

“FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES” — RAÚL FERREYRA

## **LECCIÓN 1º**

### **ENFOQUE SOBRE EL MUNDO DEL DERECHO: CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES.**

#### EL PODER Y LA COERCIÓN JURÍDICA

La naturaleza no dispone de ningún modelo moral y/o jurídico. El Derecho es creación de la razón y experiencia del hombre. Las leyes sociales, en oposición a las naturales, rigen, ordenan y determinan con permisiones, obligaciones o prohibiciones la conducta humana.

El Derecho positivo (fruto del arbitrio humano) es un ente o cosa variable, susceptible de cambio. El Derecho es Derecho en el tiempo y en un espacio determinado, no tiene vigencia eterna ni carece de límites espaciales.

El hombre introduce el Derecho en el mundo natural, no al revés. La naturaleza no tiene reglas, normas o modelos morales. Aunque pueden influir/presuponer en la convención que adoptan los hombres (ej: contexto geográfico, insularidad, densidad de población), los hechos naturales o sus leyes no determinan ni fundamentan la construcción de pensamientos del hombre que dan lugar al sistema jurídico o Derecho. El hombre, por intermedio del Derecho, y éste, por intermedio de sus normas (esquemas de determinación de conducta humana -acción u omisión- todavía no concretadas, pero posibles de serlo), intenta reglar la realidad por vivir.

El saber jurídico debe demarcar y distinguir los entes que abarca y los que quedan excluidos. Existen 3 posturas sobre qué debe entenderse por “Derecho”:

1. En virtud de la justicia/injusticia del sistema normativo: congruencia o incongruencia de las reglas que integran el sistema jurídico con valores superiores que inspiran determinado ideal de justicia (problemas o fundamentos axiológicos o valorativos del sistema jurídico: correspondencia entre realidad e idealidad).
2. En virtud de la estructura de las reglas que integran el sistema: existencia y configuración misma de las reglas de Derecho (problemas ontológicos del Derecho o examen de lo real y existente: las normas escritas).
3. En virtud de la efectividad o eficacia de las normas: si las reglas que componen el sistema son o no son efectivamente cumplidas y acatadas por las personas y órganos a quienes se dirigen (problemas sociológicos del Derecho).

El enfoque ontológico o estructural predomina en este texto y será el objeto de estudio: cuáles son las normas básicas y cómo se articulan entre sí. Decir que el Derecho disciplina la arquitectura y el control social, al determinar la conducta de los ciudadanos y los poderes, implica admitir su normatividad como propiedad relevante.

Norberto Bobbio (jurista italiano) distinguió 3 maneras de considerar el Positivismo Jurídico (no existe relación necesaria, lógica o causal entre ellas):

1. Metodológico/Como método para el estudio del Derecho: búsqueda de la norma escrita, sin darle importancia a la existencia o no de Derecho natural (aproximación más frecuente).
2. Teórico/Como teoría del Derecho: el Derecho es creado por el Estado, es coactivo (respaldado por la fuerza del Estado: hay una norma y una sanción que respalda esa norma. El Derecho es un conjunto de reglas que dice quién usa la fuerza, cómo y cuándo), es imperativo y coherente, no tiene lagunas (regula y prevé todas las acciones humanas), la interpretación de las normas es mecánica. (Hoy nadie sostiene todas estas características: el Derecho tiene muchas contradicciones y lagunas, lo que implica que su aplicación no puede ser mecánica).
3. Ideológico/Como ideología del Derecho: no hay Derecho injusto, todo Derecho positivo es justo por definición.

El Positivismo se apoya sobre un juicio de oportunidad como modo de acercarse al conocimiento del Derecho: “partir del Derecho tal como es, y no del Derecho que debe ser, sirve mejor al fin principal de la ciencia jurídica que es proporcionar esquemas de decisión y elaborar un sistema de Derecho vigente”. No se niega que haya un Derecho natural (ideal o racional), sino que éste sea Derecho en la misma medida que el Derecho positivo. El Derecho es una cosa o una entidad que se encuentra en la realidad y puede ser conocida, distinguida y descrita objetivamente a partir de la explicación de ciertos estados de cosas absolutamente verificables y no a partir de su correspondencia con cierto sistema de valores.

El Derecho es un sistema complejo, compuesto de reglas sobre la planificación, organización y aplicación de la fuerza, cuya expresión o manifestación se materializa por intermedio del discurso elaborado por los poderes estatales. Las normas existen en el mundo real: pensadas, escritas, publicadas en el Boletín Oficial, en forma de constitución, código o ley.

Esta programación del ejercicio del poder que realiza el Derecho puede ser conceptuada como la razón de la fuerza. El término “razón” se emplea en un sentido “débil”: anunciar/informar acerca de la organización de la fuerza; orden y método del poder del Estado. El término “fuerza” alude a la intervención o amenaza de intervención enfocada a la creación y/o mantenimiento de un sistema jurídico. La expresión “razón de la fuerza” describe que el Derecho expresa el discurso del poder y/o que el Derecho es quien organiza el uso de la coacción estatal: el Derecho muestra o pretende mostrar cómo sus reglas organizan y programan el ejercicio que el poder estatal decide llevar a cabo.

Se propugna la posibilidad de que los derechos fundamentales alojados en los textos constitucionales sirvan como líneas de acción efectivas para el empleo de la fuerza estatal, configurando el camino para que todos los ciudadanos puedan decidir sus planes de vida en

igualdad de oportunidades. El Derecho responde a varios “bienes”: libertad, seguridad, etc., siendo su principal “bien” asegurar o garantizar la seguridad jurídica.

### LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

El Derecho es un “artificio”: la convención es el único fundamento de toda autoridad legítima entre los hombres. Por convención y derecho, los hombres se convierten en iguales. El Derecho es una realización cultural, resultado de la actividad del hombre, quien con su irracionalidad puede construir la cultura y también destruirla.

El término “Derecho” es polisémico, vago y ambiguo. Tiene varios significados, tanto en el lenguaje de los juristas como en el lenguaje de las fuentes jurídicas. En el caso del lenguaje que emplean los juristas, pueden distinguirse 2/3 orientaciones ligadas entre sí:

1. “Derecho” (objetivo) como sistema u ordenamiento jurídico: conjunto de normas jurídicas vigentes en determinado espacio y tiempo o combinación de normas primarias, secundarias y otros enunciados no normativos.
2. “Derecho” como nombre que recibe la disciplina científica, como saber o ideología cuyo objeto es la identificación, sistematización y/o valoración de la compleja realidad configurada a partir del “Derecho objetivo” (tanto el estudio del objeto como el objeto del estudio llevan el mismo nombre).
3. “Derecho” como facultad, pretensión o expectativa subjetiva o grupal.

El Derecho como sistema jurídico es la definición que se tiene en foco como cabecera de análisis, delineación que no dista de ser problemática.

Los sistemas jurídicos designan una macrocombinación de normas jurídicas cuyos componentes son todos reconducibles a un fundamento común de validez: una constitución, a su vez asentada en una norma hipotética fundamental o regla de reconocimiento. El Derecho como sistema puede ser entendido en 2 sentidos:

1. Reconociendo que manda y pone orden.
2. Asumiendo que es algo ordenado, coherente y quizás tendencialmente completo.

El Derecho puede entenderse como un sistema de normas (estáticas o dinámicas) que intenta poner orden o cuyas mandas reglamentan el uso de la coerción.

## EL DERECHO, MACROCOMBINACIÓN DE REGLAS ACERCA DE LA FUERZA QUE SE EXPRESA POR INTERMEDIO DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

El Derecho consiste principalmente en reglas acerca de la fuerza o sobre ella, que configuran pautas para el ejercicio, regulación y/o desarrollo de la fuerza estatal (1945-Hans Kelsen: el Derecho es la organización de la fuerza, cuyo empleo es autorizado únicamente a ciertos individuos y en determinadas circunstancias/1965-Norberto Bobbio: el Derecho es la regla de la fuerza, es el conjunto de normas que regulan el cuándo, el quién, el cómo y el cuánto del ejercicio del poder coactivo).

El Derecho no es un instrumento neutral, siempre su normativa y aplicación viene precedida de supuestos filosóficos e ideológicos. Por esto suele decirse que el Derecho es un instrumento para el control social, y sus reglas de comportamiento son una herramienta de la que se sirve racionalmente el hombre para disponer la coexistencia.

El Derecho se integra con la totalidad del discurso jurídico positivo vigente en un Estado. Los poderes del Estado que tienen aptitud para generar este discurso prescriptivo son:

- Los poderes constituyentes (originarios o derivados).
- Los poderes constituidos.

El poder constituyente originario es el que da nacimiento a la primera constitución o ley mayor estatal. Es el lenguaje prescriptivo por excelencia, ya que todo el resto de las disposiciones subconstitucionales del sistema jurídico pueden considerarse derivaciones o apéndices del discurso prescriptivo constitucional.

El Derecho puede ser visto y entendido como un hecho social, cuyo discurso instrumenta la arquitectura social, dando contenido a las pautas que requiere la organización y aplicación de la fuerza estatal que disponga llevarla a cabo.

El sistema jurídico está integrado por 2/3 clases de las siguientes normas:

1. Primarias: prescriben facultades, obligaciones o prohibiciones a las personas.
2. Secundarias: confieren potestades a los funcionarios, estipulan sanciones o reglan el cambio dentro del propio sistema.
3. Enunciados no normativos, pero que influyen en los efectos normativos de otros enunciados (ej: preámbulo de la CN, que contiene 6 directivas básicas de la ordenación comunitaria -unión nacional; justicia; paz interior; defensa común; bienestar general; libertad-).

Las normas primarias, secundarias, y los enunciados no normativos constituyen las piezas de un sistema jurídico, cuya normatividad queda concretada cuando sus normas o disposiciones

son realizadas directa o indirectamente (construcción o realización de otras normas a partir de éstas).

1958-Alf Ross (filósofo danés): un ordenamiento jurídico nacional se distingue de otros cuerpos individuales de normas por ser un cuerpo integrado por reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona. El orden jurídico nacional establece un aparato de autoridades públicas (tribunales y órganos ejecutivos) cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos. Dentro de ese orden jurídico, las normas podían ser clasificadas en 2 grupos:

1. Normas de conducta (normas primarias): prescriben una línea de acción.
2. Normas de competencia (poder, autoridad): crean una competencia o autoridad.

Ross criticó el punto de vista que establecía que el Derecho se encontraba constituido por reglas respaldadas por la fuerza: la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en que ellas se refieren a la aplicación de ésta, no en que estén respaldadas por su uso. Rechazó que las normas de competencia fuesen las únicas que constituyen el ordenamiento jurídico, y afirmó que el Derecho puede ser caracterizado por 2 notas:

- Consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza.
- Consiste en normas de conducta y competencia.

La coercibilidad es una propiedad del sistema jurídico, no de la norma aislada.

1911-Hans Kelsen (jurista austríaco): la esencia de la norma jurídica con respecto a los sujetos del Derecho consiste en que los obliga. Los diferentes deberes jurídicos de los súbditos de los órganos del Estado o del Estado mismo son creación del orden jurídico. Por su imperatividad y naturaleza eminentemente sancionatoria, sólo las normas secundarias formarían parte del sistema jurídico.

1960-Hans Kelsen: atenúa su postura al distinguir entre normas jurídicas independientes y no independientes (“todas las normas que de por sí no estatuyen actos coactivos... son normas no independientes que sólo valen en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo”).

Crítica a la postura de Kelsen: es incorrecto decir (actualmente) que las reglas constitucionales que confieren el reconocimiento de los derechos fundamentales no sean normas que impongan líneas de acción a los poderes estatales y que no sea factible decidir el índice o grado de coactividad que ellas tienen.

## ESTADO Y LEGITIMACIÓN

El Estado moderno constituye el modelo más afirmado de un sistema social que establece la centralización de la fuerza por la comunidad. Las comunidades se organizan de acuerdo a determinados niveles de perfección e imperfección, autorizando a su vez a determinados individuos para que desempeñen determinados actos. Un rasgo determinante del Estado consiste en que la coexistencia de los hombres es regulada por el Derecho. Para el ciudadano, el orden jurídico es una combinación de reglas que determinan las condiciones en que ha de comportarse de determinada manera en relación con los demás.

Las 2 diferencias que marcan la distinción entre los sistemas jurídicos y los morales, religiosos o de trato social consisten en que:

1. Los sistemas jurídicos estipulan la aplicación de sanciones de carácter externo que en última instancia pueden derivar en la utilización de la fuerza física.
2. La coacción se encuentra monopolizada/institucionalizada por el Estado.

Si se considera que la coactividad es un elemento central de los sistemas jurídicos, se presupone que:

- Sólo el Derecho puede limitar al poder, pero sólo el poder crea el Derecho.
- El Estado, entendido como organización social que monopoliza el ejercicio de la fuerza, es también quien monopoliza la producción jurídica y su aplicación.

La fuerza o coacción que es monopolizada por el Estado es el rasgo caracterizador de los sistemas jurídicos considerados globalmente como combinación de normas primarias y secundarias. La fuerza se ubica en la génesis del Derecho y en su aplicación.

## ESTADO “FIN”: TOTALITARISMO

Si no se ve al Estado como medio para la protección de los derechos fundamentales, será difícil argüir en contra de que el Derecho es y será “la ley del más fuerte”. Esta expresión descriptiva nada tiene que ver con la aprobación o reprobación que con fundamentos éticos o de justicia produzcan ciertos sistemas jurídicos (Alf Ross: puede considerarse cierto orden como orden jurídico e igualmente creerse que el deber moral más alto es derrocarlo).

Será “la ley del más fuerte” si se entendiere que las normas “secundarias” son las verdaderas normas del sistema jurídico (Kelsen) o las únicas capaces de conferirle juridicidad, ya que sólo ellas son las que estipulan sanciones o confieren potestades para hacerlo.

Al decir que “el Derecho es la razón de la fuerza” se quiere subrayar que esta regulación de la coacción que despliega el Derecho es precisamente lo que lo distingue o separa de otros

sistemas u órdenes normativos (como la moral o la religión). Desde esta perspectiva, “razón” se usa en un sentido débil como “orden y método en alguna cosa”, implicando la idea de que los principios y reglas que integran un sistema jurídico pueden ser impuestos, aun coactivamente. No va en detrimento de la coercibilidad que en múltiples ocasiones el Derecho sea efectivo de modo espontáneo, sin tener que recurrir a la fuerza estatal.

En el Estado totalitario, las relaciones interindividuales (ej: Estado-individuo) poseen un contenido que no emana de procesos públicos de creación de decisiones guiados por la razón resultado del debate entre individuos racionales y libres.

En este contexto, “razón” puede entenderse en una variedad de planos, especialmente:

- Epistemológico: la “razón” es una facultad propia del Hombre que lo distingue de otros animales. “Razón” significa “facultad de pensar”, y manifiesta que la aplicación de la fuerza estatal es precedida habitualmente por un criterio cognitivo.
- Normativo: “Razón” puede significar anotar/informar, aludir a la facultad de discurrir (expresar un discurso) o referir al discurso de los poderes del Estado que reglamenta o regula el momento, la forma, el sujeto y la dosificación del empleo de la fuerza estatal. No comprende el “qué” o “sustancia”, o el poder/deber.

El “Derecho como la razón de la fuerza” quiere decir:

- Que la fuerza que los hombres aplican a través del Estado está basada en su inteligencia.
- Que la fuerza es organizada y aplicada por intermedio del discurso y su normatividad.

### ESTADO “MEDIO”: CONSTITUCIONALISMO

Si al Estado se lo considera un instrumento (de la razón), el ente únicamente se legitima si tutela y satisface los derechos fundamentales. El Estado no sólo es el que confiere los derechos fundamentales, sino que debe generar las condiciones para su realización, ya sea por abstención o por prestación (el Estado debe legitimarse mediante la procreación y respeto del ambiente necesario para la realización de los derechos fundamentales).

1997-Luigi Ferrajoli (jurista italiano, discípulo de Bobbio): afirma que gran parte de los valores de justicia elaborados por la doctrina iusnaturalista de los s. XVII y XVIII (valor de la persona humana, libertad, igualdad) han sido consagrados en las modernas constituciones en forma de principios normativos fundamentales que contienen limitaciones cuyo destinatario es el poder público.

Los derechos fundamentales son Derecho positivo porque están estipulados en las constituciones, y son Derecho sobre derechos. En este esquema, los derechos

fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.

En el Estado democrático, a diferencia del totalitario, el ciudadano libre queda sometido a propias reglas establecidas en virtud de la conjunción de dos irrenunciables: la estabilidad del procedimiento de adopción de tales normas y el aseguramiento de participación del ciudadano en su configuración.

### EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO COMO “LA RAZÓN DE LA FUERZA”

La idea de que el Derecho es definitivamente diferente a otros órdenes normativos es producto del positivismo jurídico. Se distingue de otros fenómenos normativos porque el Derecho es la organización e institucionalización de la coerción, y no depende necesariamente de la moral.

En su inmensa mayoría, los sistemas jurídicos estatales existentes en el mundo se hallan estructurados por el Derecho que “es” y no por el que “debiera ser”. El Derecho, como instrumento para el control y la arquitectura social, no ha podido existir sin la fuerza.

1651-Thomas Hobbes (filósofo inglés): no es la verdad sino la autoridad la que hace el Derecho. La razón del Estado (hombre artificial) constituye la ley, no la jurisprudencia o sabiduría de los jueces. La ley es una orden, que a su vez es la manifestación de voluntad de quién manda. “Razón” no significa “justo o correcto”, sino una actitud cognitiva y descriptiva de la reglamentación de la fuerza estatal que lleva a cabo el sistema jurídico.

Según Ferreyra: el Derecho sale del poder, pero también el Derecho es el que legitima el poder. Los derechos son líneas de acción o pautas para la ejecución de la fuerza.

### LA BASE DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS ESTATALES: LA NORMA CONSTITUCIONAL

Los modernos sistemas jurídicos estatales son sistemas normativos estructurados jerárquicamente, lo que implica un “subsistema normativo”.

1945-Hans Kelsen: acerca de la estructura jerárquica del sistema jurídico de un Estado, supuesta la existencia de la norma fundamental, la constitución representa el nivel más alto dentro del Derecho estatal.

Suele emplearse el término “constitución” para designar una combinación de reglas que singularizan, personifican e identifican a los sistemas jurídicos estatales, expresadas en un documento y en relación con todas las demás reglas del sistema que son básicas.

Puede hablarse de jerárquica lógico-normativa y de jerarquía axiológica. De acuerdo a la primera, la constitución resulta formalmente superior a las normas que programa ya que es lógicamente anterior o viene predispuesta a las normas infraconstitucionales. Es la norma mayor como consecuencia de una decisión positiva del poder estatal, y no es lógicamente posible ir de la norma superior a la inferior sin atravesar la distancia jerárquica que hay entre ellas.

La constitución es producida y concretada por el poder constituyente. El resto de las reglas jurídicas de alcance general son creadas por el congreso federal o el departamento ejecutivo (excepcionalmente por el poder judicial). La constitución forma parte del mundo real en cuanto cosa escrita, publicada, acatada. Como toda norma, tiene un ámbito de validez (existencia específica) y otro ámbito de eficacia (seguimiento, obediencia o aplicación). La Constitución federal argentina se desenvuelve en 2 ámbitos: el de su producción y el de su realización. Producida la norma, previa comprensión racional, deberá sobrevenir su acatamiento tanto por los ciudadanos como por los poderes del Estado. La realización del Derecho constitucional será siempre concreción o ejecución de Derecho creado.

La constitución inaugura un proceso jurídico cuya finalidad es servir al desarrollo de la vida de cada uno de los individuos que integran una comunidad. Al mismo tiempo es el resultado o cierre de un proceso político: la autodeterminación comunitaria (doble rol: punto de partida que da origen al Estado y punto de llegada y de inflexión entre la creación de un Estado y la conformación de un sistema jurídico).

La constitución disciplina y programa la configuración del cuándo, el cómo, el quién y el cuánto del ejercicio del poder coactivo. Determina la producción de reglas jurídicas de alcance general, regula la forma y el contenido de la elaboración estatal.

En este esquema, las normas de conducta (primarias) son a lo sumo indicadores carentes de fuerza normativa, ya que la juridicidad del sistema es propuesta por sus normas secundarias. Así, no todas las reglas constitucionales tendrían la misma relación de supraordenamiento y jerarquía con el resto de las normas del sistema jurídico. Sólo son fundamentales y supremas las que determinan las formas y sistema de Estado y de gobierno, y las que disciplinan la producción y el conferimiento de las potestades legislativa, administrativa y jurisdiccional.

### DERECHOS FUNDAMENTALES: LÍNEAS DE ACCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA FUERZA ESTATAL

No parece acertado afirmar (como hacía Kelsen) que la fuerza del sistema jurídico se reduce a la coactividad que emana de las normas secundarias. No caben dudas de que las normas de competencia o de organización del poder (secundarias) confieren potestades para sancionar y cambiar, pero las normas primarias también tienen que ver con la reglamentación de la fuerza, por encontrarse encastrados en ellas los catálogos de derechos fundamentales y sus garantías. Éstos proveerían el contenido para el uso de la fuerza, configurando directivas para su organización y consecuente aplicación.

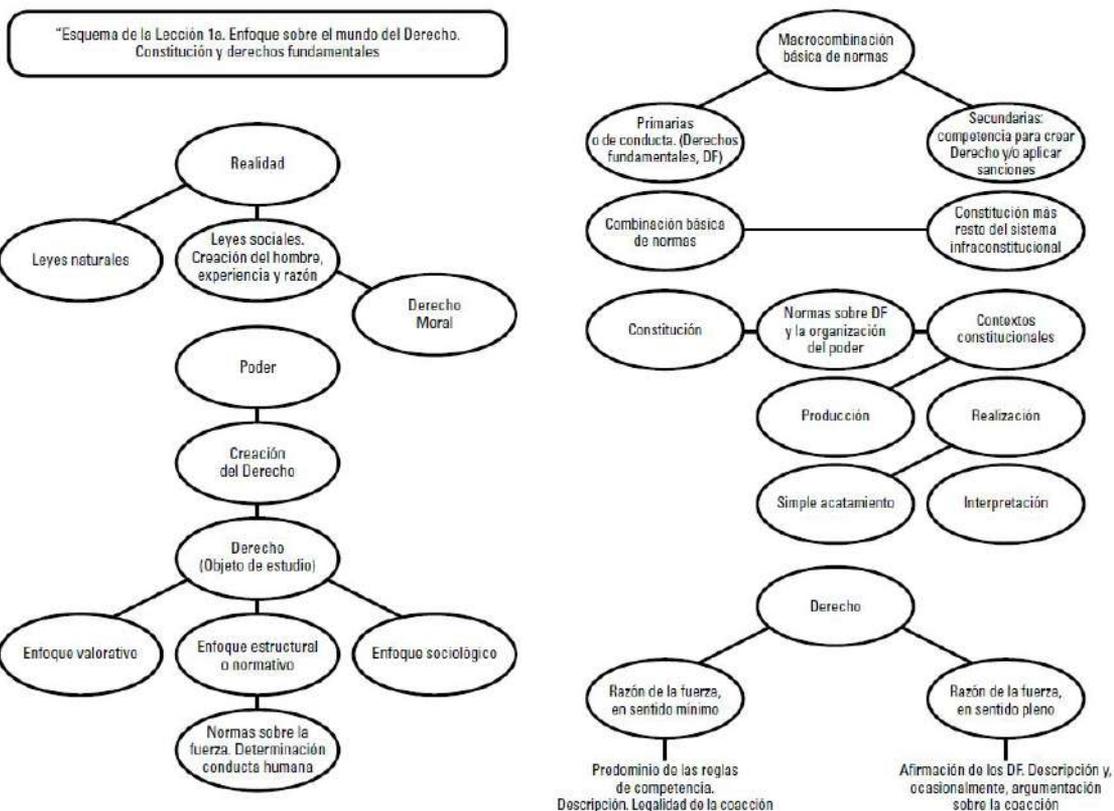
1995-Germán Bidart Campos: cuando la constitución configura derechos y les da constancia normativa lo hace para que las personas dispongan de acceso a su goce y disfrute, y para que puedan hacerlos valer jurídicamente ante un Estado al que se le demarcan límites y se le reparte el poder con funciones a cargo de órganos separados.

Hay constituciones que no se limitan a programar un conjunto de procedimientos dirigidos a posibilitar la planificación y despliegue de la coerción a cargo de los poderes constituidos, sino que sus derechos fundamentales realizan una reglamentación básica de la vida comunitaria en libertad, siendo concebidos como reglas objetivas del sistema y como líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal.

En el caso de la Argentina, su orden estatal está instituido por su Derecho constitucional, emanado de las reglas generales contenidas en la Constitución federal de 1853 con sus reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, y en las reglas del Derecho Internacional de los DDHH que gozan de jerarquía constitucional. Los principios morales han sido positivizados, y al ingresar a la Constitución son ahora conceptos de derecho positivo. La Constitución contiene una descripción de un estado de cosas, un estado deseado por el legislador constituyente. Sólo puede ser sustentado el ideal que constituye un diseño de un mundo posible: si no es verdadero, no puede ser querido racionalmente por el poder constituyente.

El Derecho puede entenderse como la razón de la fuerza en sentido:

- “Mínimo”: legalidad proveniente del sistema jurídico prevaleciente.
- “Pleno”: argumentación para una renovada realización del sist. jurídico, cuyo cimiento sean los DDFF y que contiene el deseo de los hombres de ser igualmente libres.



## **LECCIÓN 2º**

### **1852: ORÍGENES. S/LAS BASES DE J.B. ALBERDI Y LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, EN EL TIEMPO.**

#### PLANTEO

El Proyecto de Alberdi de 1852 (“Bases 1852” 2º ed.) tuvo un fuerte impacto sobre los redactores de la Constitución de 1853 (a menudo considerado “coautor decisivo” o “principal ideólogo”). También fue fuente de inspiración la Constitución de los EEUU de 1787, así como el Derecho constitucional argentino de 1810-1852.

Hay que tener en cuenta que aunque dos textos constitucionales digan lo mismo, no necesariamente reglan de modo semejante las realidades comunitarias, porque la incidencia de los contextos es relevante.

#### TIEMPO Y DC. PERÍODOS EN LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL ARGENTINA

El tiempo es una relación entre los estados de cosas que se presentan en el mundo.  
Relación, no cosa.

Ninguna generación tiene derecho de propiedad sobre las generaciones que la sucederán. La razón es la fuente del Derecho, no la tradición ni la costumbre en el tiempo. Todo el Derecho constitucional es creación del hombre, y estudiarlo a lo largo del tiempo significa estudiar sus cambios. No existe Derecho constitucional eterno ni circular ni de constante retorno. Los hombres configuran su propia historia, pero no lo hacen completamente a su arbitrio o voluntad, las circunstancias del pasado con las que se nutren y enfrentan influyen en su opresión o desarrollo.

Las constituciones, especialmente la Constitución argentina de 1853, son instrumentos pensados y/o gestados para no cambiar o cambiar lo menos posible. Son concebidos para no cambiar con facilidad, pero que sean difícilmente reformables no implica que estén fuera del mundo, ya que no dejan de estar afectadas por el tiempo.

La observación del Derecho constitucional en el tiempo juega un papel de suma jerarquía: el tiempo en el Derecho constitucional es un ámbito de referencia en el que se ubican todos los procesos y cada uno de los sucesos del mundo exterior. El conocimiento de las constituciones, leyes y sistemas jurídicos que rigen la vida comunitaria crece y toma vigor cuando tales instrumentos se examinan en el tiempo.

Línea de tiempo del Derecho constitucional argentino:

1. De colonia española a Revolución de Mayo de 1810.
2. Pueblo sin constitución ni organización (1810-1852).

3. Orígenes: reglamentación liberal y organización constitucional, sin pueblo. República oligárquica (1853-1916).
4. República y democracia constitucional electoral (1916-1930).
5. Fraude y régimen infame (1930-1946).
6. Populismo constitucional (1946-1955).
7. Autocracia (1955-1958).
8. Democracia constitucional electoral, limitada (1958-1966).
9. Autocracia (1966-1973).
10. Pueblo y constitución otorgada/Populismo y desvanecimiento institucional (1973-1975).
11. Autocracia, corrupción y crímenes de lesa humanidad (1976-1983).
12. Preámbulo (1983-1985).
13. Democracia constitucional delegativa (1986-presente).

La flecha del tiempo no implica progresión ni regresión.

### SOBRE ANTECEDENTES Y FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

#### Pueblo sin constitución ni organización

---

El tiempo de los derechos de las personas o grupos de personas y el tiempo de los poderes de los órganos estatales nace el día de su fundación.

Las colonias no tenían derecho a la autodeterminación comunitaria. La idea de una Argentina libre, con ciudadanos libres, nació el 25 de mayo de 1810. Este no fue el nacimiento de la democracia constitucional, pero sí un precario y consistente acto constituyente, además del nacimiento del “pueblo” como sujeto de la historia argentina. Los argentinos de 1810, aunque heredaron la irracionalidad organizativa española, tenían problemas propios que les dificultaban organizarse (forma de gobierno/Estado, modelo económico/financiero/tributario/de producción, régimen de libertad/igualdad).

El 31 de enero de 1813 la Asamblea General Constituyente declaró que en ella residía la representación y ejercicio de la soberanía de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Formalmente, la soberanía estatal nace con la Declaración de Independencia el 9 de julio de

1816, para lo cual primero tuvo lugar la idea revolucionaria de liberación de la monarquía española.

La Constitución de las Provincias Unidas en Sud América (22 de abril de 1819) no gozó de aquiescencia ni vigencia normativa. Aunque era unitaria, no resolvió la forma jurídica del Estado ni dio respuesta a la forma de gobierno. La Constitución sancionada por el Congreso General Constituyente el 24 de diciembre de 1826 siguió su misma suerte y fue rechazada por las provincias por adoptar el unitarismo en oposición a la federación. El Pacto de Confederación Argentina suscrito el 4 de enero de 1831 por Bs. As., Entre Ríos y Sta. Fe fue una suerte de rudimentaria y tímida organización del Estado (organización jurídica de naturaleza confederal), al cual luego adhirió el resto de las provincias. Entre 1831-1852 las 14 provincias mantuvieron una confederación muy precaria.

En noviembre de 1852 se reunió el Soberano Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina (SCGCCA), y el 1 de mayo de 1853 fue sancionada la Constitución de la Confederación Argentina con “13 ranchos o provincias, sin Bs. As.” (separado por rechazar el Acuerdo de San Nicolás, por no aceptar el gobierno en manos de un líder federal del interior ni la repartición de recursos aduaneros con las demás provincias, entre otras cosas). Este orden constitucional permaneció abierto y fue completado en 1860 con la reincorporación de Bs. As, que participó de la reforma constitucional. Con las reformas constitucionales de 1866, 1898, 1957 y 1994, la arquitectura normativa originaria de 1853 se mantiene en pie, convirtiéndose en una de las prescripciones con mayor duración en su vigencia en el mundo.

Una constitución coherente no es sólo un código en el que el contenido de sus normas no es contradictorio, sino principalmente un texto normativo que prescribe un campo de acción ideal proyectado hacia la realidad comunitaria. La historia de un pueblo o la evolución de la autodeterminación o soberanía comunitaria puede ser descubierta en cada proyecto de constitución. Examinar el origen de las normas del Derecho constitucional significa ponderar en el tiempo sus respectivas actas de nacimiento o fuentes de las que han emanado.

Las fuentes u orígenes de las normas de Derecho constitucional

---

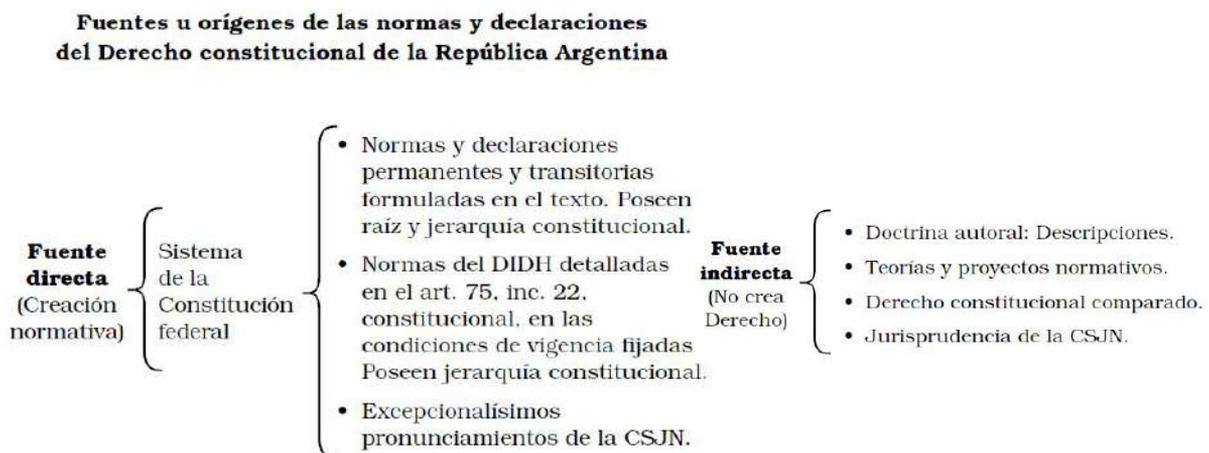
“Fuente” remite especialmente a “principio, fundamento u origen de algo”. “Origen” a “principio, nacimiento, manantial, raíz y causa de algo”. “Orígenes” de las normas de Derecho constitucional tiene un campo semántico superior (y más concreto) que “fuentes”.

