

# Rasgos básicos del Derecho constitucional: sistema; libertad, igualdad y solidaridad; teoría

RAÚL GUSTAVO FERREYRA <sup>1</sup>

Sumario: §I. Punto de partida. §II. Derecho constitucional como el Derecho objetivo que concretiza la organización fundamental de los poderes del Estado, confiriendo, paralela y conjuntamente, reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas. 1. Jerarquía del Derecho internacional de los derechos humanos. 2. La interpretación judicial. 3. Hecho y regla. §III. El Derecho constitucional como derecho subjetivo: individual, social y colectivo. §IV. El Derecho constitucional como el saber o ciencia que tiene por objeto de estudio e investigación el sistema constitucional del Estado democrático. §V. Punto de llegada

## §I. Punto de partida.

El poder<sup>2</sup> político crea el Derecho<sup>3</sup>.

Los sistemas<sup>4</sup> jurídicos estatales son sistemas normativos en cuyo centro yace la regla<sup>5</sup> constitucional, que es a su vez un “subsistema<sup>6</sup> normativo” que intenta reglar, a su vez, al poder<sup>7</sup>. El Derecho constitucional es el núcleo del sistema jurídico estatal, es decir, pieza primordial, básica o fundacional a la que se van agregando otras para formar un todo. A partir de dicha primacía<sup>8</sup> y centralidad, en los desarrollos siguientes,

---

<sup>1</sup> En vías de publicación *Revista de Derecho Político*, Madrid, 2009

<sup>2</sup> De manera amplia y simplificada se entiende por “poder” la “producción de los efectos deseados” V. Russell, Bertrand: *Antología*, Siglo XXI, México, México D.F, 2004, p. 130

<sup>3</sup> Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Estado de derecho y democracia de partidos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, p. 67.

<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 esta compuesto por los procesos internos que lo hacen funcionar, es decir, cambiar en algunos aspectos, mientras que conserva otros. V. Bunge, Mario : *Emergencia y convergencia*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 25/60 y *Filosofía y Sociedad*, Siglo XXI editores, México, México D.F, 2008, pp. 9/48.

<sup>5</sup> Eugenio Bulygin distingue entre dos tipos de reglas: de conducta y conceptuales. Las reglas de conducta prescriben, norman que una cierta conducta o clase de conducta es obligatoria, prohibida o permitida en tales o cuales circunstancias o casos Las reglas conceptuales se las puede considerar como definiciones de ciertos conceptos. Bulygin, Eugenio: “Sobre la regla de reconocimiento”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Análisis lógico y derecho*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1991, pp. 383 y ss

<sup>6</sup> Por una cuestión literaria, solamente, en adelante, cuando se hace referencia al “sistema constitucional”, estrictamente, se debería escribir “subsistema”.

<sup>7</sup> Con agudeza señala Jorge Vanossi que hay tiempos nobles de relación entre el poder y el Derecho y hay puntos de ignición que delatan que en las trastiendas del poder se enhebran aparcerías con los que se mofan del Derecho y se entablan relaciones morganáticas con presencias protagónicas que son inquietantes para el recto cumplimiento del Derecho. V. “El Derecho: su crucifixión y su glorificación”, disertación en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 23/4/2007, material obrante en mi archivo generosamente entregado por su autor.

<sup>8</sup> Martín Diego Farrell considera que el año 458 antes de Cristo es la fecha que, con más probabilidad, se puede atribuir a la primacía del Derecho. En ese año, Esquilo ganó el premio de tragedia con la *Orestíada* y aparece planteado, según el jurista citado, por primera vez, de forma explícita, el tema de la primacía del Derecho. V. *Ética en las relaciones internas e internacionales*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 179 y ss

se llama la atención respecto de la ideación “Derecho constitucional”<sup>9</sup>, un fenómeno cultural<sup>10</sup> y, desde luego, dar cuenta de qué tipo de proposiciones es posible construir a partir de ella.

Reflexiono sobre tres sentidos diferentes 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. Sistema constitucional: Derecho objetivo que concretiza la organización fundamental de los poderes del Estado,<sup>11</sup> confiriendo, paralela y conjuntamente, reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas**

Significa referirse al sistema jurídico constitucional que marca, por un lado, el punto de llegada del proceso de autodeterminación política del pueblo, y por otro, el punto de partida o plataforma para el proceso de organización y construcción jurídica del Estado. En este sentido, “Derecho constitucional” es sinónimo de “sistema jurídico constitucional” o “Derecho objetivo”, es decir, el conjunto de enunciados lingüísticos que expresan, primordial pero no únicamente, las prescripciones del poder constituyente y de determinados significados asociados a ellos por la interpretación judicial, con relación a la organización estatal y a los derechos y garantías conferidos a las personas y a los grupos de personas.

Tengo buenas razones para sostener que el Derecho constitucional federal de la Argentina en vigor 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 arts. 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 la 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. La tarea de precisar el contenido del sistema jurídico constitucional es tarea compleja y no exenta de divergencias y reparos doctrinarios. En este aspecto, quiero mencionar dos cuestiones, una de ellas relativa al status del Derecho internacional de los derechos humanos y la otra acerca de la división clásica entre

---

<sup>9</sup> Enseñó el maestro Bidart Campos que el Derecho constitucional es una parte del mundo jurídico. V. Bidart Campos, Germán: *Manual de la constitución reformada*, 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>10</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. V. Valadés, Diego: *La lengua del Derecho y el derecho de la lengua*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2005.

