

## **TEORIA CONSTITUCIONAL – DR. WALTER CARNOTA**

### **PRIMER PARCIAL**

**UNIDAD 1: “LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL”** – Derecho constitucional. Su objeto. Relaciones con otras disciplinas. Método y técnicas constitucionales. Enfoques. El derecho constitucional como ciencia cultural.

**UNIDAD 2: “FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL”** – La constitución y su fuerza normativa. Concepto político y concepto jurídico. Validez y vigencia. Fuentes formales y fuentes materiales. El derecho judicial o jurisprudencia. Costumbre o derecho espontáneo. Derecho comparado. Doctrina. Derecho transnacional.

**UNIDAD 3: “INTERPRETACION CONSTITUCIONAL”** – La interpretación constitucional. Tipos de interpretación. Interpretación judicial. Problemas de la interpretación: ambigüedad y vaguedad. Integración constitucional. Modelos interpretativos. Jurisprudencia.

**UNIDAD 4: “CONCEPTOS DE CONSTITUCION”** – Conceptos de constitución. Clasificación y tipologías. Mutaciones constitucionales.

**UNIDAD 5: “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL”** – La supremacía constitucional. Relaciones entre el orden internacional y orden constitucional. El derecho internacional de los derechos humanos. El derecho comunitario y de la integración. Los tratados y las leyes. Ley y reglamento.

## UNIDAD 1 – LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

### EL TRIALISMO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional o derecho de la constitución es una parte del mundo Jurídico. Empleamos la locución “mundo jurídico” como equivalente de la voz “derecho”.

La palabra “derecho” origina, muchas veces, polémica, según la posición *iusfilosófica* que se adopte. En primer lugar, el debate se traba entre quienes dicen que el orden jurídico que no es justo, no es derecho; en tanto otros decimos que hay –o puede haber– un derecho que sea injusto, sin perder por eso su juridicidad.

En segundo lugar, hay quienes definen al derecho como un conjunto o sistema de normas, en tanto otros resaltamos en primer lugar al derecho como la realidad compuesta por conductas humanas en relación de alteridad social.

Con la locución *mundo jurídico* designamos, esquivando esa discusión, al fenómeno jurídico que nos resulta real y perceptible.-

*Mundo jurídico* es, entonces, una realidad a la que calificamos con los adjetivos de *humana y social*. Este mundo jurídico se integra o compone con *tres ámbitos*, dimensiones, u órdenes: el de las *conductas*, el de las *normas* y el del *valor*. Al primero lo llamamos **dimensión sociológica**; al segundo, **dimensión normativa o normológica**; y al tercero, **dimensión dikológica** (porque “*dike*” quiere decir “justicia”).-

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

#### **El orden de conductas, o dimensión sociológica**

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

Un reparto es, en el sentido más simple del término, una adjudicación o distribución.

¿De qué? ¿Qué es lo que se adjudica o distribuye en un reparto? Se adjudica *potencia e impotencia*. Potencia es, en una aproximación sumamente simplificada, todo lo que significa beneficio o ventaja. Impotencia es lo contrario: todo lo que significa una carga o un perjuicio. (Normativamente, a la “potencia” se la suele ver como *derecho*, y a la “impotencia” como *deber u obligación*).-

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

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

De alguna manera, retrocedemos a la vieja noción de que el derecho es “res” (cosa): “*ipsa res iusta*”, la misma cosa justa, según los escolásticos. Sólo que nosotros no exigimos que esa cosa

(que es conducta humana) sea necesariamente justa (puede ser injusta), bastándonos que tenga *dirección relacional al valor justicia* (o sea, que de ella pueda predicarse que es justa o injusta).

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

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

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

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

d) “Derecho positivo” equivale a “derecho vigente” (sociológicamente).-

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

### **El orden de normas, o dimensión normativa o normológica**

El *orden normativo* se compone de *normas*. La norma es la *captación lógica de un reparto por parte de un tercero neutral*. La norma describe conductas, y es un *ente lógico*.-

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

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

### **El orden del valor, o dimensión dicalógica**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **Unidad 1: la ciencia de derecho constitucional.**

### **Derecho constitucional. Su objeto:**

Determinar el objeto de su estudio del derecho constitucional tiene por finalidad, precisar la proporción del conocimiento que constituye el ámbito de su contenido y, por otro diferenciarlos de las demás disciplinas que estrechamente se relacionan entre sí.

Honrad Shesse ya hace tiempo estableció una visión en que el objeto del derecho constitucional ni puede ser “norma vacía de realidad”, ni “realidad vacía de normatividad”. En relación de norma y realidad, orden y poder, el derecho constitucional obtiene su mayor fuerza, pero también la más encarnizadas de su controversias doctrinales.

Para lograr su meta, nuestra disciplina debe partir de los clásicos en su busca de ese lenguaje, común y compartirlo, que nos permita superar la dualidad tan radical como imposible, entre el científico jurídico y pensador jurídico, comenzado por el propio Kelsen.

La lectura de Hobbes y Locke, Montesquieu, Rousseau o Kant, nos presenta la premisa de un constitucionalismo que, desbordado en la práctica mantiene viva su atracción ideológica correctamente puede afirmarse que el derecho constitucional tiene como objeto de estudio la instituciones políticas que constituyen o fundan el estado. Aquellas que establecen el aparato del gobierno estatal precisando el ámbito personal y territorial en el que se ejercen el poder estatal y regulan la organización y el funcionamiento de los órganos del aparato estatal, la relaciones de estos con los ciudadanos y la distribución territorial del poder (el objeto de la ciencia del derecho constitucional es el estudio de las instituciones políticas).

Dentro de este marco de análisis, una diferenciación que conviene tener es aquella que se distingue entre estructura constitucional y proceso constitucional, el primer concepto esta dado por el entramado normativo institucional en si mismo a la inversa el proceso constitucional se conecta estrechamente con la dinámica del poder político. También dentro de este derecho se ha propiciado establecer una porción dedicada a la parte dogmática de la constitución, mientras que otra gran área se ocupa de la parte orgánica. En realidad esta división responde a la sistemática de la mayoría de los textos constitucionales que exhiben un segmento dogmático (derecho subjetivo) y orgánico.(poder legislativo, ejecutivo y judicial)..

En consecuencia, el objeto de estudio del derecho constitucional comprende las instituciones políticas escritas como también las no escritas que organizan el estado y regulan el ámbito del poder y el derecho constitucional. Interesa destacar su tensión entre la norma y la realidad a la que se enfrenta.

#### **Relaciones con otras disciplinas:**

El sistema constitucional tiene una intima relación con las siguientes disciplinas: las ciencias políticas, el derecho administrativo, la economía política, la sociología, la historia, el derecho constitucional comparado, el derecho nacional e internacional de los derechos humanos, entre otros.

Todas ellas aportan a que nuestro sistema pueda ser concebido como una respuesta integral a la problemática que ofrece la materia de estudio.

Son múltiples relaciones que entablan el derecho constitucional con otras ramas del conocimiento científico:

**La economía:** es la manifestación del factor económico en el curso de la vida social, es permanente y gravita decisivamente sobre las instituciones políticas, tanto la constitución como la economía procuran satisfacer las necesidades del hombre. Muchos problemas políticos tienen una profunda raíz económica y viceversa. La relación entre el derecho y la economía en materia de regulación comercial, financiera, inversiones, de diversidad, bienes públicos y privados.

**Ciencias políticas:** es la encargada de estudiar la manera que se ejerce el poder y los fenómenos derivados del mismo.

En este orden de ideas el poder debe tener un sustento legal para poder ejercer en una sociedad democrática, por lo que es necesario que dicha potestad sea regulada por el derecho, el cual consiste en un sistema de normas, principio e instituciones que rigen de manera obligatoria el actuar Social del hombre, para alcanzar la justicia la seguridad y el bien común.

**Otras ciencias:** (sociológica, psicológica social, antropológica) aquellas escuelas que empujan el derecho constitucional al radio de acción de las ciencias políticas, hacen lo propio con esta disciplina de la conducta humana. Liniers Quintana, al bucear dentro de la escuela "conductismo político", se ubica en esta orientación desde una tesitura filosófica trilateralista que prioriza el sustrato de conductas contenidas en el llamado mundo jurídico, de que hay fluido contacto entre el derecho constitucional y la ciencia de la conducta.

**La historia:** los procesos históricos sirven para atender en parte el presente constitucional. El preámbulo de la constitución argentina habla del "cumplimiento de pactos preexistentes", y su factor responde que en parte al modelo histórico-tradicional, en la clásica tipología de Manuel García Pelayo. Se pretende buscar un aporte intermediario de esta ciencia al derecho por lo que no debe predicarse una dependencia de la historia constitucional ejemplo: la postura de los Estados Unidos la escuela de la "intención originaria de los padres fundadores" que propicia leer la constitución de Filadelfia de 1787 en el contexto de la época de sus autores. Una constitución está destinada al momento actual y al porvenir. Ello no impide atender a las enseñanzas de la historia, como se sabe, muchas veces tiende a repetirse.

#### **Métodos y técnicas constitucionales:**

**Metodología:** recibe el nombre de proceso metodológico el camino o conjunto de procedimientos que se debe ajustar estrictamente al investigado para aprender el objeto de su estudio por medio de su razonamiento.

Está compuesto por 3 etapas

- 1- técnicas metodológicas de investigación
- 2- enfoque metodológico
- 3- método propiamente dicho.

**Técnicas metodológicas de investigación:** la técnica de investigación es el procedimiento que se utiliza para obtener los datos de la realidad sobre los cuales, previa selección de ellos, se aplicaran al razonamiento.

#### **Técnica Cuantitativa- cualitativa**

Una primera clasificación que debe discriminarse son las técnicas cuantitativas de las técnicas cualitativas.

**CUANTITATIVA:** el primer caso es la obtención de la mayor cantidad de datos posibles referentes al dato que abordan. Modelos matemáticos o numéricos. Las técnicas cuantitativas se basan en matemáticas consisten en la obtención de datos o hechos para efectuar la comparación de las cifras resultantes. Con relación a la otra técnica merece ser destacada la importancia del desarrollo de la computación

**CUALITATIVA:** la observación de los hechos de la realidad es lo que usualmente aplican los investigadores. La observación puede ser directa e indirecta, y ambos casos "*extensiva o intensiva*". "*La observación extensiva*" es la que se aplica sobre datos que sirve como muestra representativa. "*La observación intensiva*" se aplica sobre pequeñas unidades de análisis que tornan innecesariamente la tarea de acudir a las muestras representativas.

En la observación directa extensiva la técnica más difundida consiste en las encuestas por sondeo de opinión. En cambio, la observación directa intensiva los procedimientos más corrientes son las encuestas y entrevistas globales.

#### **Técnica de elaboración e interpretación e investigación:**

Técnica de elaboración, tiene que ver con el proceso previo al establecimiento de una constitución, y deben ser tenidas muy en cuenta por sus redactores.

Técnica de interpretación que alude a las estrategias que interprete despliegue para determinar el sentido y significado de una norma constitucional. Técnica de investigación puede ser cualitativa y cuantitativa. Podemos mencionar las encuestas, estadísticas, documentos, etc. estas son útiles para conocer y acumular los datos y hechos relacionados con el objeto de investigación.

**Enfoque:**

Una vez obtenido todos los datos y hechos posibles sobre el tema, corresponde aplicar sobre ellos un enfoque metodológico.

El enfoque consiste en seleccionar los actos y hechos obtenidos durante el uso de las diversas técnicas de investigación. Los enfoques son criterios adoptados por el investigador para encarar el estudio de los fenómenos políticos desde un punto de vista determinado. Ópticas, ángulos, perspectiva o visiones con que el constitucionalista aborda y se aproxima a tal cual temática. Los enfoques son las vías de acceso al conocimiento, conducen a la selección de los problemas y datos, mientras que los métodos aluden al proceso racional al que se aplica sobre ellos para arribar a las conclusiones de la investigación.

**Enfoque jusnaturalista:** que aborda a la comprensión de los datos de la realidad con criterio valorativo basado sobre los principios del derecho natural.

**Enfoque positivista:** que aspira a la comprensión tal como se presenta en la realidad y excluyendo todo criterio valorativo.

**Enfoque histórico:** basado sobre el empirismo y la causalidad determinista.

**Enfoque jurídico:** se encuentra en la selección de todos los fenómenos de la vida jurídica y de los hechos positivos que los representan, como las leyes, las constituciones y sentencias judiciales.

**Enfoque sociológico:** concentra la investigación del derecho constitucional en la realidad social tal como se presenta.

**Enfoque político:** resulta del real funcionamiento de las instituciones estatales y solo en mínima parte del texto de una constitución.

**Enfoque económico:** que selecciona los datos políticos provenientes de la selección de producción.

**Enfoque del comportamiento político:** a través de la aplicación conjunta de los enfoques sociológicos, psicológicos y antropológicos, procura encontrar uniformidades en las conductas de los grupos sociales que procuran las estructuras sociales, las instituciones, las ideologías y las leyes.

**Enfoque integral:** que importa analizar un fenómeno político mediante la aplicación simultánea de todos los restantes.

**Método:** Método significa "camino a seguir". El método evoca al recorrido intelectual que emprende todo investigador. Una vez efectuada la selección de datos y hechos obtenidos mediante la aplicación de enfoques metodológicos, el investigador procura sistematizar tales elementos para formular conclusiones. Para ello, alude a la tercera etapa del proceso

metodológico, que es la aplicación del método. Existen grandes métodos: el deductivo y el inductivo.

El **deductivo** se caracteriza por partir de premisas generales, para arribar a conclusiones particulares. Usado por las ciencias denominadas formales, como la matemática y la lógica. Consiste en considerar elementos generales para formular conclusiones particulares sobre la base de la especulación.

El **inductivo** propio de las ciencias fácticas, va de lo individual y concreto hacia lo general.

Se hace referencia de un método mixto, consistente en la aplicación sucesiva de la deducción y la inducción. No se trata de un método propiamente dicho, sino un proceso de verificación. El Derecho Constitucional puede utilizar el método deductivo o inductivo indistintamente. La elección del método dependerá del investigador y del objeto a estudiar.

#### **Derecho constitucional como ciencia cultural:**

Se realiza una constitución de nuevos derechos constitucional supranacional, que estima la perspectiva sistemática que deriva de la consideración de las experiencias políticas de las democracias liberales occidentales y de las reflexiones sobre los valores que han caracterizado hasta el presente su modo de pluralismo.

Dicho modelo consistente en poner en el centro de la teoría constitucional el estudio de las diversas culturas nacionales.

Podría resultar tanto más eficaz cuanto más se acerque a la radical historización de las experiencias judiciales y se aleje del mito de la construcción de un único y gran modelo constitucional.

Comparar las experiencias jurídicas es también una manera de pensar sobre el derecho que se caracteriza por mantenerse abierto a las alternativas, que no considera la ciencia jurídica como un conjunto compacto de cuestiones a propósito de la voluntad del legislador de un solo país.

Se precisa la máxima atención para valorar la diversidad de cada una de las situaciones.

La identificación de los derechos constituyentes que descansa en los jueces nacionales, no solo son los modelos argumentativos conceptuales utilizados por la jurisprudencia, sino también sobre las diversas culturas jurídicas y antropológicas implicadas en cada uno de los modelos de tutela de los derechos fundamentales.

## **UNIDAD Nº 2 - FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.**

**La constitución y su fuerza normativa:**



En la constitución no solo se expresan normas de reconocimiento de derechos fundamentales y normas de actuación de los poderes públicos, sino que intentan brindar los cimientos estructurales, las vigas maestras, de un determinado régimen político.

Ejemplo: "la ley" nadie tendrá dudas de que la ley es norma, y por ende, vincula y obliga.

### **Concepto político**

La constitución reviste a un poder legitimante y confiere a las autoridades el calificativo mítico de constitucional. Ello se mueve en el campo netamente simbólico/político.

Dentro del sistema constitucional/romanista la prevalencia de la ley como fuente del derecho fue un hecho constatable hasta hace un par de décadas no más la centralidad de la ley en el sistema jurídico provocó, una anulación de cualquier tipo de posibilidad de que los textos constitucionales tuvieran carácter normativo.

Como consecuencia obligada, una relativización de la importancia de la constitución y un cierto escepticismo sobre su valor.

### **Concepto jurídico**

La visión jurídica de la constitución suele ser atribuida a los norteamericanos, a la constitución de Filadelfia de 1787, el primer texto constitucional de la historia de la humanidad.

Se ha explicado que el concepto jurídico obedece a una concepción de origen liberal. Es la concepción que acompaña el nacimiento mismo del estado constitucional en Europa continental y en EE UU.

Fue la base pactista de constitucionalismo América el que le suministro el sedimento cultural al susodicho concepto jurídico. (Todo este bagaje comenzó con la sentencia "marbury vs madison", ya que de allí en más la suprema corte de la constitución contó con un arma para lograr ser eficaz y no meramente declaratoria).

Esa vertiente jurídica ha sido redacta al siglo XX y comienzo del nuestro por las escuelas neo-constitucionalista. El modelo no refiere solo a un modo de estructuración de derecho y de funcionamiento de la práctica jurisprudencial, sino fundamentalmente a un modo de aproximación a lo jurídico que ha invadido a gran parte de nuestra cultura jurídica y sobre la que han teorizado juristas.

El denominado 'paradigma constitucionalista' o 'neoconstitucionalista' se presenta como una teoría adecuada para dar cuenta del Derecho que se desarrolla en el Estado Constitucional y cuya singularidad radica en la existencia de constituciones con un denso contenido sustantivo orientado a limitar y orientar el ejercicio del poder y cuya garantía queda encomendada a los jueces. A partir de su reconocimiento como norma jurídica suprema, la Constitución y su contenido normativo de derechos, valores y principios 'inunda, impregna o irradia' todo el conjunto del sistema, configurando un modelo material de validez jurídica y convirtiendo a los órganos aplicadores en promotores del modelo axiológico que representa "

### **Validez**

Remite claramente a una noción jurídico/formal.

Una norma resulta válida cuando esta de conformidad y ha sido dictada con arreglo a los procedimientos prefijados en una norma de rango superior.

Implica un eslabonamiento jerarquizado de normas, de mayor a menor, descendiendo a partir de la constitución misma. Por ejemplo: la pirámide jurídica de la constitución.

### **Vigencia**

Es un fenómeno completamente distinto, que se mueve en el plano o dimensión de las conductas. Procura desentrañar si la regla o enunciado normativo, halla su correlato en las conductas o comportamientos, tantos de gobernantes como gobernados. La constitución vivida

y practicada, aparece regida por la vigencia. Esta se muestra así como un producto netamente sociológico.

Así por ejemplo la redacción de una constitución lleva un largo proceso de construcción para que entre en vigencia.

El mismo Ackerman plantea la existencia de dos modelos: el mecanicista (la Constitución como una pieza de relojería, fruto de los frenos y contrapesos entre los diversos poderes coordinados) y el organicista (la Constitución como un ser vivo). Los dos enfoques son necesarios. Una Constitución diseña un plan de gobierno que tiene mucho de mecánico. Pero también las Constituciones poseen un "ciclo vital": nacen, se desarrollan, se enmiendan, mueren, y dan paso a otras. Es difícil —aun con bajas tasas de ineficacia— que una Constitución resulte totalmente vigente, es decir, que no registre o conste anomalías o irregularidades en cuanto a su cumplimiento.

