

## DISCURSO SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL. COLORES PRIMARIOS

## DISCOURSE ON CONSTITUTIONAL LAW. PRIMARY COLORS

Raúl GUSTAVO FERREYRA\*

**RESUMEN:** El constitucionalismo es un producto del pensamiento ilustrado de los siglos XVII y XVIII. El derecho constitucional es una de las más importantes creaciones humanas para programar y ordenar la convivencia de los ciudadanos en el marco del Estado. El derecho constitucional emana de las constituciones, ideación nacida en el siglo XVII; y, ahora, que en la modernidad, también se desarrolla a partir de las mandas de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En homenaje a la “ilustración” o siglos de las luces, las ideas propuestas se presentaran en forma de “Discurso sobre el derecho constitucional. Colores primarios”, es decir, un proceso de razonamiento (discurso), en el que se pasa revista a cada uno de los tres cursos del término analizando: *a)* dereconstitucional, derecho objetivo que emana del sistema de la Constitución federal de la República Argentina; *b)* derechos fundamentales, pretensiones o esperanzas de los sujetos y *c)* el área propia del saber o dominio científico la dogmática o teoría constitucional. La composición teórica fija su atención, preferentemente, en el sistema federal de la Argentina. Sin embargo, tiene la esperanza y expectativa de que pueda participar, aprovechar y promover el debate crítico en los contextos americanos e ibéricos.

**Palabras clave:** constitucionalismo, Constitución, pensamiento ilustrado, discurso, triada colores primarios, derecho constitucional, derechos fundamentales, saber o teoría constitucional.

**ABSTRACT:** Constitutionalism is a result of the enlightened thinking of the 17th and 18th centuries. Constitutional Law is one of the most important human creations to program and order the coexistence of citizens within the State. Constitutional Law stems from constitutions, a concept born in the 17th century. Now, in the modern age, this branch of the law is also developed through the provisions of international human rights treaties. Paying tribute to the “Enlightenment” or “Age of Reason,” the ideas proposed are presented in the manner of a Discourse on constitutional law. Primary Colors, i.e. a reasoning process (discourse), reviewing each of the three courses of the term analyzed: *a)* constitutional law, the objective law stemming from the system of the Federal Constitution of the Argentine Republic; *b)* fundamental rights, desires, or hopes of individuals; and *c)* the area of scientific knowledge: constitutional theory. This theoretical analysis is mainly focused on the federal system of the Argentine Republic. Nevertheless, the intention of this analysis is to participate in, profit from, and promote critical discussion in the Americas and Spain.

**Descriptors:** Constitutionalism, Constitution, enlightened thought, discourse, primary-color triad, constitutional law, fundamental rights, constitutional theory or knowledge.

\* Doctor de la Universidad de Buenos Aires; catedrático de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la misma Universidad.

*Para el profesor, doctor Raúl A. Serroni  
Copello*

## I. RAZONES BÁSICAS: PODER Y DERECHO

Toda comunidad de ciudadanos que alcanza cierto grado de convivencia se encuentra inclinada a la organización constitucional. Hasta podría conjeturarse: todos los hombres se encuentran organizados o desorganizados constitucionalmente; no existiría un tercer estadio. En forma liminar, por constitucional se entiende fundamental; no es necesario que la constitución, en el sentido advertido, sea escrita ni codificada.

Con alguna facilidad se dice que el derecho puede representarse como un árbol; el derecho constitucional que brota de la raíz “Constitución” configura el tronco mismo y posee siempre una determinada concepción de la libertad y la autoridad. Sus enunciados acostumbran, por ejemplo: devenir hostil hacia la libertad y favorecer el arbitrio de la autoridad; fluir hacia la libertad y controlar racionalmente a la autoridad; o lograr el apetecido (e inalcanzable) equilibrio entre autoridad y libertad. Esta última versión nunca ha sido, hasta ahora, el alma fundamental de ninguna organización constitucional que se conozca.

En este escrito se discurre sobre un objeto o material mundano: el derecho constitucional; en particular, el que emana del sistema de la Constitución federal de la República Argentina (en adelante, CFA o CF, sin distinción). Dondequiera que el discurso se presenta, su formación es mediante la razón, ya que la razón es “por naturaleza igual en todos los hombres” y la diversidad de nuestras opiniones no se genera porque unos hombres sean más racionales que otros hombres, sino porque las ideas son trazadas por senderos diferentes y no se tienen en cuenta los mismos estados de cosas.<sup>1</sup>

La disertación se apoya en dos razones elementales y señeras, que se introducen en forma apodíctica, juntamente con la invitación al lector.

*Primera.* Descreo que el estado de cosas del mundo responda a un plan general, así como de que existan entes absolutamente perfectos.<sup>2</sup> E igualmente descreo que exista un autor o autores de un programa natural u orden

<sup>1</sup> Descartes, René, *Discurso del método. Para dirigir bien la razón y buscar la verdad en las ciencias*, Barcelona, Altaya, 1993, p. 5.

<sup>2</sup> Leibniz, Gottfried, *Discurso de la metafísica*, Madrid, Alianza, 2002, p. 53.

del universo. El hombre forma parte de la naturaleza y todo es resultado de la evolución. Por lo demás, constituye evidencia suficiente que el hombre apoyado en “las luces de su razón”<sup>3</sup> tiene tendencia a la asociación con otros hombres o a la organización comunitaria. La fuente del contrato político reside en el poder de los ciudadanos que integran el pueblo. Ello implica que el poder crea el derecho; esa llama que produce efectos deseados sobre otros hombres. El poder, una de las máximas creaciones del hombre, genera las máximas tensiones comunitarias. El poder público, político, conceptúa o pretende definir el bienestar general, el marco de la vida colectiva. Al mismo tiempo es obra del poder la insinuación o formulación de la dimensión de la individualidad del hombre, en la sociedad política. El poder produce las reglas que determinan la conducta humana. El poder es unilateral en su actitud de creación del derecho. La primacía de la política es indiscutible. Pero producido el derecho, se produce el eterno viraje: el poder queda sometido a la regulación jurídica. Comienza, en otro lenguaje y escenario, la tensión inacabada entre autoridad y libertad.

*Segunda.* Los sistemas<sup>4</sup> jurídicos estatales son sistemas normativos en cuyo núcleo reside la regla constitucional, que intenta determinar, a su vez,

<sup>3</sup> Rousseau, Jean J., *Discurso sobre las ciencias y las artes*, Madrid, 1987, p. 47.

<sup>4</sup> Mario Bunge enseña que el más simple de los análisis del concepto de sistema incluye los conceptos de composición, entorno, estructura y mecanismo. La composición de un sistema es la colección de sus partes; el entorno del sistema es la colección de las cosas que actúan sobre sus componentes, o a la inversa; la estructura de un sistema es la colección de las relaciones, en particular de vínculos y enlaces entre los componentes del mismo, así como entre éstos y los componentes del entorno; por último, el mecanismo de un sistema está compuesto por los procesos internos que lo hacen funcionar, es decir, cambiar en algunos aspectos, mientras que conserva otros. Véase Bunge, Mario, *Emergencia y convergencia*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 25-60, y *Filosofía y sociedad*, México, Siglo XXI editores, 2008, pp. 9-48. Recuérdese que la composición estricta de la CFA fue definida en cuatro partes: i) simples declaraciones; ii) derechos y deberes fundamentales; iii) poderes del Estado; autoridad y control, y iv) la reforma del propio sistema. Las garantías, en esta comprensión, desempeñan el rol de mecanismo; las referencias sobre las partes y mecanismos de la CFA pueden leerse en Ferreyra, Raúl Gustavo, “Sobre la constitución. Concepto, composición y mecanismos”, *Contextos*, publicación del Seminario de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 2012, pp. 68-115. Por su parte, el entorno queda configurado por la democracia, entendida como forma de producción de reglas: método en el que todos los ciudadanos que participan o pueden participar en la configuración quedan sujetos a la regulación determinada (véase Ferreyra, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicabilidad de la enmienda*, México, Porrúa, 2007, pp. 32-103). En esta oportunidad, sostengo que la radiografía del sistema de la CFA se trata concretamente de la mostración

al poder. El derecho constitucional emana de la constitución; su convocatoria traslada a las ideaciones en torno a su definición. Expresado de otro modo: idear el derecho constitucional<sup>5</sup> implica construir proposiciones que puedan definirlo. Sin anticipar la lectura final, corresponde decir que el derecho constitucional alberga, conforma o da cuenta de dos ámbitos: un sistema primario de enunciados normativos y no normativos dirigidos a los ciudadanos y a los servidores públicos, y otro, específico e igualmente integrado por enunciados normativos y no normativos, solamente dirigido a las autoridades constitucionales.<sup>6</sup>

El discurso se divide en tres secciones. En las secciones II, III y IV, respectivamente, se reflexiona y explora sobre tres orientaciones atribuibles a “derecho constitucional”: *a) el derecho constitucional como el derecho objetivo que concretiza la organización fundamental de los poderes del Estado y que confiere el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas;* *b) el derecho constitucional como derecho subjetivo: individual, social o grupal, o colectivo, o de incidencia colectiva,* y *c) el derecho constitucional como el saber o la ciencia del sistema constitucional del Estado democrático.*

## II. ORGANIZACIÓN FUNDAMENTAL DEL ESTADO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. *Derecho objetivo*

Pensar sobre el derecho constitucional significa referir, representar, determinar la existencia de un sistema que marca, por un lado, el punto de llegada

y comprensión, propia y apropiada, del derecho constitucional mismo. Para ver un gráfico de las ideas expuestas, remito amablemente al lector a la Addenda.

<sup>5</sup> Enseñó el maestro Bidart Campos que el derecho constitucional es una parte del mundo jurídico. Véase Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 269. Añado, por mi parte, que el mundo jurídico es una realidad: hechos sociales que tienen lugar en un sistema social. Luego, el derecho —y el mundo jurídico constitucional que forma parte nuclear de él— es un artefacto, es decir, un objeto creado por el hombre.

<sup>6</sup> Observa Diego Valadés que la cultura jurídica es una de las claves para que el gobernante sea más recatado y el gobernado menos encogido. Sin cultura jurídica, unos atropellan sin quererlo y otros son atropellados, incluso sin saberlo. Véase Valadés, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

del proceso de autodeterminación o soberanía política de los ciudadanos que integran un pueblo, y por otro, la plataforma para el proceso de organización y construcción jurídica del Estado. En este sentido, pues, “derecho constitucional” es sinónimo de “sistema jurídico constitucional” o “derecho objetivo”, es decir, el conjunto de enunciados lingüísticos, normativos y no normativos, que expresan las prescripciones del Poder Constituyente.

Tengo buenas razones para sostener que el derecho constitucional federal, en vigor, de Argentina está integrado por las siguientes disposiciones normativas: las enunciadas en el Preámbulo y las 129 reglas de naturaleza permanente —en realidad, son 130 porque hay una disposición normativa entre los artículos 14 y 15 a la que se ha denominado 14 bis, y que fue incluida por la reforma de 1957— y 17 de naturaleza transitoria que se enuncian en la Constitución federal de Argentina, según la redacción que le ha conferido a su texto normativo y originario el poder constituyente ejercido en los años 1853/60, con las enmiendas de los años 1866, 1898 y 1957, y la reforma constitucional de 1994.

Nótese que la tarea de precisar, objetivamente, el contenido propio del sistema constitucional es tarea compleja. Quiero plantear dos cuestiones relativas a la descripción del objeto, que son tratadas en los próximos apartados: una de ellas relativa al estatus del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito del sistema de la Constitución federal (en adelante, indistintamente DIDH), y la otra acerca de la división clásica entre creación y aplicación del derecho. De ambos encuadres pueden obtenerse sugerentes resultados para la delimitación del cuerpo del sistema de la Constitución federal, porque escribir sobre ello es transmitir al lenguaje la razón de la organización fundamental del Estado.

## *2. Jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos*

Ya que no deseo asombrar al lector con variantes inesperadas, adelanto inquietudes: ¿el DIDH se sumó al texto de la CFA? ¿Existe un derecho constitucional de primer rango (CFA) y otro de segundo (DIDH)? Veamos.

### *A. Sistema de la CFA: sus enunciados*

Hay quienes (desde la dogmática o la práctica judicial) entienden que la reforma constitucional de 1994 incorporó (es decir: “sumó”) en el texto

constitucional varios centenares de disposiciones jurídicas provenientes de los once instrumentos<sup>7</sup> (hoy trece)<sup>8</sup> del DIDH que gozan de jerarquía constitucional —según la enumeración efectuada en el artículo 75, inciso 22, de la CF (“varios centenares” porque se trataría del mismo número que arroja la suma de la totalidad de disposiciones del DIDH que gozan de jerarquía constitucional). Esos autores consideran que dichas reglas del DIDH, en las condiciones de su vigencia, forman parte de la CFA. Según esta opinión, la reforma de 1994 produjo la expansión del derecho dentro de los propios límites de la Constitución federal. Claramente, ahora, formarían parte de su “propio texto” los enunciados permanentes, transitorios y los que provienen del DIDH.

En cambio, quienes piensan —como yo— que las reglas del derecho internacional de los derechos humanos no han sido “incorporadas”, sino que poseen “jerarquía constitucional”, difícilmente admitirán que ellas integran el tejido del derecho constitucional federal argentino en el sen-

<sup>7</sup> Artículo 75: “Corresponde al Congreso (...) inciso 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de 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 otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo 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. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

<sup>8</sup> La ley 24.820 —BO, del 29 de mayo de 1997— otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del artículo 75, inciso 22 de la CF. La ley 25.778 —BO, del 3 de septiembre de 2003— otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26 de noviembre de 1998 y aprobada por ley 24.584.

tido que se expone en el párrafo anterior.<sup>9</sup> Parece una sutileza, pero no lo es. El sistema de la Constitución federal es único; en su interior no existe ninguna relación de jerarquía entre sus propios enunciados. El derecho constitucional que se origina en el sistema reconoce en él su fuente directa de producción y validación: es decir, el derecho objetivo, los enunciados propiamente redactados por el poder constituyente, las normas y declaraciones permanentes y transitorias formuladas en su texto, que poseen raíz y jerarquía constitucional. El derecho constitucional que se origina en el sistema de la CFA o reconoce en él su fuente directa de validación; el derecho objetivo, los enunciados propiamente adoptados por el po-

<sup>9</sup> Horacio Rosatti identifica un “bloque constitucional”, con los siguientes elementos: i) rígido, en el sentido de que sólo es modificable por el poder constituyente (texto de la CFA); ii) semirígido, en el sentido de que es modificable por el poder constituido: documentos internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22). Sugiere que el artículo 31 de la CFA debería leerse: “Esta Constitución, los tratados con jerarquía constitucional, el resto de los tratados internacionales y las leyes de la Nación, dictadas por los órganos autorizados y dentro de sus respectivas competencias, constituyen, en ese orden, la ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”. Rosatti, Horacio D., *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, t. I, pp. 163-164, 2010.