“Fuente” se identifica con la forma instrumental que origina o valida al Derecho: fija la procedencia de la norma. Las fuentes u orígenes de las normas del Derecho constitucional serán: “los modos o formas por los que se crean o establecen las normas constitucionales”, y se dividen en directas e indirectas, clasificación que tiene en cuenta el grado de determinación o implicancia de la fuente en la configuración definitiva de las normas constitucionales. Rigurosamente, “fuentes u orígenes” quedaría reservado a las fuentes directas por crear directamente las normas constitucionales, pero la influencia de las indirectas es relevante.

- **Fuentes directas:** órgano que origina o instrumento que da constancia fidedigna de la existencia de la norma. Crean la constitución o ponen de manifiesto al Derecho constitucional. La constitución emana/es producida exclusivamente por el poder constituyente. El Derecho constitucional se origina en la constitución, fuente de producción de las normas, y fuente de aplicación y validación del Derecho Internacional de los DDHH(DIDH) a través del art. 75.22. También es forma de creación la interpretación judicial, especialmente la de la CSJN, al asociar un significado y crear Derecho constitucional. Esto inaugura el “sistema de la Constitución federal”, integrado por: las normas propiamente formuladas en la CF, las normas provenientes del DIDH y las normas generadas por la CSJN. A su vez, las normas del Derecho constitucional son la fuente u origen de la validez jurídica positiva de todas las normas jurídicas de alcance general producidas por vía de la legislación, y excepcionalmente, la costumbre o un fallo judicial.
- **Fuentes indirectas:** no crean ni validan Derecho constitucional, excepto por la vía de la interpretación judicial o dogmática. Constituyen un ámbito de concreción o especulación teórica del Derecho constitucional. Ej: jurisprudencia, doctrina de los autores, Derecho comparado (caracterizadas estas últimas por su historicidad -fuentes históricas-).

La costumbre siempre comporta un mecanismo o procedimiento para cambiar el sistema: porque lo contradice, porque suple un vacío o laguna, o porque secunda un contenido. El orden jurídico instituido por la constitución no regla la costumbre como proceso o fuente que origine normas de Derecho constitucional, por lo que en principio significa una práctica informal y repentina incompatible con la racionalidad exigida para el desarrollo de la vida constitucional.

Gráfico del sistema de fuentes



## CATEGORÍAS JURÍDICAS EN LAS BASES. PALABRAS SIMBÓLICAS.

### Palabras de un ausente

---

En su 2º edición de “Bases 1852” Alberdi, además de la corrección de la 1º, incluyó un proyecto de constitución. En su 3º edición (1856), Alberdi dispuso la publicación de la Constitución de la Confederación Argentina de 1853, aseverando en su Prefacio que sus Bases habían tenido parte en ella.

### Palabras simbólicas

---

El Derecho constitucional es un objeto creado no hace más de dos siglos, tiempo en el cual ha ido cambiando por influencia de las comunidades.

### Bases 1852-Ideaciones de Alberdi:

- El Poder: no hay muchas referencias, dice que “el Poder supone el hábito de la obediencia”, es decir, la existencia de dos sujetos, los que mandan y los que son mandados. Aunque no dudaba de que todo hombre es libre y tiene derecho a gobernarse a sí mismo, no creía que tener derecho fuera semejante a saber gobernarse. El gobierno debía ser asumido por las clases intelectuales, una suerte de aristocracia del saber. Países como el nuestro debían formarse y aumentarse con extranjeros de regiones más ilustradas, a quienes no se les debían cerrar las puertas de la representación política. Creyó en un poder fuerte, con un sistema de gobierno presidencialista (con atribuciones ejecutivas o competencias no deliberativas). No existía una división igualitaria de las potestades del gobierno estatal, sino un predominio del ejecutivo en detrimento del Congreso.
- La constitución: era la regla para la organización del Estado y el gobierno republicano. Era partidario de la constitución escrita y distinguió como partes o piezas: 1) los principios, derechos y garantías, bases del pacto de asociación política; 2) las autoridades encargadas de hacer cumplir y desarrollar esos principios. También afirmó que las constituciones de América del Sud debían ser estructural y funcionalmente semejantes a los contratos comerciales de las sociedades, y que no era razonable esperar que contuviesen las “necesidades de todos los tiempos”. Distinguió entre constituciones: a) de transición y creación y b) definitivas y de conservación. La normatividad de la constitución es una ideación que indica prescripción, o sea, coacción.
- Derecho constitucional comparado: consideraba el Derecho constitucional de la América antes española como incompleto y vicioso, y que ninguna de las constituciones sudamericanas merecían ser tomadas como modelo de imitación. Sí ponderó y siguió en mayor o menor medida las constituciones de California de 1849,

de Massachusetts de 1780 (excepto su nivel de detalle, optando por una constitución más reservada y concisa) y de EEUU de 1789.

- Teoría constitucional: uno de los primeros juristas en emplear “teoría constitucional” en un sentido moderno: cuerpo de proposiciones coherentes y unitarias (saber) referentes al estudio del objeto (normativo), el propio Derecho constitucional.
- Cultura: las leyes no son otra cosa que la expresión de la cultura del país en que se hacen.
- Reforma e interpretación de la constitución: sugirió que otro medio de afianzar el respeto de la constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Propuso alentar la duración de la constitución, evitando sus defectos a través de la interpretación (“con una buena jurisprudencia -estudio del Derecho- no hay mala legislación”).
- Fines de la constitución: deseaba que la Confederación argentina se constituyese como una “república esencialmente comercial y pastora”. Consideró la constitución como carta de navegación de la Confederación argentina para formar el gobierno y reglar su marcha.
- La forma de Estado: los dos modelos económicos que se enfrentaron en Argentina en el s. XIX asumieron apodos provenientes de la organización jurídica del Estado: federales (pretendían 14 ranchos pastores y comerciales, participando de las rentas de la aduana de Bs. As.) y unitarios (concentraban, fáctica y jurídicamente, todo el poder en Bs. As., con ranchos menos autónomos). Alberdi propuso un “sistema mixto” que conciliase las libertades de cada provincia y las prerrogativas de toda la Nación (combinación armónica de la individualidad/localismo con la generalidad/Nación). La Confederación se organizaba por su Constitución en un “Estado federativo”. Para crear un gobierno federal, los gobiernos provinciales debían renunciar o abandonar cierta porción de facultades.
- La forma de gobierno: cree que la forma de gobierno republicana era la única “solución sensata” y considera ridícula la idea de una monarquía representativa en América.
- El sistema de gobierno. Rey con el nombre de presidente: adhería a la idea de que los nuevos estados americanos necesitaban “reyes con el nombre de presidentes”. Al poder ejecutivo debía dársele “todo el poder posible” pero por medio de una constitución. No confiaba en la deliberación racional de la población necesaria para su conducción responsable (creyéndola poca, pobre e inculta). Su propuesta era un conductor con el poder más fuerte que se pudiese concentrar en un haz de atribuciones, pensando ingenuamente que el “presidente” tendría la lucidez suficiente cada día de los 6 años de su mandato.

- La legislación. Reglamentación de los derechos: distingue claramente entre el poder constituyente originario (creador de la constitución) y los poderes constituidos (encargados de hacerla cumplir/realizarla). Los poderes de los constituyentes debían ser amplísimos y sin limitación de facultades para regular el objeto constitucional. Confiaba a la legislación el desarrollo de las materias constitucionales hasta cierto punto. Para evitar la devaluación de la alta cotización de los derechos constitucionales, dispuso que las leyes y tratados que reglasen los principios, derechos y garantías estipulados en ningún caso podían alterar, disminuir o desvirtuar por la vía de la reglamentación las prescripciones constitucionales.
- El sistema electoral. La concepción alberdiana de la democracia: ¿un oxímoron?: establece que la democracia es la esencia misma del gobierno, poniéndose en ventaja con la Constitución de 1853, que no menciona la palabra. Alberdi rechazó el Estado autoritario, y su concepción democrática era un gobierno del pueblo, para el pueblo, pero con participación parcial, relativa o controlada del pueblo (concepción limitada de la democracia). Creía que el sufragio universal podía convertirse en el sufragio universal de la ignorancia, y no podía entregarse la soberanía del pueblo a una multitud ignorante.
- Gobernar es poblar: en una de sus ideas más cuestionables, veía a los americanos como europeos nacidos en América, como bárbaro a todo lo no europeo, y no incluía a los indígenas como parte de su “Estado federativo”. Consideraba a la Argentina como un desierto “a medio poblar y medio civilizar”. El fin capital al que debía dirigirse la constitución era hacia la política de creación de población, fin y medio al mismo tiempo: gobernar es poblar.
- El modelo económico: el progreso es una constante en su pensamiento, y debería haber sido la marca registrada de la organización constitucional de la Argentina. El progreso no es resultado de la historia ni se impone a ella, es inmanente, inherente a la humanidad. La asociación de los hombres que reemplazaba a la explotación acontecería casi providencialmente para su futuro bienestar. El medio elemental para el progreso sería la inmigración, seguido por el ferrocarril, agente de progreso y cultura, y de capitales.
- La cuestión capital: la cuestión de la capital de la República fue central hasta resolverse en 1880. Alberdi afirmó que la ciudad de Bs. As. sería el “país más apropiado para la residencia del gobierno general”.
- Tolerancia religiosa: su “tolerancia religiosa” tiene neto corte utilitarista y comercial. La apertura de la tolerancia religiosa no tiene otro fin que el negocio público o el negocio privado. Sin tolerancia no habría inmigración, la cual era necesaria para trabajar y generar riqueza, fundamental para el crecimiento cultural de la población. Por esto no vio otro camino que reglar que todos tienen la libertad de profesar todo culto.

## DETERMINACIÓN DEL PROYECTO CONSTITUCIONAL DE ALBERDI EN LA CONSTITUCIÓN DE 1853. EJERCICIO COMPARADO DE NORMAS.

### Comentario final

---

Ambos textos tienen semejante arquitectura jurídica: un preámbulo y dos partes. Casi el 90% del texto proyectado por Alberdi en 1852 tiene semejanza conceptual con las reglas fijadas por el poder constituyente originario en 1853. Alberdi, con sus luces y defectos, sirve de guía. Aunque tomó ideas de otros modelos normativos, fue quien las maquetó/englobó por primera vez.

Muchos autores consideran la CN argentina como una copia directa de la norteamericana (en un principio se consideraba aplicable su jurisprudencia). Según Ferreyra, nuestra CN surge del proyecto de Alberdi “Bases y puntos de partida”.

### Las fuentes del Derecho son:

- Directas: instrumento de creación o validación. De la CF: pueblo, a través del poder constituyente (única autoridad p/crearla). Del Derecho constitucional: CF (enunciados normativos -art. 1 a 119- y no normativos -preámbulo-); tratados internacionales de DDHH (art. 75.22); fallos de la CSJN (algunos muy excepcionales) que amplían derechos y son emitidos con intención de crear una norma general (ej: amparo, recién incorporado en la reforma del '94, pero creado en el '56).
- Indirectas: guías de interpretación. Ej: doctrina; jurisprudencia; Derecho comparado (sólo para interpretar y ampliar, no crea Derecho).

### Alberdi:

- Buscaba la creación de una constitución/convención que trajera estabilidad.
- Seguía la corriente Historicista (el Derecho debe seguir las necesidades del pueblo, historia y ubicación geográfica, debe reflejarlas: Determinismo histórico), por lo que creía que no correspondía aplicar la CN de otro país, sino una que refleje su propia realidad.
- Consideraba que en la división de poderes, el ejecutivo era el que más poder debía tener, con un parlamento más débil.
- El pueblo debía autogobernarse (autodeterminación) pero no consideraba que todos estuvieran listos para gobernar (debía haber una élite de gobernantes más formados, pref. de Europa).
- Favorecía la idea de un sistema electoral indirecto (colegios electorales) a causa de esa desconfianza que le tenía al pueblo (duró hasta el '94).

- Consideraba que habían fallado las propuestas de unitarios (unión fuerte entre estados que delegan poderes al Estado mayor, el cual les delega cuestiones menos importantes) y federales (grupo de estados que delega poderes al Estado federal con el propósito de que éste garantice el no conflicto entre ellos y la defensa de sus fronteras), por lo que decidió copiar la forma de EEUU, tirando a una fórmula mixta (más federal y menos unitaria). El Congreso decidía las normas de fondo (+ unitario) y las constituciones debían ser analizadas antes de ser aprobadas por el Estado federal (+ unitario) lo que quitaba autonomía a las provincias (hoy ya no es revisada por el Congreso sino por el P. Judicial para proteger a los individuos).
- Características de la CN: escrita (para facilitar su conocimiento y transmisión); de transición (no puede ser definitiva pero tampoco reformada por los 1ros 10 años ni fácil de reformar/rígida); sistema de derechos y relevancia de la inmigración, libertad de comercio y de tránsito, libertad de culto.

### **LECCIÓN 3º**

#### **SOBRE LA CONSTITUCIÓN: CONCEPTO, COMPOSICIÓN Y MECANISMOS.**

##### APERTURA: HECHOS E IDEAS

El hombre es el único creador de las normas sociales, y fueron sus ideas las que le han permitido elevarse por sobre el resto del reino animal. Toda constitución posee o aspira a poseer una comprensión cabal de la realidad política, la cual involucra un estado de cosas ideal pensado por el legislador constituyente. Los datos del mundo físico deben formar parte de la constitución, por lo que la idealidad constitucional tiene que observar “un mínimo de respeto por lo que es, tal cual es”, porque si no puede tener concreción en la realidad, la creación normativa no se sustenta en un fundamento racional.

La organización/unidad comunitaria con fundamento “constitución”, basada en múltiples ideas sobre la libertad, la igualdad, el pluralismo y la tolerancia, no supera los 250 años.

Según Ferreyra, el Derecho es como un árbol: sus raíces son la constitución (y las fuentes externas, DIDH); su tronco, el Derecho constitucional; y sus ramas cada una de las disciplinas jurídicas: Derecho Penal, Derecho Civil, etc.

##### La constitución identifica una norma:

- Sobre normas (regulan cómo deben ser dictadas/contenidos de otras normas).
- Elaborada por una autoridad, fundada en el poder de los ciudadanos.
- Con fuerza obligatoria/coactiva (respaldada por la fuerza).

- Texto escrito, regular y uniforme (codificada en cuerpos unificados).
- Dirigida a ciudadanos y servidores públicos (tienen límites y regulan competencias).
- Cuya principal finalidad es la realización del ámbito de su normatividad: cierto estado de cosas debe ser (vinculante: tiene como propósito hacerse efectiva).

## ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN? INVENTARIO

### Acepciones

---

De su variedad de significados, dos de ellos son útiles para mostrar la evolución de “cómo de hecho” un Estado estaba constituido a la idea de “cómo debe configurarse” su constitución estatal (“mundo del ser” vs. “mundo del deber ser”):

1. “Constitución” es la “esencia y calidades de una cosa que la constituyen como es y la diferencian de las demás”.
2. “Constitución” es la “ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política”.

### Brevísima ojeada sobre el recorrido histórico de “constitución”

---

- La fuerza normativa de lo fáctico: “constitución” en su 1º acepción da la idea de que todo Estado/organización de la fuerza estatal ha sido llevada a cabo de un modo determinado y específico. Todo Estado tiene una constitución concreta, y todo Estado necesita una constitución porque toda asociación permanente de hombres, para que fuese tal, requiere un principio de ordenación conforme al cual se constituya y desenvuelva su voluntad. Antiguamente, el concepto de constitución pertenecía al mundo del ser, y su significado era estrictamente descriptivo. El Estado o la ciudad tenían una constitución al igual que el hombre tiene una constitución o compleción física. Esta constitución era espontánea y natural, no un producto de ningún saber ni tecnología. 1651-Thomas Hobbes: autor de “Leviatán”, una de las 1ºs obras sobre teoría del Estado (absoluto). El Leviatán o Estado es el hombre artificial instituido para la protección y defensa del hombre natural. Queda instituido cuando una multitud de hombres convienen otorgar a un cierto hombre o asamblea de hombres el derecho de representar a la persona de todos, para asegurar la paz y la defensa común. El temor impulsó a los hombres al contrato social.
- Paradigmas normativos: en la teoría política estatal, que comienza con los procesos revolucionarios franceses y estadounidenses de finales del s. XVIII, el significado de “constitución” se iría trasladando al mundo del deber ser y hacia su naturaleza

prescriptiva/normativa. La idea de la constitución como ley fundamental, rígida, suprema, divisoria del poder fue producto de una lenta evolución histórica. La necesidad de redactar por escrito se vislumbra en las colonias angloamericanas (s. XVII). El concepto de constitución se asocia a la “Constitución de EEUU de 1787” (constitución como expresión jurídica detallada -república, repartición del poder, controles recíprocos- y escrita) y a la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” aprobada en Francia en 1789 (principios sobre los derechos del hombre). El movimiento constitucionalista empieza a fines del s. XVIII.