Se podrán producir desfases entre la Constitución formal y la material, lo cual ha dado lugar a las denominadas "mutaciones constitucionales".

**El desfase entre validez y vigencia:** Las mutaciones constitucionales Ya hemos visto que rara vez la Constitución formal coincide en un todo con la material. Esa brecha puede tomar distintas formas, que suelen catalogarse como "mutaciones constitucionales".

**La mutación constitucional por adición:** En este supuesto, la Constitución material agrega o adiciona contenidos a la formal. Durante mucho tiempo, desde 1853 a 1994, los partidos políticos en Argentina carecieron de una disciplina constitucional formal, más allá de que nuestro sistema los fue progresivamente aceptando, incluso por vía legislativa y jurisprudencial, sobre la base de los arts. 1º, 14 y 33, C.N.

**La mutación constitucional por sustracción:** Aquí estamos frente al caso inverso. La constitución material bloquea la vigencia de una norma de la Constitución formal. Es un supuesto complejo, ya que reedita la vexata quaestio de la "costumbre contra legem" en el ámbito del Derecho Constitucional.

**La interpretación constitucional mutativa:** Hay veces que son los tribunales los que ofrecen una visión distinta del texto constitucional, pese a que está escrito, es rígido y supremo. Se verifica de ese modo **la mutación constitucional por interpretación**. En la medida en que las corrientes neoconstitucionalistas cada vez más han potenciado el rol de los jueces y tribunales, es dable constatar un incremento de esta clase de mutación constitucional.

**La desconstitucionalización:** Finalmente, el grado más intenso de mutación es la llamada "desconstitucionalización", también visualizada por Loewenstein como la "constitución semántica". Allí, la dinámica del poder, la vida política, pasa por otro lado y no precisamente por los mandatos del texto constitucional. El ejemplo clásico que se brinda es el de la Constitución alemana de Weimar de 1919, que el nazismo ni siquiera se molestó en derogar luego de acceder al poder en 1933. De valores socialdemócratas, era completamente antitética a la ideología nacional-socialista de Hitler, quien la vulneró reiteradamente y colocó en los hechos una "constitución material" de signo contrario.

**Fuentes formales y materiales:**

Reserva la primera denominación para los procedimientos que permiten la manifestación o exteriorización de contenidos constitucionales. Mientras que identifica a las segundas como los factores sociales, políticos, económicos e históricos que perfilan la conformación de estos últimos.

Tanto las formales como las materiales se subdividen en directas e indirectas.

En las formales directas: Se ubica la propia constitución (la función unitiva de la constitución y las normas constitucionales y principios constitucionales), los códigos procesales constitucionales, los reglamentos, los tratados internacionales, las leyes, las leyes institucionales y la costumbre o derecho comparado.

**Costumbre o derecho espontaneo:** la costumbre requiere de dos elementos: uno objetivo o material, consistente en la reiteración de las conductas en el tiempo, otro de índole subjetivo, psicológico o espiritual, en virtud del cual existe la convicción de que la norma que se sigue, es jurídica y no religiosa moral.

Sagues: este define a la costumbre: grupos humanos, que repiten comportamientos que a lo largo del tiempo son entre vistos como obligatorio para el pueblo. En el derecho constitucional los autores de la costumbre son por lo común los máximos operadores del sistema político, los supremos repartidores y no los particulares. El relevante actuar de los agentes estatales en la génesis de la costumbre constitucional.

**En las formales indirectas:** Jurisprudencia de los tribunales, doctrina, derecho comparado y derecho trasnacional.

**El derecho judicial o jurisprudencia:** es el carácter creador y no meramente aplicador de la jurisprudencia de los tribunales. El juez deja de ser “la boca de la ley”. La justificación de una sentencia hace parte, y una parte esencial del veredicto de un juez. El juez está en la obligación de justificar explícitamente su sentencia, esto es, la norma individual emitida por el; debe declarar las razones para adoptar una solución particular al problema que se ha sometido a su consideración. Cuando está concebida en términos vagos, ambiguos u oscuros, requiere un especial esfuerzo por parte del operador judicial.

El juez debe jugarse por una solución que frecuentemente no sea la más ortodoncia y que revele su poder creativo.

Cada decisión del juez va a tener dos partes netamente diferentes por un lado holding (tenencia) que configura la parte medular o sustancial de la sentencia, los argumentos troncales o centrales que son los que constituyen, en el sistema del derecho común, precedente vinculaste.

Por otro el obiter dictum: aquel razonamiento que se da a mayo abundancia, que se brinda para fortalecer o robustecer la decisión.

Cuando nos referimos a la jurisprudencia como fuente del derecho habitualmente pensamos en las sentencias judiciales que han resultado contiendas con valor de cosa juzgada, en especial, en esta materia, de la corte suprema o tribunales constitucionales. Ello no debe opacar a lo que suele denominarse jurisprudencia alternativa, es decir, a aquellas opiniones de jueces minoritarios.

**Derecho comparado:** Clásicamente, en el siglo XX, no se dudaba del impacto del derecho comparado. Las grandes constituciones iusprivatistas, como el código civil de Vélez Sarsfield, se basaban en normativas extranjeras, en especial de Francia.

El derecho público no se quedaba atrás, ya que el derecho constitucional acusaba la fuerte impronta tanto de la jurisprudencia como de la doctrina americanas.

Durante algún tiempo del siglo XX, la relevancia del derecho comparado comenzó a declinar, frutos de los nacionalismo de diverso linaje que apuntaron que el estado era el único creador de normas y que en este emprendimiento, era autárquico, es decir, se basaba a si mismo, sin

necesidad de recurrir a materiales extranjeros. Esta solución “estadocéntrica” luego muta a “patriotismo constitucional”.

Es verdad es que hoy los tribunales se copian. Los criterios jurídicos, en especial en el área de los derechos fundamentales, se repiten y se clonan, en lo que ha dado en denominarse “diálogo judicial transnacional”

Así, el uso del “dato comparativo” sobresale de la jurisprudencia constitucional, con excepción probablemente de la suprema corte norteamericana. Pero no solo se cita o referencian fallos de otro país. Hay nuevos orden (universitario y regional) que aparece reflejado en los textos constitucionales y en las decisiones judiciales: el derecho transnacional.

#### **Doctrina:**

En términos de vinculación concreta, después de la vigencia del derecho romano, rara vez la doctrina ha sido una fuente obligatoria del derecho. Esta falta de obligatoriedad no nos debería llevar a la errada impresión de que la doctrina de los autores es insignificante o descartable.

Luego de la adopción de la constitución de 1853, fue notable, tanto en el derecho judicial de nuestra corte como en la doctrina de los autores la relevancia del “dato comparado”, en especial, del proveniente de los estados unidos.

Junto a las influencias “clásicas”, hoy en día las corrientes del llamado nuevo constitucionalismo impactan en nuestros jueces, doctrinarios y legisladores.

Cuando se habla de doctrina, tampoco hay que recurrir esta fuente a la extranjera. La doctrina nacional, y la sub-nacional, suelen ser una interesante fuente de inspiración para legisladores y jueces.

#### **Derecho transnacional:**

La norma del art. 72.22 consagrada en 1994 vino a ser el punto culminante de esa evolución jurídica. El constituyente revisor dotó de “jerarquía constitucional” a 8 tratados, 2 declaraciones y 1 protocolo facultativo, a los que vinieron a agregarse dos convenios más.

Toda esta problemática del derecho transnacional, confluye, tarde o temprano, en la existencia de tribunales o jurisdicciones supranacionales, como la corte europea de justicia, con sede en Luxemburgo.

La corte interamericana de derechos humanos, con asiento en San José de Costa Rica, como parte integrante del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Al año 2004 existían en el mundo 22 tribunales supranacionales, y más de 60 órganos cuasi judiciales, paneles de inspección u órganos de revisión o recomendación.

En especial, se presenta la problemática de la eficacia de las decisiones de estos organismos en sede interna, lo cual tensiona las clásicas nociones de soberanía estatal, con los ideales de justicia global y de integración regional.

## **UNIDAD Nº3 - INTERPRETACION CONSTITUCIONAL**

#### **La interpretación constitucional:**

El acto cognitivo de interpretar va a contener como elementos objetivos las formas, las finalidades y las diferencias técnicas que deberá utilizar el intérprete para obtener un resultado. Un elemento subjetivo que es la finalidad y el resultado esperado para esta actividad. Que según sea quien lo haga será la trascendencia inmediata o mediata que tendrá la indagación inicial. En este sentido, si fuera un juez, será la relevancia en el mundo jurídico.

### **De acuerdo a su jerarquía jurisdiccional.**

En toda actividad de “interpretar” va a jugar un rol preponderante la posición del intérprete frente al tema que le toca abordar. Por ello, cuando sea encarada esta tarea es necesario conocer todos los sistemas de interpretación posible, a fin de contar con los elementos técnicos suficientes.

En EE.UU., las dos grandes corrientes de interpretación se dividen en originalistas y evolucionistas. Los originalistas sostienen que cualquier tipo de interpretación debe basarse en la misma y propia Constitución, en su letra escrita.

Como metodología de trabajo proponen cuatro principios:

- 1) Se debe determinar el significado original del lenguaje al momento que el texto fue redactado y ratificado.
- 2) El elemento más importante para interpretar es el texto, y se hará de acuerdo al posible significado que hubiera tenido al momento de su elaboración y sanción.
- 3) Si existe más de una interpretación posible, el propósito la estructura y la historia para despejar la ambigüedad.
- 4) Se toma también la jurisprudencia creada por funcionarios públicos o doctrinarios a la fecha de sanción de la Constitución, pues ellos tenían exacto conocimiento de las palabras por ser contemporáneos a la fecha de la sanción de los valores sociales y las técnicas de interpretación del momento.

Por su parte, los evolucionistas conciben a la Constitución, no con un sentido fijo, sino con una visión dinámica pensando en que debe ser adaptable a la sociedad en el tiempo en que se debe aplicar.

### **Tipos de interpretación:**

**Interpretación gramatical:** Es la primera que utilizaron los glosadores, radica su tarea en atenerse a la letra estricta de la ley, apartándose de los efectos que su aplicación pueda generar, de los pensamientos históricos de los creadores de la norma, y de cualquier otra incidencia que pudiera surgir alrededor de la interpretación, no es aconsejable, su aplicación en forma individual y aislada, es decir, sin combinarla con otras tectónicas.

**Interpretación literal:** lo ha manifestado nuestro máximo tribunal cuando pone de resalto que si la letra de la ley es clara, no se debe forzarla para hacerle decir a la ley, a través de la interpretación, lo que ella no dice. Si surge claro el texto su contenido e intención, no es necesaria la actividad interpretativa para su aplicación.

La interpretación literal puede ser alcanzada por dos formas diferentes de aplicación. La llamada interpretación literal extensiva y la restrictiva.

La interpretación literal extensiva se utiliza cuando en la norma constitucional existe algún precepto que tiene un contenido que permite hacer una actualización del concepto razonablemente aplicada.

La interpretación restrictiva en el método literal, debe ser prudentemente aplicada, el resultado debe ser razonable en el punto que no aparezca como arbitrario o inconstitucional.

En el análisis de este tipo de interpretación también nos encontramos con fallos donde la corte, al tener que realizar una interpretación literal, ha recurrido a variantes que parecieran la alejan de aquellas posiciones. Es en los casos donde ha recurrido a interpretaciones de carácter “popular” o “técnica o especializadas”.

El fallo “Afip con Povoletto”, ha sostenido “... dar a las palabras de la ley el significado que tiene en el lenguaje común, o bien el sentido más obvio en el lenguaje corriente...”. Aquí se hace una clara referencia al lenguaje popular.

En los autores “Mario Acosta”, respecto de una interpretación técnica o especializada dijo” ...los términos de la ley deben interpretarse de acuerdo con el sentido propio, de conformidad con la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico en el que dicha ley se inserta...”

**Interpretación orgánica –sistemática:** se da cuando el juez entiende que es inaplicable la literalidad de la norma y, en consecuencia, se debe remitir al contexto general. Debe ser interpretada en forma de integrarla como un todo, un cuerpo integrado, ninguna cláusula puede ser interpretada en forma aislada sin tener en cuenta el conjunto; debe tener congruencia final en toda constitución.

**Interpretación historicista:** es la que procura determinar la voluntad del legislador, en su origen, cuál fue su intención. Este tipo de interpretación genera determinadas dificultades, justamente pretender indagar la real voluntad del legislador; se puede transformar en una tarea engorrosa.

**Interpretación autentica:** es la que se realiza por el mismo órgano que generó la norma. La importancia de la interpretación autentica radica en que al ser el mismo originador de la norma tiene más antecedentes para llegar a concretar cuál fue la voluntad del legislador, al mismo momento de la sanción.

Aquí es oportuno remitirnos al fallo de la Corte Suprema "Chocobar", del 27/12/1996, donde el Tribunal en su considerando 14 dice: "...la introducción de las ciencias sociales y económicas en el conjunto de los estudios jurídicos ha renovado toda la técnica. No sólo la inspiración legislativa, sino la interpretación de las leyes por la doctrina y la jurisprudencia, no pueden permanecer fuera de las corrientes profundas de la vida social. No hay jurista moderno que no se preocupe de poner su interpretación en armonía con las necesidades actuales y con las ideas ambientes o circundantes... no son los hechos los que deben seguir al derecho, sino que es el derecho el que debe seguir a los hechos...".

**Interpretación teleológica:** este método fue creado de Ihering, quien desde un punto de vista filosófico, entendió que la aplicaron, solamente, de métodos lógicos-abstractos podía generar interpretaciones constitucionales alejadas de la realidad, y por lo tanto, ajenas a los hechos a resolver. La interpretación teleológica es la que se ocupa de estudiar la finalidad de la norma.

**Interpretación científica o doctrinal:** este tipo de interpretación es la que realizan los expertos del derecho, los doctrinarios. Es la que realizan los jurisconsultos libres, buscando siempre la interpretación de la ley.

**Interpretación subjetiva y objetiva:** la voluntad es del autor de la norma, no de la norma. La finalidad de la interpretación consiste en averiguar el sentido de la norma no el propósito de su autor, no se trata de interpretar la voluntad del legislador, sino de interpretar la voluntad de la ley.

**Interpretación previsor:** este tipo de interpretación contiene en definitiva una finalidad u objetivo pragmático, que es la interpretación que exige al juez, que realice un segundo análisis en el sentido de los efectos que van a producir la interpretación que se va a aplicar, si los efectos de la aplicación del precepto van a producir consecuencias sociales o económicas desfavorables se tornaría prudente obrar por otra decisión

**Interpretación “de” y “desde” la constitución:** La interpretación de la constitución, es la que se realiza respecto del mismo texto constitucional, de alguna forma es actualizar los contenidos. La interpretación desde la constitución nos remite en un todo a un plano infraconstitucional. Comienza haciendo la interpretación “de” la constitución y baja esos contenidos para realizar la interpretación de la norma infraconstitucional.

**Interpretación judicial:** es la que realizan los jueces, que como integrantes del poder judicial, ejercen una función que específicamente les corresponde y lo hacen a través de sus sentencias las que según la jerarquía institucional del magistrado será la trascendencia que tendrá en la relación jurídica. En efecto si la opinión es del máximo tribunal y define temáticas de complejas definición, dicha sentencia adquirirá ejemplaridad en nuestro sistema.

### **Problemas de la interpretación**

#### **Indeterminaciones semánticas:**

**Ambigüedad:** Se presenta cuando el vocablo en cuestión tiene dos o más significados. Ej. Verbo “sostener” que consagra el Art. 2 de nuestra Constitución: “El gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico, romano.”

**Vaguedad:** Existe vaguedad cuando la palabra utilizada es imprecisa o indeterminada, que puede aplicarse para una u otra situación.

**Contradicciones:** Cuando lo que determina una norma se encuentra desmentido por otra norma. Ejemplo: el sostenimiento del culto católico y por otro lado la libertad de cultos.

**Redundancias:** Cuando hay reiteraciones.

**Lagunas del Derecho:** Se dan lagunas cuando no existe una solución normativa para el caso que se debe resolver; aquí ya no estaremos hablando de interpretación, sino de integración. En principio, y tal como lo prevé el Cód. Civil, no existen lagunas del Derecho, pues se deben remitir a los principios generales y a la analogía. Por ello podemos hablar de que existe una heterointegración y la autointegración. En la heterointegración tomamos de medios externos los elementos necesarios para solucionar nuestro problema. En cambio en la autointegración, el mismo ordenamiento provee las herramientas necesarias para darle solución al caso.

### **Integración constitucional**

Podemos abordar este tema desde el prisma que nos otorga, en nuestro ordenamiento, la jerarquización del derecho constitucional y principalmente desde la reforma, cuando los tratados internacionales sobre derechos humanos se ubican en el mismo rango jerárquico que nuestra constitución, compartiendo la cima de la pirámide, gratificada por Kelsen.

Se entiende que estamos frente a una reforma, pues las nuevas normas incorporadas y otras jerarquizadas, ingresan al texto, con el conocimiento de que deben acoplarse o integrarse a las partes de la constitución que no se iba a modificar; mantener la parte dogmática del texto incólume, frente a las normas que se incorporaban o que se jerarquizaban. Es decir que mantuvo la filosofía que tenía el texto antes de la reforma.

Entendemos que al efectuar la actividad de integrar estamos complementando nuestra historia parte dogmática de la constitución, con el nuevo plexo de derecho humano.

En el caso existente de alguna contradicción, el intérprete debería buscar la solución más beneficiosa al caso en que se debe aplicar, pues se estaría analizando en el ámbito de los derechos humanos, derechos y garantías de las personas y por ello el intérprete debe tener un criterio de interpretación amplio.

### **Diferencia entre integración, interpretación y construcción.**

El doctor badeni dice: la interpretación engloba estos tres mecanismos:

-La interpretación consiste en determinar el significado de una norma en la cual está comprendida una situación de hecho o de derecho.

-La integración presupone la inexistencia de una norma regulatoria; la situación de hecho o de derecho que se plantea requiere la necesidad de creación de una norma que cubra ese vacío o laguna constitucional

-La construcción consiste en tratar de explicar cuál fue la intención de los autores de la norma, ellos ocurre cuando su aplicación a un caso determinado resulta dudoso.

### **Modelos interpretativos. Jurisprudencia**

Se han desarrollados en sus puntos principales diferentes modelos de interpretación tanto de aplicación nacional como de aplicación internacional.

Los diferentes modelos interpretativos, y desde un punto de vista histórico se han marcado las evoluciones que en el sistema de interpretación han ido adoptando los diferentes tribunales superiores.

Se ha hecho la comparación que existe entre el sistema de EE.UU y el nacional.

En este punto, es importante analizar determinados fallos que, desde el punto de vista pedagógico, se emplean a lo largo del desarrollo de la presente asignatura, como un ejercicio útil para poder analizar, a la luz de principio de interpretación nacional o combinando determinado fallos, de trascendencia implicancia en nuestro mundo jurídico.