Unos años antes, el maestro Germán Bidart Campos expresó que por “bloque de constitucionalidad” puede entenderse, según cada sistema en cada Estado, un conjunto normativo que parte de la constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución escrita. El bloque de constitucionalidad federal argentino, con idéntica jerarquía constitucional y ocupando la cúspide del ordenamiento, está integrado por la Constitución y los instrumentos internacionales del inciso 22 del artículo 75. Tales tratados no entran a formar parte del texto de la Constitución federal y quedan fuera de él, en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con él su misma supremacía (Manual de la Constitución reformada, Ediar, Buenos Aires, 1996, t. I, pp. 276, 342 y 345). En el fondo del asunto se sigue el pensamiento del maestro. No obstante, me permito desarrollarlo; buscar mayor claridad y precisión. El DRAE, entre las ocho acepciones que propone para “bloque”, en quinto lugar dice “conjunto coherente de personas o cosas con alguna característica común”. Idéntica pesquisa, entre las cuatro propuestas para sistema, la primera dice “conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí”. Resaltamente, desde el punto de vista de la definición lexicográfica, “sistema” es ampliamente superior a “bloque” al introducir, por definición, a la razón. En el plano epistemológico, “sistema”, pese a su amplitud y ambigüedad, es indudablemente una ideación más facilitadora que la de “bloque”. Ciertamente, aquí no se debatirán estatutos epistemológicos, si acaso se pudiese, porque toda comparación es desgarradamente borrosa. En la nota al pie de la página 4 se aducen las razones que aconsejaron el apodo de “sistema” para la complejidad que irradiia la CFA.

der constituyente: el derecho internacional de los derechos humanos, que goza de membresía constitucional, se trata de las normas detalladas en el artículo 75, inciso 22, en las condiciones de vigencia fijadas, que poseen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la CFA y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ella reconocidos.

#### *B. Sobre la jerarquía normativa y la raíz de las reglas del sistema de la CFA*

Del mismo modo en que nadie puede recordar la totalidad de su propia vida, no hay forma de conocer todo lo escrito sobre el derecho constitucional. Muchas veces se presenta como una experiencia inabarcable, aunque lógicamente factible. En el fluir de las opiniones, se menciona la que más robustamente intentó aprisionar, a punto de cumplir cuatro años el cambio constitucional de 1994, al derecho internacional de los derechos humanos. Un juez de la CSJN, en opinión disidente, insinuó el encierro:

En efecto, los textos mencionados en el artículo 75, inciso 22, si bien “tienen jerarquía constitucional”, “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”, configuran, pues, normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la 1a. parte de la Constitución...<sup>10</sup>

El Poder Constituyente reformador de la CFA jamás dispuso, en agosto de 1994, la estipulación de “rangos” entre sus normas. Mucho menos primer rango o segundo rango. Las fantasías que se construyen sobre el mundo impiden distinguir, con certeza, lo que realmente se ha de saber o se podrá conocer, precisamente, sobre ese mundo. La prisión es una institución para

<sup>10</sup> Conforme Augusto C. Belluscio in re “Petric Domagoj, Antonio c/Diario Página 12”, pronunciado el 16 de abril de 1998, CSJN, fallos: 321:885. El pronunciamiento fue suscrito por Julio S. Nazareno (por su voto), Eduardo Moliné O’Connor (por su voto), Carlos S. Fayt (por su voto), Antonio Boggiano (por su voto), Enrique S. Petracchi, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert, Adolfo R. Vázquez (por su voto) y la disidencia apuntada. De los nueve jueces que integraban la CSJN por aquel entonces, quince años después siete de ellos ya no integran el más alto tribunal de justicia.

aislar, aunque nadie pueda explicar, de modo sensato, si cumple o no cumple una finalidad comunitaria. La opinión criticada aísla, separa y fragmenta el mundo conocido.

El DIDH cumple la función de vincular el mundo del derecho. Y aunque siempre propone una estructura compleja de integración, su pretendida inferioridad no fue demarcada por el poder constituyente reformador en 1994. El mensaje prescriptivo contenido en el DIDH es, resueltamente, integrar. Por lo tanto, desintegrar, es decir, determinar normas de primer rango o segundo, no enseña nada porque se opone a la verdad.

Sin audacia, se concluye este apartado:

- i. Todos los enunciados del derecho constitucional de Argentina (permanentes y transitorios) tienen la misma jerarquía normativa.
- ii. Todos los enunciados del DIDH que gozan de jerarquía constitucional tienen idéntica jerarquía normativa.
- iii. Los enunciados del DC y los enunciados del DIDH (descritos en el punto ii) tienen rango jurídico idéntico, aunque difieren en la raíz: unos son producidos por la CFA y otros son validados por ella. Diferente raíz, igual estatura.

### C. *Fuente nativa y fuente extranjera*

El siglo XXI obliga, constantemente, a la propia actualización de la definición del contenido de derecho constitucional, en virtud de que su “internacionalización” parece inevitable. Por dicha razón, y si se reconoce la existencia, para la configuración del contenido abarcado por el término derecho constitucional, de fuentes de producción jurídica estatal y fuentes de producción jurídica supra estatal —categoría conceptual que, hasta mediados del siglo XX, hubiera parecido un despropósito—, se estaría amortiguando el peso de la controversia y, por consiguiente, el DIDH podría hospedarse en el ámbito de la noción derecho constitucional federal argentino, tal como se lo viene delimitando. Desde luego, no dentro del texto de la Constitución, y sí dentro del sistema de la Constitución federal. Mediante esta construcción, “sistema de la constitucional federal”, alberga en su seno conceptual tanto a las reglas estipuladas en el texto constitucional federal como a las que, existiendo originariamente fuera de ella, tienen también igual jerarquía y nivel, pero no están suma-

das en su marco normativo, pese a que unos y otros comparten la primacía del sistema jurídico estatal.

### *3. La interpretación judicial*

#### *A. Creación y realización*

El sistema de la Constitución federal de la República Argentina significa la creación máxima, suprema y cumbre del derecho vigente. Es la partitura maestra para la realización del derecho. En cuanto definición normativa, se desarrolla en dos espacios y en dos tiempos: el de su producción y el de su realización, respectivamente.

Producida la norma, previa comprensión racional, deberá sobrevenir su acatamiento, es decir, su realización tanto por los ciudadanos como por los poderes del Estado. Refiero, pues, que se presenta un contexto de mera aplicación o ejecución, cuando las autoridades federales o los ciudadanos cumplen una regla emanada del sistema de la Constitución federal. Por ejemplo: cuando un ciudadano ejerce o desarrolla un derecho fundamental cualquiera (político, civil o social); naturalmente, el planteo considera la relatividad de los derechos fundamentales, o dicho de otra forma, que no son absolutos. Este acatamiento o despliegue sencillo constituye una simple realización; no necesita una determinación específica de la autoridad constitucional u orientación gubernativa federal que la solvente. Se trata de una realización en el marco de una sociedad abierta, porque el derecho constitucional existente es válido desde el mismo día, hora y lugar que se haya fijado para su entrada en vigencia. El único órgano que puede desdecir la existencia o validez del derecho constitucional es el órgano creador, o sea, el poder constituyente.

También se dirá que existe una mera realización del derecho constitucional cuando se “desarrollan” las previsiones que surgen del sistema. Por ejemplo: toda la legislación, incluida la actividad del poder administrador; en este mismo contexto se enrolan las sentencias y resoluciones judiciales que resuelven cuestiones constitucionales. Para distinguir de la “mera aplicación o simple acatamiento”, ahora se llamará “realización propia”, y con afán de claridad, en el caso de la realización (propia) que cumplen los jueces, interpretación judicial.

Un tercer contexto de realización es la actividad dogmática, tanto en sus fases de investigación como de disertación académica. Este conocimiento o cuerpo de conocimientos sobre el derecho constitucional, que se estudia más adelante, constituye un contexto científico.

La realización del derecho constitucional, en cualquiera de los contextos descritos, será siempre, pues, concreción o ejecución de derecho creado. Sin embargo, existen situaciones excepcionales que desbordan este modelo de realización, como por ejemplo cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en adelante, también CSJN— asocia o disocia un significado, en un caso concreto, con pretensiones de generalidad normativa.

### B. *Resoluciones de la CSJN*

Resulta controvertido determinar si la interpretación judicial que, en su caso, la CSJN haya decidido atribuir como significado al texto normativo constitucional, o al sistema jurídico *lato sensu*, constituye una fuente de producción de disposiciones jurídicas de alcance general. Es decir, si sus fallos, o determinados fallos, o las prescripciones de algunos de sus fallos —y éstos aún también bajo determinadas condiciones—, que han sido elaborados en el ámbito del sistema jurídico constitucional, pasan o no pasan a integrar el elenco de disposiciones normativas del derecho constitucional federal argentino.

Escojo, en el ámbito de una literatura vastísima, dos destacadas opiniones de juristas; luego, ensayo la propia.

Germán Bidart Campos sostuvo que cuando la CSJN dicta sentencias en las que se lleva a cabo interpretación constitucional, sobre todo si se arriba a una declaración de inconstitucionalidad, esa interpretación de la Constitución adquiere el mismo rango de la Constitución interpretada y compone con ella una unidad.<sup>11</sup> Desde otra óptica, un tanto más genérica pero no menos precisa, Eugenio Bulygin sostiene que solamente la actividad del juez es fuente de derecho, y por ello es capaz de ser integrada al sistema jurídico cuando la sentencia judicial crea norma/s general/es.<sup>12</sup> Es decir, el juez crea

<sup>11</sup> Bidart Campos, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 421.

<sup>12</sup> Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Ánalisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 366 y 367.

derecho cuando la norma general mediante la que justifica su decisión no fue creada por el legislador constituyente.<sup>13</sup>

### *C. Análisis o construcción y destrucción del objeto*

1. Se observa que las disposiciones o enunciados que constituyen el derecho constitucional de un Estado responden habitualmente a dos finalidades: arquitectura de sus poderes, y conferir reconocimiento a los derechos fundamentales y los deberes correlativos.

2. El orden coactivo que impone el derecho —el derecho constitucional no escapa a la regla— se expresa, o mejor dicho, tiene como soporte al lenguaje, que en nuestro Estado es escrito. Toda la planificación prescriptiva que realiza el derecho constitucional se programa por intermedio del lenguaje escrito proveniente de las fuentes de producción. El derecho constitucional argentino es una manifestación del lenguaje escrito.

3. Si, además, se repara en que el lenguaje prescriptivo en el cual está expresado el derecho constitucional, más bien todo el derecho, no es completo sino que necesita ser completado, se advertirá sin complicaciones que las tareas de interpretación constitucional no sólo pueden consistir en el análisis del lenguaje, en virtud de que la obra de integración de los segmentos o sectores incompletos contribuye —siempre en forma complementaria— a construir (o destruir) el objeto. Por este motivo, dichas decisiones interpretativas también entrarán a formar parte del elenco de disposiciones normativas.<sup>14</sup>

4. El lenguaje jurídico tiene las mismas propiedades que los lenguajes naturales. Las palabras que aparecen en las reglas jurídicas tienen una zona

<sup>13</sup> Bulygin, Eugenio, *Creación y aplicación de derecho*, contribución obrante en mi archivo, gentilmente entregada por el autor.

<sup>14</sup> Norberto Bobbio se preguntó qué es, en efecto, la interpretación de la ley sino análisis del lenguaje del legislador, de ese lenguaje en el que se expresan las normas jurídicas (p. 187). Agregó más adelante que el lenguaje del legislador es incompleto, y esta falta de plenitud puede ser completada (p. 193). Esta obra de integración es la llamada interpretación extensiva, considerada expresamente como una modalidad de la analogía (p. 195). Así concebida, la interpretación extensiva no es un acto creativo, sino una operación lógica en sentido estricto que no se sale de la consideración de la interpretación jurídica como análisis del lenguaje, es una de las operaciones con las que se efectúa ese análisis lingüístico del derecho, que consiste la ciencia del derecho (p. 195). Véase, en este sentido, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Torres Editor, 1980.

de penumbra, es decir, que son potencialmente vagas. La vaguedad se pone de manifiesto frente al caso atípico. Quien trate de orientar o apreciar dicha conducta se sentiría desconcertado debido a que el caso no está incluido en el área de significado central donde se congregan los casos típicos, ni claramente excluido de ella. Por lo tanto, cualquier descripción honesta de lo que ocurre cuando un juez trata de determinar si un caso concreto está o no comprendido por el significado actual de la regla tiene que admitir que no todos los casos son del mismo tipo ni suscitan iguales problemas. Dicha descripción debe distinguir entre estos dos tipos de casos: aquellos cuyos hechos constitutivos están claramente comprendidos por el área de significado central de los términos o expresiones en que la regla consiste, y aquellos a los que Herbert Hart denominó “zona de penumbra”, es decir, atípicos en cualquiera de las formas en que éstos puedan ocurrir.<sup>15</sup>

5. El derecho constitucional es, por regla, objeto de interpretación. La interpretación judicial, en el marco de una sociedad abierta, es una de las formas que asume la realización del derecho constitucional.

Por lo pronto, asevero que la interpretación del derecho constitucional es una tarea que consiste en analizar el discurso de las fuentes de producción, el cual puede, eventualmente, ser incompleto. Cuando las operaciones se realizan sobre el objeto constituido, es decir, cuando se determina que las disposiciones normativas están completas —situación que autoriza o posibilita la descripción de su significado—, se está privilegiando el empleo de métodos de tipo cognitivo, cuyo resultado más evidente y palpable es el hallazgo y la consiguiente aplicación del significado objetivo de la regla de derecho constitucional en análisis. En estos casos, la comprensión del significado central de la regla de derecho constitucional consiste en hallar el sentido que quiso efectivamente poner el legislador constitucional, debidamente respaldado y actualizado con la realidad respecto de cuya aplicación y ordenación se trata, ya que ella es la única que le puede dar soporte racional a la tarea misma de interpretación jurídica. La interpretación constitucional se orienta a la descripción de significados, y la actividad consiste en la conjectura respecto del significado de una regla constitucional, aplicada desde luego a un caso. Defino de este modo a la interpretación constitucional analítica; tarea que no tiene, nunca, aptitud constitutiva del objeto. Simplemente lo realiza, ejecuta o aplica.

<sup>15</sup> Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pp. 55-58.

6. Sin embargo, la falta de plenitud, o ausencia de completitud, del propio discurso programado por el derecho constitucional pone de manifiesto que, en oportunidades, las tareas de análisis del lenguaje de las fuentes son insuficientes o no puedan dar respuesta al significado central del término bajo examen. En estos supuestos, el intérprete no descubre, sino que decide el sentido de la regla; se enfrenta a los casos atípicos, y la adscripción (introducción) que él proponga como significado de la expresión de la disposición constitucional, en puridad de verdad, estará creando un nuevo significado. Se habla así, pues, de interpretación constitucional correctiva, y la naturaleza de las proposiciones que el intérprete construye es normativa, porque su actividad es susceptible de ser caracterizada como creadora de disposiciones jurídicas de alcance general.

