ningún registro de cómo son las leyes o las constituciones de esa sociedad, entonces habrá de recrearse nuevas leyes y también su Constitución en forma escrita. En ese supuesto, “¿alguien puede creer que ese nuevo legislador podría hacer las leyes y la Constitución a su modo de ver, a su propio “antojo” a “su libre albedrío? La respuesta es no. Los factores de poder intercederán en todo el proceso” (Lasalle, 1999, pág. 36) Los factores de poder que él nombra son:

[Escriba aquí]

la monarquía,²⁰ la aristocracia,²¹ la gran burguesía,²² los banqueros,²³ la conciencia colectiva y la cultura general,²⁴ la pequeña burguesía y la clase obrera.²⁵ Los reales factores de poder son quienes influyen y construyen la sociedad. La Constitución es un reflejo entonces de ellos.

“Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y, a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, Y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado. (...) Una Constitución, real y efectiva, pues no se concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales de poder, cualesquiera que ellos sean.” (Lasalle, 1999, págs. 42-48)

²⁰ “Como ven ustedes, señores un rey a quien obedecen el Ejército y los cañones...es un fragmento de Constitución”. (Lasalle, 1999, pág. 37)

²¹ “Los grandes terratenientes de la nobleza han tenido siempre gran influencia con el rey y con la corte, y esta influencia les permite sacar a la calle el Ejército y los cañones para sus fines propios como si este aparato de fuerza estuviera directamente a su disposición. He aquí, pues cómo una nobleza influyente y bien relacionada con el rey y su corte, es también un fragmento de Constitución”. (Lasalle, 1999, pág. 38)

²² Los grandes fabricantes de tejidos estampados, grandes fabricantes de seda, etcétera, cerrarían sus fábricas y pondrían en la calle a sus obreros, y hasta las Compañías de ferrocarriles tendrían que hacer otro tanto; el comercio y la industria se paralizarían, gran número de maestros artesanos se verían obligados a despedir a sus operarios, o lo harían de grado, y esta muchedumbre interminable de hombres despedidos se lanzaría a la calle pidiendo pan y trabajo; detrás de ella, espoleándola con su influencia, animándola con su prestigio, sosteniéndola y alentándola con su dinero, la gran burguesía, y se entablaría una lucha en la que el triunfo no sería en modo alguno de las armas.. (Lasalle, 1999, pág. 39)

²³ “cuando el Gobierno se ve acosado por la necesidad de invertir grandes cantidades de dinero, que no se atreve a sacar al país por medio de contribuciones. En esos casos, acude al recurso de devorar el dinero del mañana o lo que es lo mismo, emite empréstitos, entregando a cambio del dinero que se le adelanta, papel de la Deuda pública. Para esto necesita a los banqueros. Cierto es que, a la larga, antes o después, la mayor parte de los títulos de la Deuda vuelven a repartirse entre la clase rica y los pequeños rentistas de la nación. Mas esto requiere tiempo, a veces mucho tiempo, y el Gobierno necesita el dinero pronto y de una vez, o en plazos breves. Para ello tiene que servirse de particulares, de mediadores que le adelanten las cantidades que necesita, corriendo luego de su cuenta el ir colocando poco a poco. entre sus clientes el papel de la Deuda que a cambio reciben, y lucrándose, además, con el alza de cotización que a estos títulos se imprime artificialmente en la Bolsa. Estos intermediarios son los grandes banqueros; por eso a ningún Gobierno le conviene, hoy en día, estar mal con estos personajes. Vean ustedes pues, señores, cómo los grandes banqueros, como los Mendelssohn, los Schnickler, la Bolsa en general, son también un fragmento de Constitución.” (Lasalle, 1999, págs. 40-41)

²⁴ Al Gobierno se le ocurriera promulgar una ley penal semejante a las que rigieron en algún tiempo en China, castigando en la persona de los padres los robos cometidos por los hijos. Esa ley no prevalecería, pues contra ella se rebelaría con demasiada fuerza la cultura colectiva y la conciencia social del país. (Lasalle, 1999, pág. 41)

²⁵ Los obreros se echarían corriendo a la calle, sin necesidad de que sus patronos les cerrasen las fábricas, la pequeña burguesía correría en masa a solidarizarse con ellos, y la resistencia de ese bloque sería invencible, pues en ciertos casos extremos y desesperados, también ustedes, señores, todos ustedes juntos, son un fragmento de Constitución. (Lasalle, 1999, pág. 42)

[Escriba aquí]

Se pueden seguir exponiendo conceptos y posiciones de los distintos autores y doctrinas en torno del concepto de Constitución, pero parece existir un acuerdo, que hacen a algunos caracteres propios:

- Organización del poder y la sociedad.
- Reconocimiento de derechos y garantías.
- Influencia de los sectores de poder en la construcción.
- Búsqueda de justicia, como principio aristotélico, “hacemos justicia en la medida de que nuestros actos son justos”
- Un muestreo de pequeñas incidencias historicistas respecto a la construcción de la Constitución.

Los caracteres, como decía Lasalle (1999) no hacen al concepto, ayudan a entenderlo, es en los caracteres donde se puede avistar detalles de la esencia de la Constitución. Hay una distinción interesante que hace la doctrina en general, constitución material y constitución formal. Esa distinción es la que muestra lentamente la esencia. En su sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes.

La Constitución formal, como la entiende la mayoría de la doctrina ((Bidart Campos, 2007; Bidart Campos, 1996; Martinez Paz, 1999; Sabsay, 2015; Sagües N. P., 2007) es aquella elaborada de acuerdo a un procedimiento y por ser compartido y reconocido esta instituida. El formalismo se ata a entender la Constitución como una ley o conjunto de leyes que han sido escritas y redactadas por voluntad de un legislador. En una mirada reduccionista sobre ésta, se vuelve solo como una ley especial, distinta de las leyes ordinarias por razones jurídicas, creada por el poder constituyente y en ocasión de los procesos de reforma constitucional requerirá además un procedimiento especial para su gestación lo que implicará un grado de solemnidad y seriedad distinto al de otras leyes. Una constitución política formal generalmente no refleja la realidad social, falta algo. Allí entra el sentido material de la Constitución. Recordemos a Lassalle (1999), si la Constitución no se ajusta a la realidad social del momento y a los factores reales de poder que operan en esa sociedad y que no atiende el inmediato pasado del Estado, no puede ser una Constitución porque pierde su utilidad.

Quiero señalar bien las diferencias entre el sentido material y formal que se le da a la Constitución. La Constitución entendida de forma material es aquella que integra la

[Escriba aquí]

normatividad jurídica y la normalidad reflejando la realidad. Hay un peso particularmente importante en la aplicación práctica de la misma en el marco en el que se desarrolle. Tiene origen histórico, evoluciona de acontecimientos sociales y culturales, se nota un proceso de construcción de la misma. Por el contrario, al hablar de su sentido formal nos referimos a la literalidad del texto, lo que dice, que no necesariamente se cumple y respeta. La Constitución formal toma características esenciales, genéricas y orientativas, y se las concretiza según las necesidades de cada Estado. “La constitución formal, o mejor, la constitución formalizada, es la concretización formal (para un determinado Estado) de la sustancia constitucional”. (Colombo Murua, 2011, pág. 109) Quien sostiene la constitución desde un punto de vista material, dirá que “esta “materia constitucional” –genérica y dúctil- es la que debe estar presente en un ordenamiento cualquiera para que este pueda ser definido como “constitucional”. (Colombo Murua, 2011, pág. 107)

ii. Construcción de una Constitución y el Estado.

Hay una coincidencia unánime en que las constituciones modernas nacen a la luz del contractualismo y en las ideas de pensadores como Thomas Hobbes, John Lock, Montesquieu o Jean-Jaques Rousseau. Revisar algunas ideas centrales de los mismos son claves en los procesos de consolidación de los Estados modernos y las discusiones dadas entorno a la formación del mismo y la génesis de las constituciones en paralelo a ello. De hecho, serán claves para los conceptos soberanía popular, república y poder constituyente que luego se abordan.

Debe tenerse en cuenta que, las Constituciones modernas nacieron en el auge de las revoluciones que dieron origen al Estado Constitucional Moderno, valga la redundancia. El Estado tal como lo conocemos hoy fue un proceso de transición que comienza en el Renacimiento. Este Estado Constitucional Moderno viene a romper el absolutismo –monárquico del viejo Estado, y lo hace, en el cruce de tres grandes Revoluciones: La Revolución Inglesa de 1688, La Revolución Norteamericana de 1776 y la Revolución Francesa de 1789. Desde estas eclosionarán procesos similares en todos los otros territorios y Estados, al menos, de Occidente.

Marco Vanossi (2000) que en esos momentos se extinguen tres características centrales del Estado anterior: el feudalismo, los estamentos y las corporaciones. Un feudalismo que implicaba toda una organización social y estatal, con el señor feudal como amo y

[Escriba aquí]

dueño de la tierra que dominaba y las personas que la habitaban, que competía con el rey por ese predominio, pero se le debía al mismo tiempo. La organización estamental, o sea, la sociedad política centrada en tres núcleos que generaban una clara desigualdad en términos políticos: la nobleza (aristocracia, monarcas, y nobles en general), el clero y el estado llano, lo que se llamó luego el tercer estado (habitantes de los burgos, las principales ciudades, con sus profesiones, artes y oficios). Las corporaciones o gremios que eran sociedad conformadas por patronos y aprendices en una economía aun no industrializada y con un capitalismo apenas incipiente. En ese contexto de revoluciones, debemos sumar cuestiones de corte filosóficas y políticas. Toda una corriente que conjuga el contractualismo con los derechos naturales del hombre. Aparecen las ideas de ilustres personajes que ya mencioné como Hobbes, Lock, Rousseau, Montesquieu... quienes señalan, cada uno con sus argumentos y particularidades, que el hombre es anterior y superior al Estado. Entonces, de ese Estado absolutista en donde el rey podía todo porque su poder viene dado de Dios, pasamos a un estadio en donde el hombre es el protagonista y tiene el poder en contraposición del Estado que tendrá fines y potestades limitadas pues el hombre es anterior y superior a él. El protagonismo del Estado se achica, debería en principio solo garantizar el orden público, la moral, la propiedad privada, defensa y seguridad, el resto quedaba en la libertad de los hombres.

Tomando a Jellinek, y a los fines de explicar el proceso constitucional y la Constitución del Estado, Alfonsín, comienza desde la Constitución en sentido formal. Sus palabras y aclaraciones son pertinentes:

“bajo el influjo de la doctrina aristotélica encuéntrase ya la concepción de *dominium politicum*, o sea, de la autoridad limitada por la constitución, como opuesta al *dominium regale*. Dice que en el siglo XVI aparece por primera vez el concepto de ley fundamental, que tiene una fuerza superior a las demás leyes y a la que el propio rey deberá someterse. Así este concepto fue amoldado en relación con la época por Enrique IV en Francia, expresado por Jacobo I en Inglaterra, y se incorpora al derecho público alemán desde la Paz de Westfalia. La idea de la ley fundamental va unida a la más antigua del contrato constitucional entre el rey y el país, de modo especial en Inglaterra donde la concepción medieval de las relaciones contractuales entre *rex* y *magnum* ha permanecido muy viva a causa de las innumerables confirmaciones de los derechos y libertades efectuados por la Corona. Esta teoría ha tenido una enorme influencia en los primeros colonos americanos. En la misma Inglaterra ejerce gran influencia en esa época la teoría del contrato social. Cromwell elabora una constitución en la que se distinguen entre los principios fundamentales y los que no son. Aquellos los forman los derechos inalienables de la nación misma, y a los

[Escriba aquí]

cuales no puede tocar el parlamento, que solo posee un poder limitado. La teoría del derecho natural es la primera en comenzar a investigar el problema de las leyes fundamentales en todos sus aspectos. (...) La ley fundamental se identifica con el contrato sobre el cual se funda el Estado, que es inalterable porque lleva a cabo un asentimiento unánime.” (Alfonsín, 2006, pág. 311)

Para volver sobre la línea, y a la luz de estas ideas, Vanossi lo dice claro, había una “necesidad de cristalizar y dar expresión instrumental a todo esto, había que institucionalizar el Estado, por medio de lo que serán las modernas constituciones” (Vanossi, 2000, pág. 9) Entonces las constituciones como las conocemos *a priori* - documento formal, escrito, con un apartado dogmático de reconocimiento de los derechos y garantías de los ciudadanos y otro apartado orgánico en donde se refiere la estructura del estado- aparecen así, tal cual, a fines de siglo XVIII. Dirá Vanossi en este sentido, que las dos partes de la Constitución, orgánica y dogmática, “van a estar dentro de la concepción dominante, en una relación estrecha de medio y fin. El medio es la organización, la división del poder, para asegurar mejor los derechos individuales que es el fin” (Vanossi, 2000, pág. 9)

Mientras el Estado, el rey o la aristocracia con el clero, se constituían en las clases dominantes, excluyendo a las clases medias y populares, las Cartas, los Fueros, los Privilegios, los Estatutos, eran simples reglas escritas o consuetudinarias concedidas o admitidas de mejor o peor manera por los gobernantes, pero en ejercicios de sus poderes discrecionales y siempre en propios intereses. Con el advenimiento del nuevo orden político, los pensamientos de los autores vistos, la concreción de la Revolución Francesa y Norte Americana, las incipientes clases medias burguesas, producto de las nuevas ciudades en el marco de los procesos preindustriales, y las clases populares, se sintieron igualmente dueñas de pensar en sus propios destinos y buscar concretar sus intereses.

Esta concepción del Estado y esta forma de constituciones, entran en crisis a finales del siglo XIX y se profundiza entrado el siglo XX. Cambia la realidad política, la composición y formas de relacionamiento social, las economías se ponen en crisis también, el capitalismo genera agudas desigualdades, hay un ritmo distinto y se generan realidades que requerían ser cuidadas por las constituciones y para lo que no estaban preparadas. Se debieron adecuar y reformar. Se conjugo un nuevo constitucionalismo y nuevas constituciones que armonizaran ello. Lo mismo ocurrió a

[Escriba aquí]

partir del final de la Segunda Guerra en el siglo pasado y a su modo también está ocurriendo hoy.

La pregunta que queda abierta es: ¿no asistimos a un proceso de similar naturaleza y cambios que requieran una reforma constitucional hoy mismo de la mano de las nuevas tecnologías, los avances científicos ligados a problemas bioéticos, las redes comunicacionales, los movimientos de integración supranacional y la Internet, amén de las constantes crisis del capitalismo, quiebres de economías, escases de recursos, el cambio climático, entre otros temas de agenda mundial? A ello trataré de esbozar una respuesta en la conclusión final.

Bien he señalado previamente, que para el constitucionalismo no cualquier instrumento que se denomine Constitución lo es. La Constitución es un proceso que lleva tiempo y discusiones. Al caso, la primera Constitución moderna como tal como la conocemos es la del Estado de Virginia dictada en 1776. Luego, por los antecedentes, se encontrará en 1787 la Constitución de Estados Unidos y en 1791 la Constitución Francesa tras de la caída de la Bastilla de 1789 y el proceso de la Revolución Francesa.

De todos modos, deben reconocerse una serie de instrumentos normativos previos que el revisionismo les concede un valor similar en tanto regulan derechos-garantías y ejercicio del poder. Son antecedentes relevantes en este sentido la Carta Magna de 1215 otorgada por Juan Sin Tierra (sucesor de Ricardo Corazón de Leon) que incorpora una carta de derechos que refieren a la libertad corporal y de circulación, debido proceso y administración de justicia, imposibilidad de requerir servicios personales e impuesto sin antes una serie de condiciones (Sagües N. P., 2001)²⁶ ; El “Bill of Rights” de 1689 (que junto al Acta de exclusión de los católicos partidarios de los Estuardo de 1701 y el Acta de Unión de Inglaterra y Escocia de 1707 aseguraron el triunfo de una monarquía moderada y protestante en el nuevo Reino Unido de Gran Bretaña) impuesto por el parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange para poder suceder al rey Jacobo II el objeto de recuperar y fortalecer ciertas facultades parlamentarias ya desaparecidas o notoriamente mermadas durante el reinado

²⁶ Señala Sagües de quien sacamos el resumen de este documento, que el instrumento fue confirmado cuarenta y cuatro veces entre 1327 y 1442. (Sagües N. P., 2001)

[Escriba aquí]

absolutista de los Estuardo (Carlos II y Jacobo II) y constituye uno de los precedentes inmediatos de las modernas declaraciones de derechos, ; el “Pacto de Mayflower” de 1620, primer documento de gobierno en la colonia de Plymouth, redactado por los Padres Peregrinos, los inmigrantes que cruzaron el Atlántico a bordo del Mayflower, buscando libertad de culto. Por supuesto que claros antecedentes directos de nuestra propia Constitución en esta singular limitación de derechos, garantías y poderes, son la Declaración de Independencia de Estados Unidos; la misma Constitución de Estados Unidos, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, la Constitución de Cádiz de 1812 y las Bases de Alberdi.

La construcción de una Constitución en el sentido que hoy la comprendemos tiene desde el origen esa mancomunidad entre las nuevas ideas acerca del Estado Moderno, la división de poderes, la república y las ideas que sustentan el Estado, como así también la misma conformación de este y su consolidación. La Constitución, como hoy la conocemos y la entendemos, nace y tiene su origen en ese marco, y no es un marco aislado. El constitucionalismo ahonda en ello. En el punto siguiente desarrollaré más esto.

Si se quiere reproducir las características compartidas por la doctrina acerca del Estado (Alfonsín, 2006; Benitez Rubio, 1998; Heller, 1992; Mooney, 2000) los elementos, condiciones o realidades más básicas que ha de tener un Estado para que podamos llamarlo Estado son por un lado el elemento geográfico, territorio y delimitado por una frontera; un elemento coercitivo con una organización que reclama para sí misma el monopolio de la fuerza legítima en dicho territorio; soberanía, poder de dar y anular la ley como de decidir el camino político que se tome; autoridad y burocracia que formalizan la autoridad permanente y pública, que domina, por el interés general, ese espacio territorial cerrado y a las personas que en él viven; y el por último el elemento jurídico que supone la homogeneización del derecho dentro de las fronteras del Estado, tanto en el plano coercitivo entendiendo esto como las políticas y decisiones tomadas en el uso legítimo de la fuerza (ej. detención de una persona en la vía pública sindicado como posible responsable de un ilícito o en medio de un espectáculo público condiciones de seguridad) como en todas las vertientes del derecho privado (ej. las pautas principales respecto a un contrato determinado, *leasing*, de consumo, etc). Es

[Escriba aquí]

en ese plano jurídico en donde se realiza la Constitución y por ella se perfecciona el Estado Moderno tal como lo conocemos.

Como ya sostenía Lasalle (1999), lo realmente determinante es la dinámica de los reales factores de poder al interior del Estado. La suma de todos ellos, o mejor dicho el equilibrio que estos alcancen, es lo que definiría en sí misma a la verdadera Constitución. Así pues, las constituciones escritas no tienen valor ni son sustentables en el tiempo, si no dan fiel expresión a esta dinámica fáctica de poderes internos. De esta manera, relata “lo mismo acontece con las Constituciones. De nada sirve lo que se escriba en una hoja de papel, si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder”. (Lasalle, 1999, pág. 62)

Según quienes han intervenido en el proceso del dictado de la Constitución, se observa que la misma puede lograrse en torno a actos unilaterales, bilaterales o multilaterales. Por las primeras se citan los ejemplos de “las cartas otorgadas”: 1814 en Francia, Estatuto Albertino en Italia de 1848 a 1946. Diferentes son los otros casos, de acuerdos y diversas manifestaciones de voluntad, como nuestro propio proceso constitucional en Argentina, la Constitución de Estados Unidos ratificada por las tres cuartas partes de los Estados miembros. De estas experiencias se recomienda que la Constitución sea una construcción que implique la participación de todos los factores de poder, reales y formales. (Palazzo, 2003)

De cara a nuestro proceso constitucional, a comienzos del siglo XIX ya tenemos una serie de instrumentos e ideas que dan lugar al mismo. No solo documentos normativos, también la admisión de derechos naturales reconocidos formalmente y un sustento ideológico.

Hay una mirada muy interesante, que comparto, que es la construcción y entender la Constitución desde los principios. Esta posición, sostiene en cierto punto lo que se define como constitución material. Los principios y valores se diferencian de las reglas. Se señala en su sentido, a) las reglas van por todo o nada, como de suma cero, los principios parecerían tener una importancia relativa, si la regla se aplica resuelve el caso que se presente, sino no se aplica, a diferencia, en los principios se ofrecen pautas u orientaciones para resolver el caso; b) un carácter cerrado de las reglas respecto a los principios que se manifiestan más abiertos, en las reglas se conocen los casos que proceden en su aplicación y sus excepciones, no así de los principios; c) la

[Escriba aquí]

regla solo admite cumplimiento, los principios son mandatos de optimización, todo o nada versus progresión cuantitativa desde lo menos a lo más; d) los principios en contraposición se resuelven por ponderación, las reglas por invalidez. (Colombo Murua, 2011)

“Los principios, incluso los que se revelan contradictorios en los casos concretos, coexisten en las constituciones; su abstracción y generalidad hacen de ellos pautas orientativas que deben ser “ponderadas” por los operadores jurídicos en cada aplicación concreta. De allí la importancia que, para esta interpretación “principalista” de los ordenamientos, tiene la teoría de la argumentación jurídica. También esta posición elimina la posibilidad de acreditar estrictos criterios de lógica formal en el estudio de los contenidos constitucionales, pues la lógica de los principios subvierte a la tradicional lógica positivista” (Colombo Murua, 2011, pág. 106)

iii. Constitución y constitucionalismo. La otra construcción de la constitución.

El constitucionalismo fue acompañando los procesos de evolución de las constituciones del mundo en su desarrollo y modo. Como los textos constitucionales no están aislados y asisten al modelo de Estado que se adopte, el mismo constitucionalismo transita al mismo tiempo y en paralelo dando una serie de pautas en especial al tipo de derechos que se quieren proteger y resguardar. Hay una suerte de progresión en los derechos que se van gestando y desarrollando, tratando de moldear el modelo de Estado a las necesidades del momento.

En palabras de Sagües (2001, pág. 1) “el constitucionalismo hará nacer al derecho constitucional”. Si puede esbozarse una aproximación al concepto de constitucionalismo, se puede decir que es la posición jurídica que ubica a la Constitución por sobre toda norma jurídica, y esta, como guía del plan del país, define el modelo de Estado. El constitucionalismo refiere al sistema normativo (en tanto se sostiene en la norma Constitución como ley superior y suprema que debe tener una necesaria correlación con el sistema jurídico en su completitud) y el modo en el que se conforman las instituciones y organiza el Estado, y por añadidura la sociedad y nación que la comprenden, dando origen al Estado de Derecho en un determinado territorio; su contenido está en base a la declaración de principios y grandes reglas generales sobre las creencias y normas que forman al Estado: derechos y obligaciones del ciudadano, estructura gubernamental, limitaciones al poder político y demás.

El gran objetivo es la existencia de gobiernos en los Estados cuya conducta está limitada por las normas contenidas en la Constitución del país, un régimen que respete

[Escriba aquí]

las libertades de las personas y evite el abuso del poder, por ello en muchas constituciones una parte importante de las mismas está dedicada a reconocer los derechos y las libertades de las personas y que el Estado debe respetar y garantizar. La base de esto último es la persona humana en sí, entendidas como seres libres con capacidad para razonar y que para su mejor convivencia necesitan un gobierno que realice sus funciones dentro de la ley. Su otra parte es la organización del mismo Estado y la distribución de sus poderes y límites. “El constitucionalismo procura una “racionalización” del poder, en virtud de la cual todo título de mando y su ejercicio legítimo debe derivar de una competencia asignada por la constitución” (Sagües N. P., 2001, pág. 1)

“Para el constitucionalismo es fundamental el reinado de la ley. A partir de la Revolución Francesa, los textos constitucionales se pusieron de moda y comenzaron a dictarse en los Estados del mundo civilizados”. (Sagües N. P., 2001, pág. 31) Luego el constitucionalismo avanzó en la incorporación y reconocimiento de derechos, dando por resultado nuevos entendimientos y desarrollos del constitucionalismo. Como antes he señalado, la construcción del Estado también ha ido al ritmo del constitucionalismo. Un repaso de ello nos muestra esta relación en distintos momentos, cada uno con sus contextos y particularidades.

En primer lugar, del feudalismo emerge un Estado que defiende los intereses de aquellos sectores que dominaban la economía, factor fundamental en la construcción del mismo (nobleza, aristocracia y la alta burguesía afincada en las grandes e incipientes ciudades). El quiebre significativo vendrá en segundo lugar tras la Revolución Francesa y las posteriores revoluciones liberales, incluido los procesos de independencia en América, que terminaron (aparentemente) con la preeminencia de estos estamentos. Comienza el Estado de Derecho –con constituciones que los apalancan al lado-, que, en su faz liberal, trata de defender dos principios fundamentales: la libertad y la igualdad ante la ley.

Se observará que en esta fase no se consigue cambiar el hecho de que la inmensa mayoría de la población sigue quedando fuera de los procesos de decisión política. Rápidamente, en mitad del siglo XIX comienza la etapa de democratización del Estado de Derecho, derecho de voto con independencia de la renta de las personas, derechos políticos importantes junto a este sufragio universal, el de la sindicación y el de huelga.

[Escriba aquí]

De todos modos, en este primer momento solo alcanzó a los hombres, no a las mujeres, hecho que se verá materializado recién a mediados del siglo siguiente. (Benitez Rubio, 1998) Esto se va dando de la mano de la Revolución Industrial, principalmente en los Estados consolidados de Europa (Inglaterra, Francia, Austria, Alemania) que cambia la forma de producción y la relación de las personas con el trabajo.

En tercer lugar, a finales del siglo XIX comienza de modo incipiente y lentamente, la fase social del Estado de Derecho, que se consolidará al finalizar la Segunda Guerra Mundial, de la mano del Estado del Bienestar. Es el constitucionalismo social el que incorpora una dimensión social, valga la redundancia, frente a las crisis económicas, las disparidades sociales que se acentúan y la necesidad de fuerte toma de decisiones políticas en materia económica y social, ayuda, distribuciones, adjudicaciones, subsidios, incentivos de consumo, entre otros. Relata Sagües (1999) que este modo del constitucionalismo incorpora los derechos sociales o de segunda generación, siendo su punto de partida formal la sanción de la Constitución de México de 1917, resultado directo de la revolución mexicana y luego Alemania con la Constitución de la República de Weimar en 1919 y la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, con dirección tripartita de gobiernos, sindicatos y empleadores. En esta última, las invocaciones del Preámbulo de su constitución, con validez mundial, fortaleció el reclamo de los trabajadores de todo el mundo de incluir los derechos sociales en las constituciones nacionales. Poco a poco ello se fue realizando y reconociendo. Prácticamente todas las constituciones del mundo, reorganizaron sus textos, para recoger los derechos y garantías que caracterizaron al constitucionalismo social y reorganizar el Estado para orientarlo activamente hacia esos fines.

Quiero hacer un señalamiento que a veces la doctrina pierde en su total dimensión como es el despertar de las conciencias de clases y las implicancias de las ideas marxistas en este proceso. En ese sentido se señala que el marxismo, que concebía el Estado como instrumento al servicio de los poderosos, pretendía su extinción mediante la revolución de las clases obreras. En contraposición al juego dialéctico del mismo, los planteos más conservadores del *status quo*, también entendían como necesarios los cambios sociales, pero por otras razones, la estabilidad del Estado y minimizar la posibilidad de revoluciones atadas a la inestabilidad. La socialdemocracia defendió las reformas frente a las revoluciones pues el Estado podía llegar a ser un instrumento al

[Escriba aquí]

servicio de la clase trabajadora. Los partidos y organizaciones de obreros pujaban por acceder al poder político del Estado, para desde dentro, comenzar a ejecutar políticas sociales en favor de sus intereses y la igualdad. En ese devenir y contraposición de ideas y discusiones, empiezan a crearse algunas leyes, que son claras conquistas de esos derechos y discusiones, primero en la Alemania del Primer Reich a finales del Siglo XIX se encuentran como ejemplos la Ley del Seguro de Enfermedad obligatorio para obreros industriales de 1883, Ley sobre Accidentes del Trabajo de 1884, Ley de la jubilación de 1889, Regulación de la jornada laboral de 11 y 10 horas de 1891. Después, el modelo se replicó por los diferentes Estados europeos en los siguientes años. Poco a poco se fueron incorporando derechos sociales relacionados a educación, sanidad, protección frente al desempleo, pensiones, entre otros. El Estado tuvo que reconocer e ir asumiendo competencias que beneficiaran a los sectores de la ciudadanía más desfavorecidos. La revolución industrial incrementó la capacidad económica de los Estados, lo que permitió la redistribución de esa riqueza en las reivindicaciones de las clases trabajadoras. Fueron apareciendo un amplio conjunto de servicios públicos que garantizaron estos mencionados derechos. Todas estas ideas de igualdad en el Estado Social quedarán plasmadas en las Constituciones reales, como por ejemplo la de Weimar de 1919, la austríaca de 1920 o la II República española de 1931. (Benitez Rubio, 1998) Como ya señalé, México dio el primer paso en 1917. El Estado Social supone la progresiva introducción de un intervencionismo protector, pero no del tipo caritativo-asistencial, sino plenamente legislativo que empiece a reconocer derechos y ampliar los existentes para su protección dado las insuficiencias del Estado liberal ante el nuevo *status quo* de una progresiva industrialización y desarrollo cruel del capitalismo que provoca las riquezas de unos y las miseria y hasta marginaciones de otros que quedan excluidos.

Consecuencia de la revolución industrial, la aparición de la clase obrera, el anarquismo, los sindicatos y los partidos obreros, todos para reclamar derechos específicos del trabajo, el constitucionalismo social y la constitución del Estado de Bienestar fueron de la mano. El derecho del trabajo se constituyó en el eje central del Estado de Bienestar. En Estados Unidos el proceso fue más conocido como *New Deal* o Nuevo Pacto, un proyecto que se aproxima a la idea de un nuevo contrato social, eje necesario en el marco de la post guerra y principalmente la crisis económica del 29´.

[Escriba aquí]

Debe volver a señalarse también, que el constitucionalismo social excede el campo estricto de las reivindicaciones laborales e incluye normas económicas, sociales y culturales. Entre las normas económicas, se destacan las nociones de función social de la propiedad y economía social de mercado. Entre las normas sociales, se destacan las garantías específicas sobre vivienda, salud, seguridad social, ancianidad. Entre las normas culturales, la garantía de una educación pública y gratuita. En parte la reforma constitucional de 1949 en Argentina traerá a colación estos puntos.²⁷

Sobre el último tema, las cuestiones culturales, y en especial lo referente a la educación pública, piénsese en la Reforma Universitaria del 1918, que nace en Córdoba y se expande por el mundo al resto de las universidades no lo hace de forma aislada, sino en un contexto que era propicio para ello.

Desde el final de la Guerra y con los acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos, irán surgiendo propuestas y opiniones reclamando la intervención del Estado para corregir o paliar las desigualdades que se habían acrecentado. Comienza un tiempo de reformas de mejora o transformación social que luego desencadenarán en los derechos de tercera o cuarta generación como ambiente, usuarios y consumidores. Tras la crisis del 29', el Estado Social de muchos países se vio seriamente afectado, con algunos resultados catastróficos medidos en millones de personas sin trabajo, crecimiento del gasto público en infraestructura para progresar, aumento de impuestos, etc. Empieza una revisión del capitalismo controlado por la introducción de elementos económicos, científicos y políticos, con los cuales se pueda manejar nuevos elementos como la competencia imperfecta, la macroeconomía, la teoría matemática y novedosos métodos de medición y econometría. Y el Estado comienza a intervenir en ámbitos en los que nunca antes había intervenido. Un intervencionismo que fue puesto en marcha como respuestas a situaciones de urgencia. Las políticas siempre tienen una idea atrás que las sostenga, y estas fueron las de Jonh

²⁷ El primer antecedente del constitucionalismo social en nuestro país fue la reforma de la Constitución de Santa Fe de 1921, extrañamente vetada, en función del ejercicio del poder constituyente (tema que luego será abordado), por el gobernador radical Enrique Mosca, pero fue luego reconocida por el gobernador demócrata progresista Luciano Molinas. Toda otra historia de nuestras incongruencias constitucionales. En 1930 varias provincias argentinas reformaron sus constituciones para incorporar las nuevas tendencias del constitucionalismo social (San Juan, Entre Ríos, Buenos Aires, etc.) y los reclamos para reformar la Constitución de 1853 fueron cada vez más numerosos. En 1937 la Unión Cívica Radical resolvió que era necesario reformar la Constitución. (Lopez Rosas, 1990)
Otros países latinoamericanos habían sancionado nuevas constituciones con contenido social, como Brasil (1937), Bolivia (1938), México (1938), y Cuba (1940). (Sagües N. P., 2001)

[Escriba aquí]

Keynes. El economista británico teoriza sobre la inestabilidad intrínseca del capitalismo, y que éste, en tiempos de recesión y graves dificultades carece de mecanismos de equilibrio. La conclusión era que el Estado tenía que intervenir y aumentar el gasto público incluso hasta llegar a la ruptura del equilibrio presupuestario. Las propuestas keynesianas aplicadas mayoritariamente en Europa a partir de la devastación de la 2ª Guerra Mundial, favorecieron el crecimiento económico y la materialización de los derechos sociales tales como la sanidad y la educación, hasta llegar a lo que se conoce como el Estado de Bienestar. Llegamos a la cuarta etapa. El Estado debió cambiar su fisonomía, sus formas, su operación, todo con el objeto de incluir a la mayoría de los ciudadanos y sus intereses. Y la actividad legislativa no está exenta de esta transformación y se adecua para regular muy detalladamente las intervenciones concretas en la sociedad, la relación entre lo privado y público, se ajustarán las relaciones entre los poderes, y todo ello más aún cuando el mundo requiere respuestas rápidas. Así, el ejecutivo toma la preeminencia del Estado. Para el autor hasta aquí seguido, que hace un buen relato de ese desarrollo, aparece un doble proceso dinámico, por un lado, la estatización de la sociedad, y por el otro, la socialización del Estado. (Benitez Rubio, 1998)

¿Cómo es ese juego? La sociedad influye en el Estado y éste en aquella. Crecen una pluralidad de actores públicos en interacción con grupos de interés y presión y grandes corporaciones empresariales y comerciales. En el Estado actual comienzan a darse multitud de escenarios de conflicto de intereses encontrados. La discusión es si el Estado ha de permitir y fomentar activamente la igualdad de condiciones, fomentar una competencia justa, manteniendo un amplio y razonable bienestar social o por el contrario lo que hace es mantener un *status quo* de privilegios para las élites que operan *in crescendo* dentro del Estado y entre los múltiples Estados. El Estado no ha terminado de enlazar bien sus polaridades: la exigencia liberal y la garantía socialdemócrata. Son tiempos de globalización, digitalización, crisis financieras, la pujanza de los países en vías de desarrollo, terrorismo, daño ambiental y el siempre latente peligro de la destrucción nuclear, entre otros temas de discusión. El autor sigue a Baqués, y marca así, que tres aspectos pusieron sobre la mesa de la discusión pública y el debate académico y científico la crisis del Estado: la globalización, las dificultades de la identidad colectiva y la exportación sin éxito del modelo estatal europeo-occidental. Estos tres elementos hacen que los Estados no puedan operar como actores

[Escriba aquí]

unitarios. Lo hacen en un sistema, y ya se ha dicho, ese sistema es complejo. El Estado tiene sus fronteras, coloca sus aduanas, legisla, extiende sus redes diplomáticas, etc. pero a pesar de todos los esfuerzos comienza a ser incapaz de oponer resistencia a determinados actores transnacionales y sus efectos, como por ejemplo los flujos de capital de las multinacionales; las amenazas del terrorismo internacional o las catástrofes naturales y el daño ambiental... (Benitez Rubio, 1998)²⁸ Aquí aparecen, tíbiamente, los desarrollos del constitucionalismo moderno en el marco de este Estado Moderno.

El constitucionalismo actual se marca con algunos hechos relevantes: un crecimiento de los Estados reconocidos y por ende la proliferación de tantas Constituciones como Estados²⁹; de su mano, entre otras variables, la declinación del marxismo; el reconocimiento de nuevos derechos -generalmente llamados de “tercera generación”- donde se atienden problemas ajenos al constitucionalismo tradicional como la objeción

²⁸ Quiero dejar un ejemplo de cómo las fronteras estatales son auténtico papel mojado en la actualidad. Dejo por fuera el clásico ejemplo de las multinacionales que operan tratando de sacar los beneficios de cada Estado, sobrepasando los límites de las legislaciones e imponiendo *lobbys* a favor de sus intereses. El ejemplo comienza en Japón, marzo de 2011, y un devastador terremoto de 8.9 en la escala de Richter seguido de un poderoso tsunami que arrasó la costa oriental del país que dejó por resultado inmediato más de 15.000 muertos y desaparecidos y casi destruida la central nuclear de Fukushima, de la compañía nipona TEPCO. Lo que comenzó siendo una catástrofe natural, terminó siendo una catástrofe nuclear de magnitud desconocida hasta la fecha. El impacto de aquello tuvo, y tiene todavía hoy, un año después, importantes consecuencias socioeconómicas, desaceleración de la economía japonesa, trabas en el tránsito de personas y mercancías, caída de las exportaciones de productos de Japón, etc. Pero además, a lo largo y ancho de todo el globo se han extendido y agudizado las discusiones sobre las políticas energéticas y si después de la tragedia es conveniente o no utilizar a gran escala la energía nuclear. España ha sido uno de esos países donde ha asistido a discusiones de los que defienden su uso y los que están en contra. Hay voces que afirman que habría que dismantelar todas las centrales nucleares del país, para prevenir los graves problemas que causaría una posible catástrofe nuclear. Los defensores, además de proponer sus propios argumentos hacen notar que Francia, posee la segunda mayor red de centrales atómicas del mundo (58 centrales nucleares, las más cercana a España es la de Golfech en Tarn-et-Garonne a menos de 200 km) y que un hipotético, e indeseable, accidente nuclear no haría ningún caso ni a las fronteras, ni al personal de aduana ni a las legislaciones energéticas restrictivas. Y nuestro país no está lejano a esa realidad con la mayor cantidad de centrales nucleares en el marco de América Latina.

Fuente: “Diez claves sobre la crisis de Japón” (14/03/2011) El Mundo. Recuperado el 13/06/18 en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/03/14/internacional/1300093326.html>

Fuente: “El mapa nuclear en el mundo” (14/03/2011) El País. Recuperado el 13/06/18 en https://elpais.com/internacional/2011/03/14/actualidad/1300057215_850215.html

²⁹ Piénsese que la disolución de la URSS generó los nacientes Estados de Ucrania, Letonia, Estonia, Lituania, Kazajistán. Kirguistán. Uzbekistán. Tayikistán. Turkmenistán, Armenia, Azerbaiyán, Georgia, Bielorusia, Moldavia y la misma Rusia. Ni que hablar del mismo proceso ocurrido en la ex Yugoslavia. Por cada Estado hay un nuevo texto constitucional, reconocimiento de derechos, generación de poder constituyente, etc., y todo ello en relación a sus propios contextos.

[Escriba aquí]

de conciencia para efectuar el servicio militar, afianzamiento de los partidos políticos, el derecho a la imagen, protección de medio ambiente, consumidores y usuarios; una desconcentración estatal y la incorporación de “órganos extra-poder” distintos del clásico Ejecutivo-Legislativo-Judicial, como es el Consejo de la Magistratura, Ministerio Público, *Ombusman* o Defensor del Pueblo; y la recepción del derecho transnacional y la transferencia de competencias nacionales a organismos internacionales en procesos de integración o tutela de Derechos Humanos por organismos de esta índole. (Sagües N. P., 2001)³⁰ Nuestra Constitución de 1994 es un ejemplo también de ello, principalmente con la incorporación de estos institutos reflejados en el mismo texto constitucional.

En síntesis, luego del constitucionalismo liberal, que sostiene los derechos de libertad en su más amplio sentido como la circulación, compra y venta de bienes, libre mercado, pensamiento, actuación, propiedad privada, y por sobre todo la limitación del poder para el ejercicio de esas libertades, y la consecución de una Constitución que garantice todo ello y organice el poder, cuya supremacía implica subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario, empieza un cambio en el constitucionalismo cambiando su base ideológica en los criterios de libertad, justicia e igualdad. Las variables de este cambio, señala Sagües (2001), son el advenimiento del estado social, el “cuarto estado” (la visualización de quienes quedaron fuera del “tercer estado”), el sindicalismo, las ideas

³⁰ Marca Sagües (2001) a continuación de la cita de referencia, una serie de cuestiones relacionadas a lo que él llama un **constitucionalismo atípico**. Me parece interesante tener en cuenta las variables y relaciones de esto en relación a los distintos Estados-Constituciones que se mencionan en el punto. En ese sentido la Constitución de Portugal de 1976 declara a las fuerzas armadas “garante de las conquistas democráticas” y determino como un órgano del poder al Consejo de la Revolución formado por oficiales de las fuerzas armadas; este órgano podía declarar la imposibilidad física del presidente y compartía el control de constitucionalidad, luego se desintegró en 1981 dando lugar al Estado-Social de Derecho como hoy se conoce en este país. Esta Constitución es el resultado de la Revolución de los Claveles que el 25 de abril de 1974 que provocó la caída de la dictadura salazarista, que dominaba Portugal desde 1926. El fin de este régimen, conocido como *Estado Novo*, restauró la democracia en Portugal y permitió que las últimas colonias portuguesas lograran su independencia en poco más de año y medio. Tras una larga guerra colonial en Angola y Mozambique, Portugal se convirtió en un Estado democrático de derecho liberal. En otra civilización y continente, la Constitución de Irán de 1979 traduce al movimiento integrista o fundamentalista y enuncia el principio de intransigencia ética. Este es el Irán de la revolución islámica de la mano de una de las figuras más interesantes de la política internacional como el Ayatolá Ruhollah Musaví Jomeini líder político-espiritual de la Revolución islámica de 1979, que derrocó al sah Mohammad Reza Pahleví, y Líder Supremo del país hasta su muerte y que perdura, con matices, hoy. La soberanía se la reconocen de forma absoluta a Dios (Alá). Como cuestiones curiosas incorpora un “Consejo de Custodios” con el fin de control preventivo de las leyes en cuanto a la conformidad de estas al Corán y a la sumisión de la Constitución también con el Corán.

[Escriba aquí]

socialistas marcadas en el socialismo utópico, el marxismo, el anarquismo, el pensamiento social de la Iglesia Católica, los principios de solidaridad y corporativismo, la exaltación del trabajo, y nuevos modelos de Estado (Estado social, el Estado marxista, el Estado comunista). Ya he dicho, el modelo de constitucionalismo se encuentra ligado inmediatamente al modelo de Estado. El principio medular del constitucionalismo social es la justicia social, entendida como la necesidad de superar las declaraciones puramente formales de derechos humanos, para otorgar al Estado un rol activo con el fin de garantizar que los derechos constitucionales sean realmente disfrutados por todos los ciudadanos. El constitucionalismo moderno profundizará la situación e incorporará derechos difusos, como la protección del medioambiente, usuarios, consumidores, entre otros.

En lo personal creo que, de la mano de las nuevas tecnologías, se empiezan a reconfigurar derechos y se redimensionan otros, entrando a una cuarta etapa del constitucionalismo, un constitucionalismo de derechos 2.0. Esto compromete la realidad constitucional que puede no estar a la altura de dar respuestas eficaces a problemas que surjan de las interacciones diarias y normales del uso común, como de las relaciones que se crean, comerciales, comunicacionales, de datos, etc.; como por ejemplo, desde el derecho de un menor de tener su propia casilla mail y redes sociales como parte de su integridad personal en donde los padres no debieran poder ingresar, hasta el tráfico de comunicaciones con el fin de cometer ilícitos o un acto terrorista como ocurrió años atrás en atentados en París y Marsella, o incluso desde los valores de las *criptomonedas* y su lugar en la economía del Estado, las empresas y las personas.

iv. Primera conclusión: ¿qué es una constitución?

Empezaré por eliminar algunas cuestiones que a mi juicio no son requisitos absolutos en los conceptos vertidos. En primer lugar, remarco esta cuestión de la necesidad de configurar un gobierno democrático de Sabsay, en tanto serán los sujetos en un momento histórico y social quienes definan la organización política que se desea. La democracia como tal hoy se la entiende y conoce, demuestra grandes fisuras. Lejos está de ser un sistema perfecto, sí a mi modo de ver, el más preferible entre los conocidos, y por ello absolutamente perfectible. En línea con Palazzo (2003) “el constitucionalismo, en sus orígenes, aunque proclama la soberanía del pueblo, admite el liberalismo político pero considera con desconfianza la democracia” (Palazzo, 2003,

[Escriba aquí]

pág. 198). Los caracteres no definen el concepto y por lo general logran más bien estructurar un concepto a cuestiones netamente adjetivas o de valor, lo que es un grueso error pues ata y circunscribe al mismo solo a esas características.

En segundo lugar, no considero que una Constitución en si misma deba contener necesariamente para ser considerada como tal determinado contenido. Sagües (2001) marca algunos elementos esenciales en ese sentido y dice, “la constitución formal-oficial tienen que cumplir una misión clave, estructurar en lo esencial al Estado en un doble sentido: como estructura de poder (...) como estructura de valores.³¹” (Sagües N. P., 2001, págs. 236-237) ¿Es necesaria esa supuesta división entre lo “dogmático” y lo “orgánico”? Al igual que en el punto anterior, esto se parece a características impuestas, por la costumbre quizás, pero no necesarias absolutamente.

Como adelantaba, definiendo o entendiendo el qué, se sostendrán luego las demás cuestiones problemáticas. Acorde a esto se podrá afirmar si la Constitución tiene o no límites, y si puede o no tener espacios plausibles de ser modificados. Incluso en ese sentido si se delimitara por alguna característica lo qué es una Constitución se puede deducir si un texto normativo lo es en sí mismo o no, pero ello podría inducir a error. Por ejemplo, si se llega a sostener que una Constitución se debe a la característica democrática, y alguna Constitución no la contiene, esto eliminaría la concepción de ese cuerpo en estudio como Constitución, y eso es una falencia por omisión.

Tras todo lo visto se observa que algunas posiciones se salen de lo estrictamente formal entendiendo por ello las meras definiciones que puntualizan sobre características, elementos, modo de las constituciones. Adhiero a las mismas. Contemplar una definición de la Constitución requiere salir de esa faz. Dar la respuesta a la pregunta ¿qué es una Constitución?, es entrar en el fondo de su **esencia**. Dar cualquier respuesta al **ser** de algo implica determinar la esencia.

³¹ Esta es la clásica distinción entre la parte dogmática y la parte orgánica. Sagües (2001) marca al punto estructura del poder el diseño del Estado, el ¿quién, cómo, dónde? Los atributos y facultades de cada parte, sus concurrencias. Las competencias del poder. Señala también con mucha seña que algunas constituciones, ejemplo no menor la Constitución de EE.UU. de 1787 completa con el *bill of rights* las diez primeras enmiendas que incorporan el segundo punto, la estructura de valores. Dice, “como estructura de valores, la constitución perfila ideológicamente al Estado, puntualiza cuáles son sus metas supremas y prioriza ciertos fines sobre otros” (Sagües N. P., 2001, pág. 237)

[Escriba aquí]

La esencia refiere a lo característico y más importante de una cosa en tanto producto de sus cualidades inmutables; hace a lo invariable y permanente de las cosas. La esencia, aún con las diferencias técnicas entre los distintos pensadores, es lo que hace que un ser o un objeto sea lo que es y no otra cosa. Hace a la realidad persistente en un ser más allá de las modificaciones que surgen por lo accidental; esto quiere decir, en otras palabras, que independientemente de los cambios superficiales que atraviese una persona o cosa, su esencia (que representa los rasgos que los hacen únicos) se mantendrá intacta. Por ejemplo, una mesa en esencia deberá de ser un objeto para apoyar otros objetos; que sea de madera o lata, redonda o cuadrada, su forma y pesos, el número de patas o incluso la inexistencia de estas, no cambiará lo que es. Para el fenómeno constitucional, la esencia de una Constitución no son sus caracteres. Que sea rígida o flexible, escrita o no, que tenga una parte orgánica o dogmática, etc., no hacen a su esencia. La esencia precede a la existencia (algo que puede considerarse niega la libertad del sujeto en tanto esta esencia determinaría su capacidad de actuar, pero en tanto la construcción de una Constitución es posible como obra de los hombres y mujeres, y como tal somos absolutamente libres –en mi consideración, no habría una limitación o determinación de la esencia por ser el creador de la misma quien la hace y traslada en ella un amplio campo de posibilidades).

Hay evidencias y posiciones suficientes para pensar que el fenómeno constitucional y por lo tanto la Constitución no solo es una cuestión de forma. Mencioné que las constituciones serán un reflejo del modelo de Estado que se sostenga. Este elemento da pie a la estructura central del contexto político, pero ese contexto es más grande que solamente la cuestión política.

Las constituciones refieren a cuestiones políticas, en tanto surgen, crecen y se desarrollan en ese espacio las interacciones de los reales factores de poder. Está interacción se da en un espacio social determinado, diferentes de otros. Esta sociedad contiene valores comunes, sentidos comunes, construcciones culturales, todo producto de una historia compartida y sostienen en esa convivencia entre todos estas ideas y pensamientos acerca de cómo organizarse y ser. Todo este enjambre sistémico de elementos, también sucede en un determinado momento económico y con realidades propias de su formas y modo de producción y desarrollo económico. También como producto de todo esto existen relaciones jurídicas como la misma Constitución.