<sup>11</sup> Esta orientación del significado se asemeja a la defendida por W. Kagi de la “Constitución como orden jurídico fundamental del Estado”. V., en ese sentido, W. KAGI: *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, pp. 40 y ss., citado por KONRAD HESSE, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, p. 6.

creación y aplicación del Derecho. De ambos encuadres pueden obtenerse sugerentes resultados para la delimitación del cuerpo del sistema Constitucional.

### 1. Jerarquía del Derecho internacional de los derechos humanos

Así, por ejemplo, quienes entiendan que la reforma constitucional de 1994 incorporó en el texto constitucional argentino más de cuatrocientas disposiciones jurídicas provenientes de los once instrumentos del Derecho internacional de los derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, según la enumeración que se efectúa en el art. 75, inciso 22.<sup>12</sup>, de la Constitución federal<sup>13</sup>, considerarán que las mismas forman parte del sistema jurídico constitucional, en el sentido más arriba delimitado. En cambio, quienes piensan –como el autor– 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 sentido que se expone arriba.<sup>14</sup> Parece una sutileza, pero no lo es.

El siglo XXI obligará a la actualización de la propia definición del contenido de Derecho constitucional, en virtud de que su “internacionalización” parece inevitable. Por dicha razón, y si se reconociere la existencia 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– para la configuración del contenido abarcado por el término Derecho Constitucional, se estaría amortiguando el peso de la controversia y, consiguientemente, el Derecho internacional de los derechos humanos podría hospedarse en el ámbito de la noción Derecho Constitucional federal argentino, en la forma como se lo viene delimitando, pero no, desde luego, dentro del texto de la Constitución. Mediante esta

---

<sup>12</sup> Artículo 75: Corresponde al Congreso... inciso 22º: 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>13</sup> La ley 24.820 –publicada en el Boletín Oficial del 29/5/1997– 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.º de la Constitución federal. La ley 25.778, publicada en el BO el 3/9/2003, 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 26/11/1998 y aprobada por ley 24.584.

<sup>14</sup> Germán Bidart Campos, por ej., 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 inc. 22.º del art. 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).

construcción, “sistema constitucional” alberga en su seno conceptual tanto a las reglas estipuladas en el texto constitucional federal, como las que existiendo fuera de ella tienen también igual jerarquía y nivel, pero no están incorporados en su marco normativo, pese a que unos y otros comparten la primacía del sistema jurídico estatal.

## 2. La interpretación judicial

Otro aspecto, mucho más controvertido lo constituye la determinación de si la interpretación judicial que, en su caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante, indistintamente, CSJN– haya decidido atribuir como significado al texto normativo constitucional o al sistema jurídico *lato sensu*, es 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 estos 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. La magnitud que impone el tratamiento de este asunto, o sea, si las decisiones de los jueces cuando pronuncian las sentencias judiciales resolviendo una causa, crean o no Derecho o sólo lo aplican, excede largamente los límites trazados como frontera de esta sección. Solamente quiero abrir el tema trayendo a colación dos destacadas opiniones de juristas argentinos contemporáneos, dentro de una literatura vastísima; 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>15</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>16</sup> es decir, el juez crea Derecho cuando la norma general mediante la que justifica su decisión no fue creada por el legislador constituyente.<sup>17</sup>

A fin de delimitar la posición en el asunto, debo hacer una serie de precisiones de singular envergadura, en las diez proposiciones que siguen.

Uno. Se observa que las disposiciones normativas que constituyen el sistema jurídico constitucional de un Estado responden habitualmente a dos finalidades: por un lado, configurar la arquitectura de sus poderes y los controles y garantías para asegurar su racional funcionamiento; y por otro, conferir el reconocimiento de los derechos y garantías a las personas, a grupos de personas o a la colectividad.

Dos. El orden coactivo que impone el Derecho –y el Derecho constitucional no escapa a la regla – se expresa, o mejor dicho, tiene como soporte al lenguaje, el que en nuestro Estado es escrito. Toda la planificación prescriptiva que realiza el sistema jurídico

---

<sup>15</sup> BIDART CAMPOS, Germán: *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires., 1995, p. 421.

<sup>16</sup> BULYGIN, Eugenio: “Sentencia Judicial y Creación de Derecho”, en ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, 1991, pp. 366 y 367.

<sup>17</sup> BULYGIN, Eugenio: “Creación y aplicación de Derecho”, contribución obrante en mi archivo gentilmente entregada por el autor.

constitucional se programa por intermedio del lenguaje escrito proveniente de las fuentes de producción. El sistema jurídico constitucional argentino es una manifestación del lenguaje escrito.

Tres. Si, además, se repara en que el lenguaje prescriptivo en el cual está expresado el sistema jurídico 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 – complementariamente– a construir el objeto, motivo por el cual dichas decisiones interpretativas también entrarán a formar parte del elenco de disposiciones normativas.<sup>18</sup>

Cuatro. El lenguaje jurídico tiene las mismas propiedades que los lenguajes naturales. Las palabras que aparecen en las reglas jurídicas tienen una zona de penumbra, es decir que son potencialmente vagas. La vaguedad se pone de manifiesto frente al caso atípico. Quien trate de orientar o apreciar la 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 denomina zona de penumbra, es decir, atípicos en cualquiera de las formas en que estos puedan ocurrir.<sup>19</sup>

Cinco. El sistema jurídico constitucional es, por regla, objeto de interpretación; excepcionalmente, en determinados contextos, su producto.