7. Cuando el intérprete transita por los campos de la interpretación constitucional analítica, describe los significados de las reglas constitucionales que examina. En cambio, cuando lo hace ocasionalmente —“en casos contados con los dedos de las manos”— en los territorios de la interpretación correctiva, el intérprete asocia (también disocia) o reconstruye (pero también puede destruir) un nuevo significado a la expresión o texto, cuya oscuridad era la nota más característica de su fisonomía hasta que se produjo su intervención, por lo menos para dicho caso. En rigor: se la apoda “interpretación correctiva” por comodidad lingüística; ajustadamente, se trata de creación, positiva o negativa, de derecho constitucional. En modo inicial, en la interpretación correctiva se encuentra ausente la deliberación, en tanto planificación y voluntad de alcanzar el bienestar general,<sup>16</sup> que tienen el poder político para crear derecho constitucional. En paralelo, también se encuentra ausente su codificación normativa. Estas ausencias no devalúan su actividad creadora, pero aconsejan mantener el apodo “interpretación”, pese a que se sepa que ella es el puente para crear. Creadores del derecho constitucional despliegan actos políticos en su formación. Realizadores del derecho constitucional, también, pero en otro sentido: mantienen y

<sup>16</sup> El bienestar general es una de las seis afirmaciones básicas del sistema de la CFA contenida, elegante y prolíjamente, en el Preámbulo. Es el propósito dentro de los propósitos. Todas las autoridades constitucionales tienen por obligación desarrollar, mantener, alcanzar o aspirar al bienestar general. La actividad de los departamentos político, ejecutivo y judicial se caracteriza por la generalidad y universalidad de sus tareas; en cambio, por definición, el poder judicial atiende en casos puntuales, individualizados, a pedido de parte, nunca en abstracto. Por ende, no legisla y resuelve asunto por asunto, con el objetivo del bienestar general.

desarrollan un sistema jurídico. Toda creación de derecho constitucional es política; las resoluciones judiciales, en el contexto apuntado, comparten la filiación política.

8. Analizar y decidir son, entonces, las consignas del intérprete judicial cuando realiza el derecho constitucional. Cuando se apela a la interpretación correctiva, los jueces contribuyen a la “reconstrucción” del sistema de la Constitución federal porque introducen (aunque también pueden sustraer) de dicho sistema una disposición de naturaleza prescriptiva que el legislador constituyente, si bien expresamente no había incluido, tampoco había prohibido. Por ello, debe entenderse que el poder constituyente —originario o derivado— brindó la plataforma de sustentación para que la interpretación sea luego la que, en última instancia, pudiere configurar y concretizar la vigencia y el alcance de la propuesta normativa constitucional.

9. Parece bastante claro que las técnicas de interpretación correctiva, en todas sus variantes estratégicas, tienen por objeto usual ampliar el campo de los significados del sistema jurídico constitucional. Cuando son utilizadas de este modo, resultan útiles para propiciar la evolución del derecho. Aunque debe advertirse que también pertenece a esta familia la interpretación constitucional restrictiva que, en ocasiones, produce resultados que pueden conducir a la reducción irracional del campo de aplicación de los significados centrales consignados en las disposiciones del sistema de la CFA, cuya objetividad incontrovertible hubiese sido asegurada por una interpretación analítica. La interpretación restrictiva circunscribe el marco de aplicación de una regla constitucional, excluyendo de su campo de actuación supuestos de hecho que racionalmente deberían quedar comprendidos y concretizados por la labor del intérprete. La implementación de este mecanismo de interpretación constitucional puede producir la involución del derecho, ubicando en una delicada situación a importantes sectores de la configuración llevada a cabo por la Constitución.

Las estrategias interpretativas de filiación correctiva desarrolladas por la CSJN han demostrado tener aptitud para poner en evidencia que el producto de la actividad ponderativa también, y al mismo tiempo, fue capaz de constituir una fuente de producción normativa del sistema de la CFA, debido a la expansión generalizada de la coactividad que emanaba de tales prescripciones resolutivas. Del propio repertorio de decisiones judiciales de la CSJN se puede citar una variada gama de fallos que tienen una ligazón importante, desde el punto de vista empírico, con las estipulaciones

formuladas. Así, en una brevíssima lista de ejemplos, puede advertirse el poder creativo de derecho constitucional, por parte del Más Alto Tribunal de Justicia de la Nación. Simplemente, a título de ejemplo: a) el otorgamiento de ciudadanía constitucional a la acción de amparo, en el caso “Siri” (1957); b) el reconocimiento de jerarquía supralegal de los tratados, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (1992);<sup>17</sup> c) las bases para la elaboración de la doctrina de arbitrariedad de sentencias, en el caso “Rey c/Rocha” (1909);<sup>18</sup> d) el acceso a la justicia y mención sobre la regulación de las acciones de clase, en la causa “Halabi” (2009);<sup>19</sup> e) enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad, en el caso “Simón” (2005);<sup>20</sup> posiblemente, el fallo más relevante, si existiese tal mención, en toda la historia política del más alto tribunal de justicia de la República:

...3. Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 [autoamnistía de la dictadura militar] y 23.521 [obediencia debida] y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables [civiles y militares], u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la [República] Argentina...

Todas estas interpretaciones constituyen actos de lealtad constitucional. El intérprete genera una nueva regulación normativa que, antes de su decisión, no existía descrita como el intérprete (creador, no ya realizador) ahora regíamente dispone.

Sin embargo, no todo es virtuosismo judicial. Narrar la deslealtad constitucional constituye una obligación. Rastrear su configuración requiere

<sup>17</sup> CSJN, fallos: 315: 1492 (1992). El pronunciamiento fue suscrito el 7 de julio de 1992 por los jueces Mariano A. Cavagna Martínez, Rodolfo Barra, Carlos Fayt, Julio Nazareno y Antonio Boggiano.

<sup>18</sup> CSJN, fallos: 112:384 (1909), “Rey, Celestino c/Rocha, Alfredo *et al.*”, pronunciada el 2 de diciembre de 1909 y suscrita por los jueces A. Bermejo, N. González del Solar y M. Daract.

<sup>19</sup> CSJN, “Halabi, Ernesto”, sentencia suscrita el 24 de febrero de 2009 por los jueces R. Lorenzetti, E. H. de Nolasco, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni y en disidencia parcial por los jueces C. Argibay, E. Petracchi y C.S. Fayt.

<sup>20</sup> Véase, *in re “Simón, Julio et al.”*, CSJN, fallos: 328:2056, 14 de junio de 2005, parte dispositiva reproducida en el texto, arriba, fue suscrita por E. Petracchi, A. Boggiano, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni, E. Highton de Nolasco, R. L. Lorenzetti y C. Argibay; C. Fayt, en disidencia.

precisión. ¿Cómo se hiere a un sistema constitucional? ¿Cómo ha de ser posible tanta hostilidad? ¿Cómo ha de ser factible herir y mantenerse en el propio cargo constitucional? Líneas abajo, el dibujo de la trama y la mención de los personajes.

Probablemente, el peor acto jurídico de la CSJN en toda su historia no fue un fallo judicial. Las fuerzas de la soledad en el derecho, la peligrosa vía de la incomunicación, concretamente el dominio de la irracionalidad, tiene una radiografía específica: la “Acordada de la CSJN” pronunciada el 10 de septiembre de 1930, suscrita por cuatro jueces de la CSJN y el procurador general, quienes abjuraron del derecho constitucional, sin contemplación.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> El texto completo de la Acordada se reproduce porque debe significar un “nunca más” en el derecho constitucional de la República Argentina. La pieza quiebra el vínculo entre razón y derecho, porque es solamente fuerza, pura, sin razón que la hilvane, sostenga o fundamente. Se encuentra recogida en CSJN, *folios*: 158:290.

En Buenos Aires (...), reunidos en acuerdo extraordinario los señores ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...) y el señor Procurador General de la Nación, con el fin de tomar en consideración la comunicación dirigida por el señor presidente del Poder Ejecutivo provisional, teniente general don José F. Uriburu, haciendo saber a esta Corte la Constitución de un gobierno provisional para la Nación, dijeron:

“1) Que la susodicha comunicación pone en conocimiento oficial de esta Corte Suprema la Constitución de un gobierno provisional emanado de la revolución triunfante del 6 de septiembre del corriente año.

2) Que ese gobierno se encuentra en posesión de las fuerzas militares y policiales necesarias para asegurar la paz y el orden de la Nación, y por consiguiente para proteger la libertad, la vida y la propiedad de las personas, y ha declarado, además, en actos públicos, que mantendrá la supremacía de la Constitución y de las leyes del país, en el ejercicio del poder.

Que tales antecedentes caracterizan, sin duda, un gobierno de hecho en cuanto a su constitución, y de cuya naturaleza participan los funcionarios que lo integran actualmente o que se designen en lo sucesivo con todas las consecuencias de la doctrina de los gobiernos de facto respecto a la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por él.

Que esta Corte ha declarado, respecto de los funcionarios de hecho, “que la doctrina constitucional e internacional se uniforma en el sentido de dar validez a sus actos, cualquiera que pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección, fundándose en razones de policía y de necesidad y con el fin de mantener protegido al público y a los individuos cuyos intereses puedan ser afectados, ya que no les sería posible a estos últimos realizar investigaciones ni discutir la legalidad de las designaciones de funcionarios que se hallan en aparente posesión de sus poderes y funciones. Constantineau, Public officers and the facto doctrine, *folios*: 148:303.

Que, el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país, es, pues, un gobierno de facto cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las per-

También fue una interpretación correctiva pero de orientación restrictiva la que resolvió la nulidad de una disposición de la Constitución federal incorporada por obra del poder constituyente, como hiciera en 1999 la CSJN, en el sonado caso “Fayt”,<sup>22</sup> circunstancia que comportó un quebrantamiento constitucional.<sup>23</sup> En rigor, la interpretación judicial correctiva (restrictiva) es denominada así para lograr claridad lingüística, porque, en estos casos, la coartada no funciona: lo fáctico, el decisionismo o pura voluntad no puede ocultar su prevalencia sobre el ámbito de comprensión delimitado específicamente por la propia normatividad constitucional, incluyendo todas sus posibles realizaciones racionales.

Existen otras formas de deshacer el derecho constitucional, aunque no con la intensidad ni profundidad del poder de destrucción que supuso el caso “Fayt”. Resulta inimaginable una resolución judicial con semejante poder de demolición del sistema de la CFA. Estas especies suavizadas de interpretación judicial restrictiva se hacen presentes en la causa “Bussi”

sonas en cuanto ejerce la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social.

Que ello no obstante, si normalizada la situación, en el desenvolvimiento de la acción del gobierno de facto, los funcionarios que lo integran desconocieran las garantías individuales o las de la propiedad u otras de las aseguradas por la Constitución, la administración de justicia encargada de hacer cumplir ésta las restablecería en las mismas condiciones y con el mismo alcance que lo habría hecho con el Poder Ejecutivo de derecho.

Y esta última conclusión, impuesta por la propia organización del Poder Judicial, se halla confirmada en el caso por las declaraciones del gobierno provisional, que al asumir el cargo se ha apresurado a prestar el juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes fundamentales de la Nación, decisión que comporta la consecuencia de hallarse dispuesto a prestar el auxilio de la fuerza de que dispone para obtener el cumplimiento de las sentencias judiciales.

En mérito de estas consideraciones, el Tribunal resolvió acusar recibo al gobierno provisional, en el día, de la comunicación de referencia mediante el envío de la nota acordada, ordenando se publicase y registrase en el libro correspondiente...”. Suscribieron los jueces J. Figueroa Alcorta; Roberto Repetto; R. Guido Lavalle y Antonio Sagarna; también firmó el procurador general, H. R. Larreta.

<sup>22</sup> CSJN, fallos: 322:1616 (1999), sentencia pronunciada el 19/9/1999, suscrita por los jueces Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto C. Belluscio, Antonio Boggiano, Gustavo A. Bossert (disidencia parcial), Guillermo A. F. López y Adolfo R. Vázquez (según su voto).

<sup>23</sup> Véase Ferreyra, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicabilidad de la enmienda*, México, Porrúa, 2007.

(2007),<sup>24</sup> al permitir el examen judicial —por mayoría— de una competencia privativa y excluyente del Congreso de la Nación y no aplicar como correspondía la doctrina de las cuestiones políticas. Una forma también suavizada de interpretación judicial restrictiva se hace presente, recientemente, en la jurisprudencia del más alto tribunal en la causa “Rodríguez Pereyra”<sup>25</sup> (2012); allí la CSJN asumió y confirió la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad aunque no exista petición expresa de parte en la causa. No existe fundamento para que los jueces, un poder contramayoritario, controlen de oficio, y por su propia voluntad, la constitucionalidad de los actos de los poderes políticos. El control de oficio —en un sistema difuso— puede abrir la puerta al judicialismo, porque es susceptible de inducir un aguijón en la distribución de los poderes del Estado, al no encontrarse expresamente detallado como competencia constitucional. Además, se establece una potestad notoriamente desbalanceada en favor del Poder Judicial y legislada por los propios jueces, sin fundamento deliberativo y desgarrando la idea de que una ley debe ser cambiada por otra ley, precedida de información a la ciudadanía, elección y debate en el ágora (Congreso), antes que en un proceso judicial sin control ni decisión del cuerpo electoral.

10. Determinadas decisiones judiciales de la CSJN son susceptibles de pasar a integrar el sistema de la CFA siempre que fueren capaces de satisfacer las siguientes condiciones: a) que la interpretación de la Constitución o del segmento del sistema constitucional de que se trate —es decir, cuando se decide judicialmente atribuir un significado al texto normativo, con preferencia sobre otros, por lo que se crea un nuevo significado— haya servido, o bien que existan razones para pronosticar que la ponderación normativa servirá en el futuro, de pauta o estándar racional para su seguimiento habitual por el propio tribunal y los tribunales inferiores de la República, y b) que el contenido de la norma producida por el más alto tribunal de justicia no sea idéntico al de alguna otra regla perteneciente al sistema jurídico constitucional, aunque sí deducible lógicamente del mismo.

<sup>24</sup> CSJN, fallos: 330: 3160 (2007), sentencia pronunciada el 13/7/2007, suscrita por los jueces R. L. Lorenzetti, C. S. Fayt, E. R. Zaffaroni (según su voto), C. Argibay, E. H. de Nolasco y, en particular, la disidencia de J. C. Maqueda.

<sup>25</sup> CSJN, “Rodríguez Pereyra”, resuelta el 27/11/2012, suscrita por los jueces R. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco, E. R. Zaffaroni, J. C. Maqueda, C. Fayt (por su voto) y Enrique S. Petracchi (en disidencia).

