

**Voces:** DERECHO CONSTITUCIONAL ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ INTERPRETACION DE LA LEY

**Título:** El Derecho Constitucional: Entre la doctrina y el discurso

**Autor:** Dalla Vía, Alberto Ricardo

**Publicado en:** LA LEY 03/08/2007, 03/08/2007, 1 - LA LEY2007-D, 1193

**Cita Online:** AR/DOC/2264/2007

**Sumario:** SUMARIO: I. Nuestro Derecho Constitucional en análisis. - II. La Constitución interpretada. - III. La Constitución entre la teoría y la práctica. - IV. La reconstrucción del discurso constitucional. - V. Parte final.

#### I. Nuestro Derecho Constitucional en análisis

En este trabajo nos proponemos realizar algunas reflexiones sobre el estado y gravitación que tiene actualmente el Derecho Constitucional en nuestro país, tanto en el ámbito propio de lo jurídico como su proyección hacia la realidad política y social. Aun cuando nos hacemos cargo de que nuestra opinión puede no ser compartida, estimamos oportuno llevarla a la consideración del debate público especializado.

La primera constatación que cabe realizar es que el estudio de la Constitución y de las normas superiores del ordenamiento jurídico que la reglamentan y complementan; así como su acatamiento, no reciben un nivel de atención proporcional a su importancia.

Quede en claro también desde el principio, que tal afirmación no supone que esta disciplina tenga una importancia o una utilidad mayor que las otras ramas del Derecho; aunque el principio de supremacía que la identifica hace que toda desvalorización constitucional supone, en consecuencia, una desvalorización del orden jurídico en su conjunto, como los argentinos hemos tenido la triste oportunidad de experimentar en distintos episodios de nuestro pasado.

También es un hecho suficientemente constatado y constatable el desapego que los argentinos, como sociedad, tenemos hacia las normas jurídicas y a su acatamiento; numerosos estudios dan cuenta de tales tendencias hacia la "anomia"<sup>(1)</sup>. Carlos Nino denominaba "anomia boba" a las disfuncionalidades en formación de una racionalidad colectiva que generaban tales comportamientos que, en su opinión, eran una de las razones que explicaban nuestro subdesarrollo como nación <sup>(2)</sup>.

Esta cuestión no es nueva, sino que viene de arrastre desde los mismos albores de la formación de nuestra nacionalidad y ha merecido los desvelos y las preocupaciones de muchos de nuestros más destacados intelectuales <sup>(3)</sup>. De allí resultan los parámetros sociales que favorecen ciertos comportamientos desviados como "atajo" al respeto a la ley; entre los que se ubican la "viveza criolla"; o inclusive la tolerancia a comportamientos ilícitos e inmorales al mismo tiempo como el de "roba pero hace".

Claro está que en ese clima social no es fácil reclamar el acatamiento a la Constitución. Tal llamado suele interpretarse no pocas veces como un aburrido formalismo. Parece bastante razonable que así se piense cuando no se advierten las ventajas de una vida social organizada sobre la base de reglas justas que aseguren un mejor resultado para el conjunto e, inclusive, para muchos de sus integrantes, visto en términos de progreso individual.

Como ejemplo, baste solamente recordar que los años de mayor desarrollo de la Argentina. Los de sus años de organización entre 1853 y 1930 son también los años que coinciden con el de mayor acatamiento a su Constitución, dato que registran quienes se han dedicado con más ahínco a estudiar nuestro desenvolvimiento histórico e institucional <sup>(4)</sup>.

Esas actitudes se incrementan en tiempos de crisis, sumiéndonos en interminables "emergencias" que dejan de lado la Constitución. Hasta conocimos una "doctrina de facto" que implicaba la posibilidad de que el ordenamiento jurídico continuara rigiendo aun cuando la Constitución fuera "suspendida". Nos imaginamos la sorpresa de Hans Kelsen, tratando de entender la validez de un ordenamiento jurídico, cuando su norma fundamental era desconocida o peor, reemplazada por un hecho revolucionario, pero sin cambiar el derecho vigente.

No hay duda de que los padecimientos de nuestra historia institucional han influido en el desapego del necesario "sentimiento constitucional"<sup>(5)</sup>. Entre las consecuencias negativas de ese divorcio se da el valor relativo de la Constitución en el orden jurídico, desconociéndose su rol de norma fundamental, creyendo algunos —reiteramos— que es posible un orden jurídico de "derecho común" sin "derecho constitucional", ya que dicha rama del derecho se encuentra ligada a la realidad política —y también a los vaivenes de la vida política— <sup>(6)</sup>.

Otra consecuencia de tal visión constitucional ha sido la de una "Constitución-simbólica", visualizada como prenda de paz y unidad pero asumiendo, ya sea explícita o implícitamente que mientras tanto, la Constitución no regía. Le dimos a la Constitución el mismo lugar venerable que le otorgamos a la bandera, el escudo, el himno o la escarapela, pero no respetamos sus preceptos.

En algunas librerías de la zona de tribunales se encuentran a la venta ejemplares de la Constitución de la Nación Argentina encerradas en una caja y con un pequeño martillo con una leyenda: "en caso de que peligre la

democracia rompa el vidrio". A partir de este simple ejemplo puede traducirse el sentimiento constitucional de nuestra ciudadanía de esta manera: a) la Constitución se identifica con la democracia. b) cuando no tenemos democracia, la Constitución es un símbolo que resguarda nuestros valores (7).

En verdad se trata de una situación peculiar de la Argentina el que la Constitución haya seguido siendo la misma, a pesar de tantas interrupciones a su vigencia. En general los países que han sufrido revoluciones o cambios de modelo de estado, también cambiaron la Constitución. La constitución de la V República Francesa no es la misma constitución que la Constitución de la Cuarta República, ni aquella tampoco es la misma que la Constitución de la Tercera República.