En el fallo Sejean contra zack de sejean, se puede reconocer como el antecedente de jurisprudencia de la corte suprema que tomo el legislador nacional para modificar y sancionar la actual ley de divorcio.

En el fallo Arriola nuestra corte suprema realizo una interpretación de la constitución, en el sentido que le da nuevo contenido interpretativo al art.19 de la constitución, donde dice: " las acciones privada de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a dios, y excertas de la autoridad de los magistrados. Ninguna habitante de la nación será obligada a ser lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

## **UNIDAD 4: CONCEPTO DE CONSTITUCION**

La doctrina distingue dos conceptos de constitución: El concepto jurídico o normativo y el llamado político.

El primero: norma jurídica fundamental suprema establece como debe ser la estructura de un estado.

El segundo: movimiento que se llamo constitucionalismo, alude a la aparición de las primeras constituciones escritas, con procedimiento complejos para su reforma, cuyo objetivo era limitar el poder del estado y garantizar el ejercicio de los derechos civiles y político. Aristóteles definía a la constitución como la organización política del pueblo y el gobierno. Cicerón aquellos que el emperador ordenaba.



Schmitt “producto de una decisión del poder constituyente, una voluntad preexistente que establece la forma y unidad política del estado no es una norma escrita ni un conjunto de normas escritas, sino una decisión sobre el modo y la forma de la unidad política”.

Smend: “realidad integradora que contiene y da vida al estado, a los órganos e instituciones públicas, a las fuerzas políticas de un pueblo y todos los cambios que ocurren en la vida de una sociedad”.

## **Tipologías constitucionales**

### **García Pelayo las define:**

**Concepto racional normativo:** sistema de normas establecido de una sola vez y para siempre, en el que se organiza el estado, sus órganos, competencia y relaciones entre ellos. Busca lograr seguridad y estabilidad a través de dos condiciones: las garantías de derecho y la división de poderes.

**Concepto histórico-tradicional:** producto de la historia, no de un acto único y total sino de usos y costumbre formado lentamente y cuya fecha de nacimiento es impreciso. Distingue dos corrientes: la conservadora, es una ejecución de la providencia divina y no de un producto de la razón.

La otra corriente obedece a un liberalismo templado, concibe que la razón no crea la historia, sino que la ordena y hasta puede planificar el futuro, se funda en esa historia y en el carácter nacional de un pueblo.

**Concepto sociológico:** una forma de ser, no un deber ser, es el resultado de situaciones y estructuras sociales del presente. Mientras que la concepción racional se sustenta sobre el momento de validez y la histórica en el de legitimidad, la sociológica, en cambio, se afianza sobre el de vigencia.

## **Clasificaciones de constituciones**

**1) Constituciones puras o impuras:** cuando el dueño único, o la minoría, o la mayoría, gobierna consultando el interés general, se está ante una constitución pura. Cuando gobiernan en su propio interés, sea el de uno solo, sea el de la minoría, sea el de la multitud, la constitución se desvía del camino trazado por su fin y es impura.

**2) Constituciones escritas o no escritas:** las escritas tuvieron lugar con la imprenta, son aquellas impresas en soporte papel.

Las no escritas, son las que se identifican con la costumbre y tradiciones, que no constan en un documento.

**3) Constituciones dispersas o codificadas:** las dispersas, son las que se formulan con diversos actos, legales o consuetudinarios. Las codificadas, se formulan en un único texto y de manera sistemática, consignan la organización y funcionamiento del gobierno y los derechos y garantías a los ciudadanos.

**4) Constituciones rígidas y flexibles:** rígidas disponen de procedimientos especiales y complejos para su reforma. Las flexibles pueden ser reformadas por el poder legislativo a través de una ley.

**5) Constituciones pétreas y parcialmente pétreas:** es pétrea si no puede reformarse en ningún aspecto con o sin límites temporales y parcialmente pétreas es aquellas que prohíbe su reforma en una o varias de sus partes.

**6) Constituciones otorgadas pactadas o impuestas:** la otorgada es cuando un órgano estatal la concede o establece unilateralmente. La pactada es la que deriva de un acuerdo, compromiso o transacción entre un órgano estatal y la comunidad. La impuesta es cuando emana del poder constituyente, radicado en el pueblo y surge de un mecanismo formal en ejercicio del mismo poder.

**7) Constituciones formal y material:** la formal se refiere al concepto de constitución como ley escrita, suprema y fundamental dictada por el poder constituyente. La material atiende al régimen político que se da en la realidad, la constitución vigente en la sociedad y a las conductas observadas tanto por quienes ejercen el poder como por sus destinatarios.

**8) Constituciones originarias o derivadas:** son originarias si contienen principios nuevos u originales para la regulación del proceso político o la formación del estado. Son derivadas si solo adoptan contenidos de constituciones originarias.

**9) Constituciones normativas, nominales y semánticas:** normativa es toda constitución que es generalmente aplicada, respetada y se adecua a la realidad. Nominal no se cumple ni observa en la realidad, solo en el texto escrito. Las semánticas se cumplen pero no garantiza la democracia, el ejercicio de los derechos fundamentales ni limita a los poderes públicos

**10) Constituciones ideológicas o utilitarias:** ideológicas se caracteriza por establecer un sistema axiológico-político determinado con o sin concreción literal. Las utilitarias consagran conjuntos de valores, son utilitaria, solo organizan al estado.

**11) Constituciones definitivas o de transición:** la definitiva surge después de un proceso de tensiones. La transitoria se dicta en época de tensiones y necesita consolidación.

**12) Constituciones breves y extensas:** los textos breves se relacionaron con el conservadurismo. Las últimas décadas encontramos constituciones más extensas (ej Brasil).

**13) Constituciones de cuadros y de masas:** de cuadros es aquella en la que elites de diversas conformaciones ejercen el poder. Las de masas el pueblo tiene mayor protagonismo y es invocado y exaltado en forma permanente.

## Concepto y tipología

Desde sus inicios, la Corte Suprema de Justicia de la Nación definió a la Constitución "...como instrumento de gobierno permanente, cuyo mayor valor no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sino que se trata de una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación...

En cuanto a su tipología, observamos ahora el texto formal, que se estructura sobre tres partes bien diferenciadas: el preámbulo, los artículos y las Disposiciones Transitorias.

**El preámbulo:** Cumple una importante función política —enunciando las características de la autoridad que sanciona el texto, los fines, valores, fórmula de sanción— y una función jurídica —para la interpretación de los artículos—, expresada en estos términos en su parte final: "ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución".

**Los artículos:** En el articulado, se distinguen dos partes: la dogmática (arts 1º al 43), donde encontramos declaraciones, derechos y garantías reconocidos a los ciudadanos, y la orgánica (arts. 44 al 129), referida a las Autoridades de la Nación. Si seguimos la tipología elaborada por García Pelayo, debemos notar que nuestra Constitución histórica de 1853/60 es del tipo **racional normativo**. Se dictó como un complejo normativo, con ideología liberal, se reconocieron derechos a los ciudadanos, cláusulas para el futuro y se organizó el Estado de acuerdo a la forma republicana de gobierno (conforme a los arts. 1º y sus concordancias esenciales: arts. 5º, 22, 33, así como también lo observamos en la regulación de la propiedad individual, arts. 14 y 17, y en los principios de legalidad, reserva y razonabilidad, arts. 14,18 y 28).

También resulta aplicable el **concepto histórico-tradicional**, teniendo en cuenta que surgió de los pactos preexistentes entre las provincias, firmados con el objetivo de mantener la integridad y unidad de la nación hasta la sanción del texto constitucional.

**El concepto sociológico** se aprecia con la reforma constitucional de 1994, que a pesar de haber mantenido su corpus histórico jurídico experimentó ciertos cambios. La incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional del art. 75, inc. 22 y la posibilidad de celebrar nuevos acuerdos con igual rango alteró las fuentes normativas de nuestro sistema (porque son complementarios al texto constitucional, no derogaron artículo alguno de la parte dogmática y rigen en las condiciones de su vigencia).

Con todo lo expuesto, concluimos que nuestra Constitución no tiene las características propias de una tipología pura, sino que presenta una fisonomía propia acorde a su realidad política, social y cultural.

### **Ubicación de la Constitución Argentina en la clasificación de las constituciones**

#### **Clasificaciones:**

**Escrita y codificada:** está formulada en un texto escrito y único. Algunos autores afirman que después de la reforma constitucional del año 1994 ha adquirido una cierta dispersión al introducir en el art. 75, inc. 22 los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y la posibilidad de que el Congreso pueda agregar más instrumentos de esa índole.

**Definitiva:** nuestra Constitución histórica de 1853-60 surgió después de un proceso de tensiones dadas en nuestra experiencia histórica. El fin de las guerras civiles permitió cerrar heridas y organizar a la Nación dentro de un marco jurídico perdurable.

**Rígida:** porque el art. 30 dispone un procedimiento distinto y más complejo para la modificación del documento que el utilizado en el dictado de la legislación ordinaria. Textualmente dice: "La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto"

**Con cláusulas pétreas:** Como vimos, el art. 30 permite reformar la Constitución en toda o en cualquiera de sus partes, haciendo tabula rasa del texto existente.

**Pactada:** por la fisonomía propia de nuestra Constitución la clasificamos como pactada. Bidart Campos (66) observa que en la Constitución Argentina de 1853-60 hubo un esquema de plan o proyecto de carácter asociativo. Su texto aparece como la culminación de un proceso gestado instrumentalmente a través de pactos y de los objetivos preambulares de la "unión nacional" y de la "paz interior", en conjunto con el afianzamiento de la justicia y el aseguramiento de los beneficios de la libertad.

**Ideológica:** en las cláusulas del texto histórico prevaleció la ideología liberal individualista de la época y se reconocieron derechos civiles y políticos. Luego, con los años, su ideología viró hacia esquemas propios de un Estado de Bienestar, a partir de la incorporación de los derechos del trabajador expuestos en 1957 en el art. 14 bis, y en 1994 los derechos colectivos al ambiente sano, derechos de usuarios y consumidores.

**Originaria:** no existe consenso entre los autores acerca del carácter originario o derivado de nuestra Constitución. Hay quienes (67) dicen que la forma republicana, representativa y federal de gobierno adoptada fue copia de la Constitución norteamericana.

**Extensa:** después de la reforma de 1994 el texto de la Constitución aumentó considerablemente su volumen, y por este motivo no es posible clasificarla como una Constitución breve.

**De cuadros:** nuestro constitucionalismo histórico era primordialmente aristocratizante. Recién se democratizó con el ejercicio de los derechos políticos en 1912 (Ley Sáenz Peña del sufragio obligatorio) y los derechos sociales previstos en la cláusula del art. 14 bis, en 1957 (69).

**Es normativa y nominal:** la mayoría de los autores entienden que existen dificultades para que pueda hacerse efectivo el cumplimiento de la Constitución en el mundo real.

### **Mutaciones constitucionales:**

Cambios que transforman el contenido de la constitución sin modificar su texto. Las mutaciones tienen lugar por diversos supuestos. Uno es por la práctica parlamentaria y las acciones propias del procedimiento parlamentario, otro se da a partir de la interpretación que deviene del análisis de sus textos.

La Interpretación mutativa: puede adaptar el texto constitucional para complementarlo o adecuarlo a las situaciones fácticas.

La interpretación mutativa puede ser contraria a la constitución, lo que ocurre en tres supuesto:

- **Por adición:** se da cuando amplía la constitución escrita, cuando se agrega algo contra la voluntad del poder constituyente histórico.
- **Por sustracción:** es cuando se priva a la constitución de algunas de sus reglas.
- **Por sustracción- adición (mutación mixta):** se da cuando se sustrae una o varias cláusulas y en su lugar se agregan otras.

Las mutaciones también pueden acaecer por necesidades políticas. Estas juegan importante papel en la vida las constituciones porque impiden su observancia.

Por último, las mutaciones ocurren por desuso de las facultades estatales e inobservancia de las normas que refieren a ellos. Ej: de normas incumplidas de nuestros textos constitucionales. El juicio político previsto en el art 59 jamás se aplicó para enjuiciar a un presidente, o vice presidente o ministro de la república Argentina.

## **UNIDAD 5: SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.**

Es un conjunto de normas jurídicas que marcan la estructura institucional de un estado haciendo ostensible las principales características de la sociedad que pretende regular.

El documento que se compila este conjunto de normas recibe el nombre de constitución. Es dable precisar que las constituciones usualmente, aunque no siempre, tienen carácter escrito. Este conjunto de normas fija la estructura que tomara el estado. Así mismo, representa la carta fundamental del estado. Esa es su función fundacional, significa que el poder del pueblo es superior a los poderes constituidos.

En la argentina, C.N, se encuentra en vértice superior de la pirámide normativa. En cuanto a la constitución es el resultado de la voluntad del pueblo en que se cristaliza el deseo de la sociedad que compone el estado de que se trate. "las normas que se sanciona en virtud de la C.N están subordinadas a ella, ninguna de las tales normas pueden estar por encima de la constitución a menos que ella disponga lo contrario con regencia al ejercicio de poder constituyente derivado.

La supremacía implica, de suyo, que cualquier norma que se aparte de la Constitución deberá quedar relegada. Esta otra cara de la moneda, es el control de constitucionalidad. Este control permite la vigencia del concepto de supremacía, pues de lo contrario cualquier norma podría oponerse al contenido de la Constitución y dejarla sin efecto. Para explicar lo expuesto es suficiente recordar lo expuesto por el Chief of Justice Marshall en su voto en el célebre caso "Marbury c. Madison" al sostener: "...O la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza". Con esta expresión se clarifica la función ordenadora de la Constitución como Carta de Base o Fundamento sobre el que cualquier otra norma ha de encontrar su origen.

Cada uno de los poderes tiene asignada una función esencial (ejecutar, legislar y juzgar), también es exacto que cada uno de ellos ha sido dotado de un preciso catálogo de atribuciones, facultades y deberes, que deben añadirse a la función esencial asignada.

En otro caso aseveró —la CSJN— que "El principio de supremacía constitucional (art. 31) impone a todo magistrado la obligación de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición a ella; constituyendo esa atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes políticos"

Los estados provinciales son quienes de conformidad dictan sus propias cartas fundantes.

¿En qué consiste dicha conformidad?

En que las constituciones provinciales deberán adecuarse a lo normado por la carta federal. Principalmente de acuerdo a lo dispuesto por los Art.: 5, 123, 124, pena de que el gobierno federal pueda efectivizar en relación con las provincias que se aparte de su manda lo dispuesto por el Art. 6. es decir que la falta en tan trascendente cometido es causal de intervención federal. En caso de conflicto entre la norma federal y la local siempre, prevalecerá la norma federal.

**Relaciones entre el orden internacional y el orden constitucional. El derecho internacional de los derechos humanos. El derecho comunitario y de la integración. Normativa constitucional: formación del bloque de constitucionalidad federal.**

Dr. Carnota (27) resume en tres sistemas básicos la relación posible entre el principio de supremacía constitucional y el derecho internacional público:

1. Supremacía del derecho internacional por sobre todo el ordenamiento jurídico interno, incluida la propia Constitución. Cita como ejemplo la Constitución de los Países Bajos.
2. Prelación del derecho internacional de los derechos Humanos por sobre todo el ordenamiento doméstico, como la Constitución colombiana de 1991.
3. Paridad en el rango entre el derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución. Este sistema es el correspondiente a nuestra Constitución con posterioridad a su reforma de 1994 conforme ha sido plasmado en el art. 75, inc. 22. Norma que más adelante detallaremos.

Es dable afirmar que ya nuestra C.N histórica de 1853-60 no fue ajena a las relaciones del derecho domestico con el derecho internacional y sus posibles consecuencias sobre la naturaleza fundante y suprema de la carta. El Art. 27 prescribe “el gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de los derechos públicos establecidos en esta C.N”. A ellos solo le contrapone un límite: que cualquier obligación asumida internacionalmente no se contraponga a los principios de derecho públicos. El Art. 31 dispone: “esta C.N las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación; y las autoridades de las provincias están obligadas a conformarse a ellos.

El Art. 27 de la convención en cuanto dispone que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En virtud de ellos, la obligación que recae sobre los órganos del estado es la de asignar primacía al tratado ante el eventual conflicto con una norma interna. La corte debe velar por que la relaciones exteriores de la nación no resulten afectadas a causas de actos u omisiones oriundas del derecho argentino.

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y con los concordatos con la santa sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes: (Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; la declaración universal de derecho humano; pacto internacional de derecho económicos, sociales y culturales; el pacto internacional de derechos civiles y políticos y su pro tocológico facultativo; la convención sobre la prevención y la sanción del delito del genocidio; la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la convención contra la tortura y otro tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la convención sobre los derechos del niño).

En las condiciones de su vigencia tiene jerarquía constitucional, no derogan art algunos de la primer parte de esa C.N y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el poder ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara. (art75;inc22). Luego la disposición en enuncia una serie de tratados de D.D.H.H (derechos humanos) que en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía C.N.

La C.N de 1994 requiere distinguir entre los tratados en su concepción anterior a tal enmienda y la posterior. Una y otra categoría suministran materia federal, pero es menester dejar aclarado que los primeros tienen” jerarquía quasi constitucional” asignado `por la convención constituyente; en cuanto que lo segundo si bien tienen un rango superior a la ley, su validez y eficacia dependen de su conformidad con el respeto a los principios constitucionales y al procedimiento establecido para su incorporación al sistema jurídico nacional.

### **El derecho internacional de los derechos humanos**

En materia de derechos humanos la corte suprema de justicia de la nación argentina no es tan suprema.

En definitiva, si bien la actuación de la corte interamericana de DD.HH es subsidiaria, significando ello que el cumplimiento de la convención América de los DD.HH pesa en primer lugar sobre los poderes de los estados miembros aun cuando el interprete final en el orden interno corresponda al poder judicial, y solo entonces, subsidiariamente actuara la corte índice de desarrollo humano será claramente el máximo exponente de interpretación y si interpretaciones prevalecerán sobre las que pudieran haber efectuado el máximo tribunal local.

En torno a interpretación al Art. 27 de la carta magna en relación con el Art. De igual numeración de la convención de Viena sobre los derechos de los tratados al sostener que lo mismo prohíbe “una extensión que implique hacer prevalecer el derecho internacional sobre el derecho interno vulnerándose principios de orden público local. Es claro que afectaría principios de derecho público local una decisión que restringiera el derecho de defensa del imputado, que desconociera a la prescripción como el derecho del imputado a que su proceso penal se resuelva en plano razonable y que soslayara el principio de legalidad al ampliarse los plazos de preescisión o derechamente declararse la imprescriptibilidad sin base legal y retroactivamente”.

Es exacto que puede afirmarse que ante la violación de derechos y libertades reconocidos por la convención americana de los DD:HH, la corte suprema es la corte interamericana de DD:HH. Lo dispuesto por el Art. 28 de la convención americana de los DD:HH que dispone:

1º cuando se trate de un estado parte constituido como estado federal, el gobierno nacional de dicho estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente convención relacionadas con las materias sobre las que ejercen jurisdicción legislativa y judicial.