- Las utopías de Thomas Paine: uno de los ideólogos de la doctrina de la independencia de EEUU y de su constitución. Consideraba que en los países libres la ley debía ser el rey, no al revés. La constitución de un país no es un acto de gobierno, sino del pueblo que constituye su gobierno, y contiene todo lo relacionado con la organización completa de un gobierno civil, y los principios en los que se basará y regirá. Es un “orden racional de las cosas”.
- La hoja de papel: a poco de nacer, el significado mismo del concepto de constitución escrita afrontó su 1º crisis el 16 de abril de 1862, en una conferencia de Ferdinand Lassalle (abogado/político alemán) sobre la naturaleza de la constitución: las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social. La esencia de la constitución de un Estado radica en: rey, poder militar, poder social, poder económico (factores reales de poder). Las relaciones resultantes del funcionamiento combinado de estos factores representan la fuerza realmente operativa que condiciona todas las leyes/instituciones jurídicas de la sociedad (constitución real). De nada sirve lo que se escriba en una hoja de papel, si no se ajusta a la realidad.
- En oposición a Carl Schmitt (filósofo jurídico alemán): el Estado dispone abiertamente de la vida de los hombres (≠ Paz y soberanía personal); la distinción propiamente política es entre amigo y enemigo (≠ Tolerancia); los pueblos se agrupan en función de ese antagonismo (≠ Coexistencia); la esencia de la unidad política consiste en suprimir el antagonismo dentro de la unidad (≠ Debate y crítica racional); un mundo pacificado, sin guerra, sería un mundo sin política (≠ Pluralismo); jamás podrá existir un Estado mundial que abarque la humanidad entera (≠ Ciudadanía universal); 4 sentidos de la constitución: absoluto, relativo, ideal y positivo (≠ 1 solo sentido: constitución); un concepto de constitución sólo es posible al distinguirlo de ley fundamental. La esencia de una constitución no reside en una norma, surge mediante un acto del poder constituyente (≠ Naturaleza y convención comunitaria: normativismo); en el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente (≠ Diálogo, experiencia y libertad); en toda decisión existe un elemento de pura “decisión” que no puede ser derivado del contenido de la norma (≠ Democracia y razón).
- La teoría pura del Derecho: Hans Kelsen fue un normativista. Creyó que una teoría pura del Derecho no debía ni podía desempeñar ninguna tarea reformadora ni

creadora del objeto de estudio, si lo hacía excedía su competencia y se convertía en herramienta de la política. Postuló un mundo de abstracciones normativas en el que la tarea del saber o ciencia jurídica se limitaba a describir el objeto, sin estar influenciada o contaminada por la política o su interés. El Derecho era “una ordenación normativa del comportamiento humano”, “sistema de normas” caracterizado por encontrarse “en una construcción escalonada de diversos estratos”, cuyo estrato superior es la constitución material. Que casi todos los Estados del mundo posean una constitución, definan su organización y unidad estatal, con fundamento a una constitución escrita y vinculante, se debe en parte a las ideas de Kelsen.

- El trialismo de Germán Bidart Campos: uno de los juristas y maestros del Derecho más importante de la Argentina durante el s. XX. Escribió que correspondía encarar o captar el mundo del Derecho constitucional con o desde “3 órdenes” (trialismo): normativo (constitución escrita, leyes constitucionales, normatividad consuetudinaria y espontánea); realidad existencial (conducta humana); axiológico (criterios de valor para juzgar al orden normativo y al orden existencial). La constitución verdadera consistía en la “conjugación de realidad y deber ser”, el ajuste recíproco de la realidad y la norma. Para conocer la constitución no bastaba la normatividad emergente del texto escrito, sino también el examen de su funcionamiento, y su estimación valorativa (justicia o injusticia).

### SIGNIFICADO DE CONSTITUCIÓN

La constitución señala un punto de inflexión: por un lado, revela la finalización del proceso de construcción política del Estado; por otro, estructura las bases para el arranque y apoyo de todo su edificio jurídico-normativo.

Todas las ramas del Derecho positivo en vigor encuentran su último (y único) fundamento en la constitución: combinación de normas jurídicas que estipulan la estructura jurídica del Estado, regulan y determinan el modo en que debe ser ejercido y controlado todo el poder político y por las que se confiere reconocimiento a los DDFF de los habitantes.

La constitución posee un decálogo de propiedades que la singularizan:

1. Primacía: no hay norma positiva superior, prevalece ante cualquier conflicto. Atado a: rigidez constitucional (difícil de modificar) y al control de constitucionalidad (sólo por pedido de la parte damnificada: gta de derechos subjetivos, no del sistema jurídico).
2. Jerarquía: escalonamiento/gradación jerárquica de las normas, para asegurar que no se reforme la norma mayor por medio de los procesos previstos para la creación cotidiana del Derecho ni por las autoridades que ejercen el poder constituido.
3. Elasticidad: adaptabilidad/flexibilidad a los distintos momentos históricos (las normas deben cubrir el paso de una generación a otra).

4. Apertura: la realidad hacia la que se dirigen las disposiciones normativas está sujeta al devenir y al cambio histórico. Para resguardar su fuerza normativa sin alterar su propia identidad, debe hacerlo a través de su concepción como norma abierta, mediante la interpretación, o su modificación o cambio (posibilidad de que el contrato entre ciudadanos, abierto y plural, sea actualizado).
5. Unidad: la totalidad ordenada que constituye la constitución habilita que todas las demás normas del sistema remonten/puedan remontar su validez a ella.
6. Coherencia: la existencia de enunciados contradictorios implica arbitrariedad, y la constitución tiene que ser el código de la racionalidad ciudadana. Todas las normas tienen una manera de armonizarse entre ellas para evitar choques, sostenida por las leyes de prevalencia (ley posterior prevalece ante ley anterior). En caso de que se advierta una frustración o contradicción, el intérprete tiene la obligación de agotar los esfuerzos a su alcance para alcanzar la armonía que las compatibilice.
7. Soberanía: autoridad jurídica suprema. La constitución debe articular 2 soberanías: la individual (anterior al pacto) y la comunitaria/del pueblo. El poder del Estado tiene por finalidad dar seguridad a la soberanía individual.
8. Organización: la constitución organiza racionalmente a todas las organizaciones sociales. Posibilita el desarrollo de las tareas eminentes de legislación, administración y jurisdicción, funciones jurídicas básicas al servicio del hombre.
9. Identidad: la constitución es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, espejo de su herencia cultural. Posee normas de adaptación (dan cobertura a la realidad que la antecede y se dispone a cobijar la presente) y normas de estímulo/cambio (proponen una realidad ideal que prometedoramente pueda cumplirse).
10. Vinculación: la fuerza normativa de la constitución garantiza el cumplimiento de sus principios y reglas (tiene la pretensión de ser realizada/cumplida). Para brindarle racionalidad al cumplimiento posible de sus prescripciones, es necesario elaborar mecanismos aptos para proteger y defender su normatividad (garantías).

## LAS PARTES

### Presentación básica

---

“Sistema de la constitución federal”, integrada por las normas propiamente formuladas en la CF; las normas provenientes de los DIDH y las normas excepcionales generadas por la CSJN.

La CF se divide en:

- Preámbulo.
- 1º parte (dogmática): derechos y garantías; nuevos derechos y garantías.
- 2º parte (orgánica): organización de los poderes; división de competencias; 17 cláusulas transitorias.

La CF debería dividirse en (Según Ferreyra):

- 1º parte: simples declaraciones. El preámbulo.
- 2º parte: los derechos y deberes fundamentales.
- 3º parte: el poder, organizado y controlado racionalmente.
- 4º parte: el poder de reforma.
- 5º parte: mecanismos garantistas.

### Simple declaraciones

---

Son enunciados no normativos, que carecen de normatividad propia, pero la adquieren al integrarse a un sistema normativo. Ej:

- Preámbulo: discurso del constituyente que trata de anticipar el contenido del DC e identificar los valores fundamentales (económicos, políticos, culturales, del Derecho) y aspiraciones de una ciudadanía abierta. El Derecho comparado con la constitución de EEUU operó como fuente indirecta del preámbulo argentino, y comparten 6 directivas: unión, justicia, paz, defensa común, bienestar general y libertad.
- Disposiciones transitorias: la CF no tuvo Disposiciones transitorias hasta la reforma de 1994, que introdujo 17 (ej: reclamo de soberanía Malvinas).

## Los derechos fundamentales

---

La CF es liberal: su finalidad originaria es la garantía de la libertad. El aumento de la noción de ciudadanía durante el s. XX corrigió en parte la desigualdad existente hasta el momento.

Para concretar la idea de libertad, en la CF se plantean 2 piezas elementales:

- Regla de autodeterminación y soberanía individual: ámbito de libertad ilimitada de la persona, facultad limitada del Estado para invadirla.
- Regla que da arquitectura y organiza, vertical y horizontalmente, el poder del Estado: al dividirlo y encerrarlo en un sistema de competencias detalladas, determinadas y circunscriptas.

La libertad es el gen de todos los derechos fundamentales:

- Libertad negativa: libre en la medida y circunstancia que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en la actividad del individuo.
- Libertad positiva: deseo del individuo de ser su propio amo, adoptar decisiones, no ser accionado.

Libertad negativa y positiva se corresponden con la idea de que nadie puede privar a nadie de la libertad y nadie debe disfrutarla a expensas de otro o de otros. La igualdad en la libertad es la libertad jurídica que capta la CF en su art. 19.

Los derechos fundamentales, en sentido jurídico, son “derechos” porque son conferidos a los hombres por normas jurídicas incluidas en la CF. Se distinguen de los morales por ser relativos o pertenecientes al sistema jurídico positivo estatal que los confiere. Son fundamentales porque por su intermedio se realiza y afianza la libertad y significan una línea de acción para el desarrollo de la fuerza del Estado.

Hay derechos expresamente enumerados o reconocidos y hay también derechos implícitos que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. La reforma de 1994 amplió el elenco de derechos enumerados en el texto constitucional por vía de la jerarquización del DIDH, haciendo que hoy el sistema jurídico constitucional argentino disponga de reglas que reconocen expresamente las 3 generaciones de derechos: de 1º generación (civiles y políticos); de 2º generación (sociales, culturales y económicos); y de 3º generación (a la paz, la cultura, medioambiente sano, juridicidad constitucional). Tal generalización no es extensible a las garantías respectivas, que han quedado a mitad de camino.

## Los deberes u obligaciones

---

La existencia de derechos fundamentales implica la existencia al mismo tiempo de deberes u obligaciones que nacen al establecer una constitución, que se encuentran tanto a cargo del Estado como de los ciudadanos y/o habitantes:

- 1º obligación constitucional: simple y liso acatamiento por todos, ciudadanos y servidores, que estarán jurídicamente obligados a determinado comportamiento. La conducta desleal con la determinación normativa será antijurídica (arts. 19, 31 y 36 CF).
- 2º obligación constitucional: acceder a la educación primaria (art. 5 CF).
- 3º obligación constitucional: sufragar. La CF no es indolente, obliga a participar al ciudadano (art. 37 CF).
- 4º obligación constitucional: contribuir al sostenimiento y desarrollo de un Estado, porque sin tributos no hay Estado (arts. 4,16 y 75.2 CF).
- 5º obligación constitucional: armarse en defensa de la patria (art. 21 CF).

Los deberes fundamentales, al igual que los derechos, no son absolutos (art. 28 CF: racionalidad de los actos de gobierno republicano). El reconocimiento de derechos configura el deber correlativo en las personas y el Estado de respetar el derecho fundamental de otro u otros sujetos.

También llegan obligaciones fundamentales con jerarquía constitucional de: DADDH (arts 29 a 38); CADH (art. 32); DUDH (arts. 1 y 29).

Obligaciones del Estado:

- Que los integrantes de los poderes cumplan su tarea racionalmente, sin contradicción interna y externa en sus actos (arts. 1 y 28 CF).
- Obligación de respetar los derechos (art. 1 CADH).
- Deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 CADH).

## El poder y su control

---

“Poder” condensa varios significados:

- Clase de actos de quienes ejercen funciones estatales con competencia delimitada (presidente -administración de la república-, legisladores -creación de normas de alcance general-, jueces -resolución de conflictos-).

- Órgano del Estado que ejerce la potestad o competencia, los poderes constituidos (legislativo, ejecutivo, judicial)

La división de los poderes estatales tiene por finalidad someter el poder al cumplimiento de reglas de juego jurídicas preestablecidas: impedir la concentración de poderes, para proteger la libertad de los habitantes.

La orientación jurídica federal del Estado significa la partición vertical del poder: entes autónomos (23 provincias + Ciudad de Bs. As.) y el Estado federal. Los entes autónomos conservan todo el poder no delegado por la CF al Estado, y no disponen de la posibilidad de secesión. La igualdad es la regla para la configuración de la forma federal.

La forma de gobierno republicana significa la partición horizontal del poder: asignación de potestades/competencias delimitadas en 3 departamentos + un Ministerio Público (defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad). La “idoneidad” es condición elemental para el ejercicio de la función republicana, y cada órgano tiene una competencia propiamente asignada e indelegable. En la Argentina, la elección, antecedida por la deliberación, es la regla para la configuración de la república.

#### La reforma

---

El poder de cambiar la constitución es un poder político porque provoca variaciones en la CF. La reforma, por expansión, contracción o revisión de normas, genera una nueva combinación de enunciados normativos y no normativos.

Si la constitución política estatal es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo: el plan constitucional debe ser decidido por su creador, el cuerpo electoral.

Tal como se encuentra diseñado por el art. 30 CF (la CF puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. Su necesidad debe declararse por el Congreso con el voto de las  $\frac{2}{3}$  partes, pero debe efectuarse por medio de una Convención), y en conexión con el art. 23 de la CADH, el proceso constituyente consta de 3 etapas:

1. Iniciación.
2. Deliberación pública y elección.
3. Producción constituyente: creación constitucional.

La reforma constitucional produce un cambio en el contenido del sistema, pero no destruye el preexistente (mantiene la continuidad). La CF no es eterna sino tan sólo permanente, pero no alienta el reposo ni detiene el cambio político. Instituye una suerte de conversación entre generaciones que no se han conocido y probablemente no se conocerán.

## MECANISMOS GARANTISTAS

La fuerza normativa de la constitución depende centralmente de la planificación de sus propias garantías. En sentido amplio, las garantías son el mecanismo con mayor aptitud para procesar las pretensiones de vigencia de las normas de la constitución, al integrarse con los procesos internos que las hacen funcionar.

La constitución del Estado democrático vale o valdrá lo que valen o valdrían sus garantías, procesos previstos por el propio sistema para perseguir la instrumentación de su autodefensa y la concreta posibilidad de su realización integral. Cuando se produce una violación del orden estipulado por el sistema de la constitución, serán las garantías constitucionales las herramientas específicas que pueden ser empleadas para intentar restaurar y desarrollar su fuerza normativa.

El bloque garantista debe tener al menos 2 finalidades definidas:

1. Proteger y satisfacer los derechos fundamentales.
2. Asegurar las formas jurídicas y políticas del Estado y su sistema de gobierno.

De dicha concepción deriva el siguiente elenco de garantías constitucionales:

1. Garantías de la constitución: previstas para defender el sistema jurídico que ella organiza, para asegurar su jerarquía y primacía dentro del sistema jurídico estatal.
2. Garantías de los derechos fundamentales: estipuladas para la reparación o satisfacción de los derechos individuales, grupales o colectivos a los que el texto normativo constitucional confiere reconocimiento.
3. Garantía orgánica del Defensor del Pueblo.
4. Garantía de acceso a la jurisdicción supraestatal: para la defensa de los derechos fundamentales.