Por lo pronto, asevero que la interpretación del sistema jurídico 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 que se encuentra bajo 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. En estos casos, puede adecuadamente decirse que la interpretación constitucional se orienta a

---

<sup>18</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, considerándola 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 en que consiste la Ciencia del Derecho (p. 195). V., en este sentido, *Contribución a la teoría del Derecho*, Torres Editor, Valencia, 1980.

<sup>19</sup> CARRIÓ, Genaro: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 55 a 58.

la descripción de significados, consistiendo la actividad en la conjetura respecto del significado de una regla constitucional, aplicada desde luego a un caso concreto o abstracto. Defino de este modo, a la interpretación constitucional analítica, tarea que no tiene aptitud constitutiva del objeto.

Seis. Sin embargo, la falta de plenitud o ausencia de completividad que tiene el propio discurso que programa el sistema jurídico constitucional —es decir, el Derecho constitucional mismo— 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, viéndose forzado no ya a descubrir sino a decidir el sentido de la regla. En estos casos el intérprete 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 de naturaleza normativa, porque su actividad es susceptible de ser caracterizada como creadora de disposiciones jurídicas de alcance general.

Siete. Puede entonces decirse que 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 los territorios del área de la interpretación correctiva, el intérprete asocia o reconstruye 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.

Ocho. Analizar y decidir, son, entonces, las consignas del intérprete judicial cuando tiene en sus manos las palabras del sistema constitucional. Todo da pie para sugerir que este punto de vista es uno más de entre todos los posibles para la comprensión de la realidad jurídico constitucional. Cabe agregar que cuando se apela a la interpretación correctiva, los jueces contribuyen a la “reconstrucción” del sistema jurídico constitucional, introduciendo (aunque también pueden sustraer) de dicho sistema una disposición de naturaleza prescriptiva que el legislador constituyente, si bien expresamente no había incluido, tampoco la ha prohibido, debiéndose entender 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.

Nueve. Parece bastante claro que las técnicas de interpretación correctiva, en todas sus variantes estratégicas —ya sea las extensivas, sistemáticas o conformes— 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 y cuando se la pone en marcha, produce resultados que pueden conducir a la reducción irracional del campo de aplicación de los significados centrales consignados en las disposiciones del sistema jurídico constitucional, cuya objetividad es incontrovertible y que una interpretación analítica hubiera asegurado. 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.

La CSJN ha desarrollado estrategias interpretativas de filiación correctiva, las cuales a su vez 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 jurídico constitucional, 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 que se formulan. Así, en una brevísima lista de ejemplos, puede señalarse que cuando la CSJN, por vía jurisdiccional, otorgó carta de ciudadanía a la acción de amparo en el caso “Siri” (1957), o cuando el tribunal reconoció la jerarquía suprallegal de los tratados en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” (1992)<sup>20</sup>, o cuando el caso “Rey c/ Rocha” (1909)<sup>21</sup> sentó las bases para la elaboración de la doctrina de arbitrariedad de sentencias, o más recientemente en el caso “Vizzotti” (2004)<sup>22</sup> al tutelar racionalmente el derecho individual de trabajo, el más Alto Tribunal estaba produciendo reglas que se integraron al sistema jurídico constitucional, en el sentido que se ha descrito en el párrafo precedente.

Sin embargo, no todo es virtuosismo judicial, en virtud de que las interpretaciones constitucionales correctivas pero de orientación restrictivas son las que aún mantienen la prohibición para que prospere el control judicial de oficio, o la que imposibilita la promoción de la acción popular declarativa de inconstitucionalidad, o las que mantuvieron maniatada la garantía de amparo y le imposibilitaban asociarse con la declaración de inconstitucionalidad o la que fuere puesta de manifiesto cuando el más Alto Tribunal de Justicia, rompiendo la lógica de los precedentes, resolvió la nulidad de una disposición de la Constitución federal incorporada al sistema jurídico por obra del poder constituyente, como hiciera en 1999 en el sonado caso “Fayt”<sup>23</sup>, circunstancia que comportó un quebrantamiento constitucional.<sup>24</sup> Y, hace muy poco tiempo, en la causa “Bussi” (2007)<sup>25</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 la cuestiones políticas. En rigor, la interpretación correctiva (restrictiva) es denominada así para lograr claridad lingüística, porque, en estos casos, la coartada no funciona: lo fáctico (el puro decisionismo judicial) no puede ocultar su prevalencia sobre

---

<sup>20</sup> CSJN, Fallos, 315: 1492. (1992)

<sup>21</sup> CSJN, Fallos: 112:384. (1909)

<sup>22</sup> CSJN, Fallos, 327: 3677 (2004)

<sup>23</sup> CSJN, Fallos, 322:1616. (1999)

<sup>24</sup> Para una ampliación de la verdadera “contrarreforma constitucional” que significó el caso “Fayt”, la crítica racional al mismo, puede verse mi obra *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2007.