Cuando España superó la etapa del franquismo no volvió tampoco a la anterior Constitución republicana de 1936, sino que sancionó una nueva norma, la Constitución Española de 1978, producto de nuevos acuerdos políticos como fueron los denominados "Pactos de la Moncloa" resultado de un nuevo orden de cosas y equilibrio de fuerzas políticas. Los ejemplos podrían multiplicarse. En Europa, en general, después de las oscuras experiencias del fascismo y del nazismo, ocurrió también que al conformarse Estados democráticos sobre nuevas bases, también se dictaron nuevas constituciones, como ha sido el caso de la Constitución italiana de 1947 y la Constitución de Alemania Occidental, llamada "Ley fundamental de Bonn".

También eso ha ocurrido en América Latina, donde se registran distintas constituciones cada vez que se produjeron interrupciones revolucionarias, retornándose al sistema democrático. De ese modo el constitucionalismo latinoamericano presenta muchas constituciones y el récord lo detenta Bolivia. La profusión de documentos constitucionales no significa, en ese sentido, que las instituciones democráticas sean precisamente más fuertes, sino todo lo contrario (8).

La regla en el derecho comparado es que cada vez que se ha modificado la forma de Estado en un determinado país, tal modificación llevó aparejada, también, una reforma de su orden jurídico a partir de la Constitución. Tal tendencia se verificó muy claramente durante el tránsito desde el estado liberal de derecho al estado social de derecho y su consecuente paso desde los textos constitucionales demo-liberales a los de constitucionalismo social (9).

La excepción a la regla está dada por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, sancionada en 1787, que se mantiene vigente desde entonces, sin interrupciones, si no se considera al período de la guerra de secesión. La posibilidad de introducir "enmiendas" en su texto, mediante un sistema flexible de reforma, ha contribuido a mantener la actualidad de sus principios; sin perjuicio de la existencia de una sólida doctrina y un importante nivel de respeto a la Constitución por parte de sus ciudadanos.

Nuestra Constitución Nacional también es una excepción a la regla. Rige desde 1853, con las reformas parciales de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994; conforme lo señalaron los constituyentes al momento de jurar la última reforma (10). Se trata de un texto ahora renovado que mantiene muchas cuestiones abiertas y que previamente debió atravesar varias tempestades. Las respuestas deben buscarse en la interpretación; tanto jurisprudencial como doctrinaria.

## II. La Constitución interpretada

Cuando en España no regía la Constitución sino las "leyes fundamentales" de Franco, a nadie se le ocurrió hablar allí de derecho constitucional, sino que la materia se denominaba lisa y llanamente "Derecho Político", siguiendo la denominación que le diera en su momento Adolfo Posada y que enseñaban en sus programas, profesores como Pablo Lucas Verdú, Luis Sánchez Agesta y Jorge Xifra Heras, entre otros (11).

En Argentina, en cambio, se enseñaba Derecho Constitucional en nuestras facultades de derecho, aun durante los períodos de facto, incluyendo al período del último golpe militar (12). Una postura frente a la enseñanza fue la utilización de la clasificación que separa a la Constitución formal de la Constitución material; de manera que se entendía por la primera al texto de la Constitución, que no se encontraba vigente, en tanto que la segunda categoría hacía referencia a la Constitución tal como se daba en la práctica, es decir, a los factores reales de poder; era, en definitiva una suerte de tipología de Constitución sociológica (13).

Desde el campo de la filosofía del derecho y la filosofía política; la relación entre la Constitución y los tiempos de facto encontraron argumentos provenientes tanto del positivismo como desde el derecho natural. La primera corriente se manifestó en la llamada "doctrina de facto" que se fue elaborando a partir de la Acordada de La Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1930 y perfeccionándose en otros pronunciamientos en las sucesivas interrupciones al orden constitucional. En definitiva se impusieron las necesidades de certeza y continuidad del orden jurídico, interpretándose que su fundamento no se encontraba en la Constitución sino el derecho de la "revolución triunfante" (14).

También desde el positivismo jurídico proviene la distinción atribuida a Hans Kelsen entre el ser y el deber ser en el orden jurídico. Tal distinción, en el campo específico del Derecho Constitucional, ha servido para establecer una nítida separación entre un orden constitucional vigente y un orden constitucional ideal, escrito en el texto constitucional al que debería arribarse.

No obstante, desde el Derecho Natural, donde la noción de moral y de justicia es fundamento del orden

normativo, el orden constitucional aparece contrapuesto al orden fáctico en tanto es interpretado como un "techo axiológico". En tal sentido, la justificación iusnaturalista de la Constitución, se asemeja al positivismo en tanto realización de un deber ser ideal que, en el caso, es el texto constitucional.

El "trialismo" desarrollado por el profesor Germán Bidart Campos en el ámbito del Derecho Constitucional, siguiendo los lineamientos de la Filosofía del Derecho del profesor Werner Goldschmidt, sostenía un elaborado y proporcionado aporte de ambas concepciones al sostener la vigencia de una dimensión sociológica, de una dimensión normológica y una dimensión dikelógica. En opinión de Bidart Campos "un hecho normativo que no apunta al valor no es derecho, no es jurídico, porque el mundo jurídico es, precisamente, una estructura de hechos con forma de norma que pretende cumplir ciertos valores en la vida y sociedad" (15).

Las construcciones doctrinarias precedentes contribuyeron notablemente a explicar el divorcio entre la Constitución y la realidad, sobre la base de la expectativa siempre latente que, cuando se recuperase la vigencia del orden constitucional, llegaría el pleno ejercicio de los derechos consagrados en la norma fundamental (16).

Esto explica también que un sector predominante de la doctrina constitucional participara en la década del '70 de una "transición" o "salida" hacia la democracia, que incluía una reforma institucional abarcativa del Código Electoral Nacional, la Ley Orgánica de los Partidos Políticos y la propuesta de una serie de enmiendas a la Constitución Nacional (17).

En base a las construcciones valorativas que más arriba señalamos, en la Argentina se fue construyendo un derecho constitucional de alto contenido teórico, como lógica consecuencia de encontrar mayor apego en "deber ser" que en el "ser". Si bien las necesidades apuntaban esa inclinación, su valor práctico fue perdiendo envergadura.