## Garantías de la constitución

---

Idea de que las decisiones políticas se elaboren y ejecuten en virtud del marco que estatuye la constitución, y no contrariamente. Mecanismos que componen el subsistema de garantías de la constitución:

- División horizontal (republicanismo) y vertical (federalismo y municipalismo) de las tareas de los poderes.
- Proceso de reforma constitucional.

- Emergencias y autodefensa constitucional.
- Desarrollo progresivo de los derechos fundamentales por intermedio de la reglamentación a cargo del Congreso.
- Estándar de racionalidad, mínimo aceptable, y función republicana.
- Control del Congreso.

Son limitaciones al margen de actuación de los poderes constituidos, garantías cuyos destinatarios no son directamente personas o grupos de personas.

#### Interpretación y control judicial de la constitucionalidad

---

La garantía jurisdiccional de la constitución, o control/revisión de constitucionalidad de la normativa y actividad infraconstitucional, es el mecanismo para garantizar que la constitución se mantenga como la norma mayor del sistema, y para asegurar la estructura jerárquica de su sistema jurídico. Siempre debe ser estimulada por una parte dentro de un proceso, y la decisión se encuentra a cargo de un juez o tribunal.

#### Garantías de los derechos fundamentales

---

Mecanismo por excelencia para dotar de efectividad a los derechos y/o al normal desenvolvimiento de la vida constitucional. Su naturaleza es reactiva o defensiva porque operan en caso de vulneración o amenaza de lesión de un derecho fundamental o del estatuto de los poderes, intentando obtener la preservación del derecho o el restablecimiento del equilibrio de los poderes (ej: acceso a la jurisdicción, debido proceso legal, amparo, hábeas data, hábeas corpus, defensa de la juricidad constitucional, amicus curiae, inviolabilidad del domicilio/correspondencia/papeles privados, jueces naturales, prohibición de comisiones especiales/confesión coercitiva, excepciones de inconstitucionalidad, recursos extraordinarios).

#### Garantía orgánica para la defensa de los derechos fundamentales

---

La reforma de 1994 confirió estatus constitucional al Defensor del Pueblo (art. 86 CF), órgano ajeno al poder, vinculado al Congreso pero independiente de él.

Misión: defensa de los DDHH y otros derechos, garantías e intereses tutelados por la CF, ante actos u omisiones de la administración pública, y controlar el ejercicio de las funciones administrativas públicas.

Competencias: preventivas (investigar, criticar, opinar y recibir denuncias) y reparatoras (demandar ante organismos jurisdiccionales las violaciones contempladas en sus facultades).

Garantía supraestatal para la defensa de los DDFF estatuidos por el DC

El art. 44 de la CADH estipula que cualquier persona/grupo de personas, o entidad no gubernamental puede presentar a la CIDH peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de las reglas jurídicas de la Convención por un Estado Parte.

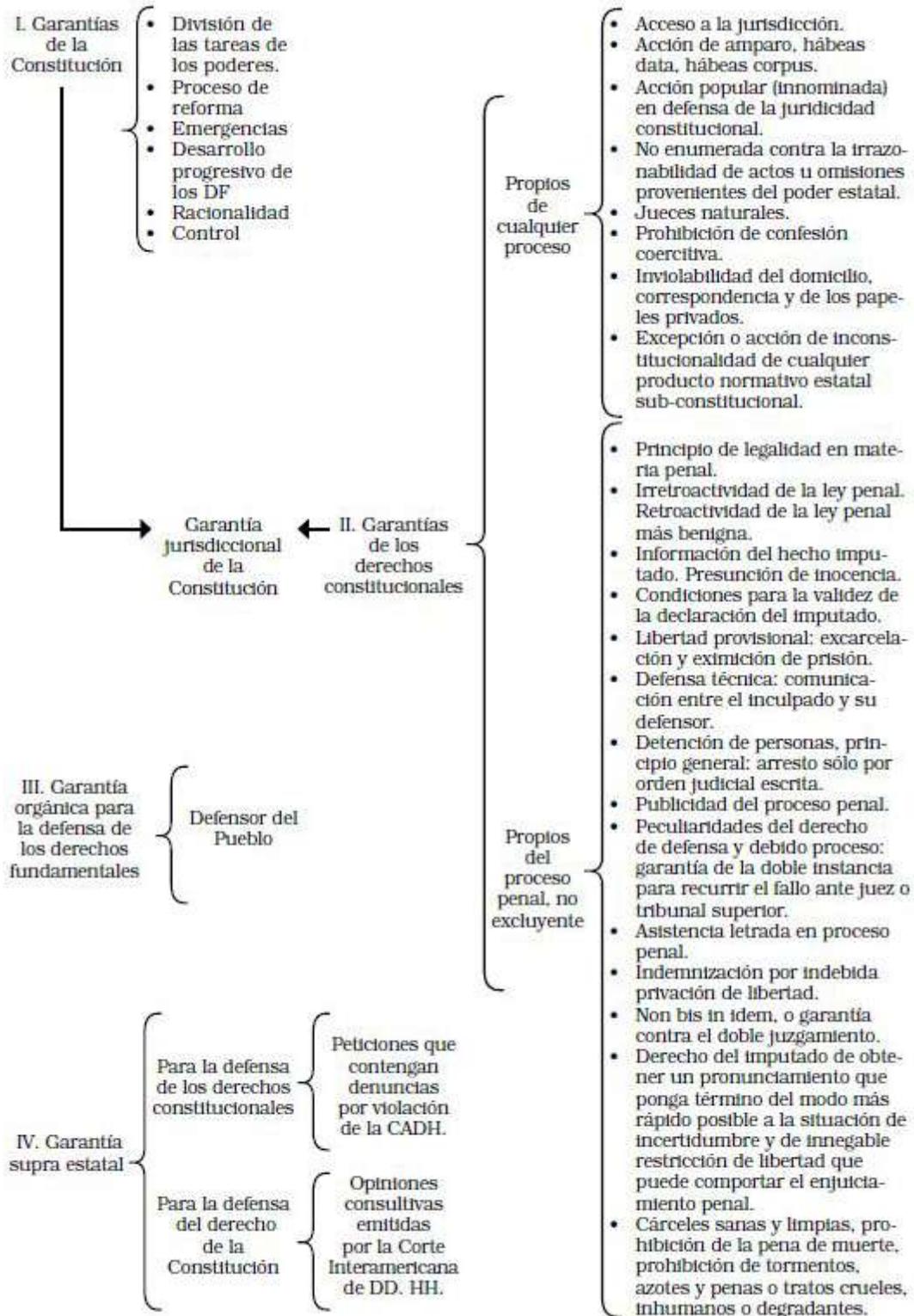
Las reglas de la CADH son una garantía para la defensa de los derechos constitucionales, al permitir la apertura y desenvolvimiento de la jurisdicción supraestatal, a la que puede acudir para perseguir la restauración de una regla jurídica tutelada por la CADH, pero sólo una vez se reúnan una serie de rigurosos recaudos, principalmente la interposición y agotamiento de los recursos previstos por la jurisdicción estatal.

El art. 64 de la CADH contempla también la posibilidad de que un Estado miembro consulte a la CtIDH acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los DDHH en los Estados Americanos, o acerca de la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas del Estado y los mencionados instrumentos internacionales (opiniones consultivas), para intentar garantizar la coherencia de su sistema jurídico con el sistema regional protectorio de los DDHH.

**Adenda 1: Partes de la Constitución Federal Argentina**

<b>Partes de la Constitución Federal Argentina</b>	1) simples declaraciones	Enunciados no normativos Tienen prescriptividad indirecta	- Preámbulo - Disposición transitoria: soberanía sobre las Islas Malvinas y otras	
	2) Derechos fundamentales Deberes	- Significan razones de peso o líneas de acción Libertad	- Pueden ser clasificados con relación a su titularidad, contenido, constancia, nacimiento, fuente.	
	3) Poderes del estado Autoridad	- Producción de efectos deseados sobre los hombres - Se lo reparte horizontalmente (república) y verticalmente (federal)	Gobierno federal	- Congreso: creación de legislación y control - Ejecutivo: liderazgo - Judicial: resolución de conflictos - Ministerio público
			Gobierno de las Provincias y de la CABA	- Conservan atribuciones no delegadas - Dictan su constitución
4) Reforma	Cambio formalizado	- Puede consistir en la expansión, la contracción o la revisión de las normas		

## Adenda 2: Garantías constitucionales



## **LECCIÓN 4º**

### **DISCURSO SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL: COLORES PRIMARIOS.**

#### RAZONES BÁSICAS: PODER Y DERECHO

Toda comunidad de ciudadanos que alcanza cierto grado de convivencia se encuentra inclinada a la organización constitucional (no necesariamente escrita o codificada).

El Derecho puede representarse como un árbol: el tronco es el DC que brota de la raíz “constitución”. Sus enunciados acostumbran: devenir hostil hacia la libertad y favorecer la autoridad; fluir hacia la libertad y controlar racionalmente la autoridad o lograr el equilibrio entre libertad y autoridad (hasta ahora inalcanzable).

El DC se forma mediante la razón, “por naturaleza igual en todos los hombres”. Dos cuestiones elementales, según Ferreyra:

1. No hay un plan general u orden planificado del universo. El hombre forma parte de la naturaleza y todo es resultado de la evolución. Apoyado en su razón, el hombre tiene tendencia a la asociación con otros hombres/organización comunitaria. La fuente del contrato político reside en el poder de los ciudadanos, lo que implica que el poder crea el Derecho. El poder público, político, pretende definir el bienestar general, marco de la vida colectiva. El poder produce las reglas que determinan la conducta humana. Producido el Derecho, el poder queda sometido a la regulación jurídica (dando comienzo a la tensión entre autoridad y libertad).
2. Los sistemas jurídicos estatales son sistemas normativos en cuyo núcleo reside la regla constitucional, que intenta determinar el poder. El DC emana de la constitución, e idearlo implica construir proposiciones que puedan definirlo. El DC alberga, conforma o da cuenta de un sistema primario de enunciados normativos y no normativos dirigidos a los ciudadanos y a los servidores públicos, y otro específico dirigido solamente a las autoridades constitucionales.

#### ORGANIZACIÓN FUNDAMENTAL DEL ESTADO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Derecho objetivo

---

Pensar sobre el DC implica determinar la existencia de un sistema que marca, a su vez:

- El punto de llegada del proceso de autodeterminación o soberanía política de los ciudadanos que integran un pueblo.
- La plataforma para el proceso de organización y construcción jurídica del Estado.

En este sentido, DC es sinónimo de “Derecho objetivo” o “sistema jurídico constitucional”: conjunto de enunciados lingüísticos, normativos y no normativos, que expresan las prescripciones del poder constituyente.

El DC federal argentino está compuesto por: disposiciones normativas enunciadas en el Preámbulo, 129 reglas de naturaleza permanente, 17 disposiciones transitorias.

Jerarquía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

---

#### Sistema de la CF, sus enunciados

Hay quienes consideran que la reforma de 1994 produjo la expansión del Derecho dentro de los propios límites de la CF, sumando o incorporando a su “propio texto” (sus enunciados permanentes y transitorios), las disposiciones jurídicas del DIDH. Según Ferreyra: las reglas del DIDH no han sido “incorporadas”, sino que poseen “jerarquía constitucional”, y deben entenderse como complementarias de los derechos y garantías reconocidos en la CF.

#### Sobre la jerarquía normativa y la raíz de las reglas del sistema de la CF

No hay forma de conocer todo lo escrito sobre el DC. En 1997/8, un juez de la CSJN consideró a los textos mencionados en el art. 75.22 como “normas constitucionales de 2º rango”, pero el poder constituyente reformador de la CF de 1994 jamás dispuso la estipulación de “rangos” entre sus normas. El DIDH cumple la función de vincular/integrar el mundo del Derecho. Se concluye que: 1) todos los enunciados del DC argentino (permanentes y transitorios) tienen igual jerarquía normativa; 2) todos los enunciados del DIDH que gozan de jerarquía constitucional tienen igual jerarquía normativa; 3) los enunciados del DC y del DIDH tienen rango jurídico idéntico, aunque difieran en la raíz (unos producidos por la CF, otros validados por ella).

#### Fuente nativa y fuente extranjera

En vistas de la “internacionalización” del DC, existen fuentes de producción jurídica estatal y supraestatal. El “sistema de la CF” alberga en su seno conceptual tanto a las reglas estipuladas en el texto de la CF como a las que, existiendo originariamente fuera de ella, tienen también igual jerarquía y nivel, pero no están sumadas en su marco normativo.

La interpretación judicial

---

#### Creación y realización

El sistema de la CF se desarrolla en 2 espacios: producción y realización. Producida la norma (previa comprensión racional), deberá sobrevenir su acatamiento tanto por los ciudadanos como por los poderes del Estado. Existe una mera aplicación/ejecución/realización cuando: las autoridades federales o los ciudadanos cumplen una regla emanada del sistema de la CF (ej: un ciudadano ejerce o desarrolla un derecho fundamental cualquiera); se desarrollan las previsiones que surgen del sistema (ej: toda la legislación + actividad del poder administrador e interpretaciones judiciales); en la actividad dogmática (ej: investigación/disertación académica). También existen situaciones excepcionales que desbordan este modelo de

realización (ej: cuando la CSJN asocia o disocia un significado, en un caso concreto, con pretensiones de generalidad normativa).

### Resoluciones de la CSJN

Dos opiniones de juristas: Germán Bidart Campos sostuvo que cuando la CSJN dicta sentencias en las que se lleva a cabo interpretación constitucional, ésta adquiere el mismo rango de la CF interpretada y compone con ella una unidad. Eugenio Bulygin sostiene que la actividad del juez es fuente de Derecho (y por ello capaz de ser integrada al sistema jurídico) sólo cuando la sentencia judicial crea norma/s general/es (el juez crea Derecho cuando la norma general con la que justifica su decisión no fue creada por el legislador constituyente).

### Análisis o construcción y destrucción del objeto

1) finalidades de las disposiciones del DC: arquitectura de sus poderes; reconocimiento de los DDFF y deberes correlativos; 2) el orden coactivo que impone el Derecho tiene como soporte al lenguaje escrito, proveniente de las fuentes de producción; 3) el lenguaje prescriptivo del DC no es completo sino que necesita ser completado, por ej. por decisiones interpretativas; 4) las palabras que aparecen en las reglas jurídicas tienen una zona de penumbra (son potencialmente vagas), que se pone de manifiesto en el caso atípico. No todos los casos son del mismo tipo ni presentan los mismos problemas; 5) el DC es, por regla, objeto de interpretación. La comprensión del significado central de la regla de DC consiste en hallar el sentido que quiso efectivamente poner el legislador constitucional, actualizado con la realidad; 6) la falta de plenitud/completitud pone de manifiesto que, en oportunidades, las tareas de análisis del lenguaje de las fuentes son insuficientes o no pueden dar respuesta al significado central. En este caso el intérprete no descubre, sino que decide el sentido de la regla; 7) la interpretación constitucional analítica describe los significados de las reglas constitucionales que examina. La interpretación correctiva asocia/disocia o reconstruye un nuevo significado a la expresión o texto (evolución del Derecho); 8) analizar y decidir son las consignas del intérprete judicial cuando realiza el DC. El poder constituyente -originario o derivado- brindó la plataforma de sustentación para que la interpretación pudiese configurar y concretizar la vigencia y el alcance de la propuesta normativa constitucional; 9) La interpretación constitucional restrictiva puede conducir a la reducción irracional del campo de aplicación de los significados centrales consignados en las disposiciones del sistema de la CF (involución del Derecho); 10) determinadas decisiones judiciales de la CSJN son susceptibles de pasar a integrar el sistema de la CF siempre que cumplan las siguientes condiciones: cuando la interpretación haya servido o existan razones de que servirá en el futuro; cuando su contenido no sea idéntico al de alguna otra regla del sistema, aunque sí deducible lógicamente del mismo.

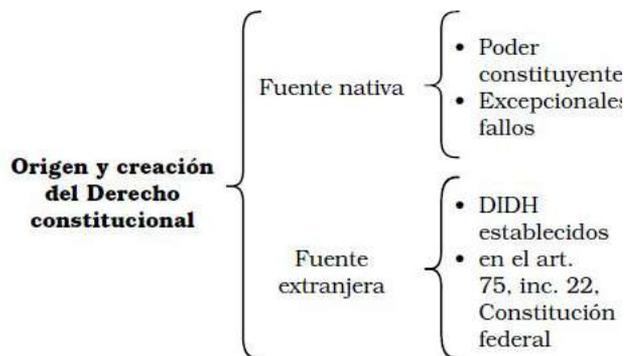
Dos consignas: hecho y regla

---

El Derecho es producido por el poder que emana de los ciudadanos que integran un pueblo. Se trata de un hecho social que produce un conglomerado o combinación de reglas jurídicas generales, abstractas, obligatorias y universales, asociadas en un sistema.