[Escriba aquí]

Entonces, la esencia de una constitución tiene por componentes todos estos elementos mencionados, por lo tanto, *la Constitución es un producto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico de una sociedad que en un momento determinado que tiene vocación de organizarse y regular ello, sus derechos, garantías, estructuras, proyecto de país.*

Adicionalmente, estos elementos políticos-filosóficos/ideológicos-deontológicos-sociológicos-históricos-culturales-económicos-jurídicos, hacen al contexto en donde toda Constitución tendrá lugar, en tanto el contexto no es inocente para formar sus resultados. El contexto es lo que rodea la Constitución y la Constitución será un reflejo de ese contexto. (figura 1)

Podría argumentarse que el carácter de ley suprema o el principio de supremacía constitucional hacen a la esencia, pero no lo son. Estos se manifiestan como una consecuencia de la existencia de una Constitución. Incluso si pensamos que una Constitución hace a su validez y legitimidad, que son corolarios de esa supremacía, por el hecho de sostener que eso hace a la Constitución, y si la misma tiene fuertes manifestaciones de invalidez o ilegitimidad, se observará que esa Constitución al no poder regular las relaciones del contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico, esa Constitución deja de serlo y solo es la manifestación de algún régimen despótico, autoritario o tiránico, de modo tal que pierde su esencia y posiblemente en el tiempo tenga una corta duración. A modo de ejemplo, en el momento más triste y negro de nuestra historia, la Junta Militar impuso que el Estatuto de la Junta prevalecía sobre la Constitución y de hecho las acciones que se movilizaban desde la Junta estaban destinadas a adecuar una constitucionalidad del orden de ese momento³². Las consecuencias fueron evidentes y lamentables.

³² Acta Fijando el propósito y los objetivos básicos para el proceso de reorganización nacional, punto 1, “Concreción de una soberanía política basada en el accionar de instituciones constitucionales revitalizadas, que ubiquen permanentemente el interés nacional por encima de cualquier sectarismo, tendencia o personalismo” , y en ese sentido irá supeditando todas las instituciones y nuevos ordenes que establece a sus propósitos y proclamas, usando de forma subsidiaria a la Constitución, ejemplo: art. 109 del Estatuto de la Junta Militar, “Los miembros de la Corte Suprema, Procurador General de la Nación, Fiscal General de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas y jueces de los Tribunales Inferiores de la Nación, gozarán de las garantías que establece el Artículo 96 de la Constitución Nacional, desde su designación o confirmación por la Junta Militar o Presidente de la Nación, según

[Escriba aquí]

El hecho de su carácter como ley suprema es consecuencia en tanto la misma será, al decir de Kelsen, el vértice de la pirámide jurídica para darle a todo el orden jurídico un orden lógico y coherente. Esta consecuencia también es una característica y nos remite, también, a un elemento central de la teoría constitucional como es la supremacía constitucional. Como elemento ordenador del sistema jurídico la Constitución se forma como guía del Estado y le da sentido al mismo.

Una Constitución prevista desde la participación y representación de los distintos sectores de poder, reales y formales, reconociendo los pactos y compromisos previos entre los mismos que los rectifiquen en el mismo consenso final, facilitará el consenso, elemento central para mantener la perdurabilidad de la misma, la gobernabilidad de los poderes instituidos y derivados, su eficacia y la racionalidad. Así, la Constitución es un manto de consensos para convivir que refleja la interrelación sistémica de todos los elementos mencionados. Insisto, la Constitución es y debe ser un reflejo de su coyuntura y contexto *político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico*, en un momento determinado del tiempo y circunscripta a un espacio determinado que conglomerara las voluntades de las personas que unen esos vínculos en una sociedad determinada.

La Constitución es una entelequia, en sentido aristotélico de la sociedad que guía. En ese marco de desarrollo es que en la esencia de la Constitución se marca la armonía de los elementos, consensos que se logren y el resultado obtenido, esto es, la misma Constitución.

Quiero ilustrar la esencia de una Constitución con un ejemplo debatido, como es el proceso de la Unión Europea. Gran parte de la doctrina, que se puede escuchar en congresos y seminarios, por ejemplo, sostienen que la Unión Europea no tiene una verdadera Constitución, sin embargo, a mi modo de ver, no lo tiene en un sentido formal, pero si en un sentido material. Los tratados constitutivos, desde el Tratado de

corresponda.” De hecho, los Documento de la Junta se determinan como un gran plan de ejecución y programa del país, que sigue la línea de los fines de la Constitución entonces vigentes, pero por sobre ella. (Fuente: “Documentos Básicos y Bases Políticas de las fuerzas Armadas para el proceso de reorganización Nacional” Ruinas Digitales. Recuperado el 02/06/18 en <http://www.ruinasdigitales.com/revistas/dictadura/Dictadura%20-%20Documentos%20Basicos%20y%20Bases%20Politic.pdf>)

[Escriba aquí]

Mastrich³³ en adelante, son una verdadera evidencia de todo lo sostenido en cuanto a la esencia de una Constitución. Si se recorre el proceso y los resultados, ello se hace evidente. Piénsese solo en los objetivos establecidos en 1992, preparar la Unión Monetaria Europea e introducir elementos de unión política (ciudadanía, política común de relaciones exteriores y asuntos internos), y los cambios centrales obtenidos del mismo tratado, el eje central que fue el establecimiento de la Unión Europea e introducción del procedimiento de codecisión, otorgando al Parlamento más participación en la toma de decisiones; nuevas formas de cooperación entre los gobiernos de la UE, por ejemplo, en defensa y asuntos de justicia y política interior. Los Tratados de Amsterdam³⁴ y Niza³⁵ adecuaron el sistema comunitario europeo a la incorporación de nuevos Estados y la modificación de las instituciones con esos fines. Finalmente, el Tratado de Lisboa en 2007³⁶, aumentó las competencias del Parlamento Europeo, realizó cambio de los procedimientos de voto en el Consejo, y entre los institutos destacados están la iniciativa ciudadana, el carácter permanente del puesto de Presidente del Consejo Europeo, el nuevo puesto de Alto Representante para Asuntos Exteriores y el nuevo servicio diplomático de la Unión Europea. En el aspecto institucional, existen cuestiones muy importantes, pues el Tratado de Lisboa aclara que competencias se atribuyen a la Unión Europea, cuales se atribuyen a los países miembros y cuales se comparten. Algo similar a la distribución de competencias entre Nación, Provincias y Municipios en nuestro país. Todo este armamento institucional de la Unión Europea, se complementa con un instrumento fundamental, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.³⁷ Este documento contiene previsiones propias en materia de derechos humanos y fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Una versión revisada de la Carta fue proclamada el 12 de diciembre de 2007 en

³³ Fuente: “Tratado de la Unión Europea”, recuperado el 03/06/2018 en https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf

³⁴ Fuente: “Tratado de Amsterdam” , recuperado el 03/06/2018 en https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_es.pdf

³⁵ Fuente: “Tratado de Niza”, recuperado el 03/06/2018 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12001C/TXT&from=ES>

³⁶ Fuente: “Tratado de Lisboa”, recuperado el 03/06/2018 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=ES>

³⁷ Fuente: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, recuperado el 03/06/2018 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=ES>

[Escriba aquí]

Estrasburgo, antes de la firma del Tratado de Lisboa; una vez ratificado, implicó que la Carta sea legalmente vinculante para todos los países. Si bien no forma parte del Tratado de Lisboa (estaba previsto que formara parte de la Constitución Europea, pero al no aprobarse ésta, se modificó lo previsto), pero por la remisión en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea tras la reforma de Lisboa se hizo vinculante para todos los Estados. A mi consideración, los dos grandes logros de la Unión Europea por fuera del proceso de integración económica y desarrollo como bloque económico que fue su principal motor allá a principios de 1950 con la Comunidad Europea del Carbón y el Acero -entre los entonces enemigos acérrimos de la Segunda Guerra Mundial y antes también, Francia y Alemania³⁸- son, por un lado, la ampliación de derechos a los ciudadanos de mano de los procesos comunitarios y el reconocimiento de una ciudadanía supraestatal que hará derramar en cada Estado parte la necesidad de formalizar la protección de esos derechos humanos y ciudadanos. Se vislumbran la conjunción de derechos más allá de los propios intereses estatales y un núcleo básico de coincidencias entre ellos a raíz de esos reconocimientos; y por el otro, la generación de grandes políticas de Estado, que a la luz de la Unión Europea se vuelven políticas comunitarias, en donde solo con los procesos de integración son posibles, como las políticas públicas conjuntas en materias de anticorrupción, lavado de activos, narcotráfico, medio ambiente, defensa de la competencia, educación, empleo, energías, etc.³⁹

Nos cuesta entender como constitucionalistas apegados a una mirada tradicional y clásica, esta construcción *sui generis* del derecho internacional que al mismo tiempo impacta en el derecho nacional y por supuesto en el Derecho Constitucional, y que, a modo de ejemplo, la Unión Europea incorpora con todas sus consecuencias. Debe notarse que en la realidad del día a día, hay una fuerte intromisión de los institutos comunitarios en el proceso de toma de decisiones y política de cada uno de los Estados miembros. El proceso de integración europeo muestra claramente como la coyuntura

³⁸ El objetivo fue “hacer interdependientes los sectores del carbón y del acero, de modo que, a partir de ese momento, ningún país pueda movilizar sus fuerzas armadas sin que los demás países se percaten; con ello se mitigaron la desconfianza y las tensiones tras la Segunda Guerra Mundial. El Tratado CECA expiró en 2002” (Fuente: “Tratados de la Unión Europea” en UE. Recuperado el 03/06/2018 en https://europa.eu/european-union/law/treaties_es#)

³⁹ Se puede ahondar en estos temas en: https://europa.eu/european-union/topics_es

[Escriba aquí]

y el contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico, se materializan con un objetivo común, ser y trascender a sus ciudadanos dando lugar a instituciones que regulen la misma realidad y se establezcan planes de gestiones presentes y futuras.

Es cierto que no se logró formalizar una Constitución Europea; las reflexiones sobre la "razón de ser" del tratado constitucional, consideran que el mismo presentaba muchas carencias, en su contenido y el proceso de su elaboración, y la falta de un sentimiento constitucional europeo, pues la Unión Europea y sus documentos constitucionales siguen percibiéndose por los ciudadanos como algo muy lejano de ellos, sus intereses y preocupaciones, y se elaboran con un protagonismo de los Estados miembros excesivo. Lo cierto es que post *Brexit*, y las complicaciones que ello acarrea no solo para el Reino Unido sino también para el resto de los Estados en el mismo Reino Unido como Escocia o Gales, como también a los propios miembros de la Unión, los derechos de ciudadanía, las oportunidades, la movilidad, derechos de salud, de trabajo, el debate se centra en si, ¿se recortarán derechos... y en su caso, eso es posible?

Para volver sobre el tema en cuestión y pregunta central ¿qué es una constitución?, se podría agotar el tema dando un concepto, pero el concepto no define directamente al ser, y esta es la pregunta que se busca resolver. Entonces, ¿cuál es su esencia? La esencia es el resultado del producto de los consensos y relaciones de una sociedad obtenidos a la luz de los elementos políticos-filosóficos/ideológicos-deontológicos-sociológicos-históricos-culturales-económicos-jurídicos. La esencia es que del juego de esas relaciones ocurran serios consensos y que, en ese acuerdo armónico, como ya refería, nazcan las relaciones de poder, los órganos de poder, el reconocimiento de derechos, que rigen al momento y la visión y misión que se tiene para un futuro inmediato y mediato.

Sagües trae a colación una mirada muy interesante al respecto:

“todo Estado que cuente con un texto jurídico con supremacía, tiene una constitución. Aún en el caso de un Estado despótico hay constitución, por más que, desde luego, que dicho régimen sea repudiable. Las constituciones no liberales, o no democrático-sociales, fuera de la connotación negativa que pueda tener, no por eso dejan de ser constituciones, y el derecho constitucional no liberal o no democrático-social, es también derecho constitucional. Lo contrario importaría una discriminación ideológica acientífica., como la de negar la condición de hombre a quien no piense según determinada ideología; o negar la condición de

[Escriba aquí]

hombre a quien no piense según determinada ideología; o negar la condición de gobierno al régimen que no coincida con nuestro esquema ideológico del poder. Lo dicho no impide, claro está, que las constituciones sean clasificadas ideológicamente, según su origen e ideología (v. gr., en constituciones liberales, democráticas-social, tutora de los derechos del hombre) y que sea preferible la construcción democrático-social, tutora de los derechos del hombre, por sobre la constitución negatoria de la dignidad humana” (Sagües N. P., 2001, pág. 241)

Cierto es que cuando la Constitución se logra en un marco de consensos, la misma logra legitimidad y se hace reflejo de su propio contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico. (figura 1) De lograrse ello la Constitución se desarrolla con el marco de legitimidad y tendrá vocación de gobernabilidad respecto de los poderes que la misma instituye. Esto es un tema esencialmente político, donde debe observarse voluntad política y despliegue de la misma en la representación que del pueblo se haga (representantes, asambleas, etc) y que se logra remontándose al acto constituyente como se verá luego. Una Constitución al margen de esta realidad no solo pecará de legitimidad, posiblemente también sea ineficaz. Los ejemplos más cercanos en nuestra historia podemos remontarlos a la fallida Constitución de 1819 y 1826 que fueron rechazadas por las provincias dado el carácter unitario de las mismas en el marco de los enfrentamientos entre unitarios-federales. Más cercano a nuestra misma historia, la Constitución de 1949 dada a la espaldas de otras fuerzas políticas en provecho de las mayoría de una y con largas discusiones sobre el llamado para dictarla, tanto cómo el funcionamiento de la misma. Pero también el mundo ha dado muestras de estas Constituciones que han fracasado o posiblemente lo hagan a la luz de fallar en la base de los consensos, prefiriendo las imposiciones, y que deben lidiar con su legitimidad y gobernabilidad. Irak y Afganistán, si bien en el marco de las guerras ocurridas en esos territorios y la posición de Estados Unidos en la imposición de los gobiernos como de las constituciones que los sostengan atrás, son claros ejemplos de lo que se viene relatando.⁴⁰ En ambos contextos, cada uno con sus particulares circunstancias de los

⁴⁰ Fuente: “Irak: claves de la construcción. ¿Cuáles son los puntos más polémicos de la nueva Constitución?” (25/10/2015) El País. Recuperado el 15/06/18 en <https://www.lanacion.com.ar/750589-irak-claves-de-la-constitucion>

Fuente: “La versión definitiva de la Constitución de Irak refuerza la identidad árabe del país” (15/09/2005) BBC. Recuperado el 15/06/18 en https://elpais.com/diario/2005/09/15/internacional/1126735204_850215.html

Fuente: La Loya Jirga aprueba la nueva Constitución que crea la República Islámica de Afganistán (05/01/2004) El País. Recuperado el 15/06/2018 en https://elpais.com/diario/2004/01/05/internacional/1073257211_850215.html

[Escriba aquí]

un producto de la realidad y contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico. Y la construcción se hace sosteniendo y cuidando sus principios, instituciones y profundizando en el devenir diario su misión y visión.

A modo de cierre de este capítulo, cuando pienso en la Constitución como concepto y como ser, creo que la misma debe estar llena de poesía, debe inspirar a los hombres que forjan y hacen el país, debe ser el reflejo de su contexto y todos sus elementos políticos-filosóficos/ideológicos-deontológicos-sociológicos-históricos-culturales-económicos-jurídicos. El resultado, una Constitución válida en sí misma, con sentido de pertenencia de los sujetos que la habitan, que marca su rumbo y adaptada a los mismos en su propia dinámica como Estado. La Constitución, en sí norma, en sí valor y en sí hecho de ese contexto-, lleva consigo las luces y las sombras de las personas que la hicieron, que luego la interpretan y además la aplican. Esos sujetos se mueven en el tiempo, en el mundo y en generaciones. La Constitución se construye. Es un modelo para armar, y llevará aciertos y desaciertos propios de los impulsos de las relaciones de poder en el momento.

[Escriba aquí]

III. Poder Constituyente y Poder Constituido.

Habiendo analizado y definido el concepto de Constitución, en este capítulo se analizará el primer gran elemento de la teoría constitucional: el poder constituyente. El mismo es un modo de manifestación del poder⁴¹, y es así que en primer lugar se analizará su naturaleza, a continuación de ello una revisión por distintas concepciones del mismo y luego su alcance. Entendido como parte de su ejercicio, se analizará también el proceso de reforma constitucional en nuestro país y en algunos Estados y finalmente la conclusión que incorporará, al esquema previamente presentado en el capítulo anterior, los elementos aquí analizados.

⁴¹ ¿Qué es el poder? Cuando se piensa hay varias connotaciones que definen la capacidad de hacer, decir, expresar o ejecutar una acción. En el fondo es una cuestión de capacidad, de posibilidad. Describe habilidad, acción y efecto, modificar la realidad y las circunstancias. El poder es un término genérico que se emplea en cualquier área de la vida en la que una acción este en proceso. Adicionalmente, el término implica la imagen simbólica de una autoridad, pero referido a un campo en específico, en el que la palabra denote superioridad y un sistema jerárquico. En el mundo jurídico, el poder implica la presencia de la ley. Esa autoridad que implica el poder conlleva raciocinio, lógica y prudencia de las acciones u omisiones que se ejecutan, para que sea llevado en armonía por quien lo tiene y sobre quien lo ejerce.

Adentrados al espacio político, el poder no es un objeto sino el resultado de una relación entre dos o más personas. Está estrechamente vinculado a la coerción, la fuerza y a la violencia, pero no sólo con éstas. También con ideas, creencias y valores que colaboran en la obtención de obediencia y dotan de autoridad y legitimidad al que ordena y manda. Si bien el castigo es uno de los componentes propios del poder, no es el único ni el fundamental. El poder tiene un conjunto de creencias que justifican su existencia y su funcionamiento y en ese sentido los mecanismos de acción del poder van desde la coerción directa mediante el uso de la fuerza, hasta la más sutil creación de convicciones y creencias en las sociedades. (Benitez Rubio, 1998) Así el poder no es solo imposición. Hay elementos más sutiles y simbólicos que hacen a la esencia del poder.

Tomando a Max Weber, Benitez Rubio (1998) señala que este definió el poder como “la posibilidad de que un actor en una relación esté en disposición de llevar a cabo su propia voluntad, pese a la resistencia de los otros” y que hay tres posibles formas en las relaciones en ese sentido: la primera es de plena subordinación de un sujeto a otro, el núcleo de este enfoque está en la oposición directa de intereses y el fundamento del poder es el conflicto expreso, consciente y observable de los intereses de cada parte; la segunda es el control efectivo de uno a otro, el centro del enfoque es la movilización de influencias que operan en los conflictos, aquí está la llamada agenda política y se escurren las cuestiones implícitas, lo que no está dicho; la tercera se trata del control total y global de la agenda política, de todo aquello que se hace y decide hacerse y todo aquello que no se hace o no se decide hacer, a sabiendas y de modo voluntario controlar la agenda política de forma total, no solo en los conflictos efectivos sino también en los conflictos reales que incluyen los intereses no conscientes o latentes. En este último de relación del poder el objetivo es en quién o quienes deciden, en qué consiste el interés general y qué contradicciones encierra. El ejercicio del poder constituyente compartirá las características de esta tercera forma.

Determinado el concepto poder, hay que señalar que “el establecimiento de una constitución formal es un acto jurídico complejo por el cual un texto constitucional es sancionado y promulgado (...) el establecimiento de la constitución formal es realizado por quien ejerce el poder constituyente”. (Sagües N. P., 2001, págs. 273-274) El poder constituyente es un modo de ejercicio del poder.

[Escriba aquí]

La teoría del poder constituyente se desarrolla con fuerza contemporáneamente a la Revolución Francesa por el Abate de Sieyes, y sobre estas concepciones se desarrollan dos nociones claves para el constitucionalismo y la república: la propia noción de poder constituyente, valga la redundancia, y la idea de representación política. Pero existen también, unos antecedentes previos interesantes a los que ahondaré a continuación que dieron sentido a la idea del poder constituyente y que dan sentido al actual ejercicio del mismo. Ya señalaba Bidart Campos, que siendo el poder una competencia o capacidad para cumplir un fin (agenda política) el poder que constituye o da constitución al estado, alcanzamos con bastante precisión la pretensión global, o sea, su agenda política, pues “poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al estado, es decir, para organizarlo, para establecer su estructura jurídico-política.” (Bidart Campos, 1996, págs. 109-110 t.1)

v. Naturaleza del Poder Constituyente y Poder Constituido

Cuando repasamos los orígenes y antecedentes, se advierte la Constitución de Atenas “cuya estructura jurídico-institucional admitía la distinción entre poder legislativo ordinario en mano de la asamblea o *eclesia*, y una suerte de poder constituyente que estaría sobre aquel, encargado de ciertas leyes especiales.”⁴² (Sagües N. P., 2001, pág. 2) Lo cierto es que el poder constituyente implica un cambio de paradigma, introduce la idea de un legislador positivo autónomo y soberano, distinta de la idea anterior por el cual se partía de la preexistencia del Derecho Natural o Dios, de aquí en adelante, las normas positivas pasan a fundamentarse exclusivamente en la voluntad humana. Se crea una ficción. Si antes era Dios o la naturaleza, ahora es el poder constituyente del pueblo. (Colombo Murua, 2011)

El ejercicio del poder constituyente en sí, tiene sustento en la teoría de la soberanía popular y los conceptos vertidos por el Abate de Sieyes en un folleto distribuido que dio a llamarse “¿Qué es el Tercer Estado?” El contexto, los acontecimientos que luego desembocaron en la Revolución Francesa, hechos histórico eje que marca un cambio de era y esto no es menor, en donde la monarquía sin poder se ve obligada a llamar los Estados Generales: una especie de órgano colegiado formado por la nobleza, el clero y el llamado “tercer estado”. El texto responde a la pregunta de quién o quiénes son

⁴² La cursiva me pertenece

[Escriba aquí]

los titulares de ese poder constituyente originario en una comunidad donde no hay una norma constitucional. (Sagües N. P., 2001; Colombo Murua, 2011; Sabsay, 2015; Alfonsín, 2006; Vanossi, 2000)

Así empieza Sieyes su obra: “¿Qué es el tercer estado? Todo. ¿Qué ha sido hasta ahora en el orden político? Nada. ¿Qué pide? Llegar a ser algo.” (Sieyes, 2018, pág. 3)

Analiza Vanossi (2000), Sieyes, tenía que demostrar que los estados generales, representados por el pueblo, no podrían tomar una decisión tal como la de hacer y declarar una Constitución porque ello afectaba su propia estructura y ello solo podía ser adoptado por la Nación mediante la reunión de sus representantes. En el contexto (agrego yo, político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico), nobleza y clero habían perdido legitimidad histórica y real. Este tercer Estado que no es más que la burguesía en alza, brinda al Estado, Francia para el caso, las industrias, el comercio, el trabajo, empuja el crecimiento económico, forma las filas de los ejércitos, desarrolla los movimientos culturales, la educación, etc. Entonces, en ese marco de situación, Sieyes invocará la noción del poder constituyente, y lo hace, dice Vanossi, construyéndolo de la siguiente manera:

“(…) la Nación existe, ante todo, es el origen de todo, su voluntad es siempre leal, es la ley misma. *Antes que ella y por encima de ella está el Derecho Natural* (…). Si queremos una idea justa de las leyes positivas que no pueden emanar sino de su voluntad tenemos, en primer término, las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes, unas que regulan la organización y las funciones del cuerpo legislativo y las otras que determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas fundamentales, no porque sean independientes de la voluntad nacional sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas. *Cada parte de la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie del poder delegado puede cambiar nada en la condición de su delegación.* Es en ese sentido que las leyes constitucionales son fundamentales”⁴³ (Vanossi, 2000, págs. 8-9)

Resume Palazzo:

“parte de la idea de que los poderes constituidos van a defender el ordenamiento vigente, pues este los reconoce como tales (como poderes). Por ende, el cambio de la monarquía absoluta, es decir del *ancien régime*, únicamente lo podía concretar un poder que no estuviera ya constituido, sino que fuera constituyente, encargado de dar una nueva Constitución” (Palazzo, 2003, pág. 211)

Allí, en la necesidad de justificar la competencia del tercer estado, del pueblo, no de la asamblea, es que elabora la teoría del poder constituyente, y aparece la diferencia entre el poder constituyente y el constituido. La diferencia es visible, el poder

⁴³ La cursiva me pertenece

[Escriba aquí]

constituyente crea los poderes constituidos, estos tienen su origen y legitimidad en el poder constituyente.

Es interesante poder seguir la construcción que hizo Sieyes del concepto en cuestión. Para ello voy a seguir a Vanossi (2000), quien en su estudio sobre la teoría del poder constituyente le da un marco y seguimiento a la cuestión muy detallada. El autor marca que Sieyes parte de la creencia de que el hombre es libre antes y por encima del Estado (propio del pensamiento vigente como ya hemos visto) y esa libertad es previa a la regulación del derecho positivo. Inmediatamente dice que si el hombre es libre, la Nación también lo es, en tanto la Nación se conforma de hombres, “y si ambos son libres de por sí, pues entonces el Estado se debe limitar a proteger esa libertad preexistente y a evitar cualquier obstrucción a su ejercicio” (Vanossi, 2000, pág. 11) El concepto Nación se confunde con el “Tercer Estado”, pero ojo, pues considerará a este, o estado llano, el que trabaja y produce (la burguesía), que reclama y al que se le debe igualdad entre hombres que son de por si libres. Este tercer estado enfrenta a los elementos del poder que representan el antiguo régimen, a saber, la burocracia (administración), la Iglesia (el clero), los jueces (magistrados) y militares (el brazo armado). Se presenta una dualidad en el mismo “Tercer Estado” que confronta antagónicamente a los trabajadores individuales contra los trabajadores que realizan funciones públicas, los primeros son parte del “tercer Estado”, los segundos son parasitarios al mismo producto de la opresión o un privilegio social. “De allí la gran asociación de ideas que rodea a todo el pensamiento de Sieyes Libertad-Individuo-Nación-Tercer Estado-Igualdad. Y la consecuencia del proceso: Revolución” (Vanossi, 2000, pág. 12) Como se puede observar, libertad e igualdad son las puntas del mismo camino. De ahí nacerán dos conceptos claves en el pensamiento político: 1) representación política: que es igualdad aplicada a la libertad civil y política, y por ella se verifica la voluntad general; 2) separación de poderes y poder constituyente: para el cumplimiento y ejercicio de la libertad, en función de la forma y separación de poderes que se ha dado.

“a partir de ese momento adquiere dimensión el concepto de poder constituyente, en una medida tal que le permite a Sieyes olvidarse – voluntariamente- de la vieja idea de “soberanía” y poner todo el énfasis en la nueva noción. Que era más útil para volcar el acento en el problema interno de la organización del Estado antes que en el problema externo de las relaciones entre Estados. Además, la “soberanía” estaba muy vinculada con el Estado, mientras que la criatura del poder constituyente servía

[Escriba aquí]

directamente a la organización de la “nación”, que a su vez preexistía en el mundo de los sujetos o titulares por obra y gracia del derecho natural. Entonces el orden sería: primero la nación, después la constitución”. (Vanossi, 2000, pág. 13)

El punto completo sobre la naturaleza del poder constituyente es muy importante. Desde la Revolución Francesa y con ello el sostén de la filosofía racionalista, se traslada el orden normativo hacia la voluntad del pueblo, y por lo tanto se crea el cuestionamiento de si esta voluntad se encuentra o no sujeta a límites en su propia decisión. Su importancia radicará en que ello explicará si hay límites en el proceso de reforma constitucional, si está limitado los alcances de ello o no a su primer momento (el poder constituyente originario) o si en el proceso de reforma (el poder constituyente derivado) hay libertades para realizar los cambios que el mismo ejercicio de poder constituyente define. (Colombo Murua, 2011)

Colombo Murua (2011) trae a colación otro problema que presenta la doctrina moderna, como el hecho de querer salvar la supremacía constitucional frente a la soberanía popular. La cuestión planteada manifiesta que de no ponerse un freno y regulación al poder constituido original que crea la normativa, peligraría el Estado de Derecho, y entonces con el objeto de equilibrar supremacía del pueblo con supremacía de la ley, dictada la primera Constitución el poder constituyente originario se diluye y queda al mismo tiempo absorbido y sujeto al nuevo poder constitucional delegado.

No es menor la apreciación de Vanossi al respecto cuando empieza a explicar el poder constituyente,

“un poder al cual se pretendió siempre de exhibir como de características todopoderosas, grandilocuente, expresadas en las notas de: inicial, originario, extraordinario, supremo, directo, inalienable, imprescriptible (conforma a la unanimidad de los expositores de la doctrina del poder constituyente). Así veremos que el compromiso ideológico no es ajeno a todo esto y que la explicación de sus pautas o rasgos esenciales se encuentran en el origen mismo de la citada “doctrina”. (Vanossi, 2000, pág. 6)

Siguiendo a Pizzolo (2002), manifiesta que la noción de poder constituyente da legitimidad al sistema jurídico en su totalidad. “la norma puede transmitirse de generación en generación oralmente, o bien estar escrita en un código normativo. En ambos casos, fuera de su validez jurídica, la norma necesita tener la suficiente validez como para ser aceptada por la sociedad.” (Pizzolo, 2002, pág. 383) Sobre ello se asienta la legitimidad del sistema pues de otro modo solo implicaría para su ejecución

[Escriba aquí]

el mero poder coercitivo. Los mecanismos de legitimación del sistema pueden ser o la fuerza física, que implica el derecho del más fuerte, o el consenso general. Pasión o razón. La pasión tiene en sus antecedentes legitimar el holocausto o la dictadura militar argentina. La razón garantiza las garantías, valga la redundancia, constitucionales, como la ley previa al proceso, condena mediante juicio, derecho a defensa, inviolabilidad del domicilio o la correspondencia, etc. Y hará una anotación al respecto interesante también el autor: que en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 21 inciso 3, que tiene hoy igual rango constitucional que la misma Constitución, dice: *“la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público”*. Sostiene de este modo que el poder constituyente tiene además un reconocimiento internacional, amén de sostenerse en el pueblo como productor originario.

vi. Repaso por distintas concepciones.

Para Sieyes el poder constituyente será quien haga la constitución. “La constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente” (Sieyes, 2018) En Bidart Campos es el “poder que constituye o da constitución al Estado” (Bidart Campos, 2007, pág. 161) y esta noción, “no puede limitarse al que formalmente se ejercita para dictar una constitución escrita; si todo estado tiene constitución en sentido material (aunque acaso no la tenga escrita), tal constitución material también es producto de un poder constituyente.” (Bidart Campos, 1996, págs. 109 - t.1)

Siguiendo a Sabsay (2015) el poder constituyente se manifiesta por primera vez cuando se elabora la Constitución, y esto sigue los lineamientos del constitucionalismo clásico; y cuando se vuelve a ejercer el poder constituyente para reformar dicha Constitución se habla de poder constituyente derivado. El poder constituyente originario tiene como titular al pueblo. Esto permite encontrar representatividad en nombre del pueblo que decide organizarse como Estado. En ese poder constituyente nace la potestad de dictarse una constitución, o cambiar la vigente dándole un sentido político sustancialmente diferente. (Sabsay, 2015)

El profesor Hernandez (Hernandez (H), 2001) siguiendo a Linarez Quintana dice que es *“la facultad soberana del pueblo a darse su ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una constitución y a revisar esta total o parcialmente cuando esto sea necesario”* (pág. 27). Luego en cita a Vanossi, a quien

[Escriba aquí]

tomaré luego con mayor puntualidad pero por fuera de esta cita, manifiesta que sea este poder constituyente originario derivado, “*en ambos supuestos estaríamos ante el ejercicio de una misma sustancia de poder, tanto cuando se constituye inicialmente como cuando se reforma ulteriormente: siempre es poder constituyente*”. (pág. 29)⁴⁴ Sin embargo, luego sostendrá que la distinción “se aplica a los distintos grados, de tal manera que cuando se sanciona por primera vez la respectiva ley suprema se ejercita la forma originaria, mientras que la derivada corresponde a las reformas mismas”. (pág. 31)

Sagües (2001) lo refiere por un lado a la facultad o aptitud jurídico-política para establecer una constitución (*poder-función*) y por el otro como el órgano que ejerce esa facultad (*poder-persona*) “Por eso, en la práctica, se habla tanto de *tener* poder constituyente, como *ser* poder constituyente (...) así, por ejemplo, de una convención o asamblea puede afirmarse que ejerce el poder constituyente, como que ella misma es el poder constituyente” (Sagües N. P., 2001, pág. 274)

Pie seguido de avocarse al concepto de poder constituyente aparece la cuestión doctrinaria que anima la diferenciación entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado. La diferenciación que da Bidart Campos (1996) es muy clara al respecto. Es originario cuando se dicta la primera Constitución e incluye un proceso en donde hay una reforma total de la misma; es derivado en los procesos de reforma de la primera. El originario tendrá por titular al pueblo que decide su organización política y jurídica.

Para Gelli, el respeto de la división de poderes es lo que da a luz el poder constituyente originario o derivado y por otro lado los poderes constituidos. (Gelli, 2006) Marca una primera gran diferencia. No son lo mismo. Al no ser lo mismo no puede el constituido sobreponérseles.

Adentrado al mismo tema, Sagües diferenciará que el poder constituyente originario puede ser fundacional (dicta la primer Constitución) o bien post-fundacional (actúa post la creación del Estado, pero libre de ataduras normativas). Declara este poder, de un modo u otro, se comporta desligado de la ley y tienen un comportamiento revolucionario. Por el contrario, el poder constituyente derivado es un poder de

⁴⁴ La cursiva me pertenece

[Escriba aquí]

reforma o revisión de la constitución, pero nada obste que se la dote de poder para cambiar la constitución totalmente. A su mirada, el poder constituyente derivado cuenta con un poder de reemplazo. (Sagües N. P., 2001)

Llamativa es la postura, que rompe en parte lo hasta aquí dicho, de Palazzo. Al respecto del poder constituyente (originario o derivado) detalla lo que la mayoría de la doctrina viene sosteniendo como hemos visto pero manifiesta no compartir estas posiciones en ninguna variable. “aunque la atribución de dictar una Constitución pertenece legítimamente al pueblo, su intervención en los procesos políticos estuvo ligada al derecho a participar en elecciones, restringiendo entonces por diversas pautas (edad, instrucción, capacidad, capacidad impositiva)” (Palazzo, 2003, pág. 198) Y marca a letra seguida un tema que Nino va a explayar como veremos a posterior al respecto, “El constitucionalismo, en sus orígenes aunque proclama la soberanía del pueblo, admite el liberalismo político pero considera con desconfianza a la democracia” (Palazzo, 2003, pág. 198) Luego dirá que el concepto de poder constituyente, se refiere al concepto liberal, racional normativo de Constitución.

Pizzolo (2002), por su parte, manifiesta los caracteres de único e irrepetibles del poder constituyente, desde él se programan los poderes constituidos y da vida a la Constitución. Pero le quita relevancia al poder constituyente derivado, en ser solo un ejecutor de reformas, pero sujeto, como sostiene la doctrina clásica, a respetar los mecanismos y los límites impuestos por la expresión originaria, caso contrario se produce una ruptura en el orden constitucional.

Podría seguir exponiendo posiciones de diversos constitucionalistas al respecto, pero lo cierto es *que la discusión doctrinaria de fondo al respecto es definir si este poder constituyente derivado es o no verdadero poder constituyente. Una tesis sostiene que es una especie de poder legislativo extraordinario. Otra tesis, a la que adhiero y es lo que trataré de argumentar a lo largo de este trabajo, sostiene que el poder constituyente es poder constituyente, aunque carezca de las atribuciones ilimitadas del poder constituyente originario.*

Ahora bien, comparto tras todo ello la reflexión que hace Colombo Murua (2011) al respecto cuando trata el tema. El poder constituyente introduce la idea de un legislador positivo autónomo y soberano. Esto se contrapone a la idea de que siempre la norma positiva nace de la normativa natural preexistente (Dios, derecho natural, naturaleza

[Escriba aquí]

humana...) Ahora se pone en tela de juicio ello y la norma positiva pasa a fundamentarse exclusivamente en la voluntad humana del legislador (constituyente). Se cambia la ficción, si antes era Dios ahora es el poder constituyente del pueblo. Esta subjetividad tomo el lugar divino y ahora esa subjetividad no parece tener ya límites externos sino los propios. Esto es interesante y lleva a grandes discusiones en torno a cuestionarse si esta voluntad está o no sujeta a límites en su decisión. Y las respuestas son variadas. Deja el autor algunas, desde Schmitt que sostiene que este poder crea la normativa desde la nada, *ex nihilo*; o Bachof quien sostiene que el constituyente está siempre sujeto a normas suprapositivas que no pueden desconocerse. En definitiva, en función de ello habrá una posición para aplicarse a la discusión de los límites constitucionales y el proceso de su reforma.

La doctrina como se ha visto genera una distinción entre poder constituido y poder constituyente donde el primero en principio generaría la constitución desde “la nada” y fijaría desde allí los límites de la misma para posibles futuras reformas, instituye los poderes del Estado (son creados y mencionados por el poder constituyente). Esa distinción de naturaleza y jerarquía, enseña Colombo Murua (2011) representan un momento previo anómico en el que el soberano decidiría las líneas fundamentales del ordenamiento normativo. Esa existencia previa presupuesta por anterior a otras normativas, ser la creadora, y por lo tanto superior a otros poderes y normas generadas. Por ello la doctrina sostiene que el poder de revisión, o poder constituyente derivado, debería de sujetarse en los mandatos previos. En este espacio aparecen las cláusulas y contenidos pétreos, tema que capítulo siguiente será abordado. Ahora bien, la teoría moderna, recepta el tema pero reformula cuestiones para evitar problemas que se presentan, como por ejemplo supremacía constitucional con soberanía popular. “Si el ordenamiento se mostrara incapaz de establecer límites y regular a un sujeto (el originario) (...) difícilmente podría hablarse de supremacía constitucional y el “Estado de derecho” peligraría” (Colombo Murua, Límites a las reformas constitucionales, 2011, pág. 117)

Vanossi ha sido quien quizás ha estudiado más a fondo, de las obras encontradas, en torno al poder constituyente. Marca cinco modos de conceptualizar el mismo: el concepto racional-ideal del poder constituyente, el concepto fundacional-revolucionario del poder constituyente, el concepto existencial-desicionista, el

[Escriba aquí]

concepto material y el concepto dialéctico-plenario. (Vanossi, 2000) Sobre el primero ya me he referido cuando mencionaba y recopilaba a Sieyes en el primer apartado de este capítulo al que remito. A continuación, un detalle de los otros cuatro, todas posiciones muy interesantes, que salen de las concepciones más clásicas. Siguiendo a Vanossi, Ekmekdjian hace un resumen de estos postulados. (Ekmekdjian M. A., 1995) pero agrega dos más a modo de fundamentos: el sociológico y el uspositivista.

Concepto Fundacional-Revolucionario del Poder Constituyente

Vanossí (2000) acá seguirá a Maurice Hauriou.⁴⁵ Parte de la idea de una “super-legalidad constitucional” que es más que la Constitución escrita e incluye todos los principios del régimen; estos son los que le dan legitimidad constitucional. Va a requerir este esquema que se unan dos cuestiones: 1) la organización de una operación constituyente con un poder constituyente que estén por encima de los poderes gubernamentales ordinarios; 2) la organización de un control jurisdiccional de la constitucional de las leyes ordinarias. Esa operación constituyente “consiste en poder y en un procedimiento de fundación (las dos cosas), o sea, que se trata de un *poder fundador*.” (Vanossi, 2000, pág. 31) Y destaca una idea, genial a mi modo de ver:

“la singularidad de este proceso está en que el establecimiento y la revisión de las constituciones –para Hauriou- es frecuentemente un hecho revolucionario en la forma y siempre en el fondo, si consideramos que el derecho del Estado no solo es el único legítimo sino que también debe perpetuarse: “*en el fondo, la fundación y la revisión de las constituciones es siempre revolucionaria, en el sentido que se opera con la participación de la soberanía nacional – poder mayoritario – y en nombre de la libertad política.*” ¿Qué quiere decir Hauriou con esa invocación del derecho revolucionario? La apelación del derecho revolucionario es equivalente – en su terminología- al *derecho de autonomía de la libertad primitiva*. Con sus palabras: “Que la operación constituyente suponga, desde luego, el rompimiento de la continuidad del derecho del Estado y la participación de un poder mayoritario revolucionario con relación al poder normal del Estado, no significa que se realice sin derecho, como un puro hecho histórico; significa que apela a un derecho revolucionario que subsiste bajo la legitimidad del derecho de Estado” (...) Hauriou está empeñado *en obtener una revalorización del derecho producido al margen del monopolio de los órganos estatales; y que en el camino de ese objetivo queda también comprendido el derecho al más alto nivel que es el derecho de la constitución* (Vanossi, 2000, pág. 31)⁴⁶

⁴⁵ En la visión de Vanossi, las ideas de Hauriou no están divididas antagónicamente de las de Sieyes, pero como se verán, guardan originalidad y particularidad. De un modo u otro mantiene las ideas en el contractualismo de Sieyes.

⁴⁶ La cursiva me pertenece

[Escriba aquí]

Seguirá el autor en la reflexión, y dirá que el poder constituyente es una operación fundacional con algunas características: es una especie de poder legislativo, pertenece a la nación pero que lo ejerce a través de sus representantes en su nombre, y se diferencia de los poderes legislativos por las materias que regulan, la naturaleza en cada poder y cita al respecto: “los representantes que ejercitan el poder constituyente obran más bien como representantes de la nación que como representantes del Estado, mientras que los que ejercitan el poder legislativo ordinario obran más bien como representantes del Estado que como representantes de la nación” (Vanossi, 2000, pág. 35) Y para ordenar la cuestión vinculante a la revolución, esta no es más que la vuelta al poder constituyente originario (fundacional) que reconoce la libertad del orden social y el surgimiento de un nuevo derecho, que se traduce en una nueva constitución. (Vanossi, 2000)

Concepto existencial-decisionista del poder constituyente

En este concepto Vanossi (Vanossi, 2000) seguirá a Schmitt. Su concepto de Poder Constituyente sigue la secuencia lógica de su concepto de constitución positiva y la liga a las decisiones políticas fundamentales, siendo así que el poder constituyente es “la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de unidad política como un todo” (Vanossi, 2000, pág. 52) Previo a ello debe situarse el concepto de soberanía que sostiene Schmitt, que puede resumirse como la fuerza decisoria suprema que no depende de norma jurídica alguna.

En la mirada de Ekmekdjian, sobre esta postura existencial-decisionista, y en particular sobre el pensamiento de Schmitt, marca los peligrosos que conlleva:

“cualquier gobierno de facto que tenga poder suficiente para poder hacer cumplir las normas que él dicte, está legitimado para hacerlo. (...) niega el mundo del deber ser y los valores, aceptando únicamente el mundo del ser. Confunde las normas jurídicas con las conductas, la normalidad con la normatividad (...) Admite el quebrantamiento de la constitución en los casos particulares de alguna *coyuntura anormal imprevista*. Vemos aquí otra vez el estado de necesidad como justificación de las violaciones constitucionales, tesis del más puro maquiavelismo, según el cual los fines justifican los medios. Afirma Schmitt, y esto es cierto, que el que actúa quebrando la constitución en tales casos, obra soberanamente. Yo corregiría parcialmente esta aserción, afirmando que quien obra así está usurpando la soberanía del pueblo” (Ekmekdjian M. A., 1995, pág. 144)

[Escriba aquí]

Fundamento sociológico

Revisa aquí Ekmekdjian (1995) lo ya visto en el primer capítulo sobre la postura de Lassalle. Por ello sintetiza que el tema del poder constituyente en esta concepción no es una cuestión jurídica, sino de tipo social económica y por lo tanto política, y corresponde su ejercicio a los factores reales de poder.

Fundamento juspositivista

Reconstruyendo a Hans Kelsen quien postula que la validez de la norma puede ser referida de una norma fundamental, construyendo un sistema en si mismo, siendo la “norma básica” es la que no se puede derivar de otra superior, y se pone en ese sentido en el vértice del sistema jurídico a la constitución, para apuntar a la respuesta del poder constituyente, Ekmekdjian (1995), toma la justificación de Kelsen a la pregunta ¿por qué la constitución es válida? “para responder a esa pregunta se deriva a la primera constitución (poder constituyente originario) y dice que esa es válida solo si la norma básica se supone válida” (Ekmekdjian M. A., 1995, pág. 151)

vii. Alcance

Pensar el concepto pueblo en cierto punto desembocará a ver que en sí mismo no es un todo homogéneo, con una unívoca concepción. Hay clases sociales, estamentos, grupos de poder, representaciones políticas distintas, factores de producción y trabajo, todos los factores que hacen a esa construcción política-filosófica/ideológica-deontológica-sociológica-histórica-cultural-económica-jurídica, que hacen al pueblo y que participan en el proceso de sanción de la Constitución, acto que se logra tras consensos y concesiones a la autoridad del Estado de derechos en post de organización del mismo. Esto es la expresa concesión del poder que ya se explaya en autores clásicos como Hobbes, Lock, Montesquieu o Rousseau. Entonces, el pueblo es el actor que contiene al poder constituyente. Analizar el alcance del poder constituyente requiere revisar aquellos elementos que surgen del mismo, el pueblo como usuario, y la noción de representación.

Los distintos ordenamientos concedieron la limitación de los derechos individuales y la existencia de un poder superior al ordinario del que el pueblo es titular. En ese sentido Palazzo (2003) va señalando por los diversos documentos de antecedentes (algunos ya mencionados) esta manifestación.

[Escriba aquí]

Al caso, en la Declaración de Independencia de Estados Unidos “el poder del pueblo” alcanza para abolir un gobierno, instituir uno nuevo y organizar sus poderes, pero para ello se requiere, como antecedente, que la forma de gobierno existente no cumpla su función de garantizar los derechos de los hombres. En la Constitución de los Estados Unidos marca el “Nos” distinto del “Yo el Rey” o “Nos el Rey” y de este modo además marca el contraste, la indicación que se trata del pueblo quien emite el texto constitucional; en la Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadano de Francia que incorpora la Constitución de 1791 como Preámbulo dice “los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional” mencionando nuevamente como autora a la Asamblea Nacional, muestra del impacto de las ideas de Sieyès y la reunión del Tercer Estado en la Asamblea; el inicio de la Constitución de Cádiz de 1812 sigue la misma línea; la Constitución Federal de Venezuela de 1811, distingue a quienes fueron los representantes y quien la emitió, o sea, el poder constituyente representado en ese Congreso; el Reglamento Constitucional Provisorio de Chile de 1812 comienza con una carta dirigida a los vecinos del Cabildo Abierto y se incluye la voz Pueblo; la Constitución chilena de 1822 sigue la misma línea incluyendo a los ciudadanos “Veis aquí la ley fundamental de nuestra patria, la Constitución que ha de regirnos, cuyas bases orgánicas hemos establecido (...) consiguiente al voto de los pueblos”; y en la Constitución del año siguiente de 1823 en Chile se menciona el Congreso Nacional Constituyente de la Nación; la Constitución mexicana de 1824 manifiesta el Congreso General Constituyente de la Nación Mexicana; con la consolidación del constitucionalismo La Carta Orleanista es una declaración del pueblo en unión al rey; “Luis Felipe, rey de los franceses, Nosotros disponemos ordenar y ordenamos”; la posterior de 1848 nombra directamente a la Asamblea Nacional; la Constitución española de 1837 en su momento también refiere al pueblo destacando la continuidad de la Constitución de Cádiz de 1812 y dice “siendo la voluntad de la Nación revivir, en uso de su Soberanía, la Constitución política promulgada en Cádiz. (Palazzo, 2003, pág. 208 a 212)

El lenguaje usado es inclusivo: nuestro, nos, el pueblo, y la existencia a la par de un poder superior al ordinario del que ese colectivo es titular, Dios, derecho natural, principios, que van a ponerle límites a su propia autodeterminación y libertad.