Es cierto que no hay nada más práctico que una buena teoría; pero esto es así, siempre y cuando, no se pierda el ojo de nuestra propia realidad. Tal era la recomendación de Esteban Echeverría "...No salir del terreno práctico, no perderse en abstracciones, tener siempre clavado el ojo de la inteligencia en las entrañas de nuestra sociedad..." (18).

La impronta teórica de nuestro Derecho Constitucional se incrementó con los aportes de Derecho Comparado que nutrieron la reforma constitucional de 1994; especialmente el derecho español, italiano y alemán. Incluso los proyectos nacionales que más influyeron en esa reforma constitucional que fueron la reforma provisoria de 1972 y los Dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia introdujeron al debate constitucional elementos del derecho constitucional europeo que en alguna medida se apartaron de la clásica fuente constitucional estadounidense (19).

Desde entonces, en la doctrina han aparecido muchos aportes de alto contenido dogmático, que en general proviene de las construcciones teóricas europeas. también ha influido el llamado Derecho Procesal Constitucional, denominación de una disciplina que pone su acento en el estudio de los mecanismos procesales reglados por leyes infra-constitucionales para garantizar los derechos enunciados en la Constitución.

### **III. La Constitución entre la teoría y la práctica**

Los grandes constitucionalistas clásicos de la Argentina fueron hombres políticos, tal fue el caso de José Manuel Estrada, Aristóbulo del Valle, Manuel Augusto Montes de Oca, José Nicolás Matienzo, Joaquín v. González, Juan Antonio González Calderón y Carlos Sánchez Viamonte, entre otros. Tradición que, en nuestra opinión se remonta a los primeros doctrinarios que fueron Juan Bautista Alberdi, Domingo Faustino Sarmiento y Benjamín Gorostiaga.

Sarmiento tuvo a su cargo el primer curso sobre la Constitución Nacional sancionada, que se dictara en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, conforme decreto de designación del 27 de agosto de 1856, firmado por Valentín Alsina. La base del mismo eran sus "Comentarios a la Constitución Nacional", escrito en 1853 como primera obra docente.

Las interpretaciones de Sarmiento volcadas en aquellos comentarios no estuvieron exentas de polémicas. De manera especial merece destacarse aquella muy célebre que entablara con Alberdi con motivo de la interpretación que el primero hacía del Preámbulo y del valor que, en su caso, cabía otorgarle al derecho norteamericano.

Con respecto a Gorostiaga, se ha destacado su papel de "intérprete auténtico", toda vez que habiendo sido redactor de la Constitución, le tocó después aplicarla como juez y presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se ha destacado que pocos casos iguales se han repetido en la historia constitucional, mencionándose entre los más significativos, los de José Benjamín Gorostiaga y Salvador María del Carril en nuestro país y el de Hans Kelsen en la Corte Constitucional de Austria (20).

La primera conformación formal de la cátedra de Derecho Constitucional se produjo en 1868, debido a la insistencia de Alberdi ante el Rector de la Universidad que entonces era Juan María Gutiérrez. El primer profesor titular fue el abogado colombiano Florentino González, quien se encontraba refugiado por motivos políticos (21).

A partir de 1875, la cátedra estuvo a cargo de José Manuel Estrada, quien no era abogado, pero a quienes

muchos consideran el verdadero fundador de la asignatura. Sería posteriormente destituido en razón de sus luchas religiosas (22).

A Estrada lo reemplazó Lucio V. López, quien unía a la estirpe de ser nieto del creador del himno nacional, sus brillantes condiciones intelectuales. La asignatura tomó una orientación más jurídica y cercana a la lucha política que a las especulaciones filosóficas.

Murió como consecuencia de un duelo y fue reemplazado por Aristóbulo del Valle, tribuno de fuste y hombre de intensa acción política, quien definió a la asignatura como "la parte del Derecho Público que se ocupa de la organización del gobierno y de las relaciones de éste con los individuos sometidos a su autoridad".

El doctor Manuel Augusto Montes de Oca fue el llamado a sucederlo, quien siendo muy joven desarrolló una labor que se aprecia en los dos tomos de sus "Lecciones de Derecho Constitucional", publicados en 1910, pasando la jurisprudencia a tomar el papel que le corresponde en el estudio del derecho Constitucional.

Tales aportes y estudios se incrementarán notablemente con posterioridad, al aparecer las obras de Joaquín V. González y de Juan A. González Calderón, quienes inician la etapa de la enseñanza metódica del derecho constitucional a partir de sus dos importantísimas obras: "Manual de la Constitución Argentina" y "Tratado de Derecho Constitucional Argentino", en uno y tres tomos, respectivamente.

Se han realizado distintas clasificaciones para agrupar las distintas "escuelas" de Derecho Constitucional. En ese sentido, Aja Espil refiere las siguientes (23):

1) Escuela Liberal: en la que incluye a Juan Bautista Alberdi, Domingo Faustino Sarmiento, Lucio V. López, Aristóbulo del Valle y, en menor medida, al cordobés Mariano Fraguero.

2) Escuela Católica: en la que surge como líder inicial José Manuel Estrada, luego Faustino Legón, Juan Casielo y muchos otros.

3) Escuela Platense: protagonizada por los dos González, por Joaquín V. González -el iniciador- y por Juan Antonio González Calderón, que ocupó la cátedra hasta 1947 y fue autor del primer monumental Tratado de Derecho Constitucional en tres tomos, que es un clásico en la materia.

4) Escuela Alberdiana: en la que Aja Espil incluye a José Nicolás Matienzo, a Padilla, a Lanfranco y a Linares Quintana.

5) Escuela Socialista: que incluye a Alfredo Palacios y Carlos Sánchez Viamonte.

De la clasificación mencionada surge la importancia que tuviera la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de La Plata en las primeras interpretaciones de la Constitución Nacional, cátedra que inaugurara Joaquín V. González, pero que no ocupara en forma permanente, sino que también ocuparan otros grandes hombres de su época, como Agustín Álvarez, José Nicolás Matienzo y Juan A. González Calderón.