La creación del sistema inaugura las propias posibilidades de su coactividad: normatividad instaurada por reglas, porque su sistema genera directamente prescriptividad, o a partir de él pueden generarse reglas prescriptivas.

- Un hecho empírico: el DC se formaliza con: el lenguaje del legislador que ejerce el poder constituyente; el discurso del intérprete judicial (en Arg., la CSJN); el proveniente de la fuente internacional de DDHH con jerarquía constitucional.
- Un sistema de reglas: el lenguaje, de naturaleza prescriptiva, cumple la función de modificar, influenciar, organizar o dirigir la conducta de las personas que componen la sociedad. La coactividad o fuerza normativa es una cualidad definitoria del DC/sistema jurídico. Tiene fuerza obligatoria, es vinculante y participa de la coercibilidad. Como indicó Bidart Campos, el Derecho de la CF reviste naturaleza de norma jurídica, no un mero carácter declarativo u orientativo. Un DC ideado o instrumentado por reglas significa que éstas se han de cumplir o no cumplir.



### Temporalidad y espacialidad del Derecho constitucional

---

Comprender el DC significa determinar los ámbitos de realización de sus reglas. Todos los artefactos que produce el hombre se desarrollan en el tiempo y el espacio.

- Temporalidad: el fundamento del DC es la organización comunitaria. La formación jurídica pertenece al presente, todas las reglas del DC deberían formularse en "presente", porque la demanda de organización fundamental es una exigencia del presente. La idea republicana, como forma de gobierno, es una tarea constante, sin pausas, un "ahora comunitario" que no concluye nunca ni cede, pero progresa. Otras reglas se refieren significativamente al pasado, y otras al futuro.
- Espacialidad: si existen reglas de DC, es porque son dirigidas a determinados sujetos que viven en determinada comunidad, localizada y establecida en determinado territorio. El DC, una vez creado, fluye. En Argentina, organiza 2 subsistemas normativos: primario, del ciudadano (persona que se encuentra sometida a un orden jurídico y participa de su desarrollo y/o formación) y los servidores públicos (personas que, por elección del cuerpo elector o designación de los poderes del Estado, legisla, administra o juzga en representación del pueblo); y secundario, de los servidores

públicos. O todos realizamos el DC, o el DC es simplemente una nueva forma de dominación.

## DERECHO CONSTITUCIONAL COMO DERECHO SUBJETIVO INDIVIDUAL, SOCIAL O COLECTIVO; LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### Letras preliminares

---

1. Los DDFF, cuyo estatus es conferido por las constituciones, significan líneas de acción para el uso de la fuerza estatal. Constituyen directivas de la vida estatal porque contienen la reglamentación jurídica elemental para la vida comunitaria en libertad.
2. Los DDFF, enfocados subjetivamente, son “derechos” porque resultan conferidos a los hombres por normas e implican poderes jurídicos, que emplazan facultades o expectativas individuales, plurales o colectivas.

### Noción

---

“Derecho constitucional” (o “derechos fundamentales”) designa las atribuciones la persona o grupo de personas tienen para dar, hacer o no hacer algo postulando una competencia, inmunidad o privilegio, cuyo reconocimiento es conferido por el sistema de la CF (DC se entiende como derecho subjetivo: individual, social o colectivo).

### Concepto de derechos fundamentales

---

Los DDFF son el resultado de acciones humanas guiadas o no guiadas, que procuran la construcción de un estado de cosas, nuevo en relación con el pasado, porque pretende reflejar o significar profundamente la conquista de un nuevo estado que conserva, mejora o desarrolla las condiciones políticas de la existencia humana. Son un puente entre el sujeto/s y un estado de cosas, y cumplen la función de vincular un espacio decisorial (la política) con otro espacio (producción de efectos deseados sobre determinados estados de cosas o bienes que se desea proteger/promover). Se dirigen a un bien/bienes y tienen como punto de partida una decisión del poder político. Facultan al sujeto o producen en él la expectativa entre el desarrollo de la decisión política y el concreto goce o disfrute de un bien que jurídicamente quedará protegido o tutelado.

### Justificación de los DDFF: ¿son los que el Estado define constitucionalmente?

El poder constituyente produjo una gran cantidad de DDFF, alojados en el propio cuerpo de la CF (con raíz constitucional), mientras que otro grupo de DDFF fueron producidos en el ámbito internacional (con jerarquía constitucional). Art. 33 CF: Los DDFF nacen del principio de “soberanía del pueblo” (poder de los ciudadanos para producir y realizar la CF: derecho de libre determinación para la configuración política y estipulación de las reglas para el desarrollo biológico, económico y cultural de la comunidad) y de la “forma republicana de

gobierno” (división del poder, participación y elección de los gobernantes por intermedio del cuerpo electoral). Los DDFF son resultado de la participación política y la concreción normativa institucionalizada, y pueden caracterizarse como “fragmentos de la soberanía” (soberanía popular + republicanismo).

#### Derechos fundamentales, derechos subjetivos

Los derechos son derechos subjetivos porque enlazan al ser humano (sujeto de Derecho). La CF, a partir de 1853, fue tajante con respecto a la centralidad de la persona humana: cabecera del sistema de derechos. El hombre se constituyó en el centro del universo del mundo jurídico constitucional en Arg. a partir de su fundación jurídica (antropocentrismo constitucional). Los DDFF, al igual que el sistema jurídico, son un artificio del cual se sirve el hombre como tecnología de control social. Son subjetivos porque son atribuidos a los sujetos por el sistema jurídico. Si no están conferidos ni son deducibles de él, se trata de derechos morales que quedarán en estado gaseoso, hasta que el ente soberano configure el correspondiente enunciado normativo. Las garantías, al igual que los derechos, también pueden ser implícitas, pero deben poder ser deducibles del sistema (interpretación). Los DDFF, en sentido jurídico constitucional, son conferidos a los sujetos por el Estado y operan ante él y el resto de los habitantes (bifrontes/ambivalentes), y suponen una obligación correlativa del Estado o los particulares (hacer u omitir). El derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, sólo queda fijado si el deber del sujeto pasivo en cuestión puede ser exigible jurisdiccionalmente: el derecho valdrá exactamente lo que valgan sus garantías.

#### Abstenciones y prestaciones

Los derechos pueden existir antes de la constitucionalización jurídica, pero la positividad (su validez jurídica/normatividad) la adquieren a partir de su regulación. No hay DDFF fuera del sistema de la CF: hay derechos constitucionales y derechos legales, pero la fundamentalidad sólo es atribuible a los normados en la CF. En el lenguaje constitucional, los DDFF involucran acciones humanas: abstenciones (facultades: facultad de la persona a que nadie se entrometa en su libertad, o a realizar su propio plan de vida) y prestaciones (expectativas: envuelven ciertos deberes del Estado, cuya expectativa la persona aguarda con esperanza).

## **LECCIÓN 5º**

### **MANIFIESTO S/ESTADO CONSTITUCIONAL : MANCOMUNIDAD ESTATAL.**

#### APERTURA

Afirmación capital

---

“Estado constitucional” es todo ente que congrega en su composición dos elementos constituyentes naturales (territorio y población) y dos elementos constitucionales no naturales (poder y Constitución).

Sistema u orden constitucional. Remisión.

---

Las constituciones pueden ser comprendidas como un “sistema”:

- Composición: 4 partes: 1) simples declaraciones; 2) derechos y deberes fundamentales; 3) el poder, su organización y control racional; y 4) reforma.
- Estructura: colección de sus enunciados normativos y no normativos.
- Entorno: método deliberado de producción normativa y regla de reconocimiento asumida.
- Mecanismo: garantías, procesos previstos por el propio sistema para perseguir la instrumentación de su autodefensa y la concreta posibilidad de su realización integral.

La Constitución, cuarto elemento del Estado

---

La constitución no es un ente mundano aislado, desempeña su tarea dentro del ente estatal: el propio modo en que se da, se presenta y relaciona, reglamenta y fundamenta al mundo de los elementos del Estado.

Los elementos del Estado siguen siendo el territorio, la población y el poder, pero tratándose de la arquitectura del poder y el deslinde (determinación de los límites) entre autoridad y ciudadanía, la Constitución se incorpora como 4to y nuevo elemento al sistema (elementos físicos, humanos y políticos + elementos jurídicos/normativos).

## ORÍGENES DE LA ASOCIACIÓN

Uno y el universo

---

Todos los artefactos y organismos requieren controles para mantener su ambiente interior. Los sistemas sociales también precisan controles para conjurar, evitar o reducir las cuestiones que se suscitan como consecuencia de la restricción de los intereses individuales generadas en la construcción/mantenimiento/cambio de la comunidad.

Etapas del desarrollo político social:

1. Hordas o bandas: comunidades pequeñas (cazadores/recolectores; -100p) ligadas por el nacimiento/matrimonio. Gobierno/Decisiones igualitarias; terreno compartido; No burocracia gubernativa/no monopolio de la fuerza ni de la información; resolución de conflictos informal.

2. Tribus: asentamientos fijos (+100/200p). Relaciones/clanes basados en el parentesco. Sistema social igualitario (sin linajes); No burocracia gubernativa/no monopolio de la fuerza ni de la información; no fuerza policial ni tributos ; resolución de conflictos informal.
3. Sociedades de jefatura: grandes sociedades (+10.000p). No emparentados por la sangre o el matrimonio. Toma de decisiones centralizada, de naturaleza hereditaria. Formas primitivas de burocracia gubernativa; sociedad estratificada; resolución de conflictos centralizada; monopolio de la fuerza ejercido por el jefe; tributos; información centralizada.
4. Estados primitivos: aldeas y ciudades (+50.000p). Toma de decisiones centralizada. Burocracia gubernativa; resolución de conflictos centralizada y formal por medio de normas y jueces; monopolio de la fuerza y de la información; sociedad estratificada; control de la tierra por terratenientes; tributos; división del trabajo; control o dominación como pieza trascendental del sistema.
5. Estados modernos/actuales: mayoría de las comunidades humanas actuales (+ numeroso sistema social inventado por el hombre). Organización/ordenación mediante el Estado: asociación política sofisticada; aparato de dominación económica; centralización del poder; discrecional manejo del ambiente/educación/salud/cultura; función de “control responsable de la paz”.

## EL ESTADO

### Generalidades

---

El Estado es el modelo de contención, agregación y asociación humana por excelencia. Si la Constitución es el fundamento del Estado, habrá Constitución si el ser humano como ciudadano tiene la posibilidad de titularizar y ejercer las libertades políticas. El poder del Estado nace y se sostiene en el poder individuado en cada uno de los ciudadanos que integran su pueblo. La libertad es el fundamento de la ciudadanía, porque sin ella resulta inimaginable el desenvolvimiento de la vida comunitaria.

La configuración del Estado constitucional queda a cargo del derecho de la Constitución: Estado y DC se encuentran unidos indisolublemente. La Constitución reserva para sí misma la exclusividad y primacía en el sistema de fuentes, siendo la fuente del derecho por antonomasia.

### Naturaleza del Estado. Definición.

---

Actualmente, la existencia de la ordenación comunitaria asume la forma institucional de Estado, pero no es una institución de derecho natural: no puede asegurarse su desaparición ni su existencia eterna (puede cambiar, o no, por otro entre en el futuro).

1513-Nicolás Maquiavelo: noción de Estado moderno, como núcleo de fuerza de mando o puro poder de dominación.

1900-Georg Jellinek (jurista alemán): el Estado es “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentado en un determinado territorio”. Es la “teoría tradicional”: el Estado se compone de 3 elementos: población, territorio y poder.

El Estado es un sujeto de derecho, integrado por ciudadanos y ciudadanas, máxima instancia conocida para realizar la organización política de la comunidad hasta nuevo aviso. Para llegar a ser un Estado debe poseer un orden jurídico organizado en sentido estricto, con un determinado grado de centralización y monopolio, una determinada “división del trabajo”, con órganos constituidos e instaurados para la creación y realización del derecho. La existencia o inexistencia de un Estado está determinada por el monopolio sobre la producción y realización jurídica y el alto grado de centralización sobre la creación. La comunidad social apodada “Estado” solo puede quedar efectivamente constituida por intermedio de un sistema u orden normativo.

“Estado” es una comunidad de individuos que comparten cierta vocación de unidad social es un determinado espacio territorial, cuya integración comunitaria observa un importante grado de organización política. Sus posibilidades de gobernación pueden alcanzarse por intermedio de un orden jurídico, cuyo contenido fundamental se expresa en la Constitución del Estado. El Estado constitucional pretende articular la estabilidad y perdurabilidad del poder público y su control con la seguridad e igualdad de los derechos. Aunque el monopolio de la fuerza descansa en el Estado, se intenta racionalmente que las relaciones entre las personas y las de estas con el Estado se desarrollen dentro de un orden de convivencia pacífica.

#### Elementos naturales del Estado

---

##### La población

La población (o pueblo) constituye el elemento humano del Estado. El Estado constitucional, producto de la libertad de los individuos y a su servicio, constituye el único instrumento de “pacificación realmente factible”. “Pueblo” determina a la población con derechos políticos (incluso extranjeros). No es factible la existencia de un orden jurídico constitucional sin sujetos o individuos a quienes se dirijan sus normas. Cada individuo es titular de un poder soberano, cuya estructura paradigmática da lugar a un ente colectivo, una comunidad, un nuevo sujeto: Estado. La asociación gradual de esa soberanía individual genera la soberanía del pueblo, construida por sujetos “iguales en libertad”, ofreciendo como resultado al Estado constitucional. “Población” define a un conjunto de personas que integran la sociedad, en un momento determinado. En el caso de Argentina, nacionales y extranjeros.

Germán Bidart Campos: para los argentinos, la CF identifica “nacionalidad política” (vínculo “jurídico de pertenencia” de las personas a una “concreta colectividad humana”, por “ius soli”, “ius sanguinis” o “ius domicilii”) con la ciudadanía (cualidad jurídica del hombre determinada por el ejercicio de derechos políticos).

Ciudadanía hace referencia al contenido jurídico participativo ligado a la pertenencia de la persona o individuo a la colectividad humana o comunidad (ej: sufragio). El ciudadano individual construye y mantiene el Estado. “Ciudadano” es toda persona que se encuentra sometida a un orden jurídico y participa de su desarrollo o formación, siempre que se acepte su leal acatamiento y se encuentre dispuesto a su cumplimiento. La ciudadanía no sólo comporta derechos, sino también obligaciones: respetar la ciudadanía del otro.

### El territorio

El poder público debe desarrollarse en un ambiente específico y determinado. En la dogmática sobre el Estado constitucional, la tierra constituye el “escenario” en el que se despliega o son susceptibles de desplegarse los poderes de las autoridades que ordenan la vida misma de la comunidad de ciudadanos que allí se asienta (margen de acción de un Estado). Fase Negativa: otro Estado no tiene influencia dentro de su territorio. Fase Positiva: dentro de ese espacio, el Estado dicta sus reglas.

Constitucionalmente, “territorio” comprende a la tierra o espacio en el que se edifica la comunidad estatal, el espacio físico en el que se asienta la población o pueblo. El monopolio de la fuerza/centralización de la producción jurídica exige un escenario territorial para desarrollar su apropiada realización. El territorio comprende: suelo, subsuelo, espacio aéreo, “espacio en el mar” a partir del litoral marítimo.

### Elementos no naturales del Estado

---

### El poder

Para construir y mantener jurídicamente a esa personalidad colectiva apodada “Estado”, inevitablemente unos hombres tendrán que dar órdenes, encontrarse facultados para mandar con atribuciones suficientes, y otros deberán obedecerlas.

“Poder” se entiende como competencia atribuida a órganos del Estado en los que reside la capacidad para mandar o la facultad para dar órdenes, generar permisos o instalar prohibiciones; cuestión fundamental en el derecho de la Constitución que ordena al Estado. No es natural porque el poder no encuentra fundamento suficiente en el mundo de la naturaleza, siendo una influencia inventada por el hombre para determinar la vida asociada de los hombres. El poder es la clave elemental para comprender el mundo comunitario estatal, y debe ser/estar: distribuido; regulado; limitado; accesible; predecible; eficaz; controlado.

En el Estado constitucional, el poder de los órganos asume dos formas:

- Poder constituyente: poder de instauración de la 1º Constitución o el que la reforma. Su función es la de configurar e instaurar el DC. Es “originario” cuando se lo ejerce en la etapa de la fundación o de organización primigenia del Estado por intermedio de la Constitución. Es “derivado” cuando se lo ejerce para reforma de la regla jurídica básica del Estado.