<sup>25</sup> CSJN, Fallos 330: 3160. (2007)

el ámbito de comprensión delimitado específicamente por la propia normatividad<sup>26</sup> constitucional, incluyendo todas sus posibles realizaciones racionales.<sup>27</sup>

Diez. Determinadas decisiones judiciales de la CSJN son susceptibles de pasar a integrar el sistema jurídico constitucional positivo en vigor en la Argentina (me refiero a las estrategias de naturaleza ampliatoria o aditiva), 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, consistiendo la operación en la creación de 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.

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 constitucional. 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.

### 3. Hecho y regla

El derecho es un hecho social y un sistema normativo. Normatividad instaurada por reglas.<sup>28</sup> El sistema constitucional, núcleo del sistema jurídico, establece, programa un orden normativo como cualquier otro hecho social. Por lo tanto, puede extenderse la fórmula “sistema jurídico constitucional” para comprender al Derecho constitucional federal argentino positivo, o Derecho constitucional a secas, tal como aquí se lo caracteriza. Cuando se emplea este vocabulario, en la definición del término Derecho constitucional (en este sentido fuerte) puede razonablemente predicarse que se lo está configurando como hecho y regla.

Como hecho, ya que el Derecho constitucional es un hecho empírico: el lenguaje del legislador que ejerce el poder constituyente, a lo que debe adicionarse, con las puntualizaciones y advertencias con que se ha prevenido, el discurso del intérprete judicial (en el caso argentino, la CSJN, v. *ut supra* sección II.2), como así también el proveniente de la fuente internacional de los derechos humanos que goza de jerarquía constitucional (*cf.* arg. art. 75, inc. 22º, de la Constitución federal, v. *ut supra* sección II.1), y las formulaciones

---

<sup>26</sup> Con certeza señaló Jerzy Wróblewski que, teóricamente, la discusión relativa a la normatividad del texto constitucional solo 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. V. Wróblewski, Jerzy: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 104.

<sup>27</sup> *Cfr.* HESSE, K.: *op. cit.*, pp. 26, 70 y ss.

<sup>28</sup> *Cfr.* Raz, Joseph: *La autoridad del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 5



legislativas provenientes de la legislación que, sin ser materialmente constitucional, se ocupan de la materia constitucional.

Y como regla, porque considero que el lenguaje es de naturaleza prescriptiva, porque su función elemental no es la de transmitir información, sino 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 sistema 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>29</sup>

“Derecho constitucional” o “sistema constitucional” son expresiones susceptibles de ser convocadas para expresar el mismo significado, motivo por el cual, ante tal identidad conceptual, son utilizadas en ulteriores desarrollos en forma indistinta, queriéndose destacar siempre que los conceptos abarquen o contengan en su interior dos ideas rectoras: la de sistema o conjunto de enunciados o actos lingüísticos, y la de la naturaleza prescriptiva de los mismos.

Una verdadera tecnología social, en ciernes! <sup>30</sup>

Por último, el “sistema constitucional” está compuesto por reglas, que tienen dos naturalezas distintas. Las reglas primarias confieren reconocimiento a los derechos subjetivos y fijan obligaciones, es decir prescriben que las personas hagan u omitan ciertas acciones; las reglas secundarias, atribuyen potestades, por ejemplo “cambio” (configuración jurídica, por vía de legislación o reforma constitucional) y adjudicación (interpretación, administración, control), a lo que debe sumarse —según Hart— la regla de reconocimiento: regla de identificación incontrovertible de las reglas primarias que reconocen derechos subjetivos y estipulan obligaciones<sup>31</sup> Pese a no ser cuestión pacífica, la regla de reconocimiento es una regla conceptual que hace las veces de postulado inicial básico del sistema jurídico; en esta intelección, la última regla usada —la de reconocimiento— operará por sí misma como axioma y no requerirá justificación ulterior.<sup>32</sup>

El sistema constitucional, compuesto por reglas, significa, que estás 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 nucleares para el cual ha sido ideado:

---

<sup>29</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires., 1995, pp. 11, 19 y 31.

<sup>30</sup> Cfr. Bunge, Mario: *Las ciencias sociales en discusión*, Sudamerica, 1999, Buenos Aires, p. 323 y ss.

<sup>31</sup> Para H. L. A. Hart la estructura resultante de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, era apta para poner en evidencia no sólo la médula de un sistema jurídico nacional, sino también una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política. La regla de reconocimiento (secundaria) ocupa un papel protagónico en la teoría jurídica de Hart. Es la que sirve para identificar qué normas forman parte o no forman parte del sistema jurídico (HART, H.: *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, , pp. 118, 121, 127, 135 y ss.).

<sup>32</sup> La regla de reconocimiento sirve para reducir la incertidumbre que conllevan la aplicación y/o el cambio de un sistema jurídico. Gracias a la regla de reconocimiento, las reglas del sistema pueden ser identificadas. Es la regla de reconocimiento la que finalmente provee los criterios de membresía de las reglas de un determinado sistema, posibilitando su identidad.

formación de la unidad política del Estado, organización, mantenimiento y dirección de todo el sistema jurídico. Naturalmente, la proposición capital tiene un ámbito de validez: el sistema constitucional tiene fuerza normativa, obligatoria, en todas sus partes; si, contrariamente, se ha de entender que el sistema constitucional es un valor, regirá, pues, el criterio de preferibilidad, paradigma de la axiología y los resultados, por cierto, serán bien distintos.

