

Manifiesto sobre el Estado constitucional^(*)

Reglas fundamentales sobre raigambre y justificación de la mancomunidad estatal

(Segunda parte)^(**)

por RAÚL GUSTAVO FERREYRA^(***)

6 | Regla sobre la variación

Uno de los propósitos elementales de esta "Lección" reside en mantener su unión con la obra *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*.⁽¹⁹⁶⁾ Para no agotar inútilmente el juego de perseguir coincidencias o fingir narraciones ya escritas, elijo una prudente coherencia y mantengo la proposición primitiva. En este sentido, remito a la lectura de dicha obra en cuanto a los antecedentes, etapas, límites, inconstitucionalidad y control

.....

(*) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(**) La contribución que aquí se presenta ha sido dividida en dos partes: la primera parte comprende de las secciones 1 a 5 (publicada en *Revista Derecho Público*, año III, n° 10, Bs. As, Ediciones Infojus), y la segunda parte abarca de las secciones 6 a 9.

(***) Abogado (UBA). Doctor (UBA). Catedrático de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA).

(196) Ver FERREYRA, RAÚL G., "Palabras introductorias", en *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judiciabilidad de la enmienda*, Bs. As., Ediar, 2007, pp. 11/25.

de la reforma, en la forma de ordenar de la Constitución federal de la Argentina, en especial desde su enfoque interno y rol de garantía de la Constitución.

Por lo demás, una comprensión que establezca el enfoque interno ofrece como resultado que el universo llamado "constitución" se compone de un número definido de reglas distribuidas, en general, en cuatro partes, fragmentos o componentes de su propio sistema de regulación.⁽¹⁹⁷⁾ La cantidad de reglas contenida en cada texto estatal resulta variable y diversa. Así, se refleja la semejante pluralidad, diversidad y variabilidad identificada en sus autores: los hombres. Nótese que en este Manifiesto se privilegia la conexión externa de la Constitución con el Estado. Desde esta perspectiva se han resaltado las cuatro reglas que fundamentan a la mancomunidad de ciudadanos: el Estado (ver sección 4).

La Constitución, con sus esquemas para la regulación de conductas, no abarca absolutamente todos los comportamientos humanos. Juzgar de ese modo sería, cuando menos, extravagante. Al mismo tiempo, la Constitución no es un tesoro intacto y secreto. No es intangible porque, al encontrarse en el mundo, se encuentra sometida a la posibilidad y derrotero de su propio cambio. Tampoco sus letras deben ser consideradas sigilosas, porque, precisamente, la Constitución articula, muchas veces con alegoría superflua y otras con rigurosa sobriedad, la palabra pública, la lengua para la ordenación de la vida de los ciudadanos en la comunidad estatal.

La Constitución debe ser susceptible de cambio o variación para resguardar su fuerza normativa ante múltiples y cambiantes circunstancias históricas, sin por ello alterar su propia identidad. Los ciudadanos que integran el pueblo del Estado, por intermedio de sus representantes, son los sujetos que deben disponer del derecho político a cambiarla o modificarla cuando, en libre y democrática decisión política fundamental, consideren oportuno y necesario disponer la producción de la más alta estirpe jurídica. Por eso es preferible pensar en reformar la Constitución toda vez que se pueda determinar que ello sea necesario, conveniente y oportuno, y no deformarla mediante interpretaciones que la vuelven sin sentido, al desnaturalizar (según los casos, de modo parcial o completo) las pretensiones de normatividad emergentes de sus reglas.

.....
 (197) Renuevo la remisión formulada, *ab initio*, en la sección I.2.

La capacidad evolutiva de las constituciones se garantiza por la vía de la reforma. La tarea de reformar posibilita el cambio o variación al recoger una adaptación o promover un estímulo para la vida política de la comunidad, con verdadera conciencia de que esta o aquella variación es la vía idónea para perfeccionar el bienestar general. La reforma constitucional es una actividad que, en forma significativa, respalda el compromiso constitucional originario porque afianza su desarrollo basado en reglas predispuestas de antemano.

Quizá podría entenderse, no sin razón, que el cambio o variación constitucional atraparía a todos los sucesos y procesos que pueden sufrir los textos constitucionales en el tiempo. No obstante, rigurosamente, aquí el cambio sobre el que se teoriza es el “cambio formalizado” o “variación” del sistema normativo constitucional, que implica la modificación de su texto producida por acciones voluntarias, intencionadas y regladas por la propia suma regla del orden jurídico. En tales condiciones, la reforma constitucional puede darse de tres maneras:

- a. **por expansión:** cuando se agrega una nueva regla a la combinación originaria;
- b. **por contracción:** cuando se elimina alguna regla de la nómina de esa combinación;
- c. **por revisión:** cuando se elimina alguna regla y luego se agrega otra incompatible con la eliminada.⁽¹⁹⁸⁾

El poder de reforma constitucional y su contenido generan un nuevo punto de llegada del proceso de construcción política del Estado. El poder de reformar la Constitución, siempre sometido a reglas de competencia prefijadas, es un poder político porque crea derecho constitucional. El cambio constitucional que produce variaciones sustantivas en el texto tiene una peculiaridad: siempre forma algo nuevo, la Constitución reformada; así,

.....

(198) Ver ALCHOURRÓN, CARLOS, “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 301.

Por de pronto, en este marco, la teoría del cambio constitucional es la teoría de la reforma constitucional. Por ende, queda afuera cualquier otra circunstancia que, como una revolución, quebrantamiento o ruptura, o una mutación, no pueden ser objeto de proyección como un “procedimiento formal de aprobación”, tal como conceptúa Peter Häberle respecto de la reforma. (HÄBERLE, PETER, “Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2000, año VII, p. 17).

la reforma, por expansión, contracción o revisión del sistema, genera una nueva combinación de reglas.

Sin mayores esfuerzos puede decirse que si la Constitución política estatal es la decisión de los ciudadanos que integran el pueblo, la reforma también debe serlo. Ergo, el plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral. ¿O no es razonable que las decisiones políticas de significativa trascendencia para la vida comunitaria sean sometidas, por la vía del procedimiento democráticamente más significativo, a todos los ciudadanos? Puede responderse: en todo caso, hasta tanto no se descarten sus bondades, no cabe presumir que la opinión de uno o varios pueda ser considerada superior a la regla de la mayoría, si es que esta —y no otra— es una de las proposiciones capitales sobre las que se asienta la democracia política.

Disponer o tomar partido por la rigidez constitucional significa que no debería ser reformada sobre la base de mecanismos semejantes a los previstos para la elaboración de la legislación ordinaria, o mejor dicho, que no debería ser cambiada por procesos idénticos a los pautados para la producción de normas de rango jerárquico inferior al determinado de manera autorreferente por la suma regla para ella misma. Esta rigidez es consecuencia directa, sin intermediaciones, del principio de supremacía de la Constitución. El hecho de que las constituciones contemplen la jerarquía constitucional, o a veces el rango superior del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH) —en determinadas configuraciones—, no significa ni el abandono de la rigidez constitucional ni de una particular forma de producción del sistema jurídico constitucional. Más bien, está indicando un nuevo cauce regular para incidir, con lúcida propiedad y exclusividad, en el reforzamiento de los derechos fundamentales.

Constitución y reforma son ideas inseparables desde que la primera no puede concebirse con naturaleza sempiterna y la segunda es inseparable de la propia vocación de progreso de la especie humana. Para casi todos los hombres, una reforma constitucional es la que produce un cambio en el contenido del sistema, pero no produce la destrucción del preexistente al mantener la continuidad.⁽¹⁹⁹⁾

(199) El sistema jurídico puede ser visto como una secuencia de conjuntos de normas (sistemas normativos) donde la unidad de esta secuencia, y con ello la identidad del orden jurídico, estaría dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia: por ejemplo, el contenido de la regla

La función constituyente (creación del derecho constitucional) se debe encontrar a cargo de los representantes de los ciudadanos. El momento de la creación constitucional, es decir, el momento del alumbramiento de las pautas originarias que determinan la convivencia política de una sociedad, requiere un debate cuya libertad, amplitud, profundidad, serenidad y consenso parecieran solo garantizados por la emanación democrática de los ciudadanos del pueblo. En otras palabras, en estos "momentos constituyentes" lo que pareciera que verdaderamente se afirma es la democracia.

Hasta el momento, el único modo conocido para no temer al cambio político consiste en aceptar los "procesos formales de aprobación", que atribuyen una variación reglada, limitada y detallada al campo de las reglas constitucionales; también apodado "desarrollo" o, lisa y llanamente, cambio o reforma constitucional. Escribir, al igual que hablar, siempre implicará, al menos, una descripción o una valoración. Muchas veces, el hecho de la repetición doctrinaria de un término sugiere una apariencia fantasmal o anula una evaluación rigurosa. La rigidez, singular propiedad atribuida a las constituciones, se encuentra en dicha galería. "Rigidez", cualidad de "rígido": "que no se puede doblar; riguroso, severo". No deseo ser hereje, pero no es el término más afortunado para advertir que la Constitución no debe ser reformada o cambiada por intermedio de los procesos semejantes a los previstos por la producción jurídica de rango inferior a ella. Para no recibir acuse de falta de religión dentro del constitucionalismo, se prefiere mantener el empleo de "rigidez", suficientemente extendido en la doctrina. Si fracasa la rigidez de la suma regla constitucional fracasa el escalonamiento jerárquico y, con este último fracaso, no hay lenguaje posible para la unidad del sistema estatal. En el caso de la Argentina, la rigidez constitucional fue asegurada en el art. 30 de la norma fundamental:

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

.....
de reconocimiento (Ver ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, "Sobre el concepto de orden jurídico", en *Crítica*, vol. VIII, n° 23, 1976, p. 395 y ss.).

Pocas palabras en la formulación normativa han generado una densa doctrina de los autores, pese a que la suma regla solo fue reformada en 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994. Es decir, en el Estado argentino se ha apelado al protocolo formalizado para cambiar la suma regla en seis ocasiones en más de un siglo y medio de alternativa vigencia; un promedio de un cambio formalizado cada 27 años.

El poder constituyente reformador, cuya función propia es instaurar un nuevo conjunto de disposiciones constitucionales, tal como se encuentra diseñado por el art. 30 CF, consta de tres etapas:

- i. iniciación;
- ii. deliberación pública y elección; y
- iii. producción constituyente: creación constitucional.

No corresponde considerar aisladamente ninguna de estas etapas porque una relación ontológica esencial las une con nitidez. Las tres conforman un todo: el proceso constituyente. Cada uno de los actos cumplidos posee relevancia superior a los actos cumplidos en la órbita de los poderes constituidos. Un determinado proceso reformador de la Constitución federal es válido si ha satisfecho todos los requisitos fijados en cada una de las etapas previstas para la formalización del cambio. La conformidad con la Constitución federal, en sentido estricto (es decir, constitucionalidad de una reforma), resulta predicable cuando se respetan la forma y los contenidos autorizados por la propia Ley Mayor. Esta conformidad, pues, no es otra cosa que correspondencia: que se satisfagan las condiciones de una relación. La validez de una reforma constitucional es la relación de conformidad entre las disposiciones creadas y las disposiciones que regulan su producción. Por lo tanto, validez de una reforma constitucional es un concepto relacional que designa, fundamentalmente, la relación de pertenencia de un nuevo enunciado con la Constitución, siempre que se hayan observado todas las etapas que regulan y disciplinan su creación normativa.

Las reglas constitucionales aseguran la libertad individual de cada ciudadano a participar —o no— en el proceso de construcción de la voluntad estatal y en qué dirección hacerlo. Desde esta perspectiva, la soberanía viene de abajo, de los individuos que, en tanto ciudadanos, componen el

pueblo. Soberanía individual de cada ser humano, ámbito impenetrable de su irreductible autorreferencia y, por ello, fundamento de su libertad.

6.1 | Resumen

La Constitución contiene una certidumbre: que su escritura metódica solo podrá ser expandida, contraída o revisada por el propio proceso detallado en su texto. Autoriza un solo lenguaje posible, por intermedio de un modelo autorreferente y sin condiciones. La garantía del cambio formaliza, sin temores, que la Constitución puede ser reformada, con el debido respeto de sus determinaciones precisas, que nunca pueden ser entendidas como epístolas inútiles. De este modo, el artificio constitucional arraiga y afianza la estructura del Estado, al permitir el cambio de la regla suprema, que no es la copia ni imitación de ningún ente u objeto perfecto e ideal. Por eso corresponde habilitar la propia metamorfosis de la Constitución. Me refiero al proceso real que cada orden jurídico regula y establece con sus propios matices, pero que en cada uno de ellos participan los ciudadanos al elegir sus representantes y, en modo eventual, aprobar las normas elaboradas por el órgano constituyente, como así también la determinación de los órganos constitucionales y constituyentes determinados, de manera respectiva, para proceder a la variación normativa. Justificadamente, pues, la reforma configura un fundamento notable que sustenta la certeza en la edificación continua del orden jurídico del Estado.

7 | Regla sobre la distinción de funciones. Dogma o teoría sobre distribución horizontal y vertical del poder

7.1 | Las palabras sobre el poder público. Generalidades

En el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se consagró una fórmula normativa que con el correr del tiempo se ha convertido en célebre paradigma: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución".

Al limitar el poder, la distinción de los poderes permite la esperanza de que el objeto del contrato constitucional se asiente en la primacía de la persona y esta sea elevada a primer acuerdo sobre la individuación y organización comunitaria, un verdadero *primus inter pares*. Si a partir de la Constitución, que concretiza la distinción y distribución de las funciones de los poderes constituidos del Estado, son realizables múltiples itinerarios políticos, y si “poder distinguido y distribuido” significa “poder limitado”, el dogma o teoría quedaría como único modo posible de garantizar la libertad ciudadana, el Estado constitucional.

La teoría o dogma que aquí se analiza nace con el surgimiento o aparición de esta moderna forma jurídica llamada “Estado”, y más precisamente “Estado constitucional” (ver sección 2: “Orígenes de la asociación”). Con certeza, los acontecimientos “revolucionarios”⁽²⁰⁰⁾ sucedidos en pleno siglo XVIII en Francia (1789) y en Estados Unidos (1776-1789), respectivamente, al adoptar buena parte del dogma, hicieron que estos aspectos teóricos encajaran, desde entonces y como novedad, en nuevas realidades normativas. En efecto, la llamada “división de poderes” que se presenta como un sistema de restricciones a la actividad estatal, en resguardo de los derechos de libertad, fue una de las herramientas de lucha contra el absolutismo monárquico. Además, todo parece indicar que quienes impulsaban esta teoría o dogma —como se guste en denominarla— estaban convencidos de que el único modo posible de contener, reformar o abolir al “Antiguo régimen” (*Ancien régime*: designación empleada para el modelo de gobierno absolutista anterior a la Revolución francesa de 1789) era

.....

(200) Ningún ser humano, en forma individual, material y concreta, ha podido ni podrá observar todas las revoluciones que en el futuro se producirán. Nuestra finitud —mejor dicho, nuestra impenitente ausencia de eternidad— lo impedirá en cualquier tiempo y espacio. Cada proceso lleva consigo el misterio de todo aquello que sucedió, pero que todavía no conocemos y quizá no se conozca nunca. No existe fórmula o poción mágica para no olvidar los días.

En 1933 Roscoe Pound sostuvo: “*The Reformation, the Puritan Revolution, the English Revolution of 1688, the American Revolution, the French Revolution, the Russian Revolution —six major revolutions in four hundred years, or one in every other generation— has made violent change seem the normal course of things and stability seem stagnation*”, en “*A Comparison of Ideals of Law*”, en *Harvard Law Review*, vol. 47, n° 1, noviembre, 1933, p. 16. La tesis, encerrada en pocas palabras causales, como toda observación y comprensión del mundo resulta parcial. Su autor no ha podido entrever la importante influencia de los ardientes designios que resultaron de los procesos revolucionarios, en pleno siglo XIX, protagonizados por nuestros patriotas en las lides revolucionarias de cada uno de nuestros países en América Latina. La liberación del yugo colonial europeo tiene voz y letra propia, aunque quizá no importe tanto en las naciones y suertes de otros.

dividir el poder y consagrar el reconocimiento de los derechos. El liberalismo, como doctrina del Estado limitado, enfrenta el Estado de derecho al Estado absoluto con el ingenio de sus letras. El Estado liberal nace como directa y exclusiva consecuencia de la erosión continua y progresiva del poder absoluto de las monarquías, y supondrá un cambio radical y fabuloso en la concepción del hombre y de la sociedad: primero, el individuo y sus necesidades; luego, la comunidad.

Probablemente, el *Instrument of Government* de 1653 se presenta como el primer modelo escrito que exhibe en la práctica este paradigma, además de establecer la separación entre poder constituyente y poder legislativo. Este texto fue, al decir de algunos expertos, no solo el único documento constitucional que ha tenido Inglaterra, sino también el primero en la historia de la humanidad con esta peculiar naturaleza sobre la ordenación.

Sin embargo, cuando se intenta una aproximación a la formulación primitiva de la teoría, todos los caminos conducen a las ideas propugnadas por John Locke en *The Second Treatise of Government*, publicado en 1690: el poder está dividido, en cuanto a su ejercicio, en tres ámbitos o competencias que aseguran el legislativo (determinación de cómo se empleará la fuerza del Estado para preservar a la comunidad); el ejecutivo (realización y respeto perpetuo de la ley); y el federativo (poder de hacer la guerra y la paz; establecer ligas y realizar transacciones con todas las personas y comunidades fuera del Estado).⁽²⁰¹⁾

Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu, a quien puede asignarse también autoría en el desarrollo del dogma, concretó su referencia teórica al sistematizar su comprensión sobre la vida política en Gran Bretaña. Leamos al propio Montesquieu (circa 1748):

Hay en cada Estado tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de los asuntos que dependen del "derecho de gentes" y el Poder Ejecutivo de los que dependen del derecho civil. Por el Poder Legislativo, el príncipe o el magistrado promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las

(201) LOCKE, JOHN, *The Second Treatise of Government*, Nueva York, Barnes y Noble, 2004.

diferencias entre particulares. Llamaremos a este Poder Judicial, y al otro, simplemente, Poder Ejecutivo del Estado.⁽²⁰²⁾

Una vez estipulados los tres poderes, Montesquieu articuló su máxima, con el tiempo convertida en célebre principio fisiológico del Estado liberal: cuando el Poder Legislativo está unido al Poder Ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el Poder Judicial no está separado del Legislativo ni del Ejecutivo. Si fuera unido al Poder Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si fuese unido al Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.⁽²⁰³⁾ Desde ese momento, la legislación, la administración y la jurisdicción se han convertido en consignas del escenario instituyente del Estado constitucional, y también —por qué no decirlo— en variados enigmas.

