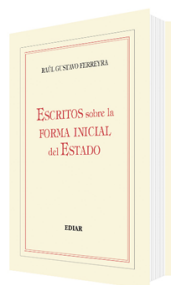


RAÚL GUSTAVO FERREYRA

ESCRITOS sobre la
FORMA INICIAL
del ESTADO

EDIAR



El presente libro electrónico fue confeccionado de acuerdo con los parámetros indicados por el Foro Internacional de Publicaciones Digitales (IDPF). La visualización del contenido y la funcionalidad de los vínculos podrán sufrir variaciones según los diferentes dispositivos y aplicaciones de lectura.

RAÚL GUSTAVO FERREYRA

**ESCRITOS SOBRE LA FORMA
INICIAL DEL ESTADO**

Teoría general de la Constitución y su reforma
**La Escritura fundamental de la Argentina, en el
tiempo**

Fuerza normativa

Monopresidente

Destrucción del Estado



EDIAR
www.ediar.com.ar

Copyright by **EDIAR**
Sociedad Anónima, Editora Comercial, Industrial y Financiera
Tucumán 927, 6° piso
Buenos Aires
2025

Ferreyra, Raúl Gustavo

Escritos sobre la forma inicial del Estado / Raúl Gustavo Ferreyra - 1ª ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2025.

Libro digital, EPUB

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-950-574-549-4

1. Derecho. 2. Derecho Constitucional. I. Título.

CDD 342

A la memoria de mi madre, Delia Lidia

A Nancy e Inés, mis hermanas

A Aitana Giulia, mi nieta

“Quien adhiere a una ley no teme el juicio que lo devuelve a un orden en el que cree. Pero el más alto de los tormentos humanos es ser juzgado sin ley. Y sin embargo estamos en ese tormento”.

CAMUS, Albert, *La caída*

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AA. VV.	autores varios
art., arts.	artículo, artículos
B. O.	Boletín Oficial de la República Argentina
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CFA	Constitución federal de la República Argentina
CRFB 1988	Constitución de la República Federativa de Brasil
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
DADH	Declaración Americana de los Derechos del Hombre
DIDH	Derecho internacional de los derechos humanos
DNU	decreto por razones de necesidad y urgencia
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ed.	edición
FGV	Fundação Getulio Vargas
IA	inteligencia artificial
ibíd.	ibídem (“en el mismo lugar”, “allí mismo”)
IDP	Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
IIJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Nacional Autónoma de México)
inc., incs.	inciso, incisos
ob. cit.	obra citada
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de la Naciones Unidas
p., pp.	página, páginas
ss.	siguientes

t.	tomo
trad.	traducción, traductor/a
UBA	Universidad de Buenos Aires
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNLP	Universidad Nacional de La Plata
v.	ver
vol.	volumen

ESCRITO SOBRE LOS *ESCRITOS*...

La palabra escrita

En una de sus acepciones, un “escrito” es “una obra o composición científica o literaria”: libro, publicación, manuscrito. La escritura con apoyo en un alfabeto tendrá unos 3000 años. Su invención fue posterior al diálogo oral y crítico. La historia del constitucionalismo en América del Sud tiene menos de 250. Más allá de algunas convenciones, actos o costumbres, la presentación positiva de las Leyes supremas del Derecho constitucional sudamericano siempre ha sido por escrito. Asimismo, también han asumido la forma escrita toda la doctrina autoral desde el siglo XIX y las decisiones de la jurisdicción, la administración y la propia legislación. Fuera del ambiente de la escritura se encuentra el infierno más propicio de la anarquía y de la voluntad del más fuerte; obviamente, escribir el Derecho no es ninguna garantía de las garantías. Sin embargo, las reglas escritas pueden exhibir un cerramiento más difícil de evadir.

La representación de letras que forman palabras que, a su vez, van organizándose en oraciones, sean descriptivas o prescriptivas, el mismo acto de escribir, exige la existencia de una comunidad de personas que compartan un vínculo para comunicarse, expresarse y entenderse. Sin un código compartido, la escritura sería factible, aunque no entendida ni desarrollada por todos. La Constitución, la forma inicial del ordenamiento jurídico, es el único instrumento del Derecho que debe ser compartido por toda la ciudadanía. No hay disciplina jurídica semejante, y por eso se la muestra como ramas de un árbol, cuya raíz y tronco es el constitucional. La Escritura fundamental^[1] cumple la augusta misión de “unir”^[2] a “todos los hombres”^[3]. La Constitución es de la ciudadanía o no es escritura suprema con autoridad para ordenar la comunidad. Sin unión bajo su código escrito, jamás será posible una mediana eficacia de sus regulaciones ordenadoras sobre la conducta humana de ciudadanos y servidores públicos.

La búsqueda de una división de la ciudadanía, instada por cualquier medio, es un comportamiento absoluto e irracional que debe ser censurado:

toda fragmentación es contraria a una Constitución que debe convocar a todos a vivir bajo sus piezas y procesos instituidos. Para vivir, la “Constitución ha de tratarse de un hecho coral”^[4]. La “unión” es tan importante que se encuentra inscrita, por ejemplo, en el Preámbulo de la Constitución federal de Argentina (“constituir la unión nacional”) y en el artículo 1 de la Constitución de Brasil (“la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal”). No es necesario ser constitucionalista para decidir, sin margen de error, que llamar a la división de la ciudadanía o inducir sus enfrentamientos por cualquier motivo, tanto en Brasil como en la Argentina, serán conductas marcada y manifiestamente inconstitucionales, sin exculpación ni atenuación posible por la irresponsabilidad en que se incurra. Se elabora una Constitución porque hay una determinación de la ciudadanía: coexistir. La única coexistencia es junto al otro; sin él, no la hay. “Constitucionalizar” es, por lo tanto, coexistir en tutela de la vida de todos^[5]. El respeto de la otredad, en toda comunidad en la que siempre existirán conflictos, es el requisito para una paz estable, relativa y duradera.

La Constitución escrita es el documento político e institucional más importante para la convivencia de las comunidades. Esa Escritura fundamental, la autoridad suprema de la ordenación, aparece en el momento en que las comunidades requieren afirmar su deseo de ser igualmente libres o iguales en libertad, y ceñir y dividir en departamentos el ejercicio del poder. La forma escrita fue la vía escogida, dado que todo aquello que se encuentra escrito puede incumplirse, pero su olvido o su negación será casi imposible. En América del Sud el proceso de constitucionalización de los Estados se inició a comienzos del siglo XIX. Esas bases políticas siempre han sido expresadas jurídicamente por escrito, por aquella necesidad imperiosa de distinguir la lengua escrita de la lengua hablada, ya que la precisión de la primera es y será siempre superior. La configuración y el desarrollo de una Escritura fundamental, suprema, altísima, quizá constituya una búsqueda sin término para establecer una muralla racional al ejercicio del poder y un determinado reconocimiento a los derechos más elementales.

Las Constituciones escritas, verdaderos instrumentos para contener, controlar y ajustar el poder, así como para evitar la amenaza del olvido,

fueron precedidas en el tiempo por textos doctrinarios de filósofos, juristas y políticos. A su vez, ¿quién puede dudar de que antes de esas doctrinas escritas sobre las fuentes del poder y el reconocimiento de los derechos regía el sabor de la oralidad?

En la actualidad, en nuestra región, todas las Constituciones son escritas. A nadie en su sano juicio, en América del Sud, se le ocurriría fundar el principio de constitucionalidad en actos o convenciones no escritas; mejor dicho, en algunas especies de costumbres o de presuntos secretos. La Ley suprema establece procesos públicos que deben cumplirse a la luz del día, con la obligación de ser conocidos por todos. Esa es una condición inaplazable, porque para cumplir una Constitución, hay que conocerla y para comprenderla debe ser solidariamente^[6] escrita en una lengua compartida por toda una ciudadanía, en cada día y en cada espacio.

El momento constituyente tiene la pretensión de hacer soñar que con la invención y las determinaciones de una Ley se cobijará el tiempo y el espacio. El hecho de que nadie ni nada se pueda caer de este mundo, mientras rijan las leyes naturales, ha hecho pensar a políticos y juristas en la construcción de escaleras para un cielo de idealidades constitucionales humanamente irrealizables. Asimismo, la perpetuidad en el cargo público ha sido una ambición constante de muchos representantes. La Constitución aspira a gobernar un tiempo y espacio; una tentativa que, para ser lograda, requiere, sobre todo, la racionalidad de su regulación, es decir, que pueda ser atendida, acatada y realizada por seres humanos.

Comunión

Entre 2023 y 2024 he realizado investigaciones, conversaciones, participaciones, que en la enorme mayoría de los casos han adoptado la forma escrita^[7]. Esas reflexiones, lecturas y diálogos estuvieron presupuestados por una vocación o decisión epistémica: “la razón como gobernanta de nuestra voluntad”^[8]. La razón como fuente y guía maestra del conocimiento y la producción del Derecho siempre ha presidido el itinerario^[9]. Han estimulado la concentración y la dedicación de mis afanes las diferentes versiones del “voluntarismo populachero” o “voluntariado populista”, junto al daño que provocan en el Derecho de la Constitución. A continuación, algunas preguntas que me hice en estos años –y me sigo

haciendo—:

¿Puede un presidente gobernar a su antojo por decretos de necesidad y urgencia (DNU)?

¿Puede una Corte Suprema de Justicia dictar pronunciamientos fuera de su competencia reglada?

¿Puede la Corte Suprema de Justicia llevar a cabo la configuración normativa, sea legal o constitucional, dentro de la singularidad de un caso?

¿Pueden los jueces de la Corte Suprema de Justicia producir leyes, revivir leyes derogadas o crear reglas constitucionales que sólo se encuentran en la zona exclusiva de atribuciones del Congreso o de una Convención Constituyente, respectivamente?

¿Deben los presidentes fomentar un discurso de odio?

¿Debe la Corte Suprema de Justicia negar legitimación ciudadana para acudir a sus estrados cuando se defiende el proceso de supremacía constituyente, el orden institucional y el sistema democrático?

¿Puede el Congreso, por una mayoría de sus miembros, habilitarle al presidente de una república la suma del poder público para reformar el Estado con implicancias privatizadoras, incentivar inversiones de grandísimos capitales sin control e instalar la regresividad en materia tributaria?

¿Puede el Congreso, por una mayoría de sus miembros, decidir que los más ricos paguen menos tributos y quienes son más pobres paguen más?^[10]

¿Puede un presidente de un país deteriorar los magros haberes de los jubilados y sumergirlos en la indigencia?

¿Puede un presidente vetar de manera constante la legislación que no le plazca, razonablemente producida por el Congreso?

¿Puede un presidente de un gobierno republicano inducir un recorte presupuestario de tal entidad que provoque el derrumbe de la investigación científica y de la enseñanza universitaria?

¿Puede un presidente como “jefe supremo de la Nación” manejar las relaciones exteriores en detrimento de la paz y el comercio con países extranjeros?

¿Puede un presidente negar las partidas presupuestarias a las provincias para la realización de obras públicas?

¿Puede un presidente negarse a entregar a las provincias los fondos tributarios que les corresponden por derecho propio, en arrasamiento del federalismo, que él colecta en su rol de servidor público?

¿Pueden todos los poderes constituidos del Estado, ya sea por acción u omisión, fomentar la desnaturalización del derecho a la salud?

¿Puede un presidente injuriar o calumniar a periodistas y artistas?

¿Pueden las autoridades públicas negar hechos históricos o repudiar verdades científicas por la mera circunstancia de su voluntad irracional?

¿Puede una democracia constitucional, con sus vacilaciones y baches, auspiciar el gobierno de los intolerantes y, acaso, el suicidio de su magia para el gobierno plural, auténtico y periódico?

La respuesta es “no”, en todos los casos. Decir “no” implica el rechazo jurídico por la incongruencia de cada uno de estos interrogantes urgentes y apremiantes. La incompatibilidad, la contrariedad con el Derecho de la Constitución es tan penosa que no acepta ninguna modulación ni corrección. Al violarse la Escritura fundamental, se produce su caída y se hundén las posibilidades existenciales del Estado de Derecho constitucional.

También es un “no” moral, “porque afirma la existencia de una frontera”^[11] y un límite que no será objeto de traspaso: ese “hombre que dice que no” llega a ese sitio en virtud de que la invasión ya resulta intolerable. Ese “no” es terminante, porque cada uno de esos escenarios invocan o involucran el desgajamiento de las razones constitucionales. La Constitución debe instituir una combinación de razones. Cuando se violan, se transgreden o manifiestamente se quebrantan esas razones, se debe decir “no”. Por eso se hace necesario, una y mil veces, enfatizar que “tan sólo la razón prescribe al ser racional”^[12]. La razón ha de tener incidencia sobre la voluntad, máxime cuando ésta se desvía en alguna forma de autocracia o despotismo. No hay ilustración cuando desde los departamentos judiciales, congresuales o ejecutivos se allana la razón y se menciona a la voluntad como la causal eximente de responsabilidad.

La institucionalización de una Constitución es para determinar

definitivamente, con razones, la distribución del poder, su control, sus límites, su periodicidad. Ese ejercicio reglado del poder que constitucionalmente se determina con sus razones se ve deteriorado, a veces en pleno derrumbe, por el mal desempeño de los servidores públicos que no actúan, o actúan contra los límites, contenidos y vínculos establecidos por la Ley fundamental del Estado. ¿Será cierto qué cuando se avecina la tormenta quienes se ocupan de la Constitución no “viven tiempos felices”?^[13]

Cada uno de los escritos de este libro fue concebido en diversas instancias. El primero fue redactado y editado en la primavera del 2023. La preparación del segundo sucedió en el invierno de ese año. La escritura del tercero, en el verano del 2024. El cuarto y el quinto fueron escritos en el otoño del 2024. Ahora todos ellos se reúnen, en comunidad, en un único volumen: *Escritos sobre la forma inicial del Estado*. Tal como se puede leer en la siguiente sección, los pensé para diversos compromisos intelectuales. Por dicho motivo, en la presente edición de cada uno de ellos, he decidido mantener la fecha original de su gestación^[14]. Las afirmaciones que allí realizo, junto con las pesquisas respectivas, encuentran sus límites en el tiempo y, probablemente, también en el espacio de sus formulaciones, siempre contenidas por la extensión de la palabra escrita.

En virtud de la preparación individual de cada contribución, es posible que haya algunas repeticiones, en general ligadas a beneficiar la lectura autosuficiente. En la tarea de aunar estos cinco escritos, he procurado que las reiteraciones dialoguen entre sí, sin repeticiones innecesarias, para lograr un cuerpo común: los *Escritos sobre la forma inicial del Estado*.

La totalidad de estos trabajos se enmarca dentro del enfoque interno de la Constitución; es decir, el estudio y la valoración de su sistema aislado y singularmente individualizado. Ese enfoque interno posibilita los ejercicios sobre la abstracción de la teoría general o la concreción de la dogmática de la Constitución, según se advierte desde el primer escrito.

La lengua de la Constitución es básicamente un instrumento normativo, que con la formalización de sus reglas lleva adelante procesos públicos que pretenden un orden determinado en la comunidad; una ordenación pensada y escrita sobre un abanico de ideas acerca de la libertad, la igualdad, la solidaridad y el poder. Esos procesos públicos son los siguientes: a) la “supremacía constituyente”, porque sin ella no hay Derecho de la

Constitución; b) los “derechos, bienes y deberes”, porque son el fundamento de toda persona humana para cumplir y desarrollar su plan de vida; c) el “gobierno y el control de poder”, porque sin el primero no hay orden y, sin el segundo, se abre la puerta al absolutismo; d) la propia variación constituyente, porque el cambio reglado y protocolizado es indispensable e inherente para todo objeto creado por el ser humano; e) la estructuración de la “democracia”, el único método que autoriza y habilita la plena participación de la ciudadanía en su conjunto; y f) los “mecanismos garantistas”, porque la Constitución debe protegerse a sí misma y al orden que inicia. Esos procesos públicos forman el tronco principal de las disertaciones.

En suma, los *Escritos sobre la forma inicial del Estado* se encuentran cohesionados por el método o la comprensión teórica y dogmática interna; por la temporalidad en su producción y por el vínculo que mantienen para describir los problemas de los procesos públicos que determina la Ley fundamental. Además, en todos yace una preocupación indeclinable sobre la degradación de la Ley fundamental y la ruptura de las instituciones, que también fomenta su reunión en un mismo volumen. Esa vulnerabilidad de la Constitución y de las instituciones republicanas y democráticas lleva a decir a voluntaristas, irracionalistas y “otras etnias” que, sin instituciones política y democráticamente creadas por el Derecho, la mano libre de la economía y las finanzas guiarán a la comunidad hacia su propio bienestar, un “malestar” para muchos.

La tesis que asocia, reúne y enlaza estos cinco textos reside en que la existencia y la vitalidad de una Constitución escrita, con sus instituciones republicanas y democráticas, es la única que habilita, auspicia y autoriza todos los procesos públicos. Así, la Escritura fundamental, política por naturaleza, será la que determinará y condicionará la prosperidad o la pobreza de una comunidad. Son los procesos públicos, autorizados por las instituciones políticamente diseñadas en la Constitución, la fuente, el manantial que determinará el alcance, la dimensión y el desempeño de los resultados en pos del bien común, o de la ruina colectiva en cuanto a la economía, las finanzas, los bancos y los empleos. Sin instituciones republicanas, sin democracia política y plural diseñada por una Constitución escrita, se ingresa a la anarquía: la selva del más fuerte, la

concentración del poder salvaje, el absolutismo agreste y el crecimiento desgarrador de la pobreza. Sin instituciones constitucionalmente reguladas, no hay racionalidad para la coexistencia y el reparto del poder.

El Estado regido y vinculado por una Constitución política escrita es una de las mayores invenciones de la humanidad para una coexistencia armónica de todos. Por dicha razón, aquellos discursos que se profieren hacia la degradación y el aniquilamiento de las instituciones políticas – repito, creadas por una Constitución– persiguen claramente la desigualdad entre los ciudadanos. No hay mayor mal que la generación de pobreza en una comunidad, y esa maldad sólo pueden cometerla quienes mandan – léase: funcionarios públicos o dueños de negocios privados–.

La sola existencia de las instituciones políticas no garantiza, por sí misma, el bienestar en la comunidad. Las determinaciones de una Constitución no son un pasaje a un paraíso comunitario. En este libro, especialmente en el cuarto escrito, analizo y evalúo cómo la institución política diseñada para un sistema de gobierno presidencialista puede provocar la configuración de “algunas élites”^[15], personas afortunadas por el azar o los negocios, que con mayor o superior despotismo intentarán establecer las instituciones económicas, financieras y bancarias que prefieran, en su danza privilegiada y exclusiva, sin solución de continuidad.

Las afirmaciones anteriores no importan negar, con ingenuidad, que la estructura económica, financiera, comercial y bancaria intentará presionar, participar, dominar o ejercer cualquier forma de influencia sobre el sistema constitucional y político. Esas conductas han sucedido, suceden y sucederán, en virtud de que forman el legajo de las interacciones en una sociedad capitalista. Sin embargo, esa orientación debe estar comprometida con el ejercicio de la libertad, la igualdad en consonancia con la justicia social y las iniciativas solidarias.

La Constitución escrita y política del Estado es hecha por ciudadanos que tienen y tendrán comprensiones muy diversas –y hasta profundamente antagónicas– sobre la vida, el conocimiento, las artes y las ciencias, la fraternidad y la riqueza. Dentro de sus cuatro márgenes de producción, quizá milagrosamente, debería autorizar y proteger el cumplimiento de todos los planes, excepto, desde luego, aquellos que comporten la violación del principio de la dignidad humana o aquellos que se enfoquen hacia el

abuso del poder. La libertad más amplia y el poder restringido; la libertad y el poder es la diada que la Constitución debe abarcar y garantizar.

Los *Escritos sobre la forma inicial del Estado* no son una plegaria ni un canto moral sobre el Estado constitucional de Derecho. Tampoco reducen todas las escenas de la teoría constitucional y la dogmática. Son una contribución para la reafirmación de ese Estado de Derecho, sus instituciones y su vocación directiva y unificadora. Así, en el Estado que tiene una Constitución escrita, que edifica su forma inicial en un Derecho supremo y que determina sus instituciones con razones suficientes en un poder distribuido, no debería existir jamás una tentación de un príncipe republicano para quebrantar sus principios y reglas. Tampoco deberían existir Cortes Supremas de Justicia o Congresos que, ni siquiera por unanimidad, consientan una violación del orden instituido por la Constitución y su sistema democrático.

La suma del poder público, el otorgamiento de facultades extraordinarias, el ejercicio de competencias no regladas por parte de cualquier autoridad pública (jueces, presidentes, legisladores) sólo sugiere el abuso del poder y el abismo. El más allá. La caída de las comunidades a una existencia sin reglas, sin contrato político, o con reglas susceptibles de violación continuada, es decir, un regreso a la vida silvestre, indómita, fiera y monstruosa. ¿Razonan quienes desean o proponen la coexistencia sin Constitución escrita, sin pacto político y sin oposición? El Derecho constitucional que surge de una Constitución escrita es puro Derecho político; su propiedad, política, es la más política dentro de la creación jurídica. Por lo tanto, las tareas del constitucionalismo, tanto en la cavilación teórica como en la descripción dogmática, dirigido a toda una comunidad para mantener su unión identitaria y su representación societaria, plantean exigencias no sólo de naturaleza jurisprudencial o sobre el saber o la ciencia jurídica, sino también “políticas”, en un amplísimo sentido del término^[16]. Acaso, entonces, por aquello de que el triunfo de la razón ha de ser la victoria de quienes razonan, el compromiso y el apego con el orden fundamental igualmente libre y democrático de la Argentina – y de nuestra querida América del Sud– obliga a rechazar cualquier gorjeo irracionalista o cualquier arrebató de la voluntad de un príncipe republicano despótico y de quienes intenten justificar sus disparates.

Origen, identidad y tesis de los escritos

Una versión del primer escrito, “Constitución y reforma”, fue preparada para la obra colectiva *Tratado de Derecho constitucional*, IIJ-UNAM, en vías de publicación. También se ha publicado una versión en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 21, n.º 1, pp. 21-67. Otra versión, en inglés, “The Idea of Constitution and its Reform. With a especial reference to Brazil and Argentina”, se publicará en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Neue Folge, Vol. 73, Mohr Siebeck, Tübingen, Alemania, 2025.

Una parte de sus argumentos fueron expuestos en diferentes disertaciones orales. Así, en la realizada el 3/4/2023 con el título “La idea de Constitución”, en el Webinar “Ante la Constitución: 75 años de la Constitución de Italia, 170 años de la Constitución de la Argentina”. Asimismo, en la conferencia brindada el 15/6/2023: “Uma orden da razão”, en la Universidad Católica de Petrópolis, Brasil. También en la conferencia “Desafíos contemporâneos de la democracia constitucional”, realizada el 17/10/2023 en Brasilia, en el marco del XXVI Congresso Internacional de Direito Constitucional, organizado por el Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) y la Fundação Getulio Vargas (FGV). Finalmente, en la conferencia “Constitución democrática y reforma”, cumplida en la Convención Constituyente de la Provincia de La Rioja, el 1/3/2024, Paseo Cultural Castro Barros.

Aquí anticipo su tesis capital:

La Constitución es la forma inicial de todo el Derecho positivo del Estado. Una forma finita que autorizará la producción de todas las otras formas inferiores del orden casi infinitas.

La Ley suprema es una lengua de la razón para cubrir jurídicamente las bases del Estado. Un objeto complejo creado por la tarea eminente de la política de los representantes de una ciudadanía. Hasta el momento inimaginable de un futuro en que otra inteligencia, acaso no totalmente humana, provea otro diseño, la Constitución es y será el instrumento de la razón humana para garantizar una coexistencia sin

agresiones en una comunidad en la que se persigue la búsqueda de una paz duradera, relativa y sin fisuras. Sin desmerecer a la experiencia como fuente del conocimiento y discusión, el sistema de la Constitución es un fruto de la razón del hombre, porque nada hay en el intelecto que no haya estado en los sentidos, excepto el mismo intelecto.

Desde un enfoque interno y abstracto, propio de la teoría general, propongo una declaración conceptual, en la que se detalla cada una de sus piezas y misiones. En la unidad y coherencia de sus piezas se apoya el desarrollo de todos los procesos públicos que ella garantiza para una comunidad de ciudadanos igualados en libertad, con inclusión de la firme factibilidad de cambiarla. No hay ordenación comunitaria sin Constitución escrita. No hay democracia sin Escritura fundamental.

También desde un enfoque interno, aunque dedicado en paralelo a la dogmática, analizo el proceso público de cambio, con especial atención en la Argentina y en Brasil. No hay variación jurídicamente válida por fuera del protocolo determinado de manera autorreferente por la Constitución. En pureza ontológica, la Ley suprema es un objeto del mundo que solamente puede ser cambiado dentro de límites específicos detallados por ella misma. En apartamiento de esa secuencia, es imposible predicar la validez existencialmente justificada del cambio.

La Constitución es Ley fundamental del Estado, razón por la cual toda provocación dirigida a su destrucción, parcial o completa, debe ser comprendida como una tentativa de demolición de las bases jurídicas para la convivencia en paz. Quienes proponen desabastecer al Estado o eliminar sus funciones, en rigor, proponen la destrucción de la Constitución, porque precisamente ella es el plan maestro para crear y sostener el edificio estatal; así, debería existir tanto “Estado” como el determinado prescriptivamente en las regulaciones de la Constitución.

Una versión del segundo escrito, “Notas sobre la Escritura fundamental”, se publicó en *Constitución federal de la República Argentina. Tratados y Convenciones con jerarquía constitucional*, texto al cuidado de Germán J. Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2023. Otra versión se publicó en la *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, ISSN 1982-1506, São Paulo, v. 35, n.º 160, jul./dez. 2024, pp. 125-148. En paralelo, varias de sus afirmaciones formaron parte de las disertaciones “A 170 años de las Bases de Juan Bautista Alberdi”, 23/9/2022, y “La Escritura fundamental en el tiempo: 1853-2023”, 16/8/2023, ambas en la Facultad de Derecho de la UBA.

Su afirmación principal es la siguiente:

En la historia del constitucionalismo han existido diferentes tipos de Constituciones: aquellas que fueron escritas y nunca realizadas; aquellas cuyo vigor se apagó en días o pocos años, y una especie casi única, Leyes fundamentales con más de 170 años de duración.

La cualidad más sobresaliente en el ámbito de la dogmática constitucional de la Escritura fundamental de la Argentina es su persistente duración en el tiempo. Su edad de más de 170 años es un hecho suficientemente original en el panorama mundial.

El arquitecto de la constitucionalidad, Juan Bautista Alberdi, en 1852, con sus “Bases”, como escrito generador con la inclusión de su “Proyecto de Constitución de la Confederación Argentina”, programó –acaso sin saberlo o desearlo– una Ley suprema que sería durable y relativamente estable.[\[17\]](#)

La fundamentación del Estado que la Constitución argentina realiza no es perfecta. En tanto su validez no fue comprometida, asumió un rostro. Cuando su validez fue superada –en numerosísimas oportunidades– por la cruel facticidad del más fuerte u osado, tuvo otro muy distinto. Así, la Constitución federal de la República Argentina (CFA) ha tenido –y tiene– un doble rostro; han existido leyes, sentencias y reglamentos aparentemente correctos para el órgano que los gestó, aunque totalmente repugnantes a la

Constitución si son considerados con objetividad, imparcialidad y rigor por el jurista pendiente sólo del saber jurídico. Esa duplicidad entre el Derecho producido y el conocimiento del Derecho provocó la existencia de dos órdenes diferentes: el doctrinario y el de la aplicación del Derecho de la Constitución.

La CFA, con sus imperfecciones, su doble rostro agrietado y deforme, con sus exclusiones cívicas, ha fundamentado al Estado argentino con un modelo degenerado en el absolutismo presidencial.

La Escritura fundamental, la forma de las formas, ha intentado regular todos los procesos públicos desde 1853. En la actualidad se asiste a una tentativa de destrucción del Estado, según ha declarado el actual presidente^[18], una situación que nunca ha enfrentado la Constitución argentina.

Ha sido un mérito de Peter Häberle introducir la categoría científica del “desarrollo constitucional” y sus niveles funcionales: la interpretación, la reforma, el contexto cultural, el entorno comunitario y la doctrina de los autores^[19]. Esa categoría en el tiempo de la Argentina^[20] (1853-2023) mantuvo un desarrollo, un mal desarrollo y también el quebrantamiento patológico. Hoy no se presencia ninguna de esos tres momentos, en virtud de que las apariencias de las palabras y de los actos de las autoridades ejecutivas se dirigen a la destrucción del compromiso constituyente.

Una versión del tercer escrito, “La Constitución y su fuerza normativa”, fue publicada en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, n.º 32, pp. 189-209, 2024. También se ha publicado en *Revista de Direito Publico*, RDP, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, Vol. 21, n.º 110, pp. 24-43, abr./jun. 2024. Algunas de sus líneas centrales fueron insinuadas en la conferencia “La Constitución y su defensa”, Jornada académica por el 75º Aniversario del Cuerpo de Abogados del Estado, Procuración del Tesoro, Salón de Actos del Banco Nación Argentina, 7/11/2022, y muy especialmente en la disertación “La fuerza normativa de la Constitución y la sociedad abierta”,

organizada por el IDP, el 20/3/2024.