2º con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurudccion de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta convención.

3º cuando dos o más estados partes acuerden integrar entre si una federación u otra clase de asociación, cuidaran de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectiva en el nuevo estado así organizado, las normas de la presente convención.

Ningún estado podrá invocar su estructura federal para incumplir el tratado.

### **El derecho comunitario y la integración.**

Comienzan a gestarse procesos de integración con miras a la unión de fuerza y esfuerzos no solo con fines económicos sino también de protección de los derechos humanos fundamentales que tan olvidados habías sido durante la segunda guerra mundial, protagonista de la mas inimaginable atrocidades desmedro de la dignidad y la vida humana.

La incorporación por el tratado de Lisboa, entre otras modificaciones de trascendencia que tienden a la democratización de las instituciones de la unión, de la carta de derechos fundamentales como parte integrante del proceso de la unión. Desde entonces las disposiciones de la carta ha pasado a ser jurídicamente vinculantes para todas las instituciones de la unión, al igual que para los gobiernos nacionales de los estados parte cuando aplican el derecho de la unión.

Art. 75 Inc.24 aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supra estatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los DD: HH. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara. En el caso de tratados con otros estados, el congreso de la nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada cámara, declarara la conveniencia de la aprobación del tratado y



solo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara.

La existencia de un tribunal independiente de todos los estados miembros y con específico conocimiento de la materia (común) aplica otorgarle uniformidad y certeza jurídica al proceso de integración.

Un tema que adquiere suma trascendencia es el de los requisitos de reciprocidad e igualdad y más aun el de respeto de los derechos humanos y del orden democrático requerido por la manda constitucional.

La reciprocidad alude al análogo trato brindado por las otras naciones en condiciones similares y de igualdad al principio general.

Esta materia de derecho de integración, nuestra constitución indica dicho principio como necesario para la participación de nuestro país en cualquier proceso que lleva dicha finalidad.

Los principios requeridos por el Art. 75 Inc. 24 lejos de agonizar con el paso del tiempo se encuentran todos los días en revisión y son base, piedra angular de los procesos de integración en curso y que puedan gestarse en el mundo.

### **Los tratados y las leyes. Ley y reglamento:**

Sabemos ya que la constitución junto con los tratados previstos en el Art. 75 Inc.

22, en las condiciones de su vigencia y sin derogar parte alguna de la constitución, y lo que puedan incorporarse de acuerdo al procedimiento previsto en ese mismo Art. Se encuentran en la cumbre, luego le seguirá todos los tratados no enumerados que siempre tienen jerarquía superior a las leyes, lo que lleva a la no aplicación de la absurda regla en este caso de que (ley posterior deroga ley anterior). Tras ello seguirán las leyes.

El tratado, conforme a lo dispuesto por el Art. 2, 1º de la convención de Viena sobre derechos de los tratados de 1969, es "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regidos por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". Nuestro ordenamiento, le ha otorgado a algún tratado de derecho humano análoga valencia que la propia constitución y ha habilitado incluso, la incorporación de los tratados si cumplen con los requisitos que el Art.

75 Inc. 22 imponen, ha otorgado mayor jerarquía que a las leyes al resto de los tratados, siendo de este modo respetuoso las obligaciones internacionalmente asumidas.

Los reglamentos: norma jurídicas de carácter general dictadas por la administración pública. Se estará dando aplicabilidad a lo normado por la ley.

También puede ser interno o externo.

## **SEGUNDO PARCIAL**

**UNIDAD 6: "CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD"**-El control de constitucionalidad. Antecedentes históricos de su formulación. Modelos de contralor. La jurisdicción constitucional. Control de oficio. Diversas acciones y recursos en el derecho constitucional comparado, en el derecho federal argentino y en el derecho público provincial. La jurisdicción interamericana.

**UNIDAD 7: "REFORMA CONSTITUCIONAL"**- La hechura de la Constitución. Procesos de reforma constitucional. Poder constituyente y poder constituido. El poder constituyente en ciclo abierto. Las reformas constitucionales de 1866, 1898, 1949 y 1957. La revisión constitucional de 1994. Los contenidos pétreos. Control judicial del proceso de reforma.

**UNIDAD 8: "INTRODUCCION A LA HISTORIA CONSTITUCIONAL"**- Constitucionalismo clásico: los derechos civiles y políticos. Constitucionalismo social: Los derechos económicos, sociales y culturales. Nuevos perfiles del constitucionalismo.

**UNIDAD 9: "EL PROCESO DE CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO"**- El proceso del constitucionalismo argentino. Derecho patrio. Los pactos preexistentes. La constitución de 1853/1860: Su contexto. Evolución constitucional argentina.

**UNIDAD 10: "INTRODUCCION AL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO LATINOAMERICANO"** - Introducción al Derecho Constitucional Comparado. El Derecho Constitucional de América Latina. Sus sistemas políticos. Formas de estado y de gobierno.

## **UNIDAD 6: "CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD"**

### **Control de constitucionalidad**

La teoría de la Supremacía Constitucional, establece el orden jerárquico de las normas, colocando en 1° plano y como norma suprema a la Constitución. Para que ésta teoría sea efectiva y tenga vigencia en la vida real, necesita de una técnica denominada "Control de Constitucionalidad". A través de ésta técnica se logra que ninguna ley, decreto, sentencia judicial, acto administrativo o acto en particular que contradiga a la Constitución prevalezca sobre ella. Es por eso que si alguna de esas normas o actos contradice a la Constitución se la declara "inconstitucional" y por lo tanto no tendrá aplicación ni producirá efectos.

**Definición:** El control de constitucionalidad es un procedimiento mediante el cual se le da efectividad a la supremacía de la Constitución, cuando ésta es infringida por normas o actos provenientes del Estado o de los particulares. Cualquier norma inferior que viole lo establecido por una norma superior debe ser declarada "inconstitucional", esto es así porque indirectamente se está violando al art. 31, que establece el orden jerárquico de las normas.

El control tiene, entonces, como todo el Derecho Procesal Constitucional, una naturaleza mixta, que lo hace de fondo y de forma, material e instrumental. Esta caracterización bifronte nunca debe ser extraviada a la hora de ingresar en esta rica problemática

## **II. Antecedentes históricos de su formulación**

### **Los antecedentes ingleses**

La institución parece insinuarse en el derecho inglés, el que luego va a ser exportado a las colonias norteamericanas. El doctor Coke aclaró el poder de controlar leyes del Parlamento al decir que “aparece en nuestros libros que en muchos casos el common law controla Acts del Parlamento y que a veces los relega a la absoluta nulidad: porque cuando un Act del Parlamento se opone al derecho común y a la razón, o repugnante o de imposible aplicación, el common law lo controla y se impone sobre tal Act anulándolo.

### **Los antecedentes norteamericanos**

Puede decirse que la revisión judicial comenzó en lo que luego fueron los EE.UU, dado que existieron determinadas condiciones “atmosféricas” propicias para tal desarrollo. Explica Shapiro que la revolución norteamericana, con su ideología de derecho natural y contrato social fue particularmente legalista. Los abogados habían desempeñado un papel considerable en las revoluciones inglesas precedentes. Las colonias estaban organizadas por cartas reales que eran vistas como contratos vinculantes. La revolución no fue expresada como un asalto al régimen jurídico vigente y a sus tribunales sino como una reafirmación de los derechos constitucionales y legales de los ingleses contra un Parlamento avasallador.

Dentro de ese clima, se desarrolló la doctrina de la “judicial review”. Años después, Hamilton expresaba que los jueces deben regular sus decisiones por las leyes fundamentales y no por las que no lo son. Cuando hay una ley particular contraviene a la Constitución, será tarea de los tribunales de justicia adherir a la última y descartar a la primera. (Es a partir del famoso caso “Marbury c. Madison” en donde se activa este criterio).

## **III. Modelos de contralor**

El Derecho Constitucional comparado exhibe diversos sistemas de control de constitucionalidad. La doctrina solía distinguir entre el control político y el control jurisdiccional, según sea el sujeto que realiza el control (órgano político o jurisdiccional), éste último admite la diferenciación entre difuso o descentralizado o norteamericano, y concentrado o centralizado o austríaco. El Derecho Constitucional comparado conoce dos modelos: Puros u Originarios de control de constitucional: El difuso o estadounidense y el centralizado o austríaco. Conforme al primer modelo, cualquier juez puede en un proceso declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla. Conforme al segundo modelo, un único tribunal puede juzgar la inconstitucionalidad de la norma pero en caso de que lo haga ésta no sólo no se aplica al caso sino que pierde vigencia erga omnes. El derecho comparado conoce también modelos impuros o combinados, que sin perjuicio de la facultad de todos los jueces de declarar la inconstitucionalidad de la norma y no aplicarla en la sentencia, admiten también la existencia de un único tribunal con competencia para conocer de ella y hacerle perder vigencia erga omnes.

### **Control político de constitucionalidad de las leyes y reglamentos**

1.1 Gran Bretaña: En el régimen político británico el principio axial es la supremacía parlamentaria, no la supremacía de la Constitución. Gran Bretaña no posee una Constitución codificada, sino que lo que suele llamarse “Constitución británica” es un conjunto de normas del Parlamento, convenciones constitucionales y reglas del Common Law abandonadas por la jurisprudencia. Empero, se carece de un documento único que codifique todo lo anterior, sin que ello signifique que Gran Bretaña no tenga Constitución. La misma es “implícita” y evolutiva.

1.2 Francia: Otro sistema calificado como “político”, denotando con ello la peculiar integración del Consejo Constitucional, ya que allí se sientan tres miembros designados por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional, tres por el presidente del senado, a los que deben agregarse los ex presidentes de la República. Esta institución, nacida de la Ley Mayor gaullista, sufrió cambios en su decurso histórico basados en tres momentos:

- 16 de julio de 1971: Para anular una disposición legislativa, se acudió al Preámbulo Constitucional, entendido que la libertad asociativa configuraba un principio fundamental reconocido por las leyes de la República.
- 29 de octubre de 1974: Por una ley constitucional de esa fecha, se extiende la legitimación activa para incoar el control a priori de las leyes orgánicas y ordinarias. y los reglamentos de las cámaras parlamentarias, además del presidente de la República, del primer ministro y de los presidentes del Senado y de la Asamblea Nacional, a 60 diputados o 60 senadores.
- 23 de julio de 2008: Se incorpora a la Constitución el texto del art. 61-I, en virtud del cual se puede atacar la constitucionalidad de una ley a posteriori por reenvío de la Corte de Casación o del Consejo del Estado.

Las cosas ya no son como antes. La ley era “el metro” supremo; hoy en día, es la Constitución. Se hablaba de principio de legalidad: hoy, de principio de constitucionalidad. Así va hoy con supra constitucionalidad.

### 1.3 El derecho constitucional marxista

Las constituciones alineadas en este bloque han dado preferencia a la Asamblea, en detrimento de los jueces, y han considerado inmunes al control de estos los actos de la primera, por estimar que en ella estaban los representantes de la clase proletaria. La legalidad socialista, en cuanto implica de algún modo una norma primaria fundamental, no requería de mayores intérpretes que la Asamblea.

### 1.4 El islamismo político

La primera Constitución de la reacción religiosa fue la de la República Islámica de Irán de 1979. Dotada de una estructura coránica (“en nombre de Dios, clemente y misericordioso”) con principios en vez de artículos, concede la atribución de velar por la prevalencia de las mandas del Islam y de la Constitución al consejo de Vigilancia. Se ha valorado a este sistema como una "muestra sui generis de control de constitucionalidad, propio del singular régimen teocrático-republicano adoptado en tal país"

## 2. El control jurisdiccional

2.1 El control jurisdiccional difuso, descentralizado o norteamericano. Dicho esquema es el que fluye a partir del ya referido pronunciamiento “Marbury” y se extendió a varios países de América, entre ellos, a la República Argentina, como se anticipara a partir del caso “Sojo”.

Este diagrama parte del supuesto de que todos los jueces de todas las instancias, están apoderados para inspeccionar la constitucionalidad de las leyes.

Explica Domingo García respecto del control difuso: El término empieza a usarse de los años 30 y es frecuente su uso en la doctrina hispánica. Consiste en un calificativo que se da al sistema o control de la constitucionalidad que tiene su origen en los EE.UU y en donde se conoce como revisión judicial. Es un sistema de control de la constitucionalidad, mediante el cual, sin derogar una norma simplemente se inaplica para el caso concreto, sin crear precedentes y que es aplicado por cualquier juez, en cualquier caso, bajo cualquier circunstancia. Resguarda el acceso a la justicia, ya que en el sistema de control difuso todo ciudadano tiene acceso directo a la

justicia, y como no existe diferencia alguna entre justicia ordinaria y justicia constitucional, todo ciudadano puede accionar frente al tribunal por violación de sus derechos constitucionales

#### 2.1 El control jurisdiccional concentrado, centralizado o austríaco:

Kelsen, su inspirador, se ha matizado que “el sistema austríaco”, considerado habitualmente la realización práctica del sistema kelseniano, es anterior a este. La gran teoría del legislador negativo sobrevino después. Esta Constitución omitió toda referencia al control de constitucionalidad material de la ley, lo que generó un debate doctrinal que en la dogmática constitucional alemana se llamó la batalla para el examen jurisdiccional de las leyes. Este sistema, fue iniciado con las Constituciones checa y austríaca ambas en 1920 trasplanta la institución de la judicial review para localizarla en un tribunal especializado: La corte o Tribunal Constitucional.

#### 2.3 La convergencia o mezcla de ambos sistemas:

En el derecho constitucional comparado se ha constatado que no existen sistemas puros, ya que dentro de una misma matriz puede haber matices que hagan difícil encasillar o catalogar a tal o cual régimen de control en un esquema modélico. No existe un esquema modélico ideal, ni tampoco tipos ideales, sino que cada país va calibrado con su propia idiosincrasia, el propio sistema de contralor constitucional. Grecia Portugal o las nuevas democracias de la Europa Oriental prueba palpable de la creciente “hibridación” de los modelos de justicia constitucional, es decir, una combinación de elementos del régimen difuso y del concentrado. El control de constitucionalidad argentino intenta conllevar un nivel de concentración y abstracción, se procuraría una cara ‘difusa’ y otra ‘concentrada’, una mixtura o hibridez en la efectividad de las conductas del máximo operador de la Constitución argentina”

#### 2.4 Nuevas modulaciones: amplias y restrictivas:

La irrupción de los “nuevos constitucionalismos” tiene el énfasis puesto en la protección de los derechos fundamentales por parte de los jueces y del juez constitucional en particular, ha obligado a nuevas lecturas de la tradicional función de la judicial review, a fin de no descompensar la división de poderes y, en definitiva, la primacía del Derecho.

### **IV. La jurisdicción constitucional**

La institución de la jurisdicción constitucional produce el efecto de extender al legislador el principio de legalidad, obligando al departamento del poder legislativo, al respecto de la norma superior. Bajo esto, fluye una problemática de usos del lenguaje. Ruffía refiere que la jurisdicción constitucional no se singulariza por el carácter de un órgano independiente y especial, sino por la actividad estatal de índole jurisdiccional encargada de resolver problemas de materia constitucional.

#### ¿Justicia constitucional?

Esta es la comparación realizada por cualquiera (un órgano ad hoc, un juez ordinario, un legislador u otro) entre normas constitucionales y normas comunes.

Zagrebelsky, postula que la justicia constitucional está, en efecto, constituida por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de casos controvertidos, aunque no se agota solamente en esto.

## ¿Defensa de la constitución?

Comprende el de **garantías constitucionales**: medios jurídicos, dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando ha sido desconocido o violado.

**La defensa constitucional** es el conjunto armónico de instituciones y actividades que tienen por finalidad remediar los agravios generales cometidos contra la constitución.

### **Contenidos del Derecho Procesal Constitucional:**

El centro de esta disciplina está dada por la jurisdicción constitucional comprensiva de: A. La magistratura constitucional. B. Los procesos constitucionales.

La magistratura constitucional: Desde un punto de vista lógico y racional el poder conferido a un órgano estatal que ejerce una actividad jurisdiccional es consecuencia del principio de supremacía. En consecuencia, se va perfilando a una magistratura constitucional con jueces versados en asuntos constitucionales. Los diseños que ostenta el sistema de justicia constitucional latinoamericano, enderezaron la identificación de cuatro tipos de magistratura constitucional

I. Tribunales o cortes constitucionales extra-poderes, fuera del complejo orgánico del Poder judicial. Chile, Ecuador, Guatemala, Perú.

II. Tribunales constitucionales imbricados en el departamento judicial del poder, dentro de la estructura organizativa del poder Judicial. Bolivia y Colombia.

III. Salas constitucionales, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela.

IV. Cortes supremas que se convirtieron en tribunales Constitucionales, conservan competencias de legalidad, propias de su ubicación en la cúspide del Poder Judicial, Argentina, Brasil, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay. Tal figuración se complejiza en función de modelos concentrados- Bolivia, Chile, Costa Rica, Panamá, Paraguay, Uruguay-, difusos- Argentina, Puerto Rico-, duales- Perú- y mixtos- Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, República Dominicana, Venezuela. Cualquiera que sea el sistema específico de control constitucional (concentrado, difuso o mixto), queda en claro que hay cada vez más cuestiones constitucionales que requieren de su actuación.

### **Los procesos constitucionales:**

Un enfoque material concibe al proceso constitucional como aquel que tiene por objeto preservar la supremacía de la norma constitucional cuyo contenido finca en pretensiones fundadas en normas constitucionales. La materia litigiosa y las normas son de esencia constitucional.

La existencia de diversos procedimientos específicamente diseñados para activar la defensa constitucional pende de lo que fije la perspectiva Ley Mayor. (Cód. Procesales, Cód. Civiles, Leyes orgánicas) En el vector de la jurisdicción constitucional de la libertad o de los procesos constitucionales de garantía éstos suponen medios capaces de hacer efectivas las situaciones

subjetivas reconocidas por la suprema ley constitucional y también de hacer eficaz instrumentos de equilibrio de los poderes, en especial, el ciudadano.

La reforma constitucional Argentina de 1994 explícitamente acogió la acción de amparo; la de habeas corpus y la de habeas data, siendo la primera una protección genérica contra cualquier acto de autoridad pública y la segunda una tutela de la libertad física o de locomoción, y la tercera un cauce de protección del derecho a la autodeterminación informativa.

### **Control de oficio:**

Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ellas. Incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución aplicando en caso de colisión de normas, la de mayor rango, la constitucional y desechando la de rango inferior.

### **Diversas acciones y recursos en el Derecho Constitucional comparado, en el Derecho Federal Argentino y en el Derecho Público provincial**

**1. Derecho Constitucional Comparado:** Este, exuda en el siglo XXI. En él los diferentes modelos constitucionales o arquetipos permiten identificar patrones constitucionales globales o considerar grados de similitud o convergencia constitucional en un área particular; también notas de disimilitud que expliquen su potencia identitaria. Uno de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo ha sido el de la universalización de la jurisdicción constitucional acoplada a los procesos de democratización. El derecho comparado no es el derecho extranjero (es un error común que se comete) puesto, que aquel confronta las fuentes de éste. Groppi distingue diferentes tipologías de acceso a la justicia constitucional e implanta una diversidad de acciones y recursos:

A. Acceso directo con control concreto: se caracteriza en razón de que la revisión de constitucional de actos y leyes se cumplimenta en el momento de la aplicación de aquellos y en virtud de que el sujeto legitimado pueda por derecha acudir al juez de la constitucionalidad.