Desde la perspectiva planteada, sólo puede admitirse que, en determinadas situaciones, condiciones y presupuestos, la tarea de los jueces de la Corte puede tener también como propiedad la de ser una usina generadora de reglas de derecho de alcance general. Así sólo cabría admitirse que, en determinadas situaciones, condiciones y presupuestos, los jueces de la Corte pueden crear piezas componentes del sistema de la CFA. La aseveración tiene un radio de acción muy limitado y es radicalmente distinta del grito de batalla de ciertas corrientes afines al realismo jurídico que han llegado a sugerir que la Corte Suprema es algo así como una convención constituyente en sesión permanente; o que estamos regidos por una constitución, pero ella es lo que los jueces dicen que es. Tesis equivocada, suficientemente refutada en este escrito.

Por su parte, la interpretación judicial restrictiva, no tiene defensas.

#### 4. *Dos consignas: hecho y regla<sup>26</sup>*

El derecho es producido por el poder que emana de los ciudadanos que integran un pueblo. Se trata, claramente, de un hecho social que produce un conglomerado o combinación de reglas jurídicas generales, abstractas, obligatorias y universales, comúnmente asociadas en un sistema. Los hechos sociales se encuentran en el mundo y merecen ser tratados, por tanto, como cosas, es decir: objetivamente.<sup>27</sup> Doy por sentado la existencia del derecho constitucional y me pregunto sobre las posibilidades en torno a su conocimiento y aplicación. Una vez creado, la sensibilidad del ciudadano o del intérprete no constituye el objeto derecho constitucional (con la salvedad apuntada arriba II.3.C)

La creación del sistema inaugura, al mismo tiempo, las propias posibilidades de su coactividad. Dícese, pues, que derecho es una determinación fáctica que dispone un orden específico. Normatividad instaurada por reglas,<sup>28</sup> porque el deber de obediencia se encuentra en el ADN del derecho consti-

<sup>26</sup> Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 5.

<sup>27</sup> Véase, Bunge, Mario, *A la caza de la realidad. La controversia sobre el realismo*, Barcelona, Gedisa, p. 91, con cita de la exhortación de É. Durkheim(1901) en *Las reglas del método sociológico*, Buenos Aires, Gradifco, 2011, pp. 13 y 31-76.

<sup>28</sup> Cfr. Raz, Joseph, *op. cit.*

tucional, en el sentido que su sistema genera directamente prescriptividad, o a partir de él pueden generarse reglas prescriptivas.

### A. *Un hecho empírico*

El derecho constitucional se formaliza en el lenguaje del legislador que ejerce el poder constituyente, a lo que debe adicionarse, con las puntualizaciones y advertencias: el discurso del intérprete judicial (en el caso argentino, la CSJN, *v. ut supra* sección II.3.C), como así también el proveniente de la fuente internacional de los derechos humanos que goza de jerarquía constitucional (*cfr.* artículo 75, inciso 22, de la Constitución federal, véase, *supra* sección II.3.B).

### B. *Un sistema de reglas*

Porque considero que el lenguaje es de naturaleza prescriptiva,<sup>29</sup> su función elemental no es la de transmitir información, sino la de modificar, influenciar, organizar o dirigir la conducta de las personas que componen la sociedad. La coactividad o fuerza normativa es una cualidad definitoria del derecho constitucional, en igual sintonía que lo es del sistema jurídico del cual él forma parte. El derecho constitucional posee fuerza obligatoria, es vinculante y también, a su modo, participa de la nota de coercibilidad, propiedad dominante y sobresaliente del sistema jurídico del Estado que lo contiene. Por dicha razón, como bien indicó Bidart Campos, el derecho de la Constitución reviste naturaleza de norma jurídica, y no un mero carácter declarativo u orientativo.<sup>30</sup> Un derecho constitucional ideado o instrumentado por reglas significa que éstas se han de cumplir o no cumplir —se siguen o no se siguen—; no hay una tercera alternativa, si se ha de pretender que el sistema cumpla las tareas

<sup>29</sup> Jerzy Wróblewski señaló con certeza que, teóricamente, la discusión relativa a la normatividad del texto constitucional sólo es significativa después de definir el término “normatividad”. Si por normatividad se entiende que las reglas constitucionales son, o bien directamente aplicables, o aplicables tras construir otras disposiciones jurídicas a partir de sus propias reglas, se puede decir que las reglas constitucionales colman dicha definición. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, p. 104.

<sup>30</sup> Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 11, 19 y 31.

nucleares para el cual ha sido ideado: formación de la unidad política del Estado, organización, mantenimiento y dirección de todo el sistema jurídico. La proposición capital tiene un ámbito de validez: el sistema constitucional tiene fuerza normativa, obligatoria, en todas sus partes.

El derecho constitucional nace de la CFA, con la siguiente singularidad: la CFA es la fuente de producción de las normas, permanentes y transitórias, de raíz constitucional cobijadas dentro las cuatro esquinas de su texto. Fuera de su texto, al mismo tiempo, por aplicación del artículo 75, inciso 22 (producido por el poder constituyente en 1994), la Constitución es fuente de aplicación y validación del DIDH, que goza de jerarquía constitucional. En consecuencia: existe un derecho constitucional federal de Argentina de raíz y jerarquía constitucional; existe también otro subsistema que no tiene raíz constitucional, pero sí tiene jerarquía: el DIDH validado jerárquicamente por el artículo 75, inciso 22, recién referido. Además, también tiene existencia una hipótesis singular y excepcional de creación aquí tratada: la interpretación judicial, especialmente la de la CSJN, al asociar un significado y crear derecho constitucional. Este nuevo momento inaugura el “sistema de la Constitución federal”, que queda integrado por los tres elementos antedichos: las normas propiamente formuladas en la CF, las provenientes del DIDH y las generadas por la CSJN. No hay más derecho constitucional de la República Argentina.

Las normas del derecho constitucional son la fuente u origen de la validez jurídico positiva de todas las normas jurídicas, producidas por vía legislativa y, excepcionalmente, de la costumbre o de un fallo judicial.

En resumen, el sistema de la Constitución federal es la única fuente del derecho constitucional (el derecho de raíz y jerarquía constitucional); en pocas palabras: el origen de las fuentes. La CFA es la fuente del derecho constitucional, y éste, del derecho argentino.

¿Qué es pues, en sentido mundano, el derecho constitucional? Una verdadera tecnología social; en ciernes.<sup>31</sup>

A continuación, se muestra una tabla con el discurso desarrollado en este apartado. En consecuencia, el sistema de la Constitución federal de la República Argentina origina o valida, según el caso, los siguientes enunciados o productos normativos y no normativos:

<sup>31</sup> Cfr. Bunge, Mario, *Las ciencias sociales en discusión*, Buanos Aires, Sudamericana, 1999, pp. 323 y ss.

Origen y creación del derecho constitucional	
<i>Fuente nativa</i>	<i>Fuente extranjera</i>
Poder Constituyente Fallos excepcionales	DDHH establecidos en el artículo 75, inciso 22, CF

## 5. Entreacto: temporalidad y especialidad del derecho constitucional

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

Con relación al tiempo, breves consideraciones sobre el propio derecho constitucional. Su fundamento es la organización comunitaria. La formación jurídica pertenece al presente; todas las reglas del derecho constitucional deberían formularse en tiempo “presente”, porque la demanda de organización fundamental, su concreta determinación, es una exigencia del presente. Por ejemplo, al disponerse en el artículo 1º. constitucional que “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal...”, se trata de un presente continuo, una decisión permanente. La idea republicana, como forma de gobierno, es una tarea constante, sin pausas, un “ahora comunitario” que no concluye nunca, ni cede, pero progresá.

Otras reglas se refieren, significativamente y de diferente modo, al pasado. En el artículo 15 constitucional se dispone: “En la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de la Constitución...”. Quienes estaban sumidos en el pasado, son libres. Otra referencia, con gran trascendencia al pasado, se libera del artículo 14 constitucional: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: (...) de usar y disponer de la propiedad...”. Una regla ecuménica de la CFA portadora de la perspectiva de quienes suscribieron el contrato original, en 1853. La conclusión es lacónica: “usar” y “disponer” es una facultad exclusiva de quienes tienen la propiedad. En el momento originario existió, por lo tanto, una decisión hegemónica en relación con la propiedad: la distribución, según pautas determinadas por los propios redactores de la CFA, según texto de 1853-60, que produce, por supuesto, una significativa y marcada desigualdad ciudadana, porque la distribución fue liberal y no igualitaria; porque se construyó un mundo para incluidos, que presupuso la existencia de excluidos. Sugiero, por tanto, que el derecho constitucional que surge de

la CFA de 1853 propugna un modelo para ciudadanos libremente iguales y socialmente desiguales.<sup>32</sup>

También se encuentra descrito el viaje al futuro. Así, en el artículo 25 constitucional se instaló una clave: “El gobierno federal fomentará la inmigración europea...”. En forma semejante, el futuro se encuentra en otra regla cimera, enunciada en el artículo 28 constitucional: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Concretamente: en el momento de la fundación constitucional —es decir, a partir de 1853— existe un “estado de cosas constitucional”, una ontología del mundo constitucional fundamental, básica e insustituible, que el legislador no podrá traspasar, violar, sin caer en inconstitucionalidad por irracionalidad en su proceder.

Sin embargo, en este breve intervalo se llama la atención del lector sobre las cuestiones vinculadas al espacio. No hay que ser experto en derecho constitucional para determinar que, si existen reglas de derecho constitucional, es porque son dirigidas a determinados sujetos que viven en determinada comunidad, localizada y establecida en determinado territorio. No es decisivo que las Naciones Unidas confieran el reconocimiento de Estado, pero suele existir semejanza entre la configuración del ente político y su asiento en la ONU.

El derecho constitucional, una vez creado, fluye. Pero ¿hacia quiénes?, ¿hacia los ciudadanos?, ¿hacia los servidores públicos?, ¿hacia ciudadanos y servidores públicos?

Se entiende por “ciudadano” a la persona que se encuentra sometida a un orden jurídico y participa de su desarrollo o formación, siempre que se acepte su leal acatamiento; se entiende por “servidor público” a aquella persona que, por elección del cuerpo elector o designación de los poderes

<sup>32</sup> ¿Los frutos son de todos? ¿La tierra es de todos? ¿Nacemos socialmente desiguales, pero igualmente libres? ¿Qué es lo que se observa en el mundo? Con inigualable claridad literaria y auténtico pesimismo, en 1754 J. J. Rousseau, en su *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, afirmó que la desigualdad fue nula en el estado de naturaleza, pero sacó sus fuerzas y crecimiento del propio desarrollo de las facultades de los hombres y de los progresos del espíritu humano, para llegar a ser por fin “estable y legítima por el establecimiento de la propiedad y las leyes”. Previamente, anunció: “El primero al que, habiendo cercado un terreno, se le ocurrió decir esto es mío y encontró gente lo bastante simple como para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil”. Véase Rousseau, Jean J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Buenos Aires, Prometeo, pp. 131 y 101, respectivamente.

del Estado, legisla, administra o juzga; en fin: cumple una tarea fijada por la CFA en representación del pueblo.

Aseguro la noticia; luego, su explicación. El derecho constitucional de Argentina organiza dos subsistemas normativos: primario, del ciudadano y los servidores públicos, y secundario, de los servidores públicos. Nótese que la mirada se centraliza en la persona, no en la institución.<sup>33</sup>

Ciudadanos y servidores públicos. La regla contenida en el artículo 19 constitucional es una vía de acero: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. El beneficio y porvenir de la libertad constitucional se condensa en la regla; todos, absolutamente todos, disfrutan de la libertad fundamental. La normatividad de la regla es universal: ciudadanos y servidores públicos. No se aplica a quienes no se encuentren en el ámbito de la normatividad de la CFA; si lo están, su rigurosidad y solvencia caen sin excepciones. Toda la libertad constitucional se organiza por intermedio de esta regla; es fundamento de todo, y para todos, dentro de las reglas fundamentales.

La regla de la libertad, descrita maravillosamente en el artículo 19, demuestra, por sí misma, que no es necesario un presidente, legislador o juez la realice. No es necesario una sentencia, una ley o un decreto; todos los productos mencionados, en su elaboración, tienen que adaptarse a la regla de la libertad. Su disponibilidad es inmediata, opera en cada instante para beneficio de todos los integrantes de la comunidad, sin distinción.

Otras reglas se dirigen, inocultablemente, a los ciudadanos que cumplen con la función republicana, como por ejemplo la contenida en el artículo 99 constitucional: “El presidente tiene las siguientes atribuciones...”; o la dispuesta en el artículo 75 constitucional: “Corresponde al Congreso...”, o la fijada en el artículo 116: “Corresponde a la Corte Suprema de Justicia

<sup>33</sup> En 1975, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin llamaron la atención sobre la centralización de la función jurisdiccional. Opinaron que la existencia de funcionarios especializados da lugar a la existencia de dos sistemas normativos paralelos, pero interdependientes: el sistema de normas que regula la conducta de los sujetos del derecho, sistema primario, y el sistema de normas que regula la conducta de los jueces y demás órganos jurisdiccionales, sistema del juez. Véase “Algunos problemas metodológicos de la ciencia del derecho”, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, p. 208.

de la Nación y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas...”. Estas reglas constituyen otro blanco específico, un sistema de reglas secundario que confiere poderes o atribuciones para concretar y desarrollar la organización comunitaria de los ciudadanos.