En años más recientes, esa escuela platense se nutrió con los aportes de Alberto Antonio Spota, Jorge Reinaldo A. Vanossi y Humberto Quiroga Lavié, sin perjuicio de que algunos de ello también pueden identificarse con otras escuelas, como es el caso de Vanossi que se identifica con la escuela alberdiana o de Spota, con la escuela liberal.

De ese mismo modo, en la escuela católica cabe encuadrar a los doctores Germán J. Bidart Campos y Néstor Pedro Sagüés; mientras que entre los socialistas se ubican Américo Ghioldi y René Balestra.

La clasificación de Aja Espil no consideró la escuela decisionista, en la que sobresale la influencia que tuvo Carl Schmitt entre los juristas de vertiente nacionalista, que protagonizaran la reforma constitucional de 1949. Entre ellos cabe ubicar a Arturo Sampay y Marcelo Sánchez Sorondo.

No está de más recordar que la enseñanza completa del Derecho Público se demoraría en algunos años. La asignatura Derecho Público Provincial y Municipal aparece a comienzos del siglo XX en la Universidad Nacional de Córdoba y, después, en Buenos Aires, donde se la denominaría Derecho Federal, cátedra en la que se destacó el profesor Clodomiro Zavallá.

Las cátedras de Derecho Constitucional han ido conformando con el transcurso del tiempo una destacada doctrina que ha alcanzado alto reconocimiento científico e intelectual, tanto en el ámbito iberoamericano, como en los países europeos y de América del Norte. El desarrollo del constitucionalismo argentino y de sus prestigiosos autores se ha concentrado en la conformación de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, institución de reconocido prestigio académico (24).

También merecen destacarse la Escuela de Mendoza, a través de su Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos encabezado por el doctor Dardo Pérez Guilhou y sus discípulos, que puede encuadrarse dentro de la línea alberdiana de la clasificación ya señalada; y la Escuela Cordobesa, encabezada por el doctor Pedro J. Frías y sus discípulos en el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, orientada hacia los estudios de Derecho Público Provincial.

Finalmente, es de destacar la labor de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y el Instituto

de Ciencia Política y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina (25).

Otra vinculación de importancia es la resultante entre el Derecho Constitucional y la Ciencia Política, que asegura el necesario apego a la realidad política que debe mantener la disciplina. En ese sentido, ha sido muy importante el aporte de Rodolfo Rivarola a través de su Diccionario de la Constitución, a la que cabe agregar la Revista de Ciencia Política, y su libro *Del estado federal al estado unitario* (26).

Durante mucho tiempo existió una íntima vinculación en el estudio de ambas disciplinas, de manera que destacados profesores las abarcaron de manera conjunta, como ha sido el caso de Linares Quintana, Bidart Campos y Vanossi. A partir de la recuperación de la democracia, en 1983, fue creada la Facultad de Ciencias Sociales en la Universidad de Buenos Aires, adquiriendo la Ciencia Política autonomía científica y separándose de la Facultad de Derecho.

#### **IV. La reconstrucción del discurso constitucional**

Volver a los orígenes permite reflexionar sobre la propia identidad frente al estado actual de las cosas. En la Argentina normalmente los grandes constitucionalistas no han sido convocados a integrar la Corte Suprema. No lo señalamos como una cuestión corporativa, sino partiendo de la premisa de la Corte como tribunal de garantías constitucionales y último guardián de la Constitución.

El Derecho Comparado ofrece innumerables ejemplos en sentido contrario. En los Tribunales Constitucionales europeos y latinoamericanos es prácticamente impensable que sus integrantes no sean especialistas en esa materia. También en los Estados Unidos se eligen a los Ministros de la Corte normalmente entre magistrados federales con experiencia política.

Por alguna razón, los presidentes argentinos no han privilegiado la versación en Derecho Constitucional para integrar la Corte. Se ha señalado la particularidad de la función en el Alto Tribunal de la Nación, donde más que el juez de derecho común, acostumbrado a resolver sobre el expediente, se requiere del juez-político, de amplia perspectiva para dar respuesta sobre las grandes temas a la luz de la interpretación de los principios constitucionales (27).

El forzamiento interpretativo, sobre todo en cuanto a la denominada interpretación dinámica de la Constitución, aplicado por la Corte a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado, ha dejado abiertos grandes márgenes de discrecionalidad que resultaron negativos en términos de seguridad jurídica, siendo menester reformular algunos principios de interpretación.

También es notable la poca participación directa que tuvieron los constitucionalistas argentinos en la reforma constitucional de 1994, hecho que se repitió -con muy honrosas excepciones- en los procesos constituyentes provinciales (28).

Es probable que en ello haya influido la premura en que se dieron los acontecimientos a partir del "pacto de Olivos" y las negociaciones entre los dos bloques mayoritarios para ultimar las cuestiones vinculadas al denominado "núcleo de coincidencias básicas", de donde surgió la necesidad política de ambos partidos de extremar la "disciplina partidaria" en el acatamiento a dicho pacto.

De manera que las listas de los partidos no se caracterizaron en general por estar nutridas de especialistas, sino más bien por cuadros políticos dispuestos a acatar estrictamente lo acordado en el pacto. Somos de la opinión que el mecanismo "rígido" de reforma que establece el artículo 30 de la Constitución, al requerir de mayorías tan altas, incentiva los acuerdos de cúpula partidarios; como lo demuestra una historia constitucional de muchos intentos y pocas reformas (29).

Tampoco tuvo la reforma una comisión de constitucionalistas "notables", encargada de revisar el texto en cuanto a sus formas, una vez que el mismo fuera sancionado, como fue el caso de la Constitución Española de 1978. Si ello hubiese ocurrido, tal vez se hubieran evitado episodios desprolijos, como fue el caso del "artículo perdido" que debió subsanarse por vía legislativa (30).