Respecto al pueblo, hay varias formas de comprender el concepto, en forma general como referencia a cuestiones de identidad geográfica o nacional de las personas o como referencia a la idea de los habitantes de una región, nación o país, donde estas personas constituyen una comunidad que comparten una cultura e historia similar; y también se puede entender como el lugar físico sobre el que se asienta un cuerpo humano como una región o localidad, o incluso en un sentido vulgar como oposición a las elites dominantes o el pueblo en términos generales.⁴⁷ Siguiendo lo escrito por

⁴⁷ Fuente: Enciclopedia Jurídica. Concepto pueblo. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/pueblo/pueblo.htm>

[Escriba aquí]

Calduch (1991), quien se avocará al uso del vocablo con un uso más aproximado a lo jurídico y político, dirá que son tres las dimensiones a tener en cuenta: el pueblo como entidad jurídica-política, el pueblo como unidad cultural, y el pueblo como parte de las masas populares. La primera tendrá su desarrollo y auge con las revoluciones francesas, americanas y las consecuentes de estas, generando un espíritu de nacionalidad e identidad común en relación al naciente Estado, pero, sobre todo, habrá una función niveladora en virtud de la cual bajo este término se afirma la idea de igualdad y libertad entre todos los ciudadanos que lo integran. Aquí cada persona adquiere significación jurídica que se hace realidad con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789 o los mismos textos constitucionales resultantes y una significación política evidenciada en la soberanía popular como integrante de la misma en tanto que parte de un mismo pueblo.⁴⁸ Debe entenderse el pueblo como realidad socio-política ya articulada como una colectividad histórica y cultural y sobretodo como organización política independiente, como un Estado. No es una mera amalgamación de individuos. “Si la nación es la unidad consciente y la voluntad refleja de ser pueblo unido, el Estado es la estructuración jurídico-política de esta unidad como tal. Así surgen los estados nacionales, como unidades de ciudadanos iguales y libres” (Calduch, 1991, pág. 213) La segunda forma, producto del romanticismo de mitad del siglo XIX, destaca la dimensión cultural como vínculo de unión e integración de los individuos que lo componen y es visible en cuestiones tanto objetivas como subjetivas, como la comunidad étnica, un lenguaje común, una religión o credo similar, símbolos (escudos, banderas), himnos, espíritu, valores compartidos. La tercera forma, la introducirá el marxismo con la evolución económica-política de las sociedades europeas del siglo XIX que hizo que la clase social marginada de la visión burguesa del pueblo y del Estado irrumpiese en la escena identificando el pueblo con las masas populares trabajadoras, precisamente porque éstas –bajo la mirada del marxismo-, y

⁴⁸ “Esta visión igualitarista y abstracta del pueblo como conjunto de ciudadanos que permitió históricamente atacar la estructura estamental del antiguo régimen, en beneficio de una estructura clasista particularmente propicia para la clase media burguesa y que facilitó el sometimiento de los monarcas absolutistas a los representantes de la voluntad popular, ocultaba, a su vez, una nueva forma de dominación concreta e histórica: la dominación política de la clase burguesa, cuya expresión más evidente será el establecimiento de la democracia por voto censitario, en virtud de la cual la cualidad de ciudadano se adquiere previa demostración de un determinado nivel de renta o de propiedad de bienes inmuebles, como fórmula de selección y elección de los representantes del pueblo” (Calduch, 1991, pág. 212)

[Escriba aquí]

no la burguesía dominante y opresora, son las auténticas forjadoras del desarrollo histórico de las sociedades. El pueblo se muestra como una realidad social integrada, fundamentalmente, por el proletariado, es decir, por el conjunto de las masas trabajadoras (obreros, artesanos y campesinos) a las que hay que agregar todos aquellos grupos que aun perteneciendo a la burguesía apoyan directa y objetivamente al proletariado (artistas, intelectuales, etc.). cerrará a modo de su conclusión que la idea de pueblo y por tanto su esencia requiere la necesidad de que se desarrolle una conciencia política común y ella genere una actuación colectiva de la mayoría de los miembros del grupo que se diferencia de otros grupos exógenos (Estados, naciones o pueblos). (Calduch, 1991)

En lo particular, considero que el pueblo es aquel grupo social que ha desarrollado unos vínculos de conciencia y pertenencia común y colectiva entre sus miembros como resultado de su conciencia de identidad política compartida y tienen una decisión de crear y actuar en post de una entidad estatal propia o independiente. Así, el concepto de pueblo se diferencia netamente de otros términos, como son los de población y grupo étnico. La primera en tanto refiere al conjunto de individuos establecidos en un territorio determinado, sea cual sea su grado de organización social y la naturaleza de las relaciones interindividuales que puedan existir. Por su parte, lo étnico se conforma como conjunto de individuos cuyas relaciones vienen determinadas por factores naturales preestablecidos, generalmente de naturaleza biológica o de sangre. Espero que la historia haya enseñado a zanjar esas diferencias como sociedad y dejar de lidiar con consideraciones étnicas en el desarrollo de las relaciones políticas y cualesquiera sean esas relaciones.⁴⁹ Población y etnia no configuran un grupo social organizado y activo, con conciencia propia y diferenciada.

No hay que confundir la concepción de pueblo a un área territorial definida por los límites políticos acordados en el escenario internacional, así lo demuestra claramente el caso del pueblo palestino o el pueblo kurdo, aunque evidentemente sí constituye un

⁴⁹ El continente africano lamentablemente aún mantiene conflictos de esta naturaleza, exactamente en Sudan del Sur, pero también contienen vigencia latente lo que ocurre en Níger o Eritrea y Etiopía, o la misma Somalia. Lo cierto es también que estos conflictos son un tanto más complejos, no meramente étnicos, también religiosos, culturales, y siempre con un trasfondo económico.

Fuente: “¿Cuáles son los conflictos actuales en el mundo que revisten mayor gravedad?” – ACNUR (Agencia de las Naciones Unidas para los refugiados). Recuperado el 06/04/2018 en: <https://eacnur.org/blog/cuales-son-los-conflictos-actuales-en-el-mundo-de-mayor-gravedad/>

[Escriba aquí]

elemento condicionante para la consecución del objetivo básico a que aspira todo pueblo en ejercicio de su poder político, esto es la unidad estatal independiente y la configuración de un Estado. El hecho de compartir los elementos que aglutinan al pueblo (lengua, religión, historia, valores, cultura, etc.) facilitan su génesis en tanto esos dan un sentido compartido que permiten comunicación, coincidencias y consensos -primariamente no estrictamente políticos- que pueden potenciar el proceso de ser una unidad política, pero tampoco ello constituye una condición o requisito necesario para la formación de una colectividad popular. Por el *contrario*, son las *ideologías políticas y los grupos de naturaleza política los que resultan fundamentales para desarrollar la conciencia política común y garantizar la acción popular, sea por medios pacíficos o armados; los partidos políticos o movimientos sociales. Ellos serán, consecuencia del concepto pueblo, motor y movimiento de su acción política. Es por ello que el poder constituyente es el modo en que el pueblo ejerce su decisión de organizarse en un Estado como comunidad política y darse así una Constitución como piedra fundamental de esa realidad política.*

A toda la sociedad que con un sentido de Nación afronta y decide organizarse como Estado, en ese poder constituyente nace la potestad de dictarse una constitución, o cambiar la vigente dándole un sentido político sustancialmente diferente. (Sabsay, 2015)

Amén de esto, lo cierto es que este poder se ejerce con representación. No son todos los sujetos del pueblo en forma individual poniéndose de acuerdo respecto al colectivo, sino que se hace con ejercicio de representación, esa representación que muestra la real conjunción de los factores reales de poder. La representación política, entonces, es la actuación en nombre de otro en defensa de sus intereses. El representante no sólo encarna esos intereses, sino que debe racionalizarlos para poder inscribirlos en el orden legal y estatal de que se trate. Sartori señala tres puntos sobre los que versa representación política: “1) la representación es incuestionable; 2) debe configurarse normativamente; y 3) tiene que encontrarse un equilibrio delicado entre receptividad y responsabilidad, entre rendición de cuentas y comportamiento responsable, entre gobierno *de* y gobierno *sobre* los ciudadanos” (Zafra Victor, 2015, pág. 44)

El uso de la primera persona del plural en las distintas aceraciones nos, decretamos y demás vocablos que usan la primera persona del plural aluden al pueblo y el uso del

[Escriba aquí]

poder constituyente.⁵⁰ En nuestro propio Preámbulo, la voz pueblo implica que este es el auténtico titular del poder constituyente, excluye por caso a la realidad histórica el rechazo del poder divino de los Reyes y adscribe a la soberanía popular,⁵¹ y se hace evidente la representación política.

Corresponden a la representación constitucional y simbólica pre mencionada, las declaraciones de nuestro Preámbulo “Nos, los representantes del pueblo de la Nación, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes. . .”; y el precepto 1º que “la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa... según lo establece la presente Constitución”, como en los concordantes del régimen constitucional representativo (arts. 5, 6, 13, 22, 30, 31, 33). Propendiendo a la representación existencial los “representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la, Capital, , ,” (diputados, art. 37, 39, 41, 42, 43, y correlativos 46, 56, parte segunda cap. II). (Orlandi, sd, pág. 17)

“La noción del poder constituyente es la que legitima todo el sistema jurídico (...) de lo contrario es letra muerta y depende solo del poder coercitivo”. (Pizzolo, 2002, pág. 383) El autor sostiene la idea de que fuera de la validez jurídica que dependen de la norma en sí, existen dos mecanismos de legitimación de la misma. Por un lado, la legitimación en el poder del más fuerte. Por el otro, el consenso general, lo que da lugar al “estado de derecho”. Y suma un elemento muy importante de raigambre constitucional, el art. 21.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que tiene

⁵⁰ Manili en referencia al Preámbulo hace una referencia interesante para la reflexión académica y judicial de los operadores del Derecho: “lamentablemente, a pesar de tanta tinta derramada por los operadores académicos del Derecho Constitucional, el Preámbulo ha sido aplicado en escasas o acciones por los poderes constituidos, especialmente el judicial”. (Manilli, 2003, pág. 84)

⁵¹ Palazzo (2003) plantea como discusión e interrogante si el preámbulo da la titularidad del poder constituyente al pueblo o si este es compartido con las provincias, en alusión a la referencia del Preámbulo que dice: “*por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes*”. “Entienden unos que la intervención de las provincias se produjo en la convocatoria del Congreso, que fue el pueblo de la Nación el que sancionó la Constitución, por medio de sus representantes, y que las provincias aportaron la voluntad constituyente sin poner condición alguna a su futuro ejercicio. Otros en cambio señalan que los cambios preexistentes imponían la adopción del sistema federal, e incluso estiman que esa limitación mantiene su vigencia. Niegan, por ende, que la posibilidad de suprimir nuestro federalismo, en una postura próxima a las que sostienen que se trata de un contenido pétreo implícito impuesto por la tradición”. Luego el autor da su posición al respecto: “al tratar de identificar el poder constituyente de 1853 se advierte que fue un proceso complejo, que pretender localizarlo en un sujeto único es una tarea difícil. Al reconocer que el título de los congresistas provenía, no solo de la elección de las provincias, sino también de su voluntad, puede entenderse que se hacía referencia a la voluntad de los caudillos, que actuaron empujados por las luces y por la de una intelectualidad que había estado en contacto con el mundo, y que contaba con el apoyo mayoritario de sus pueblos. Otro tema es pretender que las provincias compartan el poder constituyente reformador” (Palazzo, 2003, pág. 218) En posición y respecto al tema, en defensa del federalismo argentino, quiero señalar que las provincias como representantes de los intereses del pueblo de cada una han sido parte y son legítimas representantes de ello.

[Escriba aquí]

jerarquía constitucional a partir de la Constitución de 1994: “*la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público*”. A partir de estas dos tesis, se invoca algo muy interesante. “Si el poder constituyente está viciado de legitimidad, estos vicios pasan a afectar la legitimidad de la Constitución” (Pizzolo, 2002, pág. 384)

viii.El proceso de reforma en nuestro país. El Art. 30.

Lograda la Constitución, es parte del propio proceso del poder constituyente su dinámica y transformación (ya entraré más de fondo a esta cuestión) o procesos de reforma. Son la cara de la misma moneda, no están disociados. La reforma constitucional implica la modificación de la Constitución de un Estado con el objeto de revisar la anterior o sustituirla. Generalmente se requiere de un procedimiento especial (se analizará el propio de nuestro país y de otros Estados) distinto al del proceso de sanción de las leyes. Entonces, el proceso de reforma constitucional es un modo de ejercicio del poder constituyente. La doctrina mayoritaria dirá que en ese momento hay uso del poder constituyente derivado, distinto del originario que crea la primera Constitución. (Bidart Campos, 1996; Bidart Campos, 2007; Gelli, 2006; Rosatti H. , 2016; Pizzolo, 2002; Sagües N. P., 2007; Sabsay, 2015)

Nuestro texto constitucional marca el proceso de reforma constitucional en su artículo 30, que reza: “*La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.*”⁵²

Toda reforma constitucional es una cuestión de decisión estrictamente política. Aun si fuera una reforma parcial o comprendiera solo en su alcance derechos y garantías, es un hecho político pues se cambian los rumbos y la arquitectura del Estado que es en

⁵² Es interesante pensar si el proceso puede ser llamado por consulta popular (como se hizo en la Provincia de Córdoba para la reforma de 2001). Este podría ser un camino que se opte en futuras reformas constitucionales dada que la Constitución vigente impuso el establecimiento de ciertos mecanismos de democracia semidirecta. Si bien no puede ser dada por iniciativa legislativa, prohibición expresa del texto constitucional, esa prohibición no está dada para el caso de la consulta popular. Yo para el caso, discrepo con Gelli quien considera que el mecanismo no sería válido por desnaturalizarse el proceso del art. 30 neutralizando los requisitos establecidos. (Gelli, 2006) A mi juicio, en tanto exista la ejecución de una ley, que esta ley es aprobada por el Congreso, tanto las cámaras de diputado como la cámara de senadores, estamos en un ejercicio aun mayor del poder constituyente por hacer partícipe de forma indirecta al titular del mismo: el pueblo.

[Escriba aquí]

donde la política logra su manifestación más uniforme e implicará para los ejecutores de esa política, para los actores políticos, decisiones y armado de políticas públicas en función de ella, la nueva Constitución, o incluso nuevos roles para estos actores si además se cambian la misma estructura del Estado.

Bidart Campos (1996) señala el camino y manifiesta claramente como post reforma constitucional de 1994 la constitución ha dejado de ser tan rígida, en tanto que ahora el texto prevee cláusulas constitucionales abiertas que necesitaran de leyes para ponerse en movimiento con lo cual le deja al Congreso cierta dosis de poder constituyente y también juegan los instrumentos de derechos humanos de carácter constitucional lo que prevé un proceso de intervención internacional. Lo que es cierto es que el proceso de reforma esta reglado por la Constitución. y dado el modo escrito y rígido de la Constitución formal la revisión se hace en un proceso especial distinto al de la formación de las leyes, y lo hará por una convención destinada a tal fin.

La Dra. Gelli dice, que en este artículo

“emergen los tres sujetos del poder constituyente originario o primigenio: los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente, por voluntad y elección de las provincias que la componen. Cada una de estas entidades históricas, sociológicas y jurídicas hacen parte del poder constituyente que creo el Estado Federal. El Preambleo y el art. 30 de la Constitución Nacional indican y establecen el poder constituyente y derivad, respectivamente, y dan origen en relación con los art. 75; 99; 116; 117 a la división entre poder constituyente y poderes constituidos, división que en virtud de los arts. 31 de la supremacía constitucional y 75 inc.22 y 24 de la jerarquía de los Tratados proporcionan una de las justificaciones del control de constitucionalidad” (Gelli, 2006, pág. 341)

Explica Pizzolo (2002) que lo que se adopta para el proceso de reforma constitucional es el mecanismo de Asamblea Constituyente o Convención Constituyente, al que se llega tras dos etapas, una inicial pre-constituyente donde el Poder Legislativo declara la necesidad de la reforma y una posterior a través de la asamblea constitucional *ad hoc*. Aquí es en donde se manifiesta la rigidez constitucional. Luego, el modo de elección de esos representantes se debe hacer por elecciones, ello por el devenir del derecho consuetudinario en el tema y la ausencia de especificaciones en el texto constitucional.

De la lectura del art. 30 de la Constitución Nacional vigente, e incluso del 75.24 en cuanto a la Constitución Nacional abierta (incorporación de Tratados y ampliación de

[Escriba aquí]

derechos a raíz de ello) puede pensarse con bastante sentido en que la Constitución Nacional garantiza la voluntad popular que ejerce el poder constituyente pleno a través de un doble requisito, parlamentario (declaración de necesidad de reforma) y elección popular (de los constituyentes).

El problema interpretativo del cómo

Cómo se convoca al proceso de reforma ha sido una larga discusión que ha llevado a los reclamos de 1949 y 1957, y pone casi en juicio la legitimidad de la declaración de reforma de 1994. El proceso de reforma tiene dos etapas, uno preconstituyente, a cargo del Congreso de la Nación, y luego uno constituyente, en donde una Convención Constituyente o Asamblea actúa a tal efecto. (Gelli, 2006; Pizzolo, 2002; Ekmekdjian M. A., 1995)

El problema es en la primera etapa. Y la cuestión está en las siguientes palabras: *“mayoría de dos terceras partes, al menos, de sus miembros”*. ¿Cuáles miembros... presentes, totales, en conjunto o separadas las Cámaras? Y otra cuestión... ¿el mecanismo necesariamente es por una ley?, pues nada dice el artículo al respecto y el Congreso puede expedirse por distintas vías...Cómo señala Gelli, la cuestión no es menor, en tanto si lo hace por ley, ¿esta podría o no ser vetada por el ejecutivo? ¿debería de cumplir todo el proceso de sanción de leyes? (Gelli, 2006)⁵³ Pero se señala con atino, “la atribución preconstituyente – más allá de la forma en que se exprese- es una facultad política exclusiva del Congreso en el que está representado el pueblo de la Nación y las provincias argentinas, sujetos del poder constituyente originario” (Gelli, 2006, pág. 343) En ese sentido para la misma autora el poder de veto del presidente no serviría al caso. Comparto el criterio pues esta decisión de absoluta trascendencia política y no de mera ejecución de políticas públicas y criterios de oportunidad.

Ahora, sobre las dos terceras partes, que tantas discusiones a traído, la cuestión es siempre compleja y finita. Para Gelli **debe computarse la mayoría de cada Cámara por separado** (como se hizo en 1994), pues en primer lugar cuando la Constitución

⁵³ Sobre el tema, en el caso Polino (luego será abordado como antecedente jurisprudencial) la C.S.J.N. a través del juez “Fayt sostuvo que era facultad del Congreso elegir la forma de la declaración de la reforma, pero si optaba por dictar una ley esta debía ajustarse al procedimiento fijado en la Constitución Nacional” (Gelli, 2006, pág. 343)

[Escriba aquí]

pide que se computen los votos de los presentes así lo hace; y en segundo lugar tampoco puede trasladarse la interpretación de la Constitución de Estados Unidos que pide tiene un sistemas propios de enmiendas y requiere dos tercios de los presentes de cada Cámara y además luego la ratificación de cada legislatura de las tres cuartas partes de todos los Estados; y en tercer lugar la experiencia argentina ha mostrado la contundentemente lo que implicó las interpretaciones de 1949. (Gelli, 2006)

Pizzolo sostiene una posición idéntica, debe computarse sobre el total nominal de los miembros de cada Cámara, pero con distinto motivador: tomar otro modo afectaría el consenso necesario en un proceso de reforma y por ende en su legitimidad. Luego en la discusión del modo, prefiere seguir a Sagües⁵⁴, y decir que el modelo es por ley, tema que ha resuelto el Derecho Constitucional consuetudinario pues desde 1860 así se ha realizado. Se apoya también aquí en las expresiones de Ekmekdjian ⁵⁵ en donde niega la posibilidad de que el presidente pueda vetar la misma pues sería una intromisión del ejecutivo en el proceso de reforma cuestión que acotado al texto del art. 30 no estaría previsto; y en Bidart Campos quien sostiene, comenta el autor, que la declaración de reforma es una cuestión puramente de naturaleza política y “por no debe ser ley” no debe ser susceptible del veto presidencial. (Pizzolo, 2002)

Dadas las posiciones sostenidas y en tanto he adelantado -sobre la discusión de si el modo debe ser por ley u otro medio- el poder de veto del presidente no serviría al caso pues esta decisión es de absoluta trascendencia política y no de mera ejecución de políticas públicas y criterios de oportunidad, entonces el mecanismo es el expresado en el mismo texto constitucional, una Declaración. Hago notar que la Constitución emplea el vocablo declaración en seis oportunidades: en el título de la primera parte,

⁵⁴ Ob. Cit. (Sagües N. P., 1999)

⁵⁵ Ob. Cit.: (Ekmekdjian M. A., 1995)

[Escriba aquí]

en el art. 5⁵⁶, art. 15⁵⁷, art. 33⁵⁸ y en el art. 75.22 al mencionar dos instrumentos de enorme trascendencia internacional y que son parte de nuestro bloque de constitucionalidad como son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Una declaración es una manifestación de plena convicción y certezas. Usamos en nuestro derecho muchas formas declarativas, nótese que las mismas son de un alto contenido simbólico.

De ser una ley le caben las generales de la ley, valga la redundancia. Ahora bien, si, por nuestro derecho constitucional consuetudinario requerimos una ley, esta será una ley especial con una naturaleza distinta, constituyente quizás.

ix. Cómo son los procesos de Reforma en países de América Latina y Estados Unidos. Sus modelos normativos.

Voy a detenerme en hacer referencia a los procesos de reforma constitucional en algunos países, para ello se toman los países del Mercosur con quien nuestro país tienen un proceso de integración regional, incluyendo los Estados que quieren incorporarse al marco del Mercosur y de Latinoamérica también a Perú, Colombia y México por su posición geopolítica. Haré referencia también a las constituciones de Estados Unidos, por la influencia obtenida en la formación de nuestra Constitución, España, Italia, Francia, como referentes de la construcción de nuestro sistema jurídico, y Jordania e Irán como casos atípicos pocos estudiados en la doctrina general. Es muy interesante el estudio, acotado al menos en la literalidad del texto, en tanto se plantean

⁵⁶ Artículo 5°.- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, **declaraciones** y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones. (Fuente: Constitución Nacional, Infoleg: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>)

⁵⁷ Artículo 15.- En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta **declaración**. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República. (Fuente: Constitución Nacional, Infoleg: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>)

⁵⁸ Artículo 33.- Las **declaraciones**, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. (Fuente: Constitución Nacional, Infoleg: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>)

[Escriba aquí]

de entrada otros escenarios, otras posiciones, otras miradas, lo que genera la creación de oportunidades y ampliar el observador.

Brasil tiene regulado un proceso de enmienda constitucional.⁵⁹ El proceso puede iniciar a propuesta de las cámaras, del Presidente o –y esto es lo novedoso– a proposición de más de la mitad de las Asambleas Legislativas del Estado. El proceso de discusión es rígido, en doble vuelta de debate y establece límites explícitos al proceso de reforma, a saber, “*No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I forma federal del Estado; II el voto directo, secreto, universal y periódico; III la separación de los poderes; IV los derechos y garantías individuales*”.

A modo meramente ilustrativo, es llamativa la Constitución brasilera en tanto tienen un amplio desarrollo de los puntos por los que debe guiarse las políticas en las distintas materias, minera, agraria, educación, medioambiental, salud, previsional, energía, indios⁶⁰, etc. Todos estos puntos van más allá del simple reconocimiento de derechos. Es un gran plan programático de lo que se quiere lograr. Esto no es menor en tanto muchas políticas públicas deben ajustarse a la Constitución y requieren esfuerzos de ajustes de la misma, por el mecanismo de enmienda mencionado. A ejemplo son los últimos intentos de reforma que la gran potencia Latinoamericana impulso de mano de su presidente en contexto del conocido proceso de investigación de actos de corrupción denominado *lavajato*, destitución presidencial e inestabilidad económica.⁶¹

Uruguay presenta dos novedosos caminos de reforma constitucional. Su Constitución⁶² genera la posibilidad de ser convocado el proceso de reforma por iniciativa popular, con el diez por ciento del padrón electoral que luego deberá en la elección abierta inmediata ser sometida a consideración. Textual: “Por iniciativa del diez por ciento de los ciudadanos inscriptos en el Registro Cívico Nacional,

⁵⁹ Fuente: Constitución Política de la República Federativa de Brasil. Art. 60. Recuperado el 24/03/18 en: http://www.redipd.es/legislacion/common/legislacion/Brasil/constitucion_brasil_1988.pdf

⁶⁰ Así están determinados en la constitución brasilera, no es despectivo.

⁶¹ Fuente: Temer apura la reforma constitucional para imponer un ajuste de 20 años. (24/10/2016) Telam. Recuperado el 24/03/18 en: <http://www.telam.com.ar/notas/201610/168146-brasil-temer-reforma-constitucional-ajuste-20-anos-deuda.html>

⁶² Fuente: Constitución de la República Oriental del Uruguay. Art. 331. Reccuperado el 23/05/18 en: <http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-12.16.htm>

[Escriba aquí]

presentando un proyecto articulado que se elevará al Presidente de la Asamblea General, debiendo ser sometido a la decisión popular, en la elección más inmediata. La Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras, podrá formular proyectos sustitutivos que someterá a la decisión plebiscitaria, juntamente con la iniciativa popular”. Expresa, también, todas las alternativas y procesos que deben cumplirse para que el proceso de reforma se convoque. El texto Constitucional puede ser reformado en el todo o en sus partes, y en el seno de la convención constituyente pueden debatirse y tocarse todos los puntos que hicieron al llamamiento como cualquier otro tema en referencia llevado a la misma convención. El texto, cómo se verá más adelante, disiparía la cuestión traída en el caso Fayt⁶³ respecto de los límites del poder constituyente derivado y las limitantes que pone el Congreso en el acto de ejercicio del mismo. Textual: *“una Convención Nacional Constituyente que deliberará y resolverá sobre las iniciativas aprobadas para la reforma, así como sobre las demás que puedan presentarse ante la Convención”*. El otro punto novedoso es la posibilidad de la reforma de la Constitución a través de “leyes constitucionales” que son aprobadas por las Cámaras legislativas, ley que no puede ser vetada por el Poder Ejecutivo, con una mayoría agravada y luego esa misma ley deberá ser aprobada por elecciones abiertas a los ciudadanos. Textual: *“La Constitución podrá ser reformada, también, por leyes constitucionales que requerirán para su sanción, los dos tercios del total de componentes de cada una de las Cámaras dentro de una misma Legislatura. Las leyes constitucionales no podrán ser vetadas por el Poder Ejecutivo y entrarán en vigencia luego que el electorado convocado especialmente en la fecha que la misma ley determine, expresa su conformidad por mayoría absoluta de los votos emitidos y serán promulgadas por el Presidente de la Asamblea General.”*

Paraguay propone en su Constitución⁶⁴ el camino de reforma en si misma o de enmienda. Para la reforma se establece un límite temporal para poder impulsarla, diez años como nuestra Constitución de 1853, plazo por cierto que no se cumplió. Puede ser pedida por el Presidente, el Congreso o a petición del pueblo con un número de firmas. La enmienda puede ser pedida por estos mismos tres y el tiempo fijado son tres

⁶³ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

⁶⁴ Fuente: Constitución de la República de Paraguay. Recuperado el 24/03/18 en: <http://jme.gov.py/transito/leyes/cn1992.html>

[Escriba aquí]

años desde la sanción de la Constitución. La enmienda se discute en las cámaras legislativas y luego debe ser aprobada por el pueblo a través de un referéndum. No puede acceder por enmienda los temas elección, composición y duración de mandatos o las atribuciones de cualquiera de los poderes del Estado, y los temas referentes derechos y garantías respecto a la vida, ambiente, libertad, igualdad y familia. Es una constitución, con una gran descripción de derechos y garantías.

Venezuela⁶⁵ tiene un título completo con tres capítulos y once artículos destinados al tema de la reforma constitucional. Este país, a mi juicio comprometido en una crisis institucional tras las recientes elecciones cargadas de ilegitimidad, si validez,⁶⁶ y con índices de alta inmigración a otros países como el nuestro como consecuencia de la mencionada crisis y las imposibilidades de satisfacer las necesidades de toda su población,⁶⁷ mantiene una constitución compleja para sostener el régimen. El proceso de reforma acompaña la compleja situación.⁶⁸ Los mecanismos son tres, o enmienda o reforma parcial o reforma total. La enmienda es para adicionar o modificar varios artículos. Puede ser pedida por un porcentaje de los ciudadanos, o por el Presidente o por la Asamblea y el decisorio se aprueba por referéndum. El proceso de reforma constitucional para una revisión parcial, tiene como límite que no se toquen las estructuras e instituciones principales. El pedido puede ser realizado por los mismos que pueden proponer las enmiendas, pero todo el proceso de reforma se hará por la Asamblea Nacional y luego se dejará a consideración popular por referéndum. Luego se estipula el ejercicio vivo del poder constituyente originario pleno. Textual: “*el*

⁶⁵ Fuente: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Recuperado el 24/03/18 en http://www4.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/titulo9.php

⁶⁶ Fuente: Nicolás Maduro juró como presidente de Venezuela pese al desconocimiento mundial. (24/05/18) La Nación. Recuperado el mismo 24/05/18 en: <https://www.lanacion.com.ar/2137623-nicolas-maduro-venezuela-juramento-presidente-elecciones-fraude>

Fuente: Venezuela: los países que sí felicitaron al presidente Nicolás Maduro por su victoria en las elecciones presidenciales. (23/05/18) BBC. Recuperado el 24/05/18 en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-44224430>

⁶⁷ Fuente: La llegada de venezolanos creció 140% en 2017: entró 1 cada 20 minutos (18/01/18) Clarin. Recuperado el 24/05/18 en: https://www.clarin.com/sociedad/llegada-venezolanos-crecio-140-2017-entro-20-minutos_0_rknt-QtNz.html

Fuente: “En Argentina vivimos, en Venezuela, con suerte, se sobrevive” (20/01/2018) El País. Recuperado el 24/05/18 en: https://elpais.com/internacional/2018/01/18/argentina/1516279430_985087.html

⁶⁸ Fuente: Maduro y su intento de reforma constitucional a medida. (24/05/2017) por Guillermo Lousteau en INFOBAE. Recuperado el 24/03/2018 en <https://www.infobae.com/opinion/2017/05/24/maduro-y-su-intento-de-reforma-constitucional-a-medida/>

[Escriba aquí]

pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución. La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán tomarla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el registro civil y electoral. Artículo 349. El Presidente o Presidenta de la República no podrá objetar la nueva Constitución.”

Dos cuestiones adicionales a destacar. Realizado el referéndum y aprobado el mismo, se tiene una técnica muy particular respecto a la incorporación de la enmienda, textual: *“las enmiendas serán numeradas consecutivamente y se publicarán a continuación de esta Constitución sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.”*⁶⁹ A su vez, hay un protagonismo en el proceso de reforma total o de ejercicio de poder constituyente originario de los Cabildos municipales como propulsores del llamamiento a reforma.

Bolivia tiene una Constitución⁷⁰ que comienza con un muy poético preámbulo y dedica un capítulo al tema en cuestión. Abre el camino de reforma a través de dos vías, y lo destacado de esto es que sea el camino que se elija, será a través de un posterior referendo popular que se dará lugar a la vigencia de la nueva Constitución o reforma interpuesta. Un camino es la reforma parcial la propuesta debe ser realizada por iniciativa popular o propuesta de la Asamblea Legislativa Plurinacional (similar a nuestro Congreso). El otro camino es la reforma total, que empezará por iniciativa ciudadana que por referéndum pide iniciar el proceso de reforma constitucional, o a pedido del Ejecutivo o el Legislativo. Todo el proceso de reforma se hace a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria. Es importante destacar el

⁶⁹ Fuente: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Recuperado el 24/03/18 en http://www4.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/titulo9.php

⁷⁰ Fuente: Nueva Constitución Política Del Estado Plurinacional de Bolivia. Recuperado el 24/03/18 en: <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/primera-parte/titulo-i/capitulo-primero/>

[Escriba aquí]

calificativo que se le da a la esta asamblea a la luz de lo visto. También es significativo destacar, cuestión que en para esta tesis podría haber resuelto el problema, el art.202 de la Constitución boliviana permite que el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerza el control de constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución

Chile también en su Constitución⁷¹ dedica un capítulo al tema en cuestión. Indica que el proceso puede ser iniciado por el Presidente o por la Asamblea Legislativa. Las mayorías se agravan según la temática, para las temáticas relacionadas a bases institucionales, derechos y deberes constitucionales, Tribunal Constitucional, Consejo de Seguridad, Banco Central, y el proceso se hace similar al proceso de discusión de las leyes comunes, pero será solo promulgada el proceso de reforma en la medida que haya pasado el veto presidencial, cuando por plebiscito se abre el juego.

Perú establece que el proceso de reforma puede ser llamado por el Presidente, el Congreso o por iniciativa popular del 0.03% de los electores. Luego de cumplido el proceso de reforma debe ser aprobado por referéndum.⁷²

Colombia establece en su Constitución⁷³ que solo el Congreso puede realizar el proceso de reforma constitucional, pero prevee el mecanismo de iniciativa popular que se tramitará en el Congreso. El proceso dedicado es bastante complejo, un título complejo que comprende siete artículos. Impone una limitación en el proceso, para determinados temas, deberán aprobarse las mismas por referéndum popular.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁷⁴ establece un mecanismo singular, textual: *“La presente Constitución puede ser adicionada o reformada Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos*

⁷¹ Fuente: Constitución Política de Chile. Recuperado el 24/03/18 en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

⁷² Fuente: Constitución Política de Perú. Recuperado el 24/03/18 en: https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/Compendio_Normativo.pdf

⁷³ Fuente: Constitución Política de Colombia. Recuperado el 24/03/18 en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

⁷⁴ Fuente: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado el 24/03/18 en: <https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primero/capitulo-i/>

[Escriba aquí]

presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el computo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.”

Estados Unidos tiene un proceso de reforma constitucional previsto por el mecanismo de enmiendas.⁷⁵ La iniciativa nace desde el Congreso o desde las legislaturas que representen dos tercios del total de los Estados, y se convoca a una convención para que proponga enmiendas, que luego deberán ser ratificada por dos terceras partes de las legislaturas. Señala una prohibición para las reformas, referentes a los incisos 1 y 4 de la sección novena del art. 1 , textual: *“El Congreso no podrá prohibir antes del año de mil ochocientos ocho la inmigración o importación de las personas que cualquiera de los Estados ahora existentes estime oportuno admitir, pero puede imponer sobre dicha importación una contribución o derecho que no pase de 10 dólares por cada persona (...) No se establecerá ningún impuesto directo ni de capitación, como no sea proporcionalmente al censo o recuento que antes se ordeno practicar.”* Este proceso de enmiendas presenta curiosidades, pues se hace abierto y puede darse una reforma muy distante en el tiempo. El Congreso de Estados Unidos presentó el texto de la Vigésimoséptima Enmienda, la última realizada como parte de la propuesta de la Carta de Derechos a los Estados el 15 de septiembre de 1789. La Enmienda no fue ratificada junto con las primeras diez Enmiendas, las cuales se hicieron efectivas el 15 de diciembre, 1791. La Vigésimoséptima Enmienda fue ratificada el 7 de mayo de 1992, con el voto de Michigan.

España en su Constitución,⁷⁶ producto del pacto de los pactos de la Moncloa⁷⁷, donde todas las fuerzas políticas y territoriales (vascos, catalanes, gallegos, etc.) se concertaron para establecer unas bases sobre las que modernizar el país, establece que

⁷⁵ Fuente: Constitución de los Estados Unidos de Norte América. Recuperado el 24/03/18 en: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>

⁷⁶ Fuente: Constitución española. Recuperado el 24/03/18 en: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#a87>

⁷⁷ Fuente: Los Pactos de la Moncloa, el acuerdo que cambió España hace 40 años (25/10/2017) El País. Recuperado el 24/03/18 en: https://politica.elpais.com/politica/2017/10/20/actualidad/1508514039_177535.html

[Escriba aquí]

la iniciativa de reforma inicia desde el Gobierno y el Congreso. Requerirá luego la aprobación de las distintas Cortes Generales y cuando estas lo hubieran aprobado deberá someterse a referéndum.

Francia, en su texto constitucional,⁷⁸ prevé que la iniciativa de reforma se haga de manera conjunta entre el Presidente, primer ministro y el parlamento, tendrá discusión en las asambleas legislativas y se aprobará definitivamente tras referéndum salvo que el proceso haya sido adoptado por un Congreso a tal fin. Impide que se reforme la forma republicana, textual: “*No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma*”.⁷⁹

Italia no tiene previsto en el texto constitucional un proceso de reforma.⁸⁰ Jordania, que es una monarquía constitucional como varios de los Estados árabes de la región, tampoco prevé un proceso de reforma.⁸¹

Analizo ahora Irán. ¿Por qué Irán? El país persa, es un Estado islámico, con una República de fuertes instituciones y de los pocos de la región con un alto índice de desarrollo, con manifestaciones de extraña libertad a nuestros ojos y avances importantes en educación, amén de la influencia de su poderosa y milenaria cultura. Socio estratégico de Rusia y en la mira de Estados Unidos como uno de los siete del mal, y a pesar de ser acusado de tenencias de armas nucleares y supuesto apoyo a las actividades terroristas de grupos extremistas como *Hezbollah*, *Al Qaeda* o *Lashkar-e-Tayyiba*, nunca fue atacado directamente ni por los mismos Estados Unidos ni por Israel. Es un enclave con una posición geopolítica privilegiada, con pozos petroleros y la conexión de los oleoductos entre el mediterráneo, el mar negro y el océano Índico.

⁷⁸ Fuente: Constitución de Francia de 1958. Recuperado el 24/03/18 en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/EC6339DCF5122263052574BF0052EC89/\\$FILE/constitucionfrancesa.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/EC6339DCF5122263052574BF0052EC89/$FILE/constitucionfrancesa.pdf)

⁷⁹ La Constitución francesa de 1958, de 4 de octubre, es el texto fundador de la V República, el sistema político vigente desde su entrada vigor. Fue adoptada por referéndum el 28 de septiembre de 1958 y es el decimoquinto texto fundamental (o el vigésimosegundo si se cuentan los textos que no se aplicaron) de Francia desde la Revolución francesa. (Fuente: Constitución francesa de 1958. Wikiwand. Recuperado el 24/03/18 en: http://www.wikiwand.com/es/Constituci%C3%B3n_francesa_de_1958

⁸⁰ Fuente: Constitución de la República italiana. Recuperado el 24/03/18 en: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/file/repository/relazioni/libreria/novita/XV/II/COST_SPAGNOLO.pdf

⁸¹ Fuente: Constitución del Estado Hachemita de Jordania. Recuperado el 24/03/18 en: http://www.uaipit.com/uploads/legislacion/files/1411976608_1_Constitution_EN.pdf

[Escriba aquí]

(Kissinger, 2016) La Constitución de Irán⁸², a diferencia de las dos anteriores, sí tiene un modelo de reforma, o revisión. La iniciativa la tiene El Líder (ayatollah)⁸³ quien recoge las propuestas del Consejo de Discernimiento de Conveniencia del Sistema y lo eleva al Presidente quien lo manda al Consejo de Revisión de la Constitución. Lo aprobado por este consejo, una vez ratificado y rubricado por el Líder debe ser sometido a referéndum y aprobado por una mayoría absoluta de los votantes. Impone límites muy estrictos, así pues es inmutables el contenido sobre los principios relacionados con la naturaleza islámica del sistema y con los fundamentos de todas las leyes y normativas sobre la base del Islam y de la fe, las metas de la República Islámica de Irán y el carácter republicano del Estado, del valiato y del imanato así como la administración de los asuntos de la nación basándose en el voto popular, en la religión y en la confesión oficial de Irán.

Una rápida mirada de estos ejemplos aporta varios puntos en común, y algunas diferencias con nuestra Carta Magna. Por ejemplo, nuestra Constitución no tiene en el mecanismo de iniciativa popular la posibilidad de que la reforma constitucional se incite por ese medio,⁸⁴ a diferencias de la mayoría de las constituciones latinoamericanas, aun cuando estas datan de fecha anterior a la propia y mostraban un ejemplo y posibilidad de ir por este camino. Alfonsín dirá al respecto que no hubo acuerdos políticos en este sentido por las desconfianzas mutuas entre peronismo y radicalismo, las dos fuerzas políticas principales. (Alfonsín, 2013)

En general el referéndum es la vía con la que concluye el proceso de reforma constitucional y establecimiento del nuevo texto constitucional como modo de asentar la representación y el completo ejercicio del poder constituyente. El tema de los

⁸² Fuente: Constitución de la República islámica de Iran. Recuperado el 24/03/18 en: <http://www.irna.ir/userfiles/es/files/iran86/index.htm>

⁸³ Corresponde la mayúscula en “Él” acorde al texto constitucional de este país.

⁸⁴ **Artículo 39.-** Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

[Escriba aquí]

límites, que luego será abordado, surge de algunos textos, en otros ponen limitantes muy explícitas y en otros directamente nada.

En definitiva, no hay un solo modo de pensar la Constitución, los procesos de reforma y el alcance y ejercicio del poder constituyente, pues, como ya dije, la Constitución es un ser vivo que se construye constantemente. El acto constituyente no es un mero acto decisorio y arbitrario. No hay voluntad subjetiva que sostenga una Constitución y que haga cierta una Constitución. Hay una voluntad organizada, como real reflejo de las cuestiones políticas-filosóficas/ideológicas-deontológicas-sociológicas-históricas-culturales-económicas-jurídicas del entorno que la rodea, por ello, la constitución es un producto de la realidad y contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico.

x.Segunda conclusión: el poder constituyente dinámico

¿Por qué incorporar en este capítulo dos fenómenos claves en la teoría constitucional como lo son el poder constituyente y la reforma constitucional? Porque ambos son caras de la misma moneda. En uno se profundiza el otro en un ciclo de constante movimiento circular. El proceso de reforma constitucional que da lugar a una constitución es ejercicio de poder constituyente y el poder constituyente crea la Constitución. Por otro lado, debo decir que el hecho de haber incorporado y visto distintas concepciones sobre el poder constituyente tiene que ver directamente con esta conclusión, pues la propuesta es observar al poder constituyente con una mirada que hasta aquí la doctrina no tiene al respecto y que se llega tras haber analizado e incorporado todas estas miradas previas.

Tomo una muy buena reflexión que sirve como disparadora para esta conclusión realizada por Ignacio Colombo Murua, “en el conflicto entre el principio democrático y el principio de preferencia que ha adoptado la norma fundamental por los preceptos intangibles (...) el interrogante es ¿quién es el soberano: la constitución o el pueblo?” (Colombo Murua, 2011, pág. 19) Luego el mismo autor hace un señalamiento interesante de cara al capítulo que se verá a continuación: “el poder constituyente (...) es el sujeto que se encontraría limitado en sus funciones por las cláusulas intangibles” (Colombo Murua, 2011, pág. 113)

Existe una invocación al respecto que me parece interesante para este capítulo que dice: “los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de

[Escriba aquí]

arrodillarse ante los tiranos.”⁸⁵ El poder constituyente originario tiene como titular al pueblo. Su ejercicio tiene que ver directamente con esta variable, reafirmar el Estado, limitar su accionar, proteger derechos.

Hay que tener en cuenta, a la luz de lo visto en los conceptos previos y en relación al constitucionalismo, que es el tercer estado como actor fundamental y motor de la idea de poder constituyente, por quien y para quien se hicieron las constituciones. Luego se irán obteniendo modificaciones configurándose un nuevo espacio y contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico.

Quiero hacer un repaso a modo de colofón sobre la cuestión propiamente histórica de nuestro proceso constitucional. Claramente las contradicciones de hoy y las incongruencias de ayer, se parecen. La llamada Constitución histórica del 53'60' fue una herramienta para modernizar al país y llevarlo por la senda del progreso. Ciertamente que, con la consolidación del país, la inmigración extranjera (no la esperada por Alberdi llena de ingleses, suecos, alemanes) y la necesidad de la economía internacional de la industria agro-exportadora, se vieron los grandes procesos de cambios, en infraestructura, cultura e industria, entre otros rubros. Las ciudades de Buenos Aires, especialmente, Rosario y Córdoba hacen honor a esos edificios de la generación del 80', los monumentos y las casonas. Una parte del legado. ¿Y el costo? El revisionismo histórico —criticando la devastación de la industria nacional, el surgimiento de enormes latifundios, y el colonialismo interno que habían resultado de la política liberal de los hombres de la generación del '80— remontó los orígenes de esa ideología al texto constitucional, siguió en términos generales los mismos criterios de juicio que habían empleado estos, aunque de signo inverso, para el revisionismo fue el destruir la identidad nacional por el aplastamiento de la industria nacional, la desigual competencia con el imperio manufacturero británico, el desplazamiento de las poblaciones de sus propias tierras y sus hábitos de vida por el aluvión extranjero y la consecuente turbulencia en lo social y económico, y la restricción de la representación política a las burguesías mercantiles y letradas. Ni tan blancas, ni tan

⁸⁵ La misma es del cierre de la Convención Constituyente en 1854; se ha hecho pública y notoria, la citan Hernandez (2012), Sabsay (2003) y Sola (2001) entre otros.

[Escriba aquí]

negras, las posturas tienen a mi juicio elementos muy valederos. Esa distanciamiento entre unos y otros generalmente no mira los elementos positivos del proceso completo.

¿Existió la explotación de indígenas, el sacrificio masivo de los gauchos y morenos conscriptos en la Guerras del Paraguay, las razias en las tribus de la Patagonia, la acumulación ilimitada por algunos sectores de tierras para la conformación de los latifundios agroexportadores, la destrucción de la naciente industria nacional del interior y el fraude electoral sistemático, la cesión de tierras a cambio de las líneas del ferrocarril a capitales ingleses? Sí, y es innegable. Ahora también, existió un proceso de crecimiento de las ciudades, obras públicas que desencadenó en infraestructura, alfabetización de la población, propagación de educación y sistemas de salud. Quizás era nuestra aspiración ser París, y olvidarnos que somos Argentina. Hay un gusto generalizado por parecer, antes que ser. Quizás en ese parecer perdemos esencia, perdemos identidad, pero se transforma en otra, el cambio y la transformación son parte del mismo movimiento social.

Volviendo al ruedo del tema, es importante lo que destaca como al pasar Bidart Campos, “la teoría del poder constituyente es casi tan reciente como las constituciones escritas. Ello significa que se lo “vio” a través de su producto más patente, que es la codificación constitucional”. (Bidart Campos, 1996, págs. 110 - t.1) Ya he resaltado esto, sobre la Constitución se asienta el Estado, y en esta consecuencia el poder constituyente da por resultado la formación del Estado-Nación y el Estado de Derecho. No comparto con el autor la ya explicada conceptualización del poder constituyente abierto o cerrado respecto de nuestro proceso constituyente, pues es insostenible generar una doctrina que solo justifique nuestras debilidades, si así quisieran ser interpretadas, de nuestra historia constitucional. En esa misma línea, tampoco comparto la posición mayoritaria respecto a las características de originario o derivado del poder constituyente, pues *la única característica que tiene el poder constituyente es su dinámica. Lo que existe es un poder constituyente dinámico.*

Lograda la Constitución, es parte del propio proceso del poder constituyente su dinámica o procesos de reforma. Son la cara de la misma moneda, están no disociados. Expresé en el primer capítulo que la Constitución es un ser vivo que se construye constantemente. El acto constituyente no es un mero acto decisorio y arbitrario. No hay voluntad subjetiva que sostenga una Constitución y que haga cierta una

[Escriba aquí]

Constitución. Hay una voluntad organizada, como real reflejo de las cuestiones políticas-filosóficas/ideológicas-deontológicas-sociológicas-históricas-culturales-económicas-jurídicas del entorno que la rodea, por ello, la constitución es un producto de la realidad y contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico. Y la construcción se hace sosteniendo y cuidando sus principios, instituciones y profundizando en el devenir diario su misión y visión.