De abajo hacia arriba, la existencia, al menos de dos sistemas, desmiente la idea de que el derecho constitucional sólo sea o fuese lo que la autoridad judicial (o cualquier otra autoridad) afirmó, afirma o afirmare; nada más erróneo. El paradigma de la sociedad abierta conduce como un rayo a esta conclusión: o todos realizamos el derecho constitucional, o el derecho constitucional es simplemente una nueva forma de dominación; en este caso, de la aristocracia de cierto saber no elegido directamente por los ciudadanos que integran el pueblo, cuya sabiduría nunca podrá ser puesta a prueba. Obviamente, la referencia alude al gobierno de los jueces, única forma nunca instaurada, felizmente, hasta el día de hoy.<sup>34</sup>

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

#### 1. *Letras preliminares*

En otros escritos se han plantado una serie de tesis, que ahora deseo referir:

i) Los derechos fundamentales, cuyo estatus es conferido por las Constituciones, significan líneas de acción para el uso de la fuerza estatal. Se

<sup>34</sup> La posición desarrollada no tiene enredaderas: el discurso constitucional se origina en el poder constituyente; existe, porque fue creado. Luego, el campo de su realización continúa de este modo: ciudadanos, autoridades, ciudadanos y autoridades, entre éstas últimas, los jueces. Los jueces no son los únicos ni principales realizadores. Una norma abierta en una sociedad abierta. Naturalmente, existen otros puntos de vista, entre los que escogí, por su solidez, el de Juan V. Sola: el contenido del estudio del derecho constitucional debe estar orientado hacia los precedentes judiciales; las leyes y las normas; la función del juez, en relación con la norma constitucional, no tiene carácter declarativo; el tribunal no se limita a formular un derecho ya existente. Tanto al establecer la presencia de los supuestos de la norma constitucional en el caso concreto como al estipular la sanción, la decisión tiene un carácter constitutivo. Véase *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, pp. 23-40. La partitura argumental descrita en la sección II de esta pieza es materia propia y suficiente; no obstante, se considera que al mismo tiempo corresponde dejar introducido otro enfoque, máxime cuando se comparte con Sola que “nuestra sociedad no es igualitaria, por el contrario contiene desigualdades que pueden ser chocantes” (véase su afirmación, *op. cit.*, p. 35).

trata de “razones de derecho constitucional” concebidas objetivamente para asegurar el uso correcto de la fuerza estatal. Así formalizados, constituyen directivas de la vida estatal porque contienen la reglamentación jurídica elemental para la vida comunitaria en libertad.<sup>35</sup>

ii) Los derechos fundamentales, ahora enfocados subjetivamente, son “derechos” porque resultan conferidos a los hombres por normas e implican poderes jurídicos, que emplazan facultades o expectativas individuales, plurales o colectivas. Creados por el hombre, no gozan de eternidad<sup>36</sup> y tienen siempre única matriz filosófica: el propio ser humano, sujeto con idéntica libertad e igualdad que cada uno de sus congéneres.<sup>37</sup>

La doble dimensión o dualidad que atraviesa a los derechos fundamentales sugiere, por supuesto, no alejarme de ninguna de las afirmaciones. Paralelamente, el enfoque subjetivo sobre los derechos fundamentales plantea cuestiones cuya enumeración es compleja, problemática e inexacta: conceptualización, organización, limitación y delimitación; desarrollo, valoración y realización. En próximos apartados se insinúan afirmaciones sobre el concepto en el modelo de Argentina, ya que, parafraseando al sofista, el sistema de la CFA es la medida de todos los derechos fundamentales: de los que son en cuanto que son y de los que no son en cuanto que no son; léase: por medida, el perímetro constitucional, y por derechos fundamentales, las regulaciones normativas.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Véase Ferreyra, Raúl Gustavo, “El derecho, la razón de la fuerza. Sobre la Constitución y los derechos fundamentales”, *Contextos*, publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, núm. 1, 2011, pp. 40-89. También en lengua portuguesa: “Constituição e direitos fundamentais: um enfoque sobre o mundo do direito”, trad. de Carolina Machado Cyrillo da Silva y David Leal da Silva, Porto Alegre, Linus, 2012, y en lengua inglesa: “An Approach to the Legal World. Constitution and Fundamental Rights”, *Jahrbuch Des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, Band 60, Mohr Siebeck, Alemania, 2012, pp. 21-38.

<sup>36</sup> En 1872, Rudolph Von Ihering dijo que la idea del derecho será “eternamente el mudar; así lo que existe debe ceder pronto su puesto al nuevo cambio, porque, como advierte el célebre autor [Johann Wolfgang von Goethe] del Fausto, ‘Todo lo que nace debe volver a la nada’”. Ihering, Rudolph von, *La lucha por el derecho*, versión española de A. Posada, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1921, p. 13.

<sup>37</sup> Ferreyra, Raúl Gustavo, “Sobre la Constitución. Concepto, composición y mecanismos”, *Contextos*, publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, núm. 4, Buenos Aires, 2012, pp. 100-102.

<sup>38</sup> Es decir, el *homo mensura*, una de las célebres afirmaciones de Protágoras. Véase Protágoras, Gorgias, *Fragmentos y testimonios*, Buenos Aires, Orbis, 1984, p. 51.

## 2. Noción

“Derechos constitucionales” y “derechos fundamentales” suelen emplearse con semejante campo semántico. Así, se observa en el ágora que un ciudadano manifieste su “derecho de trabajar”, o su “derecho de usar y disponer de la propiedad”, o su “derecho de enseñar y aprender”, o su “derecho de intimidad o derecho de privacidad”. En estas referencias normativas, como en tantísimas otras, el término “derecho constitucional” es utilizado para designar las atribuciones que la/s persona/s individual/es o grupos de personas tienen para dar, hacer o no hacer algo postulando una competencia, inmunidad o privilegio, cuyo reconocimiento es conferido por el sistema de la CFA. En esta formulación, “derecho constitucional” se entiende como derecho subjetivo: individual, social o colectivo; es decir, la persona física (o jurídica, si corresponde por su especialidad) tiene derecho constitucional de libertad de expresión, de propiedad, al trabajo, a la educación, a la salud, al ambiente sano, a la juridicidad constitucional, etcétera. Aunque para evitar el empleo del mismo nombre con “derecho constitucional” (como se describe en la sección II), se prefiere emplear “derechos fundamentales”, en lugar de derecho/s constitucional/es.

## 3. Concepto de derechos fundamentales

Toda organización constitucional siempre posee una concepción o ideación del estado de cosas que existe en el mundo al momento constituyente y cómo deberían ser en el porvenir. Aunque el mundo no se construye sólo a partir de la experiencia, existen estados de cosas que merecen ser referidos por su omnipresencia: la libertad, la igualdad, la participación política, el trabajo, el desarrollo solidario y la propiedad, y su función social. Expressamente, no se menciona la vida, porque ella es el fundamento de todo; sin ella, todo es irreal, no tiene existencia ni presencia.

Mencionar los estados de cosas constitucionales no es contar una historia. O, en todo caso, genuinamente: es un relato, sin final, sobre el hombre. Las personas interactúan unas con otras, otras sobre otras, en una sucesión indefinida de procesos indeterminados. Los grupos de personas, los núcleos de ciudadanos actuarán siempre “motivados o impulsados por intereses”,<sup>39</sup> las

<sup>39</sup> Bunge, Mario, *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*, Barcelona, Gedisa, 2009, p. 137.

contendidas y negociaciones muestran, de modo cotidiano, la imposibilidad empírica de satisfacer todos los intereses al mismo tiempo. Además, con alardes o sin ellos, ciudadanos, agentes o dirigentes siempre insistirán en mostrar la mejor fórmula con relación al progreso o conservación de cada uno de los siete estados de cosas referidos, o bienes anhelados, o situaciones preferidas. Implicaría un reduccionismo sostener que todo grupo propone alcanzar, conservar o perfeccionar cada uno de esos estados de cosas; porque hay muchos otros bienes por alcanzar. La mención de algunos de ellos cumple una función meramente descriptiva, ilustrativa, generadora para la articulación discursiva.

Los derechos fundamentales son el resultado de acciones humanas guiadas o no guiadas. Dichas acciones procuran la construcción de un estado de cosas, nuevo en relación con el pasado, porque pretende reflejar o significar profundamente la conquista de un nuevo estado que conserva, mejora o desarrolla las condiciones políticas de la existencia humana. Los derechos fundamentales constituyen, concretamente, un puente entre el sujeto o los sujetos y un estado de cosas. Desde tiempo inmemorial el hombre ha construido puentes, con todo tipo de materiales para vincular, intermediar, cohesionar; en fin, comunicar un espacio con otro espacio territorial. Los derechos fundamentales cumplen la función —inacabada— de vincular un espacio decisional (la política en su estado más puro y rudimentario) con otro espacio (la concreta producción de efectos deseados sobre determinados estados de cosas o bienes que se desea proteger y promover). Por eso son puentes: se dirigen a un bien o bienes, y tienen como punto de partida una decisión del poder político. Los derechos fundamentales facultan al sujeto o producen en él la expectativa entre el desarrollo de la decisión política y el concreto goce o disfrute de un bien que jurídicamente quedará protegido o tutelado.<sup>40</sup> Significan, entonces, el paso más racional, la construcción humana más perfecta de las conocidas hasta hoy, para superar la zanja abierta entre la decisión política y el bien jurídico constitucionalmente tutelado.

Naturalmente, en todas las comunidades existen notables discrepancias y diferencias entre los bienes y la cotización que merecen. Persisten estos desacuerdos sobre cada uno de ellos, tanto en el imaginario individual de cada uno de los ciudadanos como en el imaginario de la comunidad. Resulta de imposible acceso la idea de que son los derechos fundamentales

<sup>40</sup> Véase sobre el concepto de bien jurídico, Zaffaroni, E. Raúl *et al.*; *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 370-378.

los que configuran los bienes; más entendible e ilusoria es la vía inversa, es decir, primero, en el ágora democrática se definen los estados de cosas, se prefieren los bienes que se desea mejorar o conservar y luego, siempre luego, se trazan los puentes —la definición jurídica— para la asequibilidad al bienestar o la seguridad. En palabras bien sencillas: primero, filosofar; luego, decidir; más tarde, organizar jurídicamente.

#### *A. Justificación de los derechos fundamentales: ¿son los que el Estado define constitucionalmente?*

Los derechos fundamentales son constituidos por el sistema de la CFA.<sup>41</sup> El poder constituyente produjo una cantidad de derechos fundamentales, alojados en el propio cuerpo de la Constitución federal; otro grupo de derechos fundamentales fueron producidos en el ámbito internacional de los derechos fundamentales y gozan de jerarquía constitucional en la República Argentina, al ser validados constitucionalmente en el artículo 75, inciso 22, tal como hemos referido en varias oportunidades. Si la finalidad fuese pedagógica, correspondería decir: derechos fundamentales, con raíz constitucional y derechos fundamentales, con jerarquía constitucional, respectivamente.

La génesis de los derechos fundamentales, en Argentina, se encuentra ilustrada desde 1853 (con el empalme institucional de 1860, que completó la unidad jurídica). Una definición normativa concreta y repleta de racionalidad. En efecto, en la parte primera, capítulo único de la Constitución de la Confederación Argentina, sancionada el 10. de mayo de 1853, fue definida por el poder constituyente originario la constancia, en el epígrafe “Declaraciones, derechos y garantías”. Siete años más tarde, la Constitución federal tuvo adiciones; una regla, el nuevo artículo 33 constitucional: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán

<sup>41</sup> El maestro Germán J. Bidart Campos mantuvo otra opinión. En efecto, realizó una enumeración de posibles “fundamentos objetivos” para luego afirmar que el derecho constitucional debía remitirse a uno o más de ellos con el objeto de hacer aterrizar en su ámbito a los derechos fundamentales. Mencionó, entre otros, al orden natural, la naturaleza humana, la idea racional de derecho justo, la ética, la moral, los valores objetivos y trascendentes, el consenso social generalizado, la tradición histórica de la sociedad y las necesidades humanas en cada situación concreta. Añadió, también, que la regla sobre derechos implícitos del artículo 33 constitucional prestaba ayuda importante a su estructura argumental. Véase *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, t. I, 1996, pp. 478 y 479.

entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. A buen entendedor, sobran las palabras.

La legitimación, específicamente sobre el origen, no se encuentra abierta a debate, porque la propia Constitución federal es autorreferencial; en el artículo 31 constitucional, recuérdese, se asevera: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...”. Significa que la Constitución federal se refiere a sí misma para concretar el origen de los derechos fundamentales, porque ella misma, la ley mayor, es producto de la soberanía de los ciudadanos que integran el mismo pueblo que la engendró y reunió, redactó, y en fin postuló, en el señalado artículo 31, la supremacía de la propia norma constitucional y su consagración como vínculo ineludible para referenciar y reconocer la compatibilidad jurídica de la totalidad de los enunciados del orden jurídico que se escalona debajo.

Pienso que “soberanía del pueblo” debería ser leída comprensivamente como el poder de los ciudadanos para producir y realizar la Constitución federal. Premisa que se traduce en la reunión explícita de todas las facultades y expectativas ciudadanas, el poder detrás del derecho. Se trata, ni más ni menos, que del derecho de libre determinación para la configuración política y estipulación de las reglas para el desarrollo biológico, económico y cultural de la comunidad.

En conclusión, “forma republicana de gobierno” se traduce normativamente en división del poder, participación y elección de los gobernantes. Los derechos fundamentales, pues, en cierto sentido, son resultado de la participación política y la concreción normativa institucionalizada. Los derechos fundamentales han sido caracterizados, de modo inteligente, como “fragmentos de la soberanía”,<sup>42</sup> En el caso de Argentina, significa soberanía popular más republicanismo.

### *B. Derechos fundamentales, derechos subjetivos*

Los derechos son derechos subjetivos porque enlazan al ser humano. El ser humano es sujeto de derecho, no objeto. Los derechos fundamentales

<sup>42</sup> Véase Bastida, Francisco, “Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales”, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 35-38.

nacen “cuando deben o pueden nacer”<sup>43</sup> La Constitución federal, a partir de 1853, fue tajante en sus definiciones normativas relacionadas con la centralidad de la persona humana: la cabecera del sistema de derechos. Léanse algunos ejemplos: *a)* En el artículo 14 constitucional se refirió: “Todos los habitantes de la Confederación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”; *b)* En el artículo 15: “En la Confederación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de la Constitución”; *c)* seguidamente, en el artículo 16, otra regla capital: “...Todos sus habitantes son iguales ante la ley...”; *d)* coronado todo ello con la regla de la libertad contenida en el artículo 19 constitucional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero (...) Ningún habitante de la Confederación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Las Constituciones delimitan el mundo jurídicamente posible del mundo jurídicamente indeterminado, que queda fuera de la naturaleza imperativa que establecen sus textos. El hombre se constituyó en el centro del universo del mundo jurídico constitucional, en Argentina, a partir de su fundación jurídica. La conclusión es lacónica: antropocentrismo constitucional.<sup>44</sup>

Las reglas constitucionales descritas mantienen su validez y vigencia desde 1853 hasta la fecha. El paradigma fue complementado en 1994. A partir de entonces, diferentes reglas alcanzan la jerarquía de ley mayor del sistema constitucional de Argentina; ensayo, a título de ejemplo, una lectura compartida: *a)* artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros...”; *b)* artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948): “Todo ser humano

<sup>43</sup> Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 18 y 19.

<sup>44</sup> Recientemente, el maestro E. Raúl Zaffaroni ha llamado la atención sobre la pretendida exclusividad del humano como titular de derechos. Al analizar las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), respectivamente, refiere que en ambas constituciones la Tierra asume la condición de sujeto de derechos; en forma expresa en la ecuatoriana (Preámbulo y, especialmente, artículos 71 y 72) y algo tácita en la boliviana (preámbulo y artículos 33 y 34), pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que sería primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos. Véase Zaffaroni, E. Raúl, *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Colihue, 2011, pp. 21, 108, 109, 111 y 134.

tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; c) artículo 1, apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969): “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”; todo ello empalma, de modo concluyente, con d): artículo 2º, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto...”. Todas estas normas contienen y consagran la idea de que el destinatario, el sujeto de los derechos fundamentales, es el hombre, todos los hombres.