B. Acceso directo con control abstracto: éste patrón de acciones y recursos se evidencia en los sistemas concentrados de inspección de constitucional, pergeñando un cauce procesal para acceder rectamente al Tribunal Constitucional. Aquellos que pueden acceder son: A- estados federales o regionales. B- entidades locales. C- presidente de la República. D- primer ministro. El Presidente de Asamblea Legislativa o Parlamento. F- Minorías parlamentarias. H- órganos constitucionales.

C. Acceso indirecto con control concreto: en este prototipo el contralor constitucional se centraliza en el Tribunal o Corte Constitucional, al que el juez ordinario remite la cuestión de constitucionalidad de una norma jurídica aplicable en un caso concreto, de oficio o a petición de parte. El proceso constitucional se desarrolla ante la magistratura y no ante el juez común del proceso principal y ordinario.

### **Derecho federal argentino**



2.1 Notas tipificantes: El perfil del control de constitucional en el Derecho federal argentino ha sido descifrado en función del extracto de una serie de notas básicas, cuya revista se impone con carácter preliminar a la exposición de los principales procesos constitucionales que operan en el perímetro de la jurisdicción constitucional federal:

A. Difuso: ante la inexistencia de un fuero constitucional especializado, corresponde a todos los jueces, sin distinción de categoría o jurisdicción

B. Fundamentalmente letrado: la inspección de constitucionalidad resulta ejercida por jueces diplomados en Derecho, sin perjuicio de haberse registrado la actuación, tanto en la jurisdicción federal como estadual, de jueces legos.

C. Permanente: el contralor constitucional es cultivado por órganos jurisdiccionales con vocación de continuidad, incluso en periodos de receso judicial.

D. Reparador: respecto de normas y mixto, en cuanto: hechos y actos: una vez dictada y promulgada la norma jurídica, resulta operativa la atribución, con lo cual aquella se activa a posteriori de su sanción y en ocasión de la misión de los tribunales de justicia de aplicar las leyes a los casos ocurrentes.

E. Se ejerce por vía de excepción y de acción: con enclave en el modelo americano, que oficia de fuente, señala que sea en forma incidental o de defensa jurisdiccional, sea en forma de acción o de inconstitucionalidad, en caso de ser admitida, lo cierto es que mediante la revisión judicial de leyes se asegura el gobierno de la ley suprema de la Nación, sin que sea destruida ni afectada por la intrusión legislativa.

F. Incondicionado: en el orden federal el análisis de inconstitucionalidad resulta esencialmente incondicionado, sin instruir un examen preliminar sobre el fondo de la cuestión de constitucionalidad por parte de un órgano diferente del que debe pronunciar el juicio definitivo de inconstitucionalidad.

G. Sujetos que lo promueven: por vía de principio, el sujeto habilitado para reclamar la inconstitucionalidad de una norma o acto resulta el agraviado.

H. Parcial con relación al radio de acción: En función de que no todas las prescripciones legales, como tampoco los actos de gobierno resultan sometidos al control judicial de constitucional.

I. Vigila normas, actos y omisiones: la revisión de constitucionalidad se cierne en torno a normas infraconstitucionales, generales e individuales: leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones, o cualquier órgano público.

J. Decisorio, aunque sometido a la jurisdicción supranacional: Los pronunciamientos jurisdiccionales que dirimen la conformidad o disconformidad constitucional de leyes y actos asumen naturaleza decisoria y no de meras observaciones, consejos o dictámenes, una vez pasados en autoridad de cosa juzgada justifican la intervención del Máximo Tribunal en aras de asegurar la ejecución de lo resuelto.

K. Lo resuelto se ciñe al caso concreto, salvo fallos de la corte suprema: Deviene de un principio jurisprudencial ortodoxo del modelo de jurisdicción constitucional federal, que lo decidido por una causa o caso judicial se aplica solo a ella, sin derogarla.

L. Efectos retroactivos y restitutorios: consiste en que el juez debe resolver la causa como si la norma no existiera, por lo que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad. Cuando lo que se declara inconstitucional es un acto o hecho, es posible conferir al pronunciamiento efectos restitutorios.

### **Diversas acciones y recursos:**

Entre los principales procesos constitucionales que se implantan en el panorama descripto precedentemente de la jurisdicción constitucional federal cabe anotar las siguientes vías de acceso:

- I. Acceso declarativa de inconstitucionalidad: La acción declarativa de inconstitucionalidad ha trascendido tres periodos en su historia: 1- el primero, se extiende hasta el año 1967, fecha en que se reforma el Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación y se incorpora la acción declarativa como proceso judicial. 2- El segundo período finaliza en 1985 en el cual la Corte Suprema no admite el control de constitucionalidad. 3- El tercer periodo comienza en 1985, con la posición admiraría del Máximo Tribunal.
- II. Acción de amparo: La acción de amparo en el orden federal emergió pretorianamente, primero ante actos de autoridad pública en 1957 en el caso "Siri. Angel". Tal secuencia en su figuración como proceso constitucional de garantía habrá de coronarse con la decisión fundamental de la voluntad constituyente de 1994. Art. 43 primer párrafo C.N. Tras la reforma constitucional, el rol de la acción de amparo ha gestado intensas disputas en torno a su definición; una posición juscientífica lo visualiza como una acción directa y operativa. Por el contrario, insiste en su papel excepcional, supletorio, residual o subsidiario: no opera si hay otras rutas procesales idóneas para atacar la lesión o amenaza.
- III. Acción de habeas corpus: El proceso constitucional de habeas corpus ha sido considerado como el más firme baluarte de la libertad civil. Máquina de procedimiento de Habeas corpus cuándo se denuncia un acto u omisión de autoridad pública que implique la limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente. No obstante, la dogmática ha individualizado un cupo de modalidades diversas

- A. Habeas corpus clásico o reparador: trasunta una acción de Derecho Público que procede siempre que la afectación de la libertad no provenga de la autoridad competente o no consista en orden escrita, que la orden no esté fundada por la ley.
- B. Habeas corpus restringido: esta especie se tipifica por la pretensión de concluir con perturbaciones menores a la libertad ambulatoria.
- C. Habeas corpus correctivo: esta variedad se singulariza por resguardar las condiciones de ejecución de la pena privativa de la libertad, captando una diversidad de situaciones lesivas o agravantes de aquellas.
- D. Habeas corpus preventivo: esta tipología se especifica para resistir o enervar amenazas ciertas y graves de detenciones de restricciones menores a la libertad y de trato indebido en establecimientos carcelarios.
- E. Habeas corpus de pronto despacho: Se incoa con miras a apremiar la conclusión de trámites administrativos necesarios para la disposición de la libertad.
- F. Habeas corpus por mora en la traslación: se practica con el propósito de recuperar la libertad de un detenido ante órdenes de capturas libradas por magistrados de otra jurisdicción.

#### **Acción de habeas data:**

Un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación.

- a. Habeas data informativa con miras a permitir la asequibilidad expresa y clara de información sea que se agote en una sola toma de conocimiento, o recupera la precisión del destinatario y del objeto.
- b. Habeas data aditivo: tendiente a agregar datos faltantes o actualizar los obrantes en un archivo, registro o banco.
- c. Habeas data rectificador, dirigido a remendar la información errónea.
- d. Habeas data reservador, con la finalidad de resguardar la confidencialidad de datos, evitando o minimizando riesgos de su disseminación a terceros.
- e. Habeas data cancelatorio o exclutorio, en la medida en que se encauza con el objetivo de anular datos de información sensibles.

#### **Recurso extraordinario federal:**

Es aquel que excepcionalmente se acuerda para que la corte asegure la primacía de la constitución y determine la inteligencia de los tratados y las leyes federales y de las comisiones ejercidas den nombre de la autoridad nacional. El núcleo decisivo del recurso extraordinario federal radica en la materia o asunto en la que se resulta imbricada la disputa o conflicto que compromete al orden constitucional federal, en su supremacía o en su interpretación, se las ha clasificado en:

**A. Cuestión federal simple:** aquellas que discurren en torno a la interpretación de la C.N, leyes federales, tratados internacionales.

**B. Cuestión federal compleja:** aquellas que versan sobre la compatibilidad de una norma o acto, nacionales o locales con la ley mayor, discriminándose entre:

**II.A- Cuestión federal compleja directa:** cuando el conflicto se suscita entre la Ley superior y el bloque de constitucional por ella definido, respecto de normas o actos nacionales, tratados internacionales, etc.

**II.B- Cuestión federal compleja indirecta:** cuándo el encuentro se promueve con motivo de la discordancia entre una regla de jerarquía superior y una norma inferior.

Al esquema introductorio de Carrió (440) , se ha propuesto la sistematización de las causales de arbitrariedad en tres grandes secciones:

III.Arbitrariedad normativa: aquellas decisiones que no resultan una derivación razonable de la normatividad en vigor, sentencias infundadas o inadecuadamente fundadas.

IV.Arbitrariedad fáctica: aquellos pronunciamientos que no evalúan idóneamente a los hechos y prueba de la Litis.

V.Arbitrariedad concurrente: aquellas soluciones que suman uno o varios tramos de vicios de arbitrariedad normativa y fáctica incurriendo en déficit de fundamentación y motivación.

### **Derecho público provincial**

Las facultades de contralor de constitucionalidad de tribunales provinciales, el alcance de su jurisdicción y la forma en que ejercen su ministerio, todo ellos reglado por las Constituciones y leyes locales, se conecta con el respeto debido a la atribución de los Estados provinciales de darse sus propias instituciones y regirse por ellas. En el plano estadual, si bien existen injertos del modelo centralizado o austriaco en ciertos ensayos del Derecho procesal constitucional provincial, persiste como patrón genérico la vía de acceso incidental, indirecta o de excepción, típica del modelo desconcentrado o norteamericano que habilita a los órganos jurisdiccionales a la revisión de constitucionalidad de actos y leyes.

### **La jurisdicción interamericana**

En virtud de una nota tonificante de las Constituciones de la segunda posguerra; aquellas han individualizado y definido un nuevo paradigma jurídico; el del Estado Constitucional de Derecho, en el cual la soberanía estatal interna y externa, resulta jurídicamente limitada por el principio de la tutela de los derechos fundamentales del mantenimiento de la paz y de la salvaguarda de las instituciones democráticas en los que se condensa el desiderátum de una civitas máxima. Se deriva que los sistemas políticos en trayecto hacia la consolidación de la democracia y el estado de derecho, se comprometen con tratados internacionales para que la presión internacional favorezca el fortalecimiento de las instituciones, trocando al derecho internacional en una herramienta para consolidar el cumplimiento de la Constitución.

Comienza en 1979 la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en la ciudad de San José de Costa Rica. Tiene una legitimación activa reducida, ya que

básicamente solo la Comisión y los Estados Parte pueden acudir ante sus estrados. Desde el año 2006 en que se dictó el caso “Almonacid Arellano y otro c”, la corte Interamericana de Derechos Humanos viene insistiendo con una novel institución, el llamado “control de convencionalidad”, dicho instituto trasunta un mecanismo específico de supervisión de congruencia de la normativa y prácticas internas de los Estados con las directivas del pacto de San José de Costa Rica. El objetivo del control de convencionalidad consiste en determinar si la norma enjuiciada es o no convencional; si lo es, el juez la aplica. Caso contrario, la inconvencionalidad importa una causal de invalidez de la norma que apareja el deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado. Implica además, y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una interpretación convencional de la norma nacional y en función de la regla interpretativa del principio pro homine a que refiere el art.29 del Pacto de San José de Costa Rica.

## **UNIDAD 7: “REFORMA CONSTITUCIONAL**

### **La hechura de la Constitución: del papel a la praxis constitucional colectiva**

Ha sido complejo y largo el proceso que ha posibilitado el tránsito desde la primera Carta Magna inglesa de 1215, pasando por peticiones de derechos y la mismísima Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, hasta el concepto actual de constitución en los sistemas republicano-democráticos. La voz constitución evoca dos presupuestos:

- Autodeterminación: el pueblo decide darse a sí mismo un orden político, que es estructurado y organizado.
- Limitación: aquellos que han de ejercer temporalmente el poder, lo harán a partir de competencias y atribuciones debidamente limitadas.

Se utiliza la expresión hechura de la Constitución porque denota algo de trabajo de sastre, que debe componer dificultosamente a partir de retazos o de piezas de diferentes texturas. Esta breve introducción sólo ha perseguido demostrar que las constituciones son más que

majestuosas o deplorables construcciones de papel. Por eso es tan importante centrarse en los procesos que las desencadenan.

### **Poder constituyente en busca de los orígenes de la teoría**

Vivimos un tiempo en el que, los Estados diseñan sus instituciones a partir de constituciones escritas. Por ende, estas son un presupuesto dado, incuestionable, de cualquier reflexión sobre el Derecho Constitucional. Pero no siempre ha sido así: los agrupamientos humanos, aun en sus formas más primitivas, siempre disponían de pautas básicas (escritas o no) que organizaran esa convivencia en común o que brindarían directrices en ese sentido.

Pero hay dos acontecimientos que cambian radicalmente el modo de ver estas cuestiones:

- La sanción de la constitución de EE.UU (1787): Surge la idea de que hay una norma fundamental, suprema, que organiza el Estado, establece cuáles son los poderes que lo conforman, sus atribuciones y los límites a los que están sujetos.
- Revolución Francesa (1789): Se funda un nuevo orden, basado en la igualdad esencial de todos los hombres desde su nacimiento

Según Sieyès ``estas leyes son llamadas fundamentales, no en el sentido de que pueden llegar a ser independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y obran gracias a ellas no pueden tocarlas ni violarlas. En cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de la delegación. En ese sentido las leyes constitucionales son fundamentales''. Es el poder constituyente el que determina la forma en la que han de organizarse y desenvolverse los poderes constituidos por él mismo. Como consecuencia, Sieyès remata: "El gobierno no ejerce un poder real más que en tanto es constitucional; sólo es legal cuando es fiel a las leyes (fundamentales ) que le han sido impuestas".

### **Poder constituyente y poderes constituidos**

El concepto de poder constituyente es atribuido al pueblo de la Nación y el de los poderes constituidos, como el conjunto de los órganos y de las competencias creadas por aquél, mediante la Constitución, para el gobierno de la Nación y de las subentidades (ej. provincias) que pudieran conformar de ésta. Es decir que todo poder y toda autoridad provienen del pueblo, que dicta la Constitución (ej. En el preámbulo, son los representantes del pueblo de la Nación, por voluntad y elección de las provincias, quienes ordenan, decretan y establecen la Constitución. También en los art.33 y 37 que cifran en el principio de la soberanía del pueblo la principal fuente de los derechos y de la legislación. ). Al mismo tiempo ese pueblo es el que estatuye que los poderes constituidos son limitados. Por eso, la segunda parte de la Carta Fundamental, denominada "orgánica", porque instituye los órganos y funciones de gobierno, se denomina "Autoridades de la Nación", el primero de cuyos títulos está dedicado al "Gobierno federal" (arts. 44 al 120) y el segundo, al "Gobierno de las provincias" (arts. 121 al 129).

El poder constituyente originario es una ``norma metajurídica'', dado que él es ``el que crea y distribuye las competencias, de donde resulta que `tiene´ poder constituyente aquel que puede organizar las competencias del Estado'', el que ``se manifiesta o se ejerce al fundar un nuevo

orden de competencias'', formalizando en una Constitución. Ésta última cierra el ciclo creacionista de naturaleza política, e inaugura el ciclo jurídico durante el cual ese poder constituyente permanecerá en reposo hasta que vuelva a activarse (ya como poder constituyente derivado), en función de los propios mecanismos jurídicos establecidos por la constitución para su propia reforma (art. 30).

Puede definirse al poder constituyente: expresión de la voluntad de autodeterminación política de un grupo humano que, en un territorio dado, decide organizarse jurídicamente como un Estado, pero lo cual establece las reglas fundamentales de la convivencia (constitución) reconociendo derechos a las personas y asignando competencia a los órganos de los que se compondrá el Estado, y fijando el procedimiento que deberá seguirse para modificar dichas reglas fundamentales.

El poder constituyente derivado solo consiste en una facultad de revisión, lo que supone que se trata de una competencia constitucionalmente reglada, regulada que se mueve dentro de la esfera de la positividad, de lo ya constituido. En una Estado federal, el poder constituyente derivado de primer grado, es el que se despliega para reformar la Constitución Nacional. El derecho de una provincia de dictar una constitución (art.5 y 123) es un poder constituyente derivado de la constitución federal, de tipo secundario y de segundo grado y debe ajustarse a las pautas de ésta.

Los límites a los que está sujeta el poder reformador son:

- Autónomos: son los que emergen de la propia Constitución y pueden subdividirse en:
  - Sustanciales o materiales: las reformas deberán adecuarse a los derechos, principios y garantías sobre las que se asienta la organización institucional (republicano-democrático-federal, en Arg). El Preámbulo y la primera parte de la Constitución (1-43) operan como límites sustanciales o materiales.
  - Formales o procedimentales: los cambios no podrán concretarse sin observar el procedimiento establecido (art.30 CN) para que pueda hablarse de creación regular de normas (constitucionales) de la más alta estirpe jurídica.
- Heterónomos: surgen de los tratados internacionales, que potencian nuestro derecho interno, muchos de los cuales tienen jerarquía constitucional (art.31 y 75 inc. 22). Las disposiciones de dichas convenciones "imponen un límite heterónimo (24) , externo y colateral al poder constituyente derivado, de manera que si al reformarse la Constitución se incorpora a ella algún contenido violatorio de un tratado preexistente, ese contenido que es producto de la reforma debe calificarse como inconstitucional "

### **El proceso de reforma constitucional**

La reforma es el mecanismo previsto por la Ley Fundamental para su propia actualización, dado que sin esa válvula, el texto constitucional permanecería inmutable, pero a costa de negar lo que está inscripto en la dinámica misma de la vida en sociedad: el cambio. En la Argentina, el propio Joaquín V. González previno: "Hacer una Constitución irreformable sería detener, impedir el desarrollo de la cultura"

La rigidez de una Constitución se asienta sobre la premisa de que la reforma debe ser llevada adelante por un procedimiento diferente y más complicado que aquel previsto para la sanción de las leyes ordinarias, y por un órgano distinto del Congreso.

Las Constituciones denominadas flexibles son producto siempre de la misma autoridad, es decir, el mismo órgano es el que sanciona las leyes ordinarias y las enmiendas constitucionales.

Una situación particular se presenta en la Argentina tras la reforma de 1994. En efecto, el art. 75, inc. 22, reconoce jerarquía constitucional a once tratados internacionales sobre derechos humanos, que junto con la Constitución conforman el denominado bloque de constitucionalidad federal.