- Poder constituido: todo poder conferido y reglamentado por disposiciones jurídicas en vigencia (P. Ejecutivo; P. Judicial; P. Legislativo). Su función es gobernar de acuerdo con las reglas de la Constitución, no generarlas.

### La Constitución

Macrocombinación de reglas dirigidas a organizar el poder del Estado y las relaciones jurídicas de los ciudadanos.

### REGLAS CONSTITUCIONALES INACABADAS O DE REALIZACIÓN PROGRESIVA QUE FUNDAMENTAN AL ESTADO

#### Raigambre constitucional

---

El “artefacto constitucional” puede ser comprendido como la raíz de un sistema jurídico, porque toda la construcción jurídica de una comunidad estatal, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar sustentada o fundamentada por el propio derecho que emana de la Constitución: la Constitución da lugar a la ordenación del sistema jurídico, es la base que sirve como fundamento sobre el cual todos los objetos jurídicos de los siguientes niveles inferiores se ordenarán o se constituirán.

#### Razón constitucional

---

Luego de la fundación o instauración constitucional (momento constituyente originario), su sistema normativo será el propio fundamento para validar todo el desarrollo de la vida en la comunidad estatal. “Fundamentos constitucionales”, en referencia a su razón, porque la validez jurídica de todo el derecho de una comunidad queda o debe quedar explicada o “fundamentada” por el propio derecho que emana de la Constitución. La arquitectura del interior del Estado, la razón para su existencia, encuentra fundamento en la Constitución.

#### Enumeración de las reglas

---

La fundamentación constitucional del Estado se cumple o puede cumplirse por intermedio de 4 principios o reglas, ninguna de las cuales posee una realización absoluta, por lo que son reglas “inacabadas” o reglas de realización progresiva o relativa, ya que por su intermedio se pretende fundamentar la regulación del Estado o la limitación de su inherente poder.

Son “materiales estructurales”, “pilares” o “elementos de la arquitectura del interior del Estado”:

1. Regla sobre la subordinación.
2. Regla sobre la variación. Cambio formalizado. Reforma y enmienda.

3. Regla sobre la distinción de funciones. Distribución horizontal y vertical del poder.
4. Regla sobre la acción. Derechos y deberes fundamentales.

### REGLA SOBRE LA SUBORDINACIÓN

DC (especial combinación de reglas) y Estado (entidad de dominación y asociación de hombres asentados en un territorio determinado, con vocación de permanencia, cuya cabecera de la ordenación jurídica se encuentra ocupada por el derecho emanado de la Constitución) no son entidades equivalentes, pero sí inextricablemente vinculadas. El concepto de Constitución determina o subordina la noción de Estado.

Subordinar significa precisar argumentos que hagan factible que el Estado quede bajo la sujeción, orden, mando o dominio del derecho que emana del sistema constitucional. La Constitución es el único “artificio fundamental” inventado hasta el momento para lograr cierta regulación, determinada limitación y específicos controles del poder del Estado.

Toda la actividad del Estado queda subordinada a la CF a través de 3 reglas:

- Supremacía normativa de la Constitución: la Constitución es la norma que fundamenta la totalidad del orden jurídico, “suprema” porque no tiene superior en su línea, nada existe por encima de ella. Existirán en el ordenamiento normas de diverso rango, y el único modo conocido para mantener su unidad exigirá que todas se reduzcan a la “unidad” de criterio prescrito por la Constitución, sólo posible si existe una norma de la cual deriven su normatividad todas las otras normas. Los tratados son complementarios y no podrían tener la jerarquía que tienen si se contradijeran con la CF, por lo que su inclusión no debilita la supremacía de la CF (la cual depende del control de constitucionalidad).
- Control de constitucionalidad: la idea de una Constitución duradera está íntimamente asociada a sus garantías, en especial la interpretación por la vía del control y la reforma constitucional. Las reglas constitucionales no son tan específicas ni tan sintéticas como el resto de las disposiciones del sistema jurídico, por lo que su correcta aplicación requiere de interpretaciones (lectura del texto asignando sentidos a las disposiciones que lo integran). El control de constitucionalidad es el fragmento más importante de la interpretación, ya que dicho control es una delegación predisuelta por el pueblo en el pacto original. Controlar la constitucionalidad constituye una tarea obligada para todos los servidores públicos, aunque suele reservarse a la jurisdicción. La “garantía de la constitucionalidad” es el “mecanismo” del sistema constitucional cuyo adecuado funcionamiento proporciona la posibilidad de que ella se mantenga como fundamento supremo del orden estatal, al respaldar la estructura jerárquica de este y consagrar la subordinación del Estado al derecho de la Constitución. Nuestro control de constitucionalidad no busca la pureza del sistema,

sino proteger derechos. Se prioriza el cumplimiento de la CF. Dos sistemas: “concentrado”, por Tribunal Constitucional, donde los efectos son para todos (“erga omnes”) y la norma inconstitucional es derogada (europeo); “difuso”, cualquier juez puede verificar la inconstitucionalidad, el efecto no es extensivo (“inter partis”) y no se deroga la norma (argentino, excepto Bs. As.: “mixto”).

- Principio de juridicidad: sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar. Los ciudadanos o los poderes públicos constituidos determinan su conformidad (por acción u omisión) a los parámetros de validez estipulados por la Constitución. Según un criterio “absoluto”: el mundo del derecho confiere cualidad jurídica a todo el universo de entes, abarca todo el mundo, incluso el sector o fragmento en el que no existen prohibiciones, obligaciones o permisiones expresas. El Estado resulta un ente onisciente, omnipresente y omnipotente que inviste e informa de juridicidad propia a toda la realidad. Según un criterio “relativo”: se distingue un mundo sin reglas jurídicas, extraño al mundo del derecho y sin propiedad jurídica, y otro con reglas, inherente y determinado por el propio mundo del derecho. Todo el universo que no es objeto de determinación jurídica queda reservado a la guía suministrada por la conciencia de cada individuo.

### REGLA SOBRE LA VARIACIÓN

Apunta a las condiciones bajo las cuales se puede reformar la Constitución. La idea es que sea reformada lo menos posible, intentando primero adaptarla por la vía de la interpretación. Llegado el momento en que la Constitución quede desfasada y no haya interpretación posible, entra en juego la reforma. En la Argentina, está prevista en el art. 30 CF (el cual tiene lagunas que dan lugar a distintas interpretaciones sobre las condiciones de la reforma, especialmente sobre la validez de la reforma y sobre qué órgano puede declarar la invalidez).

Art. 30 CF: la CF puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. Condiciones:

1. Iniciación: en el Congreso por Declaración de Necesidad de Reforma. Puede iniciarlo cualquiera de las cámaras (la que lo haga será “cámara de origen”), y debe ser aprobado por las  $\frac{2}{3}$  partes (no definido si del total o de los presentes, aunque la reforma de 1949 se declaró nula por ser aprobado por las  $\frac{2}{3}$  partes presentes). Se llama “Declaración” y no “Ley” porque de esta manera se veta la participación del Poder Ejecutivo. Deben establecerse: puntos a reformar; plazo de sesión de la Convención Constituyente; n° de integrantes de la Convención reformadora; elección para que el pueblo los elija.
2. Debate público: el pueblo vota y elige a la Convención Constituyente (voto directo).
3. Creación constitucional: la Convención Constituyente ejerce el poder constituyente (derivado), resolviendo si la reforma es necesaria o no. De llevarse a cabo, se publica en el Boletín Oficial.

Según Bidart Campos: hay cláusulas pétreas, partes de la CF que no pueden reformarse. Según Ekmekdjian (profesor de Derecho): no cree que haya cláusulas pétreas, pero sí derechos que deben asegurarse. Según Ferreyra: hay partes sustanciales, de querer cambiarlas se llevaría a cabo una revolución y sería el nacimiento de un nuevo Estado, con su propia Constitución o sistema. Hay 2 límites para la reforma:

- Formal: procedimientos que deben seguirse.
- Material: partes que no pueden reformarse de querer continuar con el mismo Estado.

### REGLA SOBRE LA DISTINCIÓN

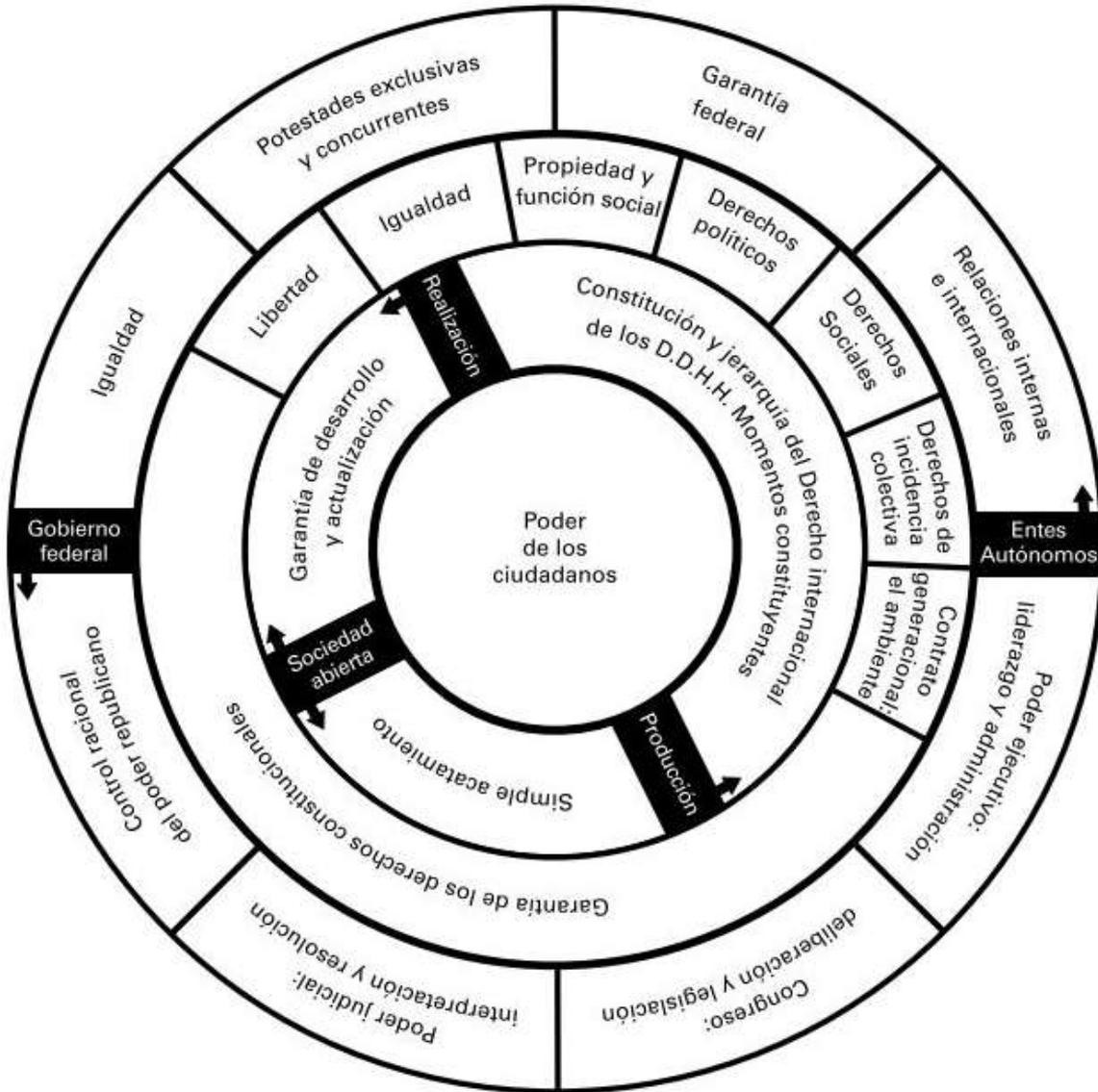
Refiere a la división de poderes (horizontal y vertical):

- División vertical: entre Estado Federal y Estados locales. Art. 121 CF: las provincias conservan todo el poder no delegado al Estado Federal, el cual sólo detenta los poderes delegados (que igualmente pueden ser ejercidos por los Estados locales de manera concurrente).
- División horizontal: dentro del mismo Estado Federal (P. Ejecutivo, P. Legislativo, P. Judicial). Funciona como un sistema de frenos y contrapesos.

### REGLA SOBRE LA ACCIÓN

Los DDFP van a servir como guía de acción para los poderes constituidos: marcan cómo deben comportarse (acepción “fuerte” de “el Derecho es la razón de la fuerza”).

## ESQUEMA DE ORGANIZACIÓN DE LA ENSEÑANZA



---

“MANUAL DE LA CONSTITUCIÓN REFORMADA” — GERMÁN BIDART CAMPOS

## **TOMO I — CAPÍTULO X**

### **LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD JURÍDICAS**

#### LA LIBERTAD COMO DERECHO DE LA PERSONA HUMANA

La forma de Estado democrática consiste, fundamentalmente, en el reconocimiento de la libertad. El “deber ser” ideal del valor justicia en el Estado democrático exige adjudicar al hombre un suficiente espacio de libertad “jurídicamente relevante” y dotarlo de una esfera de libertad tan amplia como sea necesaria para desarrollar su personalidad.

Los contenidos de la libertad jurídica

---

Comporta diversos aspectos:

- “Status personal” del hombre como “persona jurídica con capacidad de derecho”.
- “Poder de disposición” susceptible de producir “efectos jurídicamente relevantes”.
- “Área de intimidad” donde la libertad inofensiva y neutra para terceros no sufra la interferencia arbitraria del Estado (art. 19 CF).
- Principio básico a favor del hombre: “todo lo que no está prohibido está permitido”.

El área de intimidad y la zona de permisión no son extrajurídicas ni ajurídicas, sino espacios jurídicamente relevantes (el Derecho los protege). La libertad como pauta genérica aparece en el Preámbulo como uno de los fines del Estado (“asegurar los beneficios de la libertad”).

La libertad física

---

La “libertad corporal o física” es el derecho a no ser arrestado sin causa justa y sin forma legal (aun quienes padecen privación legítima de su libertad tienen derecho a que no se agrave su situación con restricciones ilegítimas). Apareja la “libertad de locomoción”, vinculada también con la “libertad de circulación”.

Protegidos en:

- Art. 14 CF: derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio.
- Art. 17 CF: ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley (propiedad, bienes).
- Art. 18 CF: nadie puede ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente.
- Hábeas corpus: garantía que protege la libertad corporal o física.

## La libertad de intimidad

---

Presupone la tutela jurídica de la “vida privada” (“right of privacy”).

Dada por:

- Art. 19 CF: deja reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados las acciones privadas que de ningún modo ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a terceros.

La intimidad sería la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de terceros (aunque conductas/situaciones que pueden ser advertidas por terceros admiten refugiarse en la intimidad cuando hacen esencialmente a la vida privada), y la privacidad sería la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañen a otros) por más que se cumplan a la vista de los demás (“zona de reserva personal”). El derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas (integridad corporal, imagen), y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas.

## El sentido personalista de la intimidad

---

La intimidad/privacidad incluyen las “conductas autorreferentes”: las que sólo se refieren y atañen al propio sujeto autor, sin proyección/incidencia dañina directa a terceros. Ejemplos:

- Elección del plan personal de vida.
- Objeción de conciencia por razones morales o religiosas.
- Preservación de la propia imagen.
- Control y disposición de los datos personales.
- Derecho a la identidad personal.
- Derecho a ser “diferente”.
- Consentimiento para donar órganos.
- Negativa a someterse a terapias por objeción de conciencia.
- Elección del tipo de medicina/terapia/medicación.

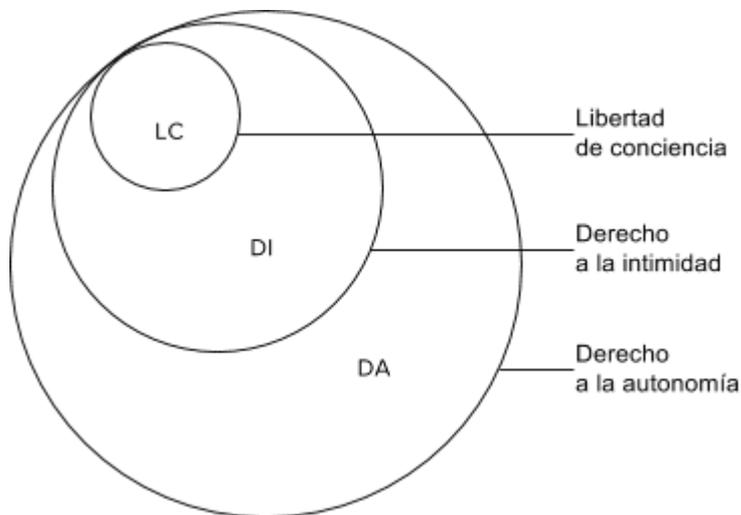
## Las proyecciones de la libertad de intimidad

---

Vinculada con ciertos aspectos de la “libertad religiosa”, especialmente la “libertad de conciencia”.