Adelanto la enunciación básica:

La Constitución es un objeto que se encuentra en la realidad. Es el hecho normativo del Derecho potencialmente más enérgico y poderoso que existe en una comunidad. Por su jerarquía sobre el resto de las reglas del orden estatal, la supremacía de la Ley fundamental es un proceso público trascendental; porque, si ella puede ser desconocida, su vinculación y sus límites serán vanos e infructuosos.

La crisis de la normatividad de la Constitución, un problema capital, marca la discrepancia entre el mundo del ser y el mundo del deber ser. La correspondencia entre aquello que es objeto de regulación en la Escritura fundamental y aquello que es efectivamente realizado, acatado, obedecido, distingue la fuerza normativa de una Constitución.

En variadas ocasiones, diferentes autoridades públicas al servicio de la comunidad intuyen que la normalidad que fluye de una realidad daría soporte a sus ansias para dejar sin cumplimiento la normatividad de la Constitución. La respiración natural de la Constitución, al igual que en los seres humanos, es aquella que se reconoce en la fuerza de la vida, en este caso, en el respeto de su fuerza normativa. Cancelar la respiración natural de la Escritura fundamental significa una abierta declaración en contra de su supremacía constituyente, tan política como jurídica, ya sea por ahogo, ya sea por asfixia o por cualquier forma miserable de masacrar la institucionalidad ciudadana de un país.

A su turno, las líneas básicas del cuarto escrito, “El señor monopresidente”, fueron presentadas como ponencia escrita en el XVI Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional, IIJ, Ciudad de México, el 22/10/2024. Además, fueron compartidas en la disertación “El

señor monopresidente”, en la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, el 25/10/2024. También ha sido objeto de publicación en la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 22, n.º 1, junio de 2024, pp. 21-39.

Aquí, su proposición elemental:

Toda comunidad organizada requiere de una ordenación constituyente y de la fijación de un sistema de gobierno detallado. Para que ello suceda, hay ciudadanos que deberán gobernar, a la sazón, como servidores públicos. En América del Sud todas las Constituciones adoptan el sistema de gobierno presidencialista, que se asienta en la unipersonalidad del órgano para liderar todos los procesos públicos. Esta decisión ha generado una nueva categoría jurídica: el monopresidente. Un señor o una señora que, por regla general, será escogido por un electorado, cuya agregación de preferencias será regida con arreglo a los sistemas mayoritarios; quien gana, el líder, gobierna; quienes son derrotados en la más dura confrontación deberán aguardar nuevos comicios.

La competencia electoral afrontará tiempos y espacios bravíos, en los que la descalificación, el insulto y la ausencia de todo tipo de cooperación con el otro serán rasgos prototípicos. La búsqueda de un monopresidente persigue, sin discusión, la determinación de una persona a quien se atribuya el triunfo electoral. El monopresidente debe ser electo de manera indiscutida, porque esa misma es su legitimación en el origen. Así, las ciudadanías, por una mayoría transitoria, entregan la conducción del poder a un solo ser humano, quizá sin advertir –o quizá sin la posibilidad de discutir– los enormes peligros que semejante delegación supone para las instituciones. El poder del pueblo queda por unos años atribuido a un oficial principal. Con ese origen y con ese apoyo, el monopresidente intentará desplegar un poder con vocación hegemónica. El líder conduce, no dialoga. En ese liderazgo tendrá gran cantidad de atribuciones bien concentradas como jefe supremo del Estado, jefe del gobierno,

comandante de las fuerzas armadas, responsable de la administración, colegislador y eventualmente “legislador”, incluso con potestades jurisdiccionales. Será necesario que todas esas competencias sean atribuidas sin controles racionales y efectivos durante el período de su desempeño institucional; esa exención proveniente de la fuerza normativa de la facticidad política vencerá con su mandato y allí, con bastante ahínco, podrá ser acusado en los tribunales judiciales por mal desempeño o por delitos en su gestión.

Se hace necesario discutir los poderes del monopresidente y su democratización por conducto de reformas constitucionales. La autocracia presidencial, al constituirse en su propiedad básica, establece el jaque continuado del sistema de gobierno, la ausencia de calidad institucional y la fatal falta de confianza en sus poderes cuando finaliza la “magia” de su mandato e inherente representación.

Por último, una versión del quinto escrito, “Tentativa para destruir la Constitución”, fue publicada en *Palabras del Derecho*, 9/4/2024. El nudo de esas ideas también fueron presentadas en la disertación “Legislación gubernativa de urgencia o necesidad”, 7.º Webinar de Derecho constitucional coorganizado por la Facultad de Derecho de la UBA y la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, 30/10/2023. Y, muy especialmente, en las exposiciones realizadas en la Cámara de Diputados de la Nación: a) “Nuestro mal viene de más lejos. A propósito de las ‘facultades presidenciales’ de legislación”, 11/1/2024; y b) “Contra el decreto por razones de necesidad y urgencia 70/2023”, 9/4/2024.

Adelanto, también, la idea capital:

El artículo 19 de la CFA, intangible desde 1853, es una de las formas más paradigmáticas en el imaginario del Derecho constitucional comparado. Su texto es maravilloso en sus dos fragmentos. Leamos el primero: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública,

ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Sin ofensa o sin perjuicio, no hay afectación ni intervención de la autoridad. No obstante, la tentativa de transgresión a reglas puede ser juzgada, a condición de que exista una “lesión”.^[21]

También desde la fundación constituyente la Argentina posee una regla intocada y originalísima para todo el concierto del comparatismo mundial. Léase, pues, el artículo 29: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

Pese a la existencia de ese valiosísimo capital normativo simbólico – repito: desde 1853–, la Constitución federal de la Argentina quedó maldecida en 1994, en tanto se habilitaron las funciones eminentemente legislativas del presidente por la vía de los decretos por razones de necesidad y urgencia y la legislación delegada. Esa habilitación jurídica ha facilitado que diferentes presidentes hayan ejercido distintas tentativas para quebrar la división del poder.

La tentativa para romper la zona de competencias del poder legislativo e inducir la suma del poder público al presidente fue instalada en el propio texto constitucional. Se importaron las doctrinas europeas que facultarían, ahora, a un príncipe republicano, y no se importaron porque quedaron detenidas en la aduana (o no se leyeron) los controles racionales propiciados por esas mismas fuentes y escritos en sus Leyes supremas basados en sus tristes y trágicas experiencias, humanas e institucionales.

El 20 de diciembre del 2023 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina (B. O.) el DNU 70/2023. El presidente de la República, sin cumplir un mes en la función, acompañado de sus

ministros, llevó adelante la mayor tentativa para destruir la Constitución, en tanto ella se encuentre en pleno vigor. Se ha transgredido el sistema federal, los derechos y bienes fundamentales, el principio de legalidad, la forma republicana de gobierno, las atribuciones del Congreso, las competencias provinciales y su propia esfera de atribuciones limitada.

El DNU 70/2023 es un instrumento manifiestamente inconstitucional, dado que atenta contra el orden institucional y el sistema democrático. Por esa vía, el Poder Ejecutivo ha incurrido fatalmente en la prohibición general de legislar condenada por la Constitución federal. Luego de su dictado e implementación, se han profundizado las tinieblas y el daño. El maligno 70/2023 constituye la más enérgica violación de la separación de poderes y, por eso, es la mayor de demolición de la Escritura fundamental argentina que se ha tentado desde la restauración de la democracia constitucional sucedida el 10/12/1983.

Reconocimientos

Agradezco a las editoriales la autorización para publicar aquí las nuevas versiones de los textos. Todos han sido objeto de ampliación, revisión y edición al momento de unirlos y trazar su coherente ligazón argumental en este volumen. Pese a ello, en sintonía con la decisión sobre su ligamen, en estos *Escritos sobre la forma inicial del Estado* cada contribución mantiene el momento de finalización original de su escritura.

Un último comentario, antes del destino final de estos *Escritos...*: el ámbito del lector, porque “leer, por lo pronto, es una actividad posterior a la de escribir, más resignada, más civil, más intelectual”^[22]. Así, pienso que la Ley fundamental es una procesión, una tarea tan utópica que con sus designios es el único instrumento que insinúa una determinada institucionalidad pacífica y democrática para garantía de nuestra vida mortal

Conversé sobre aspectos de algunas de las ideas que aquí presento con Leandro Vergara, Alejandro W. Slokar, Mario F. Cámpora, Diego A.

Dolabjian, Andrés Pérez Velasco, Enrique Javier Morales y Carolina Cyrillo.

También he dialogado con docentes que se desempeñan en mi cátedra: María Alejandra Perícola, Leandro Martínez, Francisco Balbín, Ricardo Kennedy, Melisa Szlajen, Carlos Romanelli, Sebastián Toledo, Maite Alvado, Janice Balanian y María Fernanda Lombardo. Además, menciono a las ayudantes alumnas Florencia Manuele, Sofía Vilches y Agustina Castro.

Asimismo, me he visto beneficiado al platicar con Nora Cattaneo, Mariano Vitetta, César Domínguez Ardila, Pablo Sergio Varela, Ricardo Rabinovich-Berkman, Rodrigo Vissoto Junkes, Alfonso Celotto, Pablo Gres, José Ignacio López, Paulo Sávio Nogueira Peixoto Maia, Siddharta Legale Ferreira, Pedro Goyochea, Carlos J. Laplacette, Lucas Bettendorff, Juan Pedro Gallardo, Andrés Elisseeche, Alberto Spota, Nerina da Rin y José E. Schuh.

En este libro también se acreditan, de un modo u otro, las influencias de los diálogos que he mantenido con Gilmar Ferreira Mendes, Miguel Revenga Sánchez, Bernd Marquardt, Gustavo Oscar Carrara, Benito Aláez Corral, Juan Carlos Cassagne, Diego Valadés, Peter Häberle, Nancy Cardinaux, Laura Carugati, Magdalena Cámpora, Laura Clérico y E. Raúl Zaffaroni.

Expreso mi reconocimiento a Ediar en las personas de Alejo Álvarez. También a Pablo Ali por la tarea que comportó la edición y el cuidado de este libro, así como a Javier F. Luna por la diagramación.

Soy muy afortunado en mi existencia porque he podido conversar con mis hijos Leandro Eduardo y Juan Ignacio sobre diferentes asuntos de filosofía y Derecho, discutidos en este libro.

Durante la gestación y la escritura de los textos, María Gracia Quiroga acompañó con sus diálogos y observaciones. Ciertamente, la “conversación es una de las formas básicas de la experiencia”^[23]. Se encuentra vinculada al azar, a la eventualidad, a una disposición al juego de palabras, a la acumulación de frases, a una invitación a aquello que se apoda “inspiración” o iluminación genuina.

A todos, mi sincero reconocimiento. No tienen responsabilidad por los errores, equivocaciones o incertidumbres que puedan poseer estos

Escritos...

En el 2024 se han cumplido 20 años de la partida de Germán J. Bidart Campos, el constitucionalista mayor de la Argentina. Su inmensa obra es un legado inmarcesible y fuente de conocimiento perpetuo para las instituciones republicanas y la vida democrática de la ciudadanía y el funcionamiento de los poderes. Aquí, el recuerdo constante de su magisterio, en estas palabras. El diálogo con el maestro es para siempre... y, por eso, virtuoso.

Raúl Gustavo Ferreyra

Ciudad de Mar del Plata, 26 de enero de 2025

PRIMERO

CONSTITUCIÓN Y REFORMA

SUMARIO: § I. Bases. I.1. Política, Derecho y Constitución del Estado. I.2. Una máquina del tiempo. I.3. Saber doctrinario: teoría general y dogmática. Justificación. I.4. Itinerario. § II. Una idea sobre la Constitución. II.1. La forma inicial y suprema del orden jurídico del Estado. II.2. Declaración teórica sobre la Constitución del Estado. II.3. Las piezas del sistema. II.4. La arquitectura de las piezas: reglas primarias, secundarias y simples enunciados. Procesos públicos. II.5. Creación y acatamiento del sistema de la Constitución. Quid sobre la realización jurisdiccional y doctrinaria. II.6. Destinatarios del sistema constituyente. II.7. Inventario de la declaración teórica y su argumentación. § III. La reforma constitucional. III.1. El proceso público de cambio y las reglas secundarias. III.2. Expansión, contracción o revisión del sistema constitucional. III.3. Desarrollo de la Constitución y poder político. III.4. Cambio y “rigidez”. III.5. Momentos constituyentes. III.6. Límites. III.7. Quid sobre la naturaleza autorreferente del cambio. III.8. La reforma en el sistema de la Constitución. § IV. Comentarios finales. IV.1. Paz y Constitución. IV.2. El presente de la Ley fundamental. IV.3. Escritura fundamental y cambio.

§ I. Bases

I.1. Política, Derecho y Constitución del Estado

La Constitución, producto exclusivo de la razón, es un objeto que se encuentra en el mundo social. Ella es la mayor creación de los seres humanos para una coexistencia sin agresiones en una comunidad que persigue la búsqueda de una paz duradera. Es la única forma del Derecho

positivo que debe contemplar su propio cambio. El Estado se define por los fundamentos de la Constitución. Ella se constituye como su cuarto elemento, junto a la población, el poder y el territorio. En esas condiciones se puede evocar a la “Constitución del Estado”.

La Escritura fundamental es un instrumento normativo que el Derecho promete para conservar la vida de todos los seres humanos y un determinado cuidado de la naturaleza. Fue inventada para que abandonaran un incierto estado antisocial o sin política gregaria o apolítico. La Constitución, con su sistema, debe alcanzar un compromiso tanto para desarrollar consensos homogéneos como para tramitar los intereses opuestos de la ciudadanía, que minimice sus fricciones y garantice la paz. Por ser altísimo Derecho sobre el Derecho inferior, debe ser instituida como una regulación institucionalizada sobre la fuerza del Estado, un ente que ha de poseer de manera irrenunciable el monopolio de su programación y ejecución.

Los seres humanos no crean ni el ambiente natural que constituye su espacio vital ni el tiempo de su existencia. Desde la aparición y el desarrollo de su razón crítica, hace más de 2500 años, han generado descubrimientos e invenciones, entre las que se cuentan las leyes sociales. Una de éstas, la Constitución, persigue un cierto gobierno del tiempo y del espacio en el ámbito de una comunidad ciudadana, dimensiones que el ser humano, con su inteligencia natural, nunca ha podido regular por completo. Un milagro inalcanzable, en especial, en pleno siglo XXI, cuando se advierte que la Constitución, una ideación del siglo XVIII y heredera de su iluminismo racionalista, resulta un plan institucional tan discreto como desbordado por una conjunción inagotable de causas. Me refiero, por ejemplo, a los cambios sociales de toda clase: la exclusión, el avance de la inteligencia artificial (IA) y, sobre todo, la falta de adecuación solidaria para contener un capitalismo en el que la riqueza se encuentra en poder de puñados de individuos que no aceptan reglas sobre la “justicia social”^[24].

La invención de la Ley fundamental, una ley social y normativa por excelencia, siempre es el resultado de un trabajo político. Un arte eminente que consiste en diseñar soluciones o significativos alivios para los problemas, ocasionales o permanentes, que una comunidad ha de enfrentar. La configuración del marco de un “problema” y su correspondiente

desarrollo no implican que pueda contener una solución o que, encontrada ésta, siempre pueda ser objeto de reiteración.

Los problemas constitucionales son políticos y jurídicos. Hay problemas que tienen solución definitiva o circunstancial, y otros que no la tienen ni la tendrán, al menos con moderada o razonable satisfacción comprobada por el momento. Esa misma postergación resulta aplicable a los avatares de la ciencia jurídica; así, hay problemas, por ejemplo, sobre los cuales no advierto una solución robusta, razonada y hegemónica: la regulación normativa de la clonación humana o de cualquier otra forma de reproducción que no se asiente en su totalidad en la naturaleza del hombre, o el gobierno de la comunidad, total o parcial, instrumentado por la IA. Esos son problemas francamente desconcertantes, cuya falta de dominio sobre los extremos basales de los estados de cosas que promueven y sostienen inclina decididamente a la postergación, acaso infinita, de cualquier modelo de regulación constituyente.

El poder, una de las máximas creaciones del ser humano, puede generar malestar o bienestar en la comunidad. En dicho ámbito, “sólo el poder puede crear Derecho”^[25]. El poder político deberá producir las reglas que determinen la conducta humana en la comunidad. Así, el poder es unilateral en su actitud de creación del Derecho, una “lengua”^[26] básicamente integrada por reglas, que una autoridad produce con arraigo en la razón y en la experiencia, en ejercicio de un poder institucionalizado en representación de una ciudadanía y para la ordenación de la paz social^[27] de una comunidad, en un tiempo y un espacio determinados.

Si bien la primacía de la política es indiscutible, producido el Derecho, se inicia el eterno viraje: el poder queda sometido a la regulación jurídica. Comienza, en otra lengua y en otro escenario, la tensión inacabada entre autoridad y libertad. Así, la lengua de la Constitución será pura creación política y su ideación dependerá de una determinada razón o experiencia sobre el Derecho. Una de las mejores ideaciones para dar cuenta de la estrecha relación entre Derecho y Constitución es la de una *matrioshka*. Esta muñeca representa la génesis, la existencia multicolor y plural, y la unión. Así, la muñeca mayor, la concepción sobre el Derecho, contiene en su espacio a otra, la concepción sobre la Constitución, y ésta, así, al resto de las reglas inferiores del orden jurídico^[28]. En tales condiciones, la

Constitución pretenderá instituir el fundamento jurídico del orden del Estado y su cambio, a partir de una concepción predeterminada del Derecho recibida de la política.

1.2. Una máquina del tiempo

En 1895 la más imaginativa de las narrativas “inventó” una máquina del tiempo^[29]. Esa entelequia queda en la ficción, en su idónea y mágica originalidad, porque el ser humano aún no puede viajar en todas las direcciones del tiempo; con suerte puede lidiar con aspectos de su presente y proyectar tímidamente especulaciones respecto de su futuro. Ahora bien, las Constituciones son o deberían ser instrumentos que permitan a todas las generaciones (pasadas, presentes y futuras) el diálogo entre sí, que sus ciudadanos contraten y recontraten sobre el pacto fundacional, en igualdad de condiciones, con el fundamento de que son igualmente libres. Porque toda generación tiene el derecho a deliberar y disponer, en tiempo siempre presente, su forma de organización jurídica, empezando por la constitucional. Sólo así la ciudadanía cuenta con la posibilidad de viajar en el tiempo.

La Constitución, máquina del tiempo, autoriza y discierne la estructura de los espacios de los poderes políticos y el marco de referencia temporal de las funciones gubernativas en una comunidad determinada. Esta invención permitió –y permite– alcanzar y disfrutar todo aquello que el ser humano no lograría con su limitada energía individual. Así, es capaz de producir un poder organizacional superior al individuado en cada ciudadano o ciudadana^[30]. La Constitución, el acto político y jurídico instituyente más relevante de una ciudadanía, producido habitualmente por representantes genuinos, define y ordena una fuerza comunitaria con racionalidad y dirección.

La concepción de la Constitución como máquina del tiempo dispone de luces y sombras. Al ser una máquina, se pueden depositar en su seno “oro o plomo”^[31] o “armas o rosas”. El principio de constitucionalidad, vaciado en la maquinaria, sirve de molde o envase. Pesa sobre la Constitución, como en todas las instituciones creadas por el ser humano, el hecho de que ella como artefacto es el resultado sustantivo de los procesos pasados. Ella podría autorizar la gobernanza para una ciudadanía que hoy vive y que no

conocerá jamás al sujeto político que la precedió y la fundó en el tiempo. Esa ciudadanía tampoco conocerá a la comunidad que en el futuro se regirá con esas mismas reglas constituyentes, o muy semejantes, que se deriven desarrolladamente de su texto propio.

Todos los ciudadanos han de ser iguales en libertad y ante un mismo Derecho constituyente del Estado en tiempos absolutamente diferentes, por lo que sus coexistencias físicas nunca han de coincidir. Así, las Leyes fundamentales son artefactos, máquinas, que los seres humanos crean para regular racionalmente su existencia en el mundo. La Constitución es un verdadero contrato social que, al instalarse en la dimensión del tiempo, se representa a sí misma, también, como un contrato intergeneracional, un contrato para quienes integran la generación del presente y para quienes integren las generaciones del futuro^[32]. Añadiría que esos contratos políticos, sometidos a la variabilidad perpetuamente cambiante de la existencia humana, no constituirán, jamás, ningún modelo de alquimia para dominar globalmente el tiempo futuro. Esto último, el gobierno del futuro, nunca sucederá por la propia presencia eterna del principio de indeterminación de la existencia con vida y del Universo.

1.3. Saber doctrinario: teoría general y dogmática. Justificación

En pleno siglo XXI casi todos los Estados del mundo poseen una Constitución, su Escritura fundamental. Como objeto mundano, puede ser estudiada y valorada, al menos, desde dos enfoques: el externo y el interno. En el “enfoque interno” se aísla el instrumento “Constitución” para realizar fundadas descripciones y, eventualmente, determinadas valoraciones. En cambio, en el enfoque externo se computa a la Ley fundamental como el cuarto elemento del Estado, junto al territorio, la población y el poder, con naturalización de las mismas tareas señaladas para el enfoque interno.

En ambos enfoques, las proposiciones descriptivas o valorativas pueden referirse a una Ley fundamental de un Estado concreto, o bien realizar el estudio de manera abstracta sin atender a un orden jurídico estatal específico. La concepción concreta se apoda “dogmática”, mientras que la abstracta se denomina “teoría general de la Constitución”^[33].

En esta contribución asumo la ruta preferida del “enfoque interno” con un

bosquejo “teórico” contenido en una escritura que ha sido pensada y redactada en América del Sud^[34]. Ocasionalmente, hago menciones “dogmáticas” específicas sobre la CFA^[35], elegida porque su validez temporal se remonta a 1853, lo que la convierte en una de las escrituras republicanas más antiguas del planeta, y sobre la Constitución de la República Federativa de Brasil (CRFB 1988 o CRFB)^[36], porque su validez espacial debe cubrir al Estado republicano con el territorio más extendido y abrazar al pueblo sudamericano con mayor cantidad de ciudadanos. Apréciase que el cuerpo normativo de la CFA posee una duración de más de 170 años. Por su parte, la CRFB sostiene a una de las democracias constitucionales con sufragio obligatorio de una ciudadanía importantísima en el concierto mundial. En ambos casos, además, cada proceso de reforma o enmienda para el cambio formalizado de sus Escrituras fundamentales –escogido por los constituyentes brasileños en 1988 y por los argentinos en 1853– contiene significativos paradigmas jurídicos para la ciencia del Derecho constitucional.

Hay verdades muy difíciles de ser negadas: la existencia de los seres humanos y de toda forma de vida en la Tierra está puesta sobradamente en peligro, entre otras calamidades, por la devastación provocada por actividades con emisiones de gases de efecto invernadero y el consiguiente cambio climático; la amenaza nuclear generada por ojivas; la contaminación de la naturaleza; el crecimiento de la exclusión social; el endeudamiento irracional de los países pobres o en vías de desarrollo; la deforestación y la bruta e irreflexiva desertificación del suelo; las prácticas irresponsables de la agricultura, la minería y la ganadería. La magnitud de esos problemas hace que se sufran globalmente con la misma intensidad en todo el planeta, aunque las comunidades sigan siendo estatales, al menos en América del Sud.

En nuestra región no hay soberanía compartida. El Estado cobija a sus propios ciudadanos dentro de su territorio y con la autoridad de sus poderes creados por una Ley fundamental. Si bien existe una incipiente integración por vías de instrumentos bi- o multilaterales e instituciones supraestatales, no hay más Estado para resolver los problemas mentados, por ahora, que el constituido por la Ley fundamental, sin perjuicio de los ingentes y notables esfuerzos internacionales para conjurar el daño irreparable de la destrucción

de la naturaleza y la exclusión social.

Recientes y notabilísimas contribuciones doctrinarias incluso han aupado un “Esbozo” normativo para un constitucionalismo^[37] globalizado del mundo entero^[38]. Al ser literatura fundamental, son un constante apoyo para abordar los problemas de nuestros Estados. En este punto, creo que debemos seguir pensando en el ámbito de nuestro tiempo y de nuestros espacios estatales para en el futuro, quizás, prosperar en el desarrollo de un valioso pensamiento globalizado o, al menos, de ligadura regional o con expresión jurídica subcontinental en América del Sud.

I.4. Itinerario

En la sección § II abarco una idea acerca de la Constitución sobre la base de una declaración teórica. En el contenido teórico de esa declaración se aprecian las diferentes piezas que constituyen el objeto complejo “la Constitución del Estado” y la noble misión que el instrumento intentará cumplir con estimable eficacia. En la sección § III, el lector advertirá la naturaleza crucial del proceso de reforma. No existen cambios constituyentes que sean iguales en la regulación normativa de un Estado comparado con otro Estado; incluso ante la semejanza de textos, el contexto ciudadano de cada ente definiría la singularidad del ámbito específico de la realización normativa. Un teléfono celular funciona en todos los lugares del mundo en los que exista una señal que habilite la comunicación y condiciones climáticas con aptitud suficiente. No sucede lo mismo con las reformas constitucionales. De cualquier modo, todas las Constituciones contienen el proceso de cambio formalizado, ya sea por la vía de la adaptación a la realidad preexistente, o ya sea por el propio estímulo para la construcción política futura de la ciudadanía en una comunidad.

En la sección § IV realizo los comentarios finales, con una referencia puntual sobre la paz como misión del Derecho. Antes de dirigirme al bosquejo de la enunciación teórica sobre la Constitución, en el próximo apartado deseo resaltar que las ideas jurídicas en un Estado son elaboradas y se acumulan en el tiempo por intermedio de un número inmenso de autores, que en la mayoría de las situaciones dialogan, confrontan, polemizan y se contradicen con sus tesis y ensayos. Las ideas sobre la Ley fundamental son capitales en la historia de la humanidad. Quizá Emer de

Vattel haya sido uno de los pioneros al entender y sugerir, en 1758, que la regla fundamental que determina la manera en la cual la autoridad pública debe ser ejercida es lo que forma la “Constitución del Estado”^[39]. Esa fundada ideación, sin dudas, ha sido uno de los primeros motores que han inspirado gran parte de los pensamientos aquí escritos.

§ II. Una idea sobre la Constitución

II.1. La forma inicial y suprema del orden jurídico del Estado

El Derecho del Estado es una combinación de formas jurídicas, básicamente reglas de naturaleza diversa, para la regulación institucionalizada de la conducta humana. Una creación con aspiraciones de unidad, pretensiones de coherencia y autoridad prescriptiva, siempre dentro de un ámbito espacial y temporal. Su máxima expresión jerárquica la instituye su Constitución escrita, que al determinar el único origen e implantar el criterio para el escalonamiento y la gradación de todo el Derecho inferior, autorizaría una existencia ciudadanamente pactada de un “Estado constitucional”, tanto Estado como el diseñado sólo y exclusivamente por la Escritura fundamental^[40]. Ella, con sus enunciados altísimos e insuperables de Derecho, es la forma de las formas del orden jurídico estatal; acaso, junto a un determinado cuerpo del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), en el supuesto de que, en tanto Ley fundamental, les autorice desde su propia fuente matricial una validez con semejante, menor o prevalente jerarquía.

La naturaleza de un bosquejo sobre teoría general de la Constitución asumida para este escrito motiva razonadamente que sólo se indiquen las Escrituras fundamentales de Argentina^[41] y Brasil^[42], es decir, rasgos eminentes de la conexión entre el principio de constitucionalidad y el DIDH. Todo texto constituyente de un Estado, con sus palabras escritas y generadoras, puede configurar una determinación jurídica que posea un altísimo grado de concentración y abstracción, acaso con fuerza superior a las bondades ofrecidas por la doctrina judicial o autoral.

La jerarquía es un criterio. Su aplicación provoca que una colección de entes determinados se pueda guiar por una relación de dominación^[43]. Esa cadena de mando o gobierno en la experiencia de la humanidad, terrenal o

espiritual, fundada en una jerarquía no igualitaria, es la que se elevaría como eslabón originario de la idea asumida en el Derecho para su propio escalonamiento y, así, autorizar o permitir el trayecto desde aquello que se reputa mayor hasta aquello que se reputa inferior. Por lo pronto, los seres humanos han dedicado y destinado largos años a aprender y disfrutar de las ventajas que puede proporcionar, en general, una ordenación jurídica determinada; calificada por la supremacía de una norma o sistema de reglas que se erige como superior, con jerarquía intransigente, indubitable e indisputable por encima del resto de las normas que integran el sistema jurídico estatal, que se entienden inferiores.

La configuración de reglas constituyentes de un Estado ha contenido en su escritura –casi siempre– una regla suprema, es decir, la Constitución como norma que fundamenta la totalidad del orden jurídico, “tanto por su forma de creación, cuanto por su contenido”^[44]. Se trata de una Ley fundamental del Estado que configura un “sistema deductivo”^[45] integrado por una cantidad siempre finita de enunciados básicamente regulativos que determinan una guía que propone una gama casi infinita de alternativas interpretativas sobre la conducta humana. Con las nociones de primacía^[46] y de fundamentalidad se creó una “suma regla”: “suprema, altísima y que no tiene superior”^[47]. Así, se emplaza un sistema de reglas –el constitucional– en el sistema jurídico, y se lo posiciona como superior, porque ninguna será más alta que él.