La teoría fue inventada en Europa; empero, se plasmaría por primera vez en América con la Constitución de Filadelfia de 1787, porque le otorgó ciudadanía plena en el derecho positivo. Su sistema de gobierno denominado “presidencial”, para distinguirlo del parlamentario, se ha caracterizado de manera ilustrada por la nítida distribución de las funciones a cargo de cada uno de los tres poderes constituidos del Estado. En la Constitución de los Estados Unidos se pueden ver recogidas, ampliadas y perfeccionadas las ideas expuestas por Montesquieu alrededor de cuarenta años antes, al punto que cada uno de los tres departamentos a los que se encarga y atribuye la configuración del gobierno del Estado tiene clara y concretamente delineadas sus funciones específicas. Puede predicarse que la teoría pretende la estipulación de un sistema de ordenación del poder con equilibrio y armonía, mediante frenos y contrapesos recíprocos a cada uno de ellos, con un plan de especialización de las funciones: así, legislar, administrar y juzgar son las banderas del itinerario teórico.

Deseo referir un matiz que podría ser relevante. Las ideas europeas respecto de la separación de las funciones estatales que predominaron durante los siglos XVII y XVIII no eran exactamente iguales a las que terminaron

(202) MONTESQUIEU, CHARLES, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Altaya, 1993, p. 115.

(203) *Ibíd.*

plasmando los patriotas que forjaron las repúblicas presidencialistas en América del Sur a partir del siglo XIX, tal como se verá más adelante. Aunque el movimiento constitucionalista liberal nació casi contemporáneamente a un lado y al otro del océano Atlántico —por ejemplo, Independencia norteamericana en 1776 y Revolución francesa en 1789—, la fisonomía de cada proceso fue, desde luego, distinta. En cierta medida, en la concepción europea, separación o distinción de funciones estatales no habría de significar necesariamente atribuir a cada uno de los departamentos, como interdependientes entre sí y en perfecto equilibrio, una porción bastante simétrica y equivalente de la voluntad estatal. Tal concepción hizo que, de paso, quedara fuertemente mitigada —por no decir casi ausente— la idea de que la jurisdicción fuera un posible guardián de la Constitución. En el caso de Francia, no puede negarse que la lucha entre clases sociales⁽²⁰⁴⁾ haya sido una de las causas de los intrincados laberintos políticos que recorrió la Revolución de 1789.

En cuanto al proceso estadounidense, no recorrió un camino análogo al desarrollado en Francia, dado que el factor desencadenante del proceso independentista no fue, en forma sustantiva, una lucha entre clases sociales. Las circunstancias, en este caso, fueron los vínculos con la metrópoli.⁽²⁰⁵⁾ La Constitución elaborada en 1787 inventó normativamente el presidencialismo, el federalismo, la supremacía normativa y la distribución del poder, con controles cruzados. La lucha entre las clases sociales, en pugna por un modelo de producción y concentración de la riqueza, se produjo en pleno siglo XIX con la Guerra de Secesión.

Los textos constitucionales sudamericanos reflejaron o repiten, en mayor o menor medida, la estructura jurídica de la Constitución de los Estados

(204) La bibliografía sobre la revolución en Francia de 1789, su desarrollo e implicancias resulta vastísima y requiere un propio universo de ideas. Se citan obras cuya inclinación o afición especial han sugerido determinada devoción en la escritura del argumento en el cuerpo principal del texto. Así, aunque no pueda decir que constituya literatura fundamental, puede confesarse su cualidad de indispensable. Consultar, por tanto, ROSANVALLON, PIERRE, *El modelo político francés. La sociedad civil contra el jacobinismo de 1789 hasta nuestros días*, Bs. As., Siglo XXI, 2007; HOBBSBAWM, ERIC, *La era de la revolución, 1789-1848*, Madrid, Crítica, 1997; y BOURDIEU, PIERRE, *Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989 1992)*, Barcelona, Anagrama, 2014.

(205) Bajo el notorio influjo de la aseveración marcada en la nota anterior, también corresponde indicar la frondosidad sobre la literatura que centra su atención en la independencia de EEUU y sus primeros pasos en el mundo de la constitucionalidad escrita. A continuación se reportan obras cuya lectura puede sugerir interesantes beneficios: REED AMAR, AKHIL, *America's Constitution. A Biography*, Nueva York, Random House, 2006; TUSHNET, MARK, *Red,*

Unidos de 1787, según la cual la distinción de ramas gubernativas significaba no solo organizar, sino también atribuir, con cierta equivalencia, el reparto de competencias de cada uno de los poderes del Estado. La Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 intenta poner en práctica las ideas sobre los controles y frenos recíprocos, con ejecución paralela de separación de las funciones estatales.⁽²⁰⁶⁾ Desde tal óptica se puede agregar la afirmación encontrada en *El Federalista* en cuanto a que ninguna verdad política tiene ciertamente mayor valor intrínseco como aquella que señala que la conservación de la libertad exige que los tres departamentos del poder sean distintos y estén separados. Sin embargo, dicho apotegma político no trae como corolario la exigencia de que los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial estén absolutamente aislados uno de otros, ya que la división es, al mismo tiempo, interdependencia de poderes.⁽²⁰⁷⁾

Lo expuesto no va en detrimento del serio problema que era advertido por James Madison, quien pensaba que no resultaba posible darle a cada uno de los tres departamentos que configuran la voluntad estatal el mismo poder de autodefensa. Esto es así porque en el gobierno republicano predomina necesariamente la autoridad legislativa. Dicha circunstancia podía remediarse dividiendo la legislación en ramas diferentes, procurando por medio de distintos sistemas de elección y de diferentes principios de acción que estén tan poco relacionadas entre sí como lo permita la naturaleza común de sus funciones y su común dependencia de la sociedad.⁽²⁰⁸⁾

En suma, un estado de cosas fue la relación comunitaria establecida imperativamente por la Constitución de Estados Unidos.⁽²⁰⁹⁾ Este modelo

.....
White and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law, Cambridge - Londres, Harvard University Press, 1988; con prevalencia del enfoque histórico, se puede consultar ZINN, HOWARD, *A People's History of the United States*, Nueva York, HarperCollins, 2003; y BAILY, BERNARD, *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana*, Madrid, Tecnos, 2012.

(206) Ver CORWIN, EDWARD S., "The Constitution as Instrument and as Symbol", en *The American Political Science Review*, vol. 30, n° 6, American Political Science Association, 1936, pp. 1071/1085.

(207) Ver HAMILTON, ALEXANDER; MADISON, JAMES y JAY, JOHN, *El Federalista*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 204, 205 y 210, respectivamente.

(208) *Ibid.*, p. 221.

(209) Señala Nino que en el caso de los Estados Unidos se observa que si bien el Poder Ejecutivo es una institución poderosa, sobre todo en el ámbito de las relaciones exteriores, está fuertemente condicionada por el Congreso gracias a su contralor financiero y a la injerencia

estadounidense —más concretamente, la arquitectura adoptada para llevar a cabo la distribución de los poderes y la asignación de sus competencias respectivas— fue tenido muy en cuenta por los constituyentes que fundaron constitucionalmente a la Argentina en el ciclo comprendido entre los años 1853-1860, merced sobre todo a la arquitectura jurídica radicada en la obra de Alberdi. También fue tenido en cuenta por la inmensa mayoría de las repúblicas sudamericanas que, en el siglo XIX, asumieron el sesgo presidencialista para la configuración constitucional de sus sistemas de gobierno.

Si bien las nacientes repúblicas sudamericanas, a juzgar por los cientos de modelos constitucionales insinuados, trataron de imitar el molde estadounidense, el resultado ha sido bastante pernicioso porque se copió la acumulación y hegemonía del poder sin dar lugar al diseño de controles efectivos. Por eso, se puede afirmar que, desde el punto de vista de la tecnología social⁽²¹⁰⁾ en ciernes que comporta el derecho constitucional en América del Sur —desde una perspectiva estrictamente normativa-constitucional—, la relación entre los poderes constituidos fue de cierta coordinación, ya que el liderazgo presidencial siempre pretende hegemonía del poder estatal. Tanta concentración de tanto poder colocaría en entredicho las posibilidades de equilibrio constitucional; en particular, en la portada de su sistema (presidencialista), así como de su forma de gobierno (republicana).

7.2 | Encuadre

El propósito de esta sección consiste en dar tratamiento a las palabras vinculadas con el poder público. Más atrás, en los desarrollos contenidos en las subsecciones 1.4 (“Estrategia argumentativa”) y 4.4 (“Enumeración de las reglas”), de modo respectivo, se alude a la regla sobre la distinción; recuérdese, además, la caracterización que se observa en la sección 4.3 (“Razón constitucional”) sobre la explicación fundamentada de que la regla sobre la distinción debe operar sobre el Estado. El universo de palabras que

.....
 en materia de designaciones, sea a través de la intervención constitucional del Senado o mediante leyes que, sin quitarle al presidente su atribución en la materia, regulan esa atribución, en NINO, CARLOS, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Bs. As., Astrea, 1992, p. 520.

(210) BUNGE, MARIO A., *Las ciencias sociales en discusión*, Bs. As., Sudamericana, 1999, p. 323 y ss.

aquí se emplea requiere una serie de precisiones que, en beneficio de la claridad conceptual, se escriben y articulan de inmediato.

7.2.1. Precisión terminológica. Criterio sobre "distinción"

En las secciones anteriores —4, 5 y 6—, al procederse al agrupamiento de las reglas sobre las que versa esta "Lección", se insinúa como una de las motivaciones la orientación pedagógica. Mantengo el horizonte de las postulaciones.

El comentario que se realiza en la subsección 7.1 importa meras generalidades: debo confesar que la literatura científica sobre la división de los poderes o separación de las funciones gubernativas resulta inabarcable. Un trabajo de la densidad y extensión que posee esta misma pieza, por ejemplo, no alcanzaría para cubrir ni siquiera la bibliografía parcial sobre la materia que abarca el dogma. Así, se podría escribir una teoría general sobre la bibliografía publicada en los últimos cien años en nuestra lengua nativa. Dicha tarea no solo sería inusual, sino también de interminable dimensión, pese a la genuina necesidad de puntualizar un límite. En consecuencia, todas las definiciones sobre las naturalezas que aquí se convocan serán apodícticas, al no poder abarcar toda la literatura científica especializada.

"División del poder" y "separación de funciones" son las nociones más empleadas por el propio derecho Constitucional y, también, por el saber o dogmática que se ocupa de su descripción y cotización específica. La idea sobre separación de los poderes requiere la existencia de distribución de funciones estatales y órganos con competencia especializada para ejercerlos. Bien se ha dicho que "separar" significa especializar cuando está referido a las funciones, y "conferir" recíproca independencia cuando se refiere a los órganos.⁽²¹¹⁾ La separación de las funciones no impone, necesariamente, cierta semejanza en la proporcionalidad de los poderes atribuidos. Además, también es factible que no se mencione la necesidad de al menos tres ámbitos repartidos para el ejercicio del poder. En las profesías dogmáticas sobre la "separación" el poder no se encuentra dividido, pero sí yace en varios compartimentos que no son semejantes debido al imperio de su energía, concentrado en competencias apropiadas.

(211) GUASTINI, RICCARDO, *Estudios de Teoría Constitucional*, México DF, Fontamara, 2001, p. 93.

Se llama “división de poderes” a la técnica de ordenación constitucional en la que existe una distribución, por lo general tripartita, de los poderes con la existencia paralela de frenos y contrapesos. Aquí no pretendo inaugurar un debate sobre la división y la separación de los poderes. Sin originalidad, solo pretendo incluir otra terminología con el objeto de aumentar la precisión: “distinción” de funciones en el ámbito del Estado constitucional.

Dentro de los significados de “distinción”, aquí cabe adoptar algunos de los proporcionados por el *Diccionario de la Real Academia Española*: 1) “Diferencia por la cual una cosa no es otra, o no es semejante a otra”; 2) “Prerrogativa, excepción y honor concedido a alguien”; 3) “Buen orden, claridad y precisión en algo”.

En la primera acepción, “distinción” tiene segura entidad semántica para sugerir la existencia de poderes constituyentes y poderes constituidos. Dentro de estos últimos, el poder de hacer la ley, el poder de administrar y el poder de resolver los conflictos; con un cuarto despacho destinado a promover la actuación del Poder Judicial en defensa de la legalidad, apodado “Ministerio Público”.

El mundo natural no tiene divisiones porque la naturaleza es única. Es el hombre el que estipula divisiones y separaciones para el conocimiento y desarrollo profundo del mundo natural. Bajo el mismo influjo, el mundo cultural, cuya hechura depende del obrar humano, tampoco posee divisiones o separaciones. ¿Por qué entonces dividir el poder en el Estado constitucional cuando la naturaleza y el mundo cultural no se encuentran divididos? A mi entender, el modelo de distinción de poderes suena más armonioso; además, permite justificar e interpretar que el poder es único. El poder no es divisible: la unidad es su cualidad sobresaliente. Si se descubriese en los archivos de una comunidad más de un poder, la regla constitucional tendría serias dificultades para imponer su normatividad, ya que las posibilidades para la estabilidad jurídica y política en la comunidad se encuentran ligadas, precisamente, a la solitaria membresía de la regla constitucional en la cúspide de las determinaciones del orden normativo.

En este sentido, la distinción es la acción apropiada para comprender el ámbito de las atribuciones o prerrogativas de cada una de las funciones enunciadas. Finalmente, el ámbito discursivo propuesto para la “distinción del poder” incluye el buen orden, la claridad y la precisión, situación que se

relaciona con la especificidad de la regulación constitucional. Más transparente: los poderes del Estado tienen delimitaciones específicas, en la inteligencia de que las determinaciones de sus competencias son la excepción; la regla observable es la incapacidad del órgano o ausencia de competencia. En el Estado constitucional, la libertad de actuación es el principio orientador para la vida del ciudadano, la zona de competencia reglada y —por excepción— es el principio orientador para la función del servidor público.

7.2.2. Precisión dogmática

En la subsección I.3 se revela la necesidad del enfoque externo de la Constitución, sin renunciar a la descripción interna de sus partes, composición y mecanismos. En otro sitio,⁽²¹²⁾ además, se ha congregado la escritura sobre el mecanismo garantista que, desde una perspectiva interna, instituye la distinción horizontal (republicanismo) y vertical (federalismo y municipalismo) de las tareas de los poderes; así como también los controles del Congreso. Todo lo escrito mantiene fidelidad dogmática; quizá debiera mantenerse “división” para la lectura interna del mecanismo garantista y emplear “distinción” para la comprensión externa en la que la Constitución pretende referir en su conexión abarcadora del Estado.

La regla sobre distinción de los poderes estatales persigue un propósito inalcanzable en tiempo propio: subordinar el poder al cumplimiento de normas jurídicas predeterminadas. La distinción horizontal del poder se da de manera horizontal y de manera vertical. Dicho de otro modo, se practican cortes sobre el poder que no afectan ni lesionan su unidad; en cualquier caso, la potencian.

En “la casa republicana”, el modo horizontal es llevado adelante por departamentos precisos que se encargan de la producción o realización del derecho. La atribución de competencias comporta la existencia de zonas de reserva o, mejor dicho, potestades específicamente descritas que no deben ni pueden ser invadidas por otro órgano, so pena de sanción. Ciertamente, existen ámbitos de competencias concurrentes, por ejemplo, la formación de la ley, que es un acto entre el órgano Congreso y el órgano Ejecutivo; pero, aun en dicho caso, cada órgano tiene una competencia propiamente asignada e indelegable.

(212) FERREYRA, RAÚL G., “Sobre la Constitución. Concepto, composición y mecanismos”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, n° 86, Madrid, enero-abril 2013, pp. 369/372.

La división vertical del poder tiene lugar ya sea por la vía del federalismo o del unitarismo. El federalismo supone el mayor grado de desconcentración del poder. La Argentina, por ejemplo, posee un modelo auténticamente federal, si acaso nos guiamos por la letra constitucional. Por eso, sin desnudar la comprensión interna exhibida en otras piezas, ahora se formaliza la comprensión y observación de la distinción de poderes a partir de su cualificación externa.

7.2.3. Precisión semántica

No es posible, en breves líneas, realizar una descripción precisa de la distinción y organización del poder —tanto en su faz vertical como horizontal— que formula normativamente una Constitución. Por consiguiente, dado que pretendo evitar por completo un delicado error en mi conjetura o tesis inicial planteada en la sección I, procedo sin desvelos y con cautela para no incurrir en una mera acumulación de enunciados normativos y no normativos.

Las próximas seis subsecciones constituyen un informe en el cual se descubre el lenguaje utilizado por el poder constituyente en la República Argentina. El reporte que se presenta al lector intenta distinguir de manera privilegiada las bases normativas en que se fundamenta la “forma de gobierno” republicana, el “sistema o régimen de gobierno” presidencialista, la orientación “jurídica” federal y la orientación “política” democrática del Estado argentino.

Como el objetivo buscado es la mera descripción de reglas, urge advertir que solo se eligen enunciados normativos, precedidos de una brevísima comprensión teórica. En paralelo, también se debe indicar que el hecho de que el único elector sea el autor no significa rebajar, anatemizar, devaluar, postergar o cualquier otra forma de sacrificio de las normas que no se mencionan. Con este argumento capital se procede a la escritura del texto anunciado.

7.3 | Forma del Estado

La forma del Estado, en tanto propiedad o cualidad del ente, queda determinada por la reunión gradual de los elementos que lo componen. Su figura se establece a medida que sus elementos se reúnen o combinan. Por ende, la forma del Estado no se puede descomponer, bajo riesgo de

pérdida de la noción de máxima instancia de asociación política de los individuos para reglamentar el ejercicio de la fuerza. Por lo demás, la forma del Estado responde al modo concreto de ordenación que se asuma.

Si la comprensión se enfoca al método asumido para la forma de producción de normas y su identidad, se promociona la determinación de la orientación o forma política del Estado. Democracia o autocracia, como se leerá líneas abajo, constituye el par distintivo.

En cambio, si la comprensión se dirige al modelo de derecho constitucional en su vinculación con el territorio, la pesquisa intenta determinar el mayor o menor grado de centralización o descentralización, motivo por el cual se promociona su forma de ordenación jurídica. El máximo grado de centralización política, con base física, se apoda "unitarismo"; el máximo grado de descentralización política, con base territorial, se denomina "federalismo". Un modelo intermedio entre la rigurosa centralización y la exigente descentralización política, con base geográfica, se revela en el modelo regional. Además, existe un modelo de descentralización política de segundo grado: el "municipalismo".