Los derechos fundamentales, al igual que el sistema jurídico, son un artificio del cual se sirve el hombre como tecnología de control social,<sup>45</sup> sin importar si es con fines de conservación o progreso de las condiciones prepolíticas de existencia comunitaria. Los derechos fundamentales son subjetivos porque son atribuidos a los sujetos por el sistema jurídico. Puede haber una larga lista de derechos que los seres humanos puedan disponer, de manera independiente de lo que disponga el sistema jurídico positivo del Estado donde viva. Pero, si no están conferidos por el sistema jurídico positivo ni son deducibles implícitamente de él, se trata de derechos morales que quedarán en estado gaseoso, hasta que el ente soberano configure el correspondiente enunciado normativo. Con las garantías respectivas de los derechos, ocurre lo mismo. Las garantías, al igual que los derechos, también pueden ser implícitas, pero aun en estos casos deben ser deducidas a partir del esquema del sistema jurídico, cuya ponderación —interpretación mediante— es la que permitiría su reconocimiento.

Los derechos fundamentales, en sentido jurídico, son conferidos a los hombres por disposiciones jurídicas, es decir, por el sistema de la CFA. Los derechos fundamentales, con su inherente subjetividad, en sentido jurídico, se distinguen de los derechos morales porque los primeros son relativos o pertenecientes al sistema jurídico positivo estatal que los confiere. Los derechos morales también pertenecen a un sistema normativo: el moral. De acuerdo con el lenguaje empleado, los hombres tendrían derechos sub-

<sup>45</sup> Recuérdese, como bien señalan Ricardo Guibourg y Daniel Mendonca, que el derecho es un medio de control social determinado por la política, es decir por valores cambiantes, contingentes y a menudo irracionales, pero para satisfacer el humano afán de seguridad se presenta a sí mismo como un sistema con pretensiones de racionalidad. Véase Guibourg, Ricardo y Mendonca, Daniel, *La odisea constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 41.

jetivos —es decir, derechos fundamentales— cuando los mismos les sean atribuidos —explícita o implícitamente— por el derecho objetivo.<sup>46</sup>

Los derechos fundamentales, en sentido jurídico constitucional, son conferidos a los sujetos por el Estado y operan ante él y el resto de los habitantes. Por eso se dice de ellos que son bifrontes o ambivalentes.<sup>47</sup> Básicamente, en sentido jurídico constitucional, un derecho fundamental, subjetivo, entraña o presupone una obligación correlativa en cabeza de uno u otros sujetos, ya sea el Estado o los particulares, o ambos al mismo tiempo. Naturalmente, las obligaciones podrán ser de hacer o de omitir. Las obligaciones constitucionales que corresponden a los derechos subjetivos, en el caso de los derechos individuales, implican para los sujetos pasivos una obligación de omisión, consistente en que su modalidad de conducta ha de dejar expedita y libre de estorbo el ejercicio del derecho para su titular, absteniéndose de impedírselo, violárselo; en fin, de interferírselo de modo alguno. Las obligaciones constitucionales que reciprocان a los derechos sociales y colectivos consisten, dicho sencillamente, en que el modo de las prestaciones a cargo del sujeto pasivo —el Estado por vía de principio— exige un comportamiento positivo, prestacional, ya sea de hacer o de dar, del mismo en favor del sujeto activo.

Sin embargo, para conferir un derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, no parece bastar con redactar el enunciado normativo atributivo del derecho. El derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, sólo queda fijado si el deber del sujeto pasivo en cuestión puede ser exigible jurisdiccionalmente. Desde el lado del derecho subjetivo, siempre en sentido jurídico constitucional, puede decirse que el derecho valdrá en forma exacta lo que valgan sus garantías, las que pueden ser entendidas como aquellos mecanismos dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la equivalencia entre los enunciados normativos del derecho —en el caso, las disposiciones normativas constitucionales que confieren derechos, presuponiendo la obligación recíproca— y las distintas realizaciones operativas.

<sup>46</sup> Cf. Guastini, R., *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 180.

<sup>47</sup> Cf. Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, t. I-A, 2000, p. 764.

### C. *Abstenciones y prestaciones*

El significado de los derechos fundamentales reside en fijar posiciones o situaciones de la persona en relación con el Estado y también los particulares. Los derechos pueden existir antes de la constitucionalización jurídica, pero la positividad, su validez jurídica, su normatividad, la adquieren a partir de su regulación. Los derechos subjetivos constitucionales son una entidad del sistema de la CFA y gozan de su rasgo de fundamentalidad, precisamente, por su producción o validación. No hay derechos fundamentales fuera del sistema de la CFA. Podrán ser legales, pero derechos fundamentales, en sentido jurídico, son los referidos o deducibles de la propia enunciación en la reglamentación constitucional. Más claro: hay derechos constitucionales y derechos legales, pero la fundamentalidad sólo es atribuible a los normados en la ley mayor; la calificación constitucional es decisiva.

Los derechos fundamentales contienen la disponibilidad de un poder jurídico. Este apoderamiento jurídico tiene en las letras constitucionales diferentes despliegues, porque los derechos fundamentales trazan la posibilidad de diferentes acciones humanas. En el lenguaje constitucional los derechos fundamentales involucran acciones humanas. Es muy difícil establecer todos los recorridos. Sin embargo, con fines didácticos es posible imaginar diádicas, caminos que pueden transitarse. Dicho de modo comprensivo: permisos y esperanzas; facultades y expectativas; pretensiones y fomentos; libertades y poderes, o abstenciones y prestaciones. Todas ellas contienen una “pizca” de verdad. Tal vez, en la sociedad que precisamente hoy podemos observar —comunidad en la que vivimos—, la fórmula abstenciones (facultades) y prestaciones (expectativas) sería la que mejor dibuja el círculo de los derechos fundamentales; círculo relevante al momento que deba determinarse el correspondiente núcleo y la correspondiente periferia del derecho que se trate.

Abstenciones, por ejemplo, porque existe una facultad de la persona a que nadie se entrometa en su libertad, o a realizar su propio plan existencial y vital. Prestaciones, por ejemplo, porque envuelven ciertos deberes del Estado, cuya expectativa la persona aguarda con esperanza. Siempre los derechos fundamentales implican un deber; si existe una facultad a realizar mi propio plan de vida, es porque existe una prohibición: un deber de no hacer, estatal y/o privado; si existe una expectativa o ilusión sobre

un derecho que implica una prestación, es porque existe un deber estatal de cumplir con la figura.<sup>48</sup>

#### D. *Derechos enumerados y derechos no enumerados*

En el régimen organizado hoy por la Constitución federal hay derechos expresamente enumerados o reconocidos; por ejemplo, los enunciados en los artículos 14 (civiles y participación), 14 bis (sociales y seguridad social), 16 (igualdad jurídica), 17 (propiedad), 18 (acceso a la jurisdicción), 19 (juridicidad, intimidad y privacidad), 20 (extranjeros), 36 (defensa del orden constitucional),<sup>49</sup> 37 (políticos: sufragio), 38 (partidos políticos), 39 (participación democrática, iniciativa), 40 (participación democrática, consulta), 41 (ambiente y contrato generacional), 42 (usuarios y consumidores de bienes y servicios) y 43 (amparo e incidencia colectiva). Hay también derechos y garantías no enumerados o implícitos que nacen, conjuntamente, de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, según la disposición formulada por el artículo 33 de la Constitución federal.

<sup>48</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 860-862.

<sup>49</sup> “Artículo 36. Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la commutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparon funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

### E. Contenidos

Desde otra perspectiva, no ya su mera enumeración o descripción literaria, los derechos fundamentales se distinguen entre: *a)* los enunciados y producidos propiamente por el poder constituyente en la Constitución federal de la República Argentina, y *b)* aquellos que son validados por la Constitución federal (también el poder constituyente reformador), en las condiciones de su vigencia y siempre que no deroguen artículo alguno de su primera parte, de conformidad con el artículo 75, inciso 22. Ambos grupos, con idéntica jerarquía, componen el sistema de la CFA.

Si nos atenemos, estrictamente, a la regulación realizada con exclusividad en la Constitución federal, se ha mencionado que en ella se distinguen, por imperativo del artículo 20, los derechos civiles de los derechos no civiles.<sup>50</sup> Este criterio es interesante y correcto, aunque en estas líneas se pretende una distinción de la materia o contenido de los derechos fundamentales alojados con exclusividad en la Constitución federal, que siga a su vez, o se corresponda, precisamente, con los bienes individuales o colectivos sugeridos en el inicio de esta sección III (v. III.3), cuya preservación, promoción o protección el legislador constituyente decidió producir por deliberación y derecho propio.

A título de ejemplo, se puede recorrer el texto de la Constitución federal. Pese a que el encuentro en esta sección III es solamente sobre el concepto de los derechos fundamentales, se ha creído oportuno consignar al pie de página un fallo judicial significativo, trascendente o representativo sobre la materia pertinente, pronunciado por la CSJN, durante el siglo XXI. Por de pronto, la nomenclatura constitucional en el cuerpo principal y, accesoriamente, un aspecto de su realización normativa.

- i. Derechos de libertad<sup>51</sup> civil y de acceso a la jurisdicción, en paráigma: artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19 ,20 y 75, inciso 17.

<sup>50</sup> Véase Sagüés, Néstor P., *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 545.

<sup>51</sup> La CSJN, el 25/8/2009, en la causa “Arriola, Sebastián y otros”, con sustento en la doctrina del fallo “Bazterrica” (fallos: 308:1392) y el DIDH, declaró que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debía ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución federal, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. La declaración de inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal

- ii. Derechos de libertad y participación política:<sup>52</sup> artículos 1, 21, 22, 29, 36, 37, 38, 39 y 40.
- iii. Derecho de igualdad:<sup>53</sup> artículo 16; igualdad real de oportunidades: artículo 75, inciso 23, primer apartado.

que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros y la exhortación a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país, fue firmada por los jueces Elena Highton de Nolasco, E. S. Petracchi (según su voto), R. L. Lorenzetti (según su voto), C. S. Fayt. (según su voto), E. R. Zaffaroni (según su voto) y C. Argibay (según su voto). Doctrina registrada en CSJN, fallos: 332:1963.

<sup>52</sup> El 17/3/2009 la CSJN, en los autos “Partido Nuevo Triunfo”, consideró que la decisión del tribunal de alzada de negar reconocimiento político a una agrupación que se basa en el desconocimiento de los derechos más esenciales de ciertos grupos de personas o de minorías y en la superioridad de una raza, que promueven diferencias en razón del color, origen, religión, orientación sexual, etcétera, por entender que todas estas actitudes consideradas en forma conjunta revelan una práctica discriminatoria prohibida, no hace otra cosa que respetar estrictamente el mandato de la Constitución y los instrumentos internacionales de DDHH. Con el voto de los jueces R. L. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco, E. S. Petracchi, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni, C. Argibay y C. Fayt, se confirmó la sentencia en cuanto fue materia de apelación federal. Véase CSJN, fallos: 332: 433.

<sup>53</sup> En la causa “Gottschau” la CSJN, el 8/8/2006 afirmó que el artículo 16 de la Constitución federal, en lo que interesa, dispone: “Todos sus habitantes [de la República Argentina] son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...”. Esta norma impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas. El Tribunal lo ha dicho desde antaño: la igualdad establecida por el artículo 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (fallos: 153:67, entre muchos otros). El ámbito del artículo 16 de la Constitución federal admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación. Todo ello en tanto no se altere lo central del principio que consagra: la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos “habitantes de la República”. La resolución fue suscrita por los jueces E. S. Petracchi, C. S. Fayt, E. R. Zaffaroni, R. L. Lorenzetti, C. Argibay, E. I. Highton de Nolasco y J. C. Maqueda, según sus votos, respectivamente; registrado en CSJN, fallos: 329:2986.

iv. Derechos sociales; trabajo<sup>54</sup> y la seguridad social:<sup>55</sup> artículos 14 bis y 75, inciso 23.

<sup>54</sup> La CSJN, en la causa “Vizzoti”, el 14/9/2004, aseveró que los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución federal. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución federal de la República Argentina enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último. Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que, al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución federal. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (artículo 28, Constitución federal), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (artículo 75, inciso 23, Constitución federal,). El mandato que expresa el tantas veces citado artículo 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento “atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima” a dicho precepto (fallos: 301:319, 324/325, considerando 5). El fallo fue suscrito por los jueces A. C. Belluscio, E. Petracchi, C. Fayt, A. Boggiano, J. C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y E. I. Highton de Nolasco, y se encuentra registrado en CSJN, fallos: 327:3677.

<sup>55</sup> En la causa “Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/reajustes varios”, la CSJN (registrada en fallos: 330: 4866), el 26 de noviembre de 2007, reputó que la Constitución federal ha reconocido el derecho a la movilidad en el beneficio jubilatorio, no como un enunciado vacío que el legislador puede llenar de cualquier modo, sino que debe obrar con el objeto de darle toda su plenitud, que no es otra que la de asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo. Ese mandato debe ser cumplido con el alcance exigido por el artículo 14 bis de la Constitución federal, razón por la cual, para conferir eficacia a la finalidad protectora de la ley fundamental, su reglamentación debe guardar una razonable vinculación con los cambios que afectan al estándar de vida que se pretende resguardar, lo que no sucede si el régimen en cuestión termina desconociendo la realidad que debe atender, con correcciones en los haberes que se apartan por completo de los indicadores económicos. La sentencia fue suscrita por los jueces R. Lorenzetti, E. I. Highton de Nolasco, C. S. Fayt, E. S. Petracchi, J. C. Maqueda y E. R. Zaffaroni.

- v. Derecho al ambiente<sup>56</sup> y contrato generacional,<sup>57</sup> en el modelo constitucional contenido en el artículo 41.
- vi. Derechos de incidencia colectiva,<sup>58</sup> desarrollo científico, progreso económico con justicia social: artículos 43 y 75, incisos 18 y 19.
- vii. Derecho de propiedad<sup>59</sup> y su función social: artículos 14, 17 y 75, incisos 18, 19 y 23.

<sup>56</sup> En la causa “Mendoza”, del 8/7/2008, la CSJN consideró que la recomposición y prevención de daños al ambiente, de conformidad al artículo 43 de la Constitución federal, obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces. La resolución fue suscrita por los jueces R. L. Lorenzetti, C. S. Fayt, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni, C. Argibay y E. I. Highton de Nolasco; registrada en CSJN, fallos: 331:1622.

<sup>57</sup> El 26/3/2009, en la causa “Salas” los jueces consideraron que el principio precautorio en materia ambiental, arraigado en la Constitución federal, produce una previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras, en los términos prescritos por el artículo 41 constitucional. Suscribieron el fallo los jueces R. L. Lorenzetti, E. I. Highton de Nolasco, C. S. Fayt, E. S. Petracchi, J. C. Maqueda y E. R. Zaffaroni; registrado en CSJN, fallos: 332:663.