Para fundamentar la primacía del sistema de reglas constitucionales, su cotización normativa descansa en su propio texto y no es preciso acudir a ninguna otra norma superior a la Constitución. La supremacía se comprende en normas puestas en la propia escritura de la Constitución; no hay ningún supuesto, porque se trata de Derecho constituyente establecido por el propio creador de la norma. La Constitución, regla suprema, instituye el fundamento para la validez de todas las normas del sistema. La Constitución es la fuente de validez de todo el Derecho de raíz nativa. También opera como fuente para autorizar la validación del DIDH, tal como señalo más arriba, en condiciones de semejante, inferior o superior jerarquía a ella misma, en aquellos supuestos en que esa determinación resulte objeto de regulación específica.

La complejidad de los órdenes jurídicos, en razón de la constelación de

fuentes, impide conocer con exactitud cuántas normas lo integran. Sin embargo, la Constitución asegura su unidad al disponer el criterio supremo que permite distinguir y validar la pertenencia de una norma a un orden jurídico. La Constitución instituye la base del orden jurídico; propiamente: la unidad, porque a ella debe remontarse o escalarse la validez de todas sus normas. El acuerdo básico del poder de la ciudadanía significa que, en el escalonamiento jerárquico de las normas jurídicas, en principio, nada existe sobre la regla superior constitucional. Todo acto o norma producido o generado manifiestamente fuera del procedimiento o de los contenidos estipulados por la suma regla constitucional implica una “variación” o un cambio prohibido por el propio sistema; la transgresión ocasiona una situación de disconformidad, un vicio o defecto: la inconstitucionalidad. La citada gradación jurídica ubica a todas las reglas en niveles diferentes; las superiores subordinan a las inferiores, y la Constitución –la suma regla– subordina a todo el orden jurídico del Estado.

La “Constitución positiva misma”^[48], con su propio contenido, expresamente establecido, es la base puesta por el poder constituyente que, con su acto fundacional, permitirá identificar como Derecho otras normas inferiores. El escalonamiento de la totalidad de las reglas del orden jurídico, según se lo observe desde arriba o desde abajo, empieza o culmina con la Constitución. Ella es la regla puesta, y no debería requerir ningún presupuesto o norma fundamental externa para clausurar o fundar la totalidad del propio orden jurídico. La regla constituyente debe ser, con afirmada singularidad, la propia regla de reconocimiento por antonomasia de todo el orden jurídico estatal. La Constitución instituye el criterio básico e incontrovertible para identificar las reglas inferiores del orden jurídico estatal. Ése debe ser uno de sus más reconocidos roles relevantes^[49]. No debería existir elemento alguno o ficción posible como referencia por encima de la Constitución. Ella, criatura del poder político de la ciudadanía, debe cargar con su propio fundamento autorreferente.

La Constitución, al quedar instituida como la regla de reconocimiento de todo el orden estatal y sus derivaciones, deberá ser el instrumento para discernir cualquier controversia sobre la membresía de normas inferiores, porque ella es última, altísima, intangible y suprema. Sin embargo, la unidad fundamental establecida por la Constitución es determinante pero no

suficiente para asegurar la coherencia del orden jurídico. Todo el Derecho, gracias a la unidad de la Constitución, podría enhebrar una “relación con el todo”^[50]. La determinación de la relación de coherencia entre sí provee la posibilidad de la unidad sistemática. Esa totalidad ordenada se obtiene por determinaciones formales y sustanciales que, alojadas en la Constitución, servirán para distinguir –como ya anticipé– la membresía o pertenencia al sistema jurídico del Estado. La Constitución, por intermedio de los “límites y vínculos”^[51] de sus reglas, intentará planear y disciplinar, hasta cierto punto, la coherencia del orden jurídico estatal, siempre colocado a prueba por la producción y la realización del Derecho inferior.

La Constitución debería instituirse con sus enunciados de Derecho como una razón anticipada para regular aquellos estados de cosas sobre la coexistencia de una ciudadanía integrada por personas que comparten una igualdad fundamental de pertenencia a una comunidad política y que por eso integran el pueblo de un Estado. Ella ha de ser un texto pactado y elaborado en representación de una ciudadanía plural, cuya suma aspiración consiste en establecer y desarrollar una paz social durable, estable y abarcadora. Por ello, la más alta expresión y forma inicial del Derecho de un Estado la instituye su Constitución escrita. Un instrumento para el gobierno del Estado siempre creado por los seres humanos y que determina el origen de todo su orden jurídico y de las decisiones para su gradación jerárquica. En otras palabras: una ciudadanía integrada por individuos siempre igualados en libertad, quienes han de ejercer la titularidad de la dirección indubitadamente democrática de esa comunidad, que se concreta merced a los misterios de la representación política, proposición que significa un lineamiento vigoroso de esta disertación.

II.2. Declaración teórica sobre la Constitución del Estado

Aquí realizo la declaración teórica sobre el objeto complejo “Constitución del Estado”. Esta “declaración” se imbrica en el ámbito de la estatalidad y en la regulación institucionalizada de la política en el interior del Estado. La tesis que postulo no aventura la disolución del Estado, ni propone que el principio de constitucionalidad sólo posea implementación dentro del ámbito pergeñado por la estatalidad. Tampoco descarto una futura *constitucionalización* de otros entes que no sean un Estado. Sí afirmo que

sin ciudadanía no hay Constitución escrita, y sin ella no hay Estado democrático, así como también enfatizo que sin tolerancia respetuosa a sus reglas resulta imposible una convivencia pacífica.

Dentro del marco teórico propuesto, la Constitución es la lengua de la razón para la convivencia en paz. La declaración conceptual de la Constitución concebida abstractamente como un sistema normativo, escrito, integrado por piezas que se construyen por enunciados de Derecho, superior en jerarquía a cualquier otra forma del Derecho estatal, es una exposición elemental que pertenece al ámbito de la *teoría general de la Constitución*. A continuación, la defino sin atender expresamente a la regulación de un orden jurídico de un Estado concreto.

Los sistemas jurídicos estatales son sistemas normativos en cuya base o fundamento reside la regla constitucional. Se entiende por “sistema” un “objeto complejo”^[52] cuyas piezas se encuentran compuestas, estructuradas y garantizadas dentro de un entorno. Esta concepción debería incluir entre sus piezas la composición, la estructura y las garantías y el entorno. La composición abarca todas sus partes. La estructura consiste en las relaciones entre las piezas, incluido el entorno. Las garantías son mecanismos que protegen las piezas del sistema. El entorno se detalla en los estados de cosas que actúan sobre todas o algunas de las piezas del sistema.

Así, resalto lo que entiendo por Constitución del Estado:

La lengua de la razón por la que se instituye la forma inicial del orden estatal, consistente en un sistema de reglas sobre todas las reglas del Derecho para la concreción de procesos públicos en un determinado tiempo, espacio y comunidad de ciudadanos y ciudadanas.

Un sistema artificial que, con sus cuatro piezas, constituye uno de los elementos primordiales del Estado, así como funda y confiere jerarquía y validez a la totalidad de su orden jurídico. Su emanación deberá provenir del poder político de la ciudadanía que integra el pueblo, representada por una autoridad, sea que se trate de la fundación o del cambio. Así, la Ley fundamental ha de ser una regla

instrumental, que conste en escrituras, dirigida a la ciudadanía y a los servidores públicos.

Las escrituras del sistema de la Constitución que dispongan su “composición” han de comprender hasta cuatro partes: simples declaraciones; derechos, bienes y deberes fundamentales; el diseño del poder y el proceso de reforma.

El sistema ordenado por la Constitución posee garantías que instituyen mecanismos para su defensa.

Los vínculos, enlaces y relaciones entre cada una de esas piezas, al definir la “estructura” del sistema, mostrarán las fortalezas y debilidades del tipo de Estado orientado al camino de los caminos: “la tierra prometida” de la democracia, libre de la autocracia.

La composición, la estructura y las garantías del sistema tendrán como entorno una “sociedad abierta”.

La principal misión del instrumento consiste en la determinación y ulterior realización racional del ámbito de su obligatoria normatividad, que cierto estado de cosas deba ser: establecer y desarrollar las existencias en paz.

II.3. Las piezas del sistema

Repárese, ahora, en cada una de sus cuatro piezas.

Primera. La *composición* del sistema constitucional abarca todas sus partes: simples declaraciones; derechos, bienes y deberes fundamentales; los poderes del Estado –autoridad y control–, y la reforma del propio sistema.

Segunda. La *estructura* consiste en las relaciones entre las piezas del sistema constitucional con inclusión del entorno; queda configurada por la “democracia”, entendida y prometida como forma de producción de reglas y fundadora de la legitimación del Estado. La democracia consiste en buscar y construir consensos homogéneos y perdurables. Ella comporta un método fundado en reglas de juego iguales por naturaleza para todos los ciudadanos habilitados a participar, sin secretos, a la luz del día, cuyo valor

irrenunciable es el pluralismo, en tanto su ejercicio no agreda ni implique la intolerante desnaturalización y abolición del propio método democrático constitucionalmente asumido y protegido.

Las Constituciones contemplan la vía representativa para la gobernanza. Algunas de ellas albergan de modo complementario determinadas formas semidirectas que implican una participación casi sin intermediación en la decisión política. Con arreglo a la representación, en especial en el sistema presidencial típicamente sudamericano, se escoge y requiere de un líder del proceso constitucional.

El sistema de gobierno presidencial en América del Sud –guste o no guste, sea eficaz o ineficaz, contenga o no rasgos autocráticos irremediables– resulta ser el único modelo que observa concreción en las letras constitucionales de los diferentes Estados. Ningún Estado sudamericano tiene como sistema de gobierno el parlamentarismo o un presidencialismo acotado, sin degeneraciones o regenerado. Tampoco se presenta, en ninguno de los Estados sudamericanos, un Ejecutivo colegiado o un Consejo. Las disputas sobre la ejecución de las políticas públicas en la región sudamericana son indiferentes, porque sólo hay “un modelo”: el presidencial.

Por ello, la disputa –si acaso fuese tal– consiste en comparar las atribuciones; mejor dicho, establecer “qué presidente”, de “qué gobierno” posee mayores atribuciones. Así, los avatares del constitucionalismo en América del Sud se encuentran ligados a las diferentes formas de “cultivo” que asume el presidencialismo. La suerte del constitucionalismo –en la tipología presidencialista, más o menos absolutista– queda unida o subordinada, penosamente, al gobierno encabezado por el presidente, por aquello de que en el modelo se instituye a una persona, y sólo a una, que será la que intentará liderar el proceso constitucional.

De este modo, el presidente se erige en el centro decisivo de la política nacional, y así se convierte en mucho más que un árbitro supremo. Concretamente, es un director absoluto, un “monopresidente”^[53]. Eso sucede, lamentablemente, tanto en el ámbito de la CFRB como de la CFA, con sus alcances respectivos. El presidente es elegido a partir de sistemas electorales mayoritarios, en cuyo proceso de confrontación el candidato que gana concentra todo el poder por períodos que a menudo contemplan el

escenario de la reelección.

Los Congresos asumen diferentes modelos electorales para la representación ciudadana, y en ellos debería desarrollarse la escena principal del teatro de la democracia. Los departamentos políticos, presidente y Congreso, se integran con participación directa en comicios libres de la ciudadanía. En cambio, en la integración y composición del Poder Judicial y del Ministerio público, así como en el control de su desempeño institucional, el cuerpo electoral no participa directamente. Esa circunstancia se encuentra vinculada a mecanismos absolutamente burocráticos, pergeñados en la mayoría de los casos por las propias letras constituyentes para la designación del magistrado y, de manera eventual, para su enjuiciamiento por mal desempeño. Así, se debilita la democracia y crece la falta de confianza en sus resoluciones, por la falta de conexión con la ciudadanía.

En el ámbito de la democracia prometida por una Constitución, se aguarda que una mayoría pueda gobernar con su plan políticamente aprobado en comicios libres, auténticos y transparentes, y que una minoría pueda llevar adelante, con libertad, sus propuestas y controles sobre el oficialismo gobernante, con la esperanza de ser mayoría en el futuro. La democracia constitucional es un todo: mayoría y minoría. Una deformación indeseada de la democracia constitucional se observa con el oleaje dañino que provoca la “democracia delegativa”^[54], que posee seria capacidad para ahogar la idea de representación en una comunidad.

Tercera. Las garantías son *mecanismos* que protegen a las piezas del sistema y deberían intentar la intangibilidad de la Constitución y la del orden jurídico por ella determinado y autorizado. Así, con sus mecanismos, se deberían procesar, por ejemplo, la defensa de los derechos^[55] y bienes fundamentales, los controles entre los poderes constituidos, el control de constitucionalidad, el estándar de racionalidad, el cambio constituyente y el manejo de las emergencias en la Ley fundamental.

La Constitución posee propiedades extraordinarias, únicas y supremas en el Derecho, porque, entre otros estados de cosas, ella debe proveer a la protección de todo el Derecho inferior del Estado, instrumentar todo el proceso de gobierno de una comunidad, autorizar el ingreso del DIDH y contemplar sus propios mecanismos para salvaguardar su integridad. Por

consiguiente, con facilidad puede aseverarse que toda Constitución valdrá aquello que valgan con robusta efectividad sus propias garantías.

Cuarta. El *entorno* se detalla en los estados de cosas que actúan sobre todas o algunas de las piezas del sistema. La “sociedad abierta”^[56] debería ser una comunidad de seres humanos en la que cada uno de ellos posea la inmaculada naturaleza para adoptar sus “decisiones personales”, en oposición y rechazo a una “sociedad cerrada”, caracterizada por la magia, el totalitarismo, el seguimiento de un líder profético o a cualquier otro modelo de sinrazón, es decir, cualquier modelo de absolutismo o concentración desmedida de poder. Aunque el entorno se instala en la periferia del sistema y, por ello, estrictamente no es una pieza, sí interfiere en la relación entre las piezas y, por ende, en la estructura del sistema.

II.4. La arquitectura de las piezas: reglas primarias, secundarias y simples enunciados. Procesos públicos

Todas las piezas del sistema constitucional se instituyen por una “trinidad de regulaciones”. Las reglas primarias sobre la conducta determinan derechos, bienes y deberes fundamentales. Las reglas secundarias determinan las competencias de los órganos de los poderes públicos. Las simples declaraciones son enunciados no normativos, por ejemplo, los preámbulos de las Constituciones, o simples declaraciones políticas, que cobran su juridicidad por el hecho de participar del sistema normativo.

Así, la Constitución se puede concebir como una combinación de reglas primarias, secundarias y otros enunciados; regulaciones que instituyen, pieza por pieza, su sistema normativo. Todas esas regulaciones son finitas porque no poseen enunciado fuera del propio establecimiento de la reglamentación que prometen con su lengua. De este modo, la lengua de la Constitución muestra la esencia de todo aquello que puede ser pensado y repensado dentro de la comunidad estatal. Desde esa inteligencia, la lengua constituyente del Estado, enunciada y normada con finitud por sus palabras generadoras, deberá proveer, merced a la deducción de sus posibilidades existenciales, a la construcción de un orden jurídico así derivado.

La Constitución, un instrumento finito, autorizará una aplicación casi “infinita” o ilimitada a partir de la instrumentación y el desarrollo de su

lengua. Su realización, por acatamiento o interpretación –como se lee en el próximo apartado–, autorizará una utilización casi “infinita” o ilimitada del instrumento o “medio finito”^[57]. No ha existido una inteligencia natural que pueda concebir estados de cosas infinitos, porque su propia finitud estatuye con rigor insuperable los límites de aquello que ha de ser calculable y previsible. Las reglas constitucionales son las reglas básicas que, pensadas siempre en el momento originario, han de determinar y condicionar todo aquello que nazca directamente en razón de su regulación jurídica. Las reglas inferiores a la Ley fundamental, que se crean para su desarrollo, nunca deberían existir bajo una forma o un contenido que no sea el criterio de configuración y predeterminación objetivado con justeza en los parámetros de la Ley básica. Ella autoriza la creación de leyes, actos y sentencias en su desarrollo. Todas estas producciones son inferiores y determinadas, aunque parecieran infinitas e ilimitadas: su validez se encuentra enclaustrada por las determinaciones establecidas en los enunciados del Derecho constituyente de la Ley básica.

En resumen, la Constitución es puro instrumento normativo que, con sus reglas primarias, secundarias y simples enunciados, lleva adelante procesos públicos que pretenden una ordenación comunitaria de la conducta humana, todo ello basado en un sistema de ideas que expresan la correspondiente cosmovisión mundana que poseen sus hacedores o creadores. El Derecho de la Constitución instituye un instrumento mayor y supremo en aras de la paz, porque ella, una coexistencia ciudadana pacífica, “es potencialmente la base de todos los principios y procesos del Estado constitucional”^[58].

Por “proceso público” se ha de entender una conjunción en fases sucesivas gobernadas por la forma inicial, la Constitución, porque todo en ella posee esa naturaleza: pública. La trinidad de regulaciones constitucionales debería abarcar, al menos, los siguientes procesos públicos propiamente decididos por la Ley fundamental: *a)* su fuerza normativa; *b)* la génesis, el desarrollo y la dimensión de los derechos, bienes y deberes fundamentales; *c)* la configuración dividida y separada de los poderes constituidos y el control racional y efectivo de sus atribuciones; *d)* la reforma constitucional; y *e)* la estructuración de la democracia y los mecanismos para garantizar su supremacía estelar en el cielo del Derecho del Estado.

Todos esos procesos se instituyen por la Constitución. Así, se convierten en instituciones que, creadas por la política constituyente, servirán para influir y decidir, en diferentes proporciones, en los ambientes y en la dimensión del Estado por ella fundado. En los procesos públicos instituidos por la Constitución, descansan las posibilidades para el crecimiento, el desarrollo y la variación de la economía, el empleo, las finanzas, los negocios, las iniciativas públicas y privadas, los criterios enderezados al disfrute de los bienes sociales y comunes; en suma, el bienestar general de la ciudadanía. Sin procesos públicos institucionalizados racionalmente en la Escritura fundamental, no hay comunidad política ordenada. Vivir todos solidariamente bajo una Constitución escrita o existir bajo el imperio, tan bestial como irracional, del más fuerte^[59].

II.5. Creación y acatamiento del sistema de la Constitución. Quid sobre la realización jurisdiccional y doctrinaria

El legislador constituyente, el gran arquitecto del Estado, discute, proyecta y sanciona la “Biblia Política” del Estado. En la lengua del poder fundador sólo ha de existir un número finito de enunciados de Derecho, porque la Constitución determinará las formas del orden jurídico y, hasta cierto punto, todo su contenido. El don de esas reglas finitas, integradas en las piezas del sistema de la Constitución, autorizará que puedan deducirse de ellas, como una especie de árbol de derivación, una combinación casi ilimitada de regulaciones sobre las conductas humanas, cuyo objetivo máximo es buscar la paz comunitaria y, una vez conseguida, mantenerla, y, una vez mantenida, desarrollarla con alcance duradero.

El texto de la Constitución se puede desarrollar solamente en dos contextos: el de su producción y el de su realización.

El Derecho constituyente del Estado, su Escritura fundamental, la suma regla del orden jurídico, sola y exclusivamente puede y debe ser producida por el órgano político con competencia de la más alta stirpe, en representación de la ciudadanía. Jamás la creación de la Constitución podría o debería encajarse en fuente jurisdiccional o semejante, porque se alteraría por completo la magna idea sobre la deliberación, discusión y generación racional y democrática del Derecho. La Norma de normas debe crearse en Congreso o Convenciones, cuyos miembros sean elegidos directamente por

la ciudadanía que integra su pueblo.

Puesta la Constitución en el mundo, en el marco de una sociedad de individuos igualmente libres y que aspiran a ser considerados socialmente iguales, cuya representación ha sido ejercida con libertad y deliberación por la autoridad constituyente y su composición ha sido fruto de elecciones auténticas, inevitablemente, desde la comprensión jurídica, deberá sobrevenir su acatamiento. No importa si se trata de la fundación o del cambio en la fuente nativa, o si su normatividad proviene de fuente supraestatal (extranjera) por la vía de la conglobación que autorice una determinada apertura al DIDH.

Ese acatamiento demuestra el contexto de realización tanto por los ciudadanos como por servidores públicos encargados de los poderes constituidos del Estado. Juzgo que vale la pena discutir o discernir si existe –o no– una obligación de cumplir con el Derecho constituyente del Estado. La Constitución, en tanto Escritura fundamental para la organización de la república y presupuesto sostenido de la orientación democrática, ha de poseer aspiraciones de obediencia comunitaria a la fuerza normativa de sus principios^[60] y reglas. Para que ello suceda, obviamente, será tarea del Estado realizar y agotar hasta el máximo de sus posibilidades concretas todos los esfuerzos representables para que la ciudadanía la conozca. La obediencia al Derecho de la Constitución, sea en grado de expectativa o de fuerte aspiración, trasunta un deber político ineludible del ciudadano para coexistir en la comunidad que elige para cumplir su plan de vida en paz.

No obstante, producida la norma constitucional, no todo en el mundo jurídico será puro, listo y liso acatamiento. Para distinguir de la “mera aplicación o el simple acatamiento”, aquí me refiero, por un lado, a la “realización propia” o “interpretación judicial” de los jueces al dictar sentencias y, por otro, al “saber doctrinario” que desempeña la ciencia del Derecho constitucional, que podrá asumir la forma de teoría general o dogmática, con su tarea descriptiva o valorativa.

La realización del Derecho constitucional, que según el caso se puede cumplir por el acatamiento, la interpretación judicial o el saber doctrinario, será siempre, pues, concreción o ejecución de Derecho positivamente creado. Concretamente: el Derecho constitucional del Estado lo produce el poder con específicas potestades constituyentes. En la Argentina la reforma

es un proceso que se inicia en el Congreso y se desarrolla en una “Convención convocada al efecto”. En Brasil, en cambio, la enmienda constitucional es un proceso legislativo que solamente se podrá cumplir en el “*Congresso Nacional*”.

Desde el punto de vista teórico, adquiere la máxima entidad la distinción entre creación del Derecho (fundación o cambio) e interpretación del Derecho. La intuición de que la interpretación judicial tiene sesgos de creación (fundación o reforma) es una conjetura profundamente errada que implica postular que un pequeño fragmento del poder es superior a su todo. La totalidad es una colección de tareas sobre una Ley fundamental; un estado de cosas es producir Derecho, por ejemplo con una reforma, y otra muy distinta interpretarla en el ámbito ceñido por cuestión jurisdiccional objeto de controversia. Bajo ningún supuesto, la realización de la Ley fundamental debería constituir el Derecho constituyente del Estado, salvo que se pretenda alterar o deformar esta anatomía básica. El juez, un intérprete del Derecho, debe asignar un significado a la regla constituyente, nunca crearla ni reformarla.

Nótese que toda norma tiene un ámbito semántico, cuya certeza no es ni será aritmética. Hay un ejemplo muy didáctico. Colocada la norma en el mundo, se la puede comparar con barco. Así, necesitará de prácticos para llevar una ruta marcada por expertos en puerto y, luego, en mar libre dependerá para seguir el rumbo propio asignado por la autoridad constituyente de las tareas idóneas del capitán y de la tripulación de la embarcación^[61]. ¡No cualquier rumbo! Cualquier rumbo significará el naufragio con el extravío de la semántica propuesta por la Constitución y la negación de su naturaleza prescriptiva.

II.6. Destinatarios del sistema constituyente

La Constitución, con la totalidad de sus patrones para la conducta humana, debe elegir con precisión el ámbito de los destinatarios. En esa elección, por cierto, todas sus regulaciones institucionalizadas deben dirigirse, en principio, a todos los ciudadanos del Estado, entendida ampliamente la noción de “ciudadanía” como abarcadora de las personas que debe acatar un determinado orden estatal, con inclusión del servidor público. Este último también es un ciudadano que, como funcionario,

cumple determinadas tareas estatales de modo temporario.

Es evidente que no existe un mundo exclusivo para las normas constitucionales. Las normas constitucionales, con sus idealidades, deben existir en esta realidad de este mundo; caso contrario, serían ignoradas o desconocidas por la ciudadanía. Las reglas de una Constitución, por lo tanto, deben ser dirigidas sobre la conducta de todas aquellas personas que integran la comunidad estatal, en el espacio en que se ejerce su soberanía y en delimitado ámbito temporal. Las reglas del orden constituyente del Estado, en principio, con su altísimo elevado carácter de abstracción, deberían encontrarse dirigidas a todas las personas, porque todas ellas son destinatarias de todas las normas^[62].

Aquellos realizadores de la Constitución, por regla apodados “servidores públicos”, dado que sus tareas son pagadas inevitablemente con el Tesoro del Estado, deben computar siempre que la lengua de la Ley fundamental no comprenderá jamás caminos infinitos para evitar la tentación habitual del abuso o el desvío del poder autorizado. La finitud de la lengua constituyente del Estado acaba cuando el servidor público, solo o arropado de su propia y vacilante voluntad o irracionalidad, corrompe los límites de la Ley fundamental. Así, el instrumento finito por naturaleza se convertirá escandalosamente en la piedra infinita de un despotismo judicial, congresual o ejecutivo, que, según el caso, ejercerán el poder sin autorización del Derecho.

Tristemente, las Constituciones pueden asumir un “doble rostro”^[63], una forma experimental que en la práctica puede atravesar todo fragmento de un orden jurídico en su realización. Las reglas de la Escritura fundamental, su propia validez, en muchas ocasiones han sido –o pueden ser– aplastadas por leyes, reglamentos, hechos, actos o sentencias emanados de autoridades constituidas. Esos actos brutales quizás sean juzgados como regulares por la autoridad que los emite, motivo por el cual resulten para ella una forma del Derecho incuestionable. Sin embargo, desde la comprensión de un lector objetivo –en especial, el saber doctrinario–, ese mismo Derecho es manifiestamente inconstitucional y, por ende, irracional. Esa ausencia de verdadera razón demuestra que no serían actos o hechos legales compatibles con la Ley fundamental, sino “monstruos”^[64] jurídicos insanables, dado que el mal desempeño en la interpretación constitucional

es la fuente más significativa del “no Derecho” y la desobediencia de la Constitución la desarrollan fatalmente, por vía regia, los servidores públicos elegidos, escogidos y designados para cumplirla y obedecerla.

En una sociedad abierta, el sistema de la Constitución debería ser el resultado de la tarea mancomunada de toda la ciudadanía, jamás aquello que un presidente o un juez sospechen que ella debería ser con arreglo a sus voluntades o intuiciones. La Ley fundamental debe ser Derecho de la ciudadanía para desarrollar un constitucionalismo democrático. Repito: la lengua constituyente del Estado es una lengua para todos los ciudadanos, género en el que deberían quedar abarcados, aunque muchos no puedan comprenderlo o aceptarlo, los propios funcionarios públicos.

II.7. Inventario de la declaración teórica y su argumentación

El orden constituyente del Estado debe ser un orden emanado de la razón. Aquí sigo el axioma de Gottfried Leibniz: *Nihil est in intellectu quod non fuerit in sensu; excipe, nisi ipse intellectus*^[65]. El Derecho, y en particular el Derecho de la Constitución, es una invención contingente que responde a determinadas propiedades temporales y espaciales; no hay eternidad ni perpetuidad en sus ordenaciones fundacionales. Ese Derecho de la Constitución debe ser una de las creaciones más elevadas e insignes, el resultado de la razón humana. La fuente de la autoridad de la Constitución del Estado debe ser, principalmente, la razón, con ayuda de la experiencia, nunca al revés.

Si esa autoridad voluntaria del Estado pugnase duramente con la razón, no sería una Ley fundamental sino una monstruosidad jurídica. La Constitución del Estado, el orden fundamental libre, democrático, positivo, escrito y normado de una comunidad, debería ser el resultado de un ejercicio de la razón para todos los estados de cosas que, con pretensiones de anticipación, previsibilidad y calculabilidad, se decida instaurar en un tiempo y un espacio determinados. El triunfo de la razón humana ha de ser la victoria de quienes razonan, antes bien que asumir cualquier experiencia acaecida o movilizada por un experimento único y yacente en una voluntad autoritaria. Es mi tesis racional más pura y honesta, con auxilio de la experiencia.

La lectura de la declaración teórica muestra que el sistema se integra con “piezas”. Asimismo, la Constitución, con el juego de cada una de las piezas de su sistema, debe ser el plan maestro que ordene todos los procesos públicos que, con su asegurada y suprema capitalidad, deberían observarse en toda producción y realización jurídica en el Estado. La reforma de la Constitución se hace presente con firmeza expresa tanto en la *composición* del sistema como dentro de sus *mecanismos garantistas*.

Además, resulta impensable un cambio constituyente sin apelar a la estructura democrática. Desde tal comprensión, la variación de la Constitución significa un asunto existencial para la propia idea que se proponga sobre la Escritura fundamental. Así, se llega a otra interesantísima afirmación. Más arriba señalé que la concepción sobre el Derecho determinará abiertamente la ideación que se construya sobre la Constitución; ahora se puede dar otro paso. La idea que se posea sobre el proceso público de reforma será también una determinación consecuente sobre las posibilidades de duración y desarrollo que se adviertan en la Escritura fundamental del Estado. La concepción del Derecho implica la idea de Constitución^[66] y ésta, de manera autorreferente, su propio cambio. En la próxima sección describo los trazos esenciales del proceso de reforma, en el marco preciso de la declaración teórica.