### **§ III. El Derecho Constitucional como derecho subjetivo: individual, social o colectivo**

Idénticamente 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 un privilegio, cuyo reconocimiento le es conferido por el sistema jurídico constitucional. En esta segunda dimensión o formulación, “derecho constitucional” se entiende como derecho subjetivo: individual, social o colectivo; es decir, se 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.

Los derechos subjetivos, al igual que el sistema jurídico, son un artificio del cual se sirve el hombre como técnica de control social<sup>33</sup>, no importando si es con fines de conservación, progreso o retroceso de las condiciones pre-políticas de existencia comunitaria. Por lo tanto, los derechos subjetivos no son una cosa distinta del Derecho objetivo, que es el instrumento que pone orden. Los derechos subjetivos son atribuidos a los sujetos por el sistema jurídico positivo. Naturalmente, puede haber una larga lista de derechos que la gente pueda tener, 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. Y con las garantías respectivas de los derechos, ocurre lo mismo. Las garantías, al igual que los derechos, también pueden ser implícitas, pero aún 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 subjetivos, en sentido jurídico, son conferidos a los hombres por disposiciones jurídicas, es decir, por el sistema jurídico. Los derechos subjetivos, 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.

En pocas palabras, de acuerdo con el lenguaje empleado, los hombres tendrían derechos subjetivos en sentido jurídico cuando los mismos les sean atribuidos –explícita o implícitamente– por el Derecho objetivo.<sup>34</sup>

Sostiene Riccardo Guastini que dos son los elementos que integran la noción de Derecho subjetivo, en sentido jurídico: una pretensión y una justificación que otorga

---

<sup>33</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. V. Guibourg, Ricardo y Mendonca, Daniel: *La odisea constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 41

<sup>34</sup> Cfr. GUASTINI, R.: *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 180.

fundamento a la pretensión. Típicamente, tal Derecho subjetivo no es otra cosa que una pretensión conferida al sujeto o una clase de sujetos frente a otro sujeto al que se impone un deber u obligación correlativo.<sup>35</sup>

Las fuentes de las que emanan los derechos subjetivos, en sentido jurídico, son primordialmente: el sistema jurídico constitucional; la legislación; los contratos. El término “derecho constitucional”, en el sentido de derecho subjetivo conferido por la constitución, puede ser utilizado para designar las potestades que la/s persona/s o grupos de personas tienen para dar, hacer o no hacer algo, y cuyo reconocimiento le es conferido por el sistema jurídico constitucional. El término “derecho constitucional”, en uno de los giros de su significado, es entendido como derecho subjetivo, individual, social o colectivo; es decir, se tiene derecho constitucional de libertad de expresión, de propiedad, a la integridad física, al trabajo, a la educación, a la salud, al ambiente sano, a la juridicidad constitucional, etcétera.

En rigor, los derechos subjetivos, 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>36</sup> Básicamente, un derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, entraña o presupone una obligación correlativa en cabeza de uno u otros sujetos, el Estado o los particulares. Naturalmente, las obligaciones podrán ser de hacer o de omitir. Las obligaciones constitucionales que reciprocán 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 impedirlo, violárselo, en fin, de no interferírselo de ningún modo. Las obligaciones constitucionales que reciprocán a los derechos sociales y colectivos consisten, liminarmente, en que la modalización de las prestaciones a cargo del sujeto pasivo, el Estado por vía de principio, exigen un comportamiento positivo, prestacional, ya sea de hacer o de dar, del mismo a 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, 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.

Es necesario decir –apunta Guastini– que, en la mayoría de los casos, los derechos sociales y colectivos, como los derechos morales y a diferencia de los derechos individuales, son derechos sobre el papel o ficticios, no justiciables. En cambio, son verdaderos derechos aquellos que responden conjuntamente a tres condiciones: son susceptibles de tutela jurisdiccional; pueden ser ejercidos o reivindicados frente a un

---

<sup>35</sup> GUASTINI, R.: *op. cit.*, p. 180.

<sup>36</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, Germán: *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires., 2000, tomo I-A, p. 764.

sujeto determinado; su contenido está constituido por una obligación de conducta no menos determinada que el sujeto en cuestión.<sup>37</sup>

En el régimen organizado actualmente por el sistema constitucional federal hay derechos expresamente enumerados o reconocidos –por ejemplo los enunciados en los artículos 14<sup>38</sup>, 14 bis<sup>39</sup>, 16<sup>40</sup>, 17<sup>41</sup>, 18<sup>42</sup>; 19<sup>43</sup>, 20<sup>44</sup>, 36<sup>45</sup>, 37<sup>46</sup>, 38<sup>47</sup>, 39<sup>48</sup>, 40<sup>49</sup>, 41<sup>50</sup>,

---

<sup>37</sup> Cfr. GUASTINI, R.: *op. cit.*, p. 186.

<sup>38</sup> Art. 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

<sup>39</sup> Art. 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

<sup>40</sup> Art. 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

<sup>41</sup> Art. 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

<sup>42</sup> Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

<sup>43</sup> Art. 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a 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 .

<sup>44</sup> Art. 20.- Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

42<sup>51</sup> y 43<sup>52</sup> de la Constitución federal— y hay también derechos y garantías no

---

<sup>45</sup> Art. 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 conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen 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.

<sup>46</sup> Art. 37.- Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

<sup>47</sup> Art. 38.- Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático.

Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.

El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes.

Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio

<sup>48</sup> Art. 39.- Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal

<sup>49</sup> Art. 40.- El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.