7.4 | Forma política. Democracia. Dirección del Estado argentino

7.4.1. Advertencia. Reenvío

La coherencia constituye un altísimo valor del discurso. Suele determinarse que existirá coherencia discursiva interna cuando en el conjunto de proposiciones que lo integran no se adviertan incompatibilidades entre sí. A menudo se ha referido que una de las tres leyes fundamentales del pensamiento para que el "pensar discurra por carriles exactos" descansa en el principio de no contradicción: ningún enunciado puede ser verdadero y falso en igual tiempo y sentido.⁽²¹³⁾ Para evitar oposiciones indeseadas, deliberadamente se debe reiterar la aclaración introducida más arriba, en la sección 6, en la unión que este texto desea mantener con *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*.⁽²¹⁴⁾ Sin asombros, entonces, se

.....

(213) Ver COPI, IRVING, *Introducción a la lógica*, Bs. As., Eudeba, 1999, pp. 176 y 321.

(214) Ver FERREYRA, RAÚL G., "Palabras introductorias", en *Reforma constitucional...*, op. cit., pp. 11/25. En efecto, la democracia como forma de producción e identidad del orden jurídico

mantienen las proposiciones o afirmaciones primitivas desarrolladas en el texto mencionado, al que se remite en homenaje a la brevedad.

7.4.2. Regla de reconocimiento

Comprendida como regla de justificación para la ordenación, la democracia es susceptible de una definición mínima: decisión o combinación de decisiones que determinan la orientación política configuradora de una comunidad de ciudadanos. Para abastecerla, se requiere que la autodeterminación ciudadana o soberanía individual funde y realice el orden jurídico; es decir, que este sea creado por la decisión de los ciudadanos y que conserve su fuerza obligatoria mientras disfruta de su sostén aprobatorio.

Por lo tanto, hay dos formas de creación política del orden estatal: la democracia y la autocracia. Aquí solo se dirán unas palabras sobre la primera y no por el hecho de que a la segunda se le encuentre prohibida o anulada la posibilidad de instaurar un orden, dado que efectivamente sí puede concretarlo. La elección sobre la orientación o legitimación de filiación democrática constituye una preferencia indisponible del autor.

La distinción de la democracia se basa en la idea de libertad política. De acuerdo con la terminología usual, se denomina "democracia" a la construcción y ordenación de la comunidad en donde prevalece el principio de soberanía personal, cuya aplicación es restringida por la regla de la mayoría que presupone la existencia de una minoría y el respeto del núcleo indisponible de los derechos fundamentales. Definida así, la democracia es una forma para la producción e identificación del orden estatal. La participación auténtica en la construcción y ordenación de asuntos del gobierno comunitario, la creación o realización de las normas generales que constituyen la comunidad, se constituye en la característica esencial de la democracia, entendida como directiva elemental del Estado constitucional.

La democracia es esencialmente participación auténtica de los ciudadanos que integran y deciden en el pueblo. Su principal cotización consiste

.....
 resulta cuestión abordada, en forma detallada, en la Parte Uno, "Investigación preliminar, Marco teórico general", Capítulo 1: "Momentos constituyentes...", pp. 31/103; y Parte Tres, "Tesis. Análisis y discusión razonada sobre las proposiciones capitales", Capítulo cuarto: "Inconstitucionalidad de una reforma", sección 10, pp. 486/493.

en realizar igual libertad política para cada uno de los individuos; todos y todas, sin exclusiones arbitrarias ni limitaciones irracionales. El procedimiento democrático se funda en la igual libertad política, cuya realización racional exige optar por el principio de la mayoría, siempre precedido por el debate crítico sin censuras ni proscipciones. Hasta nuevo aviso, el criterio de "mayoría" es el método más calificado para determinar, con ecuanimidad y justeza, la agregación de las preferencias individuadas por cada sujeto que integra la colectividad de ciudadanos.

Esta idea de democracia, cuya expresión se encuentra allí donde el orden estatal es creado por los mismos ciudadanos que a él deciden quedar obligados,⁽²¹⁵⁾ aunque fuere en minúscula medida, es una definición nimia, ya que precisamente sugiere el punto de origen. Se desconoce si tendrá éxito. Por lo pronto, parece la más practicable, la más realizable, la menos angustiante, quizá la menos desesperada. En cualquier caso, el procedimiento democrático se distingue de otras modalidades de creación e identidad de la actividad estatal porque significa, sobre todo lo conocido, el modelo menos implausible.

Bajo el sentido evocado, la democracia es una forma de hablar de los ciudadanos que integran el pueblo. Presentada así, la democracia es un lenguaje que enmarca un criterio básico para orientar y reconocer, a su vez, a la ordenación constitucional estatal. Suscribir esta posición conlleva admitir como tesis que el poder de configuración del esquema comunitario reside en los ciudadanos del pueblo. Un constitucionalismo de ciudadanos que garantiza un auténtico gobierno del pueblo por sus propios protagonistas.

La nota definitoria de esta concepción sobre democracia reside en la supremacía de la razón individuada en cada uno de sus ciudadanos y su consecuente agregación en la colectividad. La regla democrática reviste utilidad como criterio para identificar qué reglas forman parte integrante o qué reglas no forman parte integrante de la ordenación estatal; es decir, una regla de reconocimiento⁽²¹⁶⁾ en tanto postulado inicial básico

(215) Kelsen, HANS, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1958, p. 337.

(216) 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

del orden, axioma que no requiere justificación ulterior. Pueden existir diferentes contenidos atribuibles a una regla de reconocimiento; uno de ellos es “la regla de reconocimiento democrática”, que define una modalidad específica para orientar la vida comunitaria y que observa como elementos constitutivos mayoría, minoría, no tiranía, deliberación, elecciones y respeto de los derechos fundamentales.

El 18 de abril de 1853 la Comisión de Negocios Constitucionales elevó al Congreso Constituyente el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina. Este programa estaba precedido de un informe. Allí se señaló:

... como cristianos y demócratas, y teniendo noble emulación a los federales del Norte de América, modelo de engrandecimiento rápido y de libertad civil y política, los argentinos, en concepto de la Comisión, deben mostrarse hospitalarios para con el extranjero, y acordarle en este suelo favorecido, los derechos, prerrogativas y protección que ha conquistado el hombre donde quiera que existen la civilización y la caridad del evangelio.⁽²¹⁷⁾

Sin embargo, la forma política de Estado no tuvo formulación expresa en el texto de la Carta Fundamental de 1853. Tampoco las reformas constitucionales de 1860, 1866 y 1898 emplearon el término “democracia”. Recién con la reforma de 1957 se introduce, como adjetivo, en el art. 14 bis.⁽²¹⁸⁾ La reforma constitucional de 1994 introduce la palabra “democracia” en

.....

para poner en evidencia no solo la médula de un sistema jurídico estatal, sino también una herramienta poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política. En su teoría jurídica, las reglas primarias prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no; las reglas secundarias lo son con relación a ellas. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. 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 del sistema jurídico, en HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1992, pp. 118, 121, 127, 135 y ss.

(217) RAVIGNANI, EMILIO, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. 6, 2ª parte, Bs. As., Peuser, 1939, p. 780.

(218) ARTÍCULO 14 bis.- “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) organización sindical libre y democrática”. El resaltado me pertenece.

forma bastante reiterada, a saber: arts. 36,⁽²¹⁹⁾ 38⁽²²⁰⁾ y 75 (incs. 19⁽²²¹⁾ y 24⁽²²²⁾), respectivamente.

Hoy, en el lenguaje de la CF, la palabra “democracia” aparece seis veces en el texto: en cuatro oportunidades para dar una cualidad esencial del sistema o la naturaleza del orden instaurado (ver arg. arts. 36 —dos ocasiones—, 38 y 75, inc. 24); en otra, para hacer referencia a una peculiar modalidad de organización gremial (ver art. 14 bis) y la restante es mentada como valor (ver arg. art. 75, inc. 19). Se hace evidente que, en este estado de cosas, “sistema democrático” u “orden democrático” es la expresión sobresaliente, en especial por las formulaciones enunciadas en los arts. 36 y 75, inc. 24). El poder constituyente adoptó como estrategia enclavar los enunciados normativos (sistema democrático y orden democrático, que considero bien pueden ser interpretados con contenido semejante) tanto en la Primera Parte de la Constitución, Capítulo Segundo: “Nuevos derechos y garantías” (v. gr. arts. 36 y 38) como en la Segunda Parte, “Autoridades de la Nación”, Título Primero, “Gobierno Federal”, Capítulo Cuarto (v. gr. art. 75, inc. 24): “Atribuciones del Congreso”. La inserción, por lo pronto, no parece casual y, por ello, es muy sugestiva. Se trata claramente de definiciones instaladas en dos de las cuatros partes de la CF (ver subsección I.2) que componen el texto constitucional

(219) 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 (...) 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 resaltado me pertenece.

(220) ARTÍCULO 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”. El resaltado me pertenece.

(221) ARTÍCULO 75.- “Corresponde al Congreso. (...) 19: Sancionar leyes de organización y de base de la educación que (...) aseguren (...) la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna (...) y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”. El resaltado me pertenece.

(222) ARTÍCULO 75.- “Corresponde al Congreso (...) 24: Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”. El resaltado me pertenece.

argentino. Yendo aún más lejos, insinúo que el respeto de los derechos fundamentales y el ejercicio del poder se hallan ligados, sin vacilaciones, por la impronta del sistema democrático establecido en la CF.

Las definiciones aportadas por el poder que reformó la Constitución en 1994 establecen que la democracia es la regla rectora de nuestra Ley Fundamental de ordenación estatal. Así, la CF es la regla que encauza al proceso de organización comunitaria estatal; una vez logrado, es nuevamente la regla que orienta toda la actividad estatal. En pocas líneas, la democracia cumple un doble papel en la organización fundamental de la vida comunitaria de la Argentina: por un lado, es la regla que informa y nutre el proceso de configuración de la Ley Fundamental al establecer la vocación política del Estado; por otro lado, determina la participación popular que, con sus reglas y mecanismos para la obtención de resultados y conformidades,⁽²²³⁾ es la columna vertebral que orienta, propiamente, la aplicación de las disposiciones constitucionales. Si por democracia se ha de entender una forma de Estado⁽²²⁴⁾ en la que la razón colectiva resulta engendrada por los que están sujetos a ella, esto es, por los ciudadanos que componen el pueblo,⁽²²⁵⁾ en ese campo la Constitución se presenta como un instrumento susceptible de dar forma al poder estatal, intentando paralelamente su contención.

Así, en la Argentina, participación ciudadana y arquitectura del poder —democracia y Constitución—⁽²²⁶⁾ se encuentran esencialmente unidas. La CF, en términos políticos, fue y es un megacompromiso en el que los contratantes —los que pudieron o les fue dejado hacerlo; no todos los que podían o estaban en reales condiciones— dispusieron de dispares fuerzas contractuales. Sin embargo, esta evidencia no desvanece la ventaja recíproca que pareciera haberse obtenido —aun con las insuficiencias marcadas— al pactarse racionalmente la organización comunitaria.

.....

(223) ROSATTI, HORACIO D., "Defensa del orden constitucional", en AAVV, *Reforma de la Constitución*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 1994, p. 42.

(224) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de Derecho constitucional*, t. I-A, ed. act. y amp., Bs. As., Ediar, 1999-2000, p. 637.

(225) KELSEN, HANS, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1934, p. 30.

(226) NINO, CARLOS, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 4.

Sin duda, desde el punto de vista textual, la orientación política del Estado es democrática a partir de 1994. El primer fragmento del art. 36 es un genuino paradigma de la CF, dado que representa una verdadera imposición de la Constitución a la propia regla sobre la variación. Se trata de un límite material implícito que define el significado de la Constitución: instrumento para intentar racionalizar el ejercicio de la fuerza estatal en una comunidad política integrada por ciudadanos libres.

7.5 | La orientación jurídica del Estado. Noticia sobre el federalismo

7.5.1. Un ente federal

Se dice que existe unidad en un ente, en sentido apropiado, si este es indivisible, o mejor dicho, si no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere. Se trata de un ente en el estado de cosas mundano que, aunque posea partes, estas no pueden ser separadas del total. La totalidad de dichas partes, en la conformación inseparable e indivisible, compone la unidad del elemento.

En el federalismo, como forma de ordenación jurídica del Estado, se intenta descentralizar políticamente los poderes constitucionalizados. Desde el punto de vista jurídico, su invención en el siglo XVIII ha sido, por cierto, una ingeniosa idea. Con ella se pretende instaurar un único, indivisible e inseparable Estado a partir de la coincidencia, conjunción o unión de entes plurales. El Estado federal concentra en su unidad a la pluralidad de los entes que, por lo general, son los que predisponen su génesis jurídica. En la partida de nacimiento consta que la soberanía, interpretada como autoridad suprema del poder público, reside en el Estado federal. También se deja constancia sobre la autonomía de los entes federados, porque ellos tendrán o gozarán de atribuciones para regirse mediante normas y órganos propios para ciertos estados de cosas; no para otros estados de cosas constitucionales que son potestad exclusiva del ente federal.

La orientación jurídica del Estado argentino es federal; basta leer el art. 1° CF: "La Nación [Estado] Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución". Actualmente, la radiografía de la CF demuestra que el Estado federal, cuya ordenación el instrumento propone, se integra con 24 entes políticos:

23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁽²²⁷⁾ Política y físicamente, el Estado federal es único, aunque exista una pluralidad de entes federados. Los entes de la federación no son soberanos por imperativo de lo ordenado, en especial, en las previsiones de los arts. 5° y 129 (constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires) y 31 (supremacía de la CF). Su correspondiente autonomía se determina, en particular, por los arts. 5° (institucionalidades provinciales), 122 (institucionalidad local) y 123 (constituciones provinciales y regímenes municipales).

La intención de fundar la unidad “Estado federal” desde modelos plurales ya se anuncia en el Preámbulo de la CF:

Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de construir la unión nacional (...) ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación [Estado] Argentina.

El federalismo de la Argentina se funda y vincula de manera singular sobre la distinción de competencias entre el Estado federal y los entes que integran la federación. Según las letras constitucionales, el principio rector en materia de distinción de competencias se establece en el art. 121: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. Entre las posibilidades de diseño para la arquitectura del federalismo, en la CF se optó por sincerar una regla y una excepción; en efecto, todo lo que el instrumento no alumbró como competencia expresa del Estado federal se determina en la esfera principal de competencia de los entes autónomos. El “poder no delegado por esta Constitución” son las atribuciones que los entes de la federación se reservaron en el momento constituyente; luego, son dichos entes los que por intermedio del instrumento constitucional hacen la delegación al gobierno federal.

(227) Sobre la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, se remite a FERREYRA, RAÚL G., *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (estudio de la Ley Fundamental porteña)*, prólogo de Germán J. Bidart Campos, Bs. As., Depalma, 1997; y *Sobre la Constitución porteña. Estudio de la ley fundamental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, [en línea]* www.infojus.gov.ar: Id Infojus: DACF140125

7.5.2. Distribución de competencias entre el Estado federal y los entes de la federación

En la distinción de competencias corresponde formular las siguientes:

1. **Competencias exclusivas del Estado federal:** Entre las competencias exclusivas de la autoridad federal, a título de ejemplo, pueden mencionarse las siguientes: arreglo del pago de la deuda interior y exterior del Estado (art. 75, inc. 7 CF); intervención federal (arts. 75, inc. 31; 99, inc. 20 CF); declaración del estado de sitio (arts. 23; 75, inc. 29; 99, inc. 16 CF); relaciones internacionales (arts. 99, incs. 1, 7 y 11; 75, incs. 22 y 27; 125 y 126 CF); sanción y promulgación de los códigos de derecho común y las leyes federales (art. 75, inc. 12 CF); jefatura suprema del Estado (art. 99, inc. 1 CF); competencia de la CSJN (arts. 116 y 117 CF); arreglo de los límites del territorio estatal, fijación de los de las provincias y creación de otras nuevas (art. 75, inc. 15 CF); y comercio con Estados extranjeros (art. 75, inc. 13 CF).

En este punto, vale aclarar una suerte de regla ordinaria: las atribuciones o competencias distinguidas a la autoridad federal también son exclusiva materia del Estado federal. Repárese, aunque no sea muy seductor, en que las facultades exclusivas del Estado federal no exigen o constriñen a un tratamiento rigurosamente taxativo, desde la reconocida existencia, por ejemplo, de “poderes implícitos” que no deberían depender del órgano que los ejercita,⁽²²⁸⁾ en la impronta realizadora de las competencias legislativas, ejecutivas y judiciales, según el caso. Nótese también que en los arts. 126 y 127 CF, en plano equidistante, se enumeran tajantes prohibiciones a los poderes provinciales, en la inteligencia de que residen en la órbita de la competencia federal.

2. **Competencias exclusivas de los entes de la federación:** por el lado de las atribuciones exclusivas de los entes de la federación, se destacan la sanción y promulgación de la constitución provincial (arts. 5° y 123 CF), el dictado de sus códigos procesales y el aseguramiento de su régimen municipal y su educación primaria (arts. 5° y 123 CF); en general, el ámbito de las aludidas competencias está dispuesto en los arts. 124 y 125 CF. Las competencias de los entes de la federación son de naturaleza exclusiva, razón por la cual deben interpretarse prohibidas al Estado federal.
3. **Competencias concurrentes al Estado federal y a los entes federados:** entre las competencias concurrentes, es decir, las que se asumen en común por el Estado federal y las provincias, se encuentran, por ejemplo, los impuestos indirectos internos (art. 75, inc. 2 CF).
4. **Competencias excepcionales del Estado federal:** hay competencias excepcionales del Estado federal que son provinciales por naturaleza pero, alguna vez y

(228) ROSATTI, HORACIO D., *Tratado de derecho constitucional*, t. II, Bs. As., Rubinzal - Culzoni Editores, 2011, pp. 197/198.

con determinados recaudos, ingresan en la esfera federal y no vuelven a egresar del laberinto. Por ejemplo, la fijación de impuestos directos por el Congreso, en tanto la defensa, seguridad común y bien general lo exigen, y por tiempo determinado (art. 75, inc. 2 CF).

5. **Competencias compartidas por el Estado federal y los entes federados:** hay también facultades compartidas por el Estado federal y las provincias: la fijación de la Capital federal (arts. 3° y 13 CF).

7.5.3. Supremacía, cooperación y coordinación

La ordenación federal del Estado argentino discierne tres cualidades específicas.