La mayoría de los constitucionalistas reunidos en la Asociación Argentina de Derecho Constitucional mantuvo una posición crítica hacia la reforma, especialmente en lo referido al tema de la oportunidad de la reforma, a la reelección presidencial y al proceso preconstituyente que comenzó con el pacto y se materializó en la ley 24.309 (Adla, LIV-A, 89) (31).

Esa toma de distancia no impidió que la doctrina de los autores ejerciera importante influencia en la labor de los constituyentes, quienes además tuvieron en mira los procesos constituyentes provinciales que la precedieron y las experiencias de la "reforma provisoria" de 1972 y los "dictámenes" del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Las publicaciones posteriores permitirían una mirada con mayor perspectiva de ese importante tema institucional (32).

También en la denominada "Reforma del Estado" en la década de los '90, la doctrina constitucional permaneció al margen (33). Durante ese proceso en el que se forzaron distintos instrumentos legales para dar rienda suelta a la delegación legislativa y los reglamentos de necesidad y urgencia, se acentuó el divorcio entre la doctrina constitucional y la doctrina administrativista, aun cuando se trata de ramas del Derecho Público.



En rigor, el Derecho Administrativo debería ser el desarrollo o la letra chica del Derecho Constitucional hacia los ciudadanos o administrados, pero la interpretación se dificulta a veces por la diferencia de fuentes que nutren a ambas disciplinas; francesa, española e italiana por un lado y norteamericana por el otro (34).

Parte de ese divorcio se fundó en la necesidad de dar respuesta técnica a problemas concretos y la bifurcación que se fue dando entre un derecho inspirado en el pragmatismo o la necesidad y la urgencia y el ajustado apego a los valores, de manera que la dimensión "sociológica" se fue separando de la dimensión "dikelógica", sin que la dimensión "normológica" —ni su interpretación— pudieran contener ese abismo con una visión más general y eficiente en términos de seguridad jurídica (35).

El Derecho Constitucional también se ve nutrido por una gran cantidad de fuentes e influencias que son producto de las tendencias hacia la universalización del Derecho, como ocurre en el caso de los Derechos Humanos; hacia los procesos de integración supranacional, que asimilan institutos supranacionales, y hacia la globalización, como fenómeno generalizado que demanda un gran caudal de intercambio informativo.

En muchos casos, la influencia de fuentes resulta altamente beneficiosa, como ocurre con el caso de los derechos humanos y del llamado derecho procesal constitucional, toda vez que tienden al reforzamiento de las garantías, a un mayor acceso a la judiciabilidad de los actos, a la ampliación de la legitimación y el mejoramiento de los procesos.

Pero en otros casos se plantean dificultades interpretativas cuando se incorporan nuevos conceptos que muchas veces son reelaboraciones de principios ya existentes, o categorías aplicables a otros ordenamientos sin adecuada adaptación (36).

El resultado termina siendo un discurso excesivamente abierto o generalista al que a veces se recurre sin mayor fundamento que el de pretender justificar una posición previamente adoptada o determinada; todo lo contrario al razonamiento jurídico en el que debe primar el silogismo y la lógica formal, que en el caso del Derecho Constitucional se agrava o califica con los principios de supremacía y de unidad interpretativa.

La generalización del discurso constitucional acarrea el riesgo de su enmascaramiento siendo frecuente su politización. De ese modo, el discurso constitucional también se desnaturaliza cuando encubre argumentos políticos, ya sea de apoyo o de oposición. Esa tendencia se agrava por la cercanía de lo constitucional y lo político. Como tantas veces se señalara, la Constitución representa el punto de tránsito desde el mundo político al mundo jurídico (37).

Tales características, aunque han sido científicamente verificables, se agravan cuando se ingresa al debate mediático donde el discurso constitucional corre el riesgo de perder las reglas de análisis propias de su condición de disciplina jurídica.

Otro problema también se presenta cuando los profesores, llevados en buena medida por la vocación política que esta materia presupone, trasladan lisa y llanamente el discurso político a seminarios o publicaciones de carácter científico, en lugar de utilizarlos en el ámbito legítimo de la tribuna pública.

Uno de los debates tradicionales en el seno de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional ha sido, durante muchos años, sobre si dicha entidad debía pronunciarse sobre temas políticos de actualidad cuando se vieran involucradas cuestiones constitucionales; situación que suele producirse con bastante frecuencia dada la peculiaridad de la materia. El resultado ha sido el de mantenerse en el plano científico y académico, respetando el derecho de opinión individual de cada miembro (38).

## V. Parte final

Carl Schmitt pregonaba que el Derecho Constitucional era el "lenguaje del poder" (39), pero a nosotros Bidart Campos nos enseñó que existía, ante todo, un "derecho constitucional de la libertad" y que es en esa parte de la ecuación en donde mayor justificación moral encuentran los desvelos y los esfuerzos.

La preocupación de este artículo es que un discurso constitucional excesivamente valorativo y generalista no alcanzará para dar respuesta a tan alto objetivo, porque los hombres y mujeres para quienes la Constitución está escrita la percibirán como una construcción tan formal e ideal como inalcanzable.

En ese sentido, el apego excesivo a construcciones teóricas exóticas debe dar lugar a una lectura atenta de la realidad política y social, como advertía, sabiamente, Echeverría. Es menester cultivar el debate crítico, requisito esencial de la democracia deliberativa. Ese debate, en términos académicos abiertos, debe contribuir a cerrar la brecha que hoy existe en algunas interpretaciones del Derecho Constitucional y del derecho Administrativo.

"Bajar la Constitución" desde el "techo ideológico" a la realidad político-institucional plantea el interesante desafío de internarse en el terreno de las normas reglamentarias de la Constitución reformada para desentrañar su verdadero alcance y sentido, sin preconceptos, ampliando los límites del análisis y del debate.

La reconstrucción del discurso constitucional no debe desentenderse del invalorable auxilio del método comparado, tanto en lo externo o internacional como en lo interno o interprovincial, pero siguiendo las reglas propias para que la "adaptación" de instituciones no caiga en riesgo de la mera imitación.