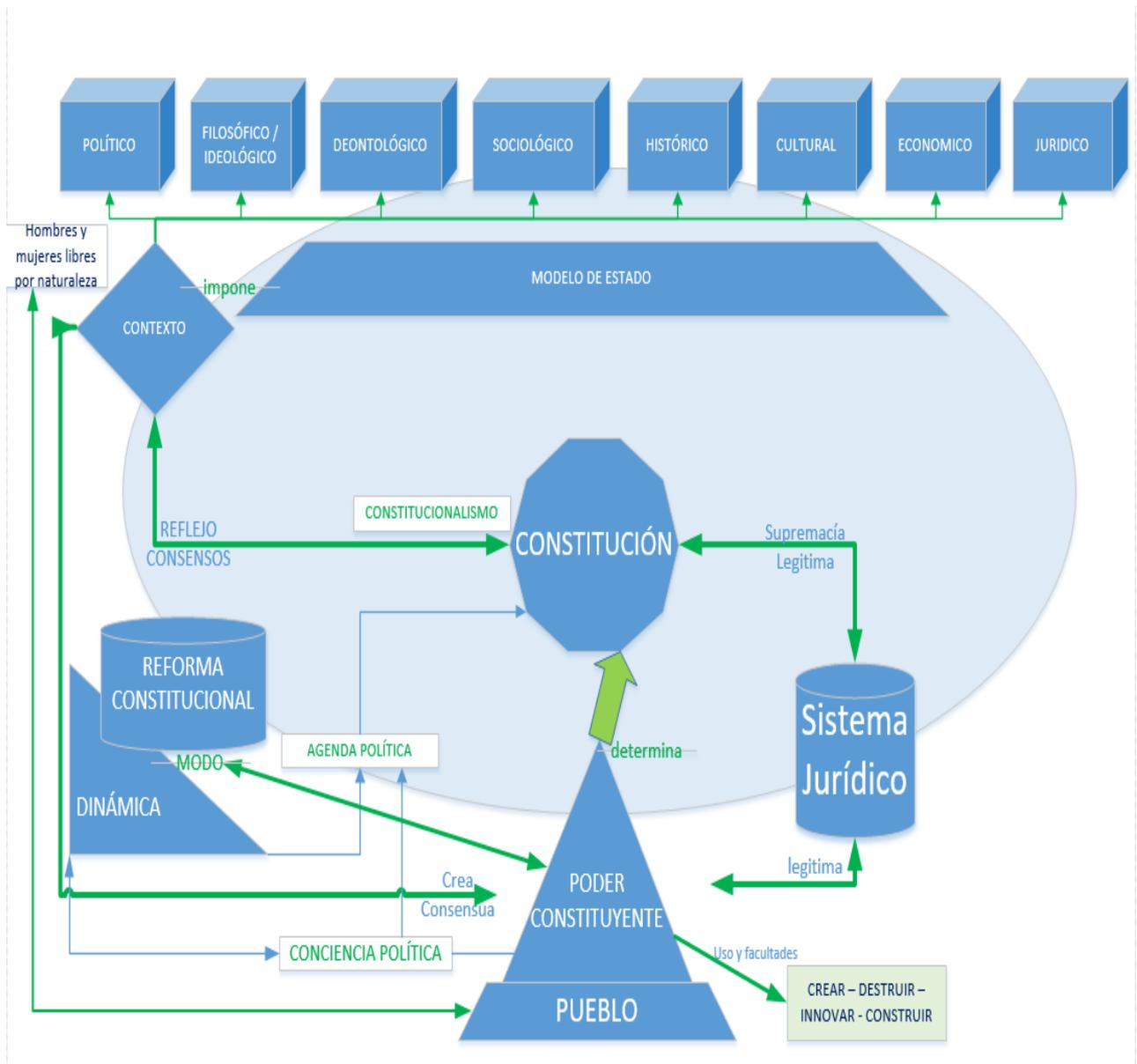
Esta noción tácitamente implica la existencia de un poder constituyente que es el creador del texto constitucional y lo pone en acción. Ese poder constituyente es el reflejo del contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico, en tanto es creación de su pueblo, quien lo sostiene. Hay una directa relación del pueblo con el contexto pues ambos se contienen y se auto determinan. Hay que aclarar, como referí anteriormente que el pueblo lo hará a partir de su decisión política de ser. El hecho de compartir los elementos que aglutinan el concepto pueblo (lengua, religión, historia, valores, cultura, etc.) y que estos facilitan su génesis en tanto dan un sentido compartido será en movimiento de las ideologías políticas y los grupos de naturaleza política los que resultan fundamentales para desarrollar la conciencia política común y garantizar la acción popular. Ellos serán, consecuencia del concepto pueblo, motor y movimiento de su acción política. *Es por ello que el poder constituyente es el modo en que el pueblo ejerce su decisión de organizarse en un Estado como comunidad política y darse así una Constitución como piedra fundamental de esa realidad política a partir de una conciencia política de querer ser, organizarse y reconocerse como Estado, pone en agenda la cuestión constitucional.*

Con lo dicho, se han agregado a la figura 1 una serie de elementos que refieren a esta cuestión del poder constituyente. Se muestra así la figura 2 con una serie de incorporaciones. Aparecen también dos contenedores del poder constituyente. Por un lado el hecho de que el poder constituyente como motor creador de la Constitución genera el sistema jurídico, y con ello devengarán los principios de seguridad jurídica y supremacía constitucional de la misma Constitución en relación al sistema jurídico, y por el otro lado, que como parte de su propia esencia, existe el proceso de reforma

[Escriba aquí]

constitucional, siempre atada a la dinámica real y necesaria para que se sostenga la legitimidad y validez del texto constitucional del contexto que representa.

Figura 2



Dado todo ello, hay una faz que debe ser tomada en cuenta en todo este proceso, que son las transformaciones naturales del contexto. La historia se mueve, como el tiempo, y por lo tanto el contexto está sujeto a las modificaciones propias del devenir de la historia y el tiempo. Esto es lo que da sustento a la dinámica del poder constituyente y por lo tanto sostiene que *el poder constituyente es siempre dinámico*.

[Escriba aquí]

Parafraseando a Aristóteles, el poder constituyente funcionará como el primer motor de la creación cuyo resultado inicial será la misma Constitución. Pero a diferencia de ese primer motor aristotélico que tiene el primer impulso y luego queda estático, se irá adaptando al contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico para refundarse constantemente, volviendo circularmente a ponerse en movimiento, por la propia dinámica que le es natural al contexto, no al poder constituyente, este solo se adaptará a esta para no volverse arcaico y abstracto en sus decisiones.

Cada uno de los factores del contexto tienen movimiento y evolución. Si se analiza el devenir de la historia y los cambios que se suceden, graficando ello en el eje horizontal el tiempo y en el eje vertical los cambios, observamos como rápidamente hay una aceleración de los mismos desde la Revolución Industrial en adelante, cuando se venía de un modo más sostenido y horizontal apenas inclinándose hacia arriba, acelerándose con un sentido marcadamente vertical, mayor quizás a cuarenta y cinco grados en estos tiempos de la Revolución tecnológica, las telecomunicaciones e Internet. Nada de lo que constituía el contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico de 1853-1860 se parecen al contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico de hoy, y tampoco lo fueron en los diversos procesos de reforma constitucional acaecidos. Pequeños ejemplos. Las mujeres no eran parte de la política, de hecho, no tenían poder de voto ni siquiera representación real en los órganos de gobierno. Hoy estamos discutiendo el cupo femenino en el Consejo Deliberante de Córdoba que ya es un logro y realidad en el Congreso Nacional y la Provincia de Córdoba, un avance, sí, pero no por ello una pequeña muestra de discriminación positiva. Quizás en el tiempo y consolidando la visión y misión de la Constitución, así como también la protección de los derechos de ellas no sea ni siquiera incorporarlo como parte necesaria del texto constitucional por estar ya implícito en la esencia de la conciencia del contexto y así las mujeres, como los hombres hoy, no requieran la existencia de leyes que fueren su participación política. Igual con cuestiones de género, en donde hoy hay reconocimientos en el marco de las leyes nacionales, pero no han llegado expresamente a la normativa constitucional en sí. En otro aspecto, pero del factor político, las formas y los modos de la política han cambiado. Los partidos políticos como entidades formadoras de líderes y estadistas que luego sean elegidos y sean

[Escriba aquí]

candidatos de gobierno han dado paso a la mercadotecnia política en términos de Sartori en donde se elige más a una figura y personas encolumnadas tras esta antes que ideas, ello a consecuencia de una nueva concepción del sujeto como *homo videns*. En el campo ideológico ya no solo se asumen posturas binarias, aparecen términos medios, el socialismo y el anarquismo posiciones que ni siquiera se avistaban en 1853/1860, pero sobre todo construcciones que se mezclan. En el plano deontológico hoy estamos discutiendo la posibilidad de no criminalizar el aborto, un par de años atrás discutíamos y aceptábamos las uniones convivenciales entre parejas del mismo género, cuestiones impensadas de nuestros primeros constituyentes, al igual que el hecho de introducir los temas medioambientales en tanto no eran una preocupación. De la mano, los temas energéticos y la protección de los recursos naturales que son finitos son temas de agenda que antes no estaban. Hoy introducimos instituciones y mecanismos para la protección de las comunidades originarias, en su momento el objetivo era la conquista del indio y su dominación. La cláusula de protección de la constitución y la democracia del artículo 36 de nuestra Constitución Nacional tiene por antecedente inmediato los distintos golpes de Estado acaecidos en el siglo XX y en especial las consecuencias de la última dictadura militar. Claramente la economía nacional no es la misma que aquella de mitad de siglo XIX avocada al modelo agro-exportador, si bien hoy es un factor importante en nuestra economía, la globalización, los procesos de integración económica, las nuevas tecnologías, requieren espacios de servicios, los bancos y el sector financiero tienen una relevancia que antes no tenían. El mismo proceso del constitucionalismo y su progresivo reconocimiento de derechos recrean este modo dinámico de la historia.

El poder constituyente es el huevo de la gallina. Del poder constituyente que es naturalmente dinámico, nace y se establece la Constitución.

Dos cuestiones son importantes tener en cuenta en toda esta relación que pueden pasar por alto, pero le dan sentido a la idea y el sostén del esquema: agenda política y conciencia política. La agenda, aquí, será entendida en referencia a la serie de asuntos, compromisos y obligaciones que los elementos representativos de los factores de poder del contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico. dispuesto han planificado para ser tratados acorde a esos intereses que se representan, e implica así al conjunto de temas, tareas o actividades

[Escriba aquí]

para su realización. Estos temas deberán de tener una sincronía con el interés público, esto es, que sean conscientes del contexto y sus factores, así los temas atañen al pueblo Hoy, la agenda pública se encuentra mostrada por los medios de comunicación, no influida per se por ellos, si influida por los grupos de acción política y la presión ciudadana, en definitiva, los factores del contexto. Posiblemente los temas más superficiales, en tanto están en la visibilidad del común, de la agenda pública en términos políticos sean la inseguridad, la inflación, el valor del dólar respecto a nuestra moneda nacional, la suba de tarifas de los servicios públicos. Pero esa agenda superficial, generalmente demuestra algunos signos que van generando conciencia política, y que, sin quitar importancia a estos temas, se escurren a los temas más trascendentes que tendrán luego un sentido constitucional en los diseños que se tomen. Corrupción del Estado y la necesidad de controlarlo y poner mecanismos para ello. El estado del medio ambiente y su impacto en el desarrollo económico. El valor de la educación. El impacto de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana y la protección o no (o adecuación) de las personas y del mismo Estado respecto a ellas, entre otros.

La conciencia política, resulta de hacer propia la necesidad de los temas de agenda, priorizarlos y darle su importancia y verdadera trascendencia. Diría la psicología social y política que implicaría una suerte de procesamiento de la información de segundo orden (o sea, que resume y sintetiza información de primer orden) para armar una visión de conjunto de la situación global, para su análisis y toma de decisiones. Si el contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico carece de conciencia política no tiene control de la situación real del mismo contexto, el margen de incertidumbre será alto y por consiguiente es elevada la posibilidad de cometer errores. Pero hay que tener en cuenta que la construcción de esa conciencia tiene un costo monetario, en personal, en instalaciones tangibles, en compra de información. También tiene un costo en tiempo, ya que el procesamiento y presentación de tal cúmulo de información implica necesariamente una demora. La conciencia política debe construirse y debe ser aprehendida por los integrantes. En ello se pueden correr riesgos como desarrollar una falsa conciencia (creer que existen cosas inexistentes o viceversa), estimar incorrectamente o con grandes desvíos, darles a algunas cosas más o menos importancia de la que realmente tienen. Tomando los criterios de las ciencias de la administración y el *management*, el contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico

[Escriba aquí]

tiene que encontrar un equilibrio entre los riesgos y no quedar cegado por una información superficial o ahogado por el exceso de detalles.

Este poder constituyente dinámico, con conciencia política y teniendo temas en agenda, crea, construye, innova, destruye y vuelve a crear en función de su propia naturaleza dinámica que se adecua al tiempo y al contexto. De este modo la Constitución asegura un manto de legitimidad y gobernabilidad de sus instituciones, pues además de la adecuación al tiempo y al contexto, serán los consensos logrados los que posibiliten que ciertamente se materialice la misma. Ciertamente es que estos consensos a veces no son posibles, o al menos se los cuestiona –como el caso Venezuela- o incluso son de imposición –Irak o Afganistán-. En esas circunstancias posiblemente entremos en espacios de inestabilidad de los gobiernos instituidos que podrán dar lugar, según las mismas circunstancias, más temprano, o más tarde, un ejercicio del poder constituyente que repare ello. La posición es más cercana al realismo jurídico en donde se propugna un derecho dinámico, congruente con la necesidad de satisfacer las aspiraciones de los ciudadanos, por la valoración de los efectos de la norma y los presupuestos fácticos del contexto y todos los elementos políticos-filosóficos/ideológicos-deontológicos-sociológicos-históricos-culturales-económicos-jurídicos.

Ese crear, construir, innovar y destruir, son el uso y las facultades propias del poder constituyente. Lo hace pensando en nuevas instituciones, reformas de las mismas, o desarrollo de estas. Del mismo modo en cuanto a los derechos, generando el reconocimiento expreso de nuevos derechos, o recreando espacios de protección o garantía de los mismos. Crea, construye, innova y destruye. Estos mismos usos y facultades del poder constituyente también marcan su dinámica, correlativa con el devenir mismo de las cosas y el tiempo.

Ya he dicho, lo dinámico es propio de nuestra naturaleza como personas. Estamos en constante cambio y transformación. Negar la posibilidad de la dinámica es negar la naturaleza. Además, se podría caer en lo arcaico, en la inadecuación y falta de respuestas. El sistema jurídico no es un sistema aislado, está inmerso en el sistema que recrea el contexto. En ese sentido, el constituyente de 1994, por casualidad o no, también incorporó dos mecanismos indirectos de reforma constitucional, que están definidos y determinados en el artículo 75 incisos 22 3er párrafo e inciso 24.

[Escriba aquí]

De este modo, el modelo de reforma constitucional cuenta con una posibilidad adicional en cuanto a la incorporación por medio del Congreso de un tratado de derechos humanos al que se le dará jerarquía igual a la de la propia Constitución, y por el otro con la posibilidad de delegar competencias y jurisdicción en el marco de los procesos de integración. Esto implica asumir ciertas responsabilidades en conjunto al bloque de integración y que cada Estado deje de lado sus intereses propios para redefinirse y cumplir comunitariamente normas y reglas. El ejemplo más claro de esta gran responsabilidad es el proceso de la Unión Europea, en donde países de gran potencia política y económica, como Alemania, Francia, Inglaterra, Italia, progresivamente hayan abandonaran sus propias políticas nacionales en post de las políticas comunitarias, lo que implica gestión de nuevos derechos para el interior de cada Estado parte, adaptación del sistema normativo interior al comunitario, etc.

Creo que fenómeno de la supranacionalidad irá calando lentamente, pero a paso firme en el orden jurídico y por lo tanto, los factores y dimensiones aquí incorporadas deberán ser adaptadas a ello. *Ya estamos como Estado transitando en ese espacio que claramente marca como el elemento dinámico se vuelve más relevante.* La supranacionalidad implica un orden jurídico que se halla por encima del orden jurídico interno de cada Estado, no por fuera de él, sino que el Estado le da razón de existir. Los estados se obligan entre sí comprometiéndose jurídicamente a un plexo normativo superior a través de un tratado internacional -al que han accedido en ejercicio de su soberanía- y del cual resulta que todos los derechos y las garantías constitucionales resultan reaseguradas y reforzadas por ese orden jurídico superior. Para ello los estados transfieren parte de sus competencias (funciones) legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, crean órganos supranacionales delegándole funciones y repartiéndolas entre el orden jurídico supranacional y el interno. (Ekmekdjian M. , 1996)

Aparece así un macro contexto, con los mismos elementos y factores político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico (figura 3) que a su vez detentará variables propias de la comunidad internacional, las relaciones internacionales y los acuerdos celebrados. En sí, ese contexto tiene un mismo comportamiento, pero en vez de ser el pueblo el sustento de su origen, serán los acuerdos entre los representantes del pueblo de cada Estado.

[Escriba aquí]

IV. Límites, contenidos pétreos y reforma constitucional.

La cuestión de los límites en los procesos de reforma no es una cuestión estrictamente de derecho positivo. Es este, otro de los momentos en donde se cruzan los aspectos políticos y jurídicos e “inhieren en la concepción jurídico política del Estado” (Colombo Murua, 2011, pág. 11)⁸⁶ Se mezclan aquí cuestiones meramente normativas con otras ideológicas y filosóficas. Pero a su vez este tema nos desafía a considerar y pensar si en la Constitución Argentina existen límites pétreos, por ejemplo la forma Republicana como afirma Bidart Campos (2007; 1996), o rígidos como lo destacado en el art. 17 respecto a la confiscación de bienes o flexibles como la incorporación que puede hacer el Poder Legislativo en materia de Tratados de Derechos Humanos del art. 75.22 de la Constitución Nacional Colombo Murua va a concluir luego que no existen leyes que en su totalidad sean pétreas o íntegramente flexibles. (2011)

Lasalle reflexiona que la oposición en general de los pueblos a las reformas constitucionales se da por el carácter sagrado o firme o trascendente que la misma tiene en sí y es por ello que los procesos requieren mecanismos de consensos agravados, o limitaciones estrictas en cuanto a los alcances de aquello que pueda hacerse. (Lasalle, 1999) Esa es la discusión de los límites y contenidos pétreos al momento de la reforma constitucional; implica por un lado el alcance de las libertades de los constituyentes para hacer extensivo el uso de las facultades creativas, destructivas y constructivas del poder constituyente, y por el otro poner en tela de juicio algunos valores o ciclos comunes compartidos por el mismo contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico.

Señala Ignacio Colombo Murua, autor que voy a seguir muy de cerca en este tema y que dedico un libro completo y su tesis a ello, que “el estudio de estas particulares cláusulas nos llevara, primero, a indagar sobre los límites constitucionales en general y luego a redefinir nociones clásicas de la dogmática constitucional” y reflexiona a continuación “la norma se presenta, a primera vista, como una estructura estática, mientras que la realidad que se intenta modelar es evidentemente dinámica”. (Colombo

⁸⁶ Colombo Murua distrae en esta frase solamente a la cuestión de los límites en los procesos de reforma constitucional, pero esta misma cuestión es parte de toda la discusión constitucional, poder constituyente, necesidad de reforma, etc. Todo el proceso constitucional está implicado en esta cuestión, pues de un modo u otro, hacen a la esencia de la Constitución.

[Escriba aquí]

Murua, 2011, pág. 2) Lo cierto es que nuestro artículo 30 de la Constitución Nacional, contempla la posibilidad tanto de una reforma total como parcial. Cito: “*La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.*”⁸⁷

Este artículo 30 de la Constitución no es absolutamente claro sobre todas las cuestiones que requiere el proceso de reforma. “la interpretación más plausible es que la Constitución no establece limitación sobre el contenido de la reforma sino que establece límites en cuanto a la necesidad de cumplir a mayorías calificadas y una elección de constituyentes para su redacción” (Sola, 2001, pág. 292), pero la doctrina no es pasiva al respecto. El artículo presenta el mayor número de lagunas o vacíos regulatorios, lo que ha generado largos debates en torno a la interpretación sobre los prerequisites con el fin del proceso de reforma, tema que ya hemos observado cuando destacábamos las interpretaciones respecto del propio artículo. Sin embargo, en estos mismos comentarios siempre surge el tema a discutir de los contenidos pétreos o cláusulas inmodificables que son el quid de la cuestión de este capítulo. (Colombo Murua, 2011) El punto *es la discusión entre la existencia o no de normas inmodificables versus la realidad dinámica.*

Aquí comienza a ponerse en tablero la discusión sobre los “contenidos pétreos” y por lo tanto, ya visto la cuestión propia entre poder constituyente y poder constituido, se presenta la cuestión relativa a los límites, sea en ejercicio de uno u otro instante de ejercicio. Adelanto que comparto lo que Bidart Campos señala: “La ilimitación no descarta: a) los límites suprapositivos del valor justicia (...); b) los límites que pueden derivar del derecho internacional (...); c) el condicionamiento de la realidad social.” (Bidart Campos, 2007, pág. 201)

Ahora bien, en torno a la actuación del poder constituyente originario... ¿hay límites para este? Para la doctrina clásica “las cláusulas pétreas solo serían válidas dentro de

⁸⁷ La cursiva me pertenece.

Fuente: Constitución de la Nación Argentina, art. 30, recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

[Escriba aquí]

la esfera de los poderes constituidos, quedando el poder constituyente originario sustraído a todo límite jurídico” (Colombo Murua, 2011, pág. 117)

Y una nueva pregunta, ¿es este tópico una cuestión meramente jurídico-positivo?

xi. Sobre los límites en los procesos de Reforma. ¿contenidos pétreos?

Las cláusulas o contenidos pétreos son disposiciones propias de los textos normativos que dictaminan que ciertos preceptos no pueden ser modificados. A nivel constitucional se presentan como un límite expreso al proceso de reforma constitucional. Vanossi, las define como “aquellas cláusulas que estipulan contenidos y que “por propia determinación constitucional resultan jurídicamente declarados de imposible reforma, es decir, irreformables” (Vanossi, 2000, pág. 186)

Tomando a Loewenstein, Colombo Murua aporta otro concepto sobre las cláusulas o contenidos pétreos, “tienen como fin librar radicalmente de cualquier modificación a determinadas normas constitucionales (...) se sustraen de cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico constitucional” (Colombo Murua, 2011, pág. 25)

Entonces, para esbozar algunos caracteres de este tipo de normas, las mismas son explícitamente introducidas de ese modo en el texto constitucional, tienen una suerte de declaración de irreformabilidad, plantean rigidez al texto y principios constitucionales que se le derivan.

Las cláusulas pétreas aparecen como aquellas normas que han recibido la máxima protección posible dentro del ordenamiento jurídico, pues ellas no solo dificultan, sino que prohíben cualquier reforma sobre los contenidos esgrimidos. Y esto es fundamental para determinar cuando estamos frente a una cláusula intangible y cuando no, pues debemos pensarlas como productos de una técnica formal que el legislador constitucional utiliza explícitamente para inmovilizar distintos contenidos constitucionales. (...) las cláusulas pétreas son límites explícitos a las reformas, esto es, establecidos *expressis verbis* en los ordenamientos constitucionales y no pueden ser confundidos, por tanto, con los límites implícitos. (Colombo Murua, 2011, pág. 26)

Hernandez en la obra observada no acentúa sobre la cuestión de los límites más que el poder constituyente originario parecería ser ilimitado, mientras que en contrario el poder derivado es limitado por ser esa su naturaleza en tanto debe cumplir las prescripciones que al respecto le ha fijado la propia Constitución sobre los órganos destinados a la reforma, los procedimientos y plazos. (Hernandez (H), 2001).

Sabsay, empieza manifestando lo que una parte de la doctrina indica: parecería que aceptar la existencia de límites en materia de contenidos permite que su posible violación por parte de una Convención Reformadora X, acarree la inconstitucionalidad

[Escriba aquí]

de la reforma, y por lo cual estaríamos en la hipótesis de casos de reforma inválida, nula o inconstitucional. (Sabsay, 2015) Ahora bien, manifiesta y comparto con alguna reserva como señalaré más adelante:

Al igual que la doctrina mayoritaria en la materia no compartimos esta posición. Ello, en razón de que no resulta una derivación lógica del texto constitucional, el que es por demás categórico en el sentido de habilitar el ejercicio del poder constituyente derivado sin límite alguno en cuanto al contenido. Es de destacar que aquellas Constituciones, como por ejemplo la de Portugal de 1976, que disponen de este tipo de restricciones, lo hacen de manera explícita en alguna de sus cláusulas. Por último, creemos *que resulta ocioso imponer esta suerte de condiciones ya que en definitiva, si una determinada sociedad aspira a ver reflejados en el articulado de su Constitución determinados cambios que confrontan sus metas en cuanto a la evolución de las reglas fundamentales que la rigen, de nada servirán las prohibiciones. Ya sea por el ejercicio del poder constituyente derivado o llegado el caso, del originario, esas enmiendas se concretarán. Nos parece que no corresponde congelar el devenir de una comunidad política a los objetivos que tuvieron quienes redactaron originalmente el texto constitucional.*⁸⁸ (Sabsay, 2015, pág. 41)

En relación a las formas de las constituciones, en esa categorización doctrinaria entre constituciones rígidas, flexibles y pétreas, señala Colombo Murua una distinción importante sobre el tema, “las constituciones que incorporan cláusulas pétreas no pueden ser asimiladas a la categoría de constituciones rígidas, sino que ellas generan una tercera categoría” (Colombo Murua, 2011, pág. 27) Estas distinciones doctrinarias en cuanto al proceso de reforma nos enseñan que las constituciones rígidas y las constituciones flexibles requieren un proceso distinto y más complejo. En relación a los contenidos o cláusulas pétreas aparecen esta tercera categoría, las constituciones pétreas. Estas “no pueden ser reformadas jurídicamente.” (Colombo Murua, 2011, pág. 27) Se va a concluir luego que no existen textos constitucionales que en su totalidad sean pétreas o íntegramente flexibles.

Los límites o cláusulas pétreas son un modo de límite, obstáculos o mecanismos tendientes a restringir los procesos de reforma constitucional. Los límites pueden ser explícitos, implícitos, temporarios, circunstanciales, etc. Voy a seguir aquí a Colombo Murua quien hace claras distinciones sobre el tema en cuestión. Primero toma a Jellinek y así distingue límites autónomos y heterónomos. Los primeros refieren al propio ordenamiento jurídico en sí mismo y proceden de él. Estos pueden ser expresos o tácitos. Expresos en tanto se encuentran literalmente en el texto. Los tácitos a contrario sensu de los explícitos no están escritos en el texto, pero se infieren de la

⁸⁸ La cursiva me pertenece.

[Escriba aquí]

lógica del orden normativo o de una norma suprapositiva (el derecho natural). Los segundos, heterónomos, se imponen desde fuera al ordenamiento, por ejemplo el orden internacional.⁸⁹ Los límites autónomos expresos son los que le interesan al autor y los subdivide en temporales y atemporales. Temporales en tanto imposibilitan la reforma constitucional en un periodo determinado de tiempo o plazo o condición. Dentro de esta categoría propone distinguir que ello ocurra por circunstancias especiales, determinadas en el texto y que revisten gravedad institucional, como por ejemplo estado de sitio, ocupado militarmente, una monarquía en periodo de regencia.⁹⁰ Comparto con el autor que no son en sí verdaderos límites en tanto son cuestiones de hecho que de producirse ya obstaculizan el desenvolvimiento normal de la Constitución y tampoco protegen algún contenido particular. A posterior distingue sobre límites temporales sujetos a plazo, estos prohíben los procesos de reforma en plazos determinados y suspenden la posibilidad de hacerlo hasta que transcurre ese periodo de tiempo. En este grupo encontramos textos constitucionales que prohíben cualquier tipo de reforma o cláusula hasta que opere el plazo,⁹¹ textos que establecen prohibición de alguna cláusula determinada en sí misma.⁹² Los límites atemporales en cambio rigen *ad eternum* sin plazo determinado y con pretensión regir por siempre. Aquí están las cláusulas pétreas. Por ello estas cláusulas o contenidos pétreos son límites autónomos, explícitos y atemporales. (Colombo Murua, 2011)

xii. Alcance de las cláusulas o contenidos pétreos

Aun cuando el artículo 30 de la Constitución Nacional prevé que se puede modificar la misma *en el todo o en cualquier de sus partes*, parecería que la discusión de los contenidos pétreos es ajena si nos atamos al estricto texto constitucional, salvo que, como van señalando distintos autores (Gelli, 2006; Colombo Murua, 2011; Pizzolo,

⁸⁹ Si uno quisiera dar un marco de sostén constitucional a la Constitución Europea o el Tratado de Maastricht observaría que para cada Estado miembro será el sometimiento a ese orden jurídico internacional el pautado como límite; en nuestro propio ordenamiento podemos hacer lo mismo respecto a algunos marcos normativos internacionales y principios que se le derivan, como la Carta Orgánica de Naciones Unidas y a ejemplo sostener la paz y libre determinación de los pueblos.

⁹⁰ El autor detalla algunos ejemplos de ello, Constitución de Holanda 1877; Luxemburgo 1988; Egipto 1930; Serbia 1990. (Colombo Murua, 2011)

⁹¹ En este marco se encuentra la Constitución Argentina de 1853

⁹² La Constitución de Estados Unidos hasta 1808 prohibía la modificación o una revisión inmediata en torno a derecho de tráfico de esclavos ni sobre la proporcionalidad de impuestos directos (cláusulas primera y cuarta de la Sección Novena del art. 1) (Colombo Murua, 2011)

[Escriba aquí]

2002; Ekmekdjian M. A., 1995) además se mencionen algunos contenidos pétreos o con una intensión de petrificación, cosa que si se hace, como la confiscación de bienes (art. 17 C.N.), la pena de muerte por causas políticas y todo modo de tormentos y azotes (art. 18 C.N.) o la defensa a la democracia contra actos de fuerza contra el orden institucional (art. 36 C.N.).

Además, la cuestión se hace relevante en tanto se discute si el alcance de la reforma y su discusión es en medida cuantitativa o cualitativa. Lo primero refiere a la cantidad o la posibilidad de ser reformada en el todo o en su parte centrado en los contenidos formales propios de los artículos. A ejemplo, eliminar los artículos referentes al Congreso para pasar de dos cámaras de representantes a una, o incorporar una tercera, de este modo no se rompe el modelo republicano. Un cambio en ello responde a lo segundo, lo cualitativo, en donde los cambios atañen a cuestiones de fondo y simbólicas, como el régimen republicano o el federalismo.

Gelli manifiesta en torno a los contenidos pétreos:

“es el intento de una generación por condicionar a las futuras, y desde el exclusivo punto de vista jurídico, un vano intento por detener las transformaciones sociales, sean estas positivas o negativas. Desde luego, el problema remite a la necesidad de preservar los valores humanos esenciales y resguardados de los excesos del poder político, económico o social. La filosofía iusnaturalista, al sostener la existencia de derechos inalienables y universales de la persona humana, defendibles n todo tiempo y lugar va en la línea con la postulación de contenidos pétreos en las constituciones, así como también lo ha sostenido la teoría de los derechos humanos. El problema consiste no solo en determinar el núcleo central de esos valores vigentes y derechos inmutables, sino, una vez discernidos, en mantenerlos socialmente vigentes. Porque la experiencia histórica ha demostrado que no basta con declarar, enumerar y reglamentar principios, derechos y deberes si no existe una voluntad social y cultural de encarnarlos en las normas y en las conductas. Sin embargo, no se trata de sostener un relativismo valorativo sino de señalar que los contenidos pétreos son siempre metajurídicos”. (Gelli, 2006, pág. 342)

Sobre la posibilidad de un doble procedimiento al respecto de estos contenidos pétreos, que implican en un primer momento reformarse o derogarse las cláusulas que se petrifican, y en una segunda instancia el contenido protegido. Comparto la crítica de Colombo Murua al respecto, esto carece de sentido o al menos es incoherente... “si se cuestiona la inderogabilidad de la cláusula en sí se pone en tela de juicio, inevitablemente y a la vez, la inderogabilidad de los contenidos consagrados. Pues es evidente que una vez derogada la forma protectora podrá derogarse, sin límite alguno,

[Escriba aquí]

la materia que ha pasado a quedar indefensa (doble procedimiento de revisión)” (Colombo Murua, 2011, pág. 43)

En Pizzolo (2002) la discusión se da en la etapa pre-constituyente. Atados a la interpretación literal no hay límites salvo las expresiones de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (“*quedan borrados para siempre*” en referencia a la confiscación de bienes o “*quedan abolidas para siempre*” en referencia a los tormentos), pero ello podría ser, para el autor, “germen de su propia destrucción (...) estaríamos en presencia de un caso de “*autoruptura*” del orden constitucional vigente” (Pizzolo, 2002, pág. 389).

Colombo Murua (2011) hace la explicación más clara al respecto de las posiciones tomadas en torno a los contenidos pétreos o cláusulas inmodificables y los alcances de ello. Tenemos tres posiciones en la doctrina al respecto (como casi todo en la doctrina, de un lado, del otro y mixtas): a) las que les atribuye, desde la literalidad de las palabras, un alcance absoluto (eternamente inmodificables); b) las que niegan todo valor jurídico de las mismas; c) las que le reconocen valor, pero les niega un carácter perpetuo. Pero a su modo son dos, negatorias de las cláusulas pétreas y que le niegan validez o las afirmativas de las mismas que le dan validez. Las negatorias, basadas en la soberanía popular, niegan la validez, en tanto las cláusulas constitucionales son producto de la soberanía popular que se manifiesta válidamente respecto de cualquier contenido. Así desde la posición negatoria los límites, en especial los expresos, son intrínsecamente incoherentes. El otro principio del que se parte es la negación de la clásica división entre poder constituyente originario y derivado, parecería que no hay razones para admitir que un poder constituyente que se ha expresado en un momento limite a posteriores. También otro punto de esta posición son las consideraciones fácticas que no pueden frenarse los impulsos reformistas de la sociedad, por un lado, y por otro, que las mismas serían contraproducentes ante una necesidad de cambio (mismo contexto internacional respecto al reconocimiento de derechos humanos) y que se sostenerse la única vía sería el mecanismo revolucionario y el quiebre constitucional, aunque de facto no sea ese el espíritu. Quienes, por el contrario, sostienen el carácter válido de las cláusulas pétreas, se agrupan en dos grupos, aquellos que le dan un carácter absoluto a las mismas y quienes le dan un carácter relativo. Los postulados de estos primeros son la irreformabilidad absoluta por la subordinación del

[Escriba aquí]

poder constituyente de revisión al originario, el poder constituyente originario es creador del derecho y la constitución y con facultades ilimitadas, el otro está siempre subordinado a este; el otro fundamento es que estas normas son producto de una constitución material anterior (esta posición parte de concebir al Estado nacido desde una Constitución u organización social determinable y por lo tanto estas cláusulas son inmodificable en tanto son la constitución real y estática de la sociedad); y el otro argumento, similar al ya mencionado, esboza que las cláusulas pétreas son meramente declarativas de los límites existentes en todo orden, sosteniendo así que las mismas tienen un valor en sí mismos y estos existen siempre; hay un argumento de tipo cronológico y sostiene que la irreformabilidad proviene de una norma que es anterior en el tiempo, sin distinguir jerarquías o naturaleza de las mismas; y por último está el argumento que sostiene la estabilidad política y por ello la inmodificabilidad. En su línea, pero diferente, las tesis que sostienen un alcance relativo, sostienen en su fondo que no puede desconocerse la existencia de estas normas inamovibles, algunas positivadas en los textos constitucionales, pero que carecen de sustento para pensarlas con un carácter absoluto. Sostienen estos que no se cuestiona la irreformabilidad de los contenidos sino la irreformabilidad de las mismas normas, y aluden así a la posibilidad de los dobles procedimientos. Los argumentos son: el proceso democrático que permite el proceso de reforma; que las normas pueden ser derogadas en tanto revisten la misma naturaleza de las demás cláusulas consagradas y que son derogadas por el proceso de reforma; la igualdad de jerarquía del poder constituyente originario y derivado por tener misma naturaleza. (Colombo Murua, *Limites a las reformas constitucionales*, 2011)

[Escriba aquí]

CONTENIDOS PETREOS			
ALCANCE ABSOLUTO	ALCANCE RELATIVO	NEGAN VALOR	CON VALOR PERO NEGAN PERPETUIDAD
VALIDEZ		NEGATORIAS	
irreformabilidad absoluta por la subordinación del poder constituyente de revisión al originario	no puede desconocerse la existencia de estas normas inamovibles, algunas positivadas en los textos constitucionales, pero que carecen de sustento para pensarlas con un carácter absoluto.	las cláusulas constitucionales son producto de la soberanía popular que se manifiesta válidamente respecto de cualquier contenido	
el poder constituyente originario es creador del derecho y la constitución y con facultades ilimitadas, el otro está siempre subordinado a este;	no se cuestiona la irreformabilidad de los contenidos sino la irreformabilidad de las mismas normas, y aluden así a la posibilidad de los dobles procedimientos.	los límites, en especial los expresos, son intrínsecamente incoherente	
estas normas son producto de una constitución material anterior (esta posición parte de concebir al Estado nacido desde una Constitución u organización social determinable y por lo tanto estas cláusulas son inmodificable en tanto son la constitución real y estática de la sociedad);	el proceso democrático que permite el proceso de reforma; que las normas pueden ser derogadas en tanto revisten la misma naturaleza de las demás cláusulas consagradas y que son derogadas por el proceso de reforma; la igualdad de jerarquía del poder constituyente originario y derivado por tener misma naturaleza	no hay razones para admitir que un poder constituyente que se ha expresado en un momento limite a posteriores	
son meramente declarativas de los límites existentes en todo orden, sosteniendo así que las mismas tienen un valor en sí mismos y estos existen siempre		las consideraciones fácticas que no pueden frenarse los impulsos reformistas de la sociedad, por un lado, y por otro, que las mismas serían contraproducentes ante una necesidad de cambio	

Colombo Murua, I. (2011). LIMITES A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

Las contra posiciones a estas segundas posiciones, las afirmativas de la validez de las cláusulas, las relata el mismo Colombo Murua (2011) en su argumentación. Las tesis afirmacioncitas se encuentran con algunos problemas. Para quien sostiene que la existencia del Estado se funda en la Constitución, no pueden explicar el pasaje sin recurrir a un sujeto, poder constituyente, que plasma la constitución real. Ese poder constituyente es subjetivo y la pretensión de constitución material se cae en la subjetividad del poder constituyente.

“Al ser el poder constituyente originario el que “reconoce” la constitución material no hay, en el fondo, nada más que la voluntad a la hora de fijarla. Por lo que ya no podrá hablarse de un contenido sustancial en las cláusulas pétreas, sino de una decisión (que podría ser arbitraria) en el constituyente

[Escriba aquí]

originario. Dicho de otra manera, no se explica porque debería preferirse el criterio del poder originario por sobre el derivado, a la hora de determinar la constitución materia inmutable. (...) La pretendida objetividad de estas cláusulas (que descansarían en reflejar las materias esenciales de toda constitución) queda desdibujada cuando investigamos los contenidos de las cláusulas pétreas existentes en el derecho comparado, empapadas de apreciaciones subjetivo y político-coyunturales, de los constituyentes.” (Colombo Murua, *Limites a las reformas constitucionales*, 2011, pág. 38)

Sobre los argumentos cronológicos estos endeblen, no son válidas las disposiciones del derecho privatista, primero en el tiempo, primero en el derecho, amen de dejar de lado las naturalezas y jerarquías de quien pretende ejercer la reforma respecto a quien constituyo el primer elemento. En relación a quienes sostienen el poder soberano como sostén de la irreformabilidad y de protección del pacto originario, se debe decir que hay algún vicio en la postura en tanto la misma voluntad que en un tiempo decidió X en un futuro y por el devenir de la historia podría variar sus decisiones y decidir Y; una generación no puede sostener a las futuras. Y sobre los argumentos políticos, qué decir...no hay nada más movible que la misma política...Las razones políticas no son razón jurídica suficiente, “si bien las motivaciones políticas pueden explicar el surgimiento y la existencia de este tipo de normas, de modo alguno pueden constituir razón suficiente para considerarlos de alcance absoluto.” (Colombo Murua, 2011, pág. 42).

Si he seguido hasta aquí al profesor salteño, cabe preguntarse ¿cuál es la posición que toma al respecto? Cito: “*en nuestra posición coincidiremos con quienes reconocen cierta validez a las cláusulas intangibles pero con un alcance relativo, pues, resulta evidente que ninguna disposición constitucional puede regir ilimitadamente en el tiempo.*” (Colombo Murua, 2011, pág. 48) Comparto parcialmente la postura. También dará algunas consideraciones. No recomienda su legislación, manifiesta la ilusión de dictar normas “para siempre” contradiciendo que nunca podría reformarse determinados contenidos y su real sentido y fuerza. Aun así, si existieran en el ordenamiento tendrán un alcance relativo y en consenso para modificarlas se deberá actuar en ese sentido (acepta el doble procedimiento)

xiii. Positivismo, Iusnaturalismo y realismo.

Será menester, hacer una rápida distinción entre positivismo, iusnaturalismo y realismo jurídico. Estas tres posiciones también aportan elementos, amén de los ya

[Escriba aquí]

observados respecto a lo ya visto y sus alcances, para sostener la posición respecto a los contenidos o cláusulas pétreas y algún tipo de limitación que se pueda tener.

La historia previa a la codificación, previo al mismo constitucionalismo claro está, es el Derecho Natural, *a priori* superior al Derecho Positivo dictado por el Estado.⁹³ Contrario a sostener que el rey o príncipe es la fuente de toda ley, que este la produce, o que el mismo no está obligado a la obediencia de las normas, se sostiene que todo acto que sobrepasa el derecho natural era formalmente nulo y sin valor y que el poder del rey/príncipe/mocarca/Estado está bajo las reglas del Derecho Natural. Si quisiera ponerse en una secuencia de reglas al respecto, hay que decir que: a) hay ciertas normas superiores a las normas jurídicas; b) la norma inferior que contraria la norma superior es nula; c) la inferior debe adecuarse a la superior e interpretarse de conformidad a esta; d) hay derechos innatos e indestructibles del individuo que provienen del Derecho Natural y no pueden ser limitados por el Derecho positivo; e) en el mismo sentido hay derechos originarios y esenciales de la comunidad, innatos y no posibles de ser disminuidos; f) también el Derecho Natural sostiene fines y derechos superiores (paz, justicia, promoción de una vida personal feliz y moralidad cívica). (Sagües N. P., 2001)

De este modo el iusnaturalismo sostendrá que antes del Derecho positivo existen normas y valores propios de nuestra naturaleza humana válidas por sí mismas. El derecho natural, se funda en esa misma naturaleza y no se debe normativa de ninguna índole. El iusnaturalismo se trata de una doctrina dualista, pues reconoce la existencia de dos derechos: el natural y el positivo, pero este último deberá inexorablemente atenerse en sus prescripciones al primero, caso contrario estaría violentando las tendencias de la naturaleza humana.

Dentro del iusnaturalismo existen dos corrientes principales: por un lado el iusnaturalismo ontológico que sostendrá el hecho de que el derecho natural es el “ser” y esencia del Derecho, y así el derecho positivo, para ser Derecho, tiene que ajustarse al derecho natural; y por el otro, el iusnaturalismo deontológico que afirma al derecho natural como el “deber ser” del derecho positivo y el modelo de moralidad que deben

⁹³ Esta idea de la supremacía del Derecho Natural sobre el positivo, sostiene Sagües (2001, pág. 2), es lo que posteriormente sostiene “la superioridad del derecho constitucional sobre el derecho positivo”.

[Escriba aquí]

respetar las leyes positivas, debiendo encaminarse al natural, pero no le niega validez jurídica si no lo hace (esta última es menos esencialista). (Martínez-Sicluna y Sepulveda, 2011)

De la mano del iusnaturalismo se puede observar una gran dosis de Humanismo en nuestra Constitución, un humanismo fundado en el Derecho Natural, con acentos importantes en los valores de justicia, libertad principalmente e igualdad. En el Preámbulo tiene su mayor incidencia, pero también deben destacarse las declaraciones en los pactos previos y ensayos Constitucionales previos, ejemplo el Estatuto provisorio de 1815: “Todo hombre gozará de estos seis derechos en el territorio del Estado: la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la prosperidad y la seguridad (art. 1), sea americano o extranjero, sea ciudadano o no (art. 3, sec.1)”, todo esto plasmado en la Constitución Nacional y hoy refrendado con la incorporación de rango constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art.75.22 C.N.). (Niño, 2003)

La segunda posición, el positivismo jurídico, defiende la preeminencia de la ley como única fuente del derecho, entendiendo este restrictivamente al conjunto de normas que emanan del poder del Estado. Es una concepción monista, ya que sólo reconoce como derecho el dictado por el legislador, marginando las valoraciones éticas o la realidad social. No obstante, la preeminencia de la ley estatal no descarta la existencia de otras fuentes de producción del Derecho como la costumbre o la jurisprudencia, sin embargo, éstas quedarán siempre supeditadas a la ley y tendrán validez como fuente jurídica dentro de los límites que la propia ley establezca. El máximo representante del positivismo es sin dudas Hans Kelsen. (Martínez-Sicluna y Sepulveda, 2011)

Existen tres modos en que el positivismo encara sus posiciones: desde el positivismo metodológico limitando a defender una aproximación al derecho neutral desde el punto de vista de los valores; desde el positivismo como teoría del derecho, que ha generado las nociones claves como supremacía de la ley, el carácter coactivo de las normas jurídicas, etc.; o desde el positivismo ideológico en donde se sostiene la obligación de cumplir las leyes por su valor moral o como instrumento eficaz para conseguir los valores de orden, paz y seguridad. (Martínez-Sicluna y Sepulveda, 2011)

Una tercera posición es el realismo jurídico. Aquí la característica definitoria del Derecho es la eficacia. Se opone radicalmente a la opinión manifestada por el

[Escriba aquí]

positivismo jurídico. El mayor desarrollo de esta posición está en el campo de las relaciones internacionales y el derecho internacional. La clave de esta posición son las leyes, pero en función de los hechos; tiene en cuenta todos los hechos y comportamientos sociales efectivos, asumiendo principalmente los intereses, fines y valores que se ponen de manifiesto por el jurista intérprete y por el juez al aplicar el derecho en los casos y situaciones concretos. De este modo, la seguridad jurídica no puede lograrse a través de los métodos normativistas tradicionales, sino a través de la adecuación a las exigencias y aspiraciones de los ciudadanos que viven inmersos en una realidad social en constante cambio. De esta manera, un derecho dinámico, flexible, adaptable a la realidad social de cada lugar y de cada momento puede proporcionar más seguridad que un conjunto de normas anquilosadas y petrificadas por la dificultad para su adecuación a las necesidades de cada momento. (Martínez-Sicluna y Sepulveda, 2011)

Se distinguen algunas corrientes de esta posición: para los americanos, el derecho se contiene en las decisiones concretas de los jueces y funcionarios que resuelven los litigios y los fallos que se planteen, hay una mirada netamente judicial del caso concreto, en donde el precedente judicial se convierte en la norma orientadora para las posteriores decisiones judiciales; para los escandinavos, siguiendo una posición similar, no hay otro derecho que el aplicado por los jueces en tanto esas mismas reglas sean realmente vividas como obligatorias por los jueces. (Martínez-Sicluna y Sepulveda, 2011)

Dado estas tres visiones respecto del derecho, se puede inducir que desde el iusnaturalismo sin lugar a dudas habrá límites en un proceso constituyente, cualquiera sea, de mínima respecto a la propia naturaleza del hombre y el derecho natural. En cambio, para el positivismo la limitación estará en las propias normas, *a priori* así el poder constituyente originario o primario, que dicta el primer texto constitucional en donde no habría en principio construcción normativa, no tendría limitaciones, no así en los procesos de reforma, atados a las posibilidades dadas por el mismo texto constitucional que se quiere reformar. Distante a ello, el realismo, marcará esos límites en las necesidades propias del contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico. Así, como ya señalé, en esa adecuación a las exigencias y aspiraciones de los ciudadanos que viven inmersos en

[Escriba aquí]

una realidad social en constante cambio, implicará dejar permear modificaciones a los límites que se quisieran imponer.

xiv. Internacionalización de Derechos. El bloque de constitucionalidad federal.

Un gran avance y tema no menor que resulta de la Constitución de 1994 fue la incorporación de un *bloque constitucional*⁹⁴ conformado por los Tratados de Derechos Humanos que otorgan jerarquía a once de estos tratados (hay que agregar hoy también la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas que el Congreso le dio jerarquía nacional por el proceso establecido en el año 1997). Esto último no es menor, pues en definitiva se incorporó una reforma al texto constitucional sin haber usado el proceso del art. 31 del texto, sino por la habilitación que hace el art. 75 inc. 22. El fin claramente es positivo, pero desmitifica que el único proceso de reforma habilitado es por la Asamblea Constituyente a ese fin.

En esta línea, Pizzolo, estudioso de la aplicación e integración de los Tratados de Derechos Humanos al bloque constitucional, reflexiona que en el plano internacional existen dos límites inabordables al poder reformador:

“uno está dado por las llamadas normas *“jus cogens”* o sea por las normas imperativas y otro, por los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino con la ratificación de un tratado internacional. Aquí, frente al incumplimiento, no hay norma interna que lo justifique (Cfr., art 27, Convención de Viena sobre derecho de los tratados) razón por la cual la única manera de disolver la obligación es poner en marcha el mecanismo de denuncia contenido en el respectivo tratado. En caso contrario, frente al incumplimiento, se genera la responsabilidad internacional.” (Pizzolo, 2002, pág. 389)

Así, los tratados internacionales importarán límites a cualquier intento de formación constitucional, sea por la creación inicial como un proceso de reforma. Nuestra actual Constitución consagra expresamente y sin espacio a dudas la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, y de este modo se

⁹⁴ Sagües (2001) nos hace notar algunas connotaciones que puede tener el término. En el sentido que lo usa refiere o alude al conjunto de derechos primarios o secundarios de un país y con rango constitucional con supremacía. Puede también referirse a un paquete de normas de la Constitución y a otras sin esa supremacía (ej. Las que limitan las competencias entre el estado español y las comunidades autónomas). También en el caso de Francia el *bloque de constitutionnalité* está formado por precedentes como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de 1946 y los principios fundamentales de la República. En el caso italiano involucra incluso normas interpuestas entre ellas y leyes ordinarias e incluso las de la Unión Europea. En el caso de Panamá incluye la Constitución Nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema, la costumbre constitucional, el estatuto de retorno constitucional de 1989 y el reglamento de la asamblea legislativa.

[Escriba aquí]

reformuló la jerarquía constitucional y la supremacía constitucional, sobre el que se construye todo el sistema jurídico. Pasamos de la clásica pirámide kelseniana a un trapecio al aumentar en cantidad y calidad del escalón superior. Ya no solo la Constitución es la exclusiva y absoluta ordenadora del sistema, mancomunadamente lo hará con estos tratados incorporados en el artículo 75 inciso 22.⁹⁵ Así, la Constitución no es la única referente, por lo cual, toda norma infra-constitucional deberá no solo estar amoldada al texto constitucional para no caer en el vicio de inconstitucionalidad, sino también que deberá hacerlo con el mismo rigor respecto a los tratados internacionales jerarquizados constitucionalmente. Este es el nuevo bloque de constitucionalidad federal. (Pizzolo, 2002)

xv.El tema de las formas

Como observaba en el punto anterior, la cuestión de las cláusulas pétreas surge de los mismos textos constitucionales. Una posición para sostener los contenidos pétreos tiene que ver con las formas. La cuestión de las formas remite a un estricto análisis jurídico positivo y de técnica legislativa. En principio el ordenamiento jurídico debe ser claro y responder a ciertas finalidades. En sí, es un gran sistema. Las normas interactúan entre ellas y si están interconectadas basándose en principios de aplicación general. Esos principios emergen en una primera instancia evidente desde la Constitución y se van materializando en distintos espacios normativos, incluso desde el mismo sistema internacional, entrelazándose todo.