En primer lugar, la supremacía del derecho emanado del orden federal. Antes, en la subsección 5.4, se determina el escalonamiento de las normas producidas por autoridades federales en la Argentina. Aquí se reputa el "alineamiento que ordena la CF" respecto del derecho producido por cada uno de los entes de la federación. Por un lado, la existencia única del orden federal y, por otro, la existencia plural de los órdenes locales de cada ente federado exigen determinar y desarrollar la prevalencia de la CF, las leyes del Congreso y los tratados internacionales sobre todo el derecho emanado de los entes de la federación, incluso su propia Constitución. Esta forma de supremacía viene ordenada por el juego de los enunciados anclados en los arts. 5°, 31, 75, incs. 22 y 24, y 123 CF; a tal punto que en el art. 128 CF se dispone: "Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación [Estado]". Queda expresada, entonces, la prevalencia o supremacía del orden jurídico federal sobre el orden jurídico de los entes federados.

En segundo lugar, la participación de los entes de la federación resulta indispensable en la formación de las decisiones adoptadas por la autoridad federal. Fiel expresión radica en el art. 54 CF: "El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto".

Por último, se encuentran las tareas de coordinación, cuya exigencia medular reside en fijar las competencias propias del Estado federal y las de

los entes federados. En definitiva, sin distinción no hay posibilidad racional de despliegue del modelo federal.

7.5.4. Nueva descentralización política

El municipalismo comporta un segundo modelo de descentralización política; se desarrolla a nivel provincial. Aunque existía en el vocabulario constitucional desde 1853, a instancias del art. 5° CF, la reforma constitucional de 1994 ha asegurado su régimen en el art. 123 CF.⁽²²⁹⁾

7.5.5. Regionalismo

La reforma constitucional de 1994 realizó una demarcación: el regionalismo. No se trata de una nueva forma que conviva con el federalismo, que permanece intocado. Con el objeto de impulsar políticas públicas federales se ha dado paso a un nuevo proceso.⁽²³⁰⁾

7.5.6. Réquiem sobre el dominio de los recursos naturales

La CF sancionada en 1853-1860 no reglamentó la materia referente al dominio originario de los recursos naturales. Las reformas de 1866 y 1898, respectivamente, nada dijeron. Mantuvieron silencio. Fue la reforma constitucional de 1949 la que dispuso la propiedad del Estado federal,⁽²³¹⁾ pero

(229) ARTÍCULO 123.- "Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

(230) ARTÍCULO 124.- "Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto".

(231) El art. 40 de la Constitución de 1949 expresa: "La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios. Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias. Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se

luego fue “dejada sin efecto” en 1956 por un bando militar, tal como ya ha sido mencionado en la subsección 3.5.1.⁽²³²⁾ La reforma (in)constitucional de 1957 ratificó la vigencia de la Constitución de 1853-60, con las reformas de 1866 y 1898.

Debieron transcurrir treinta y siete años para que la reforma constitucional de 1994 reglamentara la materia, con notable error, en el art. 124: “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. No obstante, se trató de una mala decisión porque resulta plausible la propiedad del Estado, no de los entes federados, para evitar equívocos y aumentar los lazos solidarios entre provincias pobres y provincias ricas, en el marco de un federalismo de concertación. Si la propiedad se encontrara inscrita en el título del Estado federal, se evitaría que el debate quedase limitado al pequeño ámbito provincial, y que algún servidor público provincial pudiese sentirse tentado, eventual e hipotéticamente, a “creer” o “reputar” que los recursos naturales —ya sean minas, caídas de agua o petróleo— formen parte “de un patrimonio” casi de naturaleza personal, comprometiendo al ciento por ciento el destino de las generaciones futuras.

El dominio de los recursos naturales es una pieza clave para el desarrollo comunitario integral. Principalmente, la cuestión energética se enlaza con las decisiones que se adopten sobre el particular. Es necesario repensar esta materia y, obviamente, una nueva reforma constitucional con criterio de realidad y visión de futuro para que todas las generaciones —las actuales “y nuestra posteridad”— puedan acceder al uso y goce de tales bienes. Por último, el dominio de los recursos naturales en el Estado federal argentino obligaría, por obvias razones, a que todas las decisiones sobre dichos bienes sean adoptadas por consenso en el ámbito de los poderes constituidos federales, y no solo en el reducido ámbito comunitario de un ente federado.

.....

hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine. El precio por la expropiación de empresas concesionarios de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión y los excedentes sobre una ganancia razonable que serán considerados también como reintegración del capital invertido”.

(232) El acto se consumó por el gobierno dictatorial que, en 1955, derrocó al presidente Juan Domingo Perón, elegido constitucionalmente para el período 1952-1958.

7.6 | Forma y sistema constitucional de gobierno. Encuadre del asunto

La distinción vertical y horizontal de los poderes constitucionalizados persigue un doble propósito: primero, su descentralización y distribución; segundo, establecer una suerte de adivinanza: ¿cómo se ordena? y ¿qué órganos individuados institucionalmente son los que ordenan? Las subsecciones 7.3, 7.4 y 7.5 versan sobre posibles postulados que se candidatan, en general, para responder a la primera cuestión. Nótese la conexión indisoluble entre las respuestas para una y otra cara de los interrogantes. Si se hiciese una incisión y se desprendiesen los ámbitos, los resultados dogmáticos serían notoriamente infaustos.

Toda ley fundamental reglamenta en derecho positivo, con mayor o menor acierto, una determinada forma constitucional de gobierno y un determinado sistema constitucional de gobierno. Llamo “forma constitucional de gobierno” a la casa,⁽²³³⁾ al edificio, a la arquitectura escogida por los individuos libres para forjar su vida comunitaria. Sus rasgos fundamentales son los siguientes: libertad ciudadana, periodicidad de las funciones en los departamentos gubernativos, democracia como orientadora de las tareas estatales, responsabilidad de los servidores públicos, publicidad de todos los actos de gobierno y elegibilidad — consistente facultad de elegir a los gobernantes y ser elegido para una función constitucional—.

Al llamar la atención sobre el sistema constitucional de gobierno presidencialista, se sugieren las siguientes cualidades o tareas eminentes: el jefe de Estado es electo en comicios populares, dirige el gobierno —en bastante soledad—, no se autoriza ninguna forma de autoridad “dual” entre el presidente y el gabinete, tiene autoridad para legislar positivamente (iniciativa y promulgación) y negativamente (veto). La “clave de sol” del régimen determina que el elegido concentra las funciones de jefe de gobierno y de jefe de Estado, razón de la que se infiere que el cuerpo electoral aguardará, en abierta delegación, sus mejores decisiones durante el período de su gobierno. Cualquier persona balbucearía ante tamaña adjudicación de funciones y responsabilidades o se

.....

(233) HÄBERLE, PETER, *El Estado constitucional*, México, IJ-UNAM, 2003. p. 44.

asombraría grandemente. ¿Una sola persona llamada “presidente”, en la complejidad del mundo, siempre adoptará la decisión adecuada para la comunidad? La omnipotencia jurídica del presidente resulta edificada por las constituciones que siguen este sesgo. La omnisciencia que el presidente debería poseer y manejar para sus servicios públicos nunca puede ser adjudicada por ninguna ley, porque ningún individuo es dueño de todo el saber ni nadie es propietario de todas las artes que se necesitan para convivir en paz.

7.7 | Sobre la república

Según el lenguaje empleado en la subsección anterior, existen —y por eso se enuncian— propiedades inseparables de la noción de “república”. Lejos de pretender que la descripción sea completa, prefiero una consideración ecuánime: suficiente pero inacabada. De este modo, en los próximos apartados se desarrollarán los aspectos más robustos de los principios constitutivos de la tarea republicana. Las indicaciones normativas vinculadas con el sistema constitucional de gobierno presidencialista, aunque en la mayoría —por no decir en la totalidad— de los casos se relacionan con la república, se reportarán, inmediatamente, en la subsección 7.8.

7.7.1. La libertad

La casa republicana admite su concepción en libertad tanto para su edificación como para el mantenimiento y variación. La libertad, el más próspero bien individual, adquiere vigorosa dimensión en el respeto a la igual libertad de cada individuo de la comunidad. La libertad debe ser disfrutada por todos en la casa comunitaria; de lo contrario, no se debe apodarar de ese modo porque no existiría ni libre intersubjetividad ni libertad en el sujeto.⁽²³⁴⁾

7.7.2. La democracia

Recuérdese lo expresado en la subsección 7.4.2 en cuanto al doble rol que cumple la democracia: creación del orden político; este, una vez producido,

.....

(234) CAMUS, ALBERT, “*La liberté est un bain aussi longtemps qu’un seul homme est asservi sur la terre*” [La libertad es una cárcel mientras haya un solo hombre esclavizado en la tierra], en “Los justos”, en A. Bernárdez (trad.), *Teatro*, Bs. As., Losada, 1962, p. 194. Se remite, en homenaje a la brevedad, a lo expresado sobre los alcances del derecho de libertad y la construcción de una sociedad abierta a las estructuras argumentales trazadas en la subsección 5.4.3, “Privacidad, fundamento de la soberanía individual y de una sociedad libre y abierta”.

orienta el proceso de paz comunitaria con sus reglas para la obtención de conformidades, participación y agregación de preferencias (arts. 1º, 14, 22, 28, 29, 33, 36, 37, 38, 39, 45, 87, 116 y 120, entre otros, de la CF).

7.7.3. La elegibilidad

Una composición mínima de “república” autoriza a distinguirla como la forma constitucional de gobierno basada, con naturaleza sustantiva, en la elección por parte del cuerpo electoral de los servidores públicos que cumplen funciones en los departamentos eminentemente políticos. La posibilidad republicana queda desvanecida si la sucesión hereditaria —o cualquier otra forma de entronización de la tradición o la costumbre que inhiba a la razón— prohíbe o estorba la elección auténtica y soberana de dichos servidores.

La forma constitucional de gobierno “adoptada”⁽²³⁵⁾ por la Argentina desde 1853 es una “república”. Se trata de una definición profunda, la institucionalización normativa más antigua y perenne de América del Sur, según confiesa su propio art. 1º. La energía de la prescripción articulada en el primer enunciado constitucional cubre todo el orden jurídico. Adviértase que su indisputada antigüedad contiene un argumento interesante para la formación e identidad del derecho constitucional en América del Sur, cuestión que se ha desarrollado en la subsección I.4 “Estrategia argumentativa”.

En el mismo art. 1º CF también se “adopta” la forma “representativa” de gobierno que empalma con el art. 22 CF: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete el delito de sedición”.

Sin embargo, este enunciado contenido en la “Constitución federal” histórica de 1853 ha sido objeto de morigeración en 1994; en efecto, ahora también se dispuso en nuevos artículos que “Los ciudadanos tienen el derecho

(235) Horacio Rosatti señala que “adoptada” no significa “copiada” o “imitada”. Observa también que nuestro régimen político fue “adoptado” pero también “adaptado”, porque las instituciones dibujadas por el poder constituyente en 1853-1860 “... asumieron la perspectiva de nuestro propio desarrollo histórico”, en ROSATTI, HORACIO D., *Tratado de Derecho...*, op. cit., pp. 183/184.

de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados...” (art. 39 CF) y que “El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley” (art. 40 CF). La representatividad no impide ni devalúa el ejercicio del derecho de petición y de libertad de expresión (art. 14 CF);⁽²³⁶⁾ ni tampoco, en último extremo, el ejercicio del derecho de resistencia⁽²³⁷⁾ contra quienes realicen actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático (art. 36 CF).⁽²³⁸⁾

En cuanto a las condiciones para ser electo servidor público en la República Argentina, el único axioma es la idoneidad (art. 16 CF). A su vez, la CF contempla la elegibilidad por intermedio del sufragio⁽²³⁹⁾ para presidente y vicepresidente (arts. 94 a 98 CF), diputados (arts. 45 a 51 CF) y senadores (arts. 54 a 58 CF). Todas estas son elecciones directas, y son los partidos políticos los competentes para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos (art. 38 CF). Por su parte, los servidores públicos a cargo de la función judicial (arts. 99, inc. 4; 114 y 115), del Ministerio Público (art. 120), los ministros del PEN (arts. 99, inc. 7, 114 y 115) y el resto de funcionarios no son elegidos en comicios populares. Cabe destacar que la CF tutela la estabilidad del empleado público (art. 14 bis).

7.7.4. La responsabilidad

En el apartado anterior se menciona la representación, resultado de la elección popular, en especial aquella que ejercen los departamentos gubernativos eminentemente políticos. La técnica de la representación no solo posibilita la existencia de representantes, sino que también genera responsabilidad.

Democracia representativa y participativa pertenecen al mismo género: democracia política. En las democracias representativas las decisiones que afectan a toda la comunidad no son tomadas directamente por los

(236) FERREYRA, RAÚL G., “Tensión entre principios constitucionales. A propósito de los piquetes en la vía pública: ¿Abuso o ejercicio regular de los derechos constitucionales que parecen antagonizar?”, [en línea] www.infojus.gov.ar, Id Infojus: DACF140218.

(237) BARCESAT, EDUARDO, “A veinte años de la Reforma Constitucional. Examen y perspectiva”, en *Revista Derecho Público*, año III, n° 9, Bs. As., Ediciones Infojus, 2015, pp. 36/38.

(238) ROSATTI, HORACIO D., *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 214.

(239) Ver art. 112 CF, citado más adelante.

miembros de la colectividad, sino por personas elegidas al efecto. Un representante es una persona que goza de las siguientes características: a) cuenta con cierta confianza del cuerpo electoral; no es su delegado, porque interpreta a discreción propia los intereses de los electores; b) debe tutelar los intereses generales de la sociedad, y no los intereses particulares de esta o aquella categoría; su mandato no es revocable, pero tendrá responsabilidad.⁽²⁴⁰⁾

Por su parte, la democracia directa o participativa se encuentra ligada, usualmente, a la inexistencia de intermediario entre el individuo deliberante y la decisión adoptada que lo afecta o pueda afectar.⁽²⁴¹⁾

La democracia política de la Argentina se impulsa, básicamente, por el modelo representativo. El modelo participativo, amén del ejercicio cotidiano del derecho a la protesta, resulta una curiosidad dogmática y fáctica dado que los servidores públicos no lo impulsan.

Pues bien, los representantes, al disponer de competencia para manejar bienes e intereses ajenos, se encuentran sometidos a diversas responsabilidades. La Ley Fundamental significa un dogma laico y no clerical para la probidad y militancia constitucional de legisladores,⁽²⁴²⁾ presidentes⁽²⁴³⁾

.....
(240) BOBBIO, NORBERTO, *El futuro de la democracia*, Bs. As., Planeta-Agostini, 1994, p. 53 y ss.

(241) ¿Qué es lo que distingue conceptualmente a la democracia representativa de la democracia participativa? La idea de la democracia, en principio ligada a su modelo representativo, se encuentra asociada al pensamiento liberal. Este tiene una perspectiva francamente conservadora de las condiciones prepolíticas de existencia: vida, libertad, dignidad, honor y propiedad. En cambio, la democracia participativa se enfila hacia el ideario socialista. Su tendencia no consiste en detener la desmejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, base de legitimación del Estado liberal y de la democracia representativa, las que considera en cierto modo presupuestas. Su objetivo es, precisamente, impulsar la adquisición de nuevas condiciones sociales: educación, trabajo, vivienda, salud, medioambiente.

(242) ARTÍCULO 67.- "Los senadores y diputados prestarán, en el acto de su incorporación, juramento de desempeñar debidamente el cargo, y de obrar en todo en conformidad a lo que prescribe esta Constitución".

(243) ARTÍCULO 93.- "Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento, en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea, respetando sus creencias religiosas, de 'desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de Presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina'".

y jueces⁽²⁴⁴⁾ en la república. La responsabilidad por el cumplimiento de las funciones gubernativas abarca varios tipos:⁽²⁴⁵⁾ política, ante el cuerpo electoral y la ciudadanía en general; propiamente constitucional, emergente de la labor administrativa, frente al derecho penal; y, por último, patrimonial.⁽²⁴⁶⁾

7.7.5. La periodicidad

Son las distintas generaciones, diálogo mediante, las que desarrollan el sistema de la CF. En la Argentina, los congresistas (diputados y senadores) como el presidente y el vicepresidente duran un período determinado en sus funciones, susceptible de renovación bajo ciertas condiciones. En cambio, la estabilidad de los jueces en la función es vitalicia, fijada por la propia letra constitucional (art. 110 CF), con la referencia propia al cumplimiento de 75 años de edad prescrito en el art. 99, inc. 4 CF; en el caso de los integrantes del Ministerio Público, la naturaleza vitalicia la fija la ley (art. 120 CF).

Resulta necesario replantear la duración de las designaciones de los jueces de la CSJN (art. 110 CF), conforme a la regla sobre la variación, vía reforma constitucional. Sugiero también la necesidad de limitar las renovaciones de las bancas legislativas (arts. 50 CF—diputados— y 56 CF—senadores—), así como también eliminar y prohibir la reelección presidencial (art. 90 CF).

Con relación al Poder Ejecutivo y para el día que se reforme la CF, es inmediatamente necesario discutir sobre la disminución de algunas potestades, en especial, la facultad de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia—ver art. 99, inc. 3 CF— y debilitar fuertemente la delegación que el Congreso puede realizar—ver art. 76 CF—. Además, sugiero suprimir la regla que autoriza la reelección. Todo ello permitirá conocer de antemano

.....

(244) ARTÍCULO 112.- “En la primera instalación de la Corte Suprema, los individuos nombrados prestarán juramento en manos del Presidente de la Nación, de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución. En lo sucesivo lo prestarán ante el presidente de la misma Corte”.

(245) EKMEKDJIAN, MIGUEL Á., *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I, Bs. As., Depalma, 1993, pp. 149/150.

(246) FERREYRA, LEANDRO E., “Responsabilidad del Estado: entre el derecho común y el derecho local”, en *Revista Derecho Público*, año III, n° 8, Bs. As., Infojus, 2014, pp. 177/245.

que, elegido un presidente por cuatro años, al finalizar su mandato otra persona tendrá que ser elegida para cumplir la función. El presidente saliente podrá marchar a otra función, nunca la ejecutiva, sin intervalo de un período. Buscará, por tanto, aplicar su experticia en cualquier campo que desee, menos en perseguir su reelección.

En cuanto al Poder Judicial, sin dejar de reconocer que la inamovilidad de la función es importante para afianzar la independencia del juez de la Corte, cabe preguntarse si es imprescindible que sea vitalicia dentro del sistema republicano, donde una de las notas de la función del servidor público es, precisamente, la periodicidad de la tarea. El carácter no vitalicio de las designaciones se compadece mejor con la periodicidad de la función republicana de gobierno al permitir la renovación o convalidación de los méritos, unido a la enorme posibilidad de contar con un mecanismo contundente y eficaz para controlar a quien, durante años, le ha tocado ser intérprete del orden jurídico instaurado por la CF o ha velado por la juridicidad.