§ III. La reforma constitucional

III.1. El proceso público de cambio y las reglas secundarias

La Constitución, con sus esquemas para la regulación de conductas y el ejercicio de los poderes, no abarca absolutamente todos los comportamientos humanos. Juzgar de ese modo sería, cuanto menos, extravagante e impropio, porque la Constitución determina un campo dominado por el Derecho; pero, fuera de él, hay otro campo libre, un mundo sin reglas jurídicas. La comprensión y observación del mundo del Derecho obliga a distinguir dos ámbitos bien separados y diferenciados: uno sin reglas jurídicas, una entidad extraña al Derecho y sin propiedad jurídica, y otro con reglas, inherente y determinado por el propio mundo del Derecho.

No hay determinación de conductas en el ámbito sin reglas del Derecho;

entonces, no hay cualidad jurídica porque dicha esfera “no jurídica” es irrelevante para el mundo del Derecho. Por lo tanto, todo el universo que no es objeto de determinación jurídica queda reservado a la guía suministrada por la razón de cada individuo. Solamente es objeto de la juridicidad aquello susceptible de efectiva reglamentación por el Derecho y que se instituye por la autoridad de los servidores públicos investidos del correspondiente poder público. Fuera del marco jurídico estatal existe, desde luego, otro marco de referencia ajeno por completo al Derecho: allí el discurso estatal no tiene entidad ni propiedad.

“Ley fundamental escrita” y “cambio reglado” son ideas que han de caminar juntas. La Constitución no debe concebirse como eterna, excepto las reglas de esa naturaleza que cumplen una función sobre la validez y continuidad del instrumento (tratadas en III.6). Por tal motivo, la reforma es el proceso público más idóneo para cambiar piezas del sistema de la Constitución sin alterar su continuidad y en abierta tutela de la totalidad de sus pautas de validez. En el repertorio mundial de las Constituciones que se han escrito desde la creación de la de Estados Unidos de 1787 y su proceso de reforma en su artículo v, prácticamente no existen ni han existido textos jurídicos que no contemplen su propia enmienda.

Al bosquejarse una teoría general sobre la reforma constitucional, se han de elaborar proposiciones que alienten el proceso público de cambio de la Ley fundamental con todas sus formalidades y en cumplimiento de los contenidos sustanciales explícitos o implícitos, para no destruir la cadena de validez constituyente. La lengua de la Constitución, como toda lengua, “es de índole sucesiva” y, por lo tanto, “no es hábil para razonar lo eterno, lo intemporal”^[67]. La Escritura fundamental del orden del Estado es un objeto creado por el hecho del poder constituyente y su desarrollo transcurre en este mundo. Por eso, su estabilidad y su permanencia no serán eternas, pues dependerán, en gran medida, de los consensos ciudadanos que en la comunidad se dispongan y fluyan para sostenerla, con razonado tesón, en el tiempo y el espacio.

La Constitución debería auspiciar su propio cambio reglado y no alentar el reposo conservacionista de sus reglas. En tal sentido, la Ley fundamental podría entenderse como un diálogo virtual entre personas de una generación que están muertas y personas de una generación que viven hoy. Esas

personas nunca han de conocerse. Quienes viven hoy y pueden disfrutar de las ventajas de una Ley fundamental hecha en el pasado remoto tampoco tendrán la posibilidad de conocer en persona a los ciudadanos que vivirán en el futuro cuando ellos ya no estén físicamente en el mundo. Intuyo que el diálogo descrito constituiría el rasgo primoroso para explicar la existencia de una Ley fundamental y su cambio. Sin diálogo, la existencia humana y su devenir serían inviables.

Todo el proceso para el cambio siempre se encontrará presidido, básicamente, por una o varias reglas secundarias. Tal como ya he explicitado, estas reglas –en la tipología asumida– son instrumentos prescriptivos diseñados por un órgano, que le confieren potestades y habilitan sus poderes de configuración o realización del Derecho. En el caso de la reforma de la Constitución, el poder sobre la creación se vincula con el “cambio”. Así, pues, la variación constituyente es habilitada por la función de reglas secundarias, verdaderas reglas de competencia diseñadas para el cambio (una especie de configuración normativa), según expongo en los próximos apartados.

III.2. Expansión, contracción o revisión del sistema constitucional

Toda Constitución debería contener como base de certidumbre que su escritura metódica sólo podrá ser expandida, contraída o revisada por el propio proceso detallado en su texto. Podría entenderse, no sin razón, que el cambio o la variación constitucional atraparía a todos los sucesos y procesos que pueden sufrir los textos constitucionales en el tiempo. No obstante, el cambio sobre el que teorizo es el cambio formalizado o la variación del sistema normativo constitucional, que implica la modificación de su texto producida por acciones razonadas por sus autores y reguladas por la propia suma regla del orden jurídico.

La reforma constitucional puede darse de tres maneras: *a)* por *expansión*, cuando se agrega una nueva regla a la combinación constitucional originaria; *b)* por *contracción*, cuando se elimina alguna regla de la nómina de esa combinación constitucional; y *c)* por *revisión*, cuando se elimina en la combinación constitucional alguna regla y luego se agrega otra incompatible (total o parcialmente) con la eliminada.^[68]

Un párrafo aparte merece la autodenominada “mutación constitucional”. Ella se produciría sin cambiar el texto de la Constitución, con una asignación semántica sobre la regla interpretada que traspasaría por completo su finitud originaria. Se trata, en rigor, de un instituto de dudosísima constitucionalidad, ya que sería detentado por individuos que no fueron empoderados por el pacto constituyente y, por ello, alteraría la armonía del universo ciudadano. Así, pues, al no constituir la mutación un cambio reglado en el texto fundacional, no constituye un “procedimiento formal de aprobación”^[69] o de variación o reforma. Dado que la mutación constituye una transformación que implicaría una variación “patológica”^[70] y no reglada, ella no debería tener acogida en un Estado constitucional y democrático.

Bajo alguna de las rutas planteadas para el cambio (expansión, contracción o revisión), la variación constituyente ha de establecer un novísimo acuerdo político dentro del proceso público de la comunidad. El poder político que se reúna en una Asamblea, Congreso o Convención para hacer cambios en la Constitución, por propia definición, quedará atado – acaso atrapado– en las redes de la propia regla secundaria que adjudica en la Ley fundamental la autorización para la reforma.

El cambio jurídico del sistema de la Constitución tiene una propiedad imposible de eliminar: al instrumentar cambios en el objeto “Ley fundamental”, sea por expansión, contracción o revisión, dicha Regla Altísima ha de ser una “Constitución reformada”. La variación, además, generará una novísima constelación de reglas, dado que cualquiera de la tríada, en principio, podría ser objeto de cambio protocolizado. Una reforma deberá producir un cambio en el contenido del sistema de la Constitución, pero jamás provocar su abolición o destrucción, si se desea mantener la secuencia de la validez instituida por la Ley fundamental originaria.

III.3. Desarrollo de la Constitución y poder político

La Escritura fundamental del Estado se contiene en un texto que, como se leerá más abajo, se encuentra sometido a determinadas condiciones procesales y materiales para alentar su cambio. La Ley fundamental es una ley en el tiempo. En esa dimensión temporal, fijada dentro del espacio territorial de un ente, se ha de computar su duración. Una existencia

duradera, al apoyar cierta estabilidad en el gobierno comunitario, haría prosperar un desarrollo de la Ley fundamental: su proceso de reforma. La necesidad política, la oportunidad jurídica y la reunión de los consensos elementales de los representantes de una ciudadanía son un trípode para favorecer o postergar la discusión y elaboración formalizada de un cambio constituyente en la Escritura fundamental del Estado.

La existencia de los seres humanos en pleno siglo XXI se encuentra desbordada, sin cesar, por invenciones constantes, sucesivos descubrimientos y actualizaciones permanentes. Frente a tal panorama, la codificación contenida en la Ley fundamental no debería quedar arrinconada en las palabras de seres humanos que han muerto o que no militan en la vida política activa. La tarea de reformar posibilita el cambio o la variación a cada generación de ciudadanos vivos, al recoger una adaptación o promover un estímulo para la vida política de la comunidad, con verdadera conciencia de que esta o aquella modificación es la vía idónea para perfeccionar la paz y promover el bienestar general.

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 jurisdiccionales que la vuelvan sin sentido, al desnaturalizar (según los casos, de modo parcial o completo) las pretensiones de normatividad emergentes de sus reglas.

Las palabras que componen la lengua del Derecho constitucional son irreversibles. Una vez escritas, pueden ser aumentadas, reducidas o revisadas. Sin embargo, intuir su anulación resulta complejo porque no se puede utilizar un líquido o sólido para borrar la tinta escrita que establece el orden supremo de la Constitución. Por lo tanto, deberá computarse como un atentado inconstitucional que “dioses supremos”^[71], desde el altar de la jurisdicción, sin competencia jurídica para actuar, puedan provocar una

reforma de la Escritura fundamental para reglar las existencias ciudadanas en la comunidad.

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, 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 pueblo, la reforma también debe serlo. En consecuencia, el plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral que debe escoger a sus representantes en comicios abiertos, auténticos y transparentes.

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. Ese proceso público de reforma constitucional puede favorecer la adaptación de cambios en ciernes o alentar el desarrollo de nuevos itinerarios jurídicos.

La experiencia demuestra que muchas veces se realizan “cambios políticos” sin apelar al proceso de reforma constitucional. Además, por la fuerza normativa de lo fáctico, tales cambios políticos, desgraciadamente, se imponen y causan una herida sangrienta en el orden estatal. El cambio constitucional aquí teorizado sólo se puede configurar por el proceso público de reforma previsto en la Ley fundamental. Respecto de esto último, podría argüirse que se trata de un dogmatismo caprichoso. No es así, porque la Constitución constituye la “clave de la confianza”^[72] para una articulación racional de la política comunitaria; fuera de sus canales, sólo corresponderá aguardar la ausencia de control, lo que implicaría una tajante devaluación de toda su capacidad procesal regulativa y, por ende, un camino sin señales ni contenciones hacia la anarquía más desviada.

Entonces, prescindir del Derecho para producir cambios políticos en la más alta cumbre de la ordenación se compadecerá, quizá, con actos del poder político y se identificará con la pura fuerza emanada de la voluntad. En otras palabras, podrá clamarse que tengan contenido jurídico, pero no

serán Derecho constituyente del Estado constitucional porque carecerán de su razonada conjugación elaborada y, por consiguiente, de legitimación.

III.4. Cambio y “rigidez”^[73]

Cada orden jurídico estatal regula y establece, con sus propios matices, el proceso de reforma. Sin embargo, en los procesos de reforma deberían participar todos los ciudadanos y elegir a sus representantes y, en modo eventual, aprobar las normas elaboradas por el órgano constituyente, así como también fijar los órganos constitucionales y constituyentes determinados, de manera respectiva, para proceder a la variación normativa. Justificadamente, la reforma configura un fundamento notable que sustenta la certeza en la edificación continua del orden jurídico del Estado.

Fuera de la canalización dispuesta en la Constitución, no debería aceptarse nunca ningún cambio, ni considerarse autorizado. Porque la propia autoridad de la Constitución no debería tolerar cambios fuera del proceso prescrito en ella como suma regla. El cambio es una posibilidad enorme en la vida de los seres humanos. De este modo, el proceso de variación de la Ley Suprema constituye un fundamento del Estado. Cambiar, con arreglo a reglas predispuestas, disuelve la ley del más fuerte o la fuerza bruta que, conjunta o separadamente, desalientan cualquier proceso de pacificación por la violencia congénita y sin regulación que portan y transmiten. Sin embargo, obsérvese que las bases que surgen de las previsiones sobre reforma constitucional no eliminan la irracionalidad de gobernantes con ínfulas totalitarias o de aquellos que, por dolo o negligencia, subvierten la democrática alternancia y la pervierten por una liquidación abyecta y a precio de remate de la forma de gobierno republicana.

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. El propio proceso de cambio que las Leyes fundamentales se “dedican a sí mismas” –singular propiedad atribuida a las Constituciones– se encuentra en dicha galería. No deseo ser hereje, pero no es el término “rigidez” el más afortunado para advertir que la Constitución no debe ser reformada o cambiada por intermedio de los procesos semejantes a los previstos a la

producción jurídica de rango inferior a ella. Para no recibir acuse de falta de religiosidad dentro del constitucionalismo, prefiero mantener el empleo de “determinada rigidez”, suficientemente extendido en el saber doctrinario. Si fracasa la rigidez de la Constitución, fracasa el escalonamiento jerárquico y, con este último fracaso, no hay lengua posible para la unidad del sistema estatal.

Alentar un proceso cierto para la reforma implica asumir “determinada rigidez” para el cambio constitucional. “Determinada rigidez” significa, por lo pronto, que la Ley fundamental 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 “determinada rigidez” es consecuencia directa, sin intermediaciones, del principio de supremacía de la Constitución en la escala de reglas del orden jurídico del Estado. El hecho de que las Constituciones contemplen la jerarquía constitucional, o a veces el rango superior o equivalente del DIDH en el sistema de fuentes, no significa el abandono ni de determinada rigidez constitucional ni de una particular forma de producción del sistema jurídico constitucional.

III.5. Momentos constituyentes

Los momentos constituyentes fundacionales son aquellos en que se crea íntegramente una Escritura fundamental. Por ejemplo, el de Brasil en 1988 puede ser calificado como un ejercicio de poder constituyente “originario”, dado que en éste se ordenó fundamentalmente y se dio asiento jurídico global a una comunidad política de ciudadanos. Ese poder constituyente originario posee una fuerza capaz de establecer las bases de la estructura política, económica, cultural y jurídica de una comunidad estatal, en un espacio territorial y un tiempo determinado. En cambio, la actuación vislumbrada en 1994 en la Argentina para cambiar parcialmente su Constitución puede ser catalogada como poder constituyente derivado, aquel que se ejerce para canalizar las preferencias ciudadanas y variar el contenido de la Constitución, merced a su proceso de reforma.

El poder constituyente originario, ejercido en la etapa de la fundación o de

organización primigenia del Estado por intermedio de la Constitución – como abordo en el próximo apartado–, básicamente no tiene límites. La creación jurídico-constitucional queda sometida, con exclusividad, a la deliberación y discusión política que le da nacimiento. Resulta muy difícil adjudicar límites jurídicos al acto constituyente de instauración de la primera Ley fundamental, cuya naturaleza y peso son eminentemente políticos; aunque el Derecho positivo no implica la democracia, esta última sí “implica, necesariamente, al Derecho”^[74]. Como consecuencia de esta implicación, una primera Constitución, para que pueda predicarse “democrática”, debería consagrar para tales fines la dignidad del hombre y una de sus derivaciones más logradas: la necesaria división y control del poder. Sin límites al poder, no hay dignidad humana.

En cambio, cuando se lo ejerce para reformar o variar la regla jurídica básica del Estado –como analizo en el próximo apartado–, sí se está en presencia del poder constituyente derivado y sus límites inherentes. En los momentos constituyentes en que se ejerce el poder constituyente derivado, sea que la actuación se encuentre a cargo de un órgano constituido como el “*Congresso Nacional*” o deba convocarse a una “Convención”, siempre han de existir límites formales o, eventualmente, materiales.

En cada Ley fundamental se escribe con originalidad suficiente la propia lengua del cambio constituyente. Sin embargo, la mayor o menor dificultad para proceder a la variación, sea por las mayorías exigidas, por los ritos que habrán de cumplirse o por las materias implacablemente prohibidas al cambio, muestra la rigidez o la flexibilidad de la Ley fundamental originaria.

Asimismo, cada orden jurídico estatal dispone las etapas del proceso contemplado para la reforma de la Ley fundamental. Se pueden reducir, en trazos muy generales, a tres etapas: iniciativa, deliberación y sanción. En la primera etapa se presenta el marco y contenido de la enmienda. En la segunda se discute en el ámbito del Congreso o de una Convención. Finalmente, en la tercera se sanciona el cambio jurídico y sus efectos.

La CFA fue sancionada por el Congreso Constituyente el 1 de mayo de 1853 y promulgada el 25 de mayo de 1853. La Ley fundamental fue jurada por los pueblos el 9 de julio de 1853 en toda la Confederación, excepto por el pueblo de la provincia de Buenos Aires, sujeto político que recién

suscribió el contrato constitucional en 1860. En más de 170 años de validez de la Constitución, solamente cinco reformas conservan vigencia positiva sobre su texto: las enmiendas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, dado que el cambio constituyente producido en 1949 carece de autoridad jurídica en el Derecho positivo^[75].

Los cambios constituyentes a la Ley fundamental que mantienen vigencia han sido relevantes. Sin embargo, la sumatoria o agregación de esas cinco enmiendas señaladas sólo ha poco más que duplicado la cantidad de palabras originarias escritas en 1853, al computarse en su totalidad. Más allá de las sustracciones, adiciones o revisiones que toda reforma puede llevar adelante y que de hecho se han concretado en los cinco momentos constituyentes señalados, ninguna de ellas ha cambiado o alterado la naturaleza originaria de las piezas del sistema constitucional. Con la reforma de 1994 el texto contenido en la Escritura fundamental en vigor se integra con un Preámbulo, 129 artículos más el 14 bis y 17 “disposiciones transitorias”. Se emplean alrededor de 12.500 palabras para la totalidad del discurso jurídico de raíz constitucional que se congloba con las reglas expresa y detalladamente jerarquizadas con rango constitucional del DIDH ya detalladas.

Su proceso de cambio se reglamenta en el artículo 30, que mantiene una misma redacción desde 1853-60 y se erige como una de las reglas más escuetas al respecto, tanto en el pasado como en el presente del constitucionalismo.

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

Con claridad se pueden advertir las diferentes etapas del momento constituyente de reforma: la iniciación, a cargo de una declaración del Congreso federal; el debate público y la elección de representantes para discutir los cambios y, finalmente, la propia creación constituyente, la producción jurídica de la “Convención” elegida por la ciudadanía para materializar –o no– la variación de la Escritura fundamental sobre su “todo o en cualquiera de sus partes”.

En la tierra de la República Federativa de Brasil, bajo su cielo y su sol perpetuo conviven con desigual fortuna más de doscientos millones de

personas. En el “Discurso” brindado el 5 de octubre de 1988 Ulysses Guimarães dijo: “*A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora*”. El proceso de enmienda^[76] de la CFRB, una Constitución ciudadana, se encuentra reglamentado en el artículo 59: “*O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição*”. Seguidamente, el artículo 60 establece lo siguiente:

A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

En sus casi 35 años de validez, computados al 21 de septiembre del 2023, la CFRB fue objeto de enmienda en 129 oportunidades^[77]. No obstante, el propio proceso de reforma, que contemplado en el artículo 60 ha dado rienda a una enorme cantidad de enmiendas a la Escritura fundamental brasileña, se mantiene intocado, y todo hace pensar que así se mantendrá en el futuro.

Hay varias rutas para provocar y consolidar el cambio, y cada comunidad de ciudadanos persigue la que mayor estabilidad podría suministrar. Una

mayor dificultad para proceder a la reforma podría aumentar, por el simple transcurso del tiempo, un crecimiento del saber doctrinario y se convertiría, paradójicamente, también, en tentación irresistible para que un deformado gobierno de los jueces pretenda su actualización mediante cualquier práctica portadora de manifiesta inconstitucionalidad. Una mayor permeabilidad al proceso de reforma, aunque facilitaría sin discusión la actualización del texto básico, también aumentaría, paradójicamente, las dificultades de la ciudadanía para su conocimiento cabal y completo.

Finalmente, la configuración jurídica de las nuevas reglas significará la conclusión del proceso de reforma, a condición de que no se deba someter, a su vez, el “sistema reformado” al veredicto de la ciudadanía por cualquier vía de consulta.

III.6. Límites

Toda reforma constitucional posee “límites”^[78]. La discusión científica cuenta con una vastísima literatura al respecto^[79]. Aquí entiendo por “límites” los linderos dentro de los cuales debe transitar la creación del poder reformador constitucionalmente reglado^[80]. Así, el poder sobre el cambio constituyente es una energía en la justa y exacta determinación de sus límites. Más allá de ellos, desaparecerá la adjudicación de la regla secundaria sobre la reforma y la violación hará que no haya más, ni se pueda justificar la existencia de competencia reglada. Por lo tanto, en tal hipótesis, el poder ejercido en violación a los límites será pura fuerza y, con bastante seguridad, intentará abolir el programa constituyente originario.

Por un lado, los “límites formales” instituyen a qué órganos calificados compete y a qué procedimiento específico debe atenerse la realización de la creación constitucional reformadora. Por otro lado, también se distinguen los “límites materiales” al futuro cambio constitucional, que plantean o disponen la irreformabilidad de determinado fragmento de la materia constitucional. Estos topes definen obstáculos intocables a la potestad de reforma, motivo por el cual, en caso de existir, la función constituyente no debería llevarse a cabo. Tales prohibiciones pretenden impedir que una reforma recaiga sobre determinado contenido constitucional. El saber doctrinario, al referirse a esta clase de disposiciones, las ha denominado “cláusulas de intangibilidad”, “reglas de eternidad”, “contenidos pétreos”.

Se comprenderá la importancia que asume la cuestión sobre los límites materiales al poder de reforma, peculiarmente, en aquellas Constituciones que contemplan que pueden reformarse “en el todo”, sin determinar expresamente esos contenidos infranqueables.

Dentro de las Constituciones de los Estados de América del Sud, la CRFB 1988 contiene, probablemente, la pieza “pétrea” más exquisita, detallada y robusta. Así, en el artículo 60, 4, se dispone que la Constitución no será objeto de deliberación por una propuesta de enmienda que estuviese dirigida a abolir la forma federativa del Estado; el voto directo, secreto, universal y periódico; la separación de los poderes y los derechos y garantías individuales, tal como se detalla en III.5.

Más allá de la excelsa limitación expresa de la regla brasileña, el esbozo de la teoría general que presento en este escrito conduce a reconocer dos límites materiales en el proceso de reforma, que pueden encontrarse explicitados o ser sencillamente implícitos. Dichos límites son la “república” y la “democracia”. Ambas integran el “sistema de la Constitución”: la república, como forma de gobierno que autoriza la posibilidad de vivir en libertad y en el seno de una sociedad abierta; la democracia, en tanto el método para crear, mantener y desarrollar la existencia en la comunidad sin “derramar sangre”^[81].

Para apoyar la investidura de esos “límites materiales implícitos”, cabe mencionar la CFA. Así, desde 1853 la casa común de todos los ciudadanos es su “república”. En las palabras generadoras de su artículo 1 se dispone lo siguiente: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma [...] republicana”. La república con la totalidad de sus contenidos, entre los que luce la libre participación ciudadana, la elección periódica del gobernante y el control, constituyen un “límite intangible materialmente implícito” a cualquier tentativa de cambio.

A igual solución se arriba con la democracia como forma de orientación política del Estado. En el artículo 36 se ordena que la “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”. La democracia, por tanto, es una conquista irrenunciable y eterna. Se advierte, entonces, que también en la Escritura fundamental de la Argentina se insertan reglas de eternidad, aunque yacen

implícitamente y su prohibición cercena el paso a cualquier desvarío que pretendiese su abolición o negación.

Quizá la transgresión de límites formales durante el proceso de reforma podría repararse razonablemente con la configuración de algún tipo de control en la propia Ley fundamental, que subsanase, hipotéticamente, con imparcialidad e independencia, el o los vicios que se hubiesen presentado en el trámite de reforma. Un asunto elementalísimo: la propia Constitución debería reglamentar el órgano, el proceso y los efectos para subsanar los vicios formales. Nadie en sano juicio político podría imaginar que semejante competencia sobre las competencias sería objeto, por ejemplo, de una Corte Suprema de Justicia o un Supremo Tribunal Federal “sin reglamentación expresa en la Ley suprema”. Sin atribución, no hay competencia. Sin atribuciones del poder, no hay potestades de gobierno para resolver el vicio.

En definitiva, la abolición de la república o de la democracia, o la transgresión de límites materiales de una Ley fundamental consagrada, resultarán irremediables, insuperables e insolubles. La vulneración de esos límites produciría la ruptura para siempre de cualquier pauta de validación ordenada por la Constitución que la haya propiciado y, en ese instante, se la hundiría en el fondo del mar, a perpetuidad y sin rescate.

El control sobre una reforma constitucional, haya sido producida por el Congreso o por una Asamblea Constituyente especialmente constituida al efecto, deberá obrar con la mayor prudencia, porque el órgano que ha creado el nuevo Derecho siempre será el representante de la ciudadanía. En todo momento debería proponerse y estarse por la constitucionalidad, en confirmación de los poderes de configuración jurídica que se expresen por intermedio del cambio sugerido a la Ley fundamental.

Mediante la reforma, el artificio constitucional afianza la estructura del Estado, al permitir cambios en la regla suprema, que, por cierto, nunca será copia ni imitación de ningún ente u objeto perfecto e ideal. Por eso corresponde habilitar la propia variación de la Constitución, proceso que tendrá límites determinados en la suma regla del orden estatal. La vulneración de esos límites determinados para la reforma indicará que el “nuevo” orden instituido dejará de ser comprendido como una secuencia de normas del “viejo orden”, en el cual la unidad de esta secuencia, y con ello

la identidad de ese orden jurídico (el viejo), estaban dadas por la identidad y el cumplimiento de los criterios por él ordenados para identificar las normas de la secuencia: el contenido de la regla de reconocimiento constitucional que autorizaba el cambio, ahora violentada por el nuevo orden. La violación de los límites, pues, establece un nuevo modelo jurídico, el que no puede peticionar para sí la cadena de validez con el anterior. Transgredir los límites, en principio, da lugar a dos modelos jurídicos constitucionales: el abolido y el abolicionista.

La limitación de las reformas constitucionales por la vía de las “cláusulas de eternidad” exhibe un camino para resguardar determinada identidad del “Estado constitucional”. En América del Sud debiera ser entendida a partir de la comprensión de sus semánticas constituyentes, vinculadas a las concepciones de “república” y “democracia”. Es notorio que “no puede hacer que lo sucedido no haya sucedido” (aunque puede dejar intactos determinados estados de cosas o “censurarlos de modo categórico”^[82]). Por esa razón, sólo puede penetrar el “presente y el futuro”^[83], que se encuentran abiertos al Derecho constitucional; no el pasado. El tiempo futuro, por su parte, no puede quedar ligado eternamente al Derecho constituyente del Estado, porque la ausencia de cambio es impropia del itinerario de los seres humanos. El dictado de reglas jurídicas eternas, aunque encomiable, instituye una definición que no resulta compatible con la finitud del ser humano. Todo intento de hacer totalmente irreformable el futuro jurídico chocará, por un lado, con la naturaleza cambiante del pensamiento y, por otro, con su natural entidad física y perecedera.

El poder constituyente reformador, cuya función propia es instaurar un nuevo conjunto de disposiciones constitucionales que mantiene la secuencia de validez, se encuentra diseñado con diferentes modelos en los diferentes textos constitucionales. No obstante, todos esos procesos poseen un denominador orientador común: prohiar la producción constituyente, la creación de normas constitucionales. Cada uno de esos procesos contiene –siempre– determinadas etapas, insustituibles, enmarcadas en la Constitución. Por lo general, además, una relación ontológica esencial une las etapas del proceso reformador con bastante nitidez. Las etapas del proceso constituyente conforman un todo, el propio proceso reformador de la Constitución. También, por regla, cada uno de los actos cumplidos en el

ámbito del proceso reformador posee relevancia superior a los actos cumplidos en la órbita de los poderes constituidos ordinarios y cotidianos. Por lo tanto, un determinado proceso reformador de la Constitución será válido, formalmente, si ha satisfecho todos los requisitos fijados en cada una de las etapas previstas para el cambio, esto es, su segura, propia y radical secuencia de validación normativa.

III.7. Quid sobre la naturaleza autorreferente del cambio^[84]

Las Constituciones hablan de sí mismas. Ordenan que son supremas y disponen los cánones para realizar su propio cambio formalizado. No hay otro instrumento del Derecho que posea esas propiedades. Ahora bien, la Constitución no es un tesoro intacto y secreto. Ella articula, muchas veces con alegoría superflua y otras con rigurosa sobriedad, la palabra pública, la lengua para ordenar la vida de los ciudadanos en la comunidad estatal. La lengua constituyente que determina el proceso de reforma instituye una regla de adjudicación autorreferente. Sin embargo, debe tenerse muy presente que no todo enunciado autorreferente desencadena contradicción. El hecho de que la Ley fundamental prescriba sobre sí misma las pautas para su cambio (como también hace para determinar su supremacía normativa en la grada jerárquica del orden del Estado), significativamente, no debería configurarla. La lengua de la reforma instituye, con sus reglas, adjudicaciones autorreferentes que deben ser realizadas sin condiciones y bajo escrutinio extremadamente cauto y riguroso.

Podría discutirse el don o la gracia especial del canon sobre la reforma en la propia escritura de la Constitución. Repito: no implica contradicción lógica, porque manejar con cuidado los enunciados de naturaleza autorreferencial es algo bien distinto que predicar que todo enunciado de ese tipo o naturaleza carezca de significado. El hecho de que las Constituciones deban regular su propia reforma es insuperable, porque ellas mismas deben ejercer esa reglamentación.

III.8. La reforma en el sistema de la Constitución

Ya he argumentado sobre el vínculo entre Constitución y reforma en abierta conexión con la declaración teórica propuesta. Evidentemente, el

cambio de la Ley fundamental encuentra abrigo en dos de las piezas que hacen al sistema de la Constitución: su composición y sus mecanismos garantistas.