Sobre el tema en cuestión, Colombo Murua va más allá y entra en la cuestión de las formas con una mirada estrictamente formalista, valga la redundancia. En esto, lo primero a diferenciar son las generales confusiones: contenidos pétreos con cláusulas pétreas explícitas y las declaraciones de inamovilidad que contienen la fórmula “para siempre” o “por siempre” o “eternamente” como el art. 18 de nuestra Constitución. No son parte de este tema el procedimiento de reforma ni las declaraciones genéricas y los llamados contenidos pétreos. Cuando se refiere al procedimiento se manifiesta solo al modo, al proceso de poner en movimiento el proceso, valga la redundancia, de reforma y su ejecución, cuestión que puede ser modificado luego de ejercido el mismo proceso

⁹⁵ Dirá Pizzolo que esto no implicó romper la supremacía constitucional pues estos tratados alcanzan esta jerarquía en tanto la misma Constitución así los habilita desde las mismas normas constitucionales y no al revés. (Pizzolo, 2002)

[Escriba aquí]

reformador. Idéntica cuestión para las declaraciones genéricas que expresan deseos de perpetuidad pero que no prohíben expresamente la reforma, son disposiciones que en principio no deben ser objeto de revisión (es una cuestión de técnica legislativa) como el art. 18 ya mencionado.⁹⁶ No son límites pétreos en sentido estricto, si deseos o aspiraciones. En contraposición hay doctrina que se manifiesta en contra a lo planteado incluyendo estas declaraciones dentro del ámbito de lo intangible, suma así no solo lo dispuesto en el art. 18 de la C.N. , también el art. 17 de la misma C.N. cuando cita “la confiscación de bienes queda borrada para siempre”⁹⁷, o las referencias a la forma democrática de gobierno del art. 29 de la C.N.⁹⁸ Pero para el autor que se sigue, estos temas no suponen límites a la reforma, si por supuesto, son claras declaraciones valorativas con una toma muy visible de la posición adoptada por la Constitución. Estos contenidos pueden ser reformados en tanto no existe otra norma que lo prohíba expresamente, pero advierte que no todo es modificable así sin más por no seguir una técnica legislativa que lo petrifique, y advierte que ello no implica la inexistencia de contenidos insustituibles. Se hace recordar que el autor sostiene, como se expresaba

⁹⁶ Señalo en cursiva lo referente: Constitución Nacional - Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. *Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes.* Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice. (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>)

⁹⁷ Señalo con cursiva lo referente: Constitución Nacional - Artículo 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. *La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino.* Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie. (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>)

⁹⁸ Señalo con cursiva lo referente: Artículo 29.- El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria. (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>)

[Escriba aquí]

anteriormente, que las cláusulas intangibles resultan del propio texto constitucional y en ese sentido dice que estas declaraciones solo no serán reformadas en tanto no se haga una reforma y se siga el proceso definido a tal fin. (Colombo Murua, 2011)

“¿Podría modificarse el art. 18 de la Const. Nacional consagrando, luego, la pena de muerte por causas políticas, o los tormentos y a los azotes como un derecho a favor del Estado? Estamos convencidos de que la respuesta debe ser negativa, pero que las razones de esta solución no deben buscarse en la declaración genérica misma (categorizándola, así, erradamente, como una cláusula intangible) sino en un plano superior de legitimidad –p. ej. El derecho natural-. Es decir, el análisis material demuestra que, en ciertas ocasiones, estas declaraciones consagran contenidos que no pueden ser suprimidos, pero las razones de esta imposibilidad también deben buscarse en motivos materiales (la propia naturaleza de esos contenidos) y no en cuestiones formales (la técnica jurídica empleada para su consagración). Concluimos, entonces, que las declaraciones genéricas, como las ejemplificadas, no son cláusulas intangibles, pues para que ellas se configuren deben establecerse de acuerdo con una especial técnica de petrificación.”⁹⁹ (Colombo Murua, 2011, pág. 56)

El maestro Bidart Campos señalaba que los contenidos pétreos afirman la fisonomía de nuestra comunidad y la estructura social, en tanto los mismos perduren, porque ese es el sustrato social que se mantiene, estos no pueden ser alterados ni abolidos. Así marca como ejemplos, la democracia, el federalismo, la Republica... la confesionalidad del Estado. (Bidart Campos, 1996) Pero Colombo Murua traerá a colación del pensamiento del gran maestro constitucionalista un punto muy interesante que parecería abonar una posibilidad de apertura y cambio sobre esta posición: “cuando esa estructura subyacente padece mutaciones tan esenciales como para no soportar más aquellos contenidos en la estructura constitucional, se puede considerar que la petrificación cede, y que es válido prescindir de los contenidos pétreos” (Colombo Murua, 2011, pág. 227)

Ya referenciaba, en similar sintonía, Gelli, quien dice, “todos los artículos de la Constitución podrían reformarse, pero algunos –los que contuvieran cláusulas pétreas – sin alterar o suprimir el núcleo fuerte de ese contenido (no)” (Gelli, 2006, pág. 342) Acto seguido desarrolla que los mismos se constitucionalizan en función de permanencia y se protegen con garantías jurídicas que son el compromiso de la generación que las ha dictado y dicho.

⁹⁹ La cursiva me pertenece

[Escriba aquí]

Esta es la configuración clásica de nuestra doctrina respecto a los contenidos pétreos, esto es, los institutos constitucionales que no podrían reformarse ni alterarse en un proceso de reforma constitucional. Estas posiciones son las que luego sostienen los verdaderos límites de las reformas y como se verá luego defienden el fallo de la C.S.J.N. en Fayt¹⁰⁰ y generan sus propias contradicciones.

Es el mismo profesor salteño (Colombo Murua, 2011) quien contesta y señala que hay una confusión también en la doctrina (clásica) en señalar la similitud entre estos contenidos pétreos explícitos con los contenidos pétreos implícitos. Mezclar induce al error y desconocer que los segundos no tienen su fuente en la ley ni en mecanismos formales – como las cláusulas pétreas explícitas- sino en la regla de configuración social y cultural del Estado.

“Las sociedades entienden que ciertos principios y valores no pueden ser abolidos por mecanismos legales, pues son los pilares sobre los que se asienta el Estado mismo (...) este tipo de contenidos no debe ser analizado desde una óptica jurídica, sino desde una sociológica. (...) hablar de que una estructura social que opera como límite es casi una redundancia. Ninguna reforma podría, de hecho, efectuarse en contra de la realidad imperante, pues de intentarse no llegaría nunca a contar con la necesaria eficacia para la entrada en vigencia de las nuevas disposiciones. El entramado social-idiológico opera de hecho como un límite, no siendo necesario explicitarlo normativamente – esto sería incluso poco recomendable-, ya que es un sustrato dinámico y en constante transformación. Por el contrario, sostenemos que el tema debería de abordarse desde una óptica inversa. Es decir, debemos considerar que esta realidad político-social subyacente es una de las principales causas de las revisiones constitucionales, pues cuando el sustrato se modifica y la normativa permanece estática es cuando se producen las desarmonías que justifican la revisión constitucional. (...) En conclusión, los contenidos pétreos no son cláusulas pétreas, son contenidos que deben ser analizados en clave sociológica y no jurídica. (...) No es adecuado limitarse al análisis meramente formal. La Constitución no es una abstracción “pura” sin elementos “contaminantes”. Hay que alcanzar una mirada integral entendiendo que en ella se mezclan factores axiológicos, con políticos y sociales.”¹⁰¹ (Colombo Murua, Límites a las reformas constitucionales, 2011, págs. 56-57-58).

Para cerrar la cuestión y ser ilustrativo, sobre las distintas formas y técnicas usadas al respecto en los distintos ordenamientos jurídicos, se menciona: a) la petrificación de un artículo, lo más frecuentemente usado, la cláusula petrifica contenidos que se

¹⁰⁰ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

¹⁰¹ La cursiva me pertenece.

[Escriba aquí]

encuentran consagrados en otras disposiciones (se dirá que estas no son normas formalmente pétreas sino que petrifican, definen sobre que otras no pueden modificarse pero nada se dice de ellas en sí mismas); b) petrificación de un contenido, la norma esgrime en un contenido y la misma norma determina que no puede modificarse; c) la petrificación autoreferente, en donde algunas normas petrifican determinados contenidos y a la vez ellas mismas determinan su inamovilidad, en principio las verdaderas esencialmente cláusulas pétreas, pues se cierran en sí mismas como inmodificables. (Colombo Murua, 2011)

Un análisis del tema atado a la cuestión formal implica sus límites. Pero, si algo tienen en común las constituciones, ya lo decía, son los amplios catálogos de derechos y principios. Los mismos gozan de alta abstracción y son por ende susceptibles de interpretación e integración entre ellos. El sistema jurídico es eso, un sistema. Por ello, para que se pudiera cumplir el hecho de los límites o cláusulas pétreas, “los límites deben constituir verdaderos obstáculos a la voluntad del constituyente e indicar que, cualquiera sea el procedimiento que se emplee, la materia protegida no podrá modificarse” (Colombo Murua, 2011, pág. 52)

xvi. La posibilidad de una reforma total

En este punto cabe la pregunta si es posible la reforma total o completa de una Constitución en un proceso de reforma. En nuestro país, ya vimos y citado el art. 30 de la Constitución Nacional, y en términos textuales, ello sí es viable,

Siguiendo a Colombo Murua (2011), se advierte que si se admite la posibilidad de este tipo de reforma constitucional, se estaría rechazando la existencia de disposiciones intangibles o cláusulas pétreas. No puede existir una Constitución que autorice la reforma total y al mismo tiempo los límites explícitos en estricto sentido. Pero advierte también que una constitución que establezca la posibilidad de su reforma total no debe hacernos pensar que cualquier cambio puede efectuarse ilimitadamente por esa vía formal, en tanto el poder siempre debe estar restringido, y este es un principio irrenunciable del constitucionalismo, que nace como un modo de imponer límites al absolutismo del poder. Por lo tanto, para este autor, la institución de la reforma total no es compatible con la existencia de límites. Esta paradoja se sostiene cuando se recurre a la distinción entre un plano formal (lingüístico) y uno material (axiológico).

[Escriba aquí]

A mi juicio, esta cuestión si bien podría poner de manifiesto la discusión sobre los límites, contenidos y cláusulas pétreas, el trasfondo de las mismas excede lo que pueda ejecutarse en términos estrictamente formales con el proceso de reforma. Del mismo podría resultar un nuevo texto, completamente nuevo, sin que ello altere estos contenidos o cláusulas pétreas. Este tema es una cuestión de técnica meramente legislativa que excede la otra discusión.

xvii. Tercera conclusión.

¿Qué es lo que permanente, qué es lo que es intangible y en sí, se encuentra siempre en las cosas? La esencia. Su naturaleza. Entonces, ¿se puede sostener la irrevocabilidad de una Constitución? Ya me referí en torno a la conceptualización de esencia. La discusión de las cláusulas o contenidos pétreos tiene que ver con discurrir si hay cuestiones que hacen a la esencia de una determinada Constitución y por lo tanto estos hechos no pueden ser modificables. Si se unen las conclusiones respecto al concepto de Constitución y poder constituyente, mi posición es clara. Siendo que la Constitución es un reflejo del contexto conformado por elementos y factores político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico, que nace desde el poder constituyente naturalmente dinámico, las constituciones *a priori* podrían ser modificadas sin ningún tipo de problema, como dice el mismo artículo de nuestra Constitución, en el todo o en una de sus partes. Pero ciertamente la cuestión es un tanto más compleja.

Con lo visto, lo primero a destacar y que hay que distinguir son las diferencias entre las cláusulas pétreas, los límites implícitos y las declaraciones genéricas. Las primeras, responden a definiciones constitucionales propias de un determinado texto constitucional que se han definido intocables a perpetuidad, básicamente irreversibles, por una determinada técnica constitucional-legislativa que funcionan como cláusula cerrojo ; las segundas no están dichos explícitamente, son tácitos, hacen en parte al derecho natural y en parte a factores comunes compartidos por el contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico; por último, las terceras son aquellas que tenemos en nuestra Constitución (artículos 18 o 17 ya referidos) y expresan deseos de perpetuidad pero que no prohíben expresamente la reforma. De este modo, en nuestra Constitución, no tenemos en un

[Escriba aquí]

sentido estricto y atado a la literalidad del texto ni contenidos o cláusulas pétreos, ni límites implícitos.

Así pues, de nuestro concepto de constitución se puede inferir si los contenidos pétreos pueden o no existir en nuestro sistema jurídico. Así pues, si sostenemos que la constitución contiene cláusulas pétreas la misma *a priori*, al menos sobre las mismas, no puede ser modificada y esas cláusulas resultarán eternas generando una estática a un sistema jurídico que es dinámico por sí mismo. En la otra posición, al sostener que no existen estas cláusulas pétreas la Constitución es pasible de ser reformada y se pondrá en cuestionamiento, al menos, el acto de sostener contenidos pétreos.

Sin embargo, esto no obsta la discusión, como se ha referido, de la doctrina, acerca de estos puntos, la discusión será entre la existencia o no de normas inmodificables versus la realidad dinámica. Ni absoluto predominio de una posición iusnaturalista, ni tampoco a una mirada solamente positivista o totalmente realista, las cosas son un poco más complejas, pues como se ha referido en el sistema que va creando (figura 3 ya referida) implica la consideración de una serie de variables que requieren claro está un derecho dinámico, flexible, adaptable al contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico de cada momento que le darán sentido, legitimidad y gobernabilidad al orden jurídico completo, también requiere la preminencia de considerar en su armado otras variables que hacen al contexto externo como serán las propias del derecho internacional o externo y los acuerdos llegados en él, y por supuesto el derecho natural. Hay que señalar que ese macro contexto también comparte los elementos políticos-filosóficos/ideológicos-deontológicos-sociológicos-históricos-culturales-económicos-jurídicos que le serán propios. Así, podemos encontrar, en todo proceso de ejercicio del poder constituyente un resultado con mayor seguridad y consensos, despejando normas anacrónicas y petrificadas por la dificultad para su adecuación a las necesidades de cada momento. (figura 4)

Esos límites así comprendidos implicarán un núcleo de coincidencias básicas, no al modo en el que se lo conoció en el proceso histórico de la reforma constitucional de 1994, sino como el grupo de coincidencias propias del contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico, tanto en su faz interna como externa, que además se complementará con los

[Escriba aquí]

continuidad del contrato natural con el Estado. Indudablemente hay cuestiones del contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico que tienen ello, esa es su conciencia, pero también ello es dinámico. La cuestión de sostener el culto católico apostólico romano podría ser un ejemplo de ello. En el sustrato y la conciencia de los argentinos, al menos en su gran mayoría se considera al mismo, y más allá de lo que quiere decir la palabra “sostiene” del artículo 2 de la Constitución Nacional, lo que empieza a ponerse en duda poco a poco -algo imposible años atrás- es la absoluta consideración positiva del mismo y los valores de la Iglesia Católica.

En general se usan estos contenidos o cláusulas pétreas con la intención de hacerlos permanentes y por ello tratan de ser rodeados de garantías jurídicas que comprometen cualquier acción futura de cambio a estos contenidos. (Gelli, 2006) Claramente esto contradice las facultades y usos propios del poder constituyente, esto es, crear, construir, innovar y destruir.

Quizás sean las declaraciones genéricas las que tengan una mayor incidencia en el proceso constituyente, al ser ese espacio de los puntos y principios tácitos, compartidos y coincidentes que contienen a su vez las propias referencias del derecho natural y la naturaleza humana, todo resultado del núcleo real de coincidencias básicas del contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico. Así, el mismo texto constitucional y la historia del proceso constitucional describa algunas de estas implícitas circunstancias y elementos.

El Preámbulo, por ejemplo, plantea una serie de variables que son ante todo guía y compromiso de lo que además de pretenderse como resultados de la Constitución, marca expresamente elementos de un momento, siendo eso, elementos de un momento de un contexto determinado, que podrían a futuro cambiar, ampliarse o ser perfectibles. Hoy son puntos que hacen a los elementos del núcleo de coincidencias básicas son el régimen republicano y lo que ello implica, como la división de poderes, la publicación de los actos de gobierno, igualdad de los ciudadanos, responsabilidad de los funcionarios públicos, periodicidad de las funciones, etc. También podemos situar aquí la democracia y el federalismo.

Miradas propias en perspectiva al tema que tratamos, pueden dar por resultado transformaciones a futuro de estos mismos elementos del núcleo de coincidencias

[Escriba aquí]

básicas. Por ejemplo, la división de poderes hoy no implica necesariamente la clásica división ejecutivo-legislativo-judicial y ya hablamos de órganos extra poder como ejes de control de la responsabilidad de las funciones del Estado y como soporte de las garantías y derechos constitucionales, como la Auditoría General de la Nación¹⁰² o el Defensor del Pueblo¹⁰³, respectivamente. Este modelo de órganos extra poder es bastante incipiente y en correlato se requiere participación del Congreso en su designación, aún con su autonomía funcional, eje necesario para la realización de sus funciones, poco a poco y en la medida que cobren la relevancia y la importancia pública, porque no pensar que en años más adelante estos sean elegidos por voluntad popular, lo que sería el perfeccionamiento e innovación de cada uno de estas instituciones constitucionales. En otro espacio, la democracia como la entendemos hoy, no es nada parecida a la democracia entendida en el siglo XIX. Hemos pasado de una construcción meramente formalista de la democracia entendiendo su alcance solamente al acto de elegir a sus representantes, a una democracia sustancial, más participativa en donde los sujetos no solo se expresen en una elección, también lo hagan en la formación de las leyes, en las propuestas y el control del presupuesto y status de las instituciones, se fije en los fines del gobierno y la búsqueda de una igualdad que no sea solamente jurídica sino también económica y social, generando verdaderas oportunidades a todos los integrantes, y aquí hay mucho para desarrollar, innovar y construir. Respecto al federalismo, solo conformado por Provincias, fue un cambio completo la incorporación de la Ciudad de Buenos Aires a la estructura federal así como también la posibilidad de las regiones, siendo esto último instituciones que deben profundizarse y arraigarse en cuanto a sus objetivos económicos y culturales.

En este sentido, hay una línea para destacar de la constitución francesa de 1884, en su artículo 2, que dice: “el poder constituyente de un día no tiene ningún título para limitar el poder constituyente del porvenir” (Colombo Murua, *Limites a las reformas constitucionales*, 2011)

Que hubiera ocurrido si en la Constitución Nacional declaráramos como límites o contenidos pétreos que las mujeres, que no tenían participación política no podían

¹⁰² Artículo 85 de la Constitución Nacional

¹⁰³ Artículo 86 de la Constitución Nacional

[Escriba aquí]

votar y ello quedaba reservado a los hombres de alcurnia y elite... O si negábamos derechos por siempre a las comunidades originarias, oportunamente eliminadas y perseguidas... O si se definía una sola y única manera de pensar y comprender la realidad y el mundo, limitando el librepensamiento... O que hubiera ocurrido si se establecía que se podía explotar como se quisiera y sin límites el ambiente en opción plena al desarrollo absolutamente necesario en los inicios de nuestra historia nacional y no al desarrollo sostenible... O que en función del liberalismo y el capitalismo los trabajadores no tienen derechos... O si en situaciones más extremas limitáramos posiciones políticas como el anarquismo o el socialismo o el peronismo cuando fue la reforma Constitucional de 1957. O se permitiera la esclavización, los tormentos y penas crueles.

La esclavitud, la persecución de las comunidades originarias, la restricción política y social a las mujeres, el valor real de los partidos políticos más allá de las particulares posiciones de cada uno, entre tantas otras cuestiones, ya han sido salvadas, y hay un acuerdo generalizado, parte del núcleo de coincidencias básicas, que a raíz de la misma dinámica social reconoce que son claramente violatorias de los Derechos Humanos, y la naturaleza propia del ser humano. Hay una superación constante de la sociedad que se encuentra con valores que hacen a su concepción más humana y que entrañan su propia naturaleza. Eso es la ampliación de derechos. Comparto plenamente lo que sostiene Colombo Murua, “hablar de un núcleo intangible del orden constitucional no es lo mismo que este es formalmente inmutable, ya que se constituye de principios que son redefinidos constantemente de acuerdo con las circunstancias históricas.” (Colombo Murua, 2011, pág. 39)

Dejar la discusión de los límites pétreos a una cuestión de técnica jurídica es un error. Los contenidos pétreos existen en la medida que sean compartidos por el contexto. cuando esa estructura subyacente padece mutaciones tan esenciales como para no soportar más aquellos contenidos en la estructura constitucional, se puede considerar que la petrificación cede, y que es válido prescindir de los contenidos o cláusulas pétreas. Las limitaciones vienen dadas por el contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico que hacen a la esencia de una Constitución y el uso y ejercicio de las facultades del poder

[Escriba aquí]

constituyente en ese marco, lo que generará real sostén, legitimidad y coherencia completa al sistema jurídico.

En definitiva, tenemos contenidos pétreos en función de la técnica legislativa que lo clausura en un posible momento de reforma constitucional, pero que ya señalé no tienen virtualidad en un proceso de ejercicio de poder constituyente, aunque no debe restársele el valor teórico en sí mismo y su real significancia en el contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico, y en el otro punto, existen contenidos en cuya esencia se manifiesta un deseo y voluntad del poder constituyente de ser *a priori* inmutable aun cuando no lo sea y pueda ser objeto de mutación toda vez que un nuevo poder constituyente así lo entienda, pues eso será verdadero uso y ejercicio de las facultades del poder constituyente.

[Escriba aquí]

V. Supremacía y Control de constitucionalidad.

Estos son los dos últimos elementos de la teoría constitucional. Lo ubico aquí pues ya hemos visto la Constitución, que es el poder constituyente, los procesos de reforma y hemos recientemente visto la denominada “Reforma del 94” que concluye con la Constitución vigente. Fayt¹⁰⁴, luego Schiffrin¹⁰⁵, tomaran como punto de partida nuestra Constitución Nacional para hacer sus planteos, y lo harán sentados en los principios que de aquí se desprenden. El control de constitucionalidad tendrá como asiento elementos propios de la teoría constitucional que son previos y necesarios: supremacía constitucional y la jerarquía de fuentes del derecho.

El derecho positivo se sostiene bajo normas positivas. Esas normas están atadas a un principio rector al que quedan subordinadas. Para el caso de nuestra legislación ello es la Constitución.¹⁰⁶ La supremacía constitucional es el hecho de considerar la Constitución en la punta (o bases) del sistema jurídico subordinando el resto de las normas a su contenido, principios y organización.

Para nuestro sistema constitucional, “el art. 31 declara, pues, la supremacía de la Constitución Nacional por sobre todo el orden jurídico argentino. Este debe subordinarse a aquella y no debe modificarse si no es por el procedimiento establecido” (Gelli, 2006, pág. 364)

Sostener que la Constitución es la norma suprema, implica: que las normas constitucionales tienen jerarquía superior a las restantes normas del orden jurídico, y son así las normas constitucionales las únicas ordenadoras del sistema jurídico; que esto es el fundamento y base de todo el orden jurídico-político del Estado; que todas las normas deben adecuarse a la Constitución tanto en el fondo como en la forma. Así hay tres funciones interrelacionadas que hacen a la supremacía constitucional: la función de ordenación, las normas constitucionales ordenan y acomodan todo el sistema; la función fundacional, las demás normas existen porque derivan de la

¹⁰⁴ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

¹⁰⁵ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017)

¹⁰⁶ Por supuesto, como se ha dicho, las normas se crean en un entorno. Los valores compartidos y hechos que hacen a la sociedad, el contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico.

[Escriba aquí]

Constitución; y la función de concordancia, la Constitución dota de validez a las otras. (Pizzolo, 2002)

El orden de nuestra supremacía constitucional es el siguiente: primero la Constitución Nacional acompañada por los tratados internacionales incorporados a la misma Constitución detallados en el artículo 75 inciso 22, luego otros tratados de derechos humanos, posteriormente tratados de integración, otros tratados y los concordatos con la santa sede. Recién después, tendremos las leyes nacionales, inclusive los Códigos de fondo (Código Civil y Comercial, Código Penal, Código Aeronáutico, etc). Luego vendrán decretos y resoluciones nacionales, para dar pie a continuación a las Constituciones Provinciales, sus leyes, Cartas Orgánicas, Ordenanzas, otros decretos y actos administrativos.¹⁰⁷ (figura 5)

Pizzolo (2002), seguirá a Sagües y dirá que existe una clasificación compleja respecto a los distintos instrumentos internacionales, concluyendo en seis tipos de ellos, a) los del 75.22 de la C.N. *in limine*; b) las declaraciones, convenios y tratados referentes a derechos humanos del 75.22 segundo párrafo; c) demás tratados y convenciones que se incluyan a futuro en materia de derechos humanos del 75.22 tercer párrafo; d) tratados relacionados a los procesos de integración latinoamericana del 75.24 de la C.N.; e) tratados y procesos integrativos con otras zonas del 75.24 segundo párrafo; f) convenios internacionales que celebren las provincias como prevé el art. 124 de la C.N. Desde aquí sostendrá que existen dos categorías de tratados, primero los propios en materia de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y los demás tratados de derechos humanos con los de integración, y segundo los demás tratados, que de todos modos tienen jerarquía supralegal. (Pizzolo, 2002)

Todo esto es lo que requiere ser interpretado y armonizado. El art. 31, 75 inc.22 y 24, y art. 27.

¹⁰⁷ Dice María Angélica Gelli que la convención del 94 tuvo varias alternativas a la hora de definir la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico argentino. Se mantuvo el hecho de que sea la Constitución el eje rector del ordenamiento jurídico unido a los Tratados de Derechos Humanos y su superioridad sobre las leyes. (Gelli, 2006)

[Escriba aquí]

Figura 5



Un tema no menos por las discusiones que pueden darse a futuro, está dada entonces, por los Tratados de Integración que implican pensar incluso la posibilidad de una supremacía supra Estatal a raíz de “la delegación de competencias y jurisdicción en organizaciones supraestatales” (art. 75.24 de la C.N.).¹⁰⁸ Luego también resta pensar

¹⁰⁸ Gelli (2006) señala una cuestión de interpretación hermenéutica sobre el tema, sobre la siguiente parte: “normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”

El artículo completo dice: 75.24 C.N. - Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En tanto no hay claridad respecto al alcance, existen tres hermenéuticas del texto: “que las normas superiores a las leyes sean: a) las que crean los organismos que ejercen las competencias y la jurisdicción delegada; b) las disposiciones emanadas de esos organismos; c) ambos tipos de normas. Sin embargo, una interpretación

[Escriba aquí]

si esto, como sostiene Pizzolo (2002), implica reformas indirectas al texto constitucional por la posibilidad de ampliar los contenidos o incorporar nuevos; dice en ese sentido:

“la “transferencia” de competencias nacionales a un ente supranacional significa, a menudo, una “reforma indirecta” de la Constitución como ocurre, por ejemplo, si se conceden facultades legisferantes al órgano supranacional o atribuciones judiciales por las que puede dejar sin efecto fallos de la Corte Suprema. (...) Cuando la Argentina se encuentre frente al desarrollo de la variable derecho comunitario, vera agudizarse la crisis por la supremacía del orden jurídico nacional que este derecho mantiene con cualquier Constitución. ¿Por qué?, porque a la disputa por la cúspide del orden jurídico se suman ahora los instrumentos internacionales con “jerarquía constitucional”. Es decir, se aumenta el área clásica de conflicto entre las normas constitucionales y las normas de derecho comunitario, al extenderse la misma a un plexo de normas contenidas en los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional. En consecuencia, para el futuro, si las normas constitucionales ejercieran la “función de concordancia” limpiando de cualquier impureza constitucional al derecho comunitario originario contenido en los tratados de integración: estos no solo deberán de pasar por el filtro del artículo 27 (CN) –teniendo que respetar los principios del derecho público establecidos en la Constitución – sino que, además, deberán cuidarse de no contradecir ninguna de las numerosas normas establecidas en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional” (Pizzolo, 2002, pág. 398)

Cuando la doctrina refiere, entonces, a supremacía constitucional, afirmará que la Constitución es la norma suprema por sobre el resto del ordenamiento jurídico. Así, las normas constitucionales tienen jerarquía superior a las leyes, son ordenadoras del sistema y que esto es la base y fundamento de todo el sistema. (Pizzolo, 2002) En mi parecer será el centro del sistema jurídico completo, como de algún modo lo vengo exponiendo en las figuras precedentes.

Es interesante a modo ilustrativo de esta completa situación y la interacción del nuevo orden de supremacía constitucional, verlo en dos casos concretos, y como ello se amalgama en la construcción y la interpretación del derecho, lo que va dotando de

finalista del art. 75, inc. 24, sobre la cuestión, indica que para preservar y garantizar la eficacia de la integración, tanto las normas que delegan competencias y jurisdicción en las organizaciones supranacionales –por ejemplo, un eventual parlamento latinoamericano o un posible tribunal judicial del Mercosur – como las disposiciones que al efecto de la integración dicten esos organismos, deben prevalecer sobre las leyes internas, desde luego bajo condición de reciprocidad. Esta interpretación, aunque no es condición suficiente, si es condición necesaria de la integración. La alternativa a ello –la negociación bilateral entre gobiernos de los países en eventual conflicto por los problemas derivados del *mercado común*- conspira contra la seguridad de los negocios, genera desconfianza de los Estados más pequeños y diluye la integración” (Gelli, 2006, pág. 374)

[Escriba aquí]

sentido al contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico. El primero refiere a una situación de adopción de un menor por sus abuelos. En este fallo¹⁰⁹, el máximo tribunal de la provincia de Santa Fe confirmó una sentencia de Primera Instancia otorgando la adopción a favor de los abuelos del menor, descartando la prohibición establecida en el artículo 5 inciso b de la ley de Adopción, Ley 19.134/10, ley que hubiera resultado aplicable y sobre la cual *a priori* parecería que dicha sentencia es contraria a una expresa norma legal, lo cierto es que la sentencia es una gran muestra de la aplicación del derecho en todo el sistema jurídico aplicando la Convención sobre los Derechos del Niño, consagrada en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, que ocupa un lugar por sobre la mera ley, pues, como ya se señaló, los tratados internacionales en materia de derechos humanos incorporados en este apartado de la Constitución, revisten el carácter de norma jurídica con jerarquía constitucional y, a decir de Pizzolo (2002), tienen inmediata operatividad. Entonces, frente al caso concreto en donde se contraponen una ley superior con jerarquía constitucional que establece que ha de cuidarse primordialmente el interés superior del niño, y una ley inferior, cuya prohibición legal conspira contra dicho interés, la solución es adaptar la situación a la norma superior y no aplicar la inferior en función de su espíritu y objetivo. El otro caso tiene que ver con el instituto de la indignidad en materia de sucesiones, en torno al caso de la vocación de la sucesión hereditaria de Ricardo Barreda quien había matado a su esposa, suegra e hijas, en un episodio conocido como el crimen del odontólogo, cuando aún no estaba en la agenda política la cuestión del feminicidio¹¹¹. En el fallo sobre la cuestión sucesoria,¹¹² la jueza Sandra Nilda Grahl, atendió al reclamo del demandante, declarando la legitimación activa para que promueva la acción y afirmando que, efectivamente, era “indigno” que Barreda pueda acceder a este acervo hereditario, pero situó la pretensión del actor, sobrino de una de las víctimas del asesinato causado por

¹⁰⁹ (Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, Sala III, “T., J.A. y otra”, 21/12/1995)

¹¹⁰ Hoy es la Ley 24.779 incorporada al texto del Código Civil y Comercial (Fuente: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42438/texact.htm>)

¹¹¹ Fuente: Para Barreda, eliminar a esas mujeres fue como una liberación (13/08/2004) La Nación. Recuperado el 28/06/2018 en: <https://www.lanacion.com.ar/1526133-rodolfo-palacios-para-barreda-eliminar-a-esas-mujeres-fue-como-una-liberacion>

¹¹² (Juzgado en lo Civil y Comercial 17 de La Plata, “Fernández Arreche, Hugo Enrique c/Barreda, Ricardo Alberto s/Exclusión de herencia”, 27/11/2014)

[Escriba aquí]

Barreda - que teniendo en cuenta la exacta línea sucesoria no hubiera podido alcanzar derecho sucesorio por estar en el quinto grado respecto a las hijas del parricida cuando el derecho argentino permite hasta el cuarto grado- en la Convención Belem do Pará, sobre los Derechos de la Mujer, declarando que la aplicación restringida de la norma local es este caso resulta injusta y atentatoria del régimen de protección de los Derechos Humanos de la Mujeres, velando de este modo que los efectos de las disposiciones de la citada Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.¹¹³

De esta forma, queda claro que nuestro ordenamiento no termina en la ley y su literalidad; la ley está por debajo de la Constitución Nacional cuya supremacía comparten los instrumentos internacionales de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad federal, y no solo será una cuestión del orden de prelación, también de su integración con otros principios, de integración ante las lagunas y de integración respecto a lo que pueda resultar como espacios en donde el espíritu y objetivos del texto constitucional deba prevalecer ante los casos concretos.

En su perspectiva del tema, Gelli (2006) explica que la realidad muestra que las normas inferiores (del orden federal, provincial o municipal) pueden vulnerar en sus disposiciones a la misma Constitución, pero como ya se dijo que la misma es suprema,

¹¹³ Dice la sentencia del caso, sobre lo puntual, y remarco: “Sobre esta base, entiendo que el caso de autos, debe ser abordado desde la perspectiva de género y de tutela efectiva de los derechos humanos de las mujeres; la muerte de estas dos jóvenes se produjo de la mano de su propio padre quien había planeado el hecho –forma máxima de violencia-, todo esto claro está, en un clima familiar bastante conflictivo y ocultado por todos sus miembros hacia afuera (ver sentencia condenatoria fs. 68 vta./69). Debe tenerse en cuenta que el artículo 2 inc. a de la Convención de Belem do Pará señala que “se entenderá que violencia contra la mujer, incluye la violencia física, sexual y psicológica... que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal... (...) *Para dar cumplimiento al mandato constitucional (art. 75 inc. de la CN) y haciendo el control de convencionalidad conforme a las directivas del Corte IDH, corresponde adaptar la normativa interna o doméstica, en este caso el artículo 3304 del Código Civil Argentino, extendiendo la legitimación para demandar por indignidad al primo segundo de las víctimas de homicidio –Adriana Barreda y Cecilia Barreda- Hugo Enrique Fernández Arreche – colateral en quinto grado- a fin de asegurar que ambas mujeres objeto de violencia tenga acceso efectivo al resarcimiento, reparación u otro medio de compensación justo y eficaz (art. 7 inc. g de la Convención de Belem do Pará), declarando que la aplicación restringida de la norma local es este caso resulta injusta y atentatoria del régimen de protección de los Derechos Humanos de la Mujeres, velando de este modo que los efectos de las disposiciones de la citada Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.*” (Juzgado en lo Civil y Comercial 17 de La Plata, “Fernández Arreche, Hugo Enrique c/Barreda, Ricardo Alberto s/Exclusión de herencia”, 27/11/2014, punto 3.3, 4to párrafo)

[Escriba aquí]

no se puede permitir que esa realidad se desenvuelva, pues de aceptarlo se vulnera la división entre constituyente y poder constituido, lo que destruye la supremacía constitucional.

Para Ekmekdjian (1995) la Constitución es una super ley que es marco de referencia de las restantes normas jurídicas. Para Bidart Campos (2007) la Constitución formal, con este carácter, obliga a que normas y actos estatales y privados se ajusten a ella lo que hará congruente y compatible el sistema y orden jurídico completo con la misma Constitución.

xviii. Supremacía y control de constitucionalidad - “Marbury vs Madison”

Dicho todo lo anterior, entramos al tema de lleno. Este concepto nace en el antecedente “Marbury vs Madison”¹¹⁴ a partir del voto del *chief justice* Marshall, en el cual al

¹¹⁴ Resume Mooney al respecto de la situación y antecedentes del precedente judicial, citando partes del mismo, que en el año 1801 el entonces presidente de Estados Unidos John Adams, segundo presidente de la historia constitucional de este país, designó a Marshall como presidente de la Suprema Corte junto con otros jueces entre los que se encontraba también Marbury. Finalizado el mandato presidencial es sucedido por Thomas Jefferson, uno de los principales forjadores del proceso de Independencia en Estados Unidos y redactor de la Declaración de la Independencia, tras una reñida elección presidencial que había culminado en un empate virtual. Unos pocos días antes, el 4 de febrero de ese año, John Marshall como presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Marshall era, hasta entonces, el ex-secretario de Estado de Adams. Desde la elección de Jefferson hasta su asunción como presidente, el 4 de marzo, ocurrirían hechos trascendentes. En ese breve interregno, el presidente saliente –aparte de la designación de Marshall en la Corte– dispuso tres medidas que originarían un fuerte enfrentamiento con el presidente entrante. Por un lado, propuso la modificación de la Judiciary Act, y redujo el número de jueces de la Corte Suprema de seis a cinco. La razón ofrecida públicamente fue que el sexto juez del alto tribunal, Cushing, estaba enfermo y no podía desempeñar su función. Pero era obvio que esa reducción le quitaba a Jefferson la posibilidad de, una vez asumido su cargo, designar un reemplazante. En el proyecto también se creaban dieciséis cargos de jueces de circuito. Esta propuesta fue aprobada por el Congreso el 13 de febrero. Por otro lado, unos días después, Adams envió un nuevo proyecto de ley referido a la Carta Orgánica del Distrito de Columbia (hoy Washington D. C.). En dicho proyecto se proponía, entre otras cosas, la creación de juzgados de paz para el distrito, unidades que estarían a cargo de jueces que se desempeñarían 5 años en el puesto. El Congreso aprobó la ley el 27 de febrero y autorizó al presidente a designar los magistrados para ocupar esos tribunales. El 2 de marzo, es decir, un día antes de que Jefferson jurara como presidente, Adams propuso 42 personas para cubrir esos puestos y, al día siguiente, el Senado prestó su acuerdo. Rápidamente, Adams firmó todas las designaciones y se comenzó una febril carrera contra reloj, a fin de notificar a cuantos jueces se pudiera. Se trabajó durante toda la noche corriendo con esas diligencias, pero, a causa de la cantidad de nombramientos, los correspondientes a Marbury y a sus tres posteriores litisconsortes quedaron sin ser formalmente comunicados a sus destinatarios. El oficial notificador era James Marshall, hermano de quien, como se dijo, era, *simultáneamente*, presidente de la Corte Suprema y secretario de Estado. Una vez que Jefferson asumió la primera magistratura, ordenó a su secretario de Estado, James Madison, que retuviera las designaciones pendientes. *Marbury y otras tres personas postuladas, que también contaban con acuerdo del Senado, solicitaron al secretario de Estado que les notificara sus designaciones. Pero Madison nunca los notificó. Ante su silencio, en diciembre de 1801, los cuatro perjudicados, con el patrocinio letrado del ex Fiscal General de Adams, Charles Lee, iniciaron demanda ante la Corte Suprema, invocando su competencia originaria y solicitándole a ésta que ordenara a Madison, a través del denominado writ of mandamus, que los pusiera en funciones.* El

[Escriba aquí]

respecto¹¹⁵, la Corte Suprema de Justicia en Estados Unidos consolidó una serie de principios o ejes que aún subsisten en nuestra forma de considerar la cuestión constitucional del control de constitucionalidad expresados en el siguiente razonamiento: por un lado, afirmó la competencia de los tribunales federales para revisar los actos de gobierno, para el caso el del Secretario de Estado y que los funcionarios son responsables por sus actos y responder en consecuencia; por el otro, para deslindar qué casos podían ser revisados por los tribunales y cuáles no, habló de la existencia de una categoría de cuestiones, llamadas cuestiones políticas, estas tienen que ver con atribuciones que la Constitución otorga al Ejecutivo y que, por tanto, no eran cuestionables judicialmente; posteriormente amén de las competencias propias asignadas a la Corte, la misma Corte Suprema también tendrá competencia apelada de las cortes de circuito y de aquellas con asiento en los diferentes Estados; y tendrá poder para expedir derechos o prohibiciones dirigidas a las cortes de distrito, cuando procede como tribunal de almirantazgo y jurisdicción marítima, y *writs of mandamus* (como era la cuestión del caso) en aquellas situaciones basadas en los usos y principios de derecho, respecto de cualquier tribunal o funcionario que actúe bajo la autoridad del

tribunal solicitó al demandado que informara sobre la exactitud del reclamo y, eventualmente, las causas por las cuales se habrían retenido esas cédulas. Madison, sin embargo, nunca respondió. El estado de la causa parecía indicar que ella se encontraba ya en condiciones de ser resuelta. No obstante, el fallo se haría esperar. A principios de 1802 el Congreso, por ley, impidió que la Corte Suprema sesionara, aboliendo el inicio de los períodos de reuniones que debían principiar en junio y en diciembre. De allí que la decisión recién se conociera dos años después de iniciada la causa, esto es, en 1803. Como se sabe, *en su sentencia la Corte se extendió largamente sobre el derecho de los actores y la obligación en la que se hallaba Madison, a la luz del derecho vigente. A pesar de ello, la Corte consideró que la ley invocada por Marbury y sus litisconsortes para surtir la competencia originaria del Tribunal en materia de writs of mandamus era inconstitucional, lo que la privaba de jurisdicción en el caso.* (Mooney, 2000)

Puede verse una traducción del fallo en la siguiente página web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos30558.pdf>

¹¹⁵ Al igual que en Inglaterra, en la Corte Suprema norteamericana una sentencia se descomponía en tantos votos (u opiniones) como jueces había en el tribunal. Cada juez emitía un voto fundado, expresando las razones que lo inclinaban en tal o cual sentido. Es lo que se conoce en esas jurisdicciones como decisiones *seriatim*. Así redactaba sus decisiones la Corte Suprema norteamericana, hasta la llegada de Marshall. A instancia suya, el tribunal abandonó dicha práctica y optó por delegar en uno de sus integrantes la responsabilidad de proyectar la sentencia del caso, decisión que, a partir de entonces y hasta hoy, estaría precedida de la frase “Opinión de la Corte” (*Opinion of the Court*). Consecuentemente, el designado –Marshall, en los casos más importantes– redactaba un voto, y aquellos que coincidían con él, adherían. A quienes no coincidieran con la decisión o con sus justificaciones, por otro lado, les estaba permitido redactar votos concurrentes o disidentes. Esta modalidad permitía que el juez preopinante tuviera el control del texto del proyecto, el que podía recibir añadidos o enmiendas propuestas por los restantes, a cambio de firmar todo un solo documento y presentarse ante la sociedad, conforme anhelaba Marshall, como un tribunal unido y con una sola voz. Así fue cómo, en definitiva, la sentencia dictada en este caso consiste en un texto único tal cual la conocemos. (Sola, 2001)

[Escriba aquí]

gobierno de los Estados Unidos; también, y muy importante, se reflexiona en el fallo sobre la posibilidad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes federales y otras leyes; y por último, rescata un principio fundamental, será la Corte el último intérprete de la Constitución. (Mooney, 2000)

Citando a Marshall en el fallo, se señala,

“Por cierto que es competencia y deber de los tribunales decir lo que es la ley (...) Si dos leyes entran en conflicto, los tribunales deben decidir cómo opera cada una de ellas. Así, si una ley estuviera en contradicción con la Constitución; si ambas, la ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, la Corte o debería decidir el caso de conformidad con la ley, desechando la Constitución; o de acuerdo a la Constitución, desechando la ley; la Corte debe resolver cuál de estas reglas en conflicto gobierna el caso. Esto hace a la esencia misma de la función judicial” (Mooney, 2000, pág. 93)

Este párrafo es interpretado no sólo por reconocerle competencia a la Corte en un conflicto de esas características sino también como que esa voz es decisiva. Pero sus derivaciones no se limitan a ese punto. En estas cuestiones, como se dice textualmente, tendrán voz los demás tribunales del país, dado que interpretar la ley y resolver los conflictos normativos, inclusive el que se pudiera presentar entre una ley y la Constitución, hace a la esencia misma de la función judicial. (Mooney, 2000)

Lo interesante de fallo, es que crea de forma pretoriana un control a los demás poderes en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. Y lo particular es que lo hace *obiter dictum*, esto es, se excede de lo que estrictamente se ponía a consideración para ser fallo y da argumentos no necesariamente esenciales para dilucidar el tema sujeto a su consideración.

Lo cierto, es que desde aquí tenemos el control de constitucionalidad. Tenemos dos grandes sistemas de control de constitucionalidad. Hacemos un cuadro didáctico en sus diferencias:¹¹⁶

¹¹⁶ Sigo a Sola con este fin (Sola, 2001)

Hace notar también el autor que existen muchas formas intermedias al respecto que reúnen los elementos de los dos sistemas.

[Escriba aquí]

<u>Sistema difuso</u>	<u>Sistema Concentrado</u>
El control se distribuye en distintos órganos	El control se concentra en un solo órgano judicial
Se ejerce por vía incidental, las cuestiones de constitucionalidad no pueden ser sometidas a la decisión de los órganos judiciales en vía principal, es decir a través de un proceso constitucional específico y autónomo iniciado ad hoc., sino que lo debe hacer en un proceso de carácter común y siempre que la norma que se discuta sea pertinente al caso concreto.	Se ejerce por vía directa generalmente. Se somete a un órgano por un proceso constitucional específico y autónomo.
El juez que entiende en el caso resuelve la cuestión y planteo de inconstitucionalidad	Lo resuelve la Corte Constitucional especial por un proceso específico. Puede llegarse por vía directa o incidental.
La decisión es meramente declarativa, la norma constitucional sigue vigente y el tribunal no la aplica al caso juzgado.	La decisión es constitutiva, erga omnes. La norma queda derogada.
Mayor inseguridad jurídica al no derogar la norma. Pueden existir cambios en la historia que manifiesten distintos criterios de interpretación a la validez de la norma.	Seguridad jurídica y previsibilidad en los negocios.
Mayor creatividad, si una norma es constitucional en una época puede no serlo en otra, o viceversa.	---
---	Sistema de Kelsen. Evitar el gobierno de los jueces.

Muestra Pizzolo (2002) que el control de constitucionalidad puede ser judicial, político o mixto. El típico control judicial está a cargo de órganos judiciales y tiene origen en Estados Unidos resultante del fallo *Marbury vs Madison*. Aquí el Poder Judicial, de modo concentrado o difuso como ya referí, será quien actué en el proceso de los frenos y contrapesos propios del sistema republicano y garante del sistema jurídico constitucional. Nuestro país adapta este sistema. El sistema de control de constitucionalidad político sostiene que en tanto el Parlamento es el único depositario de la soberanía del pueblo lo que implica que la ley, derivada de tal, es la expresión de

[Escriba aquí]

esa voluntad, de allí que un juez, no elegido por el pueblo, tiene imposibilitado el resultado de lo producido por el Parlamento, por lo tanto, requerirá un órgano político de control. Los sistemas mixtos toman ambos, del judicial difuso la posibilidad de los jueces, cualquiera de ellos, de revisar un tema constitucional, y del control político para los casos en donde la acción de inconstitucionalidad solo puede ser promovida por determinados funcionarios ante un órgano político de control cuya decisión posterior será *erga omnes*.

En términos estrictamente procesales, puede ser *a priori* y *a posteriori*. El primero se hace en vigencia de las normas de control, de carácter preventivo. El segundo es post entrada en vigencia de la norma que se pretende controlar, de carácter reparador. Según los efectos que provoca el control de constitucionalidad, pueden ser *inter pares*, lo que en caso de invalidez de la norma no constitucional solo tendrá efectos entre las partes y sin alcance general, o *erga omnes*, en cuyo caso se dará la nulidad de la norma en cuestión en todo caso o situación. (Pizzolo, 2002)

En nuestro país, el primer antecedente de control de constitucionalidad lo encontramos en el caso Sojo.¹¹⁷ El caso tiene similitudes con el precedente estadounidense “Marbury” aunque con soluciones distintas, pues, no declara la inconstitucionalidad de una norma. La situación fáctica era la siguiente: Eduardo Sojo, fundador del periódico “Don Quijote”, que mediante caricaturas por él firmadas denunciaba la corrupción en el gobierno en la Década Infame, con especial énfasis durante las sesiones del proyecto de ley de Arrendamiento de las Obras de Salubridad, caricaturizó este trámite del Congreso y fue puesto en prisión en virtud de una resolución de la Cámara de Diputados de la Nación que ordenó que así sea por el tiempo que duren sus sesiones, el 4 de setiembre de 1887. El actor, y claro perjudicado, interpone recurso de habeas corpus ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación fundando la competencia de la misma. (Sola, 2001) El fallo en mayoría no dio lugar al planteo excluyéndose por una cuestión de competencia: “esta Corte no tiene jurisdicción originaria en la presente causa, debiendo el recurrente ocurrir donde corresponda”¹¹⁸ ; pero del dictamen del

¹¹⁷ (C.S.J.N. - Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación s/ habeas corpus, 1867)

¹¹⁸ (C.S.J.N. - Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación s/ habeas corpus, 1867, pág. conclusión de mayoría)

[Escriba aquí]

Procurador y los votos en disidencia de los jueces Ibargúren y De La Torre, se perfiló una opinión diferente por el cual la Corte sí era competente en revisar la cuestión de fondo en tanto lo reclamado emitía de una decisión de un poder del Estado.¹¹⁹

El texto de nuestra Constitución no contiene un artículo que expresamente se refiera al control de constitucionalidad. Sin embargo, la doctrina nacional adopta su relato en el artículo 31 de la Carta Magna. El mencionado contiene dos principios claves, supremacía y jerarquía constitucional.