7.7.6. La publicidad

La publicidad de todos los actos y normas del gobierno constitucional se funda en dos pilares.⁽²⁴⁷⁾ Una sociedad abierta solo puede construirse a partir del conocimiento y la divulgación. Luego, un ciudadano consciente e informado solo puede participar con suma atención en el ágora en la medida que conozca las decisiones gubernativas.

El gobierno de los servidores públicos se desempeña en representación de los ciudadanos que integran el pueblo; ergo, la publicidad racional resulta una propia derivación del postulado republicano contenido en el art. 1° CF, que se empalma con la razonabilidad dictada en el art. 28 CF. En este sentido, los ciudadanos deben conocer todos los asuntos públicos, motivo por el cual constituye una responsabilidad del gobernante de primer nivel dar a conocer la forma y contenido de sus tareas. Por ello, juzgo que la publicidad, aunque no se encuentra escrita expresamente,⁽²⁴⁸⁾ surge de la intelección que se propicia.

(247) BASTERRA, MARCELA, "La publicidad de los actos de gobierno", en *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1, Bs. As., Hammurabi, 2009, pp. 163/192.

(248) Excelente tecnología en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996, en su art. 1°: "La Ciudad de Buenos Aires, conforme al principio federal establecido en la

No deben existir actos o normas secretas en la república, porque o ella es la arquitectura que contiene a todos los ciudadanos o no contiene a nadie. Los avances en la legislación conceden, en la materia examinada, un instante de luz.⁽²⁴⁹⁾ Así, el gobernante debe publicar fundamentalmente en el Boletín Oficial del Estado la formulación normativa de su tarea. Los ciudadanos gozan de un enérgico derecho: el acceso a la información, que tiene jerarquía constitucional en virtud de lo ordenado por el art. 13 de la CADH:

ARTÍCULO.- Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Además, varias normas de raíz constitucional también se refieren a la información. Entre ellas, el art. 38 CF dispone: "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,

.....

Constitución Nacional, organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa. Todos los actos de gobierno son públicos".

(249) Ley 26.134, publicada en BO 25/08/2006, promulgada mediante decreto 1097/2006:

"ARTÍCULO 1°.- Déjase sin efecto el carácter secreto o reservado de toda ley que haya sido sancionada con tal condición a partir de la entrada en vigor de esta ley.

ARTÍCULO 2°.- El Poder Ejecutivo deberá publicar las leyes a las que se hace mención en el art. 1° en el Boletín Oficial, en un plazo de SESENTA (60) días a partir de la sanción de la presente ley.

ARTÍCULO 3°.- Prohíbese el dictado de leyes de carácter secreto o reservado.

ARTÍCULO 4°.- Deróganse la Ley 'S' 18.302 y el Decreto Ley 'S' 5315/56.

ARTÍCULO 5°.- Los créditos de carácter reservado y/o secreto a que se refiere la Ley de Presupuesto de la Administración Nacional vigente deben ser destinados, exclusivamente, a cuestiones de inteligencia inherentes a los organismos comprendidos en las leyes de Inteligencia Nacional, Seguridad Interior y Defensa Nacional. Queda prohibida su utilización con propósitos ajenos a dicha finalidad. El control de la rendición de los gastos relativos a cuestiones de inteligencia de los organismos mencionados en el párrafo anterior, queda a cargo de la Comisión Bicameral de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia".

la que garantiza (...) el acceso a la información pública". El art. 41 CF reza lo siguiente:

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 (...) Las autoridades proveerán a la protección de este derecho (...) y a la información y educación ambientales.

Por su parte, el art. 42 CF estipula que: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo (...) a una información adecuada".

En resumen, el juicio sobre la responsabilidad del gobernante constitucional requiere la publicidad de su tarea. Sin este presupuesto, el silencio no solo generará oscuridad, sino que también será una muestra palmaria de la falta de salud constitucional.

7.8 | Sistema constitucional de gobierno presidencialista

En el Estado constitucional, el derecho debe ser creado y realizado⁽²⁵⁰⁾ por autoridad con competencia determinada. No hay derecho fuera del generado por autoridad creada por la Constitución. La utilización de la fuerza del Estado fuera de la competencia asignada provoca abuso de poder, indisciplina que con seguridad degenera en "no derecho del Estado constitucional", o simplemente derecho estatal. Para cumplir con ello, es decir, la producción y realización del derecho en el sistema constitucional de gobierno presidencialista,⁽²⁵¹⁾ se distingue el ejercicio de las tareas en tres departamentos o poderes constituidos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

(250) FERREYRA, RAÚL G., "Enfoque sobre el mundo del Derecho. Constitución y derechos fundamentales", en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 11, n° 21, Bs. As., Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2013.

(251) SARTORI, GIOVANNI, *Ingeniería constitucional comparada*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 97/116.

La forma de gobierno constitucional presidencialista es una fruta que, en general, ha germinado en las democracias de América.⁽²⁵²⁾ Dicha originalidad, desde luego, no implica *per se* una alta y deliciosa calidad institucional.⁽²⁵³⁾ Muy por el contrario, la crisis del modelo —imposible de tratar aquí porque no es el objeto— obliga a pensar en referencias tales como el semipresidencialismo⁽²⁵⁴⁾ o cualquier otro método racional de desconcentración de los poderes, casi siempre con tendencia al absolutismo del presidente.

En el modelo presidencialista, a la trinidad de poderes⁽²⁵⁵⁾ que actúan con relativa independencia se les confiere, básicamente, una función o porción del poder del Estado, porque no hay competencias fuera de las que gozan de nomenclatura constitucional. Dicho de un modo tosco: al órgano legislativo se le asigna la creación del derecho; al ejecutivo, la realización del derecho; y al judicial se le atribuye la realización del derecho a condición de la existencia de causas o casos controvertidos. Se trata de una descripción extremadamente rudimentaria cuyo único valor reside en informar sobre la dimensión funcional-gubernativa. Cuando se proclama lo anterior, no puede dejar de observarse que también al departamento ejecutivo se le atribuye función creadora del derecho: iniciativa, promulgación y veto de la ley (DNU, delegación legislativa y decretos reglamentarios), al margen de la jurisdicción administrativa. A su vez, determinados fallos de la CSJN revisten semejante cualidad productora de derecho de la más alta

(252) CARPIZO, JORGE, *El presidencialismo mexicano*, México DF, Siglo XXI, 2013.

(253) MAINWARING, SCOTT y SOBERG SHUGART, MATTHEW (comps.), *Presidencialismo y democracia en América Latina*, Barcelona, Paidós, 2002.

(254) Ver NOHLEN, DIETER, "El presidencialismo. Análisis y diseños institucionales en su contexto", en *Revista de Derecho Público*, vol. 74, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011, pp. 87/111

(255) La Corte Suprema de Justicia de la Argentina es un órgano constitucional creado en 1853; su integración se produjo diez años después. Precisamente, el 04/12/1863, en sentencia suscrita por los jueces Francisco de las Carreras, Francisco Delgado y José Barros Pazos, se dispuso que un decreto del "Poder Ejecutivo Nacional" no "tenía valor legal alguno" porque importaba una usurpación de las atribuciones del Poder Legislativo. En el considerando 2° de la decisión se estableció la siguiente regla pretoriana: "Que siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres grandes Departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno", en CSJN, "Ríos", 1863, Fallos: 1:36.

jerarquía normativa, así como también lo hace la función que puede ejercer el Congreso en caso de juicio político a los integrantes del PEN o del Poder Judicial.

Si por política⁽²⁵⁶⁾ se comprende la eminente tarea de proponer soluciones a determinados problemas comunitarios o, en su caso, hacer todo lo posible para evitarlos, todos los órganos que invisten el poder del Estado cumplen funciones políticas, desde que “política” resulta la tarea encomendada a mantener y desarrollar un determinado orden, el autorizado por la Constitución. Los departamentos gubernativos, con sus ajustados y detallados diagramas de competencias, deben cumplir una suerte de militancia constitucional al encontrarse obligados a obedecer sus prescripciones y realizar, como horizonte de proyección, una paz determinada en la búsqueda interminable del bienestar general.

La imputación de funciones en el sistema de gobierno constitucional presidencialista⁽²⁵⁷⁾ se observa en el hecho de que cada uno de los órganos constitucionales tiene su propia esfera separada de competencias. La CF contempla la asignación de una masa de competencia a un órgano determinado. Corresponde inferir que esta no debería ser ejercida o recogida por otro órgano, dado que dicha porción de competencia es parte inescindible, exclusiva de la zona de reserva objeto de la adjudicación constitucional. Además, la competencia asignada al órgano obliga a este a realizar los enunciados normativos constitucionales que se le atribuyen, según la doctrina por la cual todos los órganos constitucionales deben concretar la juridicidad —dentro de un campo racional de discreción—, en especial, las determinaciones de conducta dirigidas a preservar la supremacía de la Ley Fundamental del Estado.

El presidencialismo⁽²⁵⁸⁾ es un modelo fuertemente mayoritario. De modo correcto se ha señalado que la “presidencia revela un drama cotidiano del juego recíproco entre el carácter humano y los conceptos legales, en

.....

(256) BUNGE, MARIO A., *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*, Barcelona, Gedisa, 2009, pp. 85/86.

(257) AAVV, *Presidencialismo vs. Parlamentarismo. Materiales para el estudio de la reforma constitucional*, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Bs. As., Eudeba, 1988.

(258) ROSATTI, HORACIO D., *El presidencialismo atenuado*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2001.

forma no emulada completamente por ningún otro cargo en el mundo”.⁽²⁵⁹⁾ En efecto, este tipo de gobierno consiste en producir y mantener, por intermedio de elecciones auténticas, una mayoría que autoriza a un presidente a convertirse en intérprete exclusivo de los intereses de la ciudadanía del Estado. Luego de cada elección, se espera que el elector-ciudadano-delegante vuelva a una audiencia pasiva y acrítica con el presidente. Esto conduce a un estilo mágico de hacer política: el mandato delegativo.⁽²⁶⁰⁾ Muchas veces, elegido el presidente, los delegantes ciudadanos constituyen complacientemente una audiencia pasiva de todo lo que aquel haga.

El sistema constitucional de gobierno de la Argentina pertenece a la filiación presidencialista, con separación tripartita clásica y un órgano extra poder: el Ministerio Público, desde la reforma constitucional de 1994. En la Segunda Parte, Título Primero de su Constitución Federal, se organiza su gobierno republicano, aunque también existen principios regulativos y directrices en la Primera Parte, en especial, la racionalidad exigida para todos los departamentos del gobierno republicano (art. 28 CF) y la prohibición de atribuir u otorgar “facultades extraordinarias”, o la “suma del poder público” o “sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna”(art. 29 CF).

En el art. 44 CF se prescribe un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires. Entre las atribuciones del Congreso, se distinguen, en el art. 75 CF, por ejemplo: legislar en materia aduanera; dictar los códigos civil, comercial, penal, de minería y del trabajo y seguridad social; reglar el comercio con los Estados extranjeros y de las provincias entre sí; proveer lo conducente a la prosperidad del país; arreglar el pago de la deuda interior y exterior del Estado; imponer contribuciones y aprobar o desechar tratados concluidos con los demás Estados y con las organizaciones internacionales, y los concordatos con la Santa Sede. Finalmente,

(259) CORWIN, EDWARD, *El poder ejecutivo, función y poderes 1787-1957. Atribuciones y funciones de los EE.UU. a través de la historia y el análisis de la práctica constitucional*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1959, p. 1.

(260) O'DONNELL, GUILLERMO, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Bs. As., Paidós, 1997, pp. 288/304.

la Auditoría General es un organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional (art. 85 CF), y el Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso federal (art. 86 CF).

Según confiesa la regla prescrita en el art. 87 CF, el presidente o presidenta de la República es quien lidera el proceso constitucional. Se trata de una tarea unipersonal, aunque goza de la asistencia y refrendo de sus actos por parte del jefe de gabinete y de los demás ministros secretarios (arts. 100 a 107 CF).

El "ejecutivismo" de la Argentina se patentiza en el art. 99 CF, regla en la que se acumulan atribuciones presidenciales, entre las que se distinguen las siguientes: jefe supremo del Estado; jefe de gobierno y responsable político de la administración general del país; expedición de instrucciones y reglamentos para la ejecución de las leyes del Estado; participación en la formación de las leyes, con la obligación de promulgarlas y publicarlas; posibilidad de emitir disposiciones de naturaleza legislativa en circunstancias excepcionales por razones de "necesidad y urgencia"; conclusión y firma de tratados para el mantenimiento de buenas relaciones con organizaciones internacionales y Estados extranjeros; y comandante de todas las fuerzas armadas del Estado. Merece observarse que previamente, en el art. 76 CF, dentro de las "atribuciones del Congreso", aunque se sientan las bases de la prohibición de la "delegación legislativa" en el Poder Ejecutivo, en el mismo principio se establece la propia contradicción, es decir, las "salvedades" jurídico-institucionales para que el "Congreso" la establezca. Aunque en el art. 109 CF se establece que el presidente en "ningún caso puede ejercer funciones judiciales", la "jurisdicción administrativa" goza de buena salud, en pleno desarrollo y ampliación en el "ejecutivismo", con la única condición de estar sometida a "control" suficiente del Poder Judicial.

El Poder Judicial es ejercido por una Corte Suprema y por los demás tribunales inferiores que establece el Congreso, órganos a los que corresponde el "conocimiento y decisión" de "todas las causas" que versen sobre puntos regidos por la Constitución federal y por las leyes del Estado, según surge del juego de los principios sentados en los arts. 108 y 116 CF, respectivamente. El control judicial de constitucionalidad ha sido ejercido por todos los órganos judiciales desde el siglo XIX, aunque no hubo mención

expresa en la Constitución federal de 1853; sí una referencia en el art. 43 CF a partir de 1994. Por último, el Consejo de la Magistratura integra el Poder Judicial de conformidad con los arts. 114 y 115 CF.

Completa el cuadro, como se dice arriba, el Ministerio Público, órgano ubicado fuera de la tríada Congreso, Ejecutivo, Judicial, según reza el art. 120 CF. Se encuentra integrado por un procurador general y un defensor general, y los demás miembros que la ley establece.

Finalmente, cabe destacar que por definición constitucional existen controles interórganicos horizontales, es decir, una red de poderes relativamente autónomos que pueden examinar y cuestionar (y, de ser necesario, sancionar) actos irregulares cometidos durante el desempeño de los cargos públicos. Sin embargo, en la democracia suscitada en la Argentina esta red de control no es puesta en funcionamiento o, cuando se ejecuta, es extremadamente débil.

7.9 | Resumen

La Constitución aloja una concepción del mundo: por intermedio de sus enunciados resultará bastante factible justificar una comunidad de ciudadanos igualmente libres. Particularmente, en el contexto estatal, la arquetípica regla sobre la distinción instala un procedimiento para que tenga sentido aquello de que todos los individuos son iguales en libertad.

La regla sobre la distinción constituye una justificación semántica del Estado constitucional. La inherente legitimación queda correspondida al demostrarse que sus enunciados tienen determinado sentido dentro del contexto del Estado constitucional, a partir de la doctrina del brío y de la desazón correspondiente a cada uno de sus cuatro movimientos. En efecto, su entrada permite determinar cierta igualdad de los ciudadanos, en la inteligencia de que por su intermedio se puede advertir cómo se ordena la comunidad, quiénes ordenan y en nombre de quiénes ejercen sus competencias.

La regla sobre la distinción también implica postular una orientación del derecho que configura el Estado en dirección al individuo, cuya individualidad sin mengua alguna queda socializada desde que el propio sujeto

individuado es la unidad de los constituyentes y primer motor del sistema. Juzgo que dicha consideración se puede hacer visible por intermedio de cada uno de sus despliegues. Así, en un primer movimiento, la construcción de la democracia política —la cual, acaso, sea una meta más cercana a la quimera que a las respuestas propias de la realidad—, aunque a primera vista pareciese suficiente, no lo es en modo alguno. Por lo tanto, también resulta menester un segundo movimiento para descentralizar políticamente la propia construcción del poder constitucionalizado; en este aspecto, la forma jurídica federal quizá configure una de las realizaciones o “tesis”⁽²⁶¹⁾ que más pueda acercarse a un criterio de igualdad en el tratamiento, dado que descansa en una concepción plural como tipo, quizá superior a la demanda del tipo de Estado unitario. La justificación también opera, como se puede leer atrás, distinguiendo la horizontalidad del poder constitucionalizado en una doble vertiente. Así, en un tercer movimiento, se intenta edificar una morada común e igualitaria para toda la ciudadanía, una tesis espléndida pero de comprobación indeterminada y fingida por la invariable permutación de sus argumentos. Por último, considero que es preciso distinguir un sistema para la realización del proceso político cuya definición por el presidencialismo o el parlamentarismo radique en la mayor o menor concentración de poder, y en el semejante establecimiento de los diversos grados de ejecutividad y representatividad que se persigan.

8 | Sobre la acción de los derechos fundamentales

8.1 | Reexamen. Naturaleza procesal y sustancial de los fundamentos constitucionales

La Constitución, al fijar determinados procedimientos, cumpliría la función responsable de la más alta alcurnia atribuible a las formas jurídicas: alentar la paz. De acuerdo con lo examinado en las tres secciones anteriores, las reglas evaluadas se encuentran llamadas a desarrollar un rol eminentemente procesal, porque la tensión entre individuo y Estado, el conflicto entre ciudadano y autoridad, imposible de resolver con rasgos definitivos, se

(261) HÄBERLE, PETER, *El Estado constitucional*, op. cit., pp. 29/30.

disuelve a favor de ciertos procedimientos específicos. Recuérdese al respecto que al subordinar la actuación estatal al derecho de la Constitución, dichos procesos confían el arraigo de determinada certeza. Análoga resulta la contribución de la regla sobre la variación, dado que también fija un proceso específico y elemental para el cambio; en consecuencia, también se arraiga determinada certeza en la mancomunidad de ciudadanos para que el desarrollo jurídico se cumpla en un marco pacífico.