El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

<sup>50</sup> Art. 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

<sup>51</sup> Art. 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

enumerados o implícitos que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, según la disposición que formula el art. 33<sup>53</sup> de la Constitución federal al respecto. La reforma constitucional ha ampliado el elenco de los derechos enumerados en el texto constitucional por vía de la jerarquización del Derecho internacional de los derechos humanos (*arg.* art. 75, inc. 22.º), haciendo que, hoy por hoy, el sistema jurídico constitucional federal de la Argentina disponga de reglas que reconocen expresamente las tres generaciones de derechos: los derechos de primera generación (civiles y políticos), los derechos de segunda generación (sociales, culturales y económicos) y los derechos de tercera generación, que incluyen el derecho a la paz, a la cultura, a un medio ambiente sano y a la juridicidad constitucional. No obstante, tal generalización no es extensible a las garantías respectivas, las que comparadas con la declamación de derechos subjetivos han quedado a mitad de camino.

En el orden instaurado por el sistema jurídico constitucional argentino, las personas, y excepcionalmente grupos de personas, o sea quienes integran la población del Estado, son quienes titularizan activamente los derechos y garantías, de fuente o jerarquía constitucional.

Sin que implique reducción, pues, derecho constitucional, entendido como derecho subjetivo, cuyo reconocimiento confiere a los sujetos de derechos el sistema, es acuñado por este como derechos de libertad, igualdad y solidaridad. Al fin y al cabo, la invención social más importante del siglo XVIII, que felizmente, perdura en nuestros días.<sup>54</sup>

#### **§ IV. El Derecho Constitucional como el saber o ciencia que tiene por objeto de estudio e investigación el sistema constitucional del Estado democrático**

En este sentido, se trata de una rama del saber o ciencia jurídica. “Derecho constitucional” se emplea también para designar la disciplina, es decir la ciencia o saber que hace del

---

<sup>52</sup> Art. 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

<sup>53</sup> Art. 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno

<sup>54</sup> Con certeza señala Peter Häberle que el tipo paneuropeo / norteamericano “Estado Constitucional” se presenta en la actualidad en una forma que en parte debe agradecerse también a 1789. Häberle, Peter: *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional.*, Trotta, Madrid, 1998, p. 45.

fenómeno o realidad jurídico constitucional –según se describe más arriba, v. sección II– su objeto de estudio. Para llevar adelante su tarea, los juristas (constitucionalistas) elaboran un discurso sobre el programa prescriptivo que compone el sistema jurídico constitucional, valiéndose de herramientas que pueden provenir del campo empírico y/o del campo lógico, y/o aun del territorio axiológico, lo que depende de la opción epistemológica que se adopte para encarar el estudio del Derecho.

Desde esta óptica, “Derecho constitucional” se aplica para designar la disciplina que lleva a cabo el estudio del objeto “sistema jurídico constitucional”. Se llega así al mismo punto de inflexión que desencadena el empleo del término “Derecho”: en este caso, idénticamente, el conocimiento teórico y el objeto de estudio pueden ser denominados con la misma expresión.

Si se acepta –como enseña Mario Bunge<sup>55</sup>– que una teoría es un cuerpo o sistema de ideas –racional, exacto y verificable– organizadas lógicamente entre sí, caracterizado por cierto conjunto básico pero refutable de hipótesis peculiares, y 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 o sistema de conocimientos organizados del objeto “sistema jurídico constitucional”.

La debilidad de la que hablo 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 los signos constitucionales y los signos 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. Cabe recordar que, en este sentido, merecen ser caracterizados con este status epistemológico los conjuntos organizados de proposiciones que, siendo menos precisas que una teoría, sus predicciones –si está en condiciones de hacerlas– no son comprobables empíricamente, aunque pueden aspirar al rango de teoría cuando pueda comprobarse la veracidad de sus enunciados.<sup>56</sup> Naturalmente dilucidar esta cuestión, es decir si el estudio del campo organizado por el sistema jurídico constitucional tiene rango de teoría o doctrina, excede la frontera de este trabajo.

Al respecto, Raúl Zaffaroni entiende que son muchas las opiniones acerca del carácter del Derecho y sobre su estatuto epistemológico y el valor relativo de sus definiciones plurales, por lo cual es preferible entenderlo como un saber que –al igual que todos– debe establecer sus límites (definir su horizonte de proyección) en forma que le permita distinguir el universo de entes que abarca y, por ende, el de los que quedan excluidos. Pero toda delimitación de un saber responde a cierta intencionalidad, porque siempre que se busca saber se percibe algún objetivo que, al menos en el caso de las disciplinas jurídicas en general, no puede ser la mera curiosidad. El objetivo o la intencionalidad del saber (el para qué concreto de cada saber) es lo que le permite

---

<sup>55</sup> BUNGE, Mario: *La ciencia, su método y su filosofía*, Sudamericana, 1998, pp. 11, 19 y 35. V. también del mismo autor, *Epistemología*, Ariel, Barcelona, 1982, p. 179; y *Las ciencias sociales en discusión*, Sudamericana, Bs. As., 1999, pp. 383 y ss.