El panorama trazado en esta sección demuestra con claridad que el único modo de mantener la unidad de todas y cada una de las partes que cementan la “composición” de la Constitución es someterla a un “cambio reglado” (III.1). La falta de certeza en el futuro, una regencia del principio de indeterminación (con sus excepciones limitadas y contadas), constituye uno de los retos insalvables de la especie humana. Acaso para prestar un placebo, se han creado las Constituciones, instrumentos que además contienen la “certeza” de que su lengua puede ser reformada por intermedio de los procesos jurídicos que se inauguran en sus textos. El cambio formalizado, plenamente sometido a reglas, queda autorizado por una sola lengua, la que describe y ata el proceso y la sustancia, hasta cierto punto, de toda enmienda constituyente.

Asimismo, la expansión, la contracción o la revisión (III.2) del sistema de la Constitución también afirman una posibilidad de asegurar la “unidad compositiva de todas las partes” de la Ley fundamental. Al producirse el cambio reglado de la Escritura fundamental, aunque se producirá una Constitución reformada, ella, como instrumento supremo y jerárquico del orden estatal, garantizará su unidad, porque no quedará afectada su composición.

Los cambios políticos (III.3) son los retos y los desafíos más conmovedores y sobresalientes que debe enfrentar una comunidad. La simple expresión de la variación de determinadas condiciones existenciales en una sociedad produce diferentes tipos de debates y confrontaciones. La Constitución, cuya reforma está sometida a un proceso formal y reglado de aprobación, queda instituida con un formidable “mecanismo garantista”, que debería respaldar el proceso de cambio y la participación política de la ciudadanía.

La “rigidez” de una Constitución (III.4) presumiblemente fue pensada para quitar del alcance rutinario, ordinario y común de los ciudadanos la alternativa de cambiarla fácilmente. La rigidez de las Constituciones tiene tantas presentaciones como las individuadas en la colección de la historia del constitucionalismo. Pese a eso, hay una idea que atraviesa, acaso como

un denominador común, esa propiedad: anclar la Escritura fundamental a un proceso distinto, con otras mayorías y otras participaciones, al contemplado ordinariamente para la gestación de la ley. Por eso, la rigidez es una “garantía que la Constitución” se confiere a sí misma, una de las mejores tutelas que se pueden prescribir para cuidarse y evitar que el fruto inmaduro de la política conlleve un cambio inapropiado.

En este escrito, además, el lector puede disfrutar de dos modelos de rigidez. Así, en 170 años la Escritura fundamental de la Argentina fue reformada en cinco momentos constituyentes que gozan de validez existencial; la duración de la CFA, con pocos cambios, quizá sea la propiedad que con mayor severidad se compruebe en los antecedentes del constitucionalismo comparado. La CRFB, por su parte, posee alrededor de 130 enmiendas y asistió a seis procesos de revisión en casi 35 años; su reformabilidad, acaso, sea una de las alternativas mayores para el análisis jurídico.

La creación del Derecho contenido en la Escritura fundamental se realiza en los momentos constituyentes (III.5). En ellos –y también en su reforma– se produce la instauración de la Ley fundamental. En los momentos constituyentes, los ciudadanos que integran el pueblo, representados por sus asambleístas, convencionales o congresistas –o acaso en forma directa por derecho propio–, pueden dar lugar al ejercicio del poder que permite la configuración constitucional que da fundamento al Estado. La determinación de los momentos constituyentes, con la descripción de cada una de sus etapas, garantiza que la Ley fundamental queda afectada para siempre a un proceso formalizado de aprobación. Fuera de ese proceso público o, mejor dicho, ante su incumplimiento (doloso o culposos), no correspondería predicar que hay constitucionalidad de una reforma. Con acierto, Diego Valadés ha escrito que “si la Constitución es, entre otras cosas, el estatuto jurídico del poder, resulta comprensible que la estabilidad de la norma sea un requisito para la estabilidad de lo normado”^[85]. Precisamente, la estabilidad de un proceso, como el de reforma, configura una aquilatada “garantía” –no siempre suficiente– para proteger a la Constitución.

La Constitución fue pensada para limitar el poder, controlarlo e impedir su abuso, siempre que sea posible. La Ley suprema también posee y fija

“límites” por intermedio de sus piezas, por ejemplo, para el ejercicio de los derechos o para el despliegue de la autoridad del servidor público. En especial, los límites (III.6) al proceso de reforma son un cauce extremadamente singular, que sólo existe en el cosmos de una Escritura fundamental. Sin fronteras para la reforma, formales y materiales, la textura de la Constitución podría ser objeto de jaque continuado. La configuración de los límites a la variación constituyente demuestra que “Constitución” y “reforma” son ideas inseparables, desde que la primera no puede concebirse con naturaleza sempiterna y la segunda es inescindible de la propia vocación de progreso de la especie humana.

Toda reforma constitucional produce un cambio en el contenido del orden jurídico estatal, pero no la destrucción del preexistente, si mantiene la continuidad por la vía de su adaptación o de un desarrollo de nuevos esquemas jurídicos y respeta los límites impuestos. Una Constitución, así, es una Ley fundamental “limitada”, el único modo de imaginar la unidad de su composición y garantizar la continuidad de su existencia. Una vez parida la Escritura fundamental, para mantener su secuencia de validez, esto es, que ella siga siendo la fuente matriz e inspiradora del orden estatal establecido, el proceso de reforma deberá embarcarse, genuinamente, en el respeto a todos los límites. Con límites, hay razón del Derecho, es decir, la conceptualización mismísima de Constitución y su cambio formalizado. Todos los pasos que fuesen más allá de esa secuencia jurídicamente limitada, tanto formal como materialmente, comportarían que no habría cambio regulado constitucionalmente, sino la abolición y el entierro de una Escritura fundamental y, el día después, al igual que en la literatura se podrá decir: “*Aujourd’hui, maman est morte*”^[86]. Una muerte sin dejar herencia, ni vínculos humanos, ni Derecho.

§ IV. Comentarios finales

IV.1. Paz y Constitución

La paz es el fin mínimo del orden jurídico determinado por una Ley fundamental^[87]. Ella es la condición necesaria e indisponible para cualquier otro fin: libertad, igualdad o fraternidad. La Ley fundamental debería instituir una procura de ordenación de la paz relativa de una comunidad. Sin

embargo, la regulación consistente o perpetua de la paz ha de ser imposible o muy compleja en una sociedad con marcados índices y niveles de vulnerabilidad, exclusión, sometimiento y pobreza.

El Estado constitucional es el único instrumento que puede disponer de la razón pública y de la experiencia humana (por intermedio de sus servidores públicos y ciudadanos) para procurar una determinada pacificación relativa en su comunidad ciudadana. Una paz “relativa”, para una comunidad determinada, expresión de su soberanía política y de la autodeterminación ciudadana. También “relativa” porque en el Estado constitucional no desaparece la fuerza. Precisamente, se espera que la Ley fundamental instituya su primacía y regla de reconocimiento inalterable para legitimar la administración racional de la fuerza que debe concentrar y monopolizar en el Estado.

La paz, en el contexto descrito, es el estado de cosas en el que, por convicción y determinación, en un Estado constituido por una Ley fundamental no se hace uso de una violencia sin regulación centralizada y monopolizada. Se trata de una fuerza legitimada en la determinación regulatoria de la Ley fundamental, cuya utilización será por medio de autoridades que ejercerán su servicio con arreglo a cánones comiciales o designaciones instituidas, también, en la regla altísima y por ella.

IV.2. El presente de la Ley fundamental

En I.3 afirmo que la adopción de una Escritura fundamental es un temperamento jurídico y político extendido en todo el planeta Tierra. Ahora, aumento esa conjetura. ¿Quedan, en el tiempo presente, espacios territoriales en este mundo sin una Constitución que instituya la pretensión de validez sobre personas y estados de cosas?

Prefiero no imaginar el reemplazo de la Constitución escrita y documentada –una de las máximas expresiones de la racionalidad humana para cobijar la experiencia del coexistir ciudadano– por algoritmos^[88] o cualquier tipo, clase o conjunto de reglas emanados de la IA. La fuente de toda la autoridad de esa “máquina” del tiempo que es la Constitución, su “inteligencia” natural –social, cultural, política–, reside en las soberanías individuadas de cada uno de los ciudadanos y la correspondiente agregación

de sus elecciones personales.

No se puede descartar que algún día del futuro de la humanidad esa autoridad política comunitaria sea transferida y ejercida por cualquier forma de IA (semejante o superior), y que ella tome decisiones o aconseje su adopción –total o parcialmente– por nosotros mismos. Esta hipótesis no es lejana y no está exenta de inquietud, en tanto pareciera que el uso de este tipo de instrumentos no conduce a la humanidad a un destino pleno de paz social e igualdad^[89]. En una suerte de elogio sobre la inteligencia humana y su conciencia, postulo que la fuente de la autoridad debe quedar constituida para siempre, bajo algún modelo imperfecto de eternidad, en el poder que ellos mismos son aptos para producir, sustentar y cambiar en cada comunidad. Lo mismo vale, por supuesto, para la totalidad del proceso de reforma y su control racional.

IV.3. Escritura fundamental y cambio

Con el sistema de la Constitución y sus procesos públicos, en especial la reforma, se puede procurar una paz relativa, no absoluta, ya que se priva al individuo o al grupo de individuos del empleo de la violencia sin regulación. Para ello, se diseñan órganos y se les atribuyen competencias, específicas y delineadas, para ordenar la vida en la comunidad estatal. En tal sentido, la paz se puede definir como la “inexistencia” de una relación de conflicto caracterizada por el ejercicio de una violencia duradera y organizada.

Los seres humanos intentan constituir, en general por la vía de una Constitución, los fundamentos para el gobierno del tiempo y del espacio. Ese sistema constitucional contendrá, también, los lineamientos para su propio cambio, porque la vida humana que se pretende gobernar se encuentra azarosamente librada a la indeterminación y el único camino para transitarla con alguna posibilidad de cobertura mínima y racional se entronca con la determinación de la reforma. Por lo tanto, la idea sobre la Constitución se encuentra definitivamente conectada y librada con las alternativas para su variación protocolizada. Aceptar el cambio significa admitir que las instituciones estatales pueden variar en el tiempo y en el espacio. Por ejemplo, aquello que en el pasado no era objeto de fomento o cuidado constituyente, en un nuevo presente quizá pueda convertirse en una

imperiosa necesidad con una novísima regulación normativa en el marco de una reforma.

Para eso bastaría pensar en la reglamentación constituyente y definitiva de un aseguramiento racional para una alimentación básica de todas las personas; o la apertura y garantía para el acceso sin obstáculos de todos los seres humanos a las redes de Internet; en ambos supuestos: significativos bienes fundamentales sociales. También debería celebrarse una regulación sobre determinados elementos de la naturaleza sustraídos al mercado y su declaración como bienes fundamentales comunes de la humanidad (agua, aire, bosques, glaciares, espacio aéreo)^[90]. Para completar esa hechura declarativa, las Constituciones serían bienes fundamentales de naturaleza “colectiva”^[91], en virtud de que su anclaje para la coexistencia humana resulta indiscutible y, por ello, deben ser garantidas responsablemente para y por toda la ciudadanía.

Muchas veces hay ilusiones constitucionalistas^[92] consistentes en que los gravísimos problemas que acucian y angustian el bienestar de la ciudadanía se resolverían con reglas jurídicas de una Ley fundamental o una propuesta acerca de su cambio reglado. Nada más alejado de la realidad. Las reglas constitucionales, incluso sus variaciones, son importantísimas y necesarias, aunque no dan solución por sí mismas a los problemas estructurales o coyunturales sobre el grado de justicia social y distribución de la riqueza y el poder en una comunidad.

Como ya he argumentado, al gestarse una Constitución, también se han de pensar los límites formales y materiales que deberán cumplirse válidamente para justificar el proceso de su cambio, en virtud de que todas las Leyes fundamentales contienen garantías específicas para asegurar su no quebrantamiento^[93]. Una Constitución podrá cambiar, a condición de que se respete su propio proceso de reforma que ella misma autoriza y se adjudica en su escritura, con inclusión de los contenidos que se juzguen irreformables, pétreos e intangibles. El más allá de los límites constitucionalmente trazados para la reforma asume rasgos de anarquía y se exhibe como profundamente antidemocrático. Mantengo mis dudas acerca de que, acaso, la violación de los límites formales en el proceso reformador posea reparación jurídica. Mi agnosticismo es completo cuando se examina la violación manifiesta de límites materiales.

Una “Constitución no democrática” no podría hallar fundamento, jamás, en la Constitución democrática precedente, porque en el propio proceso público de emanación jurídica la ciudadanía del pueblo, al conceder un poder absoluto, renunciaría al propio fundamento de la democracia: la libertad soberana de cada ciudadano para decidir. Ergo, la democracia no da pie para su propio suicidio; la regla de la mayoría no concede evitar la pluralidad de las respuestas, desde que en el caso apuntado la decisión debería ser soportada por todos. La democracia constitucional podría ser sustituida, pero el nuevo sistema antidemocrático que destruyese al anterior operaría fuera del paradigma de validez de la Constitución democrática que le precediese y que habría sido trágicamente abolida por la sinrazón más terrorífica sobre la dignidad del hombre^[94].

El proceso público de reforma implica la “construcción” del Derecho constitucional del Estado. Apartarse y violar la Constitución también puede comportar la existencia de un “doble rostro” en el Derecho del Estado. Sin embargo, fuera de esas conjeturas (construcción y transgresión), se puede alinear una nueva hipótesis, la “destrucción” de la Constitución del Estado, que se evalúa en el último escrito de este libro. Baste adelantar –ya lo intuye el lector– que no hay democracia constitucional sin demócratas constitucionales. Así, pues, toda persona que por vía de una “habilitación” o autorización intente la “destrucción” de la Constitución deberá ser reputado como el destructor del elemento por antonomasia para dotar de juridicidad al Estado. Ese autor o esos autores, con independencia y abstracción de las responsabilidades criminales que existiesen, incurrirían en el abuso y traición más abyectas: la demolición de la muralla que ofrece la Ley suprema para la autorrepresentación y el gobierno de la comunidad de individuos.

La Constitución, con la unidad de todas sus piezas que anudan los procesos públicos, incluida la posibilidad de cambiarla, es la Escritura fundamental. Ella es una fuente normativa y canonizada para dar cauce a un modelo de democracia para una ciudadanía que aspira a la paz. Jamás debiera concebirse como un borrador soñado o un texto para consuelo. Ella debe ser el gran libro del Derecho estatal, cuyas escrituras deben ser leídas, comprendidas y actuadas por la comunidad de ciudadanos que han decidido su autodeterminación en democracia y, así, afianzar su existencia y

responsablemente, incluso, favorecer el desarrollo de las generaciones del porvenir.

SEGUNDO

NOTAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

SUMARIO: § I. Presentación. § II. Tesis. § III. Fundación constitucional del Estado argentino. § IV. Creación y realización en el tiempo. § V. Enfoque interno. Una interpretación doctrinaria. § VI. Más sobre el cambio y la interpretación constitucional. § VII. Sin Constitución, no hay democracia. La injusticia social. § VIII. La Ley fundamental y su negación.

§ I. Presentación

Estas “Notas” constituyen una disertación doctrinaria, en el tiempo y en el espacio, sobre el sistema jurídico predispuesto por la Constitución federal de la República Argentina. En ese programa, empleo “Escritura fundamental” como sinónimo de “Constitución federal de la República Argentina” (CFA). También con semejantes fines utilizo “regla altísima”, “Ley suprema” y “Ley fundamental”. En todos los casos concretos, la mención doctrinaria se dirige a la República Argentina, excepto que la indicación sea abiertamente abstracta, en cuyo aludo al ámbito de la teoría general de la Constitución.

§ II. Tesis

La Constitución federal, que con sus reglas y principios instituyó desde 1853 para siempre una República para la Argentina, fue definida como un “baluarte”^[95] para la defensa de la libertad; un altísimo instrumento regulativo producido por los representantes de la ciudadanía que ejercieron el poder fundador y poseedor de reglas primarias, secundarias y otros enunciados no normativos. Por intermedio de esa trinidad regulativa se instituyó la forma inicial, finita, determinante y suprema del orden jurídico del Estado. Esa hechura jurídica se vislumbró en el momento constituyente originario (1853) y se mantuvo en los cinco momentos constituyentes

reformadores generados en los siglos XIX (1860, 1866 y 1898) y XX (1957 y 1994), respectivamente. La tesis de estas “Notas” es que la Constitución federal, forma jurídica sobre cualquier otra forma del orden estatal, ha sido un instrumento razonable por su “duración” para la fundamentación del Estado argentino, más allá de sus imperfecciones, sus quiebres por golpes dictatoriales y sus exclusiones políticas originarias.

La Escritura fundamental es un fruto literario del arquitecto de la constitucionalidad, Juan Bautista Alberdi, quien la concibió en su “Proyecto de Constitución de la Confederación Argentina”^[96], de 1852. Por cierto, esa “declaración teórica y normativa” propuesta por Alberdi requería de una plasmación instituyente, un hecho que cumplieron los redactores que actuaron en el Congreso Constituyente de 1853. La Ley fundamental fue concebida como un instrumento rígido que, para ser modificado, requiere de un detallado proceso de a) iniciativa congresual sometida a una considerable mayoría, b) debate público y elección de representantes, y c) la propia producción jurídica. En el momento constituyente de 1853, la experiencia constitucional y republicana más extendida en el tiempo provenía de la Constitución de los Estados Unidos, cuya vigencia había comenzado en 1789. Todavía no existían grandes procesos republicanos para observar, comparar y producir en Derecho. Muy probablemente, la inclinación jurídica adoptada en 1853 por una Constitución rígida haya sido imaginada para alentar su estabilidad y también su duración en la formación del Estado argentino.

En 1823 Antonio Sáenz había sugerido, tal vez profetizado, que la “Constitución de un Estado debía ser estable y duradera”^[97], en una Argentina por entonces independiente, aunque con una soberanía todavía insuficiente para parir su Escritura fundamental por la falta de consensos políticos extendidos, plurales y homogéneos. De esas propiedades, ha sido la “duración” de sus regulaciones la que ha distinguido a la Constitución federal para arraigar y justificar, en el tiempo, al Estado argentino.

Asimismo, dado que el sistema de la Constitución debe instrumentar muy diversas clases de procesos públicos, la experiencia indica que el proceso de gobierno que ella instrumenta –no sus controles– ha poseído y poseería mayor eficacia o grado de cumplimiento que los procesos destinados al desarrollo progresivo de los derechos, bienes y deberes fundamentales del

Estado. Esa existencia duradera y extendida por más de 170 años del material regulativo de la Escritura fundamental, sin perjuicio de su estabilidad asaltada por reiteradas rupturas, constituye el campo semántico que privilegio para la dirección de este escrito.

En otras palabras, la Constitución federal se ha mostrado como un instrumento duradero para la regulación del gobierno de la comunidad; una cualidad que se aprecia en el presente con rasgos evidentes para la instrumentación de la gobernanza, signada por una crisis de representatividad que atraviesa la relación y la confianza entre una mayoría de ciudadanos y los servidores públicos. Para el futuro, cabe esperar que esa “duración” se mantenga con mejoras sustantivas que ataquen la tendencia al absolutismo presidencial, enmarcada en el ámbito insustituible de un proceso público basado en la intocabilidad del republicanismo y la democracia, tal como planteo en el escrito anterior. Desde luego, esa obra intangible que se predica debe estar a cargo de los servidores públicos que, con diferentes ideologías, abrevan en su fuente para su gestión constitucional, y, por supuesto, del grado de confianza de la ciudadanía respecto de las tareas de éstos.

§ III. Fundación constitucional del Estado argentino

La “Constitución federal” de la República Argentina fue sancionada por el Congreso Constituyente el 1 de mayo de 1853 y promulgada el 25 de mayo de 1853 por el Director Provisorio de la Confederación Argentina, Justo José de Urquiza.

Como se aprecia más abajo, la Argentina demoró 43 años para la fundación y ordenación constitucional, y 50 para que ellas revistiesen alguna arista de perdurabilidad. La elaboración en 1853 de la Escritura fundamental indicó dos nuevos escenarios: por un lado, el debilitamiento de la brutalidad del más fuerte basada en la conquista y el sojuzgamiento feroz; por otro, la necesidad de la clase vencedora de comenzar y afianzar el proceso de escrituración del derecho de propiedad. El constitucionalismo, en la Argentina del siglo XIX, ha sido un proceso cuya obsesión principal fue inventariar y adjudicar la tierra, así como sacramentar su titularidad. Precisamente, en el artículo 14 de la Constitución de 1853 se dispuso que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos

conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] de usar y disponer de su propiedad”. Evidentemente, se trató de una regla sólo destinada a los propietarios, sin sugerir ni la función social ni los medios de adquisición.

En septiembre de 1853, Domingo F. Sarmiento llamó “Constitución federal” a la Escritura fundamental de la República Argentina. Dicha denominación fue empleada en la primera oración de su “Prólogo” a sus propios *Comentarios*. Él escribió “Constitución federal”, con la misma significación, en repetidas oportunidades del mismo texto^[98]. También en 1853 Juan Bautista Alberdi publicó sus “Estudios sobre la Constitución argentina de 1853, en la que se restablece su mente alterada por comentarios hostiles, y se designan los antecedentes nacionales que han sido la base de su formación y deben serlo de su jurisprudencia”. En la última página dijo: “El señor Sarmiento publicó su panfleto de los *Comentarios* (porque es un panfleto y no un libro de ciencia), con la mira personal de atacar al General Urquiza, sostenedor de la Constitución Federal”^[99]. El 31 de julio de 1869 los cinco jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en la causa “Resoagli c/Provincia de Corrientes”, dijeron por unanimidad que “la *Constitución federal de la República* se adoptó para su gobierno” (doctrina registrada en CSJN, *Fallos*, 7:373). El profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires Germán J. Bidart Campos denominó “Constitución federal” de la República Argentina a nuestra Escritura fundamental del Estado. Adoptó esa denominación en 1964 y mantuvo esos términos dogmáticos en toda su monumental obra doctrinaria.

Los constituyentes de 1853, en el artículo 30 de la *Constitución de la Confederación Argentina*, decidieron que el instrumento podía reformarse, “en el todo o en cualquiera de sus partes, pasados diez años desde el día en que la juren los pueblos”^[100]. Tal como comento en el escrito anterior, la Ley fundamental fue jurada el 9 de julio de 1853 en toda la Confederación, excepto por el pueblo de la provincia de Buenos Aires, sujeto político que recién suscribió el contrato constitucional en 1860.

La historia de los avatares políticos e institucionales de la República Argentina puede ser escenificada en catorce actos con los siguientes títulos:

- i. De la colonia (dominio español) a la Revolución de Mayo de 1810 y a la Declaración de la Independencia del 9 de julio 1816.

- ii. Pueblo sin Constitución ni organización (1816-1852).
- iii. Orígenes: reglamentación liberal y organización constitucional, sin pueblo. La república “oligárquica” (1853-1916).
- iv. República y democracia constitucional electoral (1916-1930).
- v. El fraude y el régimen infame (1930-1946).
- vi. Populismo constitucional y estímulo sobre una idea de justicia social (1946-1955).
- vii. Nuevamente, la autocracia y la proscripción política (1955-1958).
- viii. Democracia constitucional electoral, limitada con proscripción política. Episodio II (1958-1966).
- ix. Más autocracia y dictadura militar. Persecución, represión y proscripción política renovada (1966-1973).
- x. Populismo y desvanecimiento institucional (1973-1975).
- xi. Autocracia, terrorismo de Estado, crímenes de lesa humanidad, corrupción y colapso económico y financiero (1976-1983).
- xii. El preámbulo de la democracia constitucional (1983-1985).
- xiii. La democracia constitucional “delegativa”^[101], la deuda infinita, la exclusión social y el “mal desarrollo” (1986-2023).
- xiv. ¿Tentativa de destrucción del Estado y su Constitución (a partir del 10/12/2023)?^[102].

La totalidad de los períodos indicados reposa en la determinación de hechos suficientemente objetivos. No puede dejar de apreciarse que, desde la fundación constituyente de 1853 hasta 1916, la Argentina se constituyó como un Estado casi sin pueblo que adoptase sus propias decisiones comunitarias, pura oligarquía con única finalidad: conservar y usar un derecho de propiedad predispuesto con injusticia social, con exclusión de la mayoría de los habitantes y en desconocimiento de sus derechos políticos.

El cambio radical –e incompleto– sobre las libertades políticas se produjo a partir de las luchas para la gestación de la Ley 8871^[103]. Por su aplicación se propició el triunfo electoral de Hipólito Yrigoyen, quien asumió la presidencia de la República el 12 de octubre de 1916, merced al apoyo de una mayoría de ciudadanos varones que pudieron expresarse y agregar sus

preferencias por conducto de la Ley 8871. Sin embargo, la igualdad legal completa en el ejercicio de los derechos políticos debió esperar, todavía, más de treinta y cinco años. El 9 de septiembre de 1947 el Congreso federal sancionó la Ley 13.010, en la que se dispuso que las “mujeres argentinas tendrán los mismos derechos políticos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que les acuerdan o imponen las leyes a los varones argentinos”. Por esa ley también se ordenó que para “la mujer regirá la misma ley electoral que para el hombre”. Recién en 1994 se constitucionalizó en el artículo 37 la naturaleza “universal, igual, secreta y obligatoria” del sufragio; en paralelo, se reguló en la Ley fundamental la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, la que se debe garantizar por acciones positivas en la reglamentación de los partidos políticos y del régimen electoral.

§ IV. Creación y realización en el tiempo

En más de 170 años de validez de la Constitución –“una verdadera especie de contrato social”^[104]–, solamente cinco reformas conservan vigencia positiva sobre su texto, las enmiendas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. La producción del Derecho constitucional de la Argentina –y sus reformas– ha sido tratada en el primer escrito (III.5). Baste decir aquí que tan pocos momentos constituyentes para una Ley fundamental es una curiosidad en el Derecho comparado, más allá de que las Constituciones deben ser ideadas para durar en el tiempo y para que se les preste adhesión.

Cabe aclarar que el cambio constituyente de 1949, políticamente impulsado por el presidente de la República Juan Domingo Perón, fue sancionado por la Convención Nacional Constituyente el 11 de marzo de 1949^[105]. Esta reforma instituyó un plan maestro sobre determinada idea relativa a la “justicia social”^[106]. Así, en el Preámbulo se anunció la “irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa”. Más adelante, en el artículo 38, se dispuso que la “propiedad privada tiene una función social”. Y en el artículo 40, otro principio rector: “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”^[107]. Asimismo, se incluyó un gran menú de derechos sociales y se dispuso un dominio del Estado federal sobre las fuentes naturales de energía. No

obstante, la reforma constitucional de 1949 mantuvo incólume y profundizó el absolutismo presidencial creado en 1853 al autorizar la reelección –sin intervalo de un período– del príncipe republicano. En paralelo, también se desaprovechó la posibilidad de llevar adelante una organización para el ejercicio controlado del poder político basado en un constitucionalismo de ciudadanos igualados en libertad, que coexisten en el ámbito de una comunidad donde se fomenta la justicia social para todos sus miembros sin discriminaciones.

El 27 de abril de 1956, la dictadura militar “en ejercicio de sus poderes revolucionarios”, por intermedio de una proclama con fuerza obligatoria y en notable abuso del Derecho, declaró vigente la Constitución federal sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y la exclusión de la de 1949, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubieran quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16 de septiembre de 1955 (art. 1). Con posterioridad, la reforma constitucional de 1949 intentó ser aniquilada del saber jurídico y de sus objetos de estudio. No se logró, dado que resulta sabido que las tareas humanas no pueden anular aquello que fue escrito, como tampoco evitar, por ejemplo, el envejecimiento de la materia o las incógnitas sobradas e indeterminadas sobre el origen y destino del Universo.

A partir de la sanción de la reforma en 1994, la Argentina adoptó el paradigma de equivalencia de las fuentes, tal como he comentado. Así, de acuerdo con ese modelo sobre la conglobación de formas jurídicas, los instrumentos del DIDH detallados en el artículo 75, inciso 22, tienen jerarquía constitucional en las condiciones determinadas en esa regla; un repertorio al que pueden añadirse otros instrumentos, también del DIDH, en caso de que el Congreso federal con mayoría calificada les imponga semejante jerarquía. Posiblemente, la “jerarquía constitucional del DIDH” constituya el mayor acierto jurídico del poder constituyente ejercido en 1994; así como el sumo y penoso defecto fue el irracional incremento de los poderes con rasgos autocráticos del presidente, que dan lugar a un nuevo ente: el monopresidente.

Desde la enmienda de 1994, la República Argentina posee un verdadero y singular sistema constitucional federal. Un orden fundamental que se integra con principios y reglas escritos y arraigados en la Constitución, y

con principios y reglas escritos del DIDH que se cotizan con jerarquía constituyente en los términos del artículo 75, inciso 22. Además, la conglobación jurídica de reglas de “raíz” constitucional con reglas de “jerarquía” constitucional instituye un mecanismo de apertura en el sistema de fuentes que ofrece certeza en el anchísimo campo de la realización; un dato extremadamente significativo para todos sus destinatarios: ciudadanos y servidores públicos.

Así pues:

- i. Todos los enunciados que forman el Derecho constitucional de la Argentina (permanentes y transitorios) tienen la misma jerarquía normativa.
- ii. Todos los enunciados del DIDH que gozan de jerarquía constitucional tienen idéntica jerarquía normativa.
- iii. Los enunciados que forman el Derecho constitucional y los enunciados del DIDH (descritos en el punto ii) tienen rango jurídico idéntico, aunque difieren en la fuente o raíz: unos son producidos por la CFA y otros son validados por ella, le abren la puerta a su normatividad.
- iv. Diferente raíz de producción o validación; igual estatura normativa. Aunque, ciertamente, el Estado argentino mantiene determinados límites o márgenes razonables de reserva para la penetración del DIDH.