El proceso de reforma constitucional puede ser definido: actividad desplegada por el órgano especialmente previsto para, en representación del pueblo de la Nación y en ejercicio del poder constituyente derivado, modificar la Constitución, valiéndose del procedimiento predeterminado por ella misma.

Art. 30: "La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto".

El procedimiento fijado prevé dos etapas: A) la denominada preconstituyente o de iniciativa a cargo del Congreso; B) la de revisión, en cabeza de la Convención Constituyente. No hay probabilidad de convocar a la Convención sin llamar al pueblo para escuchar su palabra en el momento en el que él tiene que elegir a los convencionales que han de reformar la Constitución.

En la primera fase la actuación del Congreso es imprescindible, porque declara la necesidad de una reforma total o parcial. Si es total, el Congreso debería proporcionar algún marco de orientación y encuadre en torno de los fines propuestos para la reforma, de sus políticas globales, etc. Si es parcial deberá indicar el temario: los artículos o las materias sujetos a cambio.

Otra cuestión que se plantea es si el acto declarativo de la necesidad de la reforma debe formalizarse mediante una ley. Por ello, hay autores (Bidart Campos) que postulan que, ante la no exigencia expresa por parte del art. 30, de que este acto se concrete por medio de una ley y amén de nuestra historia, la declaración podría efectuarse por medio de las dos cámaras reunidas en pleno (asamblea legislativa).

Respecto de la segunda fase, para que ésta se lleve a cabo, es necesario convocar al cuerpo electoral, para que elija a los convencionales. Esto es además, una forma de escuchar al pueblo sobre la declaración efectuada por el Congreso. Una vez elegidos los convencionales deben reunirse y establecer la metodología que seguirán para deliberar y tomar decisiones, lo que suele concretarse mediante el dictado de un Reglamento Interno.

### **Contenidos pétreos: ¿la Constitución tiene cláusulas irreformables?**

Art. 30: "la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes", desde el punto de vista cuantitativo es posible reformar íntegramente la C.N. El problema está en el plano cualitativo, dado que hay autores que defienden la tesis de que la Constitución cuenta con



contenidos pétreos, que no pueden reformarse porque representan el ADN del sistema constitucional argentino.

Este tipo de cláusulas constituyen un intento por clausurar ciertos contenidos, por implicar ciertos valores, y volverlos inmunes a cualquier intento de tocarlos. En estrictez, la C.N no explicita que haya contenidos petrificados. Esa falta de explicitación hizo que los autores partidarios de los contenidos pétreos tengan que desentrañar de la arquitectura constitucional vista como un todo cuáles serían esas materias perennes. Para algunos son la forma federal de gobierno y la libertad de tránsito (de personas y bienes) entre las provincias, la forma democrática de gobierno (art.29), la abolición de la confiscatoriedad (art.17) y de la pena de muerte (art. 18).

Según Bidart Campos los contenidos pétreos serían:

- La democracia como forma de Estado, basada en el respeto y reconocimiento de la dignidad del hombre, de su libertad y de sus derechos.
- El federalismo como forma de Estado, que descentraliza el poder con base territorial.
- La forma republicana de gobierno, como opuesta a la monarquía.
- La confesionalidad del Estado, como reconocimiento de la Iglesia Católica en cuanto persona de derecho público.

### **Ejercicio del poder constituyente en la Argentina**

Dividiremos el estudio en cuatro períodos: 1) el correspondiente a las primeras y precarias manifestaciones, que se desarrolló entre 1810 y 1852. 2) El que se materializó en el texto de 1853, ciclo que permaneció abierto hasta 1860, con la aceptación por parte de la Provincia de Buenos Aires del esquema institucional adoptado en 1853, lo que explica por qué suele hablarse de la Constitución de 1853-1860. 3) El ciclo de las reformas producidas en 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994.

#### **Primeras manifestaciones del poder constituyente patrio**

El poder constituyente tuvo su primera manifestación el 22 de mayo de 1810, ratificada tres días después, cuando el pueblo de la ciudad de Buenos Aires asume el ejercicio de la soberanía por caducidad de la autoridad real. Fernando VII, al que se le había jurado fidelidad en 1808, había caído a manos de las fuerzas napoleónicas, dando pie a que los criollos invocaran la teoría de la retroversión de la soberanía delegada en el Rey. Pero dada la urgencia y la dificultad de convocar a los representantes de las otras provincias, Bs As lo hizo a ``nombre de todo el pueblo del Virreinato``.

La Primera Junta dictó a los 6 meses de su establecimiento el Decreto de Supresión de Honores (6/12/1810). La Junta Grande fijó su Reglamento Interno, considerado como ``la primera Constitución`` en la medida en que estableció ``una reglamentación de los poderes del Estado, adecuada perfectamente a las necesidades de la época``, y determinó que los hombres tienen

ciertos derechos que no les es permitido abandonar. La Asamblea de 1813 asumió la ``representación y el ejercicio de la soberanía de las Provincias Unidas del Río de la Plata``, dado que fue convocada con el carácter de general constituyente aunque no llegó a dictar ninguna constitución.

La Asamblea desarrolló una importante tarea legislativa al tiempo que construyó las bases de la igualdad y del respeto por la dignidad humana.

El congreso de 1816 (Tucumán) fue convocado con una doble finalidad: oficializar la independencia argentina y sancionar una constitución, para lo cual se declaró representante de la soberanía nacional, pero solo se logró lo primero.

En abril de 1817, el Congreso de Tucumán fue trasladado a Buenos Aires, donde años después fueron dictadas dos constituciones de corte unitaria, la de 1819 y la de 1826.

La fuerte reacción contra la intentona unitaria se materializó en una serie de acuerdos impulsados por las provincias litorales. El más importante es el suscrito el 4 de enero de 1831 por Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos (luego se sumó Corrientes), conocido como Pacto Federal. Éste determinó la forma de organización que adquiriría el Estado argentino, en la medida en que invitaba a las demás provincias a unirse a la federación. Como el resto de las provincias se sumaron paulatinamente, este Pacto adquirió ``el carácter de estatuto o Ley Fundamental de la Confederación``, hasta el punto de que ``así se lo consideró en el Acuerdo de San Nicolás`` origen del Congreso General Constituyente, que posibilitó la sanción de la Constitución de 1853.

### **El ejercicio constituyente rinde sus frutos: sanción de la Constitución en 1853.**

Los enfrentamientos entre Urquiza (gobernador de Entre Ríos) y Rosas (gobernador de Buenos Aires), hicieron que el primero lanzara el 5/04/1851 un histórico pronunciamiento: Entre Ríos reasumía las relaciones exteriores delegadas en Rosas, e invitaba al resto de las provincias a que hicieran lo mismo. Esto fue una declaración de guerra que se consumió el 3/02/1852, cuando las fuerzas de Urquiza y Rosas chocaron en Monte Caseros. Con la derrota de Rosas comenzó una organización nacional definitiva bajo la divisa de que no había vencedores ni vencidos y de que había que cumplir el Pacto Federal de 1831.

Urquiza invitó a todos los gobernadores a que concurrieran el 20/05/1852 a San Nicolás de los Arroyos donde el 31/05 se suscribió el Acuerdo, ocasión en la que los mandatarios de 14 provincias se comprometieron a organizar la ``administración general del país bajo el sistema federal`` y a enviar a dos representantes cada una al Congreso General Constituyente.

Pero los senadores volvieron a separarse. El 20/11/1852 se instaló el Congreso Soberano Constituyente en Santa Fe y el 25/05/1853 con la presencia de delegados de 13 de las 14 provincias, fue promulgada la Constitución federal. Al Congreso de Santa Fe no asistieron los representantes de Buenos Aires, cuya Legislatura rechazó el Acuerdo de San Nicolás y entró en continuas pugnas con Urquiza hasta consumar su secesión en abril de 1854, con la sanción de la Constitución del Estado de Buenos Aires, que siguió aislada hasta 1860.

### **El ciclo constituyente originario abierto hasta 1860**

Si bien en el Preámbulo de la Constitución de 1853 se había fijado como propósito de la república "afianzar la paz interior" fue necesaria una nueva batalla para constituir la unión nacional. El 23/10/1859, las tropas nacionales al mando de Urquiza, vencieron a las porteñas al mando de Mitre en Cepeda. El 10/11/1859 se celebró el Pacto de San José de Flores, el Pacto de Familia que selló los objetivos pergeñados por el Preámbulo. Buenos Aires se declaró parte integrante de la Confederación Argentina, para la cual se acordó que aquella convocara a una Convención provincial con el fin de que se discutiera si era necesario introducir reformas al texto constitucional sancionado en 1853.

La Convención porteña sesionó entre el 5/01 y el 12/05 de 1860, y se limitó a propiciar reformas "absolutamente necesarias", que según Mitre no alteraban el espíritu, estructura y fines esenciales de la Constitución.

Para que las reformas pudieran ser incorporadas al texto constitucional, el 14/09/1860 comenzó a sesionar la Convención Constituyente convocada a tal efecto en Santa Fe.

Se fijó que el gobierno federal residiría en la ciudad que se declarara capital por ley especial, se introdujeron los actuales arts. 32 y 33, se suprimió la exigibilidad de que el Congreso revisara las constituciones dictadas por las provincias, se precisaron los alcances de la competencia de la Justicia Federal y de las causales para que proceda la intervención federal, etc.

#### **¿La Constitución es de 1853 o de 1853-1860?**

El art. 30 del texto de 1853 preveía que la Constitución sólo podía ser reformada cuando transcurrieran 10 años desde su jura por los pueblos de las provincias. Para facilitar la reincorporación de Buenos Aires fueron posibilitados los cambios impulsados por esta provincia antes de que acabara aquél término. Se ha discutido sobre si lo sucedido en 1860 fue una reforma constitucional en propiedad o una manifestación más del ejercicio del poder constituyente originario, que se agotó en 1860.

González Calderón sostuvo que la Constitución data de 1853 y que lo acontecido en 1860 fue una reforma en propiedad, resultado de una transacción patriótica que respondía a la circunstancia de reconocer a Buenos Aires su derecho a la revisión del código político sancionado por un Congreso en que no estuvo presente, además estaba en armonía con los principios federalistas en que se inspiró la Constitución de 1853. Según Sánchez Viamonte, el poder constituyente se desarrolló entre el Cabildo del 22 de mayo de 1810 y 1860. Durante todo este período, el acta constituyente, entendido como el acto político, unívoco, renovado constantemente, tiene un carácter "múltiple".

Bidart Campos perfeccionó la tesis de Sánchez al postular que el poder constituyente originario fue de carácter "abierto", dado que "su ejercicio no quedó agotado en 1853, sino que abarcó un ciclo que se cerró en 1860".

#### **Las reformas constitucionales en particular**

**En 1866 se amplían las atribuciones tributarias de la Nación**

Fue una reforma parcial, que se concretó en Santa Fe, donde la Convención sesionó entre el 10 y el 12 de septiembre de 1866. Se modificaron dos artículos de la Constitución: el art. 4 y el 67 inc. 1. El motivo fue ampliar el sine die la potestad del gobierno federal de percibir derechos de exportación y de importación para conformar el tesoro nacional.

### **En 1898 se discute sobre las atribuciones de una Convención reformadora**

Se modificaron sólo dos disposiciones de la Constitución: art. 37 para ajustar la base poblacional sobre la que debía hacerse el cálculo para determinar la cantidad de diputados nacionales por provincias, y el 87 referido al número de ministros con el que debía contar el Poder Ejecutivo.

Esta reforma fue singular por 3 razones: A) Se celebró en Bs As; B) Si bien la ley habilitante de la reforma 3507 había autorizado a que se reformara también el art.67 inc.1 para posibilitar la instalación de aduanas en los territorios del sur del país, la Convención decidió no reformar dicha disposición por las discrepancias que se plantearon en su seno respecto de la cuestión. Esto prueba que el temario fijado por el Congreso es una ``oferta`` que se hace al constituyente y que éste puede aceptar o no; C) Es la primera Convención en la que se discutió abiertamente si el ejercicio del poder reformador podía ir más allá de los puntos habilitados por el Congreso al declarar la necesidad de la reforma.

### **La reforma total de 1949: la corta vida de la Constitución peronista**

La ley 13.233 fue sancionada en agosto de 1948, en medio de una fuerte polémica, debido a que la oposición denunció que no se había cumplido con el requisito exigido por el art. 30 de la C.N, de que la necesidad de la reforma fuera declarada por las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara del Congreso. Además la ley no determinaba los alcances de la reforma. La Convención (sesionó en Bs As entre el 24/01 y 11/03 de 1949) terminó sancionando una nueva Constitución.

Los cambios más notorios fueron los introducidos en la primera parte de la Constitución (principios fundamentales) en las que se consagraban los derechos de la familia, de la ancianidad, de la educación y la cultura. También se reconocían derechos del trabajador al tiempo que se establecía la función social de la propiedad, el capital y la actividad económica (art.38) y se posibilitaba que el Estado, mediante una ley, pudiera intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad en salvaguardia de los intereses generales (art. 40).

En la parte orgánica postulaba la elección directa del presidente y del vice y la posibilidad de que estos fueran reelegidos para un segundo período consecutivo. Respecto de los jueces (federales) inferiores se estipulaba un mecanismo de remoción por medio de un jury de enjuiciamiento regulado por una ley especial. Se atribuía a la Corte Suprema la función de Tribunal de Casación en materia de interpretación de derecho común, y se preveía que la exégesis que el Alto Cuerpo efectuara en esa tarea y en materia constitucional sería aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales (art.95)

### **La reforma de 1957: la vuelta a la Constitución de 1853**

Tras el levantamiento militar (revolución Libertadora) que significó el derrocamiento del presidente Juan Domingo Perón en 1955, el gobierno provisional, auto atribuyéndose poderes revolucionarios, declaró el 27/04/1956 la vigencia de la Constitución de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898. Por medio del decreto 3838 el 12/04/1957 el mismo gobierno declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución restablecida para afianzar los derechos individuales y sociales. Tras la elección de convencionales la Convención Constituyente se instaló en Santa Fe donde el 23/09/1957 ratificó que la Constitución que rige es la de 1853 con todas las reformas posteriores excluida la de 1949. Los cambios introducidos incorporaron el art. 14 bis y en el entonces art. 67 inc.11, la previsión de que el Congreso podía dictar el Código del Trabajo y Seguridad Social.

### **La revisión constitucional de 1994: la Argentina cuenta con un bloque de constitucionalidad**

La génesis política de esta reforma parcial fueron dos decretos dictados por Carlos Menem en 1993, con el fin de convocar una heterodoxa consulta popular no vinculante para plantear si era necesaria una reforma constitucional. El objetivo era habilitar la posibilidad de un segundo mandato suyo, algo que la Constitución prohibía. Ante esto y sabiendo de que la reforma era inevitable y de que convenía acordar cambios que fueran más allá de permitir la reelección, Raúl Alfonsín firmó con Menem el Pacto de Olivos (14/11/1993) y casi un mes después el Pacto de la Casa Rosada, por medio del cual los dos partidos (el justicialista y la UCR) acordaron la base a las que se ajustaría la convocatoria de la reforma. El Pacto quedó plasmado en la ley 24.09

Las sesiones se desarrollaron en Santa Fe entre el 25/05 y el 22/08 de 1994.

Fue añadido un capítulo de nuevos derechos y garantías (art.36 al 43) que apunta en dos direcciones. Por una parte se refuerza la defensa del orden constitucional al reconocerse el derecho de resistencia contra actos de fuerza (art.36), así como el carácter de los partidos políticos como "instituciones fundamentales de la democracia" (art.38) también se avanza hacia variantes de la democracia participativa ej. Al prever la posibilidad de que los ciudadanos impulsen proyectos de ley. La reforma significó la recepción de los derechos de tercera generación para asegurar la tutela del medio ambiente y la protección de los consumidores.

Desde 1994 el país goza de un bloque de constitucionalidad federal en que se reconoció jerarquía constitucional a 11 documentos internacionales sobre derechos humanos y hasta se previó un mecanismo para que otras convenciones sobre la materia, luego de ser aprobadas por el Congreso, gocen de igual raigambre (art.75 inc.22). Los jueces, además de aplicar un control de constitucionalidad, deben desplegar ahora un control de convencionalidad, para custodiar que todo el derecho interno se ajuste a los parámetros internacionales emergentes del bloque de constitucionalidad/convencionalidad.

En la parte orgánica, la reforma también estableció la elección directa del presidente y vicepresidente (con la posibilidad de que sean reelegidos para un segundo período consecutivo), así como de los senadores y proyectó en el seno del Poder Ejecutivo la figura del Jefe de Gabinete de Ministros.

También fue insertado el Ministro Público, con sus dos brazos: la Procuración General y la Defensoría General. La reforma incorporó el Consejo de la Magistratura (art.114) y el Jurado de Enjuiciamiento (art.115). Fueron constitucionalizadas la Auditoría General de la Nación (art.85) y la Defensoría del Pueblo (art.86).

Posibilitó que las provincias conformen regiones (art.124) y les impuso la exigencia de que reconozcan la autonomía municipal (art.123) y que la Ciudad de Buenos Aires cuente con un gobierno autónomo (art.129)

### **Control judicial del proceso de reforma**

Este control supone que un poder constituido (poder judicial), destinado a aplicar la Constitución, puede controlar la tarea del poder constituyente reformador, concebido precisamente para reconfigurar la Constitución, esto es, las normas de la alta jerarquía.

El problema es, cuál sería el argumento que justificaría que un poder constituido controlara el ejercicio de un poder constituyente, y si en el caso de que el examen fuese posible, cuáles serían los alcances de dicho control para no afectar la división de poderes y para que los jueces no terminen reemplazando a los constituyentes.

La respuesta al primer interrogante: el poder constituyente originario no está sujeto a norma positiva alguna que los condicione, pero una vez fijada la Constitución, todo el ordenamiento jurídico queda subordinado a ella, incluido el ejercicio del poder constituyente reformador. Éste último conserva el rótulo de constituyente, pero no deja de ser constituido e instituido por la Constitución, en la medida en que ésta establece el procedimiento para su propia reforma.

A ello se le suma que el control de constitucionalidad es la atribución conferida al Poder Judicial, para asegurar la supremacía constitucional, y son los magistrados los que deben asegurar el cumplimiento del procedimiento previsto por la Constitución para su actualización.

En una Constitución rígida (la nuestra) dicha reforma, para ser legítima deberá transitar por un determinado procedimiento (art.30), es decir, exigencias.

### **Del caso ``Soria de Guerrero`` a ``Fayt``.**

La primera vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) debió afrontar esta cuestión fue en la causa Soria de Guerrero, Juana A. c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A, fallada el 20/09/1963. Ante la demanda promovida por una mujer (alegaba haber sido despedida pese a que había una huelga y a que gozaba de fueron sindicales), la parte demandada cuestionó la constitucionalidad del art.14 bis, por entender que no se había cumplido enteramente con el procedimiento fijado por el Reglamento de la Convención para la sanción de dicha reforma.