<sup>56</sup> Cfr. BUNGE, M.: *Epistemología*, Ariel, Barcelona, 1981, p. 1.

acceder al conocimiento de ciertos entes, pero siempre desde la perspectiva de esa intencionalidad, es decir, ensayar su horizonte de comprensión (o de explicación) de esos entes con ese particular interés.<sup>57</sup>

Con arreglo a lo expuesto, y radicado en la sospecha ontológica de que la realidad es única, en este trabajo utilizo la fórmula “teoría constitucional”, en el sentido débil que he propuesto más arriba. Y creo que la adopción de dicho temperamento puede ser breve y livianamente justificada del siguiente modo. Veamos.

Primero: 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, circunstancia entonces que otorga un grado muy importante de plausibilidad a la elección realizada. La concepción del Derecho como un sistema lógico importa admitir la existencia de innegables relaciones lógicas entre las disposiciones o reglas jurídicas; me refiero a las relaciones de deducción o implicación y contradicción.<sup>58</sup>

Segundo: porque también parece inobjetable el carácter fáctico sobre el cual debería descansar una porción muy importante del status de las proposiciones jurídicas que integran el discurso de los juristas (constitucionalistas), cuando estos llevan a cabo la descripción del sistema jurídico constitucional. La importancia del carácter fáctico de que están dotadas las proposiciones o conjeturas que el jurista realiza sobre el discurso jurídico constitucional (el sistema jurídico constitucional) da lugar a que del *status* de tales proposiciones pueda corroborarse, y por ende predicarse –en una muy importante medida–, que son verdaderas o falsas. Además, nada nuevo agrego al decir que la literatura producida por los constitucionalistas es un metadiscurso que tiene por objeto un discurso fuente, es decir, el constitucional.

Tercero: 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 dos significados.<sup>59</sup>

A) En una primera versión, la expresión puede ser utilizada como sinónimo de “Teoría General del Derecho Constitucional”. No tiene apego en particular a un sistema normativo constitucional en especial. Así, por ej., cabría hablar de una “teoría general del control de constitucionalidad de la producción subconstitucional”, como por ej.

---

<sup>57</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR: *Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 3.

<sup>58</sup> V. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, p. 37. También, ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Bs. As., 1998, pp. 111 y ss.

<sup>59</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor y Salvador VALENCIA CARMONA, en la obra *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, entienden que el Derecho Constitucional ha alcanzado una madurez notable, siendo los principales aspectos que abarca este estudio enciclopédico y universal, los siguientes: (a) Derecho Constitucional General (teoría de la Constitución); (b) Derecho Constitucional comparado; (c) Derecho Constitucional particular (Ed. Porrúa, México, D.F., 2001, pp. 41-44).



cuando Hans Kelsen mantuvo la célebre disputa con Carl Schmitt respecto del órgano al cual debía encargarse la guarda del texto normativo de la constitución.<sup>60</sup>

También es una actividad de la teoría general la elaboración de una noción abstracta de constitución, desprovista de las peculiaridades normativas, históricas, políticas, económicas, sociales y culturales 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.

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. Entre las categorías más destacadas, desde luego, cabe mencionar: derechos fundamentales, sistemas de gobierno, forma política de Estado, modelo de control de constitucionalidad, legislación, etcétera.

En pie de igualdad con el estudio de las categorías jurídicas básicas, también el Derecho Constitucional comparado –cuya misión es el cotejo de las disposiciones de los diferentes órdenes constitucionales estatales, tratando de poner en evidencia sus simetrías más características como así también sus asimetrías más relevantes, para alcanzar por intermedio del método comparativo la postulación de ciertas regularidades que encuentren efectiva aplicación o no en los sistemas jurídicos–, reclama un capítulo central de la teoría general del Derecho Constitucional.

Si el todo o la parte, o ciertos fragmentos de ella, serán el objeto de estudio, su determinación segura es un presupuesto para una Teoría General del Derecho de la constitución, cuyos elementos configuradores son indicados en el párrafo precedente.<sup>61</sup> Pese a ello, sospecho que no requiere mayores esfuerzos advertir las complejidades de denominar “teoría general” del Derecho Constitucional a una teoría que sólo dedicará –parcialmente– sus labores científicas a la realidad provista por los Estados democráticos,

---

<sup>60</sup> *La defensa de la Constitución*, estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución, fue publicada por Carl Schmitt en 1931. 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 español por Tecnos, Madrid, 1983). La confrontación no se hizo esperar. Pocos meses después de que Schmitt publicara su trabajo, Hans Kelsen le formuló sus observaciones críticas en su trabajo *Quién debe ser el defensor de la Constitución* (publicado también por Tecnos, en 1995). Para Kelsen, la fórmula propuesta por Schmitt era verdaderamente impensable (p. 14) e insistirá 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 advierte 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).

<sup>61</sup> Manuel García Pelayo hablaba de 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*, Alianza, Madrid, 1987, p. 21).

tarea que con seguridad doy por descontado que cualquiera de los lectores estaría dispuesto a emprender o apoyar, según sea el caso.

B) En una segunda lectura, teoría constitucional se refiere a una teoría tópica o específica, es decir que circunscribe su indagación y reflexión al análisis estructural de las reglas que configuran el sistema constitucional específico de un Estado en particular. En este marco, una teoría constitucional tópica constituye un punto de vista último, pero provisional, proponiendo la descripción de los significados de cierto sector del fenómeno jurídico constitucional de determinado Estado. Sus funciones, no obstante, seguirán siendo –lo que depende nuevamente de la opción epistemológica que se adopte para el abordaje del estudio del Derecho, la que puede consistir en una comprensión uni, bi o tridimensional del mundo jurídico– la/s de informar o conjeturar y/o las de informar y prescribir o estipular acerca de los significados de los textos normativos que componen el sistema jurídico constitucional.