Destaca Gelli (2006) al respecto que la Corte elabora los fundamentos de control de constitucionalidad a partir del principio de supremacía -por ello es importante detenernos en esto previo al tema control de constitucionalidad en sí-, que el poder judicial debe entender en los temas que hacen a la Constitución y sus declaraciones y es entonces deber de la Corte Suprema ser el controlador y garante de la Constitución en su aplicación y vigencia, que se fijó el propio límite del Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de la norma como son cuestiones políticas no judiciales, y declaró una inconstitucionalidad de oficio que no había sido solicitada.

Para definir los alcances y límites del control de constitucionalidad en la Argentina y su procedencia, debe decirse que el sistema es difuso, cualquiera de los tribunales

¹¹⁹ Detallo un extracto de ambos votos en disidencia, remarcando en cursiva algunos puntos.

Fundado en estas consideraciones, que, *aparte de la autoridad de la ley del Congreso, tienen en su favor la de los precedentes de esta Corte, que ha ejercido constantemente hasta el presente sin una sola excepción la jurisdicción originaria que aquella ley la defiere, según lo demuestran los casos á que se refiere el Señor Procurador General en su precedente vista*, y en las demás razones aducidas por este funcionario, mi voto en la presente cuestion es porque *la Corte se declare competente para entender en el concurso deducido, y proceda á conocer de él en el fondo*. (C.S.J.N. - Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación s/ habeas corpus, 1867, pág. voto en disidencia de De la Torre)

¿Puede establecerse desde luego que el recurso de "habeas corpus", creado por el artículo veinte de la ley de 14 de Setiembre de 1863, es un caso de jurisdicción originaria, y no de jurisdicción apelada? La mayoría de la Corte, fundada en que es un caso de jurisdicción originaria, no comprendido en el artículo 101 de la Constitución, ha decidido que este alto Tribunal es incompetente para conocer de él. Por el recurso de "habeas corpus" se somete á la revisión de un Tribunal la resolución pronunciada en una causa de que otro ha tomado ya conocimiento. Esta facultad de revisión es lo que constituye la jurisdicción apelada, según lo establecen uniformemente los comentadores norteamericanos, colocando dicho recurso entre las formas en que puede ejercerse dicha jurisdicción, y la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso de Bollman y Swartwont ha decidido terminantemente que el recurso de "habeas corpus" es por su naturaleza de jurisdicción apelada. Se observa que esto solo puede entenderse cuando se interpone contra un auto de prisión expedido por los jueces inferiores. Pero yo pregunto ¿cambia de naturaleza el recurso según sea la clase de autoridad de que emana la resolución que lo motiva? Evidentemente que no. El recurso se conserva siempre el mismo, ya sea que se interponga contra una orden de prisión emanada de juez federal, ó de cualquier otra autoridad nacional. (C.S.J.N. - Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación s/ habeas corpus, 1867, pág. voto en disidencia de Ibarguren)

[Escriba aquí]

puede ejercer ese control, pero será la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien actuará como última y definitiva instancia de revisión extraordinaria. El control de inicia a pedido de parte y produce los efectos entre ellas. El fin, establecer el orden normativo acorde a la supremacía constitucional. A la luz del 75.22 de la C.N. debe interpretarse en razón del nuevo tracto de supremacía constitucional y el bloque de constitucionalidad.

xix. Control Judicial de una Reforma Constitucional: las políticas no judiciales y el principio de corrección funcional

Este es el momento más crítico y en mi parecer el que nunca debería de ocurrir, en los procesos de control de constitucionalidad. Bien dice Gelli:

“uno de los problemas que plantea el control de constitucionalidad de una reforma constitucional consiste en *el eventual recorte de las atribuciones reformadoras hasta límites inadmisibles para la soberanía popular*. Encontrar algún punto de solución implica dar con muy buenas razones – es decir fundamentos de orden político- para postular tal revisión y, por otro lado, *establecer, muy claramente, los límites a tal control para no reemplazar la voluntad reformadora – en cabeza del Congreso, del electorado y de la Convención-* por la Corte Suprema de Justicia, en última instancia. (Gelli, 2006, pág. 347)¹²⁰

Se ha usado a veces la teoría del resguardo al sistema democrático para justificar los procesos revisión de enmienda a la Constitución. El caso Polino en el voto del Dr. Fayt por ejemplo, que veremos más adelante. Pero la misma teoría les sirve a los mismos para restringir el control abriendo el camino de las cuestiones políticas no justiciables. Sobre ese tema, las cuestiones políticas no judiciales me explayaré en el capítulo siguiente.

La reforma de 1949 que dio nacimiento a la Constitución del 49´ tuvo un antecedente de control, pero en el mismo seno de la Convención, quien reviso el proceso preconstituyente. Fue el convencional Arturo Sampay quien condujo el tema para justificar el proceso de reforma y la ley declarativa.

“Solo después de argumentar acerca de la corrección del procedimiento empleado en el caso, sostuvo que la Convención – poder constituido- carecía de atribuciones para controlar lo operado por el Congreso. El orden de análisis elegido por Sampay sosteniendo en último término los límites a las atribuciones de la Convención como poder constituido que esta era, le permitió al convencional evaluar la pertinencia de la ley declarativa y, en consecuencia, revisar en el seno de la Convención la constitucionalidad

¹²⁰ La cursiva me pertenece.

[Escriba aquí]

del proceso preconstituyente, pese a lo que en contrario argüía.” (Gelli, 2006, pág. 350)

En mi opinión, la cuestión tiene que ver con la posibilidad de un poder constituido como lo es el Poder Judicial, pueda controlar lo actuado por un poder constituyente, aún, cuando se le quiera dar la distinción de derivado. Pareciera ser que la seguridad jurídica al menos se vería socavada.

Hacía un esbozo tomando a Pizzolo y caracterizaba al mismo en torno a la previsibilidad. Argumenta el autor:

“para garantizar la previsibilidad, el derecho apela a organizarse en base al principio de jerarquías. Esto es, enuncia un conjunto de reglas básicas en la Constitución y de ahí en más dispone que todos los actos jurídicos deban conformarse a estas reglas para obtener validez jurídica. De modo tal que, en todo momento, existe un conjunto de reglas – las normas constitucionales – que permanecen inmodificables y excluidas de la competencia de los poderes constituidos, dando sustento a la seguridad jurídica. El mecanismo anterior solo sede frente al mecanismo de reforma constitucional. Este no altera la seguridad jurídica, siempre y cuando sea ejercida conforme a lo legado por el poder constituyente originario” (Pizzolo, 2002, págs. 385-386)

De todos modos, el autor va más allá y profundiza:

“quién ejecuta la reforma, como sabemos, es el poder constituyente derivado. ¿Tiene este poder la misma jerarquía que los poderes constituidos, o preserva la jerarquía superior del poder creador de la Constitución? (...) si se trata de un poder constituido significa que, el producto de su ejercicio, la reforma constitucional, tiene la misma jerarquía que las normas emanadas de aquellos poderes, lo que es improcedente pues significaría acabar con el principio de jerarquía y la seguridad jurídica implícita en él. Como vemos, la única forma de respetar dicho principio, es manteniendo la jerarquía superior de los actos del poder constituyente derivado. En consecuencia, si se admite la competencia de un poder constituido – el judicial- para controlar los actos de una jerarquía que le es superior, ocurre que en la práctica se le otorga el carácter de “constituyente” a un poder constituido, destruyendo así un principio esencial del estado de derecho” (Pizzolo, 2002, pág. 386).

Lo hasta aquí dicho son bases muy interesantes para evaluar a posterior lo referente a los antecedentes jurisprudenciales Fayt¹²¹ y Schiffrint.¹²²

¹²¹ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

¹²² (C.S.J.N - Schiffrint, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017)

[Escriba aquí]

Principio de corrección funcional

Hernandez (2001) introduce un principio muy interesante al respecto y que nos sirve a los fines de las evaluaciones posteriores e incluyo en este apartado: “**principio de corrección funcional**”. Básicamente dice:

“el producto Constitucional de una Convención Constituyente solo puede ser revisado por otra Convención Constituyente, o sea por la misma jerarquía suprema de ejercicio de la soberanía popular. Nunca por los poderes constituidos, pues se encuentran en una situación inferior y aunque sea el Poder Judicial e incluso por la más alta Corte del país” (Hernandez (H), 2001, pág. 57) ¹²³

En definitiva, en tanto es la Constitución es el primer resultado de ese primer motor, valga la redundancia, del orden jurídico como es el poder constituyente, solo puede un mismo nivel de creación por la naturaleza y esencia propia del mismo, podría, en el peor de los casos, evaluar una situación como esta. Esa evaluación o juzgamiento sería con el mismo fin de creación constitucional, para enmendar lo dispuesto o rectificar aquello.

Si bien, la Corte Suprema es la última instancia de interpretación de la Constitución, el principio de corrección funcional, busca que el análisis que se haga del texto constitucional en relación a sí misma, respete las competencias de los poderes públicos y organismos estatales sin restringir las funciones constitucionales de algunas de ellas.

En la antítesis del principio de corrección funcional, ubicamos la postura que cita Sola nombrando a Cueto Rua¹²⁴ en donde describe los puntos de control de constitucionalidad de una reforma constitucional:

“i) es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de cualquier reforma constitucional, si para establecerla no se ha seguido el procedimiento establecido por la Constitución. ii) Es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, si el contenido de la reforma se halla prohibido para siempre por la misma Constitución que pretende reformar (por ejemplo la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino y quedan abolidos para siempre la pena de muerte políticas, toda especie de tormento y azotes). iii) es posible modificar válidamente la Constitución, aunque la reforme implique sustituir o afectar los principios que la sustentan, aunque estos sean los del derecho natural, excepto la limitación del punto anterior”. (Sola, 2001, pág. 292)

¹²³ Sigue aquí a Konrad Hesse “Escritos de Derecho Constitucional”, que a su vez es citado por Néstor Sagues en la obra “La interpretación judicial de la Constitución”, Bs.As. 1998: Depalma.

¹²⁴ La obra data de 1944.

[Escriba aquí]

Ahora bien, el mismo Sola, luego dirá que sobre el control de constitucionalidad de una constitución que los jueces no deben intervenir. Parafrasea a Marshall y sostiene que:

“el ejercicio del control de constitucionalidad no debe hacerse buscando en la Constitución la prolijidad de un Código, si en el tema del ejercicio del poder constituyente la Constitución no pone precisiones estrictas sobre el contenido y remite a las mayorías en la decisión popular, los jueces no deben intervenir” (Sola, 2001, pág. 294)

En esa línea manifiesta que siendo la reforma constitucional un tema cercano al ejercicio de la soberanía popular, el ejercicio del control judicial debe hacerse con extrema cautela, mayor que el ejercicio normal del control de constitucionalidad de las leyes. (Sola, 2001)

Las cuestiones políticas no judiciales

Este tema no es menor, pues define hasta donde el poder judicial puede intervenir en las decisiones políticas tomadas por los órganos de gobierno o no, y en su caso, el alcance, en tanto tiene que ver con una decisión que genera de un modo u otro una norma y la misma es susceptible de pasar por el tamiz del control de constitucionalidad. Constantemente las decisiones políticas pueden tomar un estado tal que esta doctrina puede o no generar efecto. Dólar futuro¹²⁵, fijación de las tasas de interés del Banco Central de la República¹²⁶, el pacto con Irán y si Memorándum de entendimiento¹²⁷, son entre otras algunos ejemplos recientes de cuestiones políticas no judiciales que se discuten, con posiciones a favor y en contra de ello.

En vista a un proceso de reforma constitucional, en donde previamente hay una decisión política en avanzar por ello, el tema claramente reviste una importancia trascendente, pues podría sindicarse el proceso de vicios constitucionales y por el otro

¹²⁵ Fuente: De qué se trata la causa de dólar futuro (23/05/2017) Perfil. Recuperado el 26/06/2018 en: <http://www.perfil.com/noticias/economia/de-que-se-trata-la-causa-de-dolar-futuro.phtml>

¹²⁶ Fuente: El Banco Central aumentó la tasa de interés al 40%: por qué es importante esta tasa y cómo impacta su cambio (04/05/2018) Chequeado.com. Recuperado el 26/06/2018 en: <http://chequeado.com/el-explicador/el-banco-central-aumento-la-tasa-de-interes-de-referencia-al-40-por-que-es-importante-esta-tasa-y-como-impacta-su-cambio/>

¹²⁷ Fuente: Pacto con Irán y traición a la Patria desesperan a Cristina (10/11/2016) Clarín. Recuperado el 26/06/2018 en: https://www.clarin.com/opinion/pacto-iran-patria-desesperan-cristina_0_H1IsHtZ-1.html

[Escriba aquí]

lado podría ponerse frenos a una medida claramente trascendente. Ni que hablar de lo que pueda resultar de ese posible poder constituyente.

Señala Sagües (2008) que la doctrina nace a raíz del ya visto caso *Marbury vs Madison*,¹²⁸ y que hoy como ayer, beneficia a casi todos. A la Corte y el Poder judicial por arrogarse facultades que no tiene autoasumiendo el control judicial, lo que consecuentemente lleva tranquilidad a los otros poderes pues no perjudicaría *a priori* las facultades de los otros poderes. Así entonces, también beneficia al Ejecutivo y al Congreso por no sentir alguna potencial interferencia del judicial. Y también generada un beneficio respecto a los ciudadanos en tanto no perjudicaría los derechos de las personas.

Generalmente, y a raíz de las disposiciones en los tribunales, hay una serie de temas que se contemplan como cuestiones políticas no justiciables: las facultades privativas de los poderes otorgadas en la Constitución, forma republicana de gobierno, autonomía provincial, intervención federal, enjuiciamiento de magistrados, composición de las cámaras del Congreso, procedimiento legislativo, vetos del Poder Ejecutivo, cuestiones electorales, estado de sitio y reforma constitucional. (Haro, 1994)

Para explicar y poner el concepto:

“entendemos que la discrecionalidad y el arbitrio propio de los actos estatales, no es otra cosa que un margen o ámbito de libre disposición, dentro del marco jurídico y según pautas axiológicas que hacen a la necesidad, oportunidad, conveniencia y eficacia de la decisión que se vaya a tomar. La valoración de estas pautas -esto es muy importante- constituyen una zona de reserva política en la cual, el gobernante buscará prudentemente, la mejor solución entre muchas alternativas. Esta libre disposición dentro del marco legal, es lo no justiciable, porque es el aspecto realmente político en la actuación del órgano.- Lo que escapa a la competencia del P.J., es exclusivamente la revisión del juicio de valor de sustancia política, pero en manera alguna las proyecciones del acto político sobre los derechos constitucionales, cuyo amparo es misión específica de los tribunales de justicia (...) Por lo tanto, es preciso alertar que la “cuestión política” no se tipifica por pertenecer al ámbito político o por la finalidad política que persiga, sino que *la cuestión debe ser en sí*

¹²⁸ Señala en el fallo lo siguiente: En tal oportunidad, el Chief Justice Marshall aseveró que «La competencia de la Corte es, solamente, para decidir sobre los derechos de los individuos, no para inquirir cómo el Poder Ejecutivo, o los funcionarios del Poder Ejecutivo, desempeñan deberes en los cuales tienen completa discreción. Cuestiones en su naturaleza política, o las que, por la constitución o las leyes, están sometidas al Poder Ejecutivo, nunca pueden ser decididas por este Tribunal». (Sagües P. , 2008, pág. 74)

[Escriba aquí]

misma, exclusivamente política, sin contenido ni configuración jurídica prescripta.” (Haro, 1994, págs. 14-15) ¹²⁹

xx. Quinta Conclusión

La supremacía constitucional sostendrá en la centralidad del sistema jurídico a la Constitución. Esta será su núcleo y fuente de energía, de donde proviene su legitimidad. Esto no niega ninguna de las características que la doctrina advierte sobre la supremacía constitucional, sino que cambia el modo de colocarla, y sobretodo, esa centralidad tampoco quita el modo de prelación de las normas, que denota el carácter supremo de la Constitución en sí. Tres son las funciones esenciales que devendrán de la supremacía constitucional: orden, en tanto estructurará el enorme sistema jurídico poniéndole sentido a las diversas fuentes de creación de normas; concordancia entre ellas y la misma Constitución; y fundamento de todo el sistema en tanto le dará sentido y seguridad jurídica.

Todas las normas deben ser compatibles formal y materialmente con la Constitución. ahí entra en juego el control de constitucionalidad como una herramienta de corrección y control de que ello ocurra. Allí aparece el control de constitucionalidad, que bien podría conceptualizarse, como el control de constitucionalidad el proceso (judicial, político o mixto, según cual adhiriera el Estado en cuestión y análisis) por el cual se puede cotejar y confirmar si en los procesos paralelos de formación normativa (leyes, actos administrativos, decretos, contratos, etc) provenientes de los órganos del Estado o no (en esta variable podemos encontrar contratos varios) sean acciones u omisiones, colisionan con las reglas que integran el texto normativo y espíritu de la Constitución Nacional, teniendo siempre y en todos los casos como propósito último el hacer efectiva la supremacía de esta.

El control de constitucionalidad será un elemento que flotará entre todo el sistema jurídico como garante de que el mismo sistema jurídico funcione, para que se respete la supremacía y la legitimidad de la Constitución que le da sostén al mismo sistema, que mediará en los arrebatos del Estado para garantizar los derechos constitucionales, que se adaptará a las dinámicas propias del contexto tratando de adaptar el sistema a las demandas de los elementos propios del mismo, político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico. En definitiva, será el

¹²⁹ La cursiva me pertenece.

[Escriba aquí]

gran forjador de la justicia al sostener la centralidad y hacer respetar sobre todo los derechos, garantías e institutos comúnmente acordados en ejercicio del poder constituyente (figura 6).

Ahora, la cuestión, no menor, es, quien controla a la misma Constitución. Creo que el modo es por un órgano del mismo nivel que quien creo la Constitución, esto es, un poder constituyente, *ad hoc* o nuevo que reforme aquello que no se comparte o se ha puesto en tela de juicio. Así, el principio de corrección funcional da una respuesta clara al problema.

¿Se puede pensar con alguna parte de la doctrina que la cuestión del procedimiento puede invalidar un proceso de reforma constitucional? En mi juicio, quizás ponga en discusión el tema de la validez de la convención constituyente, pero dado el resultado que se obtenga en ejercicio del poder constituyente, prevalecerá este. El mecanismo de la corrección funcional sería el único viable y permitido, por recrear una nueva asamblea de naturaleza constituyente, para evaluar alguna queja sobre el resultado constitucional obtenido. La Constitución de 1860, 1949 y 1957 tenía claros vicios en su validez del proceso, y aun los esfuerzos de la doctrina para remediar la validez de las mismas, en especial la de 1860, eran en sí mismas constituciones en ejercicio. Otro tema será la posibilidad de su legitimidad y ejercicio, que a la postre no pudieron lograr la de 1949 y 1957 dado el modo en que se construyeron, rompieron el mismo sistema y cayeron al vacío.

El control de constitucionalidad claramente da seguridad jurídica, encadenando lógicamente las distintas normativas que componen el sistema jurídico dando un orden lógico de valores, en donde la Constitución mantiene su supremacía y es una evidencia de los valores compartidos por el contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico.

[Escriba aquí]

VI. El antecedente FAYT

La envergadura de tamaña decisión jurisdiccional y en el marco en el que se da, genera un presente internacional y en mi opinión, además, es fruto de un claro desgaste del Poder Judicial en Argentina. El caso Fayt¹³⁰ fue una decisión de especial trascendencia para el Derecho Público en tanto implicó un límite al poder constituyente derivado impuesto por el Poder Judicial, uno de los poderes constituidos, cuyas decisiones vienen a velar por la primacía de la Constitución y ser los últimos garantes de que esta se cumpla.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaró la nulidad de una norma de la Constitución Nacional, el art. 99 inc. 4 párrafo tercero y la disposición transitoria undécima. Dice Gelli citando a Maria Cristina Serrano,

“la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Fayt* constituye una verdadera declaración de política judicial, no solo porque efectuó control jurisdiccional sobre el proceso de sanción de la reforma constitucional – como lo afirmó la Corte Suprema sosteniendo que con ello no varió la jurisprudencia – sino porque al efectuar el examen y alcance de la inamovilidad de los jueces sesgo el control hacia los aspectos sustantivos de la reforma, aunque el Tribunal lo negara expresamente” (Gelli, 2006, pág. 362)

En este capítulo se analizará el fallo, los antecedentes del mismo, y se hará una evaluación del mismo en términos políticos y jurídicos, pasando por una distinción que hace la doctrina respecto a las cuestiones políticas no justiciables.

xxi. Antes del fallo FAYT. La doctrina.

Afirma Sabsay: “Es de destacar la inexistencia en el derecho judicial argentino de otra sentencia que en el pasado hubiera declarado inconstitucional parte del contenido de una reforma constitucional” (Sabsay, Manual de Derecho Constitucional, 2015, pág. 58) Luego el autor muestra algunos antecedentes que tomamos y seguimos. Pero antes es menester detenerse a pensar el tema en términos teóricos.

La cuestión problemática de declarar inconstitucional una reforma implica revisar muchas cosas, que es lo que nos pasó como sociedad con este precedente judicial. No es una cuestión meramente jurídica, y allí termina. Implica, también, otras cuestiones, como los controles jurídicos, la división de poderes, el procedimiento seguido para

¹³⁰ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

[Escriba aquí]

concretar las modificaciones y los contenidos de las mismas, los sujetos que estarían *a priori* legitimados para efectuar el control, si es válido un control semejante, el sistema político global y para nuestro caso, la democracia. Algunas preguntas, que en la conclusión trataré de responder, nacen a la luz de este tema: ¿es admisible el control de constitucionalidad de una reforma constitucional? ¿no coarta ello los límites de la soberanía popular y las mismas atribuciones reformadoras en el acto de ejercicio del poder constituyente? ¿si fuera posible un control, qué aspectos... procedimientos, contenidos de la declaración...el armado de la Convención...su reglamento... el mismo texto constitucional? ¿qué tipo de controles...políticos, jurídicos, históricos, económicos, sociales? ¿quién tiene el poder de acción para llamar a ese control? ¿qué fundamentos hay detrás?

La doctrina discutía antes del fallo Fayt¹³¹ la cuestión. En muchos casos esto se confunde con las posiciones vistas respecto a las cláusulas pétreas, discusión que como se ha visto responde entre otras cosas a los límites que tienen un proceso constitucional de generar reformas en el texto constitucional objeto de la misma, o incluso, la generación de un cuerpo constitucional completamente nuevo.

Linares Quintana postula límites implícitos a la reforma adhiriendo a la existencia de un derecho natural universal e inmutable superior a la Constitución, así las reformas constitucionales son válidas en tanto respeten este derecho natural, pero al mismo tiempo sostiene que el art. 30¹³² no permite reformar algunos principios que hacen a la organización propia de nuestro Estado como la democracia, el régimen federal, y la descentralización del poder y allí va el punto de discusión, si la reforma intentara desconocer y reformar los principios inamovibles deberían ser declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia... (Colombo Murua, Límites a las reformas constitucionales, 2011)

Cueto Rúa disiente la posición de Linares Quintana. Dirá que la Constitución puede ser válidamente reformada aun cuando ello sustituya estos principios o los de derecho natural. Sin embargo, dirá que hay limitaciones explícitas por la normativa con lo que

¹³¹ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

¹³² Mismo de la Constitución Nacional del 60' que se mantiene a la fecha tal cual tras la reforma del 94'.

[Escriba aquí]

reconoce cláusulas pétreas en nuestra Constitución y debería declararse inconstitucional una constitución que viole aquellos preceptos protegidos para siempre, como el art. 17 o el 18 de la C.N. (Colombo Murua, *Limites a las reformas constitucionales*, 2011)¹³³

Bidart Campos, en una obra de 1963, marcará que existen dos tipos de límites, el propio del art. 30 y el segundo los contenidos pétreos, y que esa posibilidad del art. 30 de la C.N. es una cuestión cuantitativa pero no cualitativa, pues sostiene que hay principios esenciales que pueden modificarse en algún sentido, pero no suprimirse o anularse, los contenidos pétreos. Sostiene el fundamento iusnaturalista de nuestra Constitución desde el Preámbulo que sostendrá caracteres iusnaturalistas y la fuerza del derecho natural, con lo cual estos se imponen como límites de las reformas y que son implícitamente pétreos. Y menciona dentro de esa característica de contenidos pétreos contenidos como la democracia como forma de Estado, la confesionalidad del Estado que reconoce a la Iglesia Católica (art. 2 C.N.), el federalismo como forma de gobierno, la forma republicana de gobierno.¹³⁴⁻¹³⁵ (Colombo Murua, 2011) Sobre estos puntos que señalaba Bidart Campos me había referido con anterioridad.

Vanossi marca críticas a Bidart y señala el siguiente dilema, “si los órganos que pueden modificar la Constitución, según el art.30, están limitados por esos contenidos, ellos no podrán determinar discrecionalmente cuando se ha verificado un “cambio en la estructura subyacente” que permitan la modificación prohibida -¿salida revolucionaria?-. Si, por el contrario, se aceptara que estos son los órganos que pueden

¹³³ Sostiene al respecto Colombo Murua, que es el autor que sigo en esta recopilación de miradas, que “Cueto Rua señala como cláusulas pétreas a ciertas disposiciones genéricas de la Constitución, que no serían formalmente irreformables, pues no hay artículo específico que las declare intangibles. Por ende, técnicamente hablando, no serán cláusulas intangibles.” (Colombo Murua, *Limites a las reformas constitucionales*, 2011, págs. 224-225)

¹³⁴ Acentúo que hay disidencias en la doctrina y el pensamiento político, y que comparto, entre formas de Gobierno y formas de Estado. Al respecto la forma de Estado es el modo en que el mismo puertas adentro se organiza, federación, confederación, de modo centralizado, etc. Luego, la forma de gobierno refiere al modo en el que se ejerce el poder, república, monarquía, monarquía parlamentaria, democracia republicana, etc.

¹³⁵ Respecto a estos puntos que señala Bidart Campos, comparto la crítica realizada, “estos contenidos no parecen asentarse en el derecho natural, sino más bien en circunstancias políticas y sociológicas. (...) Su razonamiento pasa de un plano deontológico iusnaturalista a uno sociológico “fáctico”. (Colombo Murua, *Limites a las reformas constitucionales*, 2011, pág. 226) Claramente, como me referido antes, estos elementos hacen a la conciencia política del contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico en el que se desarrolla.

[Escriba aquí]

determinarlo, los límites pasan a ser superfluos, pues se restringe, supuestamente, al órgano que puede declarar la necesidad de la modificación en cualquier momento y según su criterio.

Colombo Murua (2011) irá señalando las posiciones de distintos autores. Sanchez Viamonte, en 1957, sostendrá que el primer constituyente carece de limitaciones por ser el creador del ordenamiento y quien primero lo hace, pero quien reforma no tiene esas facultades y debe respetar las condiciones establecidas. No dice cuáles son esas condiciones. Spota dirá que existen límites procedimentales a la reforma, el del art. 30 de la C.N., y que cualquier modificación contraria a ello invalida el resultado, pero niega límites materiales a la reforma. Quiroga Lavie señala que el derecho no puede limitar el poder constituyente que crea el orden positivo. Hará un aporte crítico sobre la postura de Bidart Campos, no pueden sostenerse contenidos pétreos porque ello supone una contradicción pues si estos son un resultado de la historia, y la misma es dinámica, no pueden ser petrificados; adicionalmente el tenor del art. 30 permite toda modificación. Badeni, marca que hay límites formales a las reformas y en la línea de otros autores marcará que de violarse el procedimiento es plausible de declararse inconstitucional la reforma. Y agrega que es posible declarar la inconstitucionalidad de la reforma si se hubiesen violado cláusulas pétreas explícitas establecidas por el poder constituyente originario, pero no ahonda en cuales son ellas. También señalara las posiciones de Bidegain y Diaz Ricci. El primero encuentra como cláusulas pétreas la forma democrática (art. 36 de la C.N.), y los ya mencionados art. 17 y art. 18 de la C.N. El segundo sigue la doctrina europea y sostiene cláusulas pétreas en relación a una reforma completa. (Colombo Murua, 2011)

Referimos ya a Ekmekjian (1995) quien decía que la reforma puede declararse inconstitucional bien por violación al procedimiento o bien cuando se afecta materia reformable. Sería a su modo inconstitucional las reformas de los art. 17 y 18 como mencioné en otros puntos: confiscación de bienes, pena de muerte y abolición de todo tormentos y sufrimiento. Referiría a verdaderas cláusulas pétreas, no a meros límites implícitos.

Sagües (1999), sostiene que puede declararse la inconstitucionalidad de la reforma por cuestiones ligadas a su procedimiento, el del art.30 de la C.N. Luego dirá que también hay límites materiales explícitos, las declaraciones genéricas, en donde si bien se atiende

[Escriba aquí]

al texto del art. 30 de la C.N., queda también claro del texto constitucional directrices perennes (art.15-17-18 de la C.N.) y remarca que los procesos de reforma no pueden flanquear los compromisos internacionales asumidos.

xxii. Antes del fallo FAYT. Control de la reforma constitucional.

Amen de lo sostenido por la doctrina, también hay una serie de casos jurisprudenciales previos que son los que a continuación se abordan. “La jurisprudencia hasta el caso Fayt ¹³⁶ establece que en principio no hay límites procedimentales para la sanción de las reformas constitucionales, salvo en los casos en los que “faltara los requisitos mínimos e indispensables para la creación de la ley.” (Colombo Murua, 2011, pág. 237)

Caso Soria Guerrero

Este es el primer caso en el que la Corte se pronuncia sobre una eventual inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución, aun cuando se debatía la supuesta violación del procedimiento de enmienda. (Sola, 2001)

En un juicio laboral se quiso impugnar la validez del artículo 14 bis resultante en Constitución de 1957, fundamentando que la respectiva Convención Constituyente ¹³⁷ no había cumplido con las normas de su reglamento relativas al procedimiento para la aprobación de modificaciones del texto constitucional. Juana A. Soria de Guerreo había sido cesanteada de Viñedos Pulenta Hnos. S.A. a raíz de haber participado en una huelga por tiempo indeterminado. Primera y segunda instancia se hizo lugar a la demanda de la actora basándose en el derecho constitucional consagrado. La parte demanda en toda instancia pidió se declare la inconstitucionalidad del referido artículo 14 por lo ya mencionado alegando cuestiones y vicios en el proceso de aprobación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación desestima el planteo. Para ello se apoya en la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, pero señala también que tal principio solo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley lo que “deja la incógnita acerca de cuáles serían esos requisitos, así como el modo en que el tribunal

¹³⁶ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

¹³⁷ Ver lo relativo a esta reforma supra en el capítulo V.xix

[Escriba aquí]

llegaría a comprobar su ausencia, sino es ejerciendo el control de procedimiento de formación de la ley.” (Sabsay, 2015, pág. 59)

Gelli resume,

“la Corte decidió el rechazo de la queja, al mantener la doctrina en la cual las facultades jurisprudenciales del Tribunal no alcanzan al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes – a fin de resguardar el principio de separación de poderes- *excepto que se demostrase la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley*. Acto seguido, la Corte Suprema aplicó ese criterio al caso, desestimando la procedencia del control judicial sobre el cumplimiento o no, por parte de la Convención Reformadora, de su reglamento interno”. (Gelli, 2006, pág. 350)

Hernandez (2001) y Colombo Murua (2011) reflexionan al respecto que la Corte resuelve como regla general la no revisión de estas situaciones en base al principio de las cuestiones políticas no justiciables. La Corte introdujo respecto a la cuestión de revisión del proceso que las facultades del Poder Judicial no alcanzan para controlar el proceso de formación y sanción de leyes a los fines de preservar el principio de separación de poderes propios del Estado de Derecho y la República.

Castiglione y Unión del Centro Democrático

La Dra. Gelli (2006) incorpora a su análisis dos fallos de orden local, elaborados por los Tribunales Superiores de Santiago del Estero y Mendoza respectivamente, y en donde se revisaron la integración de la Convención y el proceso reformador. En “Castiglione c/ la H. Convención Constituyente”, se examinó el rechazo del diploma de un convencional electo que había efectuado una comisión de la Convención, declaró inconstitucional la medida y ordenó la incorporación del actor. En sus argumentos desestimó la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y reformuló el principio republicano de división de poderes, distinguiendo entre actos institucionales exentos de control judicial y actos políticos o de gobierno, susceptibles de aquel. En “Unión del Centro Democrático c/ Provincia de Mendoza”, se revisó el modo de computar los votos del electorado; el Tribunal fijó que la cuenta debía hacerse sobre el total de los empadronados y no sobre el total de votos emitidos, y declaró inconstitucional el decreto del Poder Ejecutivo local que había llamado a elecciones de convencionales constituyentes; no solo paralizó el proceso de reforma constitucional, Mendoza aún es la Provincia con la Constitución más vieja y no adaptada a la Constitución Nacional

[Escriba aquí]

del 94, su texto fue sancionado el 11 de febrero de 1916 pero incluye enmiendas hasta 1997.¹³⁸¹³⁹

Caso Polino / Bravo

Este caso se parece a los ya vistos en el planteo de Mendoza o Santiago del Estero. Aquí se dedujo una acción de amparo por parte de los candidatos a convencionales constituyentes por la Unidad Socialista Hector Polino y Alfredo Bravo antes de celebrar el acto electoral, para que se declare nula el proceso legislativo del que resultó la ley 24.309 y el decreto de llamamiento a elecciones, esto es, el proceso preconstituyente, manifestando que el mismo no respeto el procedimiento para la sanción de leyes previstos por la Constitución Nacional entonces vigente. El centro de la queja de los actores fue que la voluntad reformadora del Congreso estaba de un modo viciada en tanto exigía un modo de votar el Núcleo de Coincidencias Básicas que violaría atribuciones a los constituyentes. En ese sentido se presentó el encadenamiento de los procesos de votación de la Ley y los acuerdos políticos que la motivaron y el modo imperativo a su modo de ver para aprobarla. De ello dedujeron agravios en calidad de ciudadanos. (Gelli, 2006)

Tanto Primera Instancia, Segunda Instancia y la CSJN rechazaron el planteo. La CSJN en sus argumentos rechaza por considerar que la calidad de ciudadanos no es apta para fundar la acción que persiguen de la nulidad del proceso legislativo y tampoco considera las condiciones de diputados de los amparistas en tanto no se había fundamentado en forma suficiente y precisa el interés derivado y requisito específico de haber votado. (Gelli, 2006; Hernandez (H), 2001)

Dice Gelli que la Corte podría haber tomado distintos caminos para el caso:

“1) analizar la eventual irregularidad del proceso de reforma y a) decidir que si la hubo o b) decidir que no la hubo; 2) en caso de admitir irregularidades en el proceso reformador, analizar la existencia de agravio subjetivo concreto y a) decidir que si existió, o b) decidir que no existió; 3) invertir el orden y comenzar por la evaluación del eventual agravio, en cuyo caso si llegaba a la conclusión de que no había, todo lo demás que dijese sería puro *obiter dicta*; 4) examinar el tema en términos de la

¹³⁸ Fuente: Constitución de Mendoza: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/mendoza.htm>

¹³⁹ Hay que destacar también que la sociedad mendocina está gestionando poco a poco el contexto para que se genere el proceso constitucional y la reforma de la misma, bajo el lema: “seamos constituyentes”.

Fuente: Legislatura de Mendoza. <https://www.legislaturamendoza.gov.ar/reforma-constitucional/>

[Escriba aquí]

justiciabilidad del caso, por estar involucrada o no una cuestión política. En este supuesto, y siguiendo la doctrina de Marbury, pudo identificar la cuestión política con la inexistencia de agravio individual, mediante lo cual la corte se encontraba en posición de seguir la opción 3)” (Gelli, 2006, pág. 353)

La CSJN solo rechazó la pretensión de los amparistas considerando que estos no habían sustentado el agravio que invocaron. No se mencionaron las cuestiones políticas no judicables. Pero Gelli va más allá y se pregunta:

“¿al recortarse de ese modo en el alcance en el agravio en los actores, no se esta apelando a la innombrada cuestión política? Y si la cuestión política se identifica con la carencia de agravio, ¿no se trata, en última instancia, del alcance que a aquél se le reconozca?” (Gelli, 2006, pág. 354)

Caso Iribarren – Iribarren, Casiano Rafael c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa (22/6/99)

Aquí la Corte considera inconstitucional una reforma de la Constitución Provincial de dicha Provincia que también había establecido límites para el ejercicio de las magistraturas judiciales. Es muy similar al fallo Fayt como veremos a continuación en el resumen del mismo. Para Hernandez (2001) también hubo extralimitación de la Corte al no respetar el principio de corrección funcional.

Ya se empieza a moldear los antecedentes del posterior fallo Fayt.

“se aprecia con certeza que ya avanzaba en algunos integrantes de la Corte, conforme al pedido de Fayt, la idea de oponerse a la cláusula de los 75 años establecida en la reforma de 1994 y para ello se dio este paso previo, pues se trataba de una temática similar en una constitución provincial, que había sido reformada en el muy lejano año 1962. Para nosotros este fallo tiene además especial gravedad institucional, pues aparece involucrado otro gran principio de nuestra Ley Suprema; el federalismo” (Hernandez (H), 2001, pág. 57)

xxiii. El caso FAYT ¹⁴⁰

La Constitución del 94´ había establecido en su art. 99 inc. 4, cito: *(El Poder Ejecutivo Nacional) nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto (...) Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de 75 años.*

¹⁴⁰ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

[Escriba aquí]

Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite." La Disposición Transitoria Undécima establece además cito que *"la caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el artículo 99, inciso 4º, entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción..."* de la reforma constitucional.¹⁴¹

La cláusula constitucional debía entrar en vigencia el 22 de agosto de 1999, pero tres días antes, el 19 de agosto, la Corte Suprema la dio por anulada. En una medida que fue calificada de insólita, el máximo tribunal del país declaró nula una parte de la Constitución por primera vez en la historia, claro, y esto no es menor. Como decía antes, ¿una Constitución inconstitucional?

Carlos Santiago Fayt, que en ese momento tenía 81 años, se había presentado ante la Justicia porque consideraba que la norma atentaba contra la inmovilidad de los magistrados, garantizada por la Constitución. Así pues, el entonces Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, promueve una acción declarativa de inconstitucionalidad en razón del art. 99, inc.4 de la Constitución Nacional introducida por la Convención Constituyente de 1944 en la ya mencionada reforma, donde expresa se siente comprendida su situación en el supuesto de hecho descrito en la cláusula constitucional y manifiesta que la misma debe declararse nula de nulidad absoluta, en tanto el plexo normativo resultante de la Constitución Nacional de 1994 incluye temas que no habían sido habilitados por el Congreso cuando se ejerció el proceso declarativo de la necesidad de reforma y por lo tanto la Convención no estaba habilitada para modificar el anterior artículo 96 de la Constitución Nacional (hoy art. 110)¹⁴², cláusula que consagra la inmovilidad de los jueces y la disposición introducida en el artículo 99 inciso 4.¹⁴³

¹⁴¹ Fuente: Constitución de la Nación Argentina.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

¹⁴² Artículo 110.- Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones. (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>)

¹⁴³ Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ...

Inc. 4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto.

[Escriba aquí]

En primera instancia se declaró la nulidad de la cláusula en discusión. La Cámara de Apelaciones resolvió la cuestión sin tocar el texto constitucional. El dictamen del fiscal de cámara destaca especialmente que se estaba reclamando la inconstitucionalidad de una cláusula de la Constitución Nacional. Pero, en un fallo de 27 fojas firmado por el entonces presidente del máximo Tribunal, Julio Nazareno, y por los jueces Eduardo Moliné O'Connor, Augusto Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo López y Adolfo Vázquez, se defendió el derecho de Fayt a permanecer en su cargo. Gustavo Bossert se manifestó a favor del reclamo, aunque no se pronunció sobre la constitucionalidad del texto y los únicos que se abstuvieron de votar fueron el propio implicado y Enrique Petracchi. Como en el fallo de primera instancia, la Corte vuelve a esa decisión y considera que la reforma introducida por la Convención Constituyente que resulta en la Constitución Nacional del 94 es nula de nulidad absoluta ya que altera en forma sustancial las facultades habilitadas por la ley; y que la Convención actuó de forma exorbitante ya que el tema de la movilidad de los jueces no era un tema habilitado en el proceso de reforma.

Del fallo de mayoría, tras tres pedidos de recusación de los miembros, a pedido del Procurador General,¹⁴⁴ la Corte falló, haciendo caso omiso a las consideraciones puestas por la procuración. Dio lugar al pedido, pues reconoció que se “halla en tela de juicio la validez e interpretación de cláusulas de la Constitución Nacional y de otras normas federales relativas al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 30 de la Ley Fundamental”.¹⁴⁵ Para la Corte, “la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación -constitucional- en que descansa”¹⁴⁶ y en ese

Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite. (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>)

¹⁴⁴ (Dictamen del Procurador de la Nación en "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento", 1999; Dictamen del Procurado de la Nación en "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento", 1999; Dictamen del Procurado de la Nación* en: "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento, 1999)

¹⁴⁵ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999, pág. consd. 4)

¹⁴⁶ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999, pág. consd. 7)

[Escriba aquí]

punto dirá que “no parece conducente -como postula el señor Procurador General- un examen de la intención de los convencionales que resulta de los debates realizados en el seno de la convención, sino la profundización de la intención de quienes fijaron los puntos habilitados para su revisión, tal como resulta de la letra y del espíritu de la ley 24.309 y de sus antecedentes”.¹⁴⁷ Y para el caso de ser excedidas las facultades, la misma ley ya establecía una sanción de “nulidad contenida en el art. 6° de la ley 24.309, para todo aquello que comportase una modificación, derogación o agregado a la competencia establecida en los arts. 2° y 3° de ese cuerpo normativo, revela el carácter de restricción explícita que el Congreso atribuyó a aquello que alterase o excediese el marco de la habilitación, sin perjuicio de la prohibición contenida en el art. 7° de la ley bajo examen”.¹⁴⁸ No solo ello, dándole un carácter trascendente como antesala de la decisión reformadora, le da al Núcleo de Coincidencias Básicas (luego parte del texto legal) una trascendencia inusual, indicando “que en el "Núcleo de Coincidencias Básicas" tampoco aparece explícita ni implícitamente la mención a la garantía de inamovilidad con el contenido con el cual había sido establecida para los jueces federales por el citado art. 96 de la Constitución. En ningún párrafo de los puntos I y J del "Núcleo de Coincidencias Básicas", relativos a la designación y a la remoción de los magistrados federales -temas que correspondían a las reformas de los arts. 86, inc. 5, y 45 de la Constitución Nacional-, aparece algún contenido que pudiera interpretarse racionalmente como relativo a la posibilidad de fijar un término a la garantía de inamovilidad de los jueces federales con motivo del cumplimiento de una edad determinada.”¹⁴⁹

Luego, unirá estas consideraciones con la pretensión de Fayt al respecto, por el exceso. Advierte la Corte que “el único punto vinculado de alguna manera a la cesación de la garantía de la inamovilidad en los términos en vigencia fue el relativo al modo de remoción de los magistrados federales de tribunales inferiores, que debía instrumentarse por un jurado de enjuiciamiento.”¹⁵⁰

¹⁴⁷ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999, pág. consid. 9)

¹⁴⁸ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999, pág. consid. 10)

¹⁴⁹ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999, pág. consid. 12)

¹⁵⁰ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999, pág. consid. 12)

[Escriba aquí]

En definitiva, para la Corte, los Constituyentes se extralimitaron en las atribuciones dadas por la ley declarativa de reforma y acepta la sanción prevista por la misma. También le da un carácter trascendente al Núcleo de Coincidencias Básicas. Por todo ello, declaró la nulidad de una expresa cláusula de la misma constitución.

xxiv. Cuestiones Políticas No Justiciables

Uno de las temáticas que circulan tanto en el fallo Fayt como en los precedentes mencionados, refiere a las cuestiones políticas no justiciables. La cuestión no es menor y está en íntima relación con el principio republicano de la división de poderes y la naturaleza de las decisiones que cada uno (Legislativo, Ejecutivo, Judicial) toma. En principio, el Poder Judicial no debe de conocer y avocarse sobre las decisiones políticas de los poderes políticos (Ejecutivo y Legislativo).

Hernandez, siguiendo a Schwartz hace un recuento de las cuestiones políticas no judiciales, quien considera en ese sentido las referentes a las relaciones exteriores y a las de política interna. Sobre las primeras menciona

“a) cuestiones que impliquen el reconocimiento de naciones y gobiernos extranjeros. b) Cuestiones relacionadas a la soberanía sobre una esfera determinada. c) Cuestiones que implican la existencia de un estado de guerra o beligerancia y a la relación de Estados Unidos con cualquier conflicto. d) Cuestiones relativas a tratados. e) Cuestiones que implican el empleo de las fuerzas armadas en el extranjero y f) Cuestiones relativas al principio y duración de una guerra en que están comprometidos los Estados Unidos.” Sobre las segundas enumera: “a) Cuestiones relativas a la garantía constitucional de la forma republicana de gobierno. b) Cuestiones que implican la garantía constitucional contra la violencia interior. c) Cuestiones concernientes a la calidad de legislador y la organización y procedimientos del departamento legislativo y d) Cuestiones relativas a si las leyes han sido promulgadas válidamente.” (Hernandez (H), 2001, pág. 60 y 61)

La teoría de las cuestiones políticas no justiciables tiene mucho de discreción judicial, pero sobre todo de la relación del poder político identificado con el poder ejecutivo y legislativo con el aparato judicial.

Las razones que explica la existencia y discusión de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables tiene que ver con la división de poderes, principio esencial de la República, y encierra a su vez una discusión muy trascendente en torno a la legitimidad del Poder Judicial que *a priori* debería de actuar controlando que los poderes ejecutivos y legislativo no sobrepasen los principios y límites establecidos en

[Escriba aquí]

la Constitución y el ordenamiento jurídico en general. Caso contrario se forma en el Judicial un contrapoder.

El acto de ejercicio del poder constituyente es un acto político, y sus definiciones son de una naturaleza claramente política, como se ha sostenido. Claramente, que el Poder Judicial se haya inmiscuido en la decisión del constituyente, es un problema, pues viene a dirimir un tema estrictamente de vocación política, y por ello la crítica merecedora desde esta doctrina. Sin embargo, la Corte se posicionó distinto y dijo: “Si la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución, ningún departamento puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas (Fallos: 137:47) y es del resorte de esta Corte juzgar "la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes" (Fallos: 210:1095) y "la excedencia de las atribuciones" en la que éstos puedan incurrir (Fallos:254:43).”¹⁵¹

xxv. Significado político del antecedente

En Fayt la Corte se sirvió a sí misma, una Corte de la que era miembro el mismo actor, decidió que Fayt – parte y juez- podía seguir en su cargo, a pesar de haber cumplido la edad límite que fijaba la Constitución. Además, el caso “Fayt” representó la primera y única vez, en toda la historia constitucional del país, en que la Corte Suprema declaró inconstitucional un artículo de la misma Constitución que ella tenía por obligación custodiar. (2017)

Seguiré a Hernandez (2001) para seguir los fundamentos vertidos por la CSJN al respecto. Primero señala sobre la judiciabilidad de esta causa, en donde el Alto Tribunal admite que existe una causa “pues el actor ha invocado ante el Poder Judicial la protección de un derecho: el de mantener la inmovilidad en el cargo de juez de este Tribunal para el cual fue designado según el procedimiento vigente para entonces en la Constitución Nacional y de acuerdo al alcance de dicha garantía le reconocía.”¹⁵² Luego la misma Corte afirma que:

¹⁵¹ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999, pág. considerando 5)

¹⁵² (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999, pág. considerando 5)

[Escriba aquí]

Es muy clara la mirada de Colombo Murua al respecto:

“El fallo marca, ciertamente, un punto de inflexión, debido a que se determina por primera vez en la historia argentina e, incluso, en contra del pronunciamiento que operaba como precedente –caso “Soria”- que existen límites materiales a la reforma constitucional –la cual, se dictaminó, violaba la intangibilidad de los jueces- y, por otro lado, se atribuye al superior tribunal la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional. La posición de la Corte es explícita, los límites existen y ella es encargada de custodiarlos. (...) La Corte esta, en este caso, señalando con determinación que existen límites al constituyente, que estos están consagrados en la Constitución nacional y, por último, que ella es la encargada de verificar su cumplimiento. Ferreyra se pregunta: “¿los jueces pensaban seriamente que una convención constituyente es una rama del gobierno constituido? ¿O que sencillamente, la afirmación se deslizó en la inteligencia de que el poder constituyente, a la luz de esta interpretación, era un poder constituido por la Constitución y no que aquél configuraba a ésta?” (Colombo Murua, 2011, págs. 239-240)

Tomando el “principio de corrección funcional” mencionado por Hernandez y ya analizado, el autor señala que el elemental concepto de soberanía popular que expresaba la Convención Constituyente. “No otra cosa de ha hecho al declararse la nulidad de unas cláusulas de la propia Constitución, que es el pilar incommovible de nuestro ordenamiento jurídico y el fruto del ejercicio del poder constituyente, sea originario o derivado.” (Hernandez (H), 2001, pág. 37) Por lo tanto, la Corte avanza sin competencia y se pone por sobre el poder constituyente que la crea.