La CSJN fijó que el principio era la no revisión de una reforma constitucional. Según el Alto Cuerpo, no constituía una cuestión justiciable el ``examinar el procedimiento adoptado en la formación y sanción`` de una disposición constitucional. Pero sentó una excepción para que cayera dicha regla: en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos que condicionan la creación de la norma constitucional. La CSJN no precisó cuándo sucedería tal falencia que ameritaría su intervención.

En la causa Ríos la CSJN ya había lanzado una advertencia que consumará en Fayt: es menester poner de relieve que los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquellos se haya circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia.

La reforma de 1994 introdujo una cláusula que dejaba abierta la posibilidad que de los jueces federales fueran sustituidos a los 75 años. La causa Fayt se suscitó porque el art. 99 inc.4, 3º párrafo, referido a la atribución del poder ejecutivo de designar (con acuerdo del Senado) a los magistrados de la CSJN y a los demás jueces de los tribunales inferiores, exigía ``un nuevo nombramiento procedido de igual acuerdo'' para que pudiera continuar en el cargo una vez que cumplieran 75 años. Fayt cuestionó su constitucionalidad y pidió que se la declarara nula. Según él implicaba una vulneración de la garantía de inamovilidad de la que gozaban los jueces mientras durara su buena conducta y suponía una extralimitación en la que había incurrido la Convención Constituyente dado que la ley 24.309 no había habilitado a flexionar dicha garantía.

La CSJN concluyó que, como había argumentado Fayt, no habían concurrido los requisitos mínimos necesarios para poder sancionar válidamente una disposición como la que exigía un nuevo nombramiento de los jueces federales que cumplieran 75 años. De acuerdo con la mayoría del Alto Cuerpo, el art. 99 inc. 4 párrafo 3 devenía nulo, de nulidad absoluta.

## **UNIDAD 8: "INTRODUCCION A LA HISTORIA CONSTITUCIONAL"**

### **Los derechos fundamentales. El constitucionalismo**

Originariamente, los derechos del hombre han solido denominarse "derechos individuales" actualmente, conviene más aludir a la persona humana y no al individuo, especialmente por razones iusfilosóficas, y paulatinamente comenzaron a denominarse "derechos humanos". Éstos imponen la exigencia de su plasmación y vigencia sociológica en el derecho constitucional, en el que una vez positivizados, parte de la doctrina los apoda "derechos fundamentales".

Dentro de los textos constitucionales modernos, se puede ver que una parte importante de tales instrumentos se emplea a la consagración de lo que se denomina "derechos fundamentales", entendiendo por tales, a un sistema de valores y principios de alcance universal, propios de la condición humana.

Para poder vislumbrar el sentido y alcance de los "derechos fundamentales" hay que ver la época de surgimiento del Constitucionalismo, así como también al movimiento social, político, económico y filosófico que le dio sustento. Sin duda fueron las ideas de la ilustración (Thomas Hobbes, John Locke, Rousseau, etc.) las que motorizaron el proceso de independencia de las colonias inglesas del norte de América en 1776 y consiguientemente la Constitución de los EE.UU (1787), así como la Revolución Francesa, pilares del constitucionalismo.

El constitucionalismo implicó el auge de la constitución formal, escrita, que estatúa la supremacía de la Constitución sobre la base de reconocimiento igualitario de derechos a todos los hombres y de la división de poderes.

### **Nuestra Constitución. Generación de derechos. Derechos civiles**

A partir de comienzos del siglo XIX, el proceso histórico que se inició con las revoluciones atlánticas, comienza a expandirse en las colonias hispanoamericanas, dando a diversos procesos



independentistas, como el del Virreinato del Río de la Plata, que dio lugar al surgimiento de nuestro Estado Argentino con la sanción de su Constitución en 1853/60.

En su parte dogmática, denominada “Declaraciones, Derechos y Garantías” se incluyen aspectos fundamentales que consagran los principios y valores, que caracterizaron a la primera etapa del constitucionalismo moderno y a los cuales se los denomina “derechos civiles y políticos” o “derechos de primera generación”.

Cada uno de los artículos y cláusulas de las Declaraciones, Derechos y Garantías poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación.

Estos derechos se van a caracterizar por irrogar al Estado de una obligación de tipo negativo, que se traduce en un deber de abstención, de no coartar el libre ejercicio de los derechos que le asisten a cada uno de los individuos. Su intervención se circunscribe a la de garantizar el mayor y más pleno ejercicio de tales derechos a todos los individuos.

La potestad de intervención del Estado, se justifica sobre la base del interés general y el bien común de toda la sociedad. Tal pauta administrativa fue reforzada a partir de la jerarquización de los documentos internacionales que fueron incorporados en 1994, ya que estos instrumentos incluidos con jerarquía constitucional poseen pautas y criterios que se integran y complementan al texto constitucional.

Los derechos de primera generación que surgen en este marco histórico-social, político-económico, son los que comprenden los derechos más eminentes de la persona, la vida, la igualdad, la libertad (que puede ser: física o de locomoción, de trabajo, de industria, de comercio, de cultos, de prensa, de circulación o tránsito, de navegación), la propiedad privada, etc.

Nuestra norma fundamental también previó la inclusión de principios, que obran de refuerzo del sistema de derechos consagrados, como:

- La cláusula de derechos no enumerados o implícitos.
- Las garantías institucionales del sistema republicano.
- La rigidez constitucional, etc.

### **Derechos sociales, económicos y culturales.**

El constitucionalismo social surge a partir de la necesidad de adecuación del sistema liberal clásico frente a la problemática de un creciente conflicto social, a partir de la segunda mitad de siglo XIX, como consecuencia de la diferente posición que poseían los hombres frente a la efectiva posibilidad de ejecutar los derechos que constitucionalmente fueron consagrados.

La cuestión social consistió en la explotación inicua del hombre por el hombre. La profundización del proceso, que nace con la Revolución Industrial, posibilitó la concentración y el crecimiento económico del sector empresario, como consecuencia de la explotación de la clase obrera debido a la falta de reglas que aseguraran condiciones dignas de trabajo. Esto forjó la necesidad de que el Estado abandonara ese rol inactivo que lo caracterizara y asumir una función

institucional diferente a la desigualdad e inequidad que planteaba la relación entre el capital y el y trabajo.

A comienzos del siglo XX, las sociedades empezaron a demandar una acción positiva del Estado y una serie de prestaciones para subsanar la desigualdad socioeconómica de las personas que impedía el goce de la libertad y de los derechos.

De este modo, va a tener lugar el *constitucionalismo social*.

Durante la primera mitad del siglo XIX, hay dos grandes guerras (1ª-1914/1918- y 2ª-1939/1945- guerra mundial) y va a aparecer el primer Estado socialista con la Revolución Rusa de 1917, que se plasma en la Constitución de 1918. Tanto México en 1917, como Alemania en 1919, fueron los primeros Estados que van a incorporar la problemática social dentro de sus textos constitucionales.

Es a partir de la finalización de la 2ª Guerra Mundial cuando los derechos sociales quedaron formal y definitivamente incorporados a los textos constitucionales contemporáneos.

En Argentina, la incorporación de los derechos sociales también es consecuencia de un proceso complejo, el cual inicia con la reforma de 1949. Esa Constitución fue abrogada en 1955 por un golpe de Estado que se autodenominó "*Revolución Libertadora*". Con posterioridad, ese gobierno militar llevó la Asamblea Constituyente de 1957, e incorporó a la Constitución de 1853/60 el artículo 14bis referido a los derechos del trabajo, así como la indicación de dictar un Código de Trabajo en el art.67 inc. 11 del texto original (art.75 inc.12 C.N).

Si bien varios partidos presentaron proyectos en el seno de la Convención propiciando la declaración de nulidad del decreto-ley 3838/57 y la invalidez de los títulos de los convencionales, la Convención rechazó las impugnaciones realizadas y declaró la validez del mandato de los convencionales y la legitimidad de la Asamblea.

Operada esa reforma constitucional, los derechos sociales quedaron incorporados en forma expresa y definitiva al texto constitucional, quedando así de manifiesto las necesidades del hombre y la sociedad a las que el Estado debe atender.

El constitucionalismo social se caracterizó por agregar a los clásicos derechos individuales (civiles y políticos) los derechos sociales (económicos sociales y culturales) y a la vez va a limitar el derecho de propiedad reglamentándolo "*en función social*".

En esta segunda generación al hombre no se lo ve frente al Estado sino asociado en grupos (partidos políticos, sindicatos). Esta etapa no solo cambia la posición del hombre, sino que para enfrentar las grandes desigualdades, se convocó al Estado a que intervenga para que a través de actos de gobiernos logre superar dichas desavenencias. A este rol se lo llamó "*Intervencionista*" o "*Estado de Bienestar*". La democracia liberal pasa a ser democracia social y el Estado Liberal pasa a ser Estado social o Social y Democrático de Derecho.

### **Derechos políticos. Particularidades.**

A diferencia de lo que sucede con los derechos civiles, que recaen sobre todas las personas con una proyección amplia. La titularidad de los derechos políticos se reconoce sólo a los integrantes de la comunidad política nacional, ya que tiene por objeto la participación en la vida política y en el gobierno del Estado. Es decir, constituyen los instrumentos de que dispone el ciudadano

para intervenir en la vida pública, o el poder político con el que cuenta para participar, configurar y decidir en la vida política del Estado.

### **Particularidades**

Si bien los derechos políticos nominalmente surgen dentro de la primera etapa del constitucionalismo clásico con el estatuto del poder, su inclusión expresa en los textos constitucionales como consecuencia de la problemática que plantea la cuestión social y la lucha de clases.

En orden a la conceptualización de los derechos políticos, el primer problema que se presentaba era la dificultad de definirlos de acuerdo a su propia naturaleza jurídica, dado que muchos de los derechos considerados "civiles", son a su vez susceptibles de ejercerse con fines políticos.

La distinción va a estar dada por la finalidad con que ese derecho "civil o político" sea ejercido.

Los derechos políticos no aparecen en los textos fundamentales en forma distintiva, correspondiendo en muchos casos, que una parte importante de la formulación de tales derechos deban ser incorporados a través de la labor del intérprete constitucional y por la vía de los derechos implícitos.

En el ámbito del derecho constitucional comparado, la inclusión de estos derechos en nuestra Constitución tuvo lugar con la reforma constitucional de 1994.

En tal enmienda constitucional se incorporaron estos derechos en el art.37. *"Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia (...) "*

A partir de la jerarquización de los tratados internacionales hay que considerar las pautas que a tales efectos contemplan los mismos.

- Art.38: los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático (...)
- Art.39: los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados (...)
- Art.40: el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley (...)

### **Nuevos perfiles del Constitucionalismo: los derechos de tercera generación. Derecho ambiental y del consumidor. Derechos de incidencia colectiva. Perspectiva futura.**

Los derechos de tercera generación surgen como respuesta a nuevas realidades y necesidades humanas, como la protección del ambiente, a los usuarios y consumidores, etc.

Aparecieron luego de los derechos individuales y sociales, y fueron aceptados, primero en la comunidad internacional y luego en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.

Son aquellos que trascienden la esfera individual, es decir, afectan a la sociedad en general y son entidades colectivas quienes ejercen su titularidad, su reconocimiento en los textos constitucionales genera obligaciones de dar y de hacer, en los poderes públicos.

Existe una problemática entre quienes niegan la existencia de derechos colectivos en cabeza de la sociedad y quienes reconocen y consideran a la sociedad como titular de los derechos públicos subjetivos.

En el texto constitucional se regularon los derechos de incidencia colectiva en general, por lo que se advierte que se atendió a sus efectos y titulares antes que al objeto de protección (el ambiente, valores culturales)

Hay autores que sostienen que éstos se hallaban comprendidos dentro de los llamados derechos implícitos incorporados en el art.33 de la CN 1853/60.

Con la reforma de 1994 se incorporaron a través de cláusulas específicas y con los pactos internacionales del art. 75 inc 22 y 23.

### **Derecho ambiental**

El ambiente está en crisis y esta situación constituye una consecuencia directa de un modo de concebir a la naturaleza, al hombre y la relación entre ambos.

La ciencia jurídica consideró tal situación y reguló distintas instituciones jurídicas a fin de protegerlo. Por eso se habla del derecho a un ambiente sano, ubicado entre los "*derechos de tercera generación*", puesto que alude a las generaciones futuras y requiere la búsqueda de nuevos fundamentos y regulaciones de la conducta humana.

El problema ambiental se planteó en el año 1972, con la creación de una Comisión Internacional para la preservación del Medio Ambiente. En nuestro país, en el año 1976 con el decreto 751/73 tuvo lugar la creación de la Secretaría de Estado de Recursos Naturales y Ambiente Humano. En 1976 con los gobiernos de facto la cuestión ambiental perdió importancia y reapareció en 1983, con cláusulas ecológicas en las Constituciones provinciales que fueron sancionadas o reformadas a partir de 1986.

Otro antecedente es el Pacto Federal Ambiental de 1993, firmado entre el Gobierno nacional y diecisiete gobiernos provinciales. Las partes se comprometen a someter al desarrollo económico, la protección ambiental y se hace referencia a los compromisos contratados en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. Se reconoce al Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA) y la Secretaría de Estado de Recursos Naturales y Ambiente Humano, como autoridades de aplicación e instrumentos de coordinación de la política ambiental.

La cuestión ambiental requirió del dictado de una Ley General de Ambiente (6/11/2002) que tratase cuestiones como: política ambiental argentina, regulación especial en materia de daños, seguros y responsabilidad, tanto civil como penal, etc. De acuerdo con esta ley, la política nacional en la materia deberá cumplir:

- Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales.
- Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras.
- Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos, etc.

La ley debe sujetarse también al cumplimiento de los principios:

- Principio de congruencia: la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental, deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la ley.
- Principio de prevención: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que se pueden producir en el ambiente.
- Principio precautorio: toda vez que haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.
- Principio de equidad intergeneracional: los responsables de la protección ambiental deberá velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.
- Principio de progresividad: los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma Gradual.
- Principio de responsabilidad: el generador de efectos degradantes del ambiente es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición.
- Principio de subsidiariedad: el Estado nacional tiene la obligación de colaborar y participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.
- Principio de sustentabilidad: el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente.
- Principio de solidaridad: la Nación y las provincias serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar.
- Principio de cooperación: los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional.

La cláusula ecológica en el texto constitucional implicó cambios en las distintas ramas del derecho.

- Derecho administrativo: son necesarias nuevas instituciones. Se requiere de cambios y reconocimiento de nuevas facultades provinciales, nacionales y municipales, así como también de nuevos procedimientos administrativos.
- Derecho procesal: es más fácil acceder a la justicia, ya que se amplía la legitimación para reclamar por vía de amparo, acciones colectivas, y se prevén mecanismos de procedimientos administrativos relacionados con la preservación y protección del ambiente.
- Derecho penal: necesidad de regular los *delitos ambientales*.

### **Derechos de usuarios y consumidores.**

Son los que plantean cambios en cuanto a la concepción de la persona humana, del Estado, de las corporaciones y de las relaciones que surgen entre ellos. Stiglitz señala que el aumento de las relaciones comerciales y las técnicas de comercialización, hacen que el consumo se evidencie como un nuevo "sector" que deba ser regulado con normas dentro de un esquema más dinámico, innovativo y proteja a las partes más débiles de la relación.

Un antecedente de su regulación es la primera ley sobre protección al consumidor de Quebec de 1971 (Canadá).

En nuestro sistema implicó una modificación sustantiva en la ideología liberal de la Constitución Nacional histórica de 1853/60 y hasta en la concepción social de la

Convención de 1957.

El derecho de libertad contractual, de comerciar, navegar, asociarse y enseñar, el derecho personal de propiedad, etc. fueron consagrados en los arts. 14 y 17 de la norma de base. Estos fueron reglamentados por la legislación común, civil y comercial, conforma al actual art. 75 inc 12 C.N

A partir de 1990 ante la desregulación del Estado y la privatización de empresas estatales, bajo los principios del neoliberalismo económico, surge la necesidad de proteger a usuarios y consumidores frente al creciente mercado.

En 1993 se dicta la ley 24.240 de Defensa del Consumidor. En 1994 se introdujo el art. 42 al texto constitucional (ver art.42). En 2008 se sumó la ley 26.361, que modificó aspectos importantes de la ley 24.240 y otorgó mayor protección a usuarios y consumidores.

La defensa del consumidor busca proteger los derechos patrimoniales de usuarios y consumidores (seguridad de no sufrir daños de intereses económicos, libertad de elección, etc.) y busca la protección de la salud de los individuos y evitar menoscabos en ella.

Es una ley de derecho común y establece los presupuestos mínimos para la protección de estos derechos y se intriga con las normas generales y especiales aplicables en la materia.

La protección de estos derechos tiene lugar en la *Relación de Consumo- vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario-*.

Para asegurar la defensa de los intereses de usuarios y consumidores, se prevé facultades y atribuciones de la autoridad de aplicación, como: proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor o usuario a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes, recibir y dar curso a las inquietudes y denuncias de los consumidores o usuarios, etc.

Su reconocimiento dio lugar a reformas en materia civil con la incorporación de la pena civil y daño punitivo a favor del usuario, y en el derecho procesal con las nuevas acciones judiciales y los legitimados para su interposición para defensa de los derechos.

### **El art.43 de la Constitución Nacional, la protección de los derechos colectivos y de incidencia colectiva.**

Si bien con la reforma constitucional de 1994 se incorporó el amparo colectivo, ésta comenzó a tener lugar con anterioridad a dicha enmienda, como en los casos Ekmejdjian (1992), Bustos (1987).

El segundo párrafo del art. 43 establece: ``...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y las formas de su organización``.

Una lectura flexible del segundo párrafo de éste artículo, permite sostener que la afectación no se asienta en las personas sino en los derechos y garantías que toda persona tiene para defender una situación de tanta importancia. El derecho o garantía que se defiende será la premisa mayor, y de lo afectado una ampliación de las coberturas asistenciales que parten del titular agraviado,

sigue en el derecho del pueblo, continúa con las entidades representativas, y ocupa a quienes esfuercen la protección mediante la instauración de las acciones deducidas para la tutela de los derechos de incidencia colectiva y de pertenencia difusa.

Una cuestión importante son los efectos de la sentencia en los procesos colectivos. Hay que señalar tres aspectos: en primer lugar, la sentencia que pone fin al proceso tiene efectos *erga omnes* porque beneficia o perjudica a la colectividad en general y produce cosa juzgada.

En segundo lugar, tales efectos dan lugar a consecuencias cuantitativas positivas, ya que se puede vislumbrar cierta economía procesal y pecuniaria, al posibilitar que no existan numerosos reclamos respecto a los mismos derechos.

Por último, si la sentencia reconoce el derecho reclamado por los accionantes, no surgen inconvenientes, pero si la solución perjudica a alguno de ellos, es posible que el afectado pueda iniciar una nueva acción.

## **UNIDAD 9: "EL PROCESO DE CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO"**

### **El proceso del constitucionalismo Argentino**

Para dar comienzo a un desarrollo del proceso del constitucionalismo argentino, deberemos antes reflexionar sobre los hitos e influencia intelectuales que se reflejaron al mismo. La crisis de la monarquía española de principio del siglo XIX y por otro lado intentos de construcción empírica de un Estado nacional, sin sujeción a ningún plan preestablecido.