## § V. Punto de llegada

Las observaciones aquí definidas se apoyan, cierta y parcialmente, en la afirmación “una conciencia agudizada de las palabras es útil para agudizar nuestra percepción de los fenómenos”,<sup>62</sup> pero en la inteligencia de que tal comprensión se interesa por el mundo y lleva como punto de conexión inescindible su conocimiento profundo y no tan sólo por el buen o mal uso que el investigador pueda hacer del lenguaje.

Primero: “Derecho constitucional” o “sistema constitucional” hacen referencia al conjunto de disposiciones prescriptivas enunciadas tanto en el texto de la constitución como en las que se encuentran fuera de su texto y provienen de fuentes internacionales que gozan de jerarquía constitucional; y la interpretación judicial que se les haya asociado como significado, tal como se puntualiza más arriba en el rubro 2 de la sección § II.

Tal lectura propone que el sistema jurídico constitucional 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 producto de la interpretación judicial, por obra y gracia de la generalidad normativa de la disposición elaborada por el juez para justificar su decisión, la que no fue prevista por el constituyente.

Sin embargo, tanto en uno y otro caso, el Derecho constitucional como conjunto de disposiciones normativas que predisponen y disponen la planificación de la fuerza estatal, para configurar un verdadero orden constitucional, se encuentra sometido a dos condiciones: una interna y otra externa. La primera viene dada por el pensamiento que dice que un sistema jurídico constitucional valdrá lo que valgan sus garantías. La segunda, en cambio, es más bien extrasistemática: el sistema constitucional es núcleo del sistema normativo estatal, siempre que la regla de reconocimiento del sistema jurídico defina “lo que el sistema constitucional dice es Derecho”<sup>63</sup>.

Segundo: los derechos subjetivos, que se presentan en formas de pretensiones, privilegios, potestades o inmunidades son conferidos por los sistemas jurídicos

---

<sup>62</sup> La frase se le atribuye a J. L. Austin y su cita proviene de HART, H.: *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 12.

<sup>63</sup> HART, H.: *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 113 y 249.

constitucionales a las personas o grupos de ellas.<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> 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 ellos queden en estado gaseoso.

Tercero: por su parte, el estudio del sistema constitucional –en general– será considerado el objeto de la teoría general de la constitución, cuyos elementos configuradores, es decir el centro de interés y reflexión, lo constituyen las aportaciones acerca de las categorías jurídicas básicas del Derecho constitucional.

El saber de la comparación de sistemas constitucionales, el Derecho constitucional comparado, como bien advierte Giuseppe de Vergottini 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.<sup>66</sup>

Luego, una teoría constitucional “tópica” (doctrina, interpretación o saber constitucional) en particular debería servir para identificar, sistematizar, analizar, decidir y criticar el fenómeno que es su objeto de estudio: el sistema jurídico constitucional de fuente estatal y supraestatal permitiendo, razonablemente, que sus aserciones teóricas guarden una importante congruencia con la realidad *lato sensu* que, en última instancia, marca el soporte de su necesidad y da también fundamento a su eventual utilidad. La tarea elemental del saber tópico constitucional consiste en la identificación del sistema jurídico constitucional, paso previo al análisis y sistematización ordenada de los cuerpos jurídicos que lo compongan.

Finalmente. Describir y decidir en torno de los rasgos básicos del Derecho Constitucional no implica, que, tales actividades solamente queden en manos de los operadores del Derechos: jueces, 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 de intérpretes constitucionales”: todos los órganos del estado, todos los grupos, todos los ciudadanos, tal como postula Peter Häberle<sup>67</sup>. Porque, como define el jurista alemán: no debe existir un *numerus clausus* de los intérpretes de la Constitución. Alentar una sociedad abierta de los intérpretes del sistema constitucional, estimula, sin dudas, el debate público, y este 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. No se amasa ninguna idea nueva al afirmar que el mundo no gira alrededor de la Argentina. Pensar de ese modo no es una herejía. Significa no perder la esperanza de que se puede vivir dentro de las cuatro esquinas que determina el sistema

---

<sup>64</sup> V. HOHFELD, Wesley: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Fontamara, México, 2002, pp. 46 y ss.

<sup>65</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1997, p. 862.

<sup>66</sup> V. De Vergottini, Giuseppe: *Derecho constitucional comparado*, Universidad, 2005, Buenos Aires, p. 2.

<sup>67</sup> V. HABERLE, Peter: *El Estado constitucional*, UNAM (III), estudio introductorio de Diego Valadés, México, 2003, p. 150 y ss.

constitucional, el que es imperfecto como toda obra humana. No habrá Constitución sin la convicción de que sus reglas deben ser cumplidas. Pactar un nuevo principio de identidad constitucional debería significar captar la supremacía de la ciudadanía, insertada en un Estado obligado a su respeto y promoción, sobre todo en aquellos casos de desamparo. Es un nuevo paradigma que se orienta al cumplimiento de las reglas constitucionales. No es una bonita postal. Su comprensión más acabada o inacabada permite distinguir, con bastante certeza, el grado de cultura alcanzado por una comunidad.