Desde otra perspectiva, no tan empírica como la que se observa para los “fundamentos (raíces)” mencionados en el párrafo anterior, también la naturaleza procesal de la Constitución queda fijamente establecida con la regla sobre la distinción, aunque en este caso por vía de una justificación cuyo objetivo consiste en instalar determinada igualdad entre los ciudadanos. Repárese, al mismo tiempo, que quizá la regla sobre la distinción, un “fundamento razón” del Estado constitucional, tendría posibilidades sustantivas. Ello, en efecto, siempre que fuese cierto que pueda justificarse la existencia de un derecho fundamental a la distinción de poderes del Estado, ya que dicho régimen se encuentra al servicio de los derechos humanos y la protección de la libertad del individuo.⁽²⁶²⁾ Si así fuese, existirían razones sobradas para ser optimista, porque se puede mejorar y desarrollar la naturaleza participativa en la forma de la toma de decisiones y ahondar las garantías individuales. Además, su fecundidad animaría a sostener y desarrollar antiguos sumarios del inmarcesible paradigma sobre la igualdad de los hombres.

Conjeturar sobre las propiedades formales implica su formalización. No significa que las reglas sobre subordinación, variación o distinción no puedan revelar cualidades sustantivas. En el párrafo anterior se vislumbra claramente que la regla sobre la distinción puede acercarse a la realización de procesos sustantivos. Mientras tanto, las tres reglas son un invento para asegurar y justificar que unos mandarán y otros obedecerán, en la inteligencia de que dichos procesos de subordinación, variación y distinción, al ser distinguibles y accesibles a todos, por definición jurídica departen un determinado criterio de igualdad en la ciudadanía.

Según lo anticipado en la subsección I.4, ahora resta analizar el cuarto fundamento de la tetralogía: la regla sobre la acción de los derechos fundamentales. El significado de los derechos fundamentales puede ser

.....

(262) *Ibid.*, pp. 193/224.

comprendido desde una dimensión objetiva y desde una dimensión subjetiva.⁽²⁶³⁾ En las letras que siguen se retomará una tesis sobre la dimensión objetiva, cuyo núcleo permanece intacto: los derechos fundamentales, cuya entidad disponen las constituciones, deben significar líneas de acción para el uso de la fuerza, la razón misma de esta última.

Se trata, entonces, de “razones de derecho constitucional” concebidas objetivamente para el uso de la fuerza, que se formalizan por intermedio de los derechos fundamentales, es decir, una serie de directivas para la reglamentación elemental de la vida ciudadana en una comunidad. Nótese esta singular diferencia: el derecho entendido como la razón de la fuerza en sentido “mínimo” es la mera legalidad prevaleciente en la ordenación estatal; un ente más preocupado por la inefectiva retórica constituyente que por la eficacia de los derechos fundamentales. En cambio, el derecho entendido como la razón de la fuerza en sentido “pleno” resulta una argumentación para la realización del orden estatal, cuyo cimiento son, efectivamente, los derechos fundamentales.⁽²⁶⁴⁾

En la inteligencia de que las teorías son redes que se lanzan para apresar aquello que llamamos “mundo” —para racionalizarlo, explicarlo y dominarlo—,⁽²⁶⁵⁾ sin distanciarme del ámbito teórico aludido en el párrafo anterior ahora se desenvuelven las siguientes cuestiones: la concepción de la acción, la nomenclatura de los derechos fundamentales, la buena fe, el desarrollo progresivo, el principio *pro homine* y la razonabilidad en la realización jurídica. Como es de suponer, tales afirmaciones no se distinguen de la tesis inicial;⁽²⁶⁶⁾ no suponen una distracción, aunque sí, quizá, un suplemento o adicional teórico. Tal vez el objeto verdadero sea que en el propio tejido de la red su “malla sea cada vez más fina”,⁽²⁶⁷⁾ y no que con esto se pueda encontrar una renovada justificación fundamental para el mundo estatal. Debo repetir: todos los aspectos vinculados

(263) Sobre este punto, se remite a FERREYRA, RAÚL G., “Discurso sobre el Derecho Constitucional. Colores primarios”, en *Revista Derecho Público*, año II, n° 4, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013, pp. 94/97.

(264) FERREYRA, RAÚL G., “Enfoque sobre el mundo jurídico...”, *op. cit.*

(265) POPPER, KARL R., *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1962, p. 57

(266) FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, “Enfoque sobre el mundo jurídico...”, *op. cit.*

(267) POPPER, KARL R., *La lógica de la investigación científica*, *op. y loc. cit.*

se enlazan seriamente con las posibilidades sustantivas de que los derechos fundamentales, aunque no agotan el inventario, justifiquen el obrar en comunidad.

8.2 | Cierta línea de acción para el ejercicio de la fuerza

La Constitución contiene un “plan”: combinación de líneas maestras o secuencia ordenada de pasos que se disponen con el objeto de organizar una convivencia comunitaria. Dicho de modo menos encomiástico: contener al poder del Estado en la creencia de que su constitucionalidad canalizada significa un proceso ilustrado. Todo plan constitucional siempre responde a un determinado “cuerpo de conocimientos pertinentes”.⁽²⁶⁸⁾ Por cierto, hay planes más o menos realizables. La viabilidad del plan se encuentra directamente asociada a su elasticidad: su concreta apertura a la luz de los resultados que se obtengan en el transcurso de su aplicación. En concreto, los planes contenidos en el artificio constitucional tienen un objetivo muy preciso: servir de marco a las acciones.

El término “acción” posee un significado general que denota casi cualquier operación. En palabras de Bunge: “Lo que una cosa hace a otra. Una posible formalización: la acción que la cosa *x* ejerce sobre la cosa *y* equivale a la diferencia conjuntista entre la historia de *y* cuando *x* está presente y la historia de *y* cuando *x* está ausente”.⁽²⁶⁹⁾ En rigor, en el mundo del Estado constitucional solo puede predicarse sobre acciones humanas; sobre las cosas artificiales o sobre los procesos controlados por el hombre.⁽²⁷⁰⁾ Siempre el hombre. Por ende, los planes constitucionales sobre las acciones diseñan un marco de referencia curioso: aunque se basan en regularidades y pretenden su realización sobre una realidad determinada, resulta al mismo tiempo fundamental comprender el propio indeterminismo de la conducta humana. Acaso porque “[e]l tiempo es la sustancia de que estoy hecho”,⁽²⁷¹⁾ pretendemos robustecer con planos maestros

(268) BUNGE, MARIO A., *Diccionario de...*, op. cit., pp. 163/164.

(269) *Ibid.*, p. 2

(270) BUNGE, MARIO A., *Las ciencias sociales...*, op. cit., pp. 332/333.

(271) BORGES, JORGE L., “Nueva refutación del tiempo”, en *Otras inquisiciones*, en *Obras completas*, Bs. As., Emecé, 1974, p. 771.

el desarrollo de la convivencia comunitaria, con aguda conciencia de la indeterminación de la vida.

Debo decir que dentro de la inapreciable vocación normativista los derechos fundamentales creados por la autoridad podrán proporcionar un fundamento o razón para las acciones dentro de la comunidad. Sus formulaciones normativas constituyen significativos procedimientos por los cuales podrá llegar a demostrarse que realmente tiene sentido el contexto del mundo estatal.

Los derechos fundamentales vinculan una "interpretación o realización preferente". Pese a que las marcas de la actualidad indiquen lo contrario, me gustaría señalar al respecto algunos escenarios deseables: el primero: "El presidente de la República ha dejado de legislar por la vía de la emisión de decretos por razones de necesidad y urgencia sobre una zona de reserva del Congreso, cuyo significado reside en el desarrollo de los derechos fundamentales"; el segundo: "El Congreso reglamenta, con sobriedad, rigor y puntualidad, los derechos fundamentales, cuya reglamentación ordenó el poder en el momento constituyente"; el tercero: "La CSJN deja de legislar (no reglamenta más) derechos fundamentales, ni siquiera en cuestiones procesales"; el último, quizá el más sobresaliente: "Los derechos fundamentales, en la comunidad, son derecho sobre derecho, motivo por el cual son objeto de aplicación automática por parte del poder administrador y no requieren su judicialización al no existir controversia ni sobre su dimensión ni sobre sus alcances".

La calidad de un plan constitucional puede justificarse por las propiedades de las acciones a las que da cobertura. Todas las constituciones vigentes poseen un determinado plan en materia de derechos fundamentales. No se conoce ningún texto que declare que sus autoridades se encargarán de no respetarlos o violar las formulaciones iusfundamentales. Tampoco existen autoridades que postulen que su tarea consiste en demoler derechos fundamentales, aunque en verdad acontece. En América del Sur, producto de una notable tarea constituyente, un gran fragmento de las leyes fundamentales confieren reconocimiento expreso a estos derechos. En varios supuestos los enunciados normativos sobre derechos fundamentales no distan de ser descritos como narración maravillosa situada fuera del tiempo o fuera del territorio en que realmente pueden realizarse. La compulsión constituyente al deseo por la formulación normativa, con ausencia

marcada de la realidad, también señala con fuego el itinerario posible de los derechos en cuestión.

Las constituciones no deberían empeorar las condiciones prepolíticas de existencia individual en la comunidad. El contrato constitucional debería contener el hilo de Ariadna para el bienestar de la comunidad, pero no debería nunca decir que sus ciudadanos podrán tocar el cielo con las manos. La gracia de la eternidad quizá solo la posean las cuatro raíces del mundo natural; sobre los derechos fundamentales sabemos que son un invento humano, ergo, no son eternos: nacen y se desarrollan en un contexto. Por eso, la principal cualidad que debe poseer la significación de los derechos fundamentales reside en su abertura.

El respeto, desarrollo y consagración de los derechos fundamentales es una tarea a cargo de ciudadanos y servidores públicos. Para estos últimos, su función elementalísima debería residir en observar y estimular todos y cada uno de los derechos fundamentales copiosamente adjudicados en la Constitución republicana. Por todo lo expuesto, se sostiene que los derechos fundamentales deberían constituir la línea de acción, cierta y principal, para el gobierno de la comunidad. A mayor respeto y dimensión iusfundamental, mayor calidad de vida.

8.3 | Breve interludio. Sobre la nomenclatura⁽²⁷²⁾

Como ya se ha explicado, el poder constitucionalizado trata de componer al poder y al derecho. Significa una alternativa para el gobierno comunitario y la posibilidad de que cada uno, ciudadanos y servidores públicos, dirijan sus acciones. El poder, por intermedio de su constitucionalización, hace posible cierta racionalidad en el aparato de la fuerza estatal. Recuérdese que en la composición estricta, en la tetralogía de partes de una constitución —la CF, por caso—, “los derechos y deberes fundamentales” es uno

(272) En otro texto se ha justificado el apodo “derechos fundamentales” (ver FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, “Enfoque sobre el mundo jurídico...”, *op. cit.*, pp. 269/276). También, en otro escrito, se han realizado afirmaciones sobre la concepción del modelo de derechos fundamentales adoptado por la República Argentina, en tanto derechos subjetivos individuales, sociales y colectivos, en FERREYRA, RAÚL G., “Discurso sobre el Derecho Constitucional...”, *op. cit.*, pp. 83/97; allí se remite en homenaje a la brevedad.

de sus constituyentes.⁽²⁷³⁾ Los esfuerzos en este “Manifiesto” se dirigen sobre una observación y comprensión externa de la Constitución. De ello se sigue semejante lectura para los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, es preciso describir los derechos fundamentales a partir de una “nomenclatura”, en el sentido de lista de nombres o de cosas. Aquí adopto un punto de vista realista: los estados de cosas vistos constitucionalmente en el mundo. Quiero enfatizar que la preocupación sobre la nomenclatura gira sobre “derechos [fundamentales] que se tiene[n]”, no sobre los derechos que se deberían tener.⁽²⁷⁴⁾ Actualmente, la nomenclatura no parece un problema para los poderes constituyentes. Cada Constitución adopta una tecnología para llevar adelante la formulación normativa sobre derechos fundamentales; algunas hasta los individualizan expresamente:

- i. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Título II “Direitos e Garantias Fundamentais”.*
- ii. Constitución Política de la República de Colombia de 1991, Título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, Capítulo I “De los derechos fundamentales”.
- iii. Constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, Primera Parte: “Bases fundamentales del Estado. Derechos, deberes y garantías”, Título II “Derechos fundamentales y garantías”.
- iv. Constitución Política del Perú de 1993, Título Primero “De la persona y de la sociedad”, Capítulo Primero “Derechos fundamentales de la persona”.

Esta breve descripción no significa que Uruguay, Argentina, Chile, Paraguay, Venezuela y Ecuador carezcan de derechos fundamentales. Los tienen en sus formulaciones normativas, en algunos casos con insospechada abundancia. Tampoco se puede derivar del pequeño inventario que, en el caso de los cuatro textos citados, ello conlleve la siguiente apreciación dogmática: que solo son esos los derechos fundamentales. Probablemente, las tareas doctrinarias científica y judicial han tenido ocasión de profundizar y, en su caso, aumentar el listado. En cualquier caso, toda discusión queda cerrada con la individualización constitucional, razón por la cual

(273) FERREYRA, RAÚL G., “Sobre la constitución...”, *op. cit.*

(274) BOBBIO, NORBERTO, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en *El tiempo de los derechos*, Rafael de Asís Roig (trad.), Madrid, Sistema, 1991, p. 53.

no corresponderá quitar o desconocer la naturaleza “fundamental” de un derecho que fue apropiadamente diseñado por el poder constituyente.

Quizá una de las decisiones más originales en materia constituyente sea la de la Argentina. Desde 1853 posee derechos (y garantías) enumerados y derechos no enumerados, de conformidad con el art. 33 CF. No hay duda de que “no enumerados” no significa “derechos naturales” o cualquier otra forma impiadosa de derecho que no sea elaboración crítica y deliberada porque la propia norma genera el aparato crítico: “... pero que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. El hecho de “la enumeración” no significa la negación de los otros derechos que no se enumeran, cuya clave decisoria, repito, surge de la misma letra fundamental de la CF.

En otro sitio⁽²⁷⁵⁾ se ha referido que la República Argentina, en su ordenación federal, cuenta con derechos de raíz constitucional y con derechos de jerarquía constitucional. Sobre el contenido de los primeros componen un “noneto”: libertad civil y acceso a la jurisdicción, derechos de libertad y participación política, derecho de igualdad, derechos sociales, derecho al ambiente y contrato generacional, derechos de incidencia colectiva, propiedad y función social, y derechos no enumerados; todo pivotado por el derecho a la vida. Los derechos de jerarquía constitucional se encuentran consagrados en los catorce instrumentos que gozan del nivel aludido (art. 75, inc. 22 CF). Finalmente, para cerrar este apartado apelo a un texto de León Tolstoi:

Los hombres son semejantes a los ríos, hechos todos de la misma agua, pero cada uno de los cuales unas veces es moderado, otras veces rápido, ora ancho, ora lento, ora frío, ora limpio, ora turbio, ora caliente. Lo mismo pasa con los hombres. Todos llevan en ellos mismos los gérmenes de las facultades humanas: a veces manifiestan unas, y, en ocasiones, otras, y a menudo parecen diferentes de ellos mismos, continuando sin embargo siendo ellos mismos.⁽²⁷⁶⁾

(275) Sobre este punto, se remite a FERREYRA, RAÚL G., “Discurso sobre el Derecho Constitucional...”, *op. cit.*, pp. 94/97.

(276) TOLSTOI, LEÓN, *Resurrección*, Mariano Orta Manzano (trad.), Barcelona, Juventud, 2010, p. 274.

Con la nomenclatura sobre derechos fundamentales, instrumento de pura hechura humana, sucede lo mismo que con los ríos: “siguen siendo ellos mismos” los únicos capaces de justificar la ordenación del aparato de la fuerza.

8.4 | Buena fe

La buena fe es un criterio para la realización de los derechos fundamentales, tanto del Estado con sus ciudadanos como de ellos entre sí. Una determinación jurídica que irradia a todos los sectores de la ordenación estatal y obliga a actuar con probidad. Si bien no es un criterio entre los criterios de realización, su compromiso rector resulta imposible de eludir, al menos sin costos. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁽²⁷⁷⁾ contiene determinación expresa sobre la materia en la Sección Tercera “Interpretación de los tratados”, a saber: “31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

De acuerdo con la gradación jerárquica del derecho federal de la Argentina, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se emplazaría en el segundo nivel, inmediatamente después de la CF y el DIDH que goza de nivel constitucional (ver subsección 5.4.2 “Configuración y cotización normativa”). Sin embargo, la *bona fides* de la Convención, a mi juicio, congloba⁽²⁷⁸⁾ al DIDH que goza de jerarquía constitucional; ergo, al unir las partes, resulta imposible realizar el DIDH, que tiene la mencionada jerarquía, en descuido de la buena fe que de modo prominente prescribe el art. 31 de la Convención. Dicho con otras palabras: la realización de los derechos fundamentales alojados en el DIDH debe ser de buena fe, porque los catorce instrumentos que poseen jerarquía constitucional son conglobados por la “buena fe” de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Podría pensarse que la interpretación o realización de buena fe, que preside la citada Convención, solo se aplica a los derechos fundamentales de raíz internacional y no a aquellos descritos en la propia raíz de la CF. Juzgo que no se trataría de una interpretación adecuada: primero, porque

(277) Abierta a la firma el 23/05/1969 y aprobada en la Argentina por la norma de facto 19.865 (1972).

(278) ZAFFARONI, E. RAÚL et al., *Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2000, pp. 127/128.

el DIDH queda conglobado con la “buena fe” que se ordena desde la Convención; segundo, porque dichos instrumentos internacionales, ahora “conglobados”, son los que efectivamente, 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” (art. 75, inc. 22 CF).

En este sentido, la buena fe debe ser entendida como criterio rector de la realización de los derechos fundamentales de raíz y jerarquía constitucional, dado que la “complementariedad” avizorada en el art. 75, inc. 22 CF descarta cualquier posibilidad de contradicción indeseada. Por lo demás, a partir de la reforma constitucional de 1994, la buena fe debe vincularse de manera permanente como uno de los “principios de derecho público” establecidos, ahora, por el sistema de la CF al que hace alusión el art. 27 de la Ley Fundamental de la Argentina.

8.5 | *Pro homine*⁽²⁷⁹⁾

Este principio también orienta la realización de los derechos fundamentales dado que —según sus prerrogativas— en el itinerario de realización de la formulación normativa siempre se ha de perseguir la interpretación más favorable para los derechos fundamentales de la persona humana. En rigor, se presenta como una regla de interpretación extensiva de los derechos fundamentales y restrictiva en sus limitaciones. Con varias expresiones normativas, ocupa la cúspide del orden jurídico de la Argentina.⁽²⁸⁰⁾ Aquí se muestra una de ellas para marcar normativamente la idea; me refiero a la contenida en el art. 29 CADH:

ARTÍCULO 29.- Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

(279) PINTO, MÓNICA, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As., CELS-Editores del Puerto, 1997, pp. 163/171.