El constitucionalismo nace y se desarrolla en el Rio de la Plata es un concepto de ley fundamental e influido por la doctrina del poder constituyente, ejercitada por las revoluciones angloamericana y francesa en virtud de la voluntad soberana de la constitución. Creaba un orden político tratando de estructurar al estado, según la tipología racional normativa con algunos contenidos históricos, asegurando a los ciudadanos el goce de los derechos individuales. A ello debe sumarse la acción intelectual francesa sobre el Rio de la Plata recogida por escritores españoles y criollos, como lo fue con él.

### ***Contrato social de ROUSSEAU***

Este contrato expresa que el poder de fruto de un tipo de contrato bilateral entre gobernantes y gobernados por medio de este convenio el hombre cede totalmente su persona y sus derechos a la comunidad perdiendo su libertad natural pero ganando la libertad civil y la propiedad que lo posee. *"todos los hombres serán iguales y libres si renuncian por igual y al mismo tiempo su libertad, y la voluntad de todos pasa por ser el único soberano al que se someten"* Montesquieu en *"el espíritu de las leyes"* analiza las tres principales formas de gobierno: república, monarquía, despotismo.

Además de sostener la separación de poderes y un equilibrio entre lo mismos a fin de garantizar los derechos y libertades individuales. Montesquieu es un claro ejemplo del liberalismo aristocrático, también trata de demostrar que todo tipo de gobierno se concentra y se articula en un conjunto de leyes se refiere a la educación, a la administración de justicia, al matrimonio y a toda la vida civil.

### **Concepto liberal revolucionario:**

Se asentó en dos pilares fundamentales, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. El art 16 de la declaración que encabeza la constitución Francesa de 1791, decía que “toda sociedad es la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida no tiene constitución “

La doctrina: que produjo del francés Manuel Belgrano y que introdujo a través de su obra “Principios de la ciencia económico –política” influyo fuertemente en este proceso.

## **Derecho Patrio**

### *Situación y antecedentes nacionales*

El proceso del constitucionalismo argentino esbozando la dinámica de los procesos políticos y sociales que se desarrollaron en el país entre los años 1810-1816 periodo que comprende la Revolución ,la asamblea del año 1813 hasta la declaración de la independencia .

Sucesos previos que dieron origen a la revolución de mayo, como así también las instituciones y organización políticas imperantes, además de las corrientes ideológicas que gravitaron sobre los políticos y revolucionarios de esa época.

Con la llegada de la semana de mayo nos encontramos con un pueblo que ya se había manifestado anteriormente e impuesto sus decisiones ,proyectando la ruptura del régimen colonial, El rey Fernando VII es obligado a devolver el poder a su interior titular, el padre ,Carlos IV ,el cual es obligado a abdicar en favor de José Bonaparte , por presión de Napoleón estos sucesos darán comienzo a la lucha de la resistencia española pero la noticia de la pérdida de poder por parte de los monarcas españoles y la posterior caída de la península llega a Montevideo y a Buenos Aires hechos estos darán comienzo a la agitación por parte del pueblo se convocara a un cabildo abierto en el cual se decidirá sobre la situación de la Monarquía hispana . Teniendo en cuenta que España ya no tenía gobierno con autoridad en las colonias americanas ni ejercito suficiente para controlar un movimiento independiente entonces si en España el pueblo había elegido los inmigrantes de las juntas, los criollos poseían el mismo derecho ante la ausencia de Fernando VII y consecuentemente el virrey no tenía autoridad para seguir gobernando. Donde se gestó la revolución fue el cabildo definido como revolución, este de administración local asumible a las municipalidades, se encontraba en Buenos Aires, era el asiento de las autoridades virreinales y el núcleo de concentración de la mayor actividad económica, en virtud de que allí se encontraba el puerto.

Con respeto a las elecciones de un nuevo gobierno, mencionaremos la posición que propicia el obispo LÚE quien sostuvo que mientras existiese un solo español en América, ese español debía mandar a los americanos y que el poder solo volvería a los americanos cuando ya no hubiera un solo español en América, Castelli dice que en

América se encuentra ligada al monarca español a quien América le ha prestado juramento de fidelidad. América no era propiedad de nadie solo había un juramento de fidelidad al monarca. Al haber caído este América recobraba sus títulos .Villota reforzara la tesis de Castelli y sostendrá que en este cabildo no está presentado el resto del virreinato.

### ***Pactos preexistentes:***

Dentro de este periodo de 1820 a 1852 se firmaran importantes pactos preexistentes que se aluden en el preámbulo de nuestra constitución Nacional. Los mismos fueron celebrados con el objeto de afianzar las relaciones pacíficas entre las provincias y afirmar la soberanía nacional y realizar la suprema finalidad de organizar constitucionalmente a la república. Todos estos pactos preexistentes evidencian el firme e interrumpido propósito de las provincias de mantener la integridad y la unidad de la nación y organizar jurídicamente esta por medio de una constitución federal



### ***Pacto de pilar:***

Este pacto fue celebrado en la capilla el 23 de febrero de 1820 entre los gobernadores Sarreta, en representación de Buenos Aires, por una parte los caudillos Estanislao López, de Santa Fe y Francisco Ramírez de Entre Ríos por otra el signo fundamental de este pacto en el cual las partes hablan de gobierno federal es "Con el fin de terminar la guerra suscitada entre dicha provincias, proveer a la seguridad ulterior de ellas y de concentrar sus fuerzas y recursos de un gobierno federal.

Este tratado dice que las partes convienen que dentro de los sesenta días habría que reunirse en el convento de San Lorenzo en la provincia de Santa Fe, los diputados de las partes signatarias para acordar lo que mejor conviniera a los intereses generales del país.

### ***Tratado de Benegas:***

Este pacto fue firmado en un estado de inestabilidad política que llevo a la guerra a Buenos Aires y Santa Fe .Interviene como mediadora entre ambas la provincia de Córdoba restableciendo la paz entre ambas provincias ,córdoba en su carácter de mediadora aceptan concurrir a un congreso que se realizan en la ciudad mediterráne, este tratado debe su nombre al lugar en el cual fuera celebrado el 24 de noviembre de

1820 lo que se determinó un tratado de paz perpetua entre la provincia de Buenos Aires y Santa Fe para la firma de este tratado no se había convocado a Ramírez , lo cual trajo como consecuencia el posterior enfrentamiento entre Santa Fe y Entre ríos y su posterior ruptura esta división acerca de Santa fe y Córdoba , ante la inminente amenaza de Ramírez y de Carreras .

Ante la exigencia de Santa Fe de recibir una compensación económica por los gastos de la guerra, la provincia de Buenos Aires se comprometió a entregar 2500 cabeza de ganado como indemnización siendo garantía de las mismas el coronel Rosas este tratado disponía la paz, armonía y buena correspondencia entre Buenos Aires y Santa Fe, la reunión en el congreso Nacional de diputados en la ciudad de Córdoba con el objeto de organizar al país y la remoción de todos los obstáculos que pudiesen hacer infructuosa a la paz.

### ***Tratado de cuadrilátero:***

Se firma el 24 de enero de 1822 y pone fin al congreso de Córdoba, el cual había nacido con dificultades y del cual Buenos Aires ya había retirado sus diputados mediante el mismo se arreglan algunas cuestiones litigiosas en materia de límites entre las partes contratantes, Entre Ríos, y Corrientes.

Corrientes había adquirido su plena autonomía después de la denominación que había ejercido Ramírez ,destituido y remplazado por el General Mansilla quien para mantener su hegemonía discute la propiedad a Entre Ríos sobre los hoy departamento correntinos de Curucú cuantía y esquina . El nuevo gobierno correntino surge de una revolución realizada en Corrientes que establece como primer gobernador a Juan José Fernández Blanco y dicta la constitución correntina de 1821.

En este tratado se establece que Santa Fe deja a salvo sus derechos sobre cincuenta leguas cuadradas que le correspondían en la margen oriental del Rio Paraná de acuerdo al acta de fundación de la ciudad de Santa Fe por Garay asimismo establece las indemnización de guerra que debían pagar las provincias de Entre Ríos y

Corrientes , por otro lado se establece una alianza ofensiva y defensiva contra los portugueses y contra todo otro poder extranjero que pretendiera pisar el suelo Argentino , comprometiéndose a un reciproco auxilio y el retiro de las partes contratantes del Congreso de

Córdoba ,dejando constancia de que estén dispuestas a reunirse a una nueva convención en tanto las circunstancias así lo permitan, dejándole la iniciativa a Buenos Aires , en virtud de su mayor poderío económico y recursos para solventar este Congreso.

Se pretende una paz firme y amistad duradera, reconociéndose a las partes su reciproca libertad independencia, representación y derechos, clausula esta que se repetirá nuevamente en el pacto federal de 1831.

### **Constitución de 1853 – 1860**

En tanto se reúne el Congreso en Santa Fe, que dedicaría la Constitución de 1853, la obra práctica y doctrinaria de Alberdi, Bases y puntos de partida para la Organización Nacional, que en Chile, tendrá mucha influencia en la redacción de la misma. Alberdi se pronuncia en esta obra diciendo que hay que buscar una constitución que concilie los antecedentes unitarios y federales que han venido desangrando el país en sus luchas, que concilie la generalidad con la localidad ,que concilie la federación con la unidad, que concilie la generalidad con la localidad que concilié la federación con la unidad que concilie la nación con las provincias y para ello , afirma es necesario una fusión de las tendencias antagónicas. Asimismo dice encontrar una fórmula mixta que venga a importar la mixtura de la unidad con la Federación. El congreso se reúne en noviembre de 1852 inaugurando sus sesiones y nombrando una “comisión de negocios constitucionales “que anticipan un proyecto que será considerado en pleno. Finalmente, la Constitución Nacional promulgada el 25 de mayo es jurada por todo los pueblos el 9 de julio de 1853.

Esta constitución, sancionada en 1853 tiene preámbulo y 107 artículos adoptan para su gobierno la forma representativa republicana y federal. En 1854 dejo a salvo el espacio abierto para una futura unión bajo la fórmula federal, proclamaba su independencia y contaba en su seno con algunos puntos de pretendían la separación definitiva no creyendo en la posibilidad de una futura unión con el resto del país. El pacto a que se hace mención es el “pacto de unión” o “pacto de san José de flores “celebrando el 11 de noviembre de 1859.

Este pacto especial es de suma importancia para la reunificación de la Nación Argentina. Se reuniría en Buenos Aires su convención provincial de 1860 dentro de la cual tendría muy destacada actuación mitre, Sarmiento, Mármol, Obligado y otros hombres públicos prominentes de la época . El 6 de julio de 1860 se firma el convenio de Unión entre la Confederación y Buenos Aires dejando aclarado que ciertas situaciones de hecho necesarias para mantener el statu quo y para preparar y facilitar la reunión de esa convención nacional ad hoc.

## **UNIDAD 10: "INTRODUCCION AL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO LATINOAMERICANO"**

### **Derecho constitucional comparado. Concepto.**

El Derecho constitucional comparado es una rama del Derecho Constitucional que tiene como objeto el estudio comparado del régimen constitucional y del texto de las Constituciones de diferentes países, intentando buscar los elementos comunes o dispares entre ellos.

### **Presidencialismo**

#### **I. Poder Ejecutivo. Período de mandato y reelección. Alternancia**

El sistema presidencialista no tiene que significar necesariamente poder ilimitado; la división de poderes, es decir, en funciones, es para prevenir que el poder ejecutivo obtenga la suma del poder público. El hecho de modificar la constitución para llegar a una reelección y hasta para lograr la habilitación para una reelección indefinida, altera notoriamente el equilibrio de poderes y acerca a esa constitución más a un régimen político que tiende a darle a su presidente todo el poder. La mayoría de los países de Sudamérica tiene un periodo de entre cuatro a seis años con una reelección permitida. Lo mismo pasa en general si hay vicepresidente.

### **Composición del órgano ejecutivo**

En todos los países de Sudamérica al poder ejecutivo lo ejerce una sola persona auxiliada por un gabinete de ministros del ramo que se reúnen periódicamente en reunión de gabinete. En el gabinete se tratan las cuestiones de gobierno, la diferencia con los gobiernos parlamentarios es que los ministros y el primer ministro son a su vez miembros del Parlamento. Los ministros en las repúblicas presidencialistas de Sudamérica son nombrados por el presidente en su carácter de jefe de la administración pública y a su vez, pueden ser removidos por este. La reunión de gabinete es esencial para que el presidente conozca todos los asuntos de gobierno y obtenga opiniones de sus ministros según el área que ocupan. La guía para esto es el plan general de gobierno que el presidente expone ante la Asamblea Legislativa en la oportunidad de la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso. El plan de gobierno para cada año está sustentado en la ley de presupuesto aprobada en el año legislativo anterior que permite prever los ingresos nacionales producto de los impuestos y los gastos orientados a los diferentes ministerios.

Es necesario que el gobierno cuente con planes acordados con otros partidos políticos para el largo y mediano plazo que permitan que entre las administraciones haya continuidad en el

tratamiento de los asuntos de gobierno. Esto permite que la alternancia republicana que se da en un sistema de partidos competitivo sea fructífera para el país en cuestión.

En la Argentina, la Ley de Ministerios es la que regula las misiones y funciones de los ministros, secretarios y subsecretarios de cada ministerio. Esta ley permite orientar cada partida presupuestaria de la ley de presupuesto nacional. En varias constituciones latinoamericanas se menciona que el presidente es jefe de gobierno, jefe de Estado y en algunas que también es jefe de la Administración Pública. Es una distinción que se hace que en si no sería necesaria pero tiene una razón histórica: en los parlamentarismos, el jefe de gobierno es el Primer ministro y el jefe de estado es el Rey, que cumple con funciones protocolares solamente. En Colombia el gobierno está formado por el presidente, los ministros y los directores de departamentos *administrativos y en Venezuela todo gira alrededor del Presidente.*

### **Requisitos**

En todas las constituciones se exige que el presidente haya nacido en el territorio y sea ciudadano del país en cuestión. En muchas se pone una edad mínima de 30, 35 y hasta 40 años exigiendo de ese modo una necesaria maduración y formación para ocupar la más alta magistratura. En Argentina y Bolivia se exige además que el presidente tenga las mismas calidades para ser electo Senador. C.N. Argentina, Art. 55.

En muchos países se prohíbe que el candidato a presidente sea clérigo o militar, no haber participado en golpes militares. También en varios países de la región se logro una sana alternancia dentro de una competencia política competitiva que permitio la continuidad de las políticas de Estado y el progreso económico y social de estas naciones. Es clara la relación que hay entre desarrollo institucional y progreso económico.

En varios países de la región también se prohíbe que los candidatos a presidente o vice sean parientes de los que están en ejercicio, evitando así el nepotismo. También se prohíbe en varios países que los funcionarios políticos o judiciales en funciones sean candidatos a presidentes. Casi todas estas inhabilidades son producto de la historia política del país en cuestión y otras veces también del incide la región.

### **Formas de elección del Poder Ejecutivo**

Se elige al presidente y vicepresidente a pluralidad de sufragios y en Argentina, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Colombia y Costa Rica hay doble vuelta en la cual participan las dos fórmulas más votadas.

Estados Unidos en cambio, tiene un sistema de elección indirecta por colegios electorales que eligen delegados por estados, en algunos estados el que gana se lleva la mayoría de los electores. Los electores pueden elegir a cualquier candidato. Un sistema similar tuvo Argentina hasta 1994, donde se elegían por provincia electores para los colegios electorales.

### **Atribuciones del Poder Ejecutivo. Superpoderes. Hiperpresidencialismo y emergencia. Presupuesto nacional. Tratados. Nombramientos.**

En general en Latinoamérica los presidentes tienen muchas funciones, llamadas atribuciones debido a la tradición española en la materia.

Juan Bautista Alberdi en el año 1852, manifestó en su libro Bases que las Provincias Unidas del Río de la Plata debían tener “un rey con título de presidente” haciendo alusión a la cantidad de funciones que tenía el rey Borbón y que estas se trasladaban a los presidentes. Claramente Alberdi marca que la cantidad de funciones no implica autoritarismo o suma del poder público. No quería que Argentina volviera a tener a un Juan Manuel de Rosas.

Esto llevó a Alberdi a enfatizar la división en tres poderes que se iban a equilibrar entre sí ejerciendo cada uno su función específica: el poder ejecutivo iba a administrar, el poder legislativo a legislar y el poder judicial debía administrar justicia. Y a su vez cada uno iba a controlar y a cooperar con los otros dos dentro del marco de la Constitución nacional.

En este orden de ideas debe entenderse el art. 29 de la C.N.

### **En general, el poder ejecutivo tiene las siguientes funciones:**

-Es el jefe de gobierno y el jefe de Estado, además de jefe de la administración pública nacional. En este punto hay que atender a la confusión en la que parte de la doctrina cae pensando o interpretando que Estado es lo mismo que gobierno. Este último es claramente el que horizontalmente se divide en los tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, verticalmente en nación, provincias y municipios.

El Estado es la administración que ejerce el gobierno respecto del territorio y que en general se define constitucionalmente como unitaria o federal.

### **El presidente**

-Participa de la formación y sanción de leyes: envía proyectos de ley al Congreso, ejerce la potestad reglamentaria mediante decretos; ejerce la facultad de veto parcial o total, inicia las sesiones ordinarias ante la Asamblea Legislativa brindando el plan general de gobierno para ese año.

-En Argentina no puede emitir disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable.

### **Hiperpresidencialismo:**

Es la versión latinoamericana del presidencialismo.

Se diferencia de la dictadura solo por el hecho de que el poder del presidente no es ilimitado, dado que coexiste con la norma constitucional y porque su autoridad política proviene de la elección popular.

### **Formas de Estado**

Al tratar el presidencialismo, Estado es la manera en que se administra respecto del territorio.

Hay Estados unitarios y Estados federales. Los primeros, se caracterizan por la centralización de casi todas sus funciones y la escasa o nula delegación de poder en las divisiones políticas inferiores, donde el poder y las funciones están repartidos entre una unidad política central y varias unidades infra estatales. Ejemplos de esto:

Argentina, México, Brasil y Venezuela. La arquitectura de un Estado federal comporta las ideas de cooperación y consenso entre las diferentes unidades políticas.

Hay dos clases de federalismo: uno simétrico y el otro asimétrico. En el primero las unidades políticas tienen iguales derechos entre ellas y en el segundo algunas tienen algún privilegio. En este segundo grupo se sitúa a la constitución de Canadá, donde el jefe de estado es la Reina de Gran Bretaña y el jefe de gobierno es el Primer Ministro.

Está dividida en diez provincias y tres territorios autónomos.

En cambio, en las constituciones con organización unitaria no se habla de crear nuevos estados o provincias, dado que el territorio se entiende que se administra centralmente a pesar de que hay una división política determinada. Estos Estados tienden a tener un territorio más pequeño, tal es el caso de Bolivia, que divide políticamente el territorio en departamentos, provincias, etc.