Tal como he desarrollado en el escrito anterior, los textos constitucionales se desenvuelven en dos contextos: el de su producción y el de su realización. Producida la norma constitucional por el poder constituyente (fuente nativa) o proveniente su normatividad de fuente supraestatal (extranjera) por la vía de la conglobación que autoriza el artículo 75, inciso 22, deberá sobrevenir su “acatamiento”, es decir, un “contexto” de realización tanto por los ciudadanos como por los servidores públicos encargados de los poderes constituidos del Estado.

La CFA, en el ámbito de su producción, ha tenido una clarísima vocación por su validez. Sin embargo, esa existencia jurídica se ha visto amenazada, deteriorada y derrumbada, en muchos casos, por la fuerza normativa de la actuación inconstitucional. No puede afirmarse, desde luego, que en más de 170 años el instrumento haya tenido una eficacia óptima; eso no ha sucedido por las prácticas antinormativas de déspotas, dictadores y toda

clase de autócratas que se han empeñado –y se empeñan– en quebrar el inaplazable designio democrático de la forma inicial del orden jurídico.

No deseo terminar este apartado sin unas palabras sobre la espontaneidad en el Derecho constitucional de la Argentina. La totalidad del orden instituido por la Constitución federal es una regulación sobre la conducta humana pensada, razonada, deliberada y escrita. En la Escritura fundamental de la República, puro Derecho positivo, no se regla la costumbre como proceso o fuente que origina o habilita la validez en tanto normas de Derecho constitucional. Dentro de las especies de costumbre, la costumbre *contra legem* significa una práctica informal, impensada, espontánea y repentina que se dirige contra la Ley fundamental del Estado^[108], razón por la cual se encuentra prohibida por su manifiesta incompatibilidad al pretender alterar, según el caso, ya sea derechos, bienes, deberes o asignación de funciones de gobierno. Así, todos los servidores públicos que cumplen las tareas creadas por la Constitución para la desenvolvura del gobierno del Estado federal deben ejercerlas de acuerdo a la autoridad positivamente emanada en Derecho de la doctrina instaurada por su propia Escritura fundamental; en rechazo, como regla regia, de la costumbre *contra legem* como fuente nutriente del Derecho constitucional de la República^[109].

§ V. Enfoque interno. Una interpretación doctrinaria

Como explico en “Constitución y reforma”, el enfoque sobre la Constitución puede ser externo o interno. En este apartado sigo la ruta preferida del “enfoque interno” en su faz dogmática sobre el orden impuesto concretamente por la Constitución de la República Argentina, que en sus más de 170 años de duración ha mantenido su plataforma jurídica fundamental. La duración de una Constitución propicia su cultivo por la doctrina autoral. Varias razones confluyen, aunque la permanencia del texto insinúa la apertura de un campo fértil para la elaboración de proposiciones doctrinarias y su discusión en la “sociedad abierta”.

Ya he planteado que la Escritura fundamental instituye un “sistema” no natural, completamente artificial y convencional, integrado por “piezas”, cuya misión fundamental es instalar la paz comunitaria duradera y estable. Esa presentación de un sistema constitucional integrado por piezas se

desliza como una propuesta doctrinaria para el análisis y la valoración. Esquemáticamente, consiste en un estudio sobre la Constitución federal de la República que, estatuida por reglas primarias, reglas secundarias y simples declaraciones, debería abarcar la descripción de sus cuatro piezas originadas por esa trinidad regulativa, que conforman su sistema jurídico. Recuérdese que dichas piezas del sistema son la composición, la estructura, los mecanismos garantistas y su entorno.

Entiendo que la propuesta doctrinaria para un enfoque interno de la CFA resulta original y posee implicancias pedagógicas que se unen con una descripción del pasado, los anuncios del presente y las expectativas futuras (§ VIII). Se trata de un encuadre doctrinario y original que puede derivar sugerentes resultados para delimitar el cuerpo del sistema de la Constitución federal, porque escribir sobre ello, en un sentido relevante, es dar plenitud a la lengua de la razón de la organización fundamental del Estado.

§ VI. Más sobre el cambio y la interpretación constitucional

La Escritura fundamental contiene la razón de las razones del Derecho argentino y debería ser la gran productora de ella. Así, con cada una de sus piezas instituida por la trinidad regulativa –como sugiero en § V–, debería regir el sistema básico para la elaboración de todo el orden estatal. únicamente la Escritura fundamental dispone con autoridad suprema la totalidad de la regulación institucional constituyente para las relaciones de la ciudadanía y el ejercicio controlado de los poderes, al proveer su propio protocolo para validar una reforma de sus enunciados de Derecho.

La Constitución debe ser el “Derecho de la república”^[110] y de la democracia, argumento para rechazar cualquier intento que, bajo el pretexto de su cambio, cortase y contradijese su secuencia de validez existencial. Un cambio pretendido que afectase el modelo republicano o el método democrático no será un cambio constitucionalmente consentido. Ese supuesto cambio no tendría tal entidad dado que, en realidad, comportaría la demolición de la garantía republicana y del método democrático, y, con ello, el entierro de su Derecho consagrado en la Escritura fundamental. Repito: no deberían existir cambios ni realizaciones cumplidas fuera de la normatividad que la Constitución establece para el proceso de su cambio

bajo el respeto de los límites intangibles republicanos y democráticos mencionados. Esa misma reglamentación ha de observarse, también, en el proceso de creación de la totalidad de las normas inferiores, el dictado de actos y el pronunciamiento de sentencias judiciales. La Argentina debe ser un Estado sometido a su Ley suprema, motivo por el cual sus definiciones básicas, la forma republicana y la orientación democrática han de determinar el contenido de las tareas de todas de los poderes gubernativos, sean constituyentes o sean constituidos.

Los poderes del gobierno, en especial los constituidos, determinados por la Constitución federal, han sido creados para toda la ciudadanía del Estado. Por eso, según nuestra Ley fundamental, el gobierno no ha sido ni creado ni autorizado para quienes lo ejerzan en sus condiciones detalladas, sino para todo el pueblo argentino, globalmente “comprendidos gobernados y gobernantes”^[111], es decir, todos sus destinatarios: ciudadanos y servidores públicos. Dentro de esa estructura argumental, en la que la autoridad emana del cuerpo ordenado por la Escritura fundamental, jamás ha de aceptarse que la Constitución sea solamente aquello que los jueces establezcan casuísticamente en sus sentencias, dado que todos ellos y en especial los magistrados de la CSJN carecen por completo del poder de constituir o de crear o de producir el Derecho constituyente. Los jueces deben conocer y decidir en causas siempre impulsadas por partes litigantes y no deberían pronunciarse de oficio sin litigación y estímulo fundado de una persona, a la sazón parte legítima de una causa judicial.

La obligación de los jueces ha de consistir en realizar el Derecho vigente en las causas disputadas. Ese Derecho vigente se constituye básicamente por normas hechas por el legislador, el magno Congreso, en representación de la ciudadanía, cuya generalidad y abstracción define su propia conceptualización e identidad como norma. Hay norma de manera consistente porque ella es “general”. Por consiguiente, la idea de una “norma individual” creada por la sentencia del juez es una “falsificación del concepto de norma”^[112]; esa individualidad adjudicada, precisamente, le quita a la norma su principal rasgo, la generalidad, y provoca que “norma individual” sea un oxímoron y que los jueces no deban producir el Derecho constituyente del Estado.

El ejercicio del poder de configuración en el Estado constitucional

argentino, siempre en representación de la ciudadanía, se titulariza y ejerce con exclusividad por el poder constituyente. Su energía origina la Ley fundamental o su cambio, y su escritura ha de ser la única fuente para el diseño de la regulación de las conductas en una comunidad de ciudadanos en la que todos podrán tener y disfrutar de igual libertad que su semejante.

La realización del Derecho creado por la Escritura fundamental, por su leal acatamiento obediente o su interpretación y aplicación concreta, se debe encontrar a cargo de la ciudadanía y de todos los órganos del gobierno federal. Sin cumplimiento eficaz en grado destacado, no hay Constitución durable. En el caso argentino, sus autoridades son las siguientes: Congreso, presidente, Ministerio Público y CSJN, y hasta los gobernadores de provincia –y por analogía: el Jefe del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires–, a quienes la Ley fundamental declara “agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución” (art. 128, CFA).

Todas las tareas de los servidores públicos enfiladas al cumplimiento de las palabras prescriptivas del poder constituyente son importantísimas. Sin embargo, el rol y la actuación de la CSJN, por sus poderes jurisdiccionales en la decisión de conflictos de Derecho, adquieren estatura por el valor que se podría adjudicar a la interpretación juzgada en la singularidad del caso en el que el Tribunal conozca. Desde la fundación del Estado, la CSJN ha cumplido, cumple y deberá cumplir una tarea inacabable enderezada a la realización apropiada de la Constitución federal solamente dentro de las “causas” que son sometidas a su “conocimiento y decisión” jurisdiccional (art. 116, CFA).

El Más Alto Tribunal de Justicia de la República se instaló en 1863 y en octubre de ese año dictó su primera sentencia^[113]. Más de 160 años de labor institucional ininterrumpida convierten a la CSJN en uno de tribunales de justicia de una república más “antiguos” del mundo. La totalidad de la colección de las sentencias del Más Alto Tribunal, reunidas en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, se encuentra disponible en la Internet, desde 1863 hasta el presente, en 346 tomos que, en su enorme mayoría, abarcan varios volúmenes, sin claves ni registros y completamente de acceso libre y gratuito, al alcance de la ciudadanía global. Muy pocas Altas Cortes de Justicia pueden exhibir más de 160 años ininterrumpidos de tarea institucional y la integridad, a fallos completos, de su labor jurídica.

Por lo tanto, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* constituye un patrimonio cultural extremadamente apreciable para la discusión y el desarrollo del Derecho constitucional.

Es, además, una labor pretoriana que encierra en sus entrañas la peculiar creación, en 1909^[114], de su doctrina sobre la “sentencia arbitraria”^[115], que se aplica ampliamente en la actualidad. Una creación de doctrina judicial que permite a la CSJN una declaración de invalidez por el severo escándalo constitucional que irremediablemente contiene sobre toda resolución dictada por jueces inferiores. Así, la Corte deja sin efectos sentencias que en vía de apelación llegan a su “conocimiento y decisión” con ese achaque de arbitrariedad, en tanto se encuentren manifiestamente desprovistas de fundamentos en el Derecho aplicable o de las probanzas de la causa.

Aunque las sentencias de la CSJN han de ser sólo obligatorias para las partes que han disputado el conflicto de Derecho, también de su labor jurisdiccional se desprende una directiva importante para toda la magistratura de la Argentina. Los jueces inferiores siempre podrán apartarse de la guía determinada por la Corte a condición de que aporten argumentos serios, convincentes y fundados.

La CSJN, al cumplir su función en el gobierno y ejercer el poder, debería entender con exclusividad en determinadas cuestiones controversiales trascendentes para el país y su ciudadanía; “ciertos objetos de interés para todo el Estado”^[116], según sugirió Alberdi, en la primavera de 1852^[117]. En otras palabras, la CSJN debe asumir y realizar su tarea “minimalista” en la dicción del Derecho ya “producido” por los poderes políticos (constituyente o constituidos), siempre entre partes litigantes en juicio dentro de su competencia jurídica, y no caer en la tentación maximalista o activista de crearlo judicialmente, que se encuentra prohibida por la Constitución federal. Incurrir en esa conducta prohibida supondría que los jueces se convirtiesen en funcionarios más “supremos” que la autoridad del poder constituyente, con un ámbito de discrecionalidad ilimitado o creativo propio de la configuración del Derecho. Tal actuación, además, comportaría hundir y desnaturalizar sin fundamentos la idea sobre la Constitución y su autoridad instituyente como forma inicial, racional, pactada, pacífica y elemental del orden jurídico estatal.

En suma, la autoridad debe ser la de la Escritura fundamental. Los jueces

de la CSJN son autoridades que esa Escritura fundamental ha creado. Una autoridad judicial creada para que, en caso de conflicto litigioso entre partes legitimadas y dentro de su limitada competencia, el Tribunal actúe siempre en el ámbito creado por la Escritura fundamental; para que, bajo la interpretación recta de sus palabras, realicen singularmente la solución jurídica contemplada para el juicio. La autoridad de los jueces de la Corte se debe encontrar subordinada a la autoridad suprema, altísima y establecida por escrito por la Ley fundamental de la República.

§ VII. Sin Constitución, no hay democracia. La injusticia social

La CFA regula e institucionaliza un modelo democrático. La Ley fundamental contempla a la democracia como forma de orientación política del Estado. La democracia configura la coexistencia armónica en la sociedad. Una ciudadanía en armonía garantiza la paz comunitaria durable, la misión más alta de la Escritura fundamental del Estado argentino. La paz social alienta y consolida el proyecto de una comunidad organizada, solidaria y respetuosa. La Constitución debe ser un “tratado de paz”^[118], un acuerdo inmarcitable sobre la pacificación relativa en una comunidad integrada por ciudadanos que han de disponer de igual libertad bajo cualquier circunstancia espacial para ordenar las coexistencias en todo tiempo presente y futuro.

La restauración constituyente acaecida desde el 10 de diciembre de 1983^[119] les ha permitido a todos los argentinos y a su sociedad la posibilidad de vivir con deseos de eternidad dentro de un orden libre y democrático, el único autorizado por su Escritura fundamental. La dictadura militar, apoyada por algunos civiles, entre el 24 de marzo de 1976 y el 9 de diciembre de 1983, impuso el terrorismo de Estado^[120]. El resultado de casi ocho años de autocracia fue la ruptura más abyecta del orden constituyente de la Argentina y su desprecio total. Los dictadores utilizaron el aparato del Estado para cometer crímenes atroces, deleznales, imprescriptibles e imperdonables, que han sido enjuiciados.

Varios delincuentes han sido condenados por sus hechos delictuales comprobados. Otros procesos continúan en el presente y otros deberán seguir en el futuro ese camino para castigar a sus autores, coautores, cómplices y encubridores a partir de las evidencias colectadas y la búsqueda

de la verdad. A los crímenes de lesa humanidad debe añadirse un daño terminal sobre la economía, la educación, el empleo y, obviamente, sobre la política interior y exterior. La ciudadanía argentina fue la gran víctima porque se trató de un proceso despiadado, delincencial y de suma crueldad en su contra. Dos palabras resumen la sentencia de la memoria de la ciudadanía sobre ese pasado: “Nunca más”^[121]; en especial, a la quiebra de la forma democrática regulada y contemplada por la Constitución para vivir en paz.

Con el reinicio de la democracia constitucional, en 1984, tuvo razón Bidart Campos al aseverar que la “Constitución es el único instrumento de unión que tiene capacidad para motivar el consenso social”^[122]. Hoy esa “unión” debe ser fomentada, en especial, con la inclusión de los menos afortunados. La pregunta sin respuesta sensata es cómo combatir el mal desarrollo que sumerge, desplaza y excluye de los beneficios comunitarios a más de un tercio de la ciudadanía y daña, además, a la naturaleza. Las políticas públicas dirigidas contra semejante malestar deberían adoptar, en pleno siglo XXI, una consigna perpetua enderezada a la justicia social: “gobernar es igualar”^[123] y erradicar cualquier modelo de explotación salvaje del hombre por el hombre para alcanzar un grado de bienestar aceptable para toda la ciudadanía.

Entre las herramientas disponibles en la comunidad argentina, un Estado promotor sin exceso o abuso del intervencionismo, aunque moderadamente regulador, resulta lo más razonable. El hecho histórico de su papel de gestor no constituye el único fundamento. ¿O acaso se librará a la iniciativa privada o a la mano invisible del mercado la concreción de la justicia social? Sin un programa enérgico, vigoroso y realizable sobre la justicia social, la educación, la salud, la ciencia, la tecnología, la protección del individuo que padece cualquier desamparo, todo quedaría bajo el desgobierno irracional de la voluntad del mercado. La experiencia señala, sin perdón, qué sucede y qué sucederá con los excluidos, con los vulnerables, si la economía y las decisiones políticas comunitarias importantísimas sobre el bienestar general sólo son manejadas por los poderosos y los afortunados. Mientras que los representantes o servidores públicos en algún momento culminan su ejercicio de los poderes constitucionales, los poderosos y los afortunados siempre intentarán ejercer

su dominación, en todo tiempo y espacio.

El cuadro de injusticia social, además, se complica en demasía con la presencia de centros de poder corporativos financieros, económicos y mediáticos. Son poderes que, en muchas ocasiones, operan sin límites estatales sobrepasando sus fronteras jurídicas. En reiteradas oportunidades, sus vínculos y tareas implican la negación del Derecho, y en su reemplazo propugnan la imposición del poder del más fuerte, es decir, una “libertad salvaje y sin ley”^[124]. Se trata de entes muy poderosos, que no tienen un territorio soberano, pero ejercen sus poderes desregulados por encima y por debajo del poder constitucional y soberano regulado del Estado. Aunque el irrespeto de la Escritura fundamental del país en el que operan puede ser la base de sus negocios, que implican el estrechamiento o ahorcamiento de la noción de soberanía del Estado, esos poderes tienen una constitución propia: la maximización de sus riquezas y el incremento de la exclusión. Se trata de una lucha desigual que coloca a poderes con mercados casi globales contra poderes políticos delimitados en un solo Estado.

La “justicia social”^[125] es una idea regulativa cambiante. Cada comunidad de individuos debe buscar, desarrollar y mantener la suya, con asiento indisponible en la libertad de cada uno de ellos para decidir y determinar individual y colectivamente todos y cada uno de los pasos de su existencia. En ese orden de ideas, cuando se reforme la Constitución en el futuro, en total consonancia con sus protocolos de enmienda, debería asumirse, normativamente, que la Argentina es un Estado federal basado en la protección de la dignidad humana con su inherente autodeterminación de la persona —el significativo “presupuesto de la representación democrática”^[126]—, cuya misión primordial es realizar la igualdad fundamental entre todas las personas que constituyen la ciudadanía. Hay esperanzas, entre quienes se dedican a crear o analizar el Derecho constitucional, sobre un novísimo marco que instrumente un modelo de socialización en el acceso a derechos y bienes, así como en la propia democratización para el acceso y el ejercicio real de los poderes constituidos del gobierno del Estado sin devaluar el principio de subsidiariedad. De ese modo, se podrían aliviar o eliminar, desde la razón constituyente del Estado, los obstáculos y frenos de todo tipo que en la actualidad desnaturalizan la justicia social y aumentan la concentración del

poder político en puro beneficio de aparatos tan autocráticos como burocráticos, alejados de una convocatoria plena a la ciudadanía.

Sin dudas, los gravísimos problemas que lesionan el bienestar de la ciudadanía no se resuelven simplemente con principios y reglas jurídicos de la Constitución federal. No ha existido, no existe ni existirá comunidad en el mundo en la que los problemas sobre el desarrollo, la deuda externa y su perversa esclavitud, el cuidado ambiental, la protección de la niñez y el amparo de las personas mayores, la iniciativa pública y la privada queden únicamente solucionados por los enunciados de Derecho de una Constitución, tal como si fuese un acto de magia jurídica.

En este tiempo, la turbulencia se ve aumentada por la presencia de poderes concentrados “sin territorio” –denunciados más arriba– que desbordan los márgenes de las regulaciones jurídicas establecidas para el desarrollo de las relaciones entre el capital y el trabajo. Esa situación disparada con sesgos plutocráticos, además de edificar un contramodelo imposible de contener por una Constitución, determina una situación de hecho en la que esos poderes desenvuelven impiadosamente su depredación con prácticas en detrimento de la condición humana y la solidaridad.

Una Constitución reformada, por sí sola, no traerá la felicidad y el bienestar a los argentinos. Sin embargo, una nueva discusión que ligase un nuevo compromiso constituyente del Estado argentino afianzaría, desde las palabras de la Constitución federal, la generación de condiciones favorables al bienestar social y al desarrollo sustentable. Así, la nueva autoridad de la Escritura fundamental, en caso de que fuese reformada, serviría como “carta de navegación”^[127] del Estado en las aguas del siglo XXI.

§ VIII. La Ley fundamental y su negación

La “Constitución federal de la Argentina, en el tiempo”, en sus más de 170 años de duración, ha tenido un “doble rostro”^[128] (tesis adelantada en el escrito anterior). Las palabras de nuestra Escritura fundamental fueron devastadas por leyes, actos y resoluciones judiciales en diferentes ocasiones. El apego a la constitucionalidad no ha sido un jardín para el deleite en la Argentina. Repárese en los catorce actos señalados en la sección § III; muy especialmente, los rubros iii a xiv (1853-2023). Así, en

los siglos XIX, XX y XXI han existido actos salvajes contra las instituciones de la Constitución, que fueron interpretados como “regulares” por los detentadores del poder, llámense jueces, legisladores o presidentes, razón por la cual para ellos significaban un modelo jurídico inmune a la controversia. No obstante, esas formas contrarias al Derecho de la Constitución federal fueron manifiestamente inconstitucionales, irracionales e insostenibles. La ausencia de razón práctica suficiente en los actos denunciados (leyes, reglamentos, sentencias), pese a su juridicidad o calidad coercitiva, confirma que no fueron actos o hechos legales congruentes con la Escritura fundamental. Se trató, sin dudas, de monstruosidades jurídicas insanables, el “no Derecho de la Constitución”, una creación penosa de dictadores, aunque también, lamentablemente, elaborada por servidores públicos elegidos (jueces, legisladores y presidentes), escogidos y designados para cumplirla y obedecerla.

La tensión entre validez y eficacia jurídicas, entre regulación y cumplimiento de aquello que fue objeto de la normación, es uno de los problemas invencibles para la ordenación de la existencia humana en comunidad. La perplejidad que exhibe determinada ineficacia de la Constitución federal de la República, la “desconstitucionalización”^[129], es decir, el divorcio o la incongruencia entre la ordenación de la regla constituyente y la ordenación práctica de la realidad en buena parte de su historia, no cambia la tesis primitiva esgrimida al inicio de este escrito (§ II). Pese a toda clase de desvarío, abuso, exceso o ruptura, la naturaleza política y jurídica de la CFA ha servido con su Escritura para la fundamentación durable del Estado argentino en el tiempo. Ella, como Ley Altísima fundamental, con su capitalidad normativa, basada, desde luego, en un grado importantísimo y satisfactorio de realización de su validez o compromiso existencial, estableció el gran camino para ordenar una comunidad y pacificar las relaciones ciudadanas, gracias a la inteligencia natural. Una correspondencia bastante razonable entre validez y eficacia puede ser leída como la búsqueda de un tesoro de valor incalculable, el único rostro de la Constitución federal, la plena vigencia del principio de constitucionalidad, una cercanía entre la existencia regulada en las idealidades normativas y un grado correspondientemente satisfactorio de eficacia concretada en su cumplimiento, muy especialmente, por los

servidores públicos.

La Constitución, pensada por Alberdi e instaurada por sus hacedores en 1853, era un capital simbólico con notable protagonismo de la libertad individual y semejante ausencia de instrumentos solidarios para una “lucha permanente contra sus privilegios capitalistas”^[130] a favor de una porción ínfima de sus habitantes. La afirmación de que nuestra Ley fundamental de 1853 es la obra de “mayor sabiduría política que se ha producido en la República Argentina”^[131] podría resultar exagerada en el ámbito epistémico prevalentemente racionalista que, sin subestimar la experiencia, asumo en este escrito; porque siempre una idea resultará factible de superación por la vía de su discusión y progreso ulterior que contenga una nueva declaración sobre el punto debatido. Pese a ello, la lectura de determinados artículos que elijo en la totalidad del texto, con dedicada preferencia sobre otros constitucionalizados –a saber: 18 (garantías), 19 (juridicidad y privacidad), 28 (razonabilidad), 29 (prohibición de la suma del poder público), 30 (proceso de reforma) y 31 (supremacía de la Constitución en la escala jerárquica de todas las formas del Derecho del Estado)–, demuestran una redacción originalísima.

Además, el texto de la Constitución de 1853, con inclusión de sus reformas de 1860, 1866 y 1898, ha tenido como dirección la despreocupación más completa sobre la solidaridad y la inclusión social de toda la ciudadanía de la comunidad. Contrariamente, su principal preocupación fue instalar un modelo capitalista, que, fundado en la libertad individual y la consabida protección de la propiedad y del contrato, autorizó las bases más convenientes para desarrollar una “república esencialmente comercial y pastora”^[132], cuyos beneficios serían conseguidos por una oligarquía de terratenientes con expansión posterior a los bancos y las finanzas. Incluso con todos sus cuestionamientos, sus vicisitudes, demoliciones y ausencias, la autoridad de la Constitución, en el tiempo, sugiere por el mismo hecho de su presencia y naturaleza duradera, quizá, su mayor virtud para determinada orientación política de la coexistencia comunitaria de los argentinos.

Los constituyentes de 1853 presumieron, al ordenar, decretar y establecer la Constitución para la República, que su cumplimiento tendría entidad suficiente para abrir compuertas y autorizaría –como se instruye desde el

Preámbulo— la “unión nacional”, el afianzamiento de la “justicia”, la promoción del “bienestar general”, la “defensa común”, la garantía de los “beneficios de la libertad” y, en especial, la consolidación de la “paz interior”. Solamente corresponde imaginar que ellos presumían que el cumplimiento de esos seis “fines supremos” prescritos en el Preámbulo dependía, en gran medida, de la realización de los principios y reglas de la Escritura fundamental. Incluso construyeron un mapa jurídico casi inigualable en la historia del constitucionalismo, en virtud de que la Ley fundamental que crearon fue para “ellos” y también para su “posteridad”. Y al “más allá” de una ciudadanía universal: “para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”; una licencia ubérrima y quizá única por su formulación en la historia de los preámbulos del constitucionalismo.

La actual generación de ciudadanos enfrenta, además, los retos que plantea la revolución tecnológica y los desafíos de la IA en ciernes. No es un ejercicio desorientado postular que la autoridad política en el futuro cercano será constituida y ejercida, aunque sea de manera parcial, por un modelo de IA. Una conjetura que provoca máxima incertidumbre porque solamente la inteligencia natural del hombre combinada con su fina sensibilidad puede garantizar, con certeza limitada, el escenario mayor para la libertad, la igualdad y, en especial, la solidaridad entre todos los humanos de la Tierra.

La ciudadanía del presente, por la vía de la representación, debería dirigir inequívocamente la participación y la orientación democrática de la comunidad. Sin embargo, vivimos la época de la democracia *delegativa*^[133]; un escenario en el que los ciudadanos votantes son delegadores en una audiencia complaciente, en la que las autoridades, a la sazón delegados absolutos, tienden a creerse o juzgarse autorizados a gobernar como ellos crean conveniente o les plazca. Como ya he planteado, la crisis del modelo de representación decidido por la CFA constituye un mal muy apreciable de nuestro tiempo, en la inteligencia de que una cantidad de ciudadanos no se siente representado por las ofertas políticas y por el cumplimiento de las funciones que desempeñan muchos servidores públicos. La corrección temprana de este malestar consistirá en repensar el propio modelo de representación política y los apropiados auditorios para deliberar y discutir

los problemas comunitarios.

El futuro siempre ha de ser un enigma. Quizá por eso se haya inventado la Constitución: para que las personas crean que se ha de gobernar calculadamente con su instrumentación el ingobernable tiempo que vendrá; con insegura propiedad: el “mañana” mismo. Nadie sabe ni sabrá cómo será la ordenación de la vida comunitaria dentro de 170 años. Nadie conoce el porvenir.

El constitucionalismo, desde el siglo XVIII, con la Ley fundamental ha previsto un singular modelo de organización para la existencia comunitaria. Casi todos los países del mundo, en la actualidad, poseen una Constitución; una condición inaplazable para las relaciones internacionales y para la autodeterminación comunitaria de la ciudadanía. No hay una Constitución de un Estado que sea exactamente igual a la de otro Estado. En caso de suceder –una instancia imposible empíricamente–, tampoco serían iguales sus formas de interpretación porque los contextos culturales, sociales, políticos, económicos y financieros de determinada comunidad comparada con otra comunidad provocarían la diferencia en la realización de los textos.

La Argentina, desde 1853, adoptó la idea de que la Escritura fundamental plasmada en su Constitución federal debe ser la única, exclusiva, altísima y suprema autoridad para ordenar la vida, la libertad y la igualdad formal de sus ciudadanos, y la distribución y el ejercicio de los poderes constituidos del gobierno. Con todas sus virtudes, con todos sus defectos y con todas sus reformas, la Ley fundamental es y será la guía para nuestro orden fundamental libre y formalmente igualitario, hasta nuevo aviso de cambio siempre protocolizado por la vía que ella misma contempla. Una ordenación prescriptiva, incluso, para las generaciones futuras, a quienes entregamos, sin beneficio político de inventario, una Escritura fundamental para iniciar, modestamente, la labranza de su camino y de su porvenir en la sociedad política del Estado argentino.