(280) Ver art. 5° PIDCP; también, art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El principio *pro homine* también ha sido recogido en la doctrina judicial; así, varios jueces de la CSJN han expresado:

6º) Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la CN) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.⁽²⁸¹⁾

Las fórmulas normativas sobre este principio no son ninguna piedra filosofal ni sanalotodo ni antídoto infalible contra las pulsiones venenosas provenientes, en general, de algún servidor público. Nadie en su sano juicio puede pensar que son un recurso literario ni un ejercicio para pensar colectivamente. En verdad, son guías señeras para evitar la dramatización

(281) CSJN, "Acosta", 23/04/2008, Fallos: 331:858, suscrito por los jueces R. Lorenzetti, J. C. Maqueda, C. Fayt y E. Raúl Zaffaroni.

de los derechos fundamentales; especialmente, en aquellos casos trágicos o imposibles sobre su núcleo. No hace falta decir que en “tiempos de rosas”, en espacios ligados a casos fáciles, la guía sigue siendo relevante pero no tan destacada.

Los derechos fundamentales pretenden legitimar las acciones comunitarias. Nos regalan la idea de que determinada igualdad se hace posible. En particular, el principio *pro homine* tiende un manto protectorio que, sin conocer su eficacia, se dirige a favor de los derechos de la persona humana.

8.6 | Desarrollo progresivo

Sobre los derechos fundamentales se posan, al menos, tres cuestiones (en especial, sobre aquellos a los que se apoda “derechos económicos, sociales y culturales”):

- a. la obligación de determinar medidas inmediatas;
- b. la obligación de garantizar niveles esenciales de derechos; y
- c. la obligación de progresividad y no regresividad.

Los instrumentos internacionales sobre DIDH se refieren expresamente a la cuestión. Así, la CADH, en su Capítulo III “Derechos económicos, sociales y culturales”, determina lo siguiente:

ARTÍCULO 26.- Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Asimismo, el PIDCP define en su art. 2°:

Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del

presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Por último, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) también regula la materia en su Parte II:

ARTÍCULO 2°

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

8.6.1. Medidas inmediatas

Son medidas indispensables para la efectividad del derecho fundamental. Entre estas, en primer lugar se ubica la eliminación de toda práctica discriminatoria que afecte o turbe a los derechos fundamentales.

No menos importante es la tarea censal; en efecto, en materia de vivienda, educación, salud, cultura, etc., el relevamiento de los problemas que enfrenta la población, en especial los grupos más fácilmente vulnerables, es una obligación de esta especie de medidas. Resulta empíricamente imposible referirse al contenido y eficacia de esta categoría de derechos si de inmediato no se conoce con bastante certeza el grado de disfrute que, por definición, implica una actuación positiva.

8.6.2. Expectativas de no regresividad

En este campo, la noción general es que los Estados se encuentran obligados —diría “definitivamente obligados”— a adoptar medidas que, dentro del contexto, arrojen como balance la satisfacción o mantenimiento de los niveles mínimos exigibles.

8.6.3. Expectativa de progresivo desarrollo

La obligación de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales es, quizá, el ejemplo que patentiza de modo más indeleble las propiedades definitorias de esta categoría de derechos. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de “progresiva efectividad” constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo.

Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo o, en otras palabras, progresivamente, se prevea en relación con los alcances de los Pactos no se ha de interpretar como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por el contrario, la frase debe interpretarse con la mirada puesta en el objetivo general de los instrumentos del DIDH, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. El DIDH impone así una obligación de proceder de la manera más expedita y eficaz posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto, y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

8.6.4. Conciencia jurídica

Las ideaciones aludidas, adoptadas —como se detalla arriba— en pleno siglo XX por instrumentos del DIDH, ya pueden advertirse en un sentido eminente en preocupaciones de Immanuel Kant, quien en 1784 publicó *Contestación a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?*; allí expresaba:

Una época no puede aliarse y conjurarse para dejar a la siguiente en un estado en que no le haya de ser posible ampliar sus conocimientos (sobre todo los más apremiantes), rectificar sus errores y en general seguir avanzando hacia la ilustración. Tal cosa supondría un crimen contra la naturaleza humana, cuyo destino primordial consiste justamente en ese progresar; y la posteridad estaría por tanto perfectamente legitimada para recusar aquel acuerdo adoptado de un mundo tan incompetente como ultrajante. La

piedra de toque de todo cuanto puede acordarse como ley para un pueblo se cifra en esa cuestión: ¿acaso podría un pueblo imponerse a sí mismo semejante ley?⁽²⁸²⁾

No resulta imaginable el retroceso de la ciencia. Tampoco cabría suponer ello para la tecnología social —en ciernes— constituida por la construcción y desarrollo de los derechos fundamentales. La cruda realidad muestra que en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales su verdadero campo de actuación evoluciona con un constante esfuerzo, no exento de tensiones que intentan atarlos a situaciones del pasado. Sin embargo, el saber ya acumulado hace que la comunidad de individuos no deba abandonar el nivel de conciencia jurídica que, luego de luchas, ya ha obtenido.

8.7 | Nuevo interludio: la jurisprudencia de la Corte IDH según la CSJN

En este apartado se aborda la cotización de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) según el criterio de la CSJN. Para ello, se indican una serie de resoluciones judiciales que, aunque no tienen pretensiones de totalidad, sí sugieren un elocuente panorama. Se opta por su presentación cronológica, sin inferir de ello —en forma directa— una evolución o una involución en el sesgo del criterio judicial argentino.

8.7.1. La casuística

En el considerando 11 del caso “Giroldi”⁽²⁸³⁾ se sostuvo lo siguiente:

... la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (art. 75, CN; arts. 62 y 64, Convención Americana y art. 2º, Ley 23.054).

(282) KANT, IMMANUEL, *Contestación a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?*, Madrid, Taurus, 2012, p. 13.

(283) CSJN, “Giroldi, Horacio David y otro s/Recurso de casación —causa n° 32/93—”, 07/04/1995, Fallos: 318:514.

Años más tarde, en la causa “Felicetti”,⁽²⁸⁴⁾ en el considerando 6° se expuso:

... esta Corte ha reconocido que la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de las convenciones incorporadas a la Constitución por el art. 75 inc. 22, segundo párrafo “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (considerando 10).

Aunque luego se añadió:

Sin embargo, en relación a (...) “la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repunte, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales —equiparable al recurso de revisión—, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional” (considerando 13).

Posteriormente, en la causa “Espósito”,⁽²⁸⁵⁾ en el considerando 6°, los jueces sostuvieron lo siguiente:

... la decisión mencionada [sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Bulacio vs. Argentina”] resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.

Sin embargo, más adelante, en el considerando 12, expresaron que “sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, corresponde dejar sentado que esta Corte no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado”.

.....
(284) CSJN, “Felicetti, Roberto y otros s/ Revisión —causa n° 2813—”, 2000, Fallos: 323:4130.

(285) CSJN, “Espósito, Miguel A.”, 2004, Fallos: 327:5568, suscrito por Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni.

En la causa “Videla”⁽²⁸⁶⁾ se profundiza la línea de la obligatoriedad. Así se afirmó en el considerando 8°:

... esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Fallos: 330:3248, considerandos 20 y 21).

Más adelante, en el considerando 10, se refiere y anticipa lo siguiente:

... la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

(286) CSJN, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación”, 31/08/2010, Fallos: 333:1657, decisión suscrita por R. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco, J. C. Maqueda y E. Raúl Zaffaroni.

En el considerando 12 de la causa “Rodríguez Pereyra”⁽²⁸⁷⁾ se ha puesto de manifiesto:

... los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.

En el caso “Arce”,⁽²⁸⁸⁾ respecto del alcance de los precedentes de la Corte IDH, se sostuvo lo siguiente:

... corresponde que en el ejercicio del “control de convencionalidad”, la justicia argentina adecue sus fallos a los expresos términos de la sentencia de la Corte Interamericana que, más allá del caso específico en que fue dictada, ha compelido al Estado a adoptar diversas disposiciones de derecho interno de conformidad con el art. 2° de aquel instrumento internacional.

8.7.2. Opinión

En primer lugar, la Argentina se ha comprometido a cumplir con la decisión de la CIDH en todo caso que sea parte. Así se dispone en el art. 68, primer apartado, de la CADH que goza de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CF).

(287) CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis, y otra c/ Ejército Argentinos s/ Daños y perjuicios”, 27/11/2012, R.401.XLIII, con los votos de R. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco, J. C. Maqueda y E. R. Zaffaroni; voto concurrente de C. S. Fayt y disidencia de E. S. Petracchi.

(288) CSJN, “Arce Diego Daniel s/ Homicidio agravado”, 05/08/2014, A.1008.XLVII, fallo suscripto por Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, por remisión al Dictamen de la Procuración General (punto VI), A. Gils Carbó.

En segundo lugar, la jurisprudencia elaborada por la Corte IDH sobre las reglas de la CADH constituye una línea maestra u orientación general; sin embargo, dado que en el Estado constitucional no existe ningún tipo de absolutismo, todo ello es reducible a la siguiente fórmula primigenia: “vinculatoriedad potencial”,⁽²⁸⁹⁾ pero sometida a racionalidad exigible para todo acto del gobierno constitucional republicano.

Por último, en otro escrito se han manifestado objeciones sobre el control judicial de constitucionalidad de oficio;⁽²⁹⁰⁾ así planteado, sin convocatoria útil o emplazamiento a las partes del proceso, no guarda conformidad con las reglas constitucionales. También en esta pieza se expresan nuevos reparos sobre la discrecionalidad abierta judicial en materia de control de constitucionalidad (ver subsección 5.3). Todas esas palabras deben extenderse al control de convencionalidad —ejercido judicialmente— de oficio, que sin audiencia a las partes para ser oídas no debería prosperar, por no tener conformidad con el art. 18 CF y el art. 8º, inc. 1, CADH.

8.8 | Sobre la objetividad de los derechos fundamentales

Un objeto mundano complejo es aquel que tiene dos o más componentes.⁽²⁹¹⁾ Los derechos fundamentales son un ente que se inserta en el estado de cosas mundano.⁽²⁹²⁾ Todos los derechos fundamentales se estructuran con un núcleo y una periferia; ergo, son objetos complejos. Sin embargo, los objetos complejos no son susceptibles de recibir cualquier cambio. Hay variaciones estructurales, composicionales, en el entorno o en sus mecanismos que hacen perder la idea de complejidad y, por ende, del objeto observado o comprendido. Se trata de una concepción elementalísima, pero que posee una fuerte dimensión didáctica.

(289) ROSATTI, HORACIO D., et al., *Derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2013, p. 98.

(290) FERREYRA, RAÚL G., *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*, Bs. As., Ediar, 2001, pp. 264/271.

(291) BUNGE, MARIO A., *Diccionario de Filosofía*, México, Siglo XXI, 2001, pp. 196/198.

(292) RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO, *¿Cómo se hicieron los Derechos Humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas*, Vol. 1: “Los derechos existenciales”, Bs. As., Didot, 2014.

La pura existencia de un núcleo presenta la idea de una parte intangible e indisponible. Dada la complejidad en el nivel de organización u ordenación del derecho fundamental, no debe procederse a cualquier tarea configuradora. En otras palabras, en la dialéctica del Estado constitucional hay cambios que pueden suscitar su desfiguración anatómica y, en consecuencia, su pulverización inmediata. Piénsese, por ejemplo, en el cuerpo humano: ¿podría existir sin el corazón? No me refiero solo a “la memoria del corazón [que] elimina los malos recuerdos y magnifica los buenos, y que gracias a ese artificio logramos sobrellevar el pasado”.⁽²⁹³⁾ Aunque deseemos demorarnos en el goce de la “memoria”, me refiero, también, al corazón entrevisto en la organización, fisiología y morfología del ser humano; sin dicho órgano, pues, no habría vida. Del mismo modo, a los derechos fundamentales se les debe reconocer constitucionalmente un corazón que no debe ser lesionado. Un manto de intangibilidad del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Tal como ya se ha planteado, la CF confiere reconocimiento a un “noneto” de derechos. No tengo dudas de que sin derechos civiles, ambientales y políticos no habría comunidad estatal, como tampoco las tengo respecto a que sin derechos económicos, sociales y culturales o, mejor dicho, sin un nivel mínimo de realización de estos, no habría posibilidad alguna de cierta igualdad en el disfrute de bienes y riqueza en la comunidad organizada de individuos. La CF ha receptado, desde 1853, una regla magnífica sobre la materia; hija, en buena parte, de la pluma de Alberdi. Se ordena en el art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. De dicha regla se infieren una serie de cuestiones que se tratan a continuación:

- I. Los derechos fundamentales, en principio, deben tener realización automática⁽²⁹⁴⁾ e integral. En la significación del enunciado “no podrán” corresponde derivar

.....

(293) GARCÍA MÁRQUEZ, GABRIEL, *El amor en los tiempos del cólera*, Bs. As., Sudamericana, 1985, pp. 141/142.

(294) En 1897, Joaquín V. González dijo, en una de las afirmaciones dogmáticas condensadas más divulgadas en la historia del saber jurídico constitucional de la Argentina, que: “No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre,

que no necesariamente serán reglamentados; la formulación no dice “deben ser reglamentados”. El mandato se dirige al supuesto de que la autoridad estatal lo reglamente; allí se encuentra el límite.

2. Todos, individuos y autoridades, objetivamente, se encuentran obligados a respetar “los principios, garantías y derechos”, y, en su caso, estimularlos y fomentarlos. No hay sitio para una comunidad organizada que enuncie derechos fundamentales y al mismo tiempo no se cumplan.
3. Las constituciones deparan estatus a los derechos fundamentales; sin embargo, las idealidades textuales no se pueden hacer cargo del “mal carácter” de las autoridades públicas —por no decir, la corrupción—, que muchas veces las despedazan con sus conductas basadas en anomia patológica. Así, los derechos fundamentales quedan en doliente papel.
4. Vale señalar que el deber de obediencia se cristaliza en la esfera de competencias de los servidores públicos, y también de cada individuo de la comunidad.
5. La misma regla —art. 28 CF— abre la puerta para reglar los derechos fundamentales. Se dice, en dicha inteligencia, que son relativos o se postula su definición como tales. Relativos, entonces, porque se refieren y relacionan con el sistema que les confiere reconocimiento, el de la Constitución federal. Por de pronto, la cotización jurídica de los derechos fundamentales, por imperio del art. 28 CF, es relativa: solo pueden ser justificados en el marco de referencia positivamente validado por la Ley Fundamental.
6. La relatividad de los derechos fundamentales es una propiedad secundaria; la primaria reside en la autorrealización segura. Es decir, pueden ser reglamentados, a veces es necesario que suceda, aunque puede no suceder porque son de realización automática, sin intermediaciones de la palabra del poder público y ella es, como se afirma, su propiedad primaria.
7. Con respecto a las leyes que reglamenten su ejercicio, se entenderá que alteran el derecho fundamental cuando, por ejemplo: a) dañan su estructura; b) descomponen sus mecanismos; c) cambian su ordenación u organización básica; o d) trastornan o perturban su entorno. Cualquiera de estas alteraciones lesiona, en términos constitucionales, irremediablemente, el corazón del derecho fundamental.
8. En otro sitio se ha definido al estándar de racionalidad para la función constitucional en el gobierno republicano.⁽²⁹⁵⁾ El ejercicio racionalmente justificable que allí se detalla, en clave normativa, para garantizar la Constitución en su comprensión interna se proyecta hacia el Estado.

.....
 ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación argentina”, en GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, 13ª ed., Bs. As., Estrada, 1900, pp. 86/87.

(295) FERREYRA, RAÚL G., *Fundamentos constitucionales*, Bs. As., Ediar, 2013, pp. 247/248.

9. Páginas atrás (5.4.2. "Configuración y cotización normativa") se ha hecho referencia al "requerimiento de racionalidad" en el apropiado ámbito de la comprensión externa de la CF y su ligamen con el Estado. Para la reglamentación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional se ha de adoptar semejante racionalidad que a la adoptada en el marco de la "regla sobre la subordinación".⁽²⁹⁶⁾
10. En el derecho constitucional vigente en los Estados soberanos de América del Sur, la Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 posee también un cotizado ejemplo de formulación normativa, a saber:

ARTÍCULO 6º.- A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) IV - os direitos e garantias individuais.

8.9 | Resumen

Toda justificación ha de consistir en generar o proporcionar razones para las acciones humanas. Siempre la noción de justificación es relacional; por ejemplo: DF justifica a CF, sitio en el que "DF" son nuestros conocidos derechos fundamentales y "CF" las partes restantes de una constitución más ligadas a fijar o determinar formas o procesos constantes.

Los textos constitucionales imponen a los poderes constituidos infinidad de "obligaciones de hacer" o "prestaciones" en materia de derechos fundamentales; por ahora se trata de una materia en débil desarrollo. Los fondos públicos que se disponen en el Tesoro de la comunidad son el marco más previsible para adjudicar y desarrollar derechos fundamentales; en particular, económicos, sociales y culturales. En este sentido, la deuda pública o deuda soberana del Estado conspira con rigidez contra las posibilidades de desarrollo de los derechos fundamentales.

Todos los despliegues evaluados en párrafos anteriores persiguen la concreción y satisfacción de los derechos fundamentales, porque ellos son —sin dudas— la justificación del convivir pacífico en una comunidad de ciudadanos. Sin embargo, dicha justificación, aunque demuestre que los cursos de acción son convenientes porque aspiran a la igualdad entre los

.....
 (296) BUNGE, MARIO A., *Diccionario de Filosofía*, op. cit., p. 178.

ciudadanos, no alcanza a ser una estrategia del todo eficiente. La realidad demuestra que los órdenes estatales se caracterizan por encarnar una legalidad prevaleciente, antes que enrolarse en la justificación creciente de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Los derechos fundamentales justifican al Estado constitucional. En definitiva, aunque no logren por completo ni a cabalidad el cometido de sus fines, son su “fundamento razón”.

9 | Comentarios finales

9.1 |

Los animales se encuentran en el mundo; probablemente sean “felices mientras tengan salud y suficiente comida”.⁽²⁹⁷⁾ El hombre, en forma bien diferenciada y distinguida de aquellos, pretende la comprensión y segura observación mundana. El hombre, con la guía de su razón siempre imperfecta y el respaldo en su experiencia siempre susceptible de verificación, intenta ejercer y desarrollar cierto tipo de dominio sobre el mundo para que este sea, quizá, más acogedor y también objeto de transformación. La naturaleza, en suma, configura un mundo dado o presentado al hombre; este, con sus invenciones científicas o tecnológicas trata, en general, de mejorar las condiciones iniciales al construir otros “mundos artificiales”.⁽²⁹⁸⁾ El Estado, el Derecho y la Constitución son entes artificiales; también, naturalmente, la asociación que da lugar a la mancomunidad: “Estado constitucional”.