También el debate crítico debe seguir las reglas. El análisis de la jurisprudencia, tan importante en esta materia, cuenta con la magnífica oportunidad de una nueva composición de la Corte Suprema sobre la que recaen renovadas esperanzas.

El Derecho Constitucional no reniega de su carácter de rama del derecho. Como disciplina científica es una más en el amplio campo del saber jurídico; pero su objeto de su estudio, la Constitución, no es una rama sino el vértice la pirámide jurídica, de cuya recta interpretación dependerá la vitalidad de todo el ordenamiento. Recordando los pronunciamientos fundacionales hablamos del "palladium de la libertad" y "el arca guardadora de nuestras más sagradas libertades".

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Entre otros trabajos sobre el tema pueden verse: HERNANDEZ, Antonio M.; MORA y ARAUJO, Manuel y ZOVATTO, Daniel, "Argentina. Una Sociedad Anónima", encuesta sobre el cumplimiento a las leyes, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) 2004.

Especial importancia y relevancia ha tenido el libro póstumo de NINO, Carlos S., "Un país al margen de la ley", Paidós, Buenos Aires. También cabe citar los trabajos de Adrián Guisarrí y de Eduardo García Martínez resaltando los problemas estructurales de las regulaciones y la denominada "telaraña argentina". Véase también nuestro libro "Transformación Económica y Seguridad Jurídica" publicado por Librería Editora Platense en 1993.

(2) NINO, Carlos S., op. cit.

(3) Entre ellos cabe citar a Juan Agustín García, quien en "La Ciudad Indiana", escrita para el primer centenario de la Revolución de Mayo, pondría el acento en el desprecio a la ley y el culto al coraje, como características de nuestro comportamiento social. Ya muchos años antes, Domingo Faustino Sarmiento planteaba su opción de hierro entre "civilización o barbarie" al presentar la edición de "Facundo". Tal vez por ese motivo, Jorge Luis Borges insistía en que el libro cumbre de nuestra literatura debía ser el "Facundo" y no el "Martín Fierro" de José Hernández, al que asignaba belleza literaria pero consideraba éticamente disvalioso en términos de ejemplo colectivo. En este punto allí se dice que "la ley nunca es pareja" y se recomienda "hacerse amigo del juez". Por su parte Ezequiel Martínez Estrada se hizo cargo de este problema denunciándolo en su "Radiografía de la Pampa". Planeta. Buenos Aires; y a su vez, en un sentido similar lo haría Eduardo Mallea en sus valiosas obras "La vida blanca" e "Historia de una pasión argentina", Sudamericana.

(4) DIAZ ALEJANDRO, Carlos, "Historia Económica de la Argentina", Princeton University, USA.

(5) El profesor español y Académico Pablo Lucas Verdú llama así al elemento inmaterial necesario para que el Derecho Constitucional sea una realidad posible y pasible de ser aplicado por una determinada comunidad en un determinado tiempo. Toma el concepto de sentimiento constitucional de la doctrina alemana, especialmente de Rudolf Smend, quien propugna la idea de "integración material" por medio de la Constitución y de Konrad Hesse, quien ubica entre los elementos necesarios la existencia del "wille sur verfassung" o "voluntad" de la Constitución. La idea en cuanto a que la Constitución contuviera elementos voluntarios ya había sido expresada por Georg Jellinek y por Maurice Hauriou y Charles Carré de Malberg entre los franceses. Max Weber desde la sociología planteará la necesidad de la vigencia de la Constitución a partir de su legitimidad, frente a la idea formal de legalidad. Tal legitimidad consiste, en definitiva, en "la creencia generalizada".

(6) Cuando el Dr. Guillermo Borda, quien era un eximio jurista en el campo del Derecho Civil, presentó la reforma al Código Civil impulsada por el decreto-ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), manifestó en su carácter de Ministro del Interior del gobierno de facto del General Onganía, que el Código Civil era una norma más importante para la vida de los argentinos que la Constitución, ya que en éste estaban regulados sus derechos fundamentales a partir de la libertad, en tanto aquella era una norma de contenido político que regía de manera intermitente.

(7) El profesor Sergio Miguel Díaz Ricci, de la Universidad Nacional de Tucumán ha desarrollado una interesante postura sobre este tema al comparar a nuestra norma fundamental con el Ave Fénix, que según la mitología nacía y renacía de sus propias cenizas. Lo mismo ha ocurrido con nuestra Constitución, ya que los distintos golpes de estado y gobiernos de facto sostuvieron que actuaban en nombre de la Constitución y con el fin de preservar los derechos hasta tiempos de normalidad. Mientras tanto los derechos esenciales eran —como todos sabemos— vulnerados.

(8) QUIROGA LAVIE, Humberto, "Derecho Constitucional Latinoamericano", Universidad Nacional Autónoma, México.

(9) Herman Heller ha señalado que el constitucionalismo social es al constitucionalismo liberal lo que el

estado liberal de derecho es al estado social de derecho. Tal tránsito supuso un aggiornamento del estado liberal clásico, que se vio jaqueado por las demandas sociales y económicas que venían tanto de los autoritarismos de derecha (fascismo, nazismo, etc.) como los totalitarismos de izquierda (comunismo, socialismo, etcétera). Tal cambio, expresado en nuevos textos constitucionales a partir de la Constitución de México de 1917 y la Constitución Alemana de la República de Weimar en 1919 supuso mantener la estructura de separación de poderes del estado liberal, aumentando el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales, ampliando el rol del Estado, así como los mecanismos de control a los poderes públicos. Véase VANOSSI, Jorge Reinaldo A., "El Estado de Derecho en el constitucionalismo social", Eudeba, Buenos Aires, 3ª edición ampliada, año 2000.