Ahora bien, existieron una serie de aspectos relevantes y quizás más terrenales en cuanto a su significado político. Destacamos como elemental en ese aspecto **la no excusación de los ministros de la Corte**. El Procurador General había advertido al respecto y solicitó la recusación y excusación de los ministros de la Corte. En dos instancias el Procurador Carlos Becerra insistió sobre esto.¹⁵³ Los jueces consideraron, apegados a la ley, que no estaban comprendidos en las causales del Código de Procedimiento para esta figura y carecían de interés personal económico o pecuniario en el resultado del pleito, sin haber además ninguno de los miembros promovido una acción análoga a la planteada en esta causa por el ministro Fayt. El procurador es más profundo en su señalamiento: “los integrantes del Tribunal aparecerían juzgando un tema que puede indudablemente alcanzarlos en forma personal a la mayoría y, al restante, colocarlo en la

¹⁵³ (Dictamen del Procurador de la Nación en "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento", 1999; Dictamen del Procurado de la Nación en "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento", 1999)

[Escriba aquí]

delicada situación de resolver acerca de un colega, entiendo necesario solicitar la reposición o revocatoria de la mencionada resolución.”¹⁵⁴

Señala Hernandez al respecto, salvando el honor del Dr. Petracchi que voto en disidencia de la resolución y se excusó de intervenir en la causa, lo siguiente para descalificar la sentencia en cuestión:

“cabe poner de relieve que si todos los miembros del tribunal se excusaron cuando varios jueces de distintas instancias promovieron acciones en reclamo del derecho de intangibilidad de sus remuneraciones (conf. Casusa “Abel Bonorino Peró y otros” de Fallos 307:966 y 2174, concurre desde mi punto de vista, similar deber de abstenerse de actuar en el *sub judice* donde, tal como se vio, se encuentran en juego intereses institucionales que afectan, directa y especialmente, a los magistrados federados, incluido los integrantes de la Corte” (Hernandez (H), 2001, pág. 84)

Hay un marcado signo del corporativismo judicial en el fallo, en defensa de sus intereses y mantención de su poder y que se asentó de sobremanera a raíz de este fallo y las consecuencias que se impusieron.¹⁵⁵ El corporativismo se caracteriza en anteponer las ventajas profesionales de un cuerpo o sector profesional a los intereses del conjunto de los ciudadanos, Lo único significativo son las propias condiciones de empleo y trabajo y lo demás nada importa. Es insolidario e injusto, además es irracional y arbitrario. Cabe preguntarse en este marco y tras el actuar del Poder Judicial, ¿la independencia judicial se considera como un derecho de los jueces, capaz de justificar exigencias profesionales o de cuerpo, o como una garantía de los ciudadanos? Posiblemente los caminos tomados en el Programa Justicia 2020 y una ética judicial puedan allanar estos caminos. ¹⁵⁶

En el medio, también es cierto que el Poder Judicial empieza a poner remedios y respuestas sobre cuestiones que corresponden a la política y acusamos de activismo judicial al mismo poder judicial; y por el otro lado la misma política interviene en lo

¹⁵⁴ (Dictamen del Procurado de la Nación en "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento", 1999, pág. considerando II)

¹⁵⁵ El corporativismo de los jueces no es un problema argentino solamente, hay muchas opiniones en el mundo al respecto, una nota del diario El País es muy interesante al respecto e ilustra también el tema: Fuente: “El lastre del corporativismo judicial” (23/12/1987) El País. Recuperado el 22/05/2018 en https://elpais.com/diario/1987/12/23/espana/567212406_850215.html

¹⁵⁶ Fuente: “Justicia 2020, hacia un país justo y moderno” (23/05/2016) La Nación. Recuperado el 22/05/2018 en <https://www.lanacion.com.ar/1901440-justicia-2020-hacia-un-pais-justo-y-moderno>
Fuente: Justicia 2020 <https://www.justicia2020.gob.ar/>

[Escriba aquí]

judicial. Caso Mendoza¹⁵⁷ es un ejemplo de lo primero, en donde a pesar que la misma Corte Suprema de Justicia dio las ordenes y plazos respecto al saneamiento del riachuelo, ni el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, ni la Provincia de Buenos Aires, ni las Municipalidades de Quilmes y la Matanza, han dado respuesta y acatado el plan ordenado. Del otro lado, el Ejecutivo quiere imponer su agenda en el judicial, y así temas de interés público como *off shores* que implican a funcionarios del actual ejecutivo no pasan por los tribunales federales, otros, sí.

De un modo u otro hay una lesión del sistema republicano y la democracia, en particular a la división y equilibrio de poderes, en cuanto a la injerencia del Poder Judicial en temas políticos, en cuanto a la superposición de la Corte respecto a las decisiones soberanas en ejercicio del poder constituyente; y *para el caso en cuestión “la Corte, que es un poder constituido, cuya misión es ser guardián de la Constitución, avanza sobre esta, que es el ámbito propio del poder constituyente federal”* (Hernandez (H), 2001, pág. 90) ¹⁵⁸

Muy interesante es el señalamiento de Sola al respecto. Sostiene que hubo un exceso en cuanto al origen de la norma al asumir la Corte control sobre el contenido material de la Constitución Nacional y peligrosamente extrae conclusiones que se imponen a esta reforma sino a pasadas y futuras, dando lugar a declaraciones de invalidez. También señala que la Corte sostiene una visión *autopoiética* del Derecho¹⁵⁹ y comete un fallo de ese estilo; excluye la decisión popular de la necesidad de reforma y los debates sostenidos en la Convención Constituyente; solo sostiene referencias en torno a la independencia del Poder Judicial y como está afectado ello; toman una decisión

¹⁵⁷ MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)

Fuente: “Riachuelo: fuertes críticas al organismo encargado de sanearlo”. (08/07/2017) La Nación. Recuperado el 01/07/2018 en: <https://www.lanacion.com.ar/2040863-riachuelo-fuertes-criticas-al-organismo-encargado-de-sanearlo>

¹⁵⁸ La cursiva me pertenece

¹⁵⁹ El autor trae el concepto *autopoiesis* de Maturana y Varela, lo sintetiza del siguiente modo: “el Derecho funciona como un sistema cerrado, es decir, como un sistema insusceptible de control o determinaciones exteriores. El contenido del Derecho se determina por autoreferencia, es decir, basado en su propia positividad. De esta manera, el Derecho retira su propia validez de autoreferencia pura, por lo cual toda operación jurídica reenvía para el resultado de las operaciones jurídicas. Esto significa que la validez del Derecho no puede ser importada del exterior del sistema jurídico, sino que es obtenida a partir de su interior.” (Sola, 2001, pág. 293)

[Escriba aquí]

autorreferencial e impide la incorporación de elementos exteriores a su discurso. En sus palabras, “los jueces de la Corte Suprema utilizan argumentos sobre la importancia del poder judicial para declarar inconstitucional una reforma establecida por amplia mayoría en la Convención Constituyente sobre la jubilación de los propios jueces de la Corte Suprema” (Sola, 2001, pág. 294).

Es claro que, la Corte se inmiscuyo en cuestiones políticas, y dejó en evidencias un corporativismo judicial fuerte y latente.

xxvi. Significado jurídico del antecedente.¹⁶⁰

“La discusión pasa, principalmente, por la legitimidad que tendría la Corte Suprema para revisar la constitucionalidad de la reforma, y solo indirecta y marginalmente se trata de la temática de los límites.” (Colombo Murua, *Límites a las reformas constitucionales*, 2011, pág. 233) Un análisis estrictamente jurídico puede pasar también por determinar la posibilidad de la Convención en excederse o no respecto a los puntos previstos en la convocatoria. ¿En su caso esto será un límite? Sostener que el poder constituyente derivado es soberano implica desconocer la voluntad del poder originario e implica romper *a priori* el orden constitucional pues quiebra los límites del poder reformador que es el único competente para realizar, valga la redundancia, las reformas... La otra pregunta, a la par de esta discusión es si ¿debe la convención tratar todos los puntos previstos en la declaración de reforma?, lo que a su caso es negativo.

Señala Hernandez que “de los múltiples efectos que este fallo ha producido en nuestro derecho, nos interesa detenernos en los vinculados con la seguridad jurídica”. (Hernandez (H), 2001, pág. 23)

En la misma línea, Sabsay (2015) sostiene la premisa de que el precedente afecta la seguridad jurídica, deja abierta la posibilidad de nuevas declaraciones similares respecto a la invalidez de cláusulas constitucionales, como así la laxitud de su

¹⁶⁰ Hernandez (2001) en la nota respecto al análisis del fallo con la que comienza la obra, señala que a favor del fallo en la doctrina del derecho público las siguientes personas: Emilio A. Ibarlucia, Miguel M. Padilla, Adrian Ventura, Alberto B. Bianchi, Gregorio Badeni, , Mario Midón, Andrés Gil Dominguez, Horacio Garcia Belsunce y Alberto Spota. Por el contrario, en oposición al fallo presenta a Daniel Sabsay, Carlos Colautti, Alberto M. Garcia Lema, María Cristina Serrano, Pedro J. Frias, Néstor Sagues, Juan Fernando Armagnagne, Eduardo Gimenez y el mismo Hernandez.

[Escriba aquí]

interpretación. Especialmente marca que la garantía de inmovilidad de los jueces que era tema en discusión no conforma un aspecto sustancial del sistema constitucional argentino ni de la forma republicana y federal de gobierno y señala que en muchos sistemas judiciales los magistrados son designados por plazo que generalmente supera el de los funcionarios electivos, sin que ello venza la independencia de poderes.

“La solución que aporta el voto en disidencia parcial, en cambio, permite el logro de un sano equilibrio entre todos los postulados e intereses en pugna, sin haber tenido que aplicar el más extremo de los remedios cual es la declaración de inconstitucionalidad de una cláusula elaborada por una reforma constitucional” (Sabsay, Manual de Derecho Constitucional, 2015, págs. 64-65)

Lo que se pone en tela de juicio con el precedente en análisis, es la seguridad jurídica. Si el principio rector es que todo el ordenamiento jurídico tiene por sustento a la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos con igual rango, y luego aparece un Poder Judicial que manifiesta que ese texto constitucional, sustento de todo el orden jurídico tiene un defecto, aun cuando el mismo pueda alcanzar a unos pocos, ¿por qué no podría tener muchos más y que además tengan un alcance mayor?

De la mano de la inseguridad jurídica provocada, llegamos a la cuestión simbólica de declarar inconstitucional la constitución. Si bien es cierto que las cláusulas fueron declaradas nulas de nulidad absoluta. “Tal vez de eligió la nulidad pues resultaba tan o más absurdo bajo un punto de vista lógico declarar inconstitucional a la propia Constitución.” (Hernandez (H), 2001, pág. 84) Para el citado autor, hay un quebrantamiento de la Constitución y que comparto.

También debe destacarse que la Corte con el fallo cambia la doctrina que venía sosteniendo como resumía previamente en los antecedentes al mismo,¹⁶¹ salvo como

¹⁶¹ Esto es algo muy común en el accionar de nuestra Corte Suprema de Justicia, el cambio de posición respecto a algunos temas. Por ejemplo, en materia de tenencia de estupefacientes para el consumo personal, ha tenido un cambio de actitud muy singular. Se puede remontar este tema, primero, en el fallo Colavini de 1978 (Colavini, Ariel Omar s/ infracción ley 20771, 1978 – Fallo 300:254), en plena dictadura militar, donde se declaró la constitucionalidad de la penalización de la tenencia para consumo personal. El fallo Bazterrica (C.S.J.N. – Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes – 29/08/1986 – Fallo 308:1382) - será el cambio jurisprudencial y de criterio de la Corte en 1986, en plena vuelta a la democracia, donde se declaró su inconstitucionalidad. En 1990, se dicta el fallo Montalvo (C.S.J.N. – Montalvo, Ernesto Alfredo p.s.a. s/ infr. Ley 20.771 – 11/12/1990 – Fallo 313:1333), en pleno auge del menemismo y las relaciones carnales con Estados Unidos que tienen una fuerte política de persecución en esta materia amen de un estado de la opinión pública proclive a esta posición. El nuevo leading case es el fallo Arriola del 2009 (C.S.J.N. – Recurso de Hecho en Arriola, Sebastián y otro s/ causa 9080 , 25/08/2009 - Fallo 891.XLIV), con una corte progresista y una realidad y sobretodo un contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico diferente, en donde se vuelve, aunque con ciertos límites, al criterio de Bazterrica.

[Escriba aquí]

se ha hecho notar el antecedente Iribarren en donde se iba moldeando los antecedentes del caso en cuestión.

Cuando Gelli concluye su reflexión del fallo, da unas palabras muy interesantes a mi gusto y parecer:

“La sentencia, inscripta en la política de defensa de sus propias prerrogativas generó controversias en la doctrina, excedió a mi modo de ver, los lindes constitucionales del control de constitucionalidad. Ello así, pues la Corte Suprema –salvo el voto en disidencia parcial del ministro Bossert- abandonó un viejo y saludable criterio. Según esa doctrina, si para llegar al mismo resultado en el caso concreto existen dos opciones, una de las cuales implica resguardar la constitucionalidad de la norma en cuestión, el Tribunal debe optar por ese camino. Y esa ruta, que transitaron la Cámara de Apelaciones y el Ministro Bossert, llevaba a considerar no aplicable al peticionante la norma constitucional. (...) Implica una decisión de extrema gravedad institucional en cuanto cuestiona lo obrado por una Convención Constituyente de clara legitimidad política y jurídica (...) Pese a la controversia suscitada por la la sentencia, la decisión tomada por los ministros de la Corte Suprema que no se excusaron cuando tenían un claro interés en la solución del caso, y *la doctrina establecida que pudo alentar otros pedidos de nulidad de cláusulas incorporadas a la Constitución por la reforma de 1994.*” (Gelli, 2006, págs. 362-363) ¹⁶²

Comparto con Colombo Murua (2011), con alguna reserva del modo pero no sobre el punto, una reflexión y crítica al fallo al respecto de que, es un error de la Corte considerar que el principio de intangibilidad de los jueces no puede ser modificado nunca por una reforma pues hace a la naturaleza del Poder Judicial y sobre el que se asienta su independencia y por otro lado en las consideraciones de la Corte respecto de sostener un poder constituyente originario y limitador del derivado. Para Colombo Murua será una cuestión atada a la formal técnica de petrificación. Para mí, la edad de los jueces no hace bajo ningún punto de vista ni a la esencia o naturaleza del Poder Judicial como tampoco a su estructura y funcionamiento, por ello, es absolutamente pasible de modificarse y revisarse. Además, la cláusula constitucional no era tajante y daba lugar a revisar cada caso particular para no imponer un estado de cosas.

xxvii. Sexta Conclusión

Indudablemente, a mi juicio, la Corte desconoció el poder constituyente en sus usos y facultades para crear, construir, innovar y destruir. Sobre todo, porque como recién mencioné, el tema en cuestión no era un tema vedado a la discusión, y de hecho no

¹⁶² La cursiva me pertenece

[Escriba aquí]

hace, repito, ni a la esencia o naturaleza del Poder Judicial como tampoco a su estructura y funcionamiento.

Cuando se hace la pregunta, ¿una constitución inconstitucional?, en rigor de verdad, es más un disparador al pensamiento que tiene una respuesta técnica más que una respuesta de cara a la realidad. Técnicamente, el grave problema jurídico con las consecuencias políticas que ello puede tener del caso Fayt, es el hecho final de la sentencia: “se declara la nulidad de la reforma introducida por la convención reformadora de 1994 en el artículo 99, inciso 4, párrafo tercero -y en la disposición transitoria undécima- al artículo 110 de la Constitución Nacional.”¹⁶³ Así, el fallo declara la nulidad del precepto y no la inconstitucionalidad, que sería el mecanismo que provocaría el efecto normal de la inaplicabilidad limitada al caso concreto. La nulidad, por el contrario, implica que el artículo deje de pertenecer al sistema jurídico, pues la declaración tiene efecto *erga omnes*. En este modo, la Corte sobrepasó los límites propios y ejerció encubiertamente función legislativa y sobre todo función constituyente, al modificar por sí misma y por su fallo, lo dispuesto constitucionalmente.

La encrucijada que plantea la medida se deriva de que, si se siguiera el mismo criterio aplicado en este caso, podría ponerse en discusión la validez de todas las reformas de la Constitución de 1994, con excepción de aquellas incluidas en la ley de necesidad de su modificación aprobada por el Congreso, sobre la base del recordado núcleo de coincidencias básicas del Pacto de Olivos entre Carlos Menem y Raúl Alfonsín. Entre esas reformas se encuentran cuestiones de mucha trascendencia y se usó de hecho una técnica legislativa en la parte doctrinaria a los fines de ampliar ello y no tocar lo anterior.

Si se aceptará que un poder constituido indique en una declaración de necesidad de reforma, sea el fuera el mecanismo que se utilice, ley o mera declaración, lo cierto es que, los puntos habilitados (Núcleo de Coincidencias Básicas) son una cuestión netamente de la agenda política y los consensos arribados, hay cosas que se dicen, otras que salen, y esta la dinámica que los cambia. Por ello, estos puntos habilitados

¹⁶³ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999, págs. fallo - pag 12 y 13)

[Escriba aquí]

solo pueden ser tomados como orientadores, pues sino, se estaría resquebrajando la misma naturaleza creativa, constructiva, innovadora y destructiva del poder constituyente. No es una cuestión de si el poder constituyente es derivado u originario.

El poder constituyente es dinámico y con ello se responde a toda crítica y problema

Para quien sostiene, que la Convención no puede extralimitarse en los puntos destinados a ser reformados o tratados y al mismo tiempo, que esa misma Convención no está obligada a tratar todos los temas y que en simultaneo no se le pueden poner limitaciones de fondo para tratar determinandos temas (cláusula cerrojo), o se pronuncia por un tema sí y por otros no, o en diversas variables sobre los tres puntos siendo uno positivo, se debe marcar la existencia de una incoherencia en ello, pues si niego a o b, lo que niego es el carácter propio del poder constituyente.

La legitimidad de la Constitución es un tema absolutamente político y debe resolverse en el órgano político-constituyente que le dio nacimiento. Por ello la posición de Hernandez en cuanto al principio de corrección funcional es clave para resolver el tema.

A la luz de lo dicho, el caso Fayt¹⁶⁴ presenta varios hitos de problemas. El primer hito es el evidente conflicto de intereses y de la mano el corporativismo judicial. Lo que la sociedad no puede permitirse es el gobierno de los jueces. Advierten los constitucionalistas norteamericanos sobre el control antimayoritario de los jueces en el control de la Constitución como problemas graves al orden republicano, la seguridad jurídica y el sistema jurídico. (Hernandez (H), 2001) La Corte desoyó al Procurador, y era evidente, a todas luces, que había un conflicto de intereses, porque eran pares. Un par no puede juzgar un par, debe haber una diferencia normativa, jerárquica o al menos, ética. Este es un tema político y también ético, de quien se espera una integridad suprema.

Segundo hito, el hecho de que la Corte haya desconocido la supremacía constitucional, pues en vez de acatar el mandato constitucional resultante de la Constitución declaró la nulidad de dos de sus cláusulas. Tercer hito: esta nulidad no es más que un espejo para manifestar una declaración de inconstitucionalidad de la misma constitución, lo que es un absurdo, y sabiendo el absurdo, y sabiendo además la necesidad corporativa

¹⁶⁴ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

[Escriba aquí]

inminente de otros miembros del poder judicial, se actuó de ese modo. Este es un quiebre normativo a la Ley Suprema de parte de un órgano instituido por esta, y se rompe toda la lógica del sistema, por lo tanto, se abre toda una incertidumbre jurídica. Hago una salvedad. La doctrina entiende que si puede haber una reforma de la Constitución que sea inconstitucional. En este sentido Hernandez recuerda las discusiones entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, o Mabury y Frierson, o entre Linares Quintana y Cueto Rua. Y sobre antecedentes históricos propios menciona la Constitución de 1860 en relación a la constitución de 1853 que prohibía reforma alguna o las experiencias en donde indudablemente hay un cuestionamiento objetivo sobre el ejercicio del poder constituyente, para el caso institucional de nuestro país excusado según el mismo Hernandez en la baja cultura política y jurídica. (Hernandez (H), 2001) De mi parte, ya he señalado en la conclusión del primer capítulo cómo experiencias internacionales, e incluso en nuestro país, con la imposición del sistema político o la imposición de una nueva Constitución o incluso con la introducción de pautas de carácter constitucional, se generan un vacío y aumenta el conflicto en base a la falta de acuerdos y legitimidades de todos los actores políticos representantes de la voluntad y soberanía popular. Ello llevará indudablemente a la ilegitimidad del texto constitucional y forzará una reforma, más tarde o más temprano, que se adecue al contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico real.

Cuarto hito: ¿Podríamos demandar al Estado por una serie de incorporaciones que fueron *a priori* extralimitados sobre los temas “habilitados” a reforma de la ley declarativa? Ejemplos sobran; aun cuando al igual que los detractores de este fallo (entre los que me incluyo) se sostenga algún argumento de mayor o menor peso, según el observador, que pueda justificar su incorporación. Dice Hernandez:

“a la luz de esta nueva jurisprudencia, nada impide que puedan revisarse la legalidad y legitimidad de las reformas constitucionales del pasado. O sea que los profundos debates sobre el status constitucional argentino, que pensábamos superados a la luz de la reforma de 1994 al proclamar cuales eran las reformas vigentes, pueden reabrirse en el tiempo por venir, con consecuencias imprevisibles” (Hernandez (H), 2001, pág. 25)

Hacemos notar en este sentido ejemplos interesantes sobre lo dispuesto en la Ley 24.309 y la Constitución Nacional vigente como muestras de supuestas extralimitaciones y su inmediato correlato en la coyuntura política-

[Escriba aquí]

filosófica/ideológica-deontológica-sociológica-histórica-cultural-económica-jurídica actual que claramente traería problemas y discusiones:

a) La ley declarativa de reforma permitía garantizar las identidades étnicas y culturales de los pueblos indígenas, pero la reforma avanzó de sobremanera reconociendo personería jurídica a las comunidades originarias y la posesión de la propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan, en el artículo 75 inciso 17 del texto constitucional¹⁶⁵, tema hoy en boga en torno al conflicto mapuche que tornó estado público a raíz del caso Maldonado.¹⁶⁶

b) Solo había mención en la ley declarativa respecto del habeas corpus y amparo, no así el habeas data. Hoy más que nunca, este elemento es absolutamente necesario en el marco de la sociedad de la información. Día a día se observan una serie de vulneraciones a los datos de las personas, desde las mismas redes y compañías dedicadas a ello, como de otras empresas que en uso de programas de *big data* y con el acompañamiento de las primeras, centralizan y cruzan constantemente información, modos de consumo, hábitos y usos. Estas claras intromisiones a los datos personales sobrepasan el clásico ejemplo de información crediticia y financiera, cuestión hoy de acceso público a través de la página web del Banco Central de la República Argentina. Basta con hacer una consulta desde un celular o laptop, sobre un electrodoméstico o un destino turístico para estar lleno de información aledaña referente a ello.

También deben destacarse en la misma sintonía las cuestiones relacionadas a delitos informáticos como *hijacking*, *hoax*, *pharming*, *phishing*, *scam* o *phishing laboral*, *SMiShing*, entre otros.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Constitución Nacional - Art. 75.17 Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones. (Fuente: Constitución Nacional, Infoleg: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>)

¹⁶⁶ Fuente: “5 claves para entender el conflicto mapuche en Argentina” (28/11/2017) CNN. Recuperado el 04/07/18 en <https://cnnespanol.cnn.com/2017/11/28/mapuche-argentina-5-claves-para-entender-el-conflicto/>

¹⁶⁷ Hijacking Se denomina hijacking a las técnicas informáticas que se utilizan para adueñarse o "secuestrar" páginas web, conexiones de internet, dominios, IPs, etc.

[Escriba aquí]

c) El tema medioambiental esta descripto en forma genérica, sin embargo, la convención fue más allá alterando las competencias entre Provincias y el Estado Nacional al respecto y dictamina presupuestos mínimos necesarios en la materia al igual que la propiedad de los recursos naturales en las provincias. (Sabsay, 2003) En esta materia, amén del ya referido caso “Mendoza”¹⁶⁸, específicamente se han dado controversias entre las provincias, como el caso del río Atuel y el fallo referente en donde se ordena a las provincias implicadas a realizar un plan de obras, con participación del Estado Nacional, con el objeto que el caudal de agua, retenido tras una serie de diques que riegan la región Sur de Mendoza y le dan vida productiva a San Rafael vuelva a correr por la Provincia de La Pampa; dice la Corte que el conflicto debe resolverse en base a un federalismo de concertación que supere enfoques

Hoax: Un hoax es un mensaje de correo electrónico con información engañosa, que pretende avisar de la aparición de nuevos virus, transmitir leyendas urbanas o mensajes solidarios, difundir noticias impactantes, etc. Los hoaxes se caracterizan por solicitar al destinatario que reenvíe el mensaje a todos sus contactos, así logran captar las direcciones de correo de usuarios a los que posteriormente se les enviarán mensajes con virus, spam, phishing, etc.

Keylogger: Programa o dispositivo que registra las combinaciones de teclas pulsadas por los usuarios, y las almacena para obtener datos confidenciales como contraseñas, contenido de mensajes de correo, etc. La información almacenada se suele publicar o enviar por internet.

Pharming: Modalidad de estafa online que utiliza la manipulación de los servidores DNS (Domine Name Server) para redireccionar el nombre de un dominio, visitado habitualmente por el usuario, a una página web idéntica a la original, que ha sido creada para obtener datos confidenciales del usuario, como contraseñas, datos bancarios, etc.

Phishing: Fraude tradicionalmente cometido a través de internet, que pretende conseguir datos confidenciales de usuarios como contraseñas o claves de acceso a cuentas bancarias. Para lograr esta información, se realizan envíos masivos de correos electrónicos, que simulan proceder de entidades de confianza. En el mensaje se pide al usuario que, por "motivos de seguridad" o con el fin de "confirmar su cuenta", facilite sus datos personales, claves, etc. En ocasiones, este tipo de datos se solicitan en el mismo mensaje, o se indica al usuario que acceda a la página web de la entidad en cuestión, que es una copia idéntica de la original, donde deberá completar dicha información. Actualmente están surgiendo numerosas versiones de este delito, que se sirven de otro tipo de medios para conseguir los mismos fines. Un ejemplo del nuevo phishing es el SMiShing.

Scam o Phishing Laboral: Fraude similar al phishing, con el que comparte el objetivo de obtener datos confidenciales de usuarios, para acceder a sus cuentas bancarias. Consiste en el envío masivo de correos electrónicos o la publicación de anuncios en webs, en los que se ofrecen supuestos empleos muy bien remunerados. Cuando el usuario acepta la oferta de trabajo, se le solicita que facilite datos de sus cuentas bancarias, a través de un e-mail o accediendo a una web, para ingresarle los supuestos beneficios.

SMiShing: Es una variante del phishing, que utiliza los mensajes a teléfonos móviles, en lugar de los correos electrónicos, para realizar el ataque. El resto del procedimiento es igual al del phishing: el estafador suplanta la identidad de una entidad de confianza para solicitar al usuario que facilite sus datos, a través de otro SMS o accediendo a una página web falseada, idéntica a la de la entidad en cuestión.

Fuente: “Glosario de delitos informáticos”, recuperado el 01/07/18 en http://www.delitosinformaticos.info/delitos_informaticos/glosario.html

¹⁶⁸ C.S.J.N. - “MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)”

[Escriba aquí]

separatistas y que el problema ambiental debe superar el modelo dominial para ser ecocéntrico sistémico pues el agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, y es fundamental su protección para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia y abordar el conflicto del Atuel desde una perspectiva de unidad -como una cuenca hídrica- dado que los recursos naturales son interdependientes y deben ser cuidados de manera integrada.¹⁶⁹

d) Dejo para destacar en última instancia lo referente a la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional. La ley de reforma permitía a la Convención el tratamiento de “Institutos para la integración y jerarquía de los Tratados internacionales” pero no infiere ello que pueda derogar la misma Constitución lo dispuesto en el artículo 31 de la misma cuya reforma no estaba habilitada, con lo cual podemos entrar en otra discusión respecto a la jerarquía constitucional y el resultado de la reforma. De todos modos, nadie discute en la doctrina ni en la jurisprudencia que el mecanismo encontrado, aun cuando pareciera contradecir el mismo texto constitucional, es un hecho absolutamente reconocido y aceptado, la importancia y vigencia del rango constitucional de los tratados mencionados y que ello no llevo ninguna injerencia en las discusión respecto a la escala normativa-valorativa de los derechos tutelados, así como también deja abierta la incorporación de nuevos tratados y por lo tal de nuevos derechos explícitamente reconocidos que tendrán carácter y rango constitucional.

Si hay una lección por aprehender en Fayt es que no se puede dejar a la Constitución en jaque apelando a estos criterios. Ello ahondaría la crisis de seguridad jurídica y llevaría a un real estado de anomía. En cada uno de los hitos mencionados, otra vez la realidad debe sobreponerse a la teoría. Existe un alto grado de consenso en la sociedad argentina, incluso era un consenso legítimo en el año de la reforma respecto a la misma. Fue la Constitución Nacional del 94, como ya dijimos, el resultante de una Convención pluralista y la más numerosa de la historia.

¹⁶⁹ C.S.J.N. – “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas –CSJ 243/2014 (50-L) ICS1

[Escriba aquí]

VII. SCHIFFRIN. La nueva mirada de la Corte

La decisión que la C.S.J.N. del análisis de la causa "Schiffrin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional"¹⁷⁰, implicó volver a discutir la validez de una cláusula de la Constitución incorporada en 1994. Con un fallo de mayoría, se reconoció las facultades de la Convención Constituyente de 1994 en ejercicio del poder constituyente y restableció el límite establecido en la Carta Magna de setenta y cinco años para ejercer la función judicial. Se abandonó lo decidido en el fallo Fayt.¹⁷¹

La decisión no fue inocente, como ninguna sentencia de la Corte lo es. El contexto de esos meses (y actual también) muestra un espacio de la discusión y agenda pública enfocada en la cuestión política en donde se pone en tela de juicio al Poder Judicial y su funcionamiento, se interpela la imagen e integridad de los jueces, de sus fallos, del activismo judicial, critican y evidencian la convivencia del Poder Judicial con el poder político, especialmente los ocupantes del Poder Ejecutivo, actual o pasado. El ya mencionado corporativismo judicial, la convivencia con la política, la falta de transparencia y ética, la desconfianza en la justicia, son hitos que van cubriendo el espectro relativo a la imagen propia de la justicia.

Simplificar la cuestión implica afirmar que lo fallado implica que la permanencia de los magistrados una vez cumplida la edad límite dependerá del Congreso y del Presidente. fijaron que el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad de los jueces. "La limitación por razones de edad del nombramiento de los magistrados no equivale ni puede ser asimilada a la remoción, que solo procede en caso de enjuiciamiento por las causas legales admitidas", advirtió la Corte¹⁷². El fallo, en la composición actual de la Corte – diferente en número y en sus integrantes respecto al precedente Fayt-, contó con los votos de los Dres. Ricardo Lorenzetti, Juan Maqueda y Horacio Rosatti, y con la disidencia del Dr. Carlos Rosenkrantz. Highton de Nolasco se recusó por estar

¹⁷⁰ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017)

¹⁷¹ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

¹⁷² (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017, pág. considerando 4.d voto ROSENKRANTZ)

[Escriba aquí]

implicada en una situación similar a la que se juzgaba, ya abordaré en el punto siguiente. Los jueces aclararon que la normativa aplicada en el caso Fayt¹⁷³ debe ser abandonada y sustituida "por un nuevo estándar de control, que sea diferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo".

xxviii. Highton de Nolasco, entre Fayt y Schiffrin

Días antes del antecedente Schiffrin,¹⁷⁴ tenemos un antecedente poco mencionado por la opinión pública,¹⁷⁵ pero no por ello menor en importancia. El fallo judicial vuelve a reabrir el debate, como lo había hecho Fayt en su momento, amén del hecho por el cual un par de años atrás se había discutido sobre la continuidad del mismo ministro por su estado físico y de salud.¹⁷⁶ En el marco que ya habíamos descrito, el juez Enrique Lavié Pico, titular del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Nacional N° 6, hizo lugar a la acción de amparo iniciada por la integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Elena Highton de Nolasco,¹⁷⁷ y a la postre, declaró la nulidad de la reforma constitucional introducida en 1994 al artículo 99, inciso 4°, párrafo tercero de la Constitución Nacional, al igual que el ya visto caso Fayt.¹⁷⁸

Highton de Nolasco al plantear la permanencia en su cargo citó el antecedente Fayt¹⁷⁹ y la Justicia le dio la razón basándose en esa doctrina, que posteriormente la propia Corte abandonaría. Lo curioso es que el fallo del fuero contencioso administrativo federal no fue apelado por el gobierno nacional, y por tal motivo, la magistrada y actual

¹⁷³ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

¹⁷⁴ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017)

¹⁷⁵ Fuente: "La Justicia le hace un guiño a Highton de Nolasco para que siga en la Corte" (10/02/2017) Perfil. Recuperado el 20/05/2018 en: <http://www.perfil.com/noticias/politica/highton-de-nolasco-consiguio-un-fallo-para-seguir-en-la-corte.phtml>

¹⁷⁶ Fuente: Renunció el juez Carlos Fayt: el 11 de diciembre dejará la Corte Suprema (15/09/15) La Nación. Recuperado el 20/05/2018 en: <https://www.lanacion.com.ar/1828074-renuncio-el-juez-carlos-fayt-el-11-de-diciembre-dejara-la-corte-suprema>

Fuente: "Muere el juez Carlos Fayt, azote del kirchnerismo en la Corte Suprema" (23/11/2016) El País. Recuperado el 20/05/18 en:

https://elpais.com/internacional/2016/11/23/argentina/1479907114_603151.html

¹⁷⁷ (Juzgado Contencioso Administrativo Federal 6 en "Highton de Nolasco, Elena Inés c/ EN s/ AMPARO Ley 16986", 2017)

¹⁷⁸ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

¹⁷⁹ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

[Escriba aquí]

integrante de la Corte, no fue alcanzada por la resolución del máximo tribunal.¹⁸⁰ Es contra fáctico, pero a la luz de lo actuado en Schiffrin, posiblemente se haya seguido la misma línea, o incluso se podría haber encontrado entre los miembros de la Corte una salida elegante a la cuestión.

Ella asumió su cargo en 2004, post Constitución de 1999 y esto no es un dato menor. En su presentación de amparo, manifestó que la Convención Constituyente se extralimitó respecto de los puntos habilitados a reforma en especial “no existía autorización alguna para modificar el régimen de estabilidad vitalicia de los magistrados, ni fijar un límite de setenta y cinco años como finalmente lo hizo la Convención Constituyente.”¹⁸¹ Para el Tribunal, la causa es similar al caso Fayt. y juzgo que “se trataba de una cuestión justiciable, de acuerdo a la doctrina del control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución Nacional, que fuera elaborada por dicho tribunal en la causa “Soria de Guerrero.”¹⁸²

La encrucijada, como decía en Fayt, es la misma, podría ponerse en discusión la validez de todas las reformas de la Constitución de 1994, con excepción de aquellas incluidas en la ley de necesidad de su modificación aprobada por el Congreso, pero con un agravante ético, la ministro Highton, al incorporarse al máximo cuerpo judicial no había formulado objeciones a las limitaciones de edad dispuesta por la Constitución que ella misma juró respetar, y lo hacía bajo el marco de vigencia de esa Constitución ya reformada.

En la misma línea que concluía el capítulo anterior, con esta postura, la medida tomada en el caso Highton sería una decisión judicial errónea e inconstitucional, por oponerse a las consideraciones de la Constitución, de enorme gravedad institucional, que afecta la seguridad jurídica, y desconoce la fuerza normativa de la Constitución. El poder constituido, incluida la propia Corte, no puede hacer otra cosa que cumplir lo ordenado por el poder constituyente, al que se considera la máxima expresión de soberanía

¹⁸⁰ Fuente: “Fallo de la Corte reestablece límite de 75 años y decenas de jueces quedan al borde de la jubilación” (28/03/2017) Ambito.com. Recuperado el 21/05/2018 en: <http://www.ambito.com/877434-fallo-de-la-corte-reestablece-limite-de-75-anos-y-decenas-de-jueces-quedan-al-borde-de-la-jubilacion>

¹⁸¹ (Juzgado Contencioso Administrativo Federal 6 en "Highton de Nolasco, Elena Inés c/ EN s/ AMPARO Ley 16986", 2017, pág. visto 1)

¹⁸² (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999, pág. considerando IV)

[Escriba aquí]

popular y el único que puede sancionar o modificar la Constitución, tema sobre el que ya me expresé.

¿Podría haber existido una salida mixta, antes, o ahora? Encontrándose en debate la aplicación de dos normas constitucionales, en virtud de la doctrina de la Corte, según la cual cabe agotar las interpretaciones que permitan integrarlas sin desconocer una en perjuicio de otra, es posible trazar una solución en donde se encuentren, por un lado, los jueces designados en sus cargos con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 -respecto de los cuales prevalecería la inamovilidad resultante del artículo 110 de la Constitución- y, por otro lado, los jueces que hayan accedido a cargos con posterioridad a dicha reforma, que tienen la duración limitada dispuesta, porque ellos conocen cuál es el régimen constitucional vigente al cual prestan juramento por imperio del artículo 112 de la Constitución. (Gargarella, 2017) Lo dicho por la misma Corte podría haber sido una salida mixta y elegante, al decir que “sin perjuicio de la solución que alcanzó, y a modo de *obiter dictum*, puntualizó que los jueces designados al amparo del régimen anterior a la reforma no podían ser alcanzados por la norma impugnada pues ello implicaría afectar sus derechos adquiridos”¹⁸³, y entonces así haber resuelto la continuidad por el mero ejercicio anterior sin quitarle el texto constitucional su naturaleza.

De cualquier modo, parece incomprensible que el Estado nacional no haya apelado la decisión del juez de primera instancia, porque ello no ha permitido la intervención de la respectiva cámara de segunda instancia y que pueda luego llegar el caso a estudio y la posterior decisión de la Corte Suprema, que ahora cuenta con una integración distinta a la que falló sobre el caso Fayt¹⁸⁴, y que podría tener una opinión contraria a la de dicho precedente... Pero días después llego Shiffrin¹⁸⁵

xxix. Antecedentes y sumario del fallo.

El 28 de marzo de 2017, la Corte Suprema de Justicia, por mayoría, reconoció las facultades de la Convención Constituyente de 1994 y restableció el límite

¹⁸³ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017, pág. consd. 3)

¹⁸⁴ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

¹⁸⁵ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017)

[Escriba aquí]

constitucional de 75 años de edad para la función judicial. En el acuerdo celebrado en la fecha, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió la causa "Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional" en la que se volvió a discutir la validez de una cláusula de la Constitución Nacional incorporada por la Convención Reformadora de 1994. En primera instancia y en la Cámara de Apelaciones había obtenido sentencias a su favor, apoyadas en la doctrina Fayt, pero el Estado Nacional llevó la discusión al Alto Tribunal, donde el tema llevaba cerca de cinco años.

Lo primero a decir es que con este fallo la Corte Suprema abandonó lo decidido en el fallo Fayt¹⁸⁶ en 1999 y por lo tanto, revoca la doctrina y con la decisión de Schiffrin¹⁸⁷ devuelve la validez a la única norma de la Constitución Nacional que fue declarada nula -en toda la historia constitucional de Argentina- por la misma Corte. Lo segundo a destacar es que, de forma indirecta, con el fallo se restableció la potestad del Congreso y del Presidente de la Nación -como poderes políticos reconocidos por la Constitución y constituidos por la misma- de ejercer las funciones que el constituyente reformador les otorgó para decidir como representantes del pueblo si un juez puede continuar ejerciendo su función después de los 75 años. Esto no es menor, pues la doctrina que emana de la sentencia apunta a devolver su vigencia a la totalidad del texto de la Constitución Nacional, tal como fue aprobada por los constituyentes en 1994 y tal como es la Constitución del 94. En tercer lugar, por la decisión mayoritaria conformada por los votos concurrentes e individuales de los doctores Lorenzetti, Maqueda y Rosatti, se dejaron expresamente respecto a la cuestión en discusión de este trabajo pues marcaron que: **i)** La Convención reformadora actúa como poder constituyente derivado, reuniéndose con la finalidad de modificar, o no, sólo aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas; **ii)** dentro de los límites de la competencia habilitada, la Convención Constituyente es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará; **iii)** el control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado

¹⁸⁶ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

¹⁸⁷ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017)

[Escriba aquí]

de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Convención Constituyente y en caso de duda debe optarse por la plenitud de poderes de esa Convención; **iv)** la ley 24.309 (artículo 3º, tema e), al habilitar a la Asamblea reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución, incluyó los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales que impera en nuestro país; **v)** esa habilitación sostiene la conclusión de que la necesaria intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo -cuando los jueces federales alcanzan la edad de 75 años- aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas a la Convención Constituyente; **vi)** la única vez en la historia argentina en que la máxima autoridad del Poder Judicial declaró la nulidad de una cláusula de la Constitución Nacional fue en el caso Fayt¹⁸⁸, sentencia en la cual la Corte había puesto en ejercicio un control restrictivo sobre el juicio de compatibilidad material entre los temas habilitados y las cláusulas adoptadas, que limita severamente la competencia del órgano reformador; **vii)** la doctrina utilizada en el caso Fayt debe ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo; **viii)** la aplicación de la nueva doctrina lleva a concluir que la convención constituyente de 1994 no ha excedido los límites de su competencia al incorporar la cláusula del art. 99, inc. 4º, tercer párrafo, de la Constitución Nacional. Ni tampoco ha vulnerado el principio de independencia judicial, que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno; ello así, en tanto el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad de los jueces.^{189/190}

Con estos fundamentos, se declaró procedente el recurso extraordinario, se rechazó la demanda promovida por el juez Schiffrin, y se dejó en claro que el pronunciamiento no afectaba la validez de los actos cumplidos por dicho magistrado. En su disidencia,

¹⁸⁸ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

¹⁸⁹ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017)

¹⁹⁰ Fuente: “La Corte Suprema, por mayoría, reconoció las facultades de la Convención Constituyente de 1994 y restableció el límite constitucional de 75 años de edad para la función judicial” (28/03/17) Centro de Información Judicial (CIJ) Recuperado el 02/02/18 en: <https://www.cij.gov.ar/nota-25386-La-Corte-Suprema--por-mayor-a--reconoci--las-facultades-de-la-Convenci-n-Constituyente-de-1994-y-restableci--el-l-mite-constitucional-de-75-a-os-de-edad-para-la-funci-n-judicial.html>

[Escriba aquí]

el juez Rosenkrantz entendió que lo que estaba en discusión en este caso no era la razonabilidad de la limitación del mandato de los jueces sino la validez constitucional del proceso por el cual se introdujo esa reforma. Sostuvo que la Convención modificó un artículo que no estaba habilitado por el Congreso Nacional para ser reformado y que, por ello, la Convención Reformadora, al establecer un límite temporal al mandato de los jueces, violó la Constitución Nacional. Argumentó en su voto que las normas que rigen el proceso de reforma constitucional son de crucial importancia para la efectiva vigencia del sistema de derechos y libertades consagradas por nuestra ley suprema, ya que hacen a la estabilidad misma de dichas garantías.¹⁹¹

Debe destacarse que el dictamen del procurador, la posición del mismo era mantener la postura tomada en Fayt¹⁹², algo que en su momento se había manifestado en contra.

Sobre la cuestión de fondo, la Corte dijo que “la reforma de 1994 no modificó la garantía de inamovilidad, solamente alteró la vigencia del plazo de duración del mandato judicial para adecuarlo a la realidad de las exigencias que el cargo de juez importa. La esencia de esa garantía no incluye la duración vitalicia en el cargo, que tampoco viene impuesta por la forma republicana de gobierno ni por el principio de división de poderes; y que la limitación por razones de edad del nombramiento de los magistrados no equivale ni puede ser asimilada a la remoción, que solo procede en caso de enjuiciamiento por las causales admitidas en el artículo 53, mientras que la limitación por edad constituye un límite objetivo e impersonal aplicable a todos los jueces por igual.”¹⁹³

Respecto a partes del fallo que son interesantes en el marco de este trabajo, la Corte sostiene que el poder constituyente tiene dos límites: los contenidos pétreos de la misma Constitución y los Derechos Humanos. Dice textual: “que la Convención

¹⁹¹ Fuente: “La Corte Suprema, por mayoría, reconoció las facultades de la Convención Constituyente de 1994 y restableció el límite constitucional de 75 años de edad para la función judicial” (28/03/17) Centro de Información Judicial (CIJ) Recuperado el 02/02/18 en: <https://www.cij.gov.ar/nota-25386-La-Corte-Suprema--por-mayor-a--reconoci--las-facultades-de-la-Convenci-n-Constituyente-de-1994-y-restableci--el-l-mite-constitucional-de-75-a-os-de-edad-para-la-funci-n-judicial.html>

¹⁹² (Dictamen del Procurador de la Nación en "Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción meramente declarativa, 2012)

¹⁹³ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017, pág. consid. 4 . c y d.)

[Escriba aquí]

Constituyente representa la voluntad del pueblo, pero, en un estado constitucional de derecho, está limitada por el contenido pético de la Carta Magna; de este modo, una Convención futura no podría derogar la estructura básica del sistema de poder constitucional ni los derechos humanos ya consagrados.”¹⁹⁴ Y refrendó que, en cuanto al control judicial de una reforma constitucional, se limita únicamente a corroborar la concurrencia de los "requisitos mínimos e indispensables que condicionan la sanción de la norma constitucional reformada”.¹⁹⁵

xxx. Significado político del antecedente.

El Poder Ejecutivo a través de su ministro de Justicia, Germán Garavano, consideró razonable la decisión de la Corte y dijo que "siempre es bueno el recambio en las instituciones".¹⁹⁶ Hay que decir que en el contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico, el Poder Judicial viene siendo foco de más críticas que halagos, y la posibilidad de volver a decir, como diecisiete años atrás que había una cláusula nula en el texto constitucional, lo que al oído popular es algo así como decir la Constitución es inconstitucional, seguiría socavando su imagen y consideración sobre ella.

El fallo no lleva la firma de Elena Highton de Nolasco, quien ya había adoptado posición en su propio caso, al promover una demanda anterior, que ya se analizó, en la que pedía quedarse invocando la doctrina Fayt. Como ya señalé, en febrero consiguió un amparo favorable a su permanencia. El Gobierno, durante el trámite del expediente la atacó, pero al momento de apelar no lo hizo, desistió, el fallo quedó firme y la jueza en su puesto. No puede negarse la posición incómoda en que quedo.

Si antes el dictamen del procurador era no dar lugar al pedido del entonces juez Fayt, ahora, en nuestra aparente misma lógica de esquizofrenia, la Procuración pedía

¹⁹⁴ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017, págs. consd. 7 - f)

¹⁹⁵ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017, pág. consd. 10)

¹⁹⁶ Fuente: “Fallo de la Corte reestablece límite de 75 años y decenas de jueces quedan al borde de la jubilación” (25/03/2017) Ambito.com. Recuperado el 03/07/18 en: <http://www.ambito.com/877434-fallo-de-la-corte-reestablece-limite-de-75-anos-y-decenas-de-jueces-quedan-al-borde-de-la-jubilacion>

[Escriba aquí]

mantener la doctrina Fayt.¹⁹⁷ Pero lo cierto es que nada es casual, todo es parte de un engranaje, de un sistema. El Ministerio Público Fiscal estaba en constante pelea con el Poder Ejecutivo a raíz de la titularidad del mismo¹⁹⁸ y sabía al mismo tiempo que un cambio en la consideración de la Corte implicaba un recambio generacional de la justicia en tanto muchos jueces federales se verían afectados por ello y se abriría una caja de Pandora.¹⁹⁹

Hay un escenario claro, y se debía definir en términos político. *A priori*, los próximos capítulos, que deberá definir la suerte de decenas de jueces, se va a dirimir entre el Consejo de la Magistratura y la Casa Rosada, y hay claros intereses del Ejecutivo al respecto, con la lupa sobre algunos jueces más o menos aledaños a su política de gobierno. Indudablemente hay una complicidad y convivencia entre la política y el “impoluto” poder judicial.²⁰⁰ Entonces, la Corte que cada vez que falla lo hace con una clara línea política, también debía dar señales de sobrevivencia e integridad, y con este fallo, a mi juicio lo hizo.