<sup>58</sup> En la causa “Halabi” los jueces de la CSJN entendieron que correspondía delimitar con precisión, sobre la base del artículo 43, tres categorías de derechos descritos por la Constitución federal: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos; en el supuesto de los derechos mencionados en tercer término, al advertir que no existe en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase para protegerlos, con la necesidad de dar una respuesta jurisdiccional y sin reservas, el más alto tribunal insinuó en su fallo los datos normativos “elementales” que debería contener la futura regulación normativa de la materia, a cargo del Congreso federal. CSJN, fallos: 332:111, causa resuelta el 24 de febrero de 2009, pronunciamiento suscrito por los jueces R. L. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni; en disidencia parcial: C. Fayt, C. Argibay y E. S. Petracchi.

<sup>59</sup> En la causa “Provincia de San Luis” la CSJN, el 5/3/ 2003, dijo que la controversia que subyacía en ese proceso se había visto reiterada en más de cien mil causas que trataban ante los tribunales de todo el país, reveladoras de la aguda tensión existente entre una cantidad significativa de ahorristas, el Estado Nacional y las entidades financieras. Desde esa perspectiva consideró que, si bien el Estado puede reglamentar el derecho de propiedad (artículo 28, Constitución federal), el ejercicio de esa facultad no puede conducir a disminuir sustancialmente el valor de una cosa. Reiteró sus propios precedentes: el contenido del derecho fundamental de propiedad se vincula con la noción de derechos adquiridos, o sea, de derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona (fallos: 312:1121). De ahí que también el Tribunal haya sostenido que “cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido todos los actos y obligaciones sustancia-

### F. *Invención*

Finalmente, en el orden instaurado por el sistema de la CFA, las personas, y excepcionalmente los grupos de personas, o sea, quienes integran la población del Estado, son quienes titularizan activamente los derechos y garantías, de fuente directa o de jerarquía constitucional. Sin que implique reducción, pues, derecho constitucional —entendido como derecho subjetivo fundamental cuyo reconocimiento el sistema confiere a los sujetos de derechos— es acuñado por éste como derechos de libertad, igualdad y solidaridad. Al fin y al cabo, es una de las invenciones más importantes del pensamiento ilustrado de los siglos XVII y XVIII, que se puede formular normativamente con amplitud y realizar, en forma parcial, por nuestros días. Porque, fundamentalmente, todos somos iguales en libertad; no hay escritura o formulación más simple: soberanos de nuestra ciudadanía, individual, inalienable, indisputable y disponible para concretar el ideal republicano y el democrático, como un debate permanente sobre sus propios fundamentos.

## IV. DISCURSO DEL SABER QUE DESCRIBE O PRESCRIBE SOBRE LA CONSTITUCIÓN

1. La delimitación propuesta en la sección I ahora se aprecia con gran intensidad. “derecho constitucional” ofrece un tercer sentido, un tercer campo con significado propio, en lo que pareciera una polisemia compleja

les y requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho, debe tenérselo por adquirido, y es inadmisible su modificación por una norma posterior sin agraviar el derecho constitucional de propiedad” (fallos: 296:737; 299:379; 303: 1835 y 1877; 307:305). También se puntualizó que la CSJN desde antiguo ha admitido restricciones al ejercicio del derecho de propiedad —no a su sustancia— en situaciones de emergencia, reconociendo la validez de la fijación de plazos o la concesión de esperas como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto (fallos: 136:161). Aun en situaciones de normalidad institucional, ha aceptado la validez de los límites en la afectación del patrimonio más allá de los cuales se encontraría comprometida la garantía del artículo 17 de la Constitución federal (fallos: 210:172; 220:699; 234:129; 239:157), y ha sentado pautas por las que, en situaciones de grave crisis, el perjuicio debe ser soportado, en alguna medida, por todos los integrantes de la sociedad (fallos: 313: 1513, considerandos 58 y 59). La resolución judicial fue suscrita por los jueces G. López y E. Moliné O’Connor, C. Fayt (según su voto), A. Vázquez (según su voto) y J. Nazareno (según su voto); registrada en CSJN, fallos: 326:417.

de contener. En cualquier caso, precisamente, las diversas significaciones son las que justifican, de modo profundo, las razones y observaciones comprendidas en este escrito.

Fijar con precisión el sentido de “derecho constitucional”, empleado como rama del saber o ciencia jurídica, es la tarea en esta sección. Si en la sección II las descripciones se realizan sobre un “objeto de estudio”, ahora es el momento de decidir la entidad y algunas propiedades del estudio del objeto. Pocas disciplinas, rigurosamente, afrontan esta delicada calificación en la que el estudio del objeto y el objeto del estudio pueden asomarse con el mismo apodo. Sin adelantar: “derecho constitucional” se emplea también para designar o distinguir la disciplina, es decir, la ciencia o saber que hace de la conformación, variaciones o postulaciones sobre la realidad constitucional su objeto de estudio. De manera más simple todavía: si el derecho constitucional es una combinación de enunciados normativos y no normativos sobre la organización fundamental del Estado, su conocimiento (derecho constitucional) se lleva a cabo por intermedio de declaraciones (descripciones) o determinaciones (prescripciones), en fin, ideas expresadas, mayormente, como proposiciones. Es verdad: “una conciencia agudizada de las palabras”<sup>60</sup> aumenta nuestras posibilidades de conocer el mundo. Nótese la importancia de las conceptualizaciones o formulaciones terminológicas, siempre que no contengan el pecado original de la caída en la regresión infinita, es decir: cuando la definición no autoriza avanzar en el conocimiento. El jurista no se encuentra preocupado sólo por el buen o mal uso del lenguaje; su tarea principal es la construcción de modelos que, significativamente, se apodian “teóricos”.

Para explicar la realidad propuesta por la norma constitucional, un discurso explicativo, fundado en soportes más vigorosos que el mero conocimiento vulgar.

2. Se renuncia de antemano a reducir todos los significados de derecho constitucional, en la inteligencia o referencia que pueda proponer o aconsejar a su apodo como estudio del objeto. Se discurre, en estas líneas, por los que comprensivamente se vinculan y atesoran en los estatutos propios del escrito, porque todo conocimiento del mundo es siempre incompleto y falible.

3. Conocer el “derecho constitucional” exige delinear una realidad jurídica. Más simplemente: determinar qué entes serán estudiados y qué entes no lo

<sup>60</sup> La frase se le atribuye a J. L. Austin y su cita proviene de Hart, H., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 12.

serán. Dado que la fijación ontológica o la determinación del “universo de entes” decide el ámbito de comprensión y de proyección del propio saber, corresponde distinguir con claridad los entes abarcados y los entes excluidos.<sup>61</sup> Pero esa distinción no genera la construcción de los entes, porque el objeto de estudio ya existe. El discurso que delimita es un discurso de presentación o descripción, no de construcción del objeto de estudio, ya que la regla es que el estudio del objeto no puede constituir el objeto, salvo inconsistencia fatal y terminal. (Queda a salvo, desde luego, la consideración que se formaliza, adelante, en el parágrafo IV.10). La Constitución alinea los entes; el discurso los describe, a veces, con abstracciones prescriptivas.

4. Para llevar adelante su tarea, los constitucionalistas, los juristas, en fin, los estudiosos del derecho germinan un discurso sobre el programa prescriptivo que compone el sistema jurídico constitucional de un Estado. Aunque también se puede leer más abajo otras tareas científicas, tales como la historia o los planteos abstractos generales con sesgos o pretensiones de universalidad.

5. En la sección II se concreta una significada determinación: el contenido del sistema de la CFA. El derecho constitucional que emana del sistema de la CFA es creado por el poder constituyente o tiene validación semejante por él. Ciertamente: las reglas constitucionales muchas veces son ambiguas, pero dicha cualidad no autoriza discernir o suprimir la distancia existente entre la creación o formulación de una regla y su realización por la vía de la interpretación, o simple acatamiento o cumplimiento. Es decir: la concreción interpretativa que realiza la regla es libre, pero se entiende por sí solo que dicha libertad tiene como limitación el propio sentido finito de la regla constitucional dada, creada, configurada, producida, sancionada y publicada. ¿O acaso es tarea semejante o idéntica formular, establecer que interpretar, discernir el sentido de la regulación normativa? La distinción fundamental no plantea un aviso insensato, porque demuestra el propio campo de cada tarea jurídica.

6. Determinar el contenido del sistema de la CFA no constituye ninguna gala incomparable del universo o mundo jurídico; eso sí: despierta la necesidad de fundamentar su análisis y/o evaluación. Sobre el sistema de la CFA o sobre cualquier sistema jurídico se pueden desenvolver dos tareas: su descripción o su prescripción.

<sup>61</sup> Zaffaroni, Eugenio R. *et al.*, *Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 23-30.

Describir el sistema de la CFA consiste en presentar o mostrar el campo o ámbito de su regulación normativa. El conglomerado o combinación de reglas del sistema de la CFA tiene una propia entidad; la propia entidad de cada una de sus posibilidades normativas, aunque no sean todas conocidas de antemano, pueden ser conjeturadas, descritas o mostradas. La descripción del sistema de la CFA culmina en el mismo momento que el intérprete abandona el marco de referencia normativo para pasar a postular, según su propio credo, cómo debería ser el sistema.

7. Si se aceptase que una teoría<sup>62</sup> es un cuerpo de proposiciones racional, exacto y verificable, organizadas lógicamente entre sí, que procura adaptarse a una clase de hechos, podría admitirse el empleo de la fórmula “teoría constitucional” en un sentido muy débil y como sinónimo de “derecho constitucional”, o más concretamente, como el estudio, la concreta descripción organizada del objeto “sistema de la CFA”.

La debilidad manifestada puede consistir en las dificultades que se originan para la resolución de alguno o ambos de estos interrogantes: *a)* ¿las predicciones o retrodicciones que puede formular la teoría constitucional son comprobables empíricamente?; *b)* ¿el establecimiento de las relaciones que responden a las tareas de ubicación, y por ende de jerarquización intrasistémica entre las reglas constitucionales y las reglas infraconstitucionales, es susceptible de ser demostrado científicamente? Nadie saldría herido si se estipulase que el rango epistemológico del discurso de los constitucionalistas sobre su objeto de investigación y estudio, en fin, sobre las tareas que cumplen, fuera el de doctrina o interpretación; mejor dicho: saber constitucional.

8. Entender la tarea de descripción como un saber<sup>63</sup> implica su comprensión abierta como un “contacto con la realidad con el fin de discriminarla” y muchas veces: discernirla. Saber es sustantivo. Puede equipararse a conocimiento, pero para evitar equívocos, se insiste en que se trata de un conocimiento basado en una serie de operaciones definidas, en un desarrollo histórico concreto y en elementos que autorizan la objetivación de lo conocido y la universalización de lo sabido.

<sup>62</sup> Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Sudamericana, 1998, pp. 11, 19 y 35. Véase también del mismo autor, *Epistemología*, Barcelona, Ariel, 1982, p. 179, y *Las ciencias sociales en discusión*, Buenos Aires, Sudamericana, 1999, pp. 383 y ss.

<sup>63</sup> Véase Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, t. IV, 2009, p. 3141.

Objetivación, porque las tareas lógicas que se deben cumplir para sistematizar los enunciados que conforman el discurso del sistema jurídico constitucional son tan evidentes como indispensables. Esta circunstancia otorga entonces un grado muy importante de plausibilidad a la elección realizada. La concepción del derecho que surge del sistema de la CFA como un sistema lógico importa admitir la existencia de innegables relaciones entre las disposiciones o reglas jurídicas; la referencia: relaciones de deducción o implicación y contradicción.<sup>64</sup> La supremacía matricialmente ordenada en el artículo 31 constitucional configura una firme determinación lógica y establece un escalonamiento de las reglas, cuya aceptación es obligatoria e imposible de esquivar para cualquier intérprete, estudioso o realizador del derecho federal de la República Argentina.

Universalización, porque el discurso de los juristas —específicamente, la literatura producida por los constitucionalistas— es un metadiscurso que tiene por objeto un discurso fuente adoptado universalmente, es decir, el orden propiamente determinado de modo normativo por el poder constituyente en el sistema de la CFA. Paralelamente, se podría asumir que el carácter fáctico de las proposiciones jurídicas que integran el discurso de los juristas, cuando éstos llevan a cabo la descripción del sistema jurídico constitucional, fuese susceptible de corroborarse, hasta cierto punto, y deslindar su gradación de verdad o falsedad. Por ende, el saber constitucional es un conocimiento para la comunidad, porque se encuentra en el mismo seno y referido en la misma sociedad en que se produce; sus afirmaciones son vertidas para el universo de ciudadanos que coexisten en la sociedad precisamente elegida.

9. Radicado en la sospecha ontológica de que la realidad es única y el mundo existente independiente del sujeto cognosciente, en este trabajo se utiliza la fórmula “saber constitucional”, en el sentido propuesto. Naturalmente: dogmática constitucional, teoría constitucional o hasta interpretación constitucional juegan como posibilidades; no obstante, el saber constitucional, aunque resultado quizás de una elección, no por ello pierde el liderazgo emergente de su capitánía.

<sup>64</sup> Véase Hernández Marín, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 37. También, Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1998, pp. 111 y ss.

10. También sobre el sistema de la CFA pueden realizarse prescripciones; es decir: valoraciones o cotizaciones sobre cómo debería ser la realidad constitucional, no sobre cómo efectivamente es en realidad. Este tipo de formulaciones no describe la realidad constitucional, pretende influir en ella. Asume, de modo consistente, la ruta literaria como ideología o política constitucional.

Una vez establecido esto, he aquí que en variadas circunstancias el sistema de la CFA no determina el camino a seguir, como si fuese una inexpugnable y certera brújula. La norma constitucional regula abiertamente; no es matemática pero tampoco un viejo carroaje. Nada en la vida el hombre se encuentra totalmente determinado; ergo, las reglas fundamentales por él creadas siempre contendrán un margen provocativo de indeterminación, porque la determinación nunca puede ser “completa”.<sup>65</sup> Quiero decir, sin remilgos, que entre los “millares de causas entreveradas”<sup>66</sup> o no entreveradas que puede abarcar el universo de la norma constitucional, existirán o podrán existir operaciones interpretativas claramente basadas en un juicio de valor antes que en una mera descripción. La imperfección del lenguaje normativo y la evolución propia de la comunidad acompañan o dan lugar a este tipo de circunstancias. Se estará en presencia, en estos supuestos, de una teoría normativa (tópica) de la Constitución y no otra cosa, porque ese nombre le doy.

11. Parecerá curioso pero, a pesar del distingo y las precisiones formuladas, la expresión “teoría constitucional” sigue estando provista de complejidades semánticas, ya que admite al menos otros dos significados.<sup>67</sup>

A. Puede ser utilizada como sinónimo de “teoría general del derecho constitucional”, o teoría general, seca y pulcramente. No tiene apego a un sistema normativo en especial ni particular. Sus tesis, por eso, son generales. Se mencionan singulares disertaciones que pueden constituir un ejemplo preferencial: *a)* una teoría del control de constitucionalidad de las normas,

<sup>65</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., México, Porrua, 1998, p. 350.