(10) Para muchos autores la Constitución de 1860 no fue una reforma, sino la sanción de una nueva constitución que tuvo como antecedente político a la Batalla de Cepeda y como antecedente jurídico al Pacto de San José de Flores. Tal era la postura sostenida por SPOTA, Alberto Antonio, "Lo político, lo jurídico, el Derecho y el poder constituyente", Plus Ultra, Buenos Aires, sin embargo, el propio autor reconocía la ausencia de un requisito esencial para que se hablara de un nuevo ejercicio de poder constituyente soberano: no había transcurrido una generación. Bidart Campos, por su parte sostenía la teoría de un período constituyente "abierto" que se completaba con la incorporación de Buenos Aires a la Confederación Argentina. BIDART CAMPOS, Germán J., "El Derecho Constitucional del Poder", EDIAR, Buenos Aires.

(11) La denominación "Derecho Político" se utilizó en las Facultades de Derecho de nuestro país, siguiendo la denominación española para designar una asignatura de amplio contenido en cuyo programa se incluían elementos de Teoría del Estado, de Historia de las ideas políticas, e, inclusive, en algunos casos, aspectos de sociología política, de Filosofía y, también de Derecho Constitucional Comparado. La enseñanza de esa materia no excluía, sin embargo, la enseñanza del Derecho Constitucional en las Facultades de Derecho.

(12) El profesor René Balestra, de la Universidad de Rosario y la Universidad de Belgrano, con tono humorístico, solía advertir en sus clases y conferencias que dictaba una materia de "Ciencia Ficción".

(13) GARCIA PELAYO, Manuel, en su clásico "Manual de Derecho Constitucional Comparado", publicado por la Revista de Occidente, y que tanta difusión alcanzara en nuestro medio; separaba en tres (3) las "tipologías" de constituciones, a las que denominaba: a) racional-normativa; b) histórica y c) sociológica. La expresión "Constitución material" se debe al jurista italiano Costantino Mortati, quien se refirió a la "costituzione in senso materiale", denominación que respondía a otros fines, pero que parte de la doctrina argentina tomó para establecer la diferencia señalada.

(14) La "doctrina de facto" se expresaría en un comienzo con la cita del ignoto jurista canadiense Constantineau, y la misma se expresaría de manera tal que el derecho de facto requeriría de una posterior ratificación por el gobierno constitucional que lo sucediera. Más adelante, a partir del golpe de estado del 3 y 4 de junio de 1943, dicha doctrina alcanzaría un nuevo giro y pasaría a interpretarse la permanencia de la legislación de facto, excepto que un gobierno constitucional posterior la derogara. Cabe señalar que buena parte de la normativa de fondo argentina fue sancionada bajo la forma de Decretos-Leyes de los gobiernos de facto. Entre tales normas se encuentra la ley de amparo 16.986 (Adla, XXVI-C, 1491), la ley de sociedades 19.550 (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319), la ley de quiebras 19.551 (Adla, XXVII-B, 1677), la ley de procedimientos administrativos 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752), la Reforma del Código Civil ley 17.711, etcétera.

(15) BIDART CAMPOS, Germán J., "El Derecho Constitucional del Poder", Ediar, Buenos Aires. La labor de Bidart Campos como publicista fue "ciclópea": 70 libros y 3000 artículos; muchos de ellos desde la Dirección que ocupaba en la Revista Jurídica "El Derecho".

(16) En los fundamentos institucionales que se dieron a sí mismos los gobiernos de facto, se encuentran varias curiosidades: como la de sostener que se mantenía vigente la parte dogmática de la Constitución y suspendida la parte orgánica. Semejante pretensión carece de fundamentación lógica no solamente porque el principio de unidad manda que la Constitución no es separable en su imperium, sino también porque mal puede afirmarse la vigencia de la parte dogmática mientras los derechos fundamentales son sistemáticamente conculcados. El golpe de facto autodenominado "Revolución Argentina" llegó inclusive a afirmar que el ejercicio del poder constituyente quedaba en cabeza de la junta de comandantes en jefe de las fuerzas armadas. Por su parte, el llamado "Proceso de Reorganización Nacional" mantuvo la vigencia de la Constitución, aunque alteró la pirámide jurídica, al colocar por encima de ella al Estatuto de dicho Proceso.

(17) La Comisión Asesora para la Reforma Institucional fue impulsada por el Ministro del Interior, Arturo Mor Roig, durante la presidencia del Gral. Alejandro Agustín Lanusse, y estuvo integrada, entre otros jurista por Germán Bidart Campos, Carlos María Bidegain, Natalio Botana, Carlos S. Fayt, Pedro J. Frías, Julio Oyhanarte, Dardo Pérez Guilhou, Adolfo Rouzaut, Alberto Antonio Spota y Jorge Reinaldo Vanossi.

(18) ECHEVERRIA, Esteban, "Ojeada retrospectiva sobre la situación de las Provincias Unidas del Río de



la Plata", publicado junto al "Dogma Socialista de la Asociación de Mayo" en la colección "Grandes Escritores Argentinos", Jackson Editores, Buenos Aires.

(19) Los "Dictámenes" del Consejo para la Consolidación de la Democracia plantearon la conveniencia de apartarse del "hiperpresidencialismo hegemónico" para ir hacia formas de gobierno "semiparlamentarias" y la reforma de 1994 tomo de la Constitución Española de 1978 varios modelos de instituciones propias de un sistema parlamentario, unitario y monárquico. De ese modo, nuestra doctrina se vio enriquecida -y también algo perturbada- por las consecuencias interpretativas de los "choques" de modelos.

(20) VANOSSI, Jorge Reinaldo A., "La Influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su jurisprudencia", Pannedille, Buenos Aires, 1970.

(21) En la actualidad los profesores titulares de cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires son los doctores Gregorio Badeni, Néstor Pedro Sagüés, Daniel A. Sabsay, Juan Vicente Sola, Alberto Ricardo Dalla Via y Susana Graciela Cayuso. Es profesor asociado el doctor Roberto Gargarella.

(22) PADILLA, Alberto G., "Lecciones sobre la Constitución primera serie", Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 30.

(23) AJA ESPIL, Jorge, "Lecciones de Derecho Constitucional", TEA Buenos Aires. 1972.