Deben destacarse también una serie de elementos interesantes respecto del fallo que tienen una trascendencia política que se disimula, pero para quienes están comprometidos en esa arena política son muy simbólicos. Los aspectos novedosos que le dan un cariz político son: ordena publicar la sentencia en el Boletín Oficial; dispone notificarle al Consejo de la Magistratura (el organismo que nombra y puede promover la remoción de jueces pero que además maneja la administración y los recursos humanos del Poder Judicial); y exhorta al Consejo de la Magistratura para que tome medidas para asegurar la vigencia de límite de 75 años. A eso se suma una aclaración

¹⁹⁷ (Dictamen del Procurador de la Nación en "Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción meramente declarativa, 2012)

¹⁹⁸ Fuente: “Aunque Macri quiere su salida, Gils Carbó lo visitará en Casa Rosada” (07/10/2016) Clarin. Recuperado el 03/06/2018 en: https://www.clarin.com/politica/macri-gils-carbo-casa-rosada_0_ByiD8iSR.html

Fuente: “Mauricio Macri, sobre la tensión con la procuradora Alejandra Gils Carbó: "La mujer insiste en sostenerse en el cargo" (07/07/2016) La Nación. Recuperado el 03/06/2018 en: <https://www.lanacion.com.ar/1916226-mauricio-macri-sobre-alejandra-gils-carbo-la-mujer-insiste-en-sostenerse-en-el-cargo>

¹⁹⁹ Fuente: “El caso Schiffrin y la caja de Pandora” (03/04/2017) La Nación. Recuperado el 03/06/2018 en <https://www.lanacion.com.ar/2003386-el-caso-schiffrin-y-la-caja-de-pandora>

²⁰⁰ Fuente: <https://www.youtube.com/watch?v=3yhMzuc1458>

[Escriba aquí]

no menor: dice que los jueces que hayan sido nombrados antes de 1994 no tienen derechos adquiridos.

xxxii. Significado jurídico del antecedente.

Dice Gargarella, con quien comparto, que con el fallo Schiffrin²⁰¹ se abandona la posición adoptada previamente en Fayt²⁰² que resultaba altamente controvertido, en parte porque la Corte apareció como sirviéndose a sí misma (una Corte de la que era miembro el juez Fayt decidió que Fayt podía seguir en su cargo a pesar de haber cumplido la edad límite que fijaba la Constitución) y sobretodo porque el anterior precedente representó la primera y única vez, en toda la historia constitucional del país, en que la Corte declaró inconstitucional un artículo de la misma Constitución que ella tenía por obligación custodiar. (Gargarella, 2017)

La Corte señaló en el fallo que no puede atribuirse el poder de revisión de una reforma al Poder Judicial: “al declarar la nulidad de una norma dictada por la Convención Reformadora, la cámara violó el principio de división de poderes y de supremacía establecido en la Constitución Nacional atribuyéndose facultades de revisión que inhibieron la eficacia de la tarea de la Convención Constituyente; Indudablemente se posiciona a la Constitución en el lugar que debe ocupar: la cúspide del sistema jurídico.”²⁰³

xxxii. Séptima conclusión.

Antonio María Hernández, en un análisis del bicentenario de la Revolución de Mayo, hará una reflexión y trae a colación que con motivo del centenario de la Revolución de Mayo de 1810, Joaquín V. González, en una reflexión de esos cien primeros años de nuestra historia, destacaba como rasgos de nuestra idiosincrasia; la tendencia a la discordia, a gobiernos personales sin adecuados controles y al incumplimiento de la constitución y las leyes. Remarcó en ese sentido la ausencia de voluntad popular, el sistema electoral, la representación política, el manejo concentrado de poder del

²⁰¹ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017)

²⁰² (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

²⁰³ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017, pág. consd. 4)

[Escriba aquí]

presidente con los gobernadores, la corrupción y la cuestión social.²⁰⁴ Algo de esto se repite hoy, quizás lastimosamente con un mayor énfasis, un énfasis que se hace visible de la mano de los medios de comunicación, la globalización y la Internet 2.0. Hoy, cien años después, la primera aproximación a ello indica que tenemos una *Argentina que adhiere altamente al sistema democrático* (recordemos que nuestra democracia estuvo interrumpida por sucesivos golpes de Estado desde 1930 a 1983 y hoy tenemos ya treinta y cinco años ininterrumpidos de democracia²⁰⁵) y al mismo tiempo hay una demanda igual de alta por *eleva la calidad institucional ante* la desconfianza de las instituciones. (Hernandez, 2012)

Sin lugar a dudas el fallo en estudio se enmarca en esta necesidad imperiosa de volver a dotar de sentido a las instituciones y sobretodo de dar garantías y solidez a la Justicia. Somos un país al margen de la ley. Fuerte afirmación del maestro Carlos S. Nino; la débil cultura de la legalidad dirá Hernandez (2012). Síntesis de este complejo problema que hace a nuestra cultura política, jurídica, democrática y constitucional.²⁰⁶

²⁰⁴ Hasta la sanción de la Ley Saenz Peña, del voto secreto, universal y obligatorio, la democracia Argentina estaba reducida al formalismo del voto que se ejercía con un absoluto y demostrativo fraude (fraude patriótico) y corrupción. (Floria & Belsunce, 2016)

²⁰⁵ En lo personal el golpe de 2001 es un golpe institucional o golpe débil.

²⁰⁶ Hace Hernandez (2012) un resumen de variables respecto a las percepciones de la Ley y la Constitución. que son muy interesantes para dimensionar nuestro status histórico-político (el resumen esta introducido en la obra de referencia, su estudio puro está en la obra del mismo autor y otros, a saber: Encuesta de cultura constitucional Argentina: una sociedad anómica de Hernandez, Zovatto y Mora y Araujo). De entrada, señala que hay una alta percepción sobre la falta de respeto a la ley (86% contra 11%). “apenas un 8% de los ciudadanos respetan las leyes y la Constitución, debido a que ellos se valoran a sí mismo como desobedientes y transgresores (88%)” (pág. 54) Lo llamativo es que hay una percepción de que los actores sociales cumplen la ley y acusan al mismo tiempo a otros de no hacerlo, solo la respetan un 32% en general, en un 22% el Estado Nacional, en un 19% en los gobiernos provinciales. De respetar la ley se hace por un deber moral (44%) o por beneficiar a otros (37%) o para no perjudicar a la familia y amigos (9%) y para evitar castigos (8%)... Y a la afirmación hay momentos en los que es necesario desobedecer la ley, el 41% se mencionó a favor...Más adelante, respecto al conocimiento de la Constitución el estudio “nos hace concluir que la percepción del significado de la Constitución es apenas relativa en el país, pues existe un considerable número de respuestas que revelan desconocimiento.” (pág. 56) Pero sobre su importancia el 89% la considero importante, y a la par un 85% percibe el incumplimiento de la Constitución, formando nuevamente esa paradoja que nos hace argentinos. Las conclusiones entonces arribadas expresaron: “un orden social e institucional donde la ley no se cumple, no es respetada por los ciudadanos ni por los dirigentes, y donde el Estado no impone ni garantiza su cumplimiento, es la visión que una mayoría de los argentinos tenemos de nuestra propia sociedad. Esa percepción se extiende en el ámbito de la Constitución Nacional y se correlaciona con la baja confianza en las instituciones del Estado. Es el cuadro de una sociedad anómica” (Hernandez, 2012, pág. 58)

[Escriba aquí]

Al revocar la doctrina del caso Fayt²⁰⁷, la decisión de la Corte en el presente caso devuelve la validez a la única norma de la Constitución Nacional que fue declarada nula -en toda la historia constitucional de la Argentina- por la misma Corte Suprema. Quizás, con el fallo, se cumplen remedios a las críticas emitidas anteriormente con el precedente Fayt.. Si algo trae, de modo simbólico, es seguridad jurídica y restitución del Estado de Derecho en donde la Constitución sea el marco de referencia.

Es muy difícil sostener el valor de la seguridad jurídica para los ciudadanos cuando constantemente nos cruzan idas y vueltas, marchas y contramarchas, respecto de decisiones institucionales, políticas públicas y, sobre todo, cuando el poder judicial, supuesto garante de la constitución y por lo tal motor ordenador de esa seguridad jurídica, también se sube a este tren de marchas y contramarchas. De todos modos, es preferible la actual decisión de la Corte al respecto, que la tomada en 1999 con el caso Fayt²⁰⁸.

Que la Corte cambie su perspectiva no es novedoso, ya lo hizo en otras materias y situaciones de hecho similares. Comparto con Gargarella (2017), a ningún tribunal le gusta aceptar que se equivocó, eso es posible en nuestro país dado que no es un requisito seguir doctrinas. Ya lo señalaba en materia de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Incluso la misma Corte en el fallo bajo análisis dice: “es importante señalar que, en los últimos diez años esta Corte modificó numerosos precedentes, en materia previsional, laboral, ambiental, derechos fundamentales, lesa humanidad, penal, y otros, invocando una razón fundada que fue la plena aplicación de la reforma constitucional del año 1994. Es decir que en esos casos hubo una justificación basada en el cambio sustancial en el ordenamiento constitucional o en razones de excepción”.²⁰⁹

Una Corte actuando de ese modo es una Corte con relación y conocimiento del contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico. Pero, cuando la Corte en 1999 falla a favor de Fayt habló el aparato judicial haciendo política corporativa, entre otras cosas, y ahora, cuando la

²⁰⁷ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

²⁰⁸ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

²⁰⁹ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017, pág. consd. 9)

[Escriba aquí]

Corte en 2017 falla contra Schiffrin lo hace promoviendo y garantizando el valor de la Constitución.

Volviendo al fallo, el ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rosenkratz, en su voto minoritario sostuvo que el caso "Fayt" tuvo un "pacífico cumplimiento" por "todas las autoridades constituidas, independiente de su signo político, durante más de 20 años" y se debía ser "consistente" a lo largo del tiempo.²¹⁰ De todos modos, la doctrina del caso Schiffrin ya ha empezado a recorrer camino, y encaminados por las presiones políticas o por las decisiones del mismo Poder Judicial, que ahora, con respaldo de la Corte, empieza a tomar medidas en consecuencia. Así ha tocado la suerte de algunos magistrados como el camarista Calatayud en donde la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal ordenó que abandone el cargo,²¹¹ o la del magistrado de Formosa Valinte que renunció en el mismo sentido,²¹² o la de los magistrados Graciela María Amabile Cibils, Luis Álvarez Juliá y el federal Héctor Rubén Echave.²¹³ De todos modos, nada de ello exime poner en consideración el rol del aparato judicial y la corporación judicial al respecto, con este fallo, con el antecedente Fayt o con la misma situación de hecho del caso Highton de Nolasco.

Fayt²¹⁴ y Schiffrin²¹⁵ principalmente, incluso los casos previos ya analizados, fueron de una inmensa trascendencia e implicancia institucional. Cada uno a su modo, puso en jaque la seguridad jurídica, resquebrajaron la integridad constitucional, y desafiaron el régimen constitucional.

²¹⁰ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017, págs. voto disidencia Rosenkratz, consid. 28)

²¹¹ Fuente: "El camarista Calatayud deberá abandonar su cargo por la doctrina "Schiffrin", (28/06/2017) Diario Judicial. Recuperado el 21/05/18 en: <http://www.diariojudicial.com/nota/78448/brevata/el-camarista-calatayud-debera-abandonar-su-cargo-por-la-doctrina-schiffrin.html>

²¹² Fuente: "Un nuevo juez federal se suma a la doctrina "Schiffrin" (29/06/2017) Diario Judicial. Recuperado el 21/05/18 en: <http://www.diariojudicial.com/nota/78455/brevata/un-nuevo-juez-federal-se-suma-a-la-doctrina-schiffrin.html>

²¹³ Fuente: "Nuevas bajas por el fallo "Schiffrin" (26/06/2017) Diario Judicial. Recupero el 21/05/2018 en: <http://www.diariojudicial.com/nota/78426/brevata/nuevas-bajas-por-el-fallo-schiffrin.html>

²¹⁴ (C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 1999)

²¹⁵ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017)

[Escriba aquí]

“El caso Fayt representó, desde entonces, una de las manifestaciones más notables de la conocida tensión entre "democracia" y "constitucionalismo": ¡la Justicia se mostraba capaz de declarar inconstitucional una reforma constitucional!” (Gargarella, 2017) Pero como parte de nuestras contradicciones, las medidas de las varas no son para todos iguales. Así para el caso particular de la excelentísima jueza Highton de Nolasco, a quien le tengo un absoluto respeto intelectual, no hay actuación de la Corte aún y la Cámara siguió la doctrina Fayt, por lo tanto las intromisiones del Poder Judicial se hacen evidentes. Así se mantiene por ahora en el fallo del Juzgado Contencioso Administrativo Federal 6 en el fallo Highton de Nolasco c/ Estado Nacional.²¹⁶ La convivencia política se mantiene.

Dicho todo, si algo hay que rescatar del fallo Schiffrin²¹⁷ es que retomamos un sendero como sociedad en donde la Constitución, sus derechos, garantías y definiciones, vuelven a ser realidad. Claro que resta camino, de reforzar aquellos espacios en donde el mismo poder judicial, entre otras razones, porque licua la confianza en el funcionamiento del sistema judicial, cuya credibilidad ya estaba corroída por un historial de confusiones éticas combinado a un alto y aún oscuro costo operacional, con bajo rendimiento para la sociedad.

²¹⁶ (Juzgado Contencioso Administrativo Federal 6 en "Highton de Nolasco, Elena Inés c/ EN s/ AMPARO Ley 16986", 2017)

²¹⁷ (C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, 2017)

[Escriba aquí]

VIII. Conclusión: sobre la posibilidad, o no, del poder constituido de limitar al poder constituyente en un proceso de reforma constitucional.

Este trabajo parte de una pregunta central: ¿puede un poder constituido poner límites a un poder constituyente en un proceso de reforma constitucional? Con ella también se sitúa el tema de la misma y esta conclusión busca dar respuesta a la ello. En los capítulos precedentes se ha tratado de generar todo un análisis respecto al alcance y características que son propias de la teoría constitucional con el objeto de tener los elementos necesarios para poder hacerlo. También hay que decir que el tema en cuestión encierra también la discusión sobre el alcance de los contenidos que en el proceso de reforma constitucional pueden darse.

Este trabajo partió la siguiente hipótesis toda Constitución es el reflejo del contexto político-social de un momento determinado, de un pueblo en ejercicio de su poder soberano. Ello solo se hace con pleno ejercicio de su libertad y contiene un ánimo de autodeterminación por ser un Estado-Nación. Así, toda Constitución realizada al amparo del poder del pueblo, reflejado en un poder constituyente, no puede tener limitaciones más que las propios del derecho natural o la ética convencional que deviene de las Convenciones y Pactos Internacionales en materia de Derechos Humanos. Es por ello que hoy el gran desafío de las constituciones duras y rígidas, en el marco de la globalización y los procesos de integración regional, implica amoldar la estructura jurídica institucional a la supranacionalidad. Con la misma se trata de dar respuesta a la pregunta de si ¿puede un poder constituido poner límites al poder constituyente? En todo este desarrollo, traté de armar un sistema que pueda abordar una respuesta a esta hipótesis que se desprende de esos objetivos y que en los diversos capítulos se fue construyendo y explicando. (Figura 7)

Se partió de la Constitución como eje y centro del sistema. La Constitución es lo que nos aglutina en el entrettejido social e incluso le da sentido al mismo. La Constitución es un ser vivo que se construye constantemente. El acto constituyente no es un mero acto decisorio y arbitrario. No hay voluntad subjetiva que sostenga una Constitución y que haga cierta una Constitución. Hay una voluntad organizada, como real reflejo de las cuestiones políticas-filosóficas/ideológicas-deontológicas-sociológicas-históricas-

[Escriba aquí]

culturales-económicas-jurídicas del entorno que la rodea, por ello, la constitución es un producto de la realidad y contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico. Y la construcción se hace sosteniendo y cuidando sus principios, instituciones y profundizando en el devenir diario su misión y visión.

La Constitución nace del poder constituyente. El mismo crea y renueva la Constitución en los procesos de reforma constitucional. En sus usos y facultades, crea, construye, innova y destruye. Su naturaleza es claramente dinámica. Responde ello al propio contexto, en donde el cambio por la misma evolución es natural y las transformaciones que van ocurriendo, por ello el poder constituyente, si quiere dar un instrumento constitucional que sea reflejo del contexto.

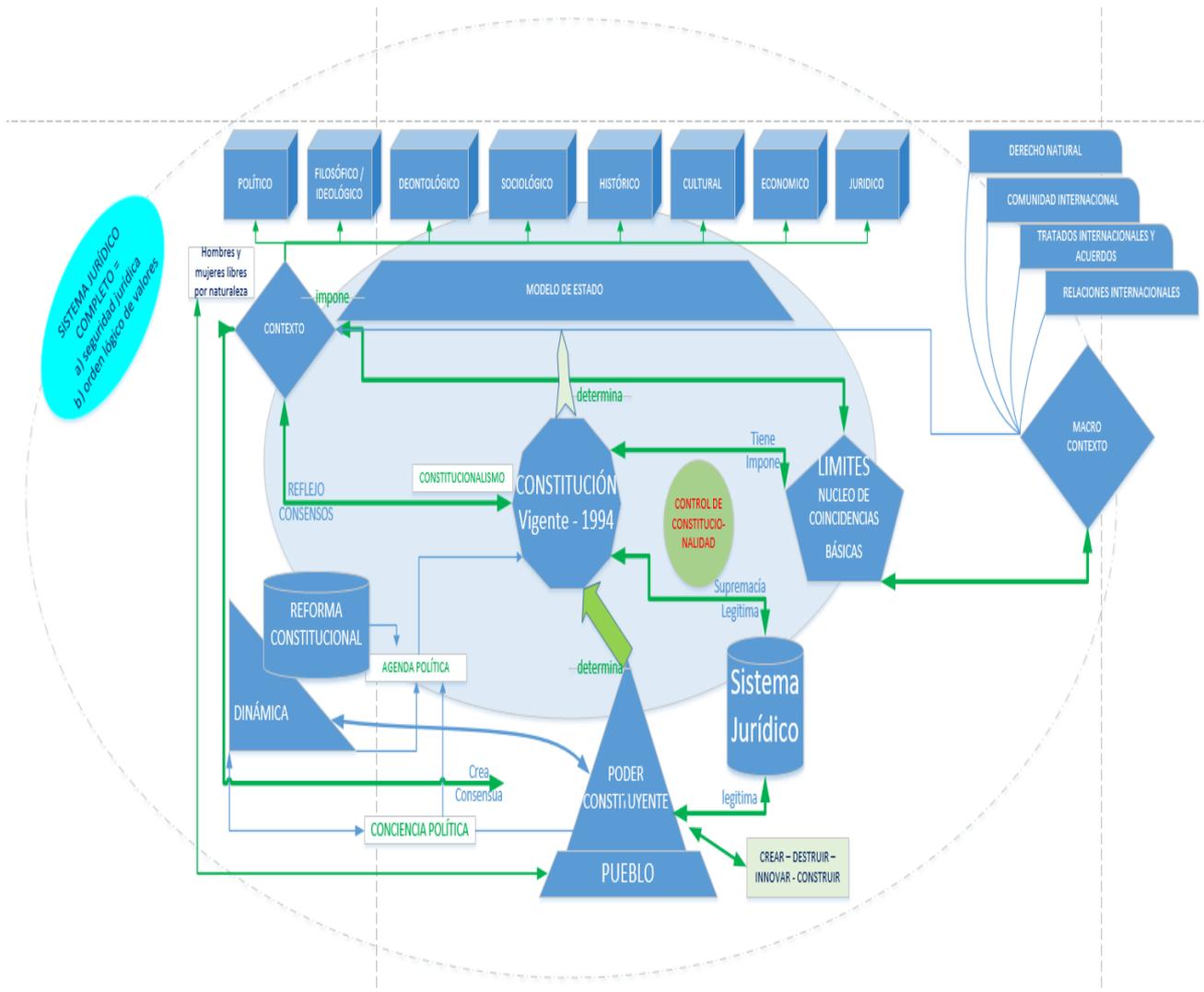
En caso de un proceso de reforma constitucional, o cambio de la misma, los límites que se imponen están dados por el mismo contexto. las mismas de cara al ejercicio del poder constituyente, no tendrán virtual posibilidad de imponerse. Lo mismo ocurrirá con los límites implícitos y las declaraciones genéricas. En definitiva, habrá libertad de ejercicio del uso y facultades del poder constituyente en crear, construir, innovar y destruir. Sin embargo, como ya he referido, los límites serán impuestos por el mismo contexto, interno y externo, acorde al núcleo de coincidencias básicas.

Referimos a supremacía en torno a que el ordenamiento jurídico debe adecuarse a la Constitución porque ella es la máxima expresión de la voluntad y soberanía popular. En ese sentido el poder constituido debe respetar lo que el poder constituyente marca y señala. Esta supremacía ha sido desconocida en el fallo Fayt. No así en el más reciente antecedente Schiffrin.

Tras todo lo descripto, la Constitución actuará como ordenador del sistema jurídico completo. Dará seguridad jurídica y establecerá el orden de preminencia sobre el resto de las normas que deberán de guardar lógica y sentido respecto de la Constitución. El mecanismo de control constitucional será indispensable para mantener esa coherencia interna del mismo sistema.

[Escriba aquí]

Figura 7



En resumen, se parte desde la Constitución en el centro. Esta se gesta a la luz del poder constituyente, quien tiene la facultad de crearla, destruirla, innovarla y construirla. El ambiente y contexto no es ajeno. Sobre el mismo se crean los consensos necesarios para determinar el contenido del texto constitucional. La Constitución será el eje del sistema jurídico, garante de la seguridad jurídica y el orden lógico de los valores compartidos.

xxxiii. Sistema y Constitución. La constitución como parte de un sistema de referencias

En la primera conclusión de este trabajo decía que la Constitución está determinada por su contexto, un contexto formado por elementos políticos-filosóficos/ideológicos-deontológicos-sociológicos-históricos-culturales-económicos-jurídicos. Todos estos

[Escriba aquí]

elementos no están sueltos, son parte de un gran sistema donde el punto de referencia es la misma Constitución.

Así, la Constitución se convierte en la referencia de todo el sistema, tanto en un sentido lógico, formal, jurídico y material. Lo hace en sentido lógico en tanto le aporta coherencia al mismo sistema sostenido especialmente desde la idea de supremacía constitucional. El sentido formal está dado por el reconocimiento de todos los que componen el cuerpo social a su poder y primacía, será el sostén del Estado. En el espacio jurídico lo hace reconociendo que es Ley de Leyes y tienen una clara y especial trascendencia en este ámbito. Lo hace en sentido material como real reflejo del contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico, compartido y consensuado por el mismo.

Es posible sostener que lo plasmado en el texto constitucional no se caracterizan por los contenidos en sí, sino por principios y disposiciones genéricas. Los principios tienen un grado de abstracción, propios para la discusión y debate en el derecho, y ello ocurre en tanto se adaptan a las circunstancias del contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico. Son generales y hacen que, ante variaciones propias del mismo entorno, sean mayúsculas o minúsculas (presiones sociales, índice de inflación, tasa de ocupación, emergencias, discusiones superfluas varias, elecciones...) se adapten a los cambios sin perder esencia, identidad y continuidad.

Dicho esto, como sistema de referencia la Constitución propone una serie de principios y disposiciones genéricas, pero también esa Constitución será una guía. Orgaz cita a Alberdi: “en las circunstancias descriptas, la República Argentina “...tendrá siempre un camino seguro para llegar a puerto de salvación, con solo volver sus ojos a la Constitución y seguir el camino que ella traza...” (Orgaz, 2003, pág. 186)

Con espíritu alberdiano, es un reto pensar nuestra Constitución y nuestras instituciones, políticas, sociales, económicas, en un futuro lejano para que esta vez el Derecho le gane al transcurrir del tiempo y al progreso. Hay que tirar la piedra lejos. Lejos de las circunstanciales encuestas y muestras de opinión. Debe recrearse la confianza y profundizar la búsqueda de consensos sobre los diversos temas de la agenda política. Si se mantiene el juego de sumas ceros el mismo sistema político desalienta acuerdos, consensos y responsabilidades compartidas entre los actores

[Escriba aquí]

representantes del poder del pueblo. Una democracia fuerte y por lo tanto una Republica fuerte sentada en una Constitución sólida, alienta diseños y ejecución de políticas públicas concertadas entre todas las fuerzas políticas. Y así, esa Constitución puede ser también el punto de referencia de si sobre el mismo camino por los hombres y mujeres que la construyen siguen ese mismo rumbo.

xxxiv. La constitución reformada es una accesoria de la principal o una nueva constitución?

¿Podemos crear algo desde la nada? Parece una idea de imposible consecución. De la nada, nada sale. Hay una gran pregunta filosófica en el medio, propia de la metafísica: ¿Por qué hay algo y no más bien nada? Una pregunta que nace en el asombro, la angustia.

Lo que hace el hombre moderno, nosotros como parte, es declarar hay esto, esto existe, por lo tanto, me lo apropio, lo tecnifico, lo domino y con ellos domino a otros. Es en ese sentido que Heidegger que se pregunta por el ser y rescata esta pregunta porque el hombre parece haberse olvidado de esto y más vale consagrarse a el dominio de los entes, y que esto es necesario y utilitario en el mundo de hoy, no hay dudas. (Feinmann, 2009) Sin embargo, la doctrina como se ha visto genera una distinción entre poder constituyente y poder constituido, dónde el primero en principio generaría la constitución desde “la nada” y fijaría desde allí los límites de la misma para posibles futuras reformas, instituye los poderes del Estado (son creados y mencionados por el poder constituyente). Esa distinción de naturaleza y jerarquía, enseña Colombo Murua (2011) representan un momento previo anómico en el que el soberano decidiría las líneas fundamentales del ordenamiento normativo, y en esa línea, considerando el origen distintivo de una naturaleza superior de la que surgiría ese poder constituido, se fundamentan las cláusulas intangibles, por su procedencia.

Ahora, a la par de esta idea de la doctrina hay una realidad que se mueve, se transforma, cambia, se dinamiza. Entonces, el hombre requiere volver a determinar, nombrar y controlar esas nuevas realidades o demandas que el contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico. De quedarse estática, la Constitución dejaría de ser el eje del sistema de referencia y por lo tanto tampoco podría dar respuesta al mismo, cae en pérdida de

[Escriba aquí]

legitimidad y capacidad de ser ordenadora. Allí es en donde el poder constituyente debe volver a entrar en funcionamiento.

La psicología sostiene una relación entre lo instituido y lo instituyente que sirve para ilustrar la cuestión. Lo instituido es lo que está, el *status quo*, los espacios de conformidad. Su modo de resistirse a lo instituyente que viene a proponer una salida de ello es por medio de la represión. Lo instituyente viene a proponer, pone en marcha el cambio y la generación de nuevas ideas, propuestas, relaciones. Dado ello, cuando estén todas las condiciones materiales dadas, que hacen por supuesto al contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico, siempre y cuando sea una necesidad del momento, será un momento constitucional. Se pone en funcionamiento las facultades y usos del poder constituyente en crear, construir, innovar y destruir: y el resultado de ello, será una Constitución que tutele el devenir de ese Estado o comunidad de Estados. Este producto, por su naturaleza constitucional, será la norma suprema del orden jurídico que vaya a regir.

El poder constituido no puede excederse por su propia naturaleza. Él ha sido creado por el poder constituyente. Para entender y justificar también esta limitación del constituido valga la regla lógica del que puede a más puede a menos, pero el que puede a menos, no puede a más.

Así, la nueva Constitución es y funciona como un nuevo cuerpo que se pone al servicio del sistema. No es accesoria al texto anterior, no la complementa ni queda supeditada a ella. Instituye un nuevo orden. Si bien el nuevo texto lo hace, en general, desde el proceso establecido por el orden constitucional anterior, su plena vigencia está dada por la autoridad del poder constituyente, no constituido, que la crea.

Es por eso que se incorporó el análisis de todo el proceso constitucional argentino y en detalle el resultado de la actual constitución y como se llegó a ella. Se evidencia como los intereses, los actores, los consensos van cambiando y como nuestro país requirió una nueva estructura. Esa Constitución mantiene elementos de lo anterior, porque hacen a nuestra esencia como país y también marca un nuevo rumbo y mapa de país. Como decía, hay espacios perfectibles, sí, pero es una Constitución que nos refleja.

[Escriba aquí]

xxxv. Límites - Dinámica constitucional en función de nuestro orden normativo y contexto mundial socio-histórico.

Cuando el orden y equilibrio de la Constitución es cuestionado, revisado, disuelto, reconsiderado, diluido, o cuando es el momento de gestar el inicio o nuevo inicio de este orden y equilibrio, la gestión y relación del Estado entre sus gobernantes y ciudadanos, en esos momentos, se debe volver a comprometerse con el destino y ruta que se quieren adoptar, esa es la ruta que marca toda Constitución. Eso implicará discusiones de principios y principalmente es el consenso de la necesidad de edificar y garantizar la existencia de una sociedad política, fuera de la cual no es posible ni el vínculo social ni la realización de los propios intereses personales. Cuando ello ocurre es tiempo de ejercicio del poder constituyente.

Dicho todo lo precedente, es claro que el proceso de reforma constitucional, tiene solo por límites los impuestos por los consensos propios del contexto, el derecho natural, las relaciones internacionales y especialmente los tratados de derechos humanos que materializan el marco

No se puede dar el carácter de irreversible a los sistemas y las formas que creamos como seres humanos, de hacerlo podemos caer en los peligros de la petrificación social contra nuestra misma naturaleza, y clavar la posibilidad de pensar, de desarrollarse, de crear, se ser. Y si el sistema le da las espaldas a la misma evolución, claramente estará impedida de dar respuestas acertadas al mismo. *Las constituciones se construyen, y se construyen constantemente a la par de la evolución misma de la sociedad. Todos los Estados requieren cambios y adaptaciones en relación al ritmo del avance de la sociedad y el mundo y de las tendencias del constitucionalismo.* De allí el proceso de reforma constitucional o actualización de la misma. Es importante destacar que el carácter dinámico no niega la faz estática del proceso constitucional. Lo estático se manifestará en estos límites propios que le están dados o le son innatos.

xxxvi. Cierre.

Dado todo lo dicho, creo que hay suficientes elementos para sostener dos cosas. Por un lado, la hipótesis inicial planteada y por el otro la respuesta a la pregunta central, que la misma hipótesis inicial, con algunos ajustes, promueve.

Se parte de la Constitución como reflejo del contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico, logrado a través de

[Escriba aquí]

consensos entre los implicados en su construcción como resultado del poder constituyente. Por medio de esta Constitución, se define el modelo de Estado y será este cuerpo normativo el elemento central del sistema en el cual se enmarque el mismo contexto. Es importante destacar que la característica central del poder constituyente es su dinamismo, lo que le da la capacidad de ser reflejo del pueblo que representa y del mencionado contexto. El pleno ejercicio del poder constituyente implica las facultades de crear, construir, innovar, destruir aquello que es su único producto y construcción: la Constitución. Es por ello, que en su obrar el poder constituyente solo quedará limitado por los principios del derecho natural que se materializan en los tratados de Derechos Humanos consensuados por la comunidad internacional y los acuerdos supranacionales que se tengan. Con todo ello *se concluye que un poder constituido, creado por el mismo texto de la Constitución que le da su génesis y razón de ser, no puede avanzar más allá de lo que defina el mismo poder constituyente y por lo tanto no puede limitarlo.*

Debe tenerse muy presente que, dada la actualidad de la evolución en las relaciones de los Estados y los procesos de integración, entre los mismos podría ocurrir acuerdos en post de la supranacionalidad que den por sentados bases que generen formas constitucionales supraestatales en donde ocurrirían la misma lógica de conformación del Estado-Nación, el resultado de este proceso también podría limitar el propio proceso constitucional nacional.

¿Esto habilita pensar en una Constitución universal válida para toda Nación del mundo? Imposible hoy. No hay una constitución absoluta sin tener en cuenta el pueblo y el contexto político-filosófico/ideológico-deontológico-sociológico-histórico-cultural-económico-jurídico, y llegar a esos acuerdos necesarios en función de las idiosincrasias y realidades propias de cada Estado-Nación que dará lugar y posibilidad a este tipo de construcción, dado el estado de situación hoy, se hace en cierto modo inviable. El intento de materializar un esquema como ello pudo ser la Organización de Naciones Unidas, pero esta encuentra sus propios problemas para ello y en su funcionamiento. Lo más próximo a esta idea es sin dudas la Unión Europea, lejos está el Mercosur del cual Argentina es parte.

Quiero destacar tres cuestiones fundamentales de todo lo visto: el carácter dinámico del poder constituyente, el efecto ordenador del texto constitucional respecto del

[Escriba aquí]

sistema jurídico y que el poder constituido no puede extralimitarse de sus propias facultades dadas por el constituyente. La posición de algún sector de la doctrina no hace más que defender el *status quo*, critica la solución de Fayt pero impone límites al La paradoja como argentinos es el querer y el hacer, el ser y el deber ser, la demanda de legalidad, la demanda de Democracia, la demanda de liderazgos fuertes y éticos, pero por otro lado una sociedad desapegada a las leyes, que no cumple la Constitución, que declama desde sus líderes sociales y políticos principios y valores que no se cumplen. Nuestra paradoja como argentinos y como individuos, es la medición con doble vara lo propio de lo ajeno.

Parafraseando a Aristóteles, somos justos en la medida que hacemos actos de justicia. La Constitución como guía y marco de referencia tanto del proyecto de país, como así también como carta de defensa y reconocimiento de nuestros derechos como ciudadanos ante el avance del Estado, debe ser siempre defendida. En la Constitución se manifiesta el acuerdo global que hemos logrado como ciudadanos partes del Estado. Deberíamos cada uno como parte integrantes de la misma sociedad y Estado, velar por el cumplimiento de las pautas constitucionales.

Personalmente deseo que sea la Constitución lograda por los consensos y acuerdos entre todos los actores, quien marque el rumbo de nuestro país. Que ello sostenga la consolidación de la Republica, donde los gobiernos se sucedan por elección popular y el debate serio, que las elecciones sean conscientes y no resultados del marketing político, donde se respeten los derechos humanos, no desaparezcan personas ni la justicia tenga doble vara, donde se cumplan las promesas. La aparente anarquía de las cacerolas, los saqueos planificados y los medios adictos solo promueven populismo, anomia y desintegración social. La Republica se construye con más respeto por la Constitución y más respeto por sus instituciones. Una verdadera Constitución, embebida de nuestros valores hoy arraigados en democracia y la república, se hace con ciudadanos activos y conscientes de sus derechos y responsabilidades.

[Escriba aquí]

IX. BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

Alfonsín, R. (2006). *FUNDAMENTOS DE LA LA REPUBLICA DEMOCRÁTICA - Cursos de Teoría del Estado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: EUDEBA.

Alfonsín, R. (2013). *MEMORIA POLITICA. Transición a la Democracia y los Derechos Humanos*. (2da ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Amaya, J. A. (2017). *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD* (2da actualizada y ampliada, 1era reimpresión ed.). Ciudad de Buenos Aires: ASTREA.

Angeloz, C. E. (2014). *La memoria necesaria*. Córdoba: El Emporio Libros.

Benitez Rubio, F. (1998). *Teoría Política - Estado, Poder, Autoridad y Derechos*. Mexico: Ciudad.

Bernal, R. (08 de 2004). *Qué es una constitución?* Córdoba: sd .

Bidart Campos, G. (1996). *MANUAL DE LA CONSTITUCION REFORMADA* (Vols. 1-2-3). Ciudad Autónoma Buenos Aires: Ediar. Obtenido de <https://alumnos-ucalp-info-y-material.webnode.com.ar/material-libros-pdf/>

Bidart Campos, G. (2007). *TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO*. Ciudad de Buenos Aires: EDIAR.

Brienza, H. (2017). *URQUIZA, el salvaje* (1era. ed.). Buenos Aires, Argentina: Aguilar.

Calduch, R. (1991). *Las relaciones internacionales*. Madrid: Editorial de Ciencias Sociales.

Capiello, H. (29 de Marzo de 2017). La Corte resolvió que los jueces deben jubilarse a los 75 años. *LA NACION*, pág. (version electronica). Obtenido de <http://www.lanacion.com.ar/2000629-la-corte-resolvio-que-los-jueces-deben-jubilarse-a-los-75-anos>

Cayuso, S. (sd). La Reforma Constitucional. Escrutinio estricto del artículo 30 de la Constitución Nacional. Control judicial del procedimiento. Obtenido de

[Escriba aquí]

<https://www.dropbox.com/s/v2ldyv8q6bfqdd6/Cayuso.%20La%20reforma%20%20constitucional..pdf?dl=0>

Colombo Murua, I. (2011). *Limites a las reformas constitucionales*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

Colombo Murua, I. (2015). El proceso constituyente de 1994. En A. Rossetti, C. Pizzolo, & M. Bernal, *Que veinte años no es nada! - un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina*. Buenos Aires: Eudeba.

Duran Davila, R. (08 de 09 de 2012). *La idea de la Constitución a través de la Historia*. Recuperado el 25 de 05 de 2018, de durandavila.com: <https://durandavila.com/2012/09/08/la-idea-de-la-constitucion-a-traves-de-la-historia/>

Ekmejdjian, M. (1996). *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano* (2da actualizada ed.). Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Ekmejdjian, M. A. (1995). *Tratado de Derecho Constitucional (Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina* (Vol. 3). Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Fara, R. (2000). *Apuntes de pensamiento político*. Córdoba: EDUCC.

Feinmann, J. (2009). *La filosofía y el barro de la historia* (5ta ed.). Buenos Aires, Argentina: Planeta.

Feinmann, J. (2015). *El peronismo y la primacia de la política* (1era. ed.). Buenos Aires, Argentina: Planeta.

Feinmann, J. (2012). *Peronismo - Filosofía política de una persistencia argentina* (2da ed.). Buenos Aires, Argentina: Planeta.

Fernandez Sarasola, I. (2009). *La Historia constitucional: Método e Historiografía a la luz de un bicentenario hispánico*. Recuperado el 25 de 05 de 2018, de Forum historiae iuris: <https://forhistiur.de/2009-06-sarasola/>

Fernandez Sarasola, I., & Suanzes-Campegna, J. (2011). *Concepto de Constitución en la Historia*. Recuperado el 25 de mayo de 2018, de Historia Constitucional en línea: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259027584022>

[Escriba aquí]

Floria, C., & Belsunce, C. (2016). *Historia de los Argentinos*. (2. 1. reimpresión, Ed.) Buenos Aires: El Ateneo.

Gaarder, J. (1999). *El mundo de sofía*. (L. Asunción, Trad.) Buenos Aires: Siruela.

Galiana, E. (1997). *Manual de Historia Constitucional Argentina*. Corrientes, Argentina: Amerindia.

García Jaramillo, L. (2015). ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. doi:10.5380/rfdufpr.v60i2.41005

Gargarella, R. (2008). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* (1era. ed., Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Gargarella, R. (2015). Constitucionalismo vs Democracia. En J. Fabra Zamora, & E. Spector, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (versión electrónica ed., Vol. 3). Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 01 de 03 de 2018, de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3876-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-tres>

Gargarella, R. (29 de 03 de 2017). *2 palabras sobre el caso "Schiffirin"*. Recuperado el 2018 de 06 de 01, de SEMINARIO DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y FILOSOFÍA POLÍTICA: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2017/03/2-palabras-sobre-el-caso-schiffirin.html>

Gargarella, R. (29 de 03 de 2017). *A ningún tribunal le agrada reconocer que se equivocó*. Recuperado el 01 de 06 de 2018, de La Nación: <https://www.lanacion.com.ar/2000630-a-ningun-tribunal-le-agrada-reconocer-que-se-equivoco>

Gargarella, R. (2017). *Youtube*. Obtenido de Que es la constitución: <https://www.youtube.com/watch?v=-x3CzQbQgYU>

Gelli, M. (2006). *CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA COMENTADA Y CONCORDA* (3era ed.). BUENOS AIRES, ARGENTINA: LA LEY.

Haro, R. (08 de 09 de 1994). *El contro jurisdiccional y las cuestiones políticas: nuevas perspectivas*. Recuperado el 25 de 06 de 2018, de Academia Nacional de Ciencias Sociales y Derecho de Córdoba: <http://www.acader.unc.edu.ar/>

[Escriba aquí]

Haro, R. (sd). *El Pensamiento de Juan Bautista Alberdi en las Bases*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado el 10 de 06 de 2018, de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artelpensamientodealberdi>

Heller, H. (1992). *TEORIA DEL ESTADO* (5ta Arg. ed.). (L. Tobio, Trad.) Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Hernandez (H), A. M. (2001). *El caso "Fayt" y sus implicancias constitucionales*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Hernandez, A. M. (2012). *Fortalezas y Debilidades Constitucionales. Una lectura crítica en el bicentenario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Hobbes, T. (2003). *LEVIATAN*. (A. Escohotado, Trad.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Pagina 12 - Losada.

Kissinger, H. (2016). *Orden Mundial. Reflexiones sobre los países y el curso de la historia*. (T. B. Arión, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Debate.

Lasalle, F. (1999). *Qué es una constitución?* (versión electrónica): elaleph.com. Recuperado el 05 de 05 de 2018, de <https://drive.google.com/file/d/0ByqukrANy2seNzRmNjAxMDEtYTc3ZS00OGZhLWFmNmEtZjJhN2VlMzIyODg3/view>

Lonigro, F. V. (31 de Marzo de 2017). Un fallo inconsistente. *El Cronista*, pág. versión electrónica. Obtenido de <https://www.cronista.com/columnistas/Un-fallo-inconsistente-20170331-0034.html>

Lopez Rosas, J. R. (1990). *Historia Constitucional Argentina* (2da. ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Lorenzetti, R. L. (s.f.). *CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION COMENTADO* (1era revisada ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Manilli, P. L. (2003). La aplicación judicial del preambulo. En Asociacion Argentina de Derecho Constitucional , & AADC (Ed.), *Constitución de la Nación Argentina con motivo del sesquicentenario de su sanción* (Vol. tomo 2, págs. 83-109). Santa Fe: sd.

[Escriba aquí]

- Manilli, P. L. (2016). *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. Máximos Precedentes*. Ciudad de Buenos Aires: La Ley.
- Martinez Paz, F. (1999). *Introducción al derecho* (2da reimpresión ed.). Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Martinez-Sicluna y Sepulveda, C. (2011). *Teoria del Derecho y Filosofía del Derecho*. Madrid: Colex.
- Mooney, A. (2000). *Derecho Constitucional* (5ta ed.). Córdoba, Argentina: Triunfar.
- Moreso, J. J. (2009). *LA CONSTITUCION: MODELO PARA ARMAR*. Madrid: Marcial Pons.
- Nino, C. S. (2002). *Fundamentos de derecho constitucional* (2da reimpresión ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Niño, J. C. (2003). El humanismo de la constitución Nacional. En Asociación Argentina de Derecho Constitucional, & AADC (Ed.), *Constitución de la Nación Argentina con motivo del sesquicentenario de su sanción* (Vol. tomo 2, págs. 169-174). Santa Fe: sd.
- Nolte, D. (27 de 03 de 2009). "Populismo constitucional" en Latinoamérica. *Made for Minds*. (sd, Entrevistador) Recuperado el 17 de 06 de 2018, de <http://p.dw.com/p/HLSj>
- Orgaz, J. (2003). Juan Bautista Alberdi: Precursor del Derecho de Integración. En Asociación Argentina de Derecho Constitucional, & AADC (Ed.), *Constitución de la Nación Argentina con motivo del sesquicentenario de su sanción* (Vol. tomo 2, págs. 185-195). Santa Fe: sd.
- Orlandi, H. (sd). *Teoría de la Representación Política en Nuestra Constitución*. Recuperado el 06 de 04 de 2018, de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/43-45/teoria-de-la-representacion-politica-en-nuestra-constitucion.pdf>
- Palazzo, E. L. (2003). La descripción del poder constituyente en el Preámbulo de la Constitución Argentina. En Asociación Argentina de Derecho Constitucional, & AADC (Ed.), *Constitución de la Nación Argentina con motivo del sesquicentenario de su sanción* (Vol. tomo 2, págs. 197-220). Santa Fe: sd.

[Escriba aquí]

- Palomino Manchego, J. (2014). *La interpretación constitucional*. Lima: Fondo Editorial .
- Pizzolo, C. (2002). *CONSTITUCION NACIONAL COMENTADA ANOTA Y CONCORDADA*. MENDOZA: EDICIONES JURIDICAS CUYO.
- Riberi, P. (2003). El presidencialismo exámine. Por más cooperación y mejores controles en nuestro sistema político. En Asociación Argentina de Derecho Constitucional, & AADC (Ed.), *Constitución de la Nación Argentina con motivo del sesquicentenario de su sanción* (Vol. tomo 2, págs. 291-315). Santa Fe: sd.
- Rosatti, H. (2016). *TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL* (2da ed., Vol. 1). Ciudad de Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Rosatti, H. D. (2003). Los días de la Constitución. Fragmentos para una historia del Congreso General Constituyente. En AADC (Ed.), *Constitución de la Nación Argentina con motivo del sesquicentenario de su sanción* (Vol. tomo 2, págs. 339-354). Santa Fe: sd.
- Rosetti, A. (2015). A veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina. En A. Rosetti, C. Pizzolo, & M. Bernal, *Que veinte años no es nada - Un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina*. Buenos Aires: Eudeba.
- Rousseau, J. J. (2004). *EL CONTRATO SOCIAL - Discurso sobre el origen de la desigualdad de los hombres*. (C. B. Libsa, Trad.) Barcelona: Pérez Galdós.
- Sabsay, D. A. (2003). El Federalismo en la Constitución y la Posibilidad de Reconstrucción que brinda la reforma de 1994. En AADC (Ed.), *Constitución de la Nación Argentina con motivo del sesquicentenario de su sanción* (Vol. tomo 2, págs. 355-376). Santa Fe: sd.
- Sabsay, D. A. (2015). *Manual de Derecho Constitucional*. CABA: La Ley.
- Sagües, N. P. (1999). *Elementos de Derecho Constitucional* (3era edición actualizada y ampliada ed., Vol. 1). Buenos Aires: Astrea.
- Sagües, N. P. (2001). *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Asrea.

[Escriba aquí]

Sagües, N. P. (2007). *MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

Sagües, P. (2008). *La revisión de las cuestiones políticas no justiciables (a propósito de la coalición contra Sadam Hussein)*. (PUCP, Ed.) Recuperado el 03 de 07 de 2008, de Revista de Pensamiento Constitucional: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/1917/1861>

Santillan, J. (20 de 08 de 2014). *Clasificaciones Constitucionales*. Recuperado el 03 de 03 de 2018, de Universidad Regional Autónoma de los Andes: <https://es.slideshare.net/jsantillanuniandesr/clasificaciones-constitucionales-38196486>

Sebrelli, J. J. (2006). *CRITICAS DE LAS IDEAS POLITICAS ARGENTINAS* (5ta ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Sudamericana.

Sieyes, E. J. (06 de ENERO de 2018). *SCRIBD*. Recuperado el 06 de ENERO de 2018, de <https://es.scribd.com>: <https://es.scribd.com/document/340046779/sieyes-que-es-el-tercer-estado-pdf>

Sola, J. V. (2001). *Control Judicial de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Spota (h), A. (2004). *EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS CONSTITUCIONES DE PROVINCIA*. (L. Ley, Ed.) doi:AR/DOC/854/2004

Toricelli, M. (2003). La Constitución Nacional: una tarea inconclusa. En AADC (Ed.), *Constitución de la Nación Argentina con motivo del sesquicentenario de su sanción* (Vol. tomo 2, págs. 451-466). Santa Fe: sd.

Vanossi, J. R. (2000). *Teoría Constitucional - Teoría Constituyente - Poder constituyente* (2da ed., Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Zafra Victor, M. (11 de 10 de 2015). *El concepto de representación política en la teoría de la democracia de Giovanni Sartori*. Obtenido de https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/viewFile/38507/pdf_1

[Escriba aquí]

JURISPRUDENCIA

C.S.J.N - Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Accion Declarativa de Certeza, CSJ 159/2012 (48-S) ICS11 (CSJN 18 de Marzo de 2017).

C.S.J.N. - FAYT, Carlos S. c/ Estado Nacional S/ proceso de conocimiento, 322:1616 (C.S.J.N. 18 de AGOSTO de 1999).

C.S.J.N. - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictado en el caso Fontevecchia y D'Amico vs Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 (CSJN 14 de FEBRERO de 2017).

C.S.J.N. - Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación s/ habeas corpus, 32:120 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 22 de 09 de 1867).

C.S.J.N. Polino, Hector y otro c/ Poder Ejecutivo, 317:355 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1994).

Dictamen del Procurado de la Nación en "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento", S.C.F.1000, LXXXV (Ministerio Público Fiscal 12 de 07 de 1999).

Dictamen del Procurado de la Nación* en: "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento, F.C.F. 1000, LXXXV (Ministerio Público Fiscal 12 de 07 de 1999).

Dictamen del Procurador de la Nación en "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento", S.C.F.1000, LXXXV (Ministerio Publico Fiscal de la Nación 16 de julio de 1999).

Dictamen del Procurador de la Nación en "Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción meramente declarativa, S.C., S.159, LXLVIII (Procurador de la Nación 18 de mayo de 2012). Obtenido de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=736607&interno=1>; y https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2012/LMonti/mayo/Schiffrin_Leopoldo_S_159_L_XLVIII.pdf

[Escriba aquí]

Dictamen del Procurador de la Nación en: "EDENOR S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de, s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", S.C., E 380 , LXXXIX (Ministerio Público Fiscal 02 de diciembre de 2011).

Dictamen del Procurador en: "Edmundo, Jose c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ art.99 C.N. s/ proceso de conocimiento, S.C.C.738 L.XLIV (Ministerio Público Fiscal 16 de febrero de 2009).

Juzgado Contencioso Administrativo Federal 6 en "Highton de Nolasco, Elena Inés c/ EN s/ AMPARO Ley 16986", N. 83656/2016 (Juzgado Contencioso Administrativo Federal 6 febrero de 2017).

LEGISLACION

Constitución de la Nación Argentina (1994)

Ley 24.309 – Ley declarativa necesidad de la reforma constitucional