<sup>66</sup> Borges, Jorge Luis, “El impostor inverosímil de Tom Castro”, *Obras completas*, t. IV, Buenos Aires, Sudamericana-La Nación, 2011, p. 30.

<sup>67</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, entienden que el derecho constitucional ha alcanzado una madurez notable, y que los principales aspectos que abarca este estudio enciclopédico y universal son los siguientes: *a)* derecho constitucional general (teoría de la Constitución); *b)* derecho constitucional comparado; *c)* derecho constitucional particular (México, Porrua, 2001, pp. 41-44).

referencia concreta al debate entre Hans Kelsen y Carl Schmitt,<sup>68</sup> b) un determinado sistema de gobierno, por ejemplo, cuando Raúl Zaffaroni se refiere al parlamentarismo;<sup>69</sup> c) la realización del derecho constitucional,

<sup>68</sup> Hans Kelsen participó significativamente en la configuración de la Constitución federal de la República democrática de Austria (1920), cuyas leyes emanaban del pueblo, según se determinó en su artículo 1. Especialmente influyó en la formulación de las normas sobre control de constitucionalidad; en sus artículos 137-148, se estableció la centralización, reservando el control constitucional de las leyes y reglamentos a una corte especial, el llamado Tribunal Constitucional. La Constitución confirió a ese Tribunal el poder de anular la ley que hubiera encontrado inconstitucional. En 1928 Kelsen aseveró que la justicia constitucional es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen como fin asegurar el ejercicio de las funciones estatales; remató: el control de regularidad constitucional no puede ser confiado a ninguna instancia más que la jurisdicción constitucional (véase Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, 2008, traducción de R. Tamayo Salmorán, corregida por D. García Belaunde, pp. 6 y 26). Por su parte, en 1931 fue publicada por Carl Schmitt La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Su tesis, enrolada en el aniquilamiento de la normatividad, fue que ningún Tribunal de Justicia puede ser el Guardián de la Constitución, y en su lugar sostuvo que el presidente del Reich, esto es el jefe del Estado, era quien debía cumplir únicamente con dicha tarea (la obra ha sido publicada en nuestra lengua por Tecnos, Madrid, 1983, con traducción de M. Sánchez Sarto, ver en especial, pp. 28, 52, 57, 61, 62, 63, 71, 72, 83, 89-93, 100, 114, 213 y ss., 225 y 249-251). La confrontación no se hizo esperar. Pocos meses después, Kelsen le formuló sus observaciones críticas en su trabajo Quién debe ser el defensor de la Constitución (publicado también por Tecnos, Madrid, en 1995, con traducción de R. Brie). Para Kelsen, la fórmula propuesta por Schmitt era verdaderamente impensable (p. 14), e insistió en que la defensa de la Constitución puede tener realización a través del control jurisdiccional de la misma, efectuado por un Tribunal Constitucional (pp. 23 y 33), aunque paralelamente advirtió la necesidad de que las constituciones eliminen las fórmulas vagas, imprecisas y genéricas que dan lugar a la libre interpretación del tribunal, lo que supondría el peligro de desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución, hacia una instancia ajena a él, que puede ser la expresión de fuerzas políticas totalmente diversas a las expresadas por el parlamento (p. 34). Kelsen sostuvo que el sistema parlamentario no ha fracasado en absoluto en todas partes, pero que Schmitt pronunció la pena de muerte contra el parlamentarismo, sin limitaciones ni fundamentos (pp. 78-81).

<sup>69</sup> Zaffaroni, E. Raúl, “Elogio del parlamentarismo”, *Le Monde Diplomatique*, Buenos Aires, agosto de 2007.

según la visión de Peter Häberle,<sup>70</sup> o *d)* la propuesta de Bidart Campos sobre las cualidades de la regla constitucional.<sup>71</sup>

B. También es una actividad de la teoría general la elaboración de una noción abstracta de Constitución desprovista de las peculiaridades normativas de un sistema jurídico estatal concreto. El mismo itinerario se recorre cuando se formulan inquietantes preguntas respecto de si es verdad que existen especificidades o peculiaridades en la tarea de interpretación constitucional, y, en su caso, cuál o cuáles son las propiedades que distinguen la tarea de interpretar el sistema jurídico constitucional del Estado de cualquier otro fragmento o rama del sistema jurídico estatal. Puede advertirse que, en este campo, las dificultades para la estructuración de la teoría general son inmensas; aunque no parecen imposibles de afrontar, por cierto, con moderado éxito.

C. Se trata, en todos los casos, de categorías jurídicas básicas del derecho constitucional; sus proposiciones tienen una órbita de aplicación que excede, por vía de principio, el análisis y ponderación de determinado sistema constitucional estatal.<sup>72</sup> Entre las categorías más destacadas, desde luego, cabe mencionar: derechos fundamentales, sistemas de gobierno, forma política de Estado, modelo de control de constitucionalidad, legislación y participación e incremento del poder de los ciudadanos.

12. En pie de igualdad con el estudio de las categorías jurídicas básicas, también el derecho constitucional comparado se propone cotejar las disposiciones de los diferentes órdenes constitucionales estatales, tratando de poner en evidencia tanto sus simetrías más características como así también sus asimetrías más relevantes. Por esta vía comparativa se intenta alcanzar la postulación de ciertas regularidades que encuentren efectiva normación o regulación en los diferentes sistemas jurídicos. El saber de la comparación de sistemas constitucionales, el derecho constitucional comparado, como

<sup>70</sup> Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 6, núm. 11, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2008, pp. 29-61.

<sup>71</sup> Bidart Campos, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

<sup>72</sup> Manuel García Pelayo puntualizó la existencia de un derecho constitucional general (teoría general del derecho constitucional democrático liberal) que se hizo posible gracias a la extensión de este régimen a todos los Estados y la consiguiente unificación de la imagen jurídica del mundo, expresada en una especie de derecho constitucional común (*Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1987, p. 21).

bien se advierte,<sup>73</sup> enfrenta una serie de problemas: *a)* para qué se compara, problema de la función; *b)* qué se compara, problema del objeto, y *c)* cómo comparar, problema del método. Tener muy en cuenta esta proposición sistemática alienta, sin dudas, el horizonte de proyección y los resultados de la comparación de sistemas constitucionales. Pareciera aconsejable reservar el apodo “derecho constitucional comparado” para esta forma de dissertación del pensamiento científico.

13. En resumen: saber constitucional, teoría (normativa) del derecho constitucional, teoría general del derecho constitucional y derecho constitucional comparado son los apodos o denominaciones de las diferentes rutas discursivas que transita el conocimiento y la dissertación sobre el derecho de la constitución. Un saber tópico, si circunscribe su indagación y reflexión al análisis estructural de las reglas que configuran el sistema constitucional específico de un Estado en particular. Un saber con pretensiones universalistas, si se atiene a la meditación de la organización fundamental que intenta instrumentar la Constitución.

## V. COMENTARIO FINAL. COLORES PRIMARIOS

1. Había empezado a escribir con un objeto: distinguir los ámbitos de comprensión discursiva de “derecho constitucional”. La trama se abrió en las secciones II, III y IV. Ahora, línea tras línea, el discurso se puede retener, simplemente, sin intrusiones, con una representación didáctica, una última invitación que ofrece una analogía con los colores primarios. Desde el siglo XVII<sup>74</sup> se consideran colores primarios, simples, porque no resultan por composición de ningún otro. En modo equivalente puede hablarse, ya no de tres sensaciones de colores primarios, sino de tres orientaciones discursivas: derecho constitucional, derechos fundamentales y saber constitucional.

2. Los hombres elaboran constituciones porque necesitan afirmaciones básicas, determinaciones fundamentales. Una suerte de alquimia comuni-

<sup>73</sup> Véase Vergottini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, Buenos Aires, Universidad, Buenos Aires, 2005, p. 2.

<sup>74</sup> En todo discurso existe referencia, un punto de apoyo. “A Letter of Mr. Isaac Newton, Professor of the Mathematicks in the University of Cambridge; containing his New Theory about Light and Colors...”, contribución publicada en 1672 en *Philosophical Transactions of the Royal Society*, núm. 80, pp. 3075-3087. Hay versión en nuestra lengua nativa: “El primer trabajo de Newton sobre su teoría de la luz y los colores”, realizada por Miguel de Asúa, *Ciencia Hoy*, Buenos Aires, vol. 10, núm. 58, 2000, pp. 16-27.

taria. Edifican determinaciones normativas para poner en cierto orden a la libertad y determinada regulación al poder, con ilusión de igualdad o justicia. Recuerdo inquietudes, que no son tempranas. Tienen más de 2.300 años y fueron ensayadas por Platón: ¿puede una Constitución o ley abarcar con exactitud lo mejor y más justo para todos a un tiempo, y prescribir así lo más útil para todos? Admitida la desemejanza e inherente dinámica de las acciones humanas, ¿puede revelarse un arte, cualquiera que fuese, que determine que un asunto sea simple y valga en todos los casos y en todo tiempo?<sup>75</sup> La estructura y movimiento en este cierre discursivo alienta introducir, también, preguntas, cuya entidad parece perenne, porque ningún ente mundano o universal constituye ni posee “sabiduría suprema e infinita”, contrariamente a aquello ideado.<sup>76</sup>

3. “Derecho constitucional” hace referencia al conjunto de disposiciones enunciadas tanto en el texto de la Constitución federal como en las que se encuentran fuera de su texto y provienen de fuentes internacionales que gozan de jerarquía constitucional; a lo que se suma la interpretación judicial que se les haya asociado como significado, tal como se puntualiza más arriba en la sección II. Todo reunido: el sistema de la CFA.

4. El sistema de la CFA es básicamente objeto de interpretación porque su delimitación viene determinada por la fuente de producción constituyente. No puede dejar de considerarse que, en contadísimas ocasiones —a veces más de las deseadas— también el derecho constitucional es producido por la vía de la interpretación judicial, en razón de la generalidad normativa de la disposición elaborada por los jueces de la CSJN, generalidad y tipicidad no prevista por el poder constituyente.

5. Se reserva, pues, derecho constitucional para definir a la combinación o conglomerado normativo, tal como se puntualiza en la sección II; su principal deber es poner orden fundamental en la coexistencia humana, reglar la fuerza estatal e imponer que el Estado no cause “daño”<sup>77</sup> a las personas o que ellas lo causen entre sí, porque ésta es la primera lección de la constitucionalidad.

6. Los derechos subjetivos que se presentan en formas de pretensiones, potestades o esperanzas son conferidos, justificados jurídicamente, por los

<sup>75</sup> Platón, *Político*, Madrid, Gredos, 2007, p. 571.

<sup>76</sup> Véase Leibniz, Gottfried, *op. cit.*, p. 53, quien la atribuye a Dios.

<sup>77</sup> Cicerón, Marco Tulio, *Tratado de los deberes*, trad. de J. S. Cruz Teijeiro, Madrid, Editora Nacional, 1975, p. 45.

sistemas constitucionales. Se confieren a las personas o a los grupos de ellas. Las constituciones conjugan a tales derechos subjetivos como derechos de libertad —que son derechos o facultades de comportamientos propios a los que corresponden prohibiciones o deberes públicos de no hacer— y derechos sociales —que son derechos o expectativas de comportamientos ajenos a los que deberían corresponder obligaciones o deberes públicos de hacer. A partir de dicha fórmula descriptiva, cuando un sistema jurídico constitucional no incorpora garantías que aseguren la eficacia del derecho subjetivo, es muy probable que éste quede en estado gaseoso.

7. Derechos fundamentales queda reservado, entonces, para la descripción inteligible de los derechos subjetivos, ya sean individuales, plurales o colectivos, cuya fundamentalidad confiere el sistema de la CFA.

Los derechos fundamentales que confiere el texto de la Constitución federal pueden agruparse en un septeto; clase que aumenta en forma notable si se conjugan los propiamente conferidos por el DIDH y que gozan de jerarquía constitucional.

8. “Saber constitucional” es el discurso sobre los entes creados y desarrollados por el sistema de la CFA. Un saber que asume o se presenta, según los casos, en forma de doctrina, interpretación o dogma, y que analiza o pondera, empleando la observación, la comprensión o la mera cotización, el sistema de la CFA. Un saber fundamentalmente sobre el derecho constitucional que es; circunstancialmente, del que debe ser. Saber que trata objetivamente una ordenación jurídica positiva, en nuestro caso: el sistema de la CFA.

9. Por su parte, las categorías jurídicas básicas son estudiadas por la teoría general del derecho de la Constitución y constituyen un objeto de presentación y evaluación. El saber de la propia comparación de los sistemas normativos constitucionales, el derecho constitucional comparado, tiene también su estatus y reconocimiento científico.

10. Finalmente, describir y decidir en torno de los rasgos básicos del derecho constitucional no implica que tales actividades queden sólo en manos de los operadores o científicos del derecho, según el caso: presidentes, legisladores, jueces, fiscales, defensores en suma, servidores públicos; abogados, profesores y doctos en la materia. Francamente, comparto la idea de que el significado de la Constitución tiene que descansar en manos de “la sociedad abierta”<sup>78</sup> de los realizadores “constitucionales”.

<sup>78</sup> Véase Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidos, 1992, pp. 167-195; en especial: “... aquella en la que los individuos deben adoptar sus propias

les”: todos los órganos del Estado, todos los grupos, pero principalmente todos los ciudadanos, tal como se ha postulado, con inteligencia, desde 1975.<sup>79</sup> No debe existir un número cerrado de realizadores de la Constitución, porque su acatamiento, cumplimiento o interpretación es un asunto inherente a toda la ciudadanía, en la medida en que todos los ciudadanos quedan sometidos a la fuerza normativa e imperio de la norma constitucional. Alentar una sociedad abierta de los realizadores del sistema constitucional estimula, sin dudas, el debate público, y éste a su vez pone de manifiesto la participación, que al mostrar signos de cohesión, puede inducir, razonablemente, la estabilidad jurídico-constitucional, es decir, una comunidad dispuesta a vivir, a regirse por reglas, antes que en descuido o inobservancia de ellas. Pensar de este modo no es una herejía ni esperanza fútil. Constituye afirmar que se puede vivir dentro de las cuatro esquinas que determina la norma constitucional; quizá la eficacia o cumplimiento más o menos acabado o totalizador del derecho constitucional signifique, en el futuro, un “experimento crucial”,<sup>80</sup> en el ámbito de la imperfección natural de toda obra humana.



decisiones personales” (p. 171).

<sup>79</sup> Literatura fundamental, Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, *op. cit.*, en especial, en la p. 61 se expresa que la tesis de K. Popper esgrimida en 1945 (citada en la nota que antecede) representa el “fundamento último” de su propia tesis acerca de la apertura de los realizadores de la Constitución.

<sup>80</sup> Newton, Isaac, “A Letter of Mr. Isaac Newton, Professor of the Mathematicks in the University of Cambridge; containing his New Theory about Light and Colors...”, *op. cit.*, p. 3078 (*Experimentum Crucis*, en el original).

## VI. ADDENDA: SISTEMA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