(24) Entre los más destacados constitucionalistas que integran o han integrado la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, cabe citar a los doctores Adolfo Rouzat, Pedro J. Frías, Germán J. Bidart Campos, Julio Oyhanarte, Juan Francisco Linares, Pablo Ramella, Carlos M. Bidegain, Segundo V. Linares Quintana, Genaro Carrió, Mario Justo López, Jorge Reinaldo A. Vanossi, Néstor Pedro Sagüés, Dardo Pérez Guilhou, Humberto Quiroga Lavié, Miguel Angel Ekmekdjian, Ricardo Haro e Iván José María Cullen; entre muchos otros destacados maestros del Derecho Constitucional.

(25) Ambos tuvieron como primer presidente fundador al doctor Jorge Reinaldo Vanossi; en el primero es actual presidente el doctor Juan Ramón Aguirre Lanari. Importante labor fue también la cumplida por el Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado de la Universidad de Belgrano entre 1994 y 2000.

(26) VANOSSI, Jorge Reinaldo A., "La Enseñanza del derecho Constitucional: escuelas y tendencias", Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

(27) MORELLO, Augusto Mario, "La Corte Suprema en el Sistema Político", Librería Editora Platense, Lexis Nexis, 2005. El autor propone dos criterios para mejorar el funcionamiento de la Corte y dar mayor certeza a su actividad. Ellos son: a) el estricto respeto a sus propios precedentes; y b) Mantener la regla de la unanimidad o de importantes mayorías cuando se trata de resolver asuntos de gran trascendencia institucional. Tales aportes —señala— fortalecen el rol político del Alto Tribunal.

(28) Entre los convencionales constituyentes de 1994 merece destacarse la actuación de los doctores Antonio María Hernández (h) de Córdoba, quien fuera vice-presidente de la Comisión Redactora de la Reforma, de Humberto Quiroga Lavié por la Provincia de Buenos Aires, de Fernando Armagnague por Mendoza y de Elisa Carrió por Chaco; todos ellos por la Unión Cívica Radical, aunque la última actuó en disidencia con el Pacto de Olivos y el "Núcleo de coincidencias básicas". Por el Partido Justicialista tuvieron destacada actuación los constitucionalistas doctores Alberto García Lema, por Buenos Aires, Horacio Rosatti, por Santa Fe, y Juan Carlos Maqueda, por Córdoba. También fueron convencionales constituyentes el doctor Iván José María Cullen, de Santa Fe, quien representó un bloque disidente de la Unión de Centro Democrático, y el doctor Alberto Natale, por el Partido Demócrata Progresista de Santa Fe.

(29) PEREZ GUILHOU, Dardo, "El constitucionalismo", en Nueva historia de la Nación Argentina", t. VII, 4ª parte, "La Argentina del siglo XX c. 1914-1983". Planeta. Buenos Aires, 2001, ps. 476/477.

(30) El tema fue advertido y denunciado por la jurista Delia Ferreira Rubio, con referencia al artículo 68 bis del proyecto y 77 en la numeración definitiva. El artículo había sido omitido al momento de jurarse la Constitución y debió sanearse su inclusión por medio de una ley del Congreso.

(31) Asociación Argentina de Derecho Constitucional, "La reforma Constitucional Argentina 1994". Imprenta Ripari, Buenos Aires, 1994. La obra recoge los trabajos de las "Jornadas sobre la Reforma Constitucional Argentina" realizadas en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 17 y 18 de marzo de 1994. Se realizaron también jornadas previas en Rosario y Santa Fe donde también imperó el tono crítico que mantuvieron las publicaciones de algunos de sus miembros. Con posterioridad a la reforma, la misma Asociación publicó el interesante libro "Comentarios a la Reforma Constitucional" publicado en Buenos Aires en 1995, bajo la distribución de Abeledo-Perrot. En 1996 se publicó el importante trabajo denominado "Leyes Reglamentarias de la reforma Constitucional", en el que también

participaron muy destacados autores profesores de la materia. En 1996 se realizó el "Primer Seminario sobre la Reforma Constitucional Argentina de 1994" organizado por el Ministerio del Interior y auspiciado por el centro de Estudios Constitucionales de la Presidencia del Gobierno de España y la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, dando lugar a la publicación de "La Constitución Reformada".

(32) Asociación Argentina de Derecho Constitucional, "A Diez Años de la Reforma", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1994.

(33) Utilizamos la expresión "reforma del Estado" por ser la difundida; pero sostenemos que la emergencia económica y la emergencia administrativa llevadas adelante en el marco de las leyes 23.696 y 23.697 (Adla, XLIX-C, 2444; 2458) no alcanzan la envergadura de tal denominación al no incluir ni una reforma política ni una reforma federal, sino vincularse con aspectos puntuales del régimen de servicios públicos y privatizaciones en el ámbito de la administración pública nacional.

(34) Antes de la reforma constitucional de 1994 la validez de los reglamentos de necesidad y urgencia era negada por Bidart Campos, Badeni y Hernández. Los administrativistas en general los admitían cuando el Congreso se encontraba en receso y si había ratificación legislativa posterior, Cassagne y Marienhoff entre ellos. Otros autores, como Vanossi y Loñ los admitían; pero proponían sus reglamentación.

(35) En otros modelos del Derecho Comparado no existe tanta distancia en materia de interpretación como ocurre entre nuestro Derecho Constitucional y nuestro Derecho Administrativo.

(36) Con excesiva frecuencia se cae en el error de entender que la mera imitación o aplicación de derecho extranjero implica un recurso de derecho comparado, sin respetar las reglas técnicas de ese importante método de las ciencias jurídicas.

(37) SPOTA, Alberto Antonio, "Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente", Plus Ultra, Buenos Aires, 1974.

(38) El varias veces presidente y presidente honorario, el profesor Alberto Antonio Spota, solía alegar a favor de tal postura señalando que si Louis Pasteur hubiera sometido la creación del suero antiofídico al debate y votación de sus colegas, en el mundo aún existiría la rabia. Como ejemplo de que determinadas cuestiones científicas no podían ser materia de debates políticos.

(39) SCHMITT, Carl, "Teoría de la Constitución", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.