La historia del Estado constitucional argentino comenzó con las palabras soberanas emanadas de su Escritura fundamental en 1853. Su duración en el tiempo ha sido, es y debería ser el sesgo más distinguido. Esa duración se revela como una conquista. Todo texto constituyente, con sus palabras escritas y generadoras, puede configurar una determinación jurídica que posea un altísimo grado de concentración y abstracción, acaso con fuerza

superior a las bondades ofrecidas por la doctrina judicial o autoral. La validez de esas palabras ordenadoras durante una dimensión temporal generosamente extendida tendrá aptitud para fortalecer, aumentar o enriquecer tanto su conocimiento ciudadano como la realización de sus posibilidades prescriptivas. Sinceramente podría ser el caso de la Constitución federal al examinarse su tránsito en el curso del tiempo, desde la fundación hasta el día en que se termina de escribir este texto que ya llega a su cierre.

En toda comunidad existen diferentes estadios que provocan necesidades. No obstante, la necesidad no crea ni justifica la creación de Derecho por encima de la Constitución, la suma regla del orden. No hay fuente de necesidad suprema que pueda elevarse o equiparar a la Ley fundamental, en la inteligencia de que en un Estado constitucional nada ni nadie debe poseer mayor jerarquía que ella como su Ley Altísima. Por todo ello, la Escritura fundamental es la única, exclusiva, excluyente e inviolable Ley suprema para todas las autorizaciones jurídicas en el Estado constitucional. La única fuente para la validación de todo el Derecho. Toda habilitación que el Poder Ejecutivo intente en transgresión manifiesta de la normatividad de la Constitución democrática será insanablemente nula y viciada de nulidad absoluta. Así, si un presidente se inspirase sólo en fuerzas celestiales, la positividad del Derecho constitucional, en algún momento, quitaría todo efecto a semejante disparate, especialmente, por la vía dilecta de las ordenaciones contenidas en los artículos 29^[134] y 36^[135], respectivamente, de la Escritura fundamental. Sólo es una cuestión de tiempo.

La Argentina republicana y democrática tiene una matriz de identidad en su Escritura fundamental, único instrumento que autoriza con sus principios y reglas la esperanza de una coexistencia virtuosa, pactada, solidaria y compartida por toda la ciudadanía. Por todo eso, quizá esa conquista distinguida –una experiencia crucial en la plenitud del siglo XXI– pueda ser objeto de un desarrollo racional afirmado. Un proceso esperado en el que la autoridad de las palabras fundamentales de la Escritura sería útil para orientar de manera robusta que la vida sea libre y con justicia social para toda una ciudadanía que desea convivir en paz en la República Argentina.

TERCERO

LA CONSTITUCIÓN Y SU FUERZA NORMATIVA

SUMARIO: § I. Planteo. § II. Tesis provisoria. § III. Regla y realidad. § IV. La fuerza normativa de la Constitución.

§ I. Planteo

La realidad de nuestro mundo se encuentra integrada por una totalidad de cosas, tanto naturales como artificiales. Dentro de esa realidad se encuentran las Constituciones escritas, instrumentos artefactuales, cuyas pretensiones se engloban en determinar un orden jurídico y político fundamental, institucionalizado para una comunidad de ciudadanos igualmente libres que desean vivir en paz.

En el campo de la teoría general de la Constitución, universal o particular, se presentan diferentes problemas. Uno de los huecos en ese conocimiento queda configurado por la divergencia –muchas veces insoluble, otras tantas patológica– entre la “normatividad” o regulación institucionalizada de la Constitución; es decir, la imperatividad que desde su “ser” vigente se prescribe para que “deba ser”, frente a la “normalidad” que se contesta y contrasta en su realización efectiva en la realidad objetiva de la comunidad sindicada y determinada para su ordenación.

No aspiro a alcanzar aquí una verdad absoluta sobre la “fuerza normativa de la Constitución”. Prefiero compartir estos modestos pensamientos en América del Sud. Para afirmar y desarrollar el “Estado constitucional”, es preciso tanto Estado como el diseñado sólo y exclusivamente por la Escritura fundamental^[136]. Me refiero a un Estado constitucional y democrático, un tipo de organización de la comunidad que facilitaría y tutelaría, basado en un método abierto, racional, respetuoso y dialógico, la “respiración natural” de cada uno de sus ciudadanos.

§ II. Tesis provisoria

La correlación, la negación o el abismo entre el “ser” y el “deber” del Derecho, en especial, del Derecho de la Constitución, se ha planteado en el siglo xx, por ejemplo, en las obras de Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1934), y de Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (1928), con

muy diferentes orientaciones. Las reglas del Derecho constitucional se deben encontrar dirigidas a una realidad. Son reglas para la acción del ser humano encerradas en un sistema, el constitucional. Ese sistema, que tiene hasta cuatro piezas (composición, entorno, estructura y mecanismos), resulta pensado y gestado con miras ideales, y establece “procesos públicos (ver II.4, en el primer escrito). Uno de esos procesos públicos es el de la supremacía constituyente: un proceso infinito que consiste en la construcción inveterada de una Ley fundamental suficientemente intangible. El proceso de la supremacía constituyente es un problema capital del Derecho constitucional. Por lo tanto, es un ingrediente elementalísimo de ese sistema construido por ciudadanos que, a su vez, sea “humanamente realizable”^[137]. Queda fuera de la realidad la validez existencial de cualquier regla de la Constitución que, en su concepción escritural, traspase las fronteras de posibilidades de la realización humana.

En este escrito no me refiero a las idealidades que podrían imaginarse y que serían siempre de imposible cumplimiento, porque, pese a su logicidad, la cruel facticidad acabaría por demolerlas. Así, aunque comparto el altruismo, ya que resulta lógicamente pensable, emplazo en ese marco “la búsqueda de la felicidad”, preceptuada en la Declaración de la Independencia del 4 de julio de 1776 de los Estados Unidos de América. Con la idea de “respiración natural”, pienso en las posibilidades y los límites concretos para una realización racional del Derecho constitucional.

Esa “respiración natural” se puede realizar en un Estado constitucional y democrático que tutela la dignidad de la persona humana, determina la separación de las funciones gubernativas y fulmina cualquier posibilidad de que el poder constituido se favorezca de una suma del poder público, o cualquier modelo tan autocrático como despótico y arbitrario. La Constitución es la suma regla del orden estatal. Dicha condición regulativa, institucionalizadora y ordenadora de la vida comunitaria, provoca que los problemas constitucionales, una vez que la Escritura fundamental ha sido creada, tengan una cualidad eminentemente jurídica, porque no se trata, con simpleza, de meras hojas de papel colectadas o esparcidas al viento.

Los problemas de la Constitución también son jurídicos y merecen ser atendidos y resueltos con las propias piezas del sistema jurídico constitucional del Estado que funda y arraiga con sus reglas. Obviamente, si

un gobernante elegido por las vías estructuralmente democráticas de una Constitución decidiese, más temprano que tarde, conductas autocráticas hacia la concentración del poder, se estaría en presencia de un problema político y jurídico, cuya solución debería encontrarse en las reglas de la Escritura fundamental sobre el desempeño de los servidores públicos. No habrá razones valederas para desjuridizar la cuestión. Tales principios reglados, tanto la dignidad personal como la división del poder, son las razones para una vigorosa o suficiente fuerza normativa de la Constitución. En su ausencia o demolición, sólo cabe esperar la consecuente devastación o el cumplimiento parcial del programa jurídico para la ordenación de la comunidad.

§ III. Regla y realidad

Las reglas son objetos creados por los seres humanos. Todas las instituciones se construyen y rigen por reglas, entes artificialmente naturales. Antes de penetrar en el ámbito de la fuerza normativa de la Constitución, propongo repasar algunas ideas planteadas en el texto cabecera, “Constitución y reforma” (en especial, en los apartados II.1, II.5 y I.1). Estos conceptos resultan claves para discutir el problema emergente del desarrollo cabal de la supremacía constitucional.

Primero. La razón del hombre ha de ser la fuente de la Constitución. Un instrumento que debe alcanzar un consenso magnífico, que alivie las tensiones y diferencias en la comunidad y, de ese modo, garantice cierto modelo de paz relativa, estable y duradera. El consenso de la ciudadanía, expresado en la Constitución, servirá de patrón para determinar el grado de homogeneidad social. Una Escritura fundamental sin consenso en su gestación y sin convicción en su cumplimiento casi con certeza estará llamada al abandono de sus prescripciones por todos sus destinatarios. La existencia de una ciudadanía tan pactada como consensuada podría ser uno de los mayores logros de la Escritura fundamental, porque la vida comunitaria de ciudadanos igualmente libres quedaría remitida a sus procesos públicos inherentes, insospechados e intangibles.

Segundo. En el Estado constitucional su orden jurídico se encuentra compuesto por una combinación de formas jurídicas o él mismo puede ser decidido como “suma de formas jurídicas”^[138]; que se integra con una

pluralidad de reglas de naturaleza diversa para la regulación institucionalizada de la conducta humana, siempre dentro de un ámbito espacial y temporal. La Constitución escrita, al ser la forma de las formas del orden jurídico del Estado, fija el único comienzo del andamiaje normativo e implanta un inapelable criterio para determinar el escalonamiento y la gradación de todo el Derecho inferior, con sus leyes, reglamentos administrativos, sentencias judiciales y todo otro producto generado en virtud de sus condiciones. En la actualidad, gran cantidad de Constituciones, sin abandonar su naturaleza de la forma inicial del Derecho, pueden compartir su primacía, bajo determinadas condiciones específicas de cada país, junto a un determinado cuerpo del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), con semejante, menor o prevalente jerarquía.

La Ley fundamental argentina determinó su “supremacía” con energía, es decir, su fuerza normativa en el orden jurídico, desde 1853, en el artículo 31. Esa inscripción ni inhibió ni impidió su quebrantamiento. En 1994, en el nuevo artículo 36 se ha fijado que la Constitución “mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático”, un complemento para aumentar la dimensión y energía de la fuerza normativa hasta límites casi intangibles^[139]. No hay garantía de eternidad en las reglas constituyentes, porque ellas son artefactuales. Por ello, aunque no perezcan como la vida de los seres animados, podrán ser cambiadas por otras que dispongan, en el futuro, una mejoría para el bienestar de la humanidad. También, por cierto, pueden ser completamente inútiles debido al desajuste entre las calidades de sus normaciones y las propiedades de la realidad comunitaria y estatal.

Tercero. La trinidad de regulaciones de una Constitución se puede desarrollar sólo en dos ámbitos: el de su producción normativa y el de su realización. Escrita la Constitución, debería sobrevenir su cumplimiento, ya sea por convicción o por otros motivos. Sin embargo, no todo el mundo del Derecho de la Constitución será un acatamiento puro, simple y sin obstáculos. Idealmente, luego de su producción regulativa, se aguardará su eficaz cumplimiento o realización, fundada en la vocación o fuerza normativa de la Constitución. Sin embargo, ese cumplimiento, por infinidad de razones, se puede ver trabado o negado. Al ausentarse las condiciones

que propician un cumplimiento sin intermediaciones del capital normativo de la Constitución, su realización quedará sujeta a la tarea de los poderes constituidos, en particular, los órganos del poder jurisdiccional. Así como existe una “realización” en los casos indicados por los servidores públicos a cargo de los poderes, también existe una “realización” de la Constitución por parte de la doctrina de los autores, que con sus análisis y valoraciones generan y sostienen otro modelo.

La producción de la Constitución es un acto eminentemente político. La realización de la Constitución será siempre concreción o ejecución de Derecho positivamente creado. Concretamente: el Derecho constitucional lo produce el poder dotado por la Escritura fundamental, en representación de la ciudadanía, con específicas y exclusivas atribuciones constituyentes del Estado. El legislador constituyente del Estado crea la criatura: la Constitución. Ella es una forma jurídica integrada por prescripciones que se anudan merced a palabras finitas. La realización de la Constitución autorizará una utilización casi “infinita” o ilimitada del instrumento de aquel medio finito.

Toda Constitución es el resultado de la inteligencia natural del hombre, cuya finalidad es alcanzar, mantener y desarrollar la paz en la comunidad. Su trinidad de regulaciones, siempre finitas, integran cada una de las piezas del sistema de la Constitución. Como he referido, la Escritura fundamental es un gran árbol que autorizará que puedan deducirse de sus reglas finitas, a la sazón como una especie de árbol de derivación, una combinación casi ilimitada de regulaciones sobre las conductas humanas.

Las Constituciones, aunque creadas con fundamentos abstractos, existen en la realidad. La Constitución existe, tiene validez jurídica desde su propio establecimiento normativo. Esa realidad a la que se dirigen sus regulaciones, dotadas de una mayor o menor claridad, con mayor o menor ventura, autorizará su grado de realización y exhibirá la cualidad de sus cualidades: su propia fuerza normativa para imponerse con un grado de eficacia razonable, que no desquicie o produzca un desmembramiento colosal de sus postulados de Derecho.

§ IV. La fuerza normativa de la Constitución

La Constitución es el fundamento de todos los procesos públicos del Estado de Derecho. Sin embargo, el hecho de que la Constitución sea la base, el fundamento de la ordenación de todas las formas jurídicas y que conlleve la necesidad de su cumplimiento, no significa que ella sea cumplida. En toda vida se encuentran divergencias entre los planes ideados y los resultados obtenidos, gracias a un programa predeterminado o en contra de él. Del mismo modo, en gran cantidad de casos, el “deber ser” previsto por las reglas constituyentes y su grado de cumplimiento muestran diferencias notorias.

La Constitución como norma^[140] forma parte de la realidad en cuanto escritura publicada. Ella tiene un ámbito de validez y otro ámbito de eficacia. Con el término “validez”^[141] se designa la existencia específica de la regla. Su “eficacia” consiste en el hecho de que ella sea realizada y obedecida, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma^[142]. Además, la eficacia es condición de la validez, ya que debe aparecer en la imposición de la norma jurídica para que no pierda su validez^[143].

El “no cumplimiento” de la regla constitucional no ocasiona su eliminación o su entierro. La divergencia mostrada por la eficacia de una facticidad de las autoridades constituidas que contraría la normatividad de la autoridad constituyente pone de manifiesto la existencia de prácticas antinormativas, pero no han de ser un vehículo para extinguir la fuerza normativa de la Constitución. En otras palabras, si un presidente de una república se creyese iluminado por una providencia y, dentro de los cúmulos irracionales de esa creencia, considerase que debe arrogarse facultades legislativas en sustitución del Congreso y configurar él mismo y en soledad el Derecho, dicha asunción autocrática podría poseer eficacia, pero jamás calzaría congruentemente con la Ley fundamental, dado que no tendría validez constitucional, porque ese abuso iría en contra de la división racional de poderes. El triunfo de la bruta facticidad no supone el triunfo de la razón, porque aquella solamente se arregla con la fuerza irracional, mientras que ésta descansa en el diálogo y el respeto del prójimo para la construcción comunitaria. Tengo la esperanza de que, con el tiempo, toda brutalidad quede desvanecida.

Las dificultades entre las idealidades normativas del modelo constituyente

y sus inespecíficas concreciones, es decir, su ineffectividad, han sido abordadas por Kelsen y Schmitt, como ya mencioné. El grado de eficacia de las normas o el grado apto que puede vislumbrarse en la fuerza de la facticidad marcaba lados opuestos de la discusión. Con otros argumentos, en otro país y otra realidad, también preocupó a Piero Calamandrei, quien en 1955, con la publicación de *La Constitución inactuada*, expresó sus pesares sobre el grado de incumplimiento de la Constitución de la República de Italia sancionada en diciembre de 1947, muy posiblemente uno de los textos más logrados en el siglo xx, por su concisión, claridad, solvencia política, racionalidad jurídica y compromiso democrático.

Si bien la Constitución es la norma de las normas, no se ha inventado –y jamás se inventará– una herramienta que pueda medir o calcular tanto su fuerza normativa como sus grados de incumplimientos. Lamentablemente, no existen dispositivos para mensurar la eficacia del instrumento mayor de la ciudadanía y de los servidores públicos. No habrá invención factible de la IA que evalúe el recorrido que asumen las reglas constitucionales inventadas por la inteligencia humana. Tampoco existen servicios preventivos o de mantenimiento. El único recurso disponible es que la Constitución democrática sea conocida por todos. Quizá una fuente de inspiración radique en el artículo 377 de la Constitución francesa de 1795:

Le peuple français remet le dépôt de la présente Constitution à la fidélité du Corps législatif, du Directoire exécutif, des administrateurs et des juges; à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français.^[144]

Naturalmente, la fuerza normativa de la Constitución se reduce cuando una autoridad pública actúa contra sus mandamientos o cuando esa misma autoridad pública no concreta los planes de la Escritura fundamental. A tono con aquello escrito más arriba, la Constitución es una creación para dotar de “unidad” al orden jurídico del Estado. Las prácticas antinormativas, concretadas en la generalidad de los casos por todos aquellos servidores públicos elegidos o designados para el cumplimiento de las normas constitucionales, erigen una zona de actuación contra la Constitución.

La correlación o la ausencia de correspondencia entre norma y realidad fue una preocupación para Konrad Hesse, quien en 1959 publicó “La fuerza

normativa de la Constitución”. Allí postuló que la coincidencia entre realidad y norma es “sólo un hipotético caso límite”^[145]. Además, con sobrada intuición se preguntó si junto a las fuerzas determinantes, políticas y sociales, también ha de existir una “fuerza determinante” del Derecho constitucional^[146]. De este modo, Hesse llegó a la conclusión de que existe, por un lado, el problema perpetuo sobre la normatividad constituyente. Sin embargo, advirtió que la “Constitución posee una fuerza propia, aunque sea limitada, motivadora y ordenadora de la vida política” en la comunidad. En su afanosa búsqueda descubrió un texto de Wilhelm von Humboldt escrito en 1791:

Ninguna Constitución establecida por la razón, en la inteligencia de que ésta dispusiese de un poder ilimitado que le autorizase convertir sus proyectos en realidad –con arreglo a un plan en cierto modo predeterminado– puede prosperar. Solamente podría triunfar aquel que surgiese de la lucha entre la “poderosa y fortuita realidad y los dictados contrapuestos de la razón”.^[147]

A partir de esta clave anunciada premonitoriamente en el siglo XVIII, Hesse entendía que la realización de una Constitución y su texto escrito, esto es, norma jurídica escrita y realidad viviente en la práctica, se han de hallar en una “situación de coordinación correlativa”. Para aliviar que una norma quedase vacía de realidad o que una realidad vaciase la norma o se encontrase vacua de ésta, Hesse se sirvió de la tesis de Humboldt:

La fuerza y la eficacia de la Constitución descansan en su vinculación a las fuerzas espontáneas y a las tendencias vitales de la época, en su capacidad para desarrollar objetivamente estas fuerzas, para ser, por su mismo objeto, el orden global determinado, es decir, material de las relaciones sociales concretas.^[148]

La fuerza normativa de la Constitución también se ha de fundar en determinadas condiciones de realización, que Hesse apodó “voluntad de la Constitución”: a) la conciencia sobre la necesidad de un orden normativo objetivo e inviolable que aleje la “arbitrariedad desmedida e informe”; b) la convicción de que ese orden constitucional es legítimo y en continua legitimación; c) la advertencia de que el orden constitucional, auspiciado por la razón en su génesis, solamente podría “adquirir y conservar” vigencia a partir de una adecuada realización, pues se encuentra supeditado o se concreta por intermedio de actos de voluntad^[149].

En 1995 Germán J. Bidart Campos escribió como su proposición capital que la Constitución de un Estado democrático inviste esa naturaleza; tiene

fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicitudes^[150]. El maestro argentino aseveró que la Escritura fundamental, objeto de su tratamiento, es la del Estado democrático. Con lealtad a sus pensamientos, añadió la idea de los contenidos implícitos que yacen en la Constitución, además, por cierto y descontado de los contenidos que por explícitos requieren, acaso, menor esfuerzo en su descripción y valoración^[151].

Un inventario de cuanto se ha escrito hasta aquí autoriza a sugerir que la Constitución democrática del tipo de Estado constitucional de Derecho ha de ser el resultado de un plan de la razón humana. La Constitución es el plano del edificio, motivo por el cual el edificio sin planos siempre caerá o poseerá deficiencias imposibles de superar. Sin embargo, los planos no pueden condicionar completamente la realización del edificio, el que se encuentra disponible al presente y al futuro de la ciudadanía en el seno de una sociedad abierta. Ese plano maestro tiene normatividad; ésta descansa, por un lado, en su energía regulativa y, por el otro, en la disposición que ha de tener su propia arquitectura para retroalimentarse de las condiciones de realización en el presente y que se invoquen para el futuro.

Las Constituciones son redactadas hoy, siempre en el presente, con la curiosidad de que su vigencia comenzará el día de mañana. Así, el objeto a regular, la fundamentación del Estado, proveería con su inmediata actualidad convicciones necesarias y racionales para motivar la realización del programa constituyente. En suma, la Constitución como programa por excelencia de la razón humana para gobernar el tiempo y el espacio de determinada comunidad también recibe, inteligentemente, un complemento para su fuerza normativa de la misma realidad a la que se dirigen sus reglas.

§ V. Algunas aplicaciones prácticas

Toda Constitución se celebra en una unión indestructible de sus principios y de sus reglas que inauguran procesos públicos, entre ellos, la propia supremacía del artefacto. La elaboración de un listado de esos principios y de esas reglas, una constelación inmensa y difícil de culminar, sería una tarea muy relevante. Sin embargo, no es la finalidad de este texto, dado que, como expresé antes, la idea aquí proyectada sobre la fuerza normativa de la Constitución se encuentra dirigida a mantener y desarrollar “una respiración

natural” de toda la ciudadanía de una comunidad.

Asimismo, ya insinué que la dignidad de la persona y la división del poder constituyen pilares del constitucionalismo global. La “dignidad de la persona humana” posee una de las más espléndidas consagraciones en el artículo 1.III de la CRFB 1988.

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.^[152]

El otro principio de la organización del poder estatal se refiere a la distinción y separación de las funciones del gobierno republicano y la representación de la ciudadanía. El artículo 1 de la CFA, uno de los textos “republicanos” más antiguos del mundo (1853), representa esta idea con gran fidelidad y se yergue como paradigma, en tanto el gobierno republicano es impensable sin distinción y separación de funciones: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

La dignidad comporta conferir reconocimiento a todo ser humano, y que todos y cada uno tienen igualdad para el ejercicio de su vida en libertad. Así, el Estado constitucional, respetuoso y promotor de la dignidad de cada ser humano, por el solo hecho de serlo, concederá y protegerá la inmaculada posibilidad de millones de planes de vida. La dignidad humana jamás podría ligarse o vincularse al mercado o a los negocios privados; es inherente a la humanidad de la persona, no a las probabilidades negociales. Toda la vida del ser humano debe ser protegida, incluso en su etapa final. En el sistema constitucional de la Argentina, desde el 2022, goza de jerarquía constitucional la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; ya desde 1957 el artículo 14 bis de su Constitución determina que el Estado se compromete a establecer y otorgar “jubilaciones y pensiones móviles”.

¿Qué sucedería con la fuerza normativa de la Constitución si, por ejemplo, un presidente elegido por una mayoría electoral supusiese que se hace necesario congelar y destruir las jubilaciones y pensiones de las “personas mayores” en el marco de una situación económica de altísima inflación? ¿Sería suficiente que ese presidente asumiese que para reducir el gasto del Estado se hace necesario incumplir los compromisos constitucionales y así enterrar las prestaciones mensuales y dinerarias que deben percibir jubilados y pensionados? La desnaturalización de las jubilaciones y pensiones, que se ejecutaría de manera sangrienta por la vía de esa política pública de un presidente, resultaría clara y manifiestamente violatoria de la Constitución y causaría la corrosión casi completa de la dignidad de las personas afectadas.

La idea desarrollada sobre la intangibilidad de la dignidad de la persona humana tiene también como fuente la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de la ONU, que en 1948 instituyó para la teoría general del constitucionalismo global la siguiente tesis normativa en su artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente”^[153].

En un despiadado panfleto publicado en 1956, Ludwig von Mises, con profunda irracionalidad, sostuvo que constituye un error suponer que la naturaleza ha concedido a cada individuo una serie de derechos inalienables. Más adelante supuso que el nivel de vida del hombre medio occidental no se consiguió a base de ilusorias disquisiciones en torno a cierta etérea e inconcreta dignidad o justicia; se alcanzó, por el contrario, gracias al actuar de “explotadores” e “individualistas sin entrañas”^[154]. La naturaleza inhumana y consabida crueldad de la manifestación del economista citado sólo puede constituir una fuente de autoridad para una sociedad negacionista de la libertad, la igualdad y la solidaridad. Esas ideas brutales y contrarias a la dignidad y a la justicia social son asumidas por un presidente para arrasar la entidad de los haberes de los jubilados.

Un presidente también podría distorsionar o eliminar la división del poder y asumir una suma del poder público. Así, quedarían destituidas las funciones del Congreso y su tarea de representación política de la ciudadanía. En la conjetura imaginada, ese presidente, en desprecio de la

juridicidad constituyente, evitaría el diálogo y dictaría órdenes que, por su generalidad y abstracción, podrían ser consideradas con rango semejante a una ley del Congreso, con una escandalosa vocación de permanencia en el tiempo. El presidente haría la ley y también, por supuesto, los decretos reglamentarios.

En la Argentina, por caso, el presidente puede dictar “decretos por razones de necesidad y urgencia (DNU)”^[155]. Ya he advertido en varias ocasiones que se trata de un “hecho maldito” constitucionalizado por la reforma de 1994, porque eleva a la enésima los vastísimos poderes presidenciales. Téngase en cuenta, sin embargo, que el presidente no debería dictar un DNU cuando se le antojase; si así fuera, arrasaría con la Constitución^[156].

Repárese, además, en que la Ley fundamental del tipo Estado constitucional se debe inclinar decisivamente por la división del poder. Se juzga que la repartición del poder debería impedir o devaluar la concentración absoluta. Así, la división de la titularidad y el ejercicio del poder político pareciera constituirse en una de las más fabulosas utopías: someterlo con la adjudicación de reglas que tendrán por finalidad contenerlo y disciplinar su funcionamiento. Además, la desconcentración del poder político también insinúa el perímtero de un anhelo: la existencia de un escudo de protección para la libertad del ciudadano. El tipo de Estado fundamentado por un sistema constitucional, tal como aquí se describe, posee, en rigor, un solo enemigo: la concentración absoluta del poder político. No hay otro enemigo que la indiscriminada colección de atribuciones en un poder absoluto sin control. Por dicha razón, la idea de dividir el poder no tiene rival, pero sí un enemigo: la concentración absoluta.

En esta conjetura también se observa una ruptura de la forma de gobierno republicana y la división del poder que ella impone. De las herramientas inventadas, la división del poder instrumenta la ilusión de que la separación en departamentos (ejecutivo, legislativo y judicial) impediría la concentración o suma del poder público. Esa suma del poder, en que incurriría el presidente del ejemplo descrito, haría que la vida, la libertad y la propiedad quedasen a expensas de una sola persona. El fundamento epistémico sobre la división de poderes es irrefutable: el diálogo de todos es superior, siempre, al monólogo de un individuo –aquí, el presidente que

intentaría mandar por la vía de un gobierno autocrático aupado por la mayoría—.

Las crisis constitucionales son muy frecuentes en América del Sud. En esos momentos desgraciados se pone a prueba la fuerza normativa de las Constituciones. Ciertamente, no hay justificación para ninguna política pública que intente lastimar, erosionar o dañar de cualquier modo la dignidad de la persona humana, en particular, en la hipótesis de los jubilados antes descrita. Tampoco ningún presidente debería concentrar una suma del poder público. La violación de la dignidad humana, al devaluarse y licuarse las jubilaciones, junto al jaque mate a la división del poder por la vía de su concentración irracional son test suficientes para evaluar la fuerza normativa de una Constitución.

En cualquier caso, los sistemas constitucionales pueden prevalecerse de esa fuerza normativa, al concentrar “razones objetivas” debidamente positivizadas en sus órdenes jurídicos para repeler las agresiones. No es una mera agresión, porque se trata de la afectación de la “unidad” que sólo una Constitución puede proporcionar a un Estado. Sin esa unidad en el Derecho, resulta casi de imposible pronóstico la legitimación democrática. Antes del telón leamos a Kelsen:

Si hubiera algo así como un derecho contrario a Derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico, quedaría eliminada. Pues una norma “contraria a norma” es una autocontradicción; y una norma jurídica, en cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna.^[157]

Por lo pronto, huelga decir que, en las hipótesis descritas, las normas inferiores del presidente son genuinamente inválidas y nulas, pese a que reclamen o muestren cierta eficacia, porque nunca aquello que es inferior podrá superar o alcanzar la magnitud de aquello que resulta superior.

§ VI. Cierre

Primero. La construcción de los trazos de una teoría general de la Constitución, con base sudamericana, constituye un desafío para la ciencia o el saber constitucionalista.

Segundo. La distinción entre la creación de la Escritura fundamental y el

ámbito de su realización muestra con suficiente aptitud los límites y las posibilidades para estudiar y valorar la fuerza normativa de la Constitución. Por lo tanto, el empleo doctrinario que distingue entre Constitución formal y material carece de sentido y cae por su propio peso. Una apelación al confronte entre “Constitución formal” y “Constitución material” genera distorsiones epistemológicas insalvables, motivo por el cual la irracionalidad debe ser condenada en el seno del Estado de tipo constitucional^[158]. Así, hay y habrá una sola Constitución, la Escritura fundamental dirigida para la convivencia de la ciudadanía y los servicios públicos, cuyo grado de cumplimiento por las autoridades y la ciudadanía es una escena en continuo movimiento, se cumpla o no se cumpla, se realice en muchas de sus piezas o se aplique de modo ínfimo.