También relacionada con el derecho “al silencio” (faz negativa del derecho a la libre expresión) y “al secreto”. Ambas implican la facultad de reservarse ideas, sentimientos, conocimientos y acciones que el sujeto no quiera dar a conocer. Otras asociaciones: “secreto profesional” y “secreto fiscal”.

Proyectada a la “inviolabilidad de domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados” (art. 18 CF: una ley determinará en qué casos y con qué justificativos puede procederse a su allanamiento y ocupación. Según la Corte, la única autoridad competente es la judicial).



## La “juridicidad” de la intimidad

---

El área de intimidad, como parte del der. de libertad, es “jurídica”. Cada vez que el P. Judicial le depara tutela se demuestra que se preserva un “bien jurídico amparado por el derecho”.

## Los tratados internacionales

---

La libertad de intimidad se halla enfocada en el “PSJCR” (art. 11) y en el “PIDCP” (art. 17) cuando disponen: nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. Similarmente, la “Convención sobre los Derechos del Niño” (art. 16) obliga al Estado a respetar y preservar la identidad de los menores.

## El derecho a la identidad personal

---

Derecho hacia el modo personal del hombre a vivir “su” vida, su verdad personal, de “ser uno mismo” frente a los otros. Se alude a lo somático, espiritual, ideológico, profesional, religioso que construyen la “imagen” que la identidad personal proyecta ante los otros.

Se correlaciona con el derecho “a la diferencia” o a “ser diferente”. Expresado en art. 75.15 CF en relación a los pueblos indígenas argentinos, en los TIDH que contienen normas sobre las minorías, y en las convenciones sobre discriminación racial, de la mujer, genocidio y tortura.

## El hábeas data

---

Art. 43 CF: por acción de amparo, protege aspectos fundamentales de la intimidad, privacidad e identidad en relación con la “libertad informática” y los “registros/bancos de datos”.

## LA IGUALDAD JURÍDICA

### Su concepto

---

Del derecho a la libertad se desprende la “igualdad”. Todos los hombres participan de una “igualdad” elemental de status en cuanto “personas jurídicas”: “igualdad civil”, consistente en eliminar “discriminaciones arbitrarias” entre las personas (con suficiente razonabilidad y justicia: la igualdad no significa igualitarismo, igualdad “formal” vs. igualdad “material”).

La igualdad elemental que consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos requiere de algunos presupuestos de base:

- Que el Estado “remueva los obstáculos” sociales, culturales, políticos, sociales y económicos que limitan “de hecho” la libertad y la igualdad de los hombres.
- Que se “igualen las posibilidades” de los hombres para su desarrollo integral.
- Que se “promueva” el acceso efectivo al goce de los derechos personales de las 3 generaciones por todos los hombres y sectores sociales.

Art. 16 CF: igualdad “ante la ley” (satisfecha en parte con el reconocimiento implícito de la “libertad jurídica” a todos los hombres, y con la abolición expresa de la esclavitud). Suprime las “prerrogativas de sangre o de nacimiento”, los “títulos de nobleza” y los “fueros personales”, declara que todos los habitantes son admisibles en los empleos sin otra condición que la “idoneidad”, y que la igualdad es la base del impuesto/cargas públicas.

“Igualdad civil” se traduce en el reconocimiento uniforme de los “derechos civiles” a todos los habitantes (art. 14 CF), incluidos los extranjeros (art. 20 CF).

Reforma de 1994: el art. 75.23 CF adjudica al congreso la competencia obligatoria de “legislar y promover medidas de acción positiva” (“discriminación inversa”) que garanticen “la igualdad real de oportunidades y de trato” (particularmente dirigidas a niños, mujeres, ancianos y discapacitados; y a los pueblos indígenas argentinos en el art. 75.17 CF). El art. 37 consagra la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres con respecto a los derechos políticos, y el art. 38 manifiesta el pluralismo democrático de los partidos políticos.

La igualdad ante la ley: su insuficiencia - La plenitud de igualdad jurídica

---

Ante la cuestión de una misma ley interpretada de modo opuesto por tribunales distintos en circunstancias similares: podría decirse que ambos casos han sido resueltos bajo la “misma ley” de “modo desigualitario”. Podría alegarse la “vulneración de la igualdad” y utilizarse el recurso extraordinario para así obtener una decisión que proporcione uniformidad a la jurisprudencia contradictoria. Pero nuestro DC material no acepta este criterio: la jurisprudencia de la CSJN tiene establecido de manera uniforme que la desigualdad derivada de la existencia de fallos contradictorios no viola la igualdad, únicamente resultado del ejercicio de la potestad de juzgar atribuida a los diversos tribunales, que aplican la ley conforme a su criterio (la desigualdad inconstitucional debe provenir del texto mismo de la norma, no de la interpretación que hacen los jueces según las circunstancias de cada caso).

Categorías sospechosas

---

La CSJN, inspirada en la jurisprudencia de su par de EEUU, estableció que las distinciones que el estado realice entre las personas dirigidas a justificar un trato diferente y que estén basadas en criterios tales como la nacionalidad o el sexo, se presumen inconstitucionales por violar el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el art. 16 CF. Esa presunción en contra de la categoría o criterio escogido sólo podrá ser superada por el estado si éste demuestra la existencia de un interés estatal urgente que justifique en forma excepcional la aplicación de esa categoría que, en el lenguaje del tribunal de EEUU, se ha calificado como “sospechosa”. El examen que proponen ambas Cortes Supremas es conocido como el test de “escrutinio estricto” y pone en cabeza del estado, con el fin de derribar esa presunción, la carga de justificar el trato diferente exigiéndosele que demuestre que no está violando el principio de igualdad constitucional. La persona afectada, asimétricamente, tiene la prerrogativa de no tener que argumentar que ha sido afectado su derecho constitucional a la igualdad de trato ante la ley, pues en el caso de tratos diferentes fundados en categorías sospechosas, se presume que la afectación existió por el sólo recurso a un criterio de esas características.

## Fallo Gottschau

---

"Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo" - CSJN - 08/08/2006: "El Tribunal debe resolver si el requisito de nacionalidad argentina, que la norma local establece -según el a quo- para concursar al cargo de secretario de primera instancia, es compatible con la igualdad que aparece tutelada en los arts. 20 y 16 de la Ley Fundamental de la Nación."

"Esta Corte ha resuelto recientemente que, cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el "origen nacional" -como sucede en el sub lite- corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar (conf. causa "Hooft" , Fallos: 327:5118, considerando 4º y sus citas)."

"Después de señalar la inversión del onus probandi que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquella sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (sentencia in re "Hooft", considerando 6º)."

"Es evidente que el Tribunal ha adoptado, para casos como el sub lite, un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad. Este último, que funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa. Aquí se requiere aplicar un escrutinio más severo, cuyas características esta Corte ha indicado en el precedente citado."

"Corresponde hacer lugar al recurso de la apelante y declarar la inconstitucionalidad, en el caso, de la norma local que impone el requisito de la nacionalidad argentina para concursar al cargo de secretario de Primera Instancia en los Juzgados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires."

## **TOMO II — CAPÍTULO XXIII** **LOS DERECHOS POLÍTICOS**

### EL RÉGIMEN ELECTORAL Y LOS DERECHOS POLÍTICOS

Su encuadre interrelacionado

---

#### Régimen electoral y los partidos con:

- Status de los habitantes, creación, funcionamiento y reconocimiento de los partidos políticos, regulación de los derechos políticos y electorales: parte dogmática.
- Funcionamiento del poder y las relaciones con sus órganos, dinámica del propio Estado y del gobierno: parte orgánica.

Los derechos políticos, los partidos y el régimen electoral son actualmente un ingrediente constitutivo del sistema democrático.

#### Los derechos políticos

---

Los derechos políticos son tales cuando, únicamente:

- Son conferidos a “ciudadanos” o “entidades políticas” reconocidas como tales.
- No tienen ni pueden tener otra finalidad que la política (participación del gobierno; no todos los derechos van a dar igual participación o compromiso).

La democracia participativa: no se agota en el derecho de sufragio, sino que su legitimidad se extiende a todo el proceso electoral. Allí se inserta también el protagonismo político de las personas y de las agrupaciones.

Los derechos estrictamente políticos (ej: sufragio) pueden quedar reservados solamente a los ciudadanos, pero la participación política no se reserva al cuerpo electoral/ciudadanos. También quienes no titularizan derechos electorales pueden pretender participar por vías informales para defender sus intereses ante los órganos de poder, y ejercer muchos de sus derechos civiles con fines políticos (art. 14 CF: petición, reunión, expresión, asociación). En cuanto a la justiciabilidad y legitimación procesal, todo el proceso electoral debe ser susceptible de control (por parte de los partidos y por vía idónea de acceso a la justicia).

Art. 23 PSJCR/Art. 25 PIDCP: todos los ciudadanos deben gozar del derecho/oportunidad de participar en la dirección de los asuntos públicos (directamente o por representantes), de

votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas (sufragio universal/igual/por voto secreto), y de tener igual acceso a las funciones públicas de su país.

El poder del Estado y la designación de los gobernantes: es un poder “total” porque al ser “de” toda la sociedad y “para” toda la sociedad, surge la “participación de toda la sociedad”.

Un régimen electoral de sufragio universal, con proceso electoral legítimo, abre el acceso al poder de acuerdo a la ley y no por la fuerza. La “legitimidad de origen” depende del acceso al poder mediante el mecanismo electoral previsto en la CF.

## LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN MATERIA DE DERECHOS POLÍTICOS

### El artículo 37 y el derecho electoral

---

Se trata de una norma nueva, porque el texto de 1853-1860 no contenía dispositivos explícitos sobre los derechos políticos. Garantiza/Establece:

- Pleno ejercicio de los derechos políticos (no circunscritos al sufragio, sino que se desplazan hacia otros aspectos en el derecho de “iniciativa legislativa” y en la “consulta popular”).
- Sufragio universal, igual, secreto y obligatorio.
- Acciones positivas para lograr la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios.

## EL DERECHO ELECTORAL

Tiene 2 sentidos:

- Objetivamente: regula la actividad electoral en cuanto a sujetos (cuerpo electoral, activo/pasivo), objeto (designación de gobernantes, decisiones políticas sobre las que se recaba opinión), sistemas (territoriales/personales de distribución del electorado, forma de votar, cómputo/control de votos, asignación de cargos, resultados).
- Subjetivamente: designa la potencia de determinados sujetos para votar/ser elegidos (cuáles son los sujetos que tienen derecho político de sufragio -activo-/de ser elegidos -pasivo-, qué garantías para ejercer tales derechos les están deparadas).

### El derecho electoral objetivo

---

El cuerpo electoral: conjunto de personas que componen el “electorado activo”, y que por esto disfrutan del “derecho de sufragio”.

Los extranjeros: gozan de los mismos derechos civiles de los ciudadanos, pero no necesariamente de los mismos derechos políticos. Para componer el “electorado activo” deben adquirir la “ciudadanía” (por naturalización). Aunque la CF no les confiere directamente derechos políticos, tampoco prohíbe que la ley se los reconozca.

Los ciudadanos no habitantes: los ciudadanos residentes en forma efectiva y permanente fuera del territorio son electores y pueden votar en las elecciones federales.

El electorado pasivo: individuos que tienen capacidad política para “ser designados”. La CF formula normas propias para los distintos órganos de poder.

El derecho electoral subjetivo

---

El sufragio: “función” política de naturaleza electoral y carácter individual (función personal -no estatal- que cumple cada uno de los sujetos con derecho electoral activo).

El electorado pasivo: investidos de un derecho “en expectativa” a ser elegidos o designados, con derecho a no ser proscriptos o no ver bloqueada su postulación por medidas arbitrarias. Los partidos tendrán el deber y responsabilidad de seleccionar a los candidatos que se postulan conforme a su idoneidad técnica y ética o moral.

## LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Su encuadre antes de la reforma constitucional de 1994

---

La constitucionalización formal de los partidos políticos data de la reforma de 1994, antes existían en la constitución material (der. judicial de la Corte y legislación infraconstitucional).

La naturaleza constitucional de los partidos

---

Fisonomía de los partidos políticos:

- Políticamente: sujeto auxiliar del Estado (o del poder).
- Jurídicamente: persona jurídica de derecho público “no estatal”.

Compuestos por:

- Hombres en calidad de afiliados o miembros.
- Ideología política (amplia y general para abarcar un panorama político de conjunto).
- Fin político (influencia o gravitación política).

## LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN MATERIA DE PARTIDOS POLÍTICOS

### El artículo 38 y las pautas garantistas para los partidos políticos

---

Establece que “los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático” (fundamentalidad del sistema partidario y su integración en y para la democracia).

Directrices:

- Libertad para su creación y sus actividades.
- Representación de las minorías (en su estructura interna).
- Competencia para postular candidaturas a cargos públicos electivos.
- Acceso a la información pública/difusión de sus ideas.
- Contribución estatal a su sostén económico (actividades/capacitación de dirigentes).
- Obligación partidaria de dar a publicidad el origen/destino de sus fondos/patrimonio.

### La competencia partidaria para postular candidatos

---

El Estado debe garantizar a los partidos una competencia interna entre afiliados que aspiran a ser candidatos (“hacer” competencia), y no puede prohibirse la postulación partidaria de candidaturas para ofrecer al electorado (“tener” competencia).

El monopolio de las candidaturas por los partidos: no varió mucho con el art. 38 CF, el cual garantiza a los partidos la facultad de postular candidatos, pero no prohíbe que la ley arbitre razonablemente un sistema ampliatorio que adicione la posibilidad de candidaturas no auspiciadas por un partido.

### El sistema de partidos, más allá de los artículos 37 y 38

---

Art. 54 CF: eleva a 3 senadores el número que se elegirá en cada provincia y en la ciudad de Bs. As., estipulando que corresponderán 2 bancas al “partido” que obtenga el mayor número de votos, y la restante “al que le sigue” en número de votos. Conforme a este artículo, la competencia para postular candidatos a senadores es “propia y exclusiva” de los partidos políticos, pero con una fisonomía pluralista (mixtura de “partido mayoritario-oposición”). El senado, como órgano tradicionalmente representativo de las provincias, acopla una definida “representación partidaria”.

Ley 26.571: democratización de representación política, transparencia y equidad electoral. Se dispuso un mínimo de representación del padrón por la fragmentación partidaria (4x1000 de afiliados, sin el cual pierden la personería jurídica); igualdad condiciones de ser elegidos (30% mujeres, intercalación x género); incorporación de las PASO.

## LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LOS NUEVOS DERECHOS POLÍTICOS

Las formas semidirectas

---

Arts. 39 y 40 CF: incorporan 2 formas semidirectas de participación política en materia de derechos políticos: la “iniciativa legislativa popular” y la “consulta popular”.

La iniciativa popular para proyectos de ley

---

Art. 39 CF: “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 12 meses”.

Algunas cuestiones:

- No cualquier ciudadano puede presentarla, hay requisitos. La cámara de origen deberá ser la Cámara de Diputados.
- El Congreso tiene la obligación de dictar la ley reglamentaria para su ejercicio.
- Requería un 3% de firmantes del padrón, reducido al 1,5% por Ley 24.747 (representado por un mínimo de 6 distritos electorales, salvo que sea regional).
- Ni la CF ni la ley prevén qué ocurre si el Congreso no se expide en el plazo de 12 meses.

No incluye asuntos referidos a: reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

La consulta popular

---

Art. 40 CF: “el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación (...) podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular”.

Los poderes constituidos quieren tomar una decisión y consultar al pueblo. La consulta sólo admite “sí” o “no” como respuesta.

Dos clases de consulta:

- Vinculante: iniciativa perteneciente a la Cámara de Diputados con el objetivo de someter un proyecto de ley al veredicto del pueblo.
- No vinculante: competencia de decisión convocatoria tanto del Congreso como del presidente, cuyo resultado no necesariamente debe ser reflejado por los representantes. El Congreso (diputados o senadores) puede convocar a consulta para averiguar la opinión del electorado sobre una materia de su competencia; el presidente puede hacerlo cuando tiene que adoptar una decisión en su esfera funcional.

No se aclara si hay materias sustraídas, pero puede suponerse que las 5 materias que no pueden ser objeto de iniciativa popular tampoco pueden serlo de consulta popular.