El orden natural, si acaso fuese tal, no requiere procesos de control, pero puede producir, ciertamente, situaciones de encantamiento al espectador o a quien realice o intente su comprensión. Por el contrario, el orden social, inventado por el hombre, sí requiere procesos de control. Sin embargo, las ordenaciones fundamentales desarrolladas por los artificios para el control social creados por él no deberían producir encantamiento acrítico, porque al no ser objetos naturales siempre reflejan una serie de relaciones de fuerza en constante cambio. Identificar la desigualdad de los hombres reviste tarea prioritaria en el examen del origen y desarrollo del Estado constitucional.

.....

(297) RUSSELL, BERTRAND, *La conquista de la felicidad*, Debolsillo, Barcelona, 2003, p. 21.

(298) BUNGE, MARIO A., *La ciencia. Su método y su filosofía*, Bs. As., Siglo Veinte, 1997, p. 9.

9.2 |

La naturaleza de la determinación fundamental sobre la construcción y arquitectura de un Estado constitucional responde a la política y a las relaciones de fuerza engendradas y que se ejercen, por eso, con suficiente hegemonía. La definición sobre la arquitectura estatal tiene carácter preliminar; dicha determinación fundamental consiste en una resolución que la comunidad de ciudadanos adopta entre la pluralidad de alternativas que en la realidad se ofrecen. La aludida determinación fundamental, construida por los ciudadanos, en la inteligencia de que el pluralismo es la propiedad indisputable y señalada de esa asociación ciudadana, plantea los objetivos, traza el programa, genera el plan y los procesos; empero, la edificación jurídica del Estado constitucional mantiene con la determinación política iniciadora una relación que rige toda la construcción y luego de su finalización aguarda, con firmes expectativas, su dominio.

Apropiadamente, pues, cada Estado tiene una historia detrás y cada historia estadual es única. Para la vida de los hombres una forma de ordenación es absolutamente necesaria para el control responsable de la paz, aunque esa forma no imponga necesariamente un Estado. Aunque se ha asumido que el término “Estado” fue introducido en la literatura por Maquiavelo en el siglo XVI y que Cicerón en el siglo I a.C. ya había anunciado que “la cosa pública es lo que pertenece al pueblo”,⁽²⁹⁹⁾ en las líneas que anteceden la mancomunidad de individuos, cuya descripción es objeto de estudio, se corresponde con la reunión contemporánea constituida y expresada en pleno desarrollo del siglo XXI y su correspondiente gestión o realización pública.

9.3 |

En las estructuras argumentales anteriores —en especial, en la sección 3— se describe la posición del Estado y sus elementos al privilegiarse su examen estructural. Se plantea claramente la función “escénica” que cumple el territorio. Al mismo tiempo, se adquiere un compromiso seguro con la ciudadanía real, antes que la meramente formal. Por fin, en relación con el poder, se describen sus dos presentaciones en el Estado

(299) CICERÓN, *Obras Políticas: Sobre la República/Las Leyes*, Madrid, Gredos, 2009, p. 47.

constitucional, ora como poderes constituyentes, ora como poderes constituidos.

El artificio constitucional constituye el cuarto elemento del Estado. Se ilustra un enfoque original: la conexión de la Constitución con el ente que fundamenta, el Estado. Las construcciones dogmáticas, en general, se detienen en la evaluación interna del objeto. Aquí, sin desdeñar dicha perspectiva de la Constitución, se la vincula en sus tareas de fundamentación, ya sea como raíz del orden jurídico estatal, ya sea como justificación del mismo orden.

9.4 |

Significativamente, el derecho que emana de la Constitución, o cuya validación ella con la más alta jerarquía promueve y protege, comprende el cuarto elemento, definido o caracterizado como fundamental del derecho del Estado. Porque el poder, la energía para mandar y ordenar, debe ser canalizado. El poder canalizado con participación de los individuos que quedan sometidos al orden arroja, como resultado, la Constitución. La dogmática sobre el derecho constitucional resultante no puede configurar otro estado de cosas que una teoría del Estado constitucional.

El Estado argentino se encuentra fundamentado constitucionalmente por la suma regla más antigua de las sudamericanas que gozan de vigencia: la federal de la Argentina (1853-60). Al igual que todos los Estados de América del Sur, la Argentina "ordena" su vida "estatal" por intermedio de una Constitución. En el caso de la Argentina, el artificio fue inventado en 1853 e impuesto desde entonces. La Constitución nació a mediados del siglo XIX en el marco de un débil, fragmentado y casi inexistente contractualismo comunitario; sin embargo, transcurridos más de 160 años, sus determinaciones abstractas, abiertas y concisas, amén de sus reformas, la han convertido en un bien comunitario indispensable (mejor dicho: "un bien jurídico de naturaleza colectiva")⁽³⁰⁰⁾ para que cada individuo pueda diseñar el plan de vida que le plazca y desarrollarlo, reformarlo, con total libertad, sin interferencias. En principio, no existe otro "Estado" que no

(300) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *La Constitución que dura 1853-2003 - 1994-2004*, Bs. As., Ediar, 2004, p. 22.

se encuentre “constituido” por la respectiva “Constitución”. ¡No debería existir vida estatal fuera de la “Constitución”, pero existe!

Como se ha sostenido, todo el Estado se encuentra constituido por la Constitución porque ella canaliza, mejor dicho, envasa y contiene las determinaciones políticas fundamentales establecidas por los individuos que integran la comunidad estatal. Todo el derecho del Estado debe ser derecho autorizado por la Constitución, excepto algunos casos de emergencia política, económica y financiera que suelen quedar irracionalmente por fuera de ella.

Pese a todas las ilusiones sobre la igualdad y la solidaridad, en el Estado constitucional, fundamentalmente, se comprende y experimenta la libertad. El mundo del Estado constitucional resulta el mundo de individuos que son o persiguen ser igualmente libres, porque, al fin y al cabo, la “historia del mundo es la historia de la libertad”.⁽³⁰¹⁾

9.5 |

Que el Estado posea una Constitución para ordenarse, o darse una Constitución para organizarse, condensa la afirmación básica de esta lección, es decir, determinar la relación entre el ente comunitario y uno de sus constituyentes que traza y desarrolla sus “fundamentos”; dicho de otro modo, la constitución o los fundamentos constitucionales del Estado.

Una Constitución que “ordena” no compromete la idea de su realización completa y perfecta. Su falta de completitud o reducción es un defecto del proceso de la realización del derecho constitucional en el Estado. Al mismo tiempo, su progreso resulta proporcional al real desempeño de la diada “libertad ciudadana” y “poder público”, siempre tensionados, por lo general, en desmedro patético de la primera.

En el Estado ordenado u organizado con fundamentos en una Constitución, su constitucionalización nunca es cabal ni totalizadora. Las reglas constitucionales que fundamentan al mencionado Estado prescriben con bastante suficiencia la subordinación certera de su orden jurídico, la autorización detallada para su cambio formalizado, la distinción de las

(301) CAMUS, ALBERT, *Cuadernos. 1942-1951*, Bs. As., Losada, 1966, p. 111.

funciones controladas de sus poderes gubernativos y la notable literatura sobre la acción de sus derechos fundamentales. Baste señalar, por ahora, que la descripción constituye el resultado de una previa comprensión analítica que guarda, para cada regla, un rasgo básico o manifestación preferencial de su entidad propia.

En las secciones anteriores no se persigue un tipo ideal de Estado constitucional. Se guarda la expectativa de que la descripción del “modelo normativo determinado” pueda ser objeto ulterior de una ampliación y tipificación, por ejemplo, en América del Sur. En este idioma: si los principios y reglas en cuestión, analizados críticamente para el Estado argentino y desde el sistema de su Constitución federal son verdaderamente objetos que dan lugar a ejemplos de un tipo y todos ellos poseen, en una comprensión a realizar en otro sitio y lugar, un cierto “aire de familia”.

9.6 |

Una de las definiciones fijadas por el DRAE sobre “subordinación” —“Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien”— deja constancia semántica precisa de cuanto se discute. En efecto, en el Estado constitucional, la subordinación del ente a la ordenación fundamental determinada por la Constitución liga con decisión intransigente el propio concepto de Estado.

La regla sobre la subordinación jurídica del Estado por intermedio de cada uno de los despliegues que la Constitución dispone (supremacía normativa, relación con el DIDH, control de constitucionalidad y rigurosa juridicidad) persigue establecer la certeza, es decir, el “conocimiento seguro” por parte de la ciudadanía y los servidores públicos del campo dominado por el derecho y del otro campo libre, un mundo sin reglas jurídicas.

9.7 |

La Constitución es una entidad mundana; no debe ser ídolo de ilustración ni ser juzgada como el producto inalcanzable de personas sabias o no sabias, que en su mayoría han muerto. No obstante, cualquier variación debe seguir detalladamente el protocolo establecido en la propia letra constitucional. Fuera de la canalización dispuesta en la Constitución, no hay cambio autorizado. La autoridad creada por la Constitución no debe

disponer cambios fuera del proceso político y jurídico prescrito en la suma regla. El cambio es una posibilidad enorme en la vida de los hombres. Arraigar, entonces, el cambio constitucional a un proceso clave e indispensable consagrado, en modo autorreferente, también confiere certeza en las relaciones humanas.

9.8 |

Se debe a Empédocles la enunciación más concreta de la denominada “doctrina de los cuatro principios duraderos”⁽³⁰²⁾ —agua, tierra, fuego y aire—, aunque la palabra “elemento” no fue utilizada por él sino por Aristóteles.⁽³⁰³⁾ La mezcla de los elementos fundantes, en diferentes proporciones, permitía distinguir todo cuanto existe en el mundo natural. En el ámbito reservado a la cosmología jurídica, la explicación del universo “Estado constitucional” se basa en la reunión de sus cuatro elementos.

Paralelamente, una de las reglas constitucionales, la que se apoya sobre la distinción, con cada uno de sus ámbitos peculiares, autoriza justificar el siguiente dictamen: toda autoridad se fundaría en un contrato. Por intermedio de la regla sobre la distinción se pueden observar y comprender, por un lado, la arquitectura vertical del poder constitucionalizado en la creación e identificación del derecho (democracia política) y en la descentralización política (federalismo) y, por otro, la casa común, que apodamos “república”, en la inteligencia propia del único sistema conocido por estas tierras, el presidencialismo. Distinguir, pues, es una tarea comprometida con la justificación por la cual unos hombres van a mandar a otros y estos tendrán que obedecer. El camino es desperejo, pero tiene que ser transitado sin fruslerías, porque este modelo funciona si a todos se les asegura auténticamente la participación y que, llegado el caso, también podrán ser gobernantes. La distinción entre gobernantes y gobernados es clave, pero no debe ser vitalicia para todos los que ejercen la autoridad pública, porque la democracia política, los procesos de descentralización, “la casa republicana” y el sistema de gobierno tienen justificación a condición de que el grueso de sus enunciados sean compatibles con la naturaleza indeterminada de la vida humana y su segura finitud.

(302) FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ariel, 2009, pp. 987 y 997.

(303) RUSSELL, BERTRAND, *Historia de la filosofía occidental*, t. I, Barcelona, Austral, 2013, p. 108.

9.9|

Los derechos fundamentales, pues, constituyen reglas o líneas significativas para la acción estatal y ciudadana. En el cuerpo de la Constitución federal de la Argentina encuentran reglamentados los siguientes: derecho a la vida, derecho de libertad, derecho de igualdad, derechos políticos, derecho de propiedad y función social, derechos sociales, derechos de incidencia colectiva y el contrato generacional ambiental. A esta composición semántica se unen los “derechos no enumerados”; con igual jerarquía constitucional, al “noneto” de derechos descrito se vinculan, desde luego, los derechos cuya nomenclatura yace en los catorce instrumentos que gozan de la mayor estatura jurídica en la Argentina.

Unos (el “noneto” descrito en la Constitución federal) y los otros (descritos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia) congloban un nuevo sistema, el sistema de la Constitución federal de la Argentina. En su conjunto intentan justificar el accionar del Estado y el de los ciudadanos entre sí.

9.10|

El poder del Estado es un poder sobre los hombres. El papel del Estado es el de proteger (y fomentar) la “riqueza total”⁽³⁰⁴⁾ (bienes más servicios) de los individuos que integran una comunidad. Desde otro ángulo, se puede proveer otra idea muy simplificada del Estado constitucional; en efecto, quizá podría ser comprendido como un enorme, gigantesco rompecabezas, cuyos objetivos pueden ser resumidos en proteger o alentar las siguientes cuestiones:

1. la educación y la cultura;
2. la salud;
3. la economía y las finanzas; y
4. la política, con apego al ambiente en que sus miembros desarrollan su vida y también lo harán las generaciones futuras.⁽³⁰⁵⁾

(304) Ver BUNGE, MARIO A., *Filosofía política...*, op. cit., p. 333.

(305) Mario Bunge sugiere que todo adulto responsable posee intereses de cinco clases, aunque en proporciones diferentes, tal como puede verificarse a partir del esfuerzo, los recursos o

Muchos de los arquitectos o constructores del rompecabezas han muerto. El diseño original contiene algunas líneas que hoy provocan rechazo, desdén o anomia, o emplean “un lenguaje asaz diferente del que hablamos ahora”;⁽³⁰⁶⁾ otras, la mayoría, ejercen atracción porque su cotización asegura determinado espacio de libertad, cierta igualdad y una frágil e inasible solidaridad. Al mismo tiempo, el rompecabezas quiebra, daña, rompe o altera el propio concepto original de rompecabezas porque no tiene una única ordenación de los millones de sus piezas genuinas, valiosas y originales; no hace falta decir que estas no se encuentran numeradas, aunque, por lo general, los arquitectos que las diseñaron les atribuyeron “una desigualdad originaria”. Nótese que es justicia fundamental predicar que dicha desigualdad originaria siempre careció de fundamentación racional o evidencias en su apoyo. Desigualdad entre los individuos, por lo general, atribuible al desarrollo y disfrute de todos los bienes, excepto los derechos eminentemente políticos, que gozan de cierta equidad.

Todas las piezas, por definición original, son iguales políticamente entre sí y todas desean, persiguen con presencia persistente, un sitio en el mundo o territorio del rompecabezas, porque existen otras desigualdades —apuntadas arriba— en el disfrute de otros bienes: cultura, economía y biología. En este marco territorial, el poder constitucionalmente fijado en la Ley Suprema debe armonizar las piezas, cada día, cada hora, cada año, luchando para conservar el ambiente, profundizar la equidad política y fomentar la eliminación de la desigualdad o alcanzar la socialización efectiva de los bienes colectivos. Escrito de este modo, sinceramente, pensar o idear que

.....
 el tiempo que las diversas personas emplean en procurar los medios para satisfacerlos. Propone la siguiente tabla. 1) Ambiental: un entorno rico, diverso y seguro; 2) Biológico: seguridad, buena salud y alimento; 3) Económico: eficiencia, recompensa, seguridad laboral; 4) Político: poder, buen gobierno, libertad y 5) Cultural: conocimiento, belleza, educación. V. BUNGE, MARIO A., *Filosofía política*, op. cit., p. 138.

(306) BORGES, JORGE LUIS, “La Biblioteca de Babel”, en *Ficciones*, en *Obras completas*, op. cit., p. 467. Sobre la lengua constituyente, articulada por los arquitectos del pasado, Ricardo Rabinovich-Berkman ha señalado recientemente: “... Es una Constitución [la federal] con la cual hay que tener cuidado al regalarla a amigos extranjeros. Por ejemplo, si se la regalamos a un amigo sueco, seguramente se espante al encontrar frases como ‘En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración’. Tendremos que aclararle rápidamente, ante su gesto de horror, que ya no había esclavos en 1994, pero que por un pacto se acordó mantener intacta una parte de la Constitución de 1853, tiempo en el que sí había esclavos” (versión taquigráfica provisional del “Encuentro a 20 años de la Constitución reformada”, organizado por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 25/8/2014).

las reglas examinadas en esta pieza —cuya metáfora, parcial o totalmente, acaso pudiese ser dirigida al Estado constitucional— solucionen el asunto requeriría no solo de servidores públicos eficaces, sino también de “descifradores ambulantes”⁽³⁰⁷⁾ a tiempo completo, que solamente existen en la prosa de la ficción. Con más modestia, por tanto, queda para la prosa del derecho constitucional determinar marcos para colaborar con las ilusiones sobre la esperanza de una convivencia pacífica, en la que todos los ciudadanos disfruten o puedan disfrutar del casi inalcanzable “bienestar general”, en una sociedad de ciudadanos iguales no solo en libertad; porque, si fuese cierta la anticipación del poeta —“para todos pan [y] para todos rosas”⁽³⁰⁸⁾ [de la libertad], ello significaría que si unos no tienen el pan, usarán la libertad para reclamarlo y que si, en cambio, solo tienen el pan, reclamarán por su inherente libertad para controlar a quienes lo producen y lo reparten, y con seguridad se queden con la mayor parte; acaso, todo.⁽³⁰⁹⁾

El Estado constitucional, quizá, signifique una ideación infinitamente más potente que su apropiada concreción en la realidad política comunitaria. Hace años se ha dicho que una “Constitución no hace en absoluto a un Estado, salvo en la más estricta significación literal, un auténtico Estado constitucional”.⁽³¹⁰⁾ En ninguna de las líneas anteriores apelé al juego de palabras, porque juzgo relevante la cruda descripción, sin la complaciente veneración en que incurren ciertos intérpretes que creen posible un inexistente culto oficial a la Constitución, olvidando la más genuina posibilidad entregada por la sociedad abierta: o todos realizamos el derecho constitucional, o el derecho constitucional es simplemente una nueva forma arbitraria e irracional de dominación. Tampoco ahora jugaré con las palabras. Bastará, por eso y para finalizar, una afirmación, con igual pureza teórica que la perseguida en la sección 1: sin Constitución, no hay Estado constitucional, porque las cuatro reglas aquí reportadas fomentan la ilusión de que los ciudadanos sean efectivamente iguales en libertad y el poder constituido constituya una zona de competencias limitadas sometidas al control racional.

(307) BORGES, JORGE L., “La Biblioteca de Babel”, en *Ficciones*, Bs. As., Emecé Editores, 1996, p. 467.

(308) ÉLUARD, PAUL, *Obras escogidas*, Bs. As., Editorial Platina, 1962, p. 80.

(309) ZAFFARONI, E. RAÚL, “Ciudadanía y jurisdicción en América Latina”, en *Contextos, Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires*, n° 4, 2012, p. 27.

(310) LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 161.