Tercero. La fuerza normativa, al menos desde 1791, posee expresión en la literatura científica sobre la Constitución, tal como se computa con Humboldt. Con todo debe reputarse que, ciento cuarenta años antes (1651), Thomas Hobbes ya había planteado, más bien genéricamente, que “el legislador no es aquel por cuya autoridad se hicieron inicialmente las leyes, sino aquel otro por cuya autoridad continúan siendo leyes, ahora”^[159]. Evidentemente, tanto Humboldt como Hobbes, uno más fundado en los quehaceres de la razón y el otro en los de la experiencia, despuntaron sus preocupaciones capitales sobre la “autoridad del Derecho”. Por cierto, ninguno de ellos pudo entrever las aporías, perplejidades ni paradojas, así como tampoco la marcada desilusión y la falta de esperanza que la historia y el presente del constitucionalismo han demostrado entre las orillas de la producción de la norma constitucional (o fragmentos de ellas) y la radicalidad, dolosa o culposa, que trastoca y corrompe el ámbito de su “deber ser”.

Cuarto. Durante el siglo xx se han realizado notables aportes sobre “normatividad y facticidad”, tanto en el ámbito de la teoría general del Derecho como de la teoría general de la Constitución, que en su conjunto demuestran que la fuerza normativa de la Escritura fundamental no es un problema exclusivo de poder político. El saber constitucional, la doctrina de los autores y la judicial han dicho suficiente y tienen mucho para disertar aún.

Quinto. La Constitución es una obra por excelencia de la razón humana.

El cumplimiento de sus principios y reglas debe tener en cuenta el pasado y el presente de la comunidad, cuyo objeto fomenta y alienta la realización de sus normas. Por eso, la tesis provisoria puede ser mantenida y completada: la Constitución fundamenta al Estado y requiere, para ahondar en sus posibilidades normativas, la necesidad de aceptar y recibir las demandas del presente.

La existencia de la Constitución, la Escritura fundamental producida y expuesta en el mundo, seriamente, forma parte de la realidad. No puede derivarse a su eficacia, porque sigue existiendo, incluso frente al incumplimiento. La tensión entre validez y facticidad, en el escenario constitucional, adquiere la mayor transcendencia jurídica y, también, cierto dramatismo político.

La fuerza normativa de la Constitución constituye el presupuesto de la democracia. La divergencia entre la validez normativa y la eficacia distorsiona y pone en riesgo la estructura democrática. Así, comparto la idea de Gilmar Ferreira Mendes, en tanto define que el momento actual es crítico para las democracias occidentales. Están abiertamente desafiadas por las hordas de un autoritarismo peligrosamente empeñado en estrategias de desinformación que radicalizan el discurso político y convierten al adversario en un enemigo que debe ser eliminado. Deforman el debate público, destruyen las posibilidades de diálogo. Todo esto genera un escenario hostil, que pone en jaque el proyecto del constitucionalismo moderno (órdenes políticos basados en la libertad, la igualdad y la fraternidad)^[160].

Por todo ello, el texto constituyente del Estado requerirá, además de su válida existencia, de un grado de eficacia para garantizar la imperatividad de su fuerza normativa para defender la democracia. Nuevamente, la preocupación sobre la creación de la norma y la efectiva regulación de la realidad. Este es el problema capital del Derecho constitucional, cuya solución se debe perseguir sin pausas y sin declinación ni abdicación sobre la normatividad de la Constitución, en correlación racional con las escenas cotidianas del presente.

Por último, aunque no haga falta escribirlo: la necesidad no crea ni justifica al Derecho de la Constitución, la suma regla del orden. No hay necesidad suprema que pueda elevarse o equiparar a la Ley fundamental.

Nada posee ni debe poseer mayor jerarquía que ella como Ley Altísima. Sin impronta litúrgica: siempre sería preferible no escuchar la misa a celebrarla en los lugares donde no debe celebrársela^[161]. La Escritura fundamental es la única, exclusiva, excluyente e inviolable “ley suprema” para todas las autorizaciones jurídicas en el Estado constitucional. Toda habilitación que los poderes constituidos intenten en transgresión manifiesta de la normatividad de la Constitución democrática será insanablemente nula y viciada de nulidad absoluta.

CUARTO

EL SEÑOR MONOPRESIDENTE^[162]

SUMARIO. § I. Tesis sobre la autoridad ejecutiva. § II. Elegir presidente. § III. Unidad, hegemonía y ejercicio del poder. ¿Democratización? § IV. Telón.

Se cree en el Señor Presidente o no se cree, y en este último caso, el que osa, se convierte en réprobo.^[163]

Miguel Ángel Asturias

§ I. Tesis sobre la autoridad ejecutiva

La Constitución escrita del Estado, el instrumento por excelencia cualitativa y cuantitativa del Derecho, es pura creación del poder político constituyente. Durante la tercera década del siglo **XXI**, los Estados de América del Sud se ordenan por una “Constitución” con pretensiones democráticas. En la “declaración teórica” presentada “Constitución y reforma” argumento que esas formas del Derecho poseen hasta cuatro piezas: composición, mecanismos, estructura, en el entorno de una sociedad abierta en la que se debería perseguir, alcanzar y desarrollar una paz social relativa.

En esa Escritura fundamental consta la lengua de la razón por la que se instituye la forma inicial del orden estatal, consistente en un sistema de reglas sobre todas las reglas del Derecho para la concreción de seis procesos públicos: *a)* desarrollo y manutención de la jerarquía suprema

constitucional; *b*) determinación y tutela de los derechos, bienes y deberes fundamentales; *c*) atribuciones, desempeño y control de la autoridad pública; *d*) cambio constituyente; *e*) democracia como estructura para la existencia comunitaria; y *f*) mecánica para la autoprotección por intermedio de las garantías. Esas regulaciones siempre han de ser para un determinado tiempo, espacio y comunidad de ciudadanos y ciudadanas. Apréciase que, si bien el poder del Estado es siempre único y se lo distingue en diversas ramas o funciones –un solo poder del Estado, varios departamentos o agencias–, la autoridad ejecutiva tendrá presencia, generalmente protagónica, en cada uno de esos procesos públicos, con especial vocación directriz en los apuntados con las letras *a*, *b* y *c*.

En diez repúblicas sudamericanas su ciudadanía delega o deposita el desempeño constitucional de la función o rama ejecutiva^[164] en la unipersonalidad, más o menos estricta, más o menos caprichosa, de un presidente. En la “lengua” de las Constituciones se persigue un determinado estadio de justicia social, con diferentes estilos y profundidades. No hay poder constituyente que no auspicie el bienestar de la comunidad. Para decidir la autoridad ejecutiva se apela a una sola palabra: “presidente”. Así se lee en los artículos de las Escrituras fundamentales de Argentina (87), Bolivia (165), Brasil (76), Ecuador (141), Chile (24), Paraguay (226), Colombia (188), Venezuela (225), Uruguay (149) y Perú (110). Añado como curiosidad que la primera de esas Leyes en el tiempo es la argentina de 1853, todavía vigente con sus reformas, y la última es la de Bolivia de 2009. El “ciudadano presidente” en un tiempo perpetuo.

La tesis sostenida en este escrito, exclusivamente basada en un enfoque normativo, es la siguiente:

Las Constituciones sudamericanas se inclinan por el sistema de gobierno presidencialista para encaminar sus procesos públicos. Así, se origina un nuevo animal político: el monopresidente. Este oficial principal del pueblo será elegido, en general, con base en sistemas mayoritarios de pura confrontación. Al resultar un ganador indiscutido, con arreglo a esa legitimación de origen, ejercerá un poder que aspirará a la hegemonía, desde que la unidad del cargo desecha el diálogo como fuente de energía. Esa concentración se

logra porque las Constituciones lo alzan, por regla, como jefe supremo del Estado, jefe del gobierno, comandante de las fuerzas armadas, responsable de la administración, legislador y eventualmente “legislador”; incluso le otorgan potestades jurisdiccionales; estas atribuciones le son adjudicadas sin sumisión a controles racionales y efectivos. En tanto en un futuro no se democraticen los poderes del monopresidente por la vía de reformas constitucionales, su sesgo predominantemente autoritario determinará la inestabilidad del sistema, su baja calidad y la falta de confianza que se aprecia, también por regla, durante el ejercicio de su mando.

Asumo las enormes diferencias que presenta el funcionamiento del sistema presidencial en cada uno de los países sudamericanos. Sin embargo, resulta posible anudar rasgos básicos y comunes del modelo regional: la búsqueda afanosa de una legitimidad de origen, enormes atribuciones con tintes absolutistas, ineffectividad o carencia de controles y, sobre todo, la única individualidad de un hombre en las jefaturas supremas del Estado y del Gobierno. En más de 200 años de historia constitucional no existe un solo país del subcontinente en el que la instalación, el desarrollo y la continuidad de la institución presidencial no hayan padecido alteraciones o quebrantamientos. Al carecer de ambiciones *iuscomparatistas* o similares, mi intención es concretar una singularidad de las angustias que se presentan a menudo, tanto desde las bases normativas como desde las furiosas experiencias fácticas. A partir de esa enunciación, acaso, acometer los trazos para una teoría general de la Constitución en América del Sud que cubra, en este caso, las desdichas ocasionadas por el uniforme sistema de gobierno adoptado por los países de la región.

En este escrito expreso razones sobre las propiedades de la figura de quien nos gobierna, una autoridad (que ejerce el mando ejecutivo, el presidente) en el ámbito de las autoridades. Nótese, en la inteligencia de la tesis, que es preciso evaluar dos aspectos del presidencialismo: por un lado, la concentración de funciones en la persona del líder del proceso; por otro, la posible descalificación del modelo por el predominio que ejerce el presidente sobre los otros poderes constituidos y también sobre los

“mecanismos de decisión política en el Estado”^[165]. En las próximas secciones desarrollo argumentos que justifican la problematización descrita. En el “Telón” me despido con unas palabras conclusivas.

§ II. Elegir presidente

La regla sobre la distinción debería generar la esperanza de que “poder distinguido y distribuido” daría lugar a un “poder limitado”. La división podrá ser entre poderes constituyentes y poderes constituidos; desde luego, en el caso de estos últimos: su parcelación en agencias ejecutivas, legislativas y judiciales. Primero, John Locke en siglo xvii y, luego, David Hume y Montesquieu, respectivamente, en el siglo posterior, fueron quienes dictaron diversas ideaciones sobre una relativa partición para el ejercicio del poder. Evidentemente, la división de un determinado plan gubernativo en diferentes dominios, jurisdicciones y personas actuantes, podría hacer creer en la posibilidad de un gobierno sabio, certero y afortunado. Esa racionalización que induce a la desconcentración del ejercicio del poder siempre se debería imponer sobre aquella que implicase cualquier modelo de concentración. El autogobierno de una comunidad es un asunto de la ciudadanía, motivo por el cual una mayoría debería participar dentro del ámbito de sus razones prácticas y del orden establecido. La suma de la parte del poder que pertenece y autoriza a cada individuo resulta elemental para dar idea del poder político en una sociedad democrática. No hay otra explicación.

La teoría sobre una división del poder fue pensada doctrinariamente en Europa y concretada, en su faz normativa, con la fundación constitucional de los Estados Unidos de América en 1787. Se trató de una composición colectiva, pese a que no existió un plan original. Durante los siglos xix a xxi, los textos constitucionales en América del Sud reflejan, en mayor o menor medida, la estructura de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, según la distinción en tres clásicas ramas gubernativas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Un reparto de competencias de cada uno de los poderes del Estado.

Muy posiblemente los estadounidenses necesitaban la invención de un presidente. ¿Cómo saberlo con rasgos objetivos más allá de la frágil intuición? La institución quizá haya funcionado en los Estados Unidos de

América, donde la lucha entre sus clases sociales no fue de ninguna manera el criterio ordenador para orientar un destino a la comunidad. Sin embargo, el presidencialismo fuera de su tierra y de su comunidad ciudadana ha probado “ser básicamente un desastre”^[166].

En el proceso constituyente de Estados Unidos se desplazó a la potencia colonial. Su comunidad no sufrió ninguna alteración, porque mantuvo intacta la estructura heredada del pasado colonial. La Constitución de Estados Unidos de 1787 se corresponde con una comunidad de clases hegemónicas bien establecidas con significativas exclusiones que no parecían inferirse de la “Declaración” del 4 de julio de 1776: esclavos, afroamericanos, mujeres, pobres, indigentes e indios. Los postulados ideados en el origen del Estado no hicieron peligrar esta estratificación, cuya construcción era bastante sólida. Los padres fundadores de los Estados Unidos organizaron un nuevo Estado, aunque fueron “gente muy temerosa de una distribución igualitaria de la propiedad”^[167], situación que se ha mantenido sin atenuaciones.

En el caso de América del Sud, la creación del cargo presidencial no posee cualidades semejantes. En nuestros países casi no se discutió, con profundidad, sobre otra alternativa para una anatomía del poder Ejecutivo, como sí se hizo en Filadelfia en 1787. Al independizarse, nuestros países quedaban librados –acaso– al caudillismo, al personalismo, al hecho de que un líder prometiese, con magia o providencia santísima, que él y sólo él penetraría y llevaría a las aguas del bienestar a la comunidad ciudadana. Una circunstancia no favorecida por la notable extensión de la región, con su territorio de casi 18.000.000 de kilómetros cuadrados, apenas alterados desde aquellos lejanos momentos constituyentes fundacionales.

En América del Sud no existe –ni existió– una distribución justa ni racional de los bienes yacentes o de los bienes que están a punto de crearse –o que pudiesen ser creados algún día–. Asimismo, la inequidad y desigualdad es la fuente de sus sistemas tributarios perversamente regresivos. Por lo tanto, una ha sido la lucha por la independencia política y el entierro del colonialismo; y otra, la lucha por la construcción del tipo de un Estado constitucional y con sesgo democrático. Sin embargo, en el ámbito económico, financiero y negocial, la posición geográfica del subcontinente y sus riquezas naturales hicieron que se lo convirtiese en un

granero o mina a campo y cielo abierto, en el que sus ríos, cielos, subsuelos, riquezas marítimas y montañas también han sido objeto de expoliación constante, ruinoso y perverso para los sudamericanos.

En ese marco, sin dudas, resultaría sencillo echar la culpa al presidencialismo. El sistema, por su propia arquitectura jurídico-constituyente, no ha servido –ni podría servir– para construir bases racionales de un diálogo. Desde tal comprensión, quizá, dentro de cien años causará extrañeza leer que la ciudadanía disponía conferir a una sola persona la posibilidad de ejercer una energía hegemónica, que se basa en la más pura confrontación: el poder presidencial. También sospecho que será motivo de asombro la develación de que por entonces un solo individuo, un humano natural, ejercía el mando personal y ejecutivo, sin interés, rencor y, sobre todo, exento del error individual.

En toda República el dominio debería pertenecer a todos los ciudadanos y ciudadanas. Ellos son los únicos e insustituibles sujetos que han de determinar, con base en las formas de representación auténtica y ejercicio de la democracia transparente, un orden con el compromiso de leal y riguroso acatamiento. Con naturalidad, se puede advertir la incongruencia de que la actuación constitucional se atribuya a un solo ciudadano, el presidente, un hombre unido y sumergido en la soledad de su propia persona.

El presidente estadounidense dispone de un poder hegemónico, pero bastante controlado por el Congreso y los jueces. En cambio, en América del Sud, el “príncipe republicano”, mientras dure su gestión, dispondrá de un poder hegemónico con un haz de atribuciones, quizá superior al estadounidense, de acuerdo a la nomenclatura constitucional, pero los controles no serán semejantes, ni –en caso de serlo– eficientes, debido a sus dificultades para la puesta en marcha o su pésima concepción jurídica.

Por aquella decisión ontológica de que nada proviene de la nada, la forma de elección del presidente instituye una cuestión relevante, determinante y paradigmática del sistema de gobierno modelado. Así, la utilización de sistemas mayoritarios, que cuentan además con una segunda ronda electoral, buscan el encuentro de un líder que gozará de un amplio respaldo ciudadano. Un solo líder. Una sola persona, acaso un verdadero y singular campeón de la lid política. El colectivo comunitario se reduce a un solo

individuo: el monopresidente.

De ese modo, se cree que ese “príncipe republicano” recibirá la unción de la ciudadanía por un camino directo. La mayoría obtenida en la elección y la fuente ciudadana directa convencerán y harán decir al líder presidencial escogido que su gobernación habrá de conjugar la historia, el presente y el pasado. Todo el proceso público –afirmará– empieza con él, incluso el pasado invencible y el futuro inescrutable. El líder domina el tiempo como ninguna inteligencia humana ha resuelto hasta el día de su elección, porque él y sólo él propondrá “un liderazgo de duración indefinida”^[168]. Las inclinaciones e ideas del nuevo “príncipe republicano” son dueñas de una originalidad superior a todo lo conocido hasta entonces. Sus electores, simpatizantes o aduladores, confiarán en el liderazgo prometido.

Toda elección de un presidente celebrará, además, un experimento curioso. Durante la campaña un candidato presentará su carta para el bienestar comunitario; los otros, también. Con diferentes argucias y falacias, se acusarán sobre el pasado remoto o el presente imperfecto. Llegado el momento de un balotaje, el candidato que triunfe será alentado por una mayoría de ciudadanos creyentes, cuya exigencia constitucional reside frecuentemente en la mitad más uno del cuerpo electoral, excepto en la Argentina, donde existe la posibilidad de que las leyes de la aritmética no rijan tanto porque el presidente puede ser elegido con una mayoría del 40 %^[169]. Favorecido por el electorado, el líder será quien podrá realizar, ahora y para siempre, el bien común anhelado y tan postergado... Porque con él comienza el tiempo.

Una vez electo, para el presidente jamás existirá un tiempo perdido en sus francos deseos reeleccionistas. En los países de América del Sud, una de sus misiones –quizá hasta la más relevante de su propio gobierno del Estado– quedará encajada en su carrera por la reelección inmediata^[170]. Así, empleará todo el aparato del Estado, incluso el coactivo –y no sólo sus recursos–, para cumplir el objetivo de la reelección, porque, en caso de no conseguirlo en la mitad de su período o antes, las fuerzas políticas siempre buscarán, por intermedio del enfrentamiento, un sucesor en demérito de las atribuciones del actual. La consigna parece ser “reelección o abismo”. Así, las instituciones detalladas por la Constitución quedan profundamente debilitadas, acaso averiadas sin posibilidad de reparación ulterior.

Se argüirá que una presidencia nunca es suficiente, porque los “cambios” que se proyectan requieren de una segunda. El presidencialismo, al descansar en el combate permanente, le presenta a su insigne titular la necesidad de pelear para que su poder político, un “concepto fundamental”^[171] en la configuración anatómica de sus atribuciones, no disminuya. El tiempo no debería alterar su poder. En México, por ejemplo, la reelección presidencial es un fruto prohibido por su Constitución, desde el 5/2/1917, en su artículo 83. Con sabiduría, en el 2015 en Colombia se ha dispuesto, en el artículo 197 de su Ley fundamental, una prohibición de reelección del presidente con claros ribetes de naturaleza eterna; una suerte de impedimento para perpetuarse en la presidencia ejecutiva del gobierno^[172].

§ III. Unidad, hegemonía y ejercicio del poder. ¿Democratización?

La unidad de la autoridad del poder presidencial define al sistema de gobierno. Su jefatura suprema, sin interdicciones, decide los propósitos del proceso constitucional que quedará liderado por el presidente. Presidente es y será sinónimo de unidad en el ejercicio constitucional de la autoridad en nombre del Estado y de su pueblo. Un director absoluto con severos indicadores despóticos. Esa unidad presidencial, que se eleva a semejante altura, no debería disponer de espacio para comprender las debilidades o problemas que tienen los seres humanos que integran la sociedad.

En el sistema gobernado por un presidente, se debe descubrir una energía vital y suprema. Puede conjeturarse que, al imaginarse el modelo, sus creadores se hayan representado esa unidad y concentración de las competencias ejecutivas. También se puede intuir que, al crearse la institución presidencial en 1787, se creyó conveniente que la autoridad de una sola persona facilitaría las decisiones gubernativas de naturaleza ejecutiva. Sin complacencia: no existía otro modelo para inspirarse; la invención fue total.

Dentro de ese perímetro queda la idea de que la “unidad tiende a la energía”^[173]. Así, pues, por simple derivación, se distinguirá, en otros servidores o funcionarios públicos, un mero rol secundario, siempre fuera de la escena, como consejeros o cualquier modalidad que adopte un sujeto influyente, pero sin dominio de los hechos, ni emergente de una

representación popular directa. La búsqueda de un “buen gobierno”^[174], eficaz y seguro, sin dudas, animó la comprensión ensayada respecto de la unidad de la energía del poder presidencial.

Una denuncia del poder hegemónico del presidente implica que la política constitucional, precisamente, cobra cuerpo en tanto se conjuguen nuevos idearios que, asentados en la crítica al presente estado de situación, también expongan con suficiente racionalidad los cambios proyectados. Eso aquí se hace o se intenta hacer. Por supuesto que tendría originalidad plantear que la denunciada presidencia como institución monocrática debería ser “abolida”^[175] y reemplazada por otro modelo plural para la función ejecutiva. Hay razones para pensar un mañana en el que exista deliberación, solidaridad, ilustración y, sobre todo, ciudadanos comprometidos pluralmente, que impidan un apoderamiento individual del poder del Estado.

Las competencias presidenciales son innumerables. Por eso se le confiere una importantísima cantidad de atribuciones, que se concentrarán, con hegemonía suficiente, en la unidad de su persona. Dichas facultades, en la mayoría de los casos, son explicitadas en las Leyes fundamentales. Dado que el poder es la energía fundamental en el Estado constitucional, las competencias del presidente deben responder, al menos, a dos acciones clave, de naturaleza asimétrica. Por un lado, se lo inviste para ejecutar activamente una política y, por otro, también se lo inviste para impedir reactivamente una política de los opositores. En el presidencialismo, las oposiciones no deberían cotizar. Los poderes del presidente se encaminan para lograr un nuevo estado de cosas constitucionales o para inhibir o rechazar el cambio de un estado de cosas propugnado, en general, por otros congresistas o por jueces abiertos y proclives –con o sin autorización– a la judicialización desmedida de la política, que piensan que los tribunales –y no las urnas– son la puntada inicial de cualquier solución comunitaria. Los poderes presidenciales, sean estimulantes o de recalcitrante rechazo, pueden ser utilizados para el progreso o el atraso de las condiciones de vida en la comunidad ciudadana.

Así, el presidente puede participar de la legislación ordinaria como colegislador, ya sea porque envía iniciativas al Congreso o porque promulga las leyes o porque, eventualmente, ejerce un veto parcial o total sobre el

producto del Congreso. Al presidente y a su equipo se le atribuye la administración del Estado, en principio, pues, la “ejecución del Derecho”^[176], por lo que en su actividad resulta clave la tarea reglamentaria. Sin embargo, con motivo de las “emergencias infinitas”^[177] que azotan a nuestros países, a los presidentes también se les atribuyen poderes legislativos que incluyen la posibilidad de dictar decretos con fuerza de ley^[178] o que el Congreso les delegue la potestad legislativa. Quizá el antecedente más remoto de este flagelo se encuentre en la Ley fundamental de Prusia de 1850^[179].

La mayoría de los Estados sudamericanos contienen en sus Escrituras fundamentales reglas para solventar los estados de excepción, cuya regularidad hace que la normalidad institucional se torne excepcional y la emergencia, normal y cotidiana: un mundo irracional y al revés. Estas atribuciones constituyen un peligro, cuyos daños patrimoniales y simbólicos son incalculables. Toda autorización que se atribuye constitucionalmente al presidente para legislar sobre la emergencia significa, en principio, un ataque o declaración contra la racionalidad del Derecho y con severos rasgos absolutistas, en tanto se destruye la facultad legislativa y representativa del Congreso y, por ende, el mapa básico de la división del poder y separación de funciones^[180]. “No” a la legislación de emergencia en cabeza del presidente es “no” a la irracionalidad de la concentración del poder.

La regulación jurídica de las extraordinarias situaciones de emergencia debería solventarse de manera colegiada y con activa y principal participación del Congreso, con la especialidad de sus comisiones y una convocatoria a la ciudadanía; no del presidente, porque él debe ejecutar, no reglar. Además, esas autorizaciones exclusivas que suele otorgar el Congreso al presidente para reglar incurren en una enorme contradicción jurídica, porque la ciudadanía, por la vía de la delegación, depositó el poder de legislar en el Congreso, razón por la cual resulta inentendible que este órgano, a su vez, haga una delegación o autorización al príncipe. En otras palabras, delegar un poder delegado comporta una violación a la soberanía del pueblo, la fuente de todo el poder.

Con estas habilitaciones queda indefinida la frontera entre la administración y la legislación y, así indiferenciada, la división del poder. Se da más y más poder al presidente. El presidente elegido para ejecutar el

Derecho también participa del “hecho de su producción”, obviamente sin ninguna dialéctica más que consigo mismo, o con el cuerpo de colaboradores elegidos por él.

Pero esto no es todo. El presidente también puede emitir proyectos sobre la reforma constitucional. Además, administra y gestiona el Estado y sus negocios con su voluntad suprema de ciudadano elegido. No hace falta recordar que maneja y presupuesta los recursos con celebrada discreción del Estado, imagina el gasto y las obras públicas y por eso determina las cuentas públicas de las restantes ramas del gobierno. Nombra a todos sus colaboradores y puede decidir su remoción, sin otro espejo que su propia responsabilidad. Representa al Estado en lo interno y en sus relaciones internacionales. En la Argentina, además, ejerce la jurisdicción administrativa. En Colombia representa la “unidad nacional”. También el presidente puede convocar al Congreso. Por si no fuera suficiente, lidera el proceso constitucional y es el actor principal del proceso político. En los países federales, en receso del Congreso, órgano al que en general no puede disolver^[181], pero sí vapulear institucionalmente, podría disponer la intervención de los poderes de los entes federados.

El presidente considera el presupuesto del Estado y planea sus ingresos y sus gastos, por lo general, mediante una ley que debe ser aprobada por el Congreso cada año. También administra el Tesoro del Estado, que delega en el jefe supremo la negociación de las deudas públicas de los países, atribuciones exclusivas del Congreso. Naturalmente, el presidente no ha de decidir cuánto deben gastar el Congreso y el poder judicial, respectivamente. Ninguno de estos órganos posee competencia constitucional para recaudar, ni bolsa para juntar, ni poder coactivo directo para afrontar sus gastos. Los poderes legislativos y judiciales, en las esferas de sus competencias, deben operar con autonomía para la planificación presupuestaria. No hace falta decir que, si el presidente decidiese una restricción o una limitación de sus gastos, su capacidad operativa atravesaría serios aprietos institucionales. Por consiguiente, en el presidencialismo el desarrollo del presupuesto y la ejecución del gasto tienen una dinámica capital.

En suma, al instituirse en una sola persona esa enormidad de atribuciones estatales, como expongo en la tesis, ha nacido un nuevo instituto

constitucional, adjudicado y ejercido por una sola persona: el “monopresidente”. Su configuración produce una rareza. Si el “monopresidente” puede desplegar sus competencias, funciona la danza presidencial; en esa escena arrasará, con toda su energía suprema, contra cualquier otra autoridad constituida, en especial, legisladores y jueces. Bastante semejanza a un monarca, un “rey”^[182], sujeto que podía concentrar con venerable absolutismo todo el poder del Estado. En cambio, si las políticas públicas del presidente no pueden avanzar, no habrá danza. Quedará a la intemperie y, por lo general, con una ciudadanía expectante por la precariedad, la demolición o la caída de la institucionalidad.

La democracia, que es un método de construcción permanente de las razones del Estado, debe reposar en el pluralismo. No es infalible. Para ella la Constitución es un presupuesto, porque sin Derecho no hay democracia plural. Así, en determinado sentido, todos deberían sostener la idea del auditorio plural; de lo contrario, se debilitaría o pulverizaría la propia idea democrática. Su pluralismo político debe cobijar todas las opciones en su interior y a la luz del día, incluso las posturas neutrales. La búsqueda de un ganador, que ejerza como presidente, no favorece ni a quienes no lo apoyaron ni a los neutrales. Quien gane la elección tendrá la tentación de conducir al país como lo aconsejan las convicciones de su mismidad. Así, la gobernabilidad queda en un duro trance^[183].

Para gobernar, el presidente requiere de mayorías extendidas. Si las posee, construirá hegemonía suficiente; si no, tendrá una debilidad que puede ser extrema. He evitado, a propósito, analizar la mixtura de sistemas mayoritarios para elegir presidente y sistemas de representación proporcional para elegir un fragmento o todos los miembros del Congreso. La combinación de los sistemas no fortalece la unidad del poder presidencial; tampoco la optimización de su gesta. Basta pensar que en el único país del mundo en el que el presidencialismo funciona “internamente” con determinada eficiencia es en Estados Unidos (y a menudo “externamente” con brutal fuerza), y allí no hay combinación de los modelos electorales: todo es resultado de la aplicación de un sistema electoral de sesgo mayoritario para la composición del Ejecutivo y la composición del Congreso. Congresistas elegidos por sistemas proporcionales y Ejecutivo por la vía del sistema mayoritario es una

invención sudamericana.

En una democracia constitucional, la coexistencia de diferentes puntos de vista propiciaría un debate, la búsqueda de consensos y de cambios. Un fundamento epistémico insoslayable. No obstante, el presidencialismo es ajeno al diálogo, porque –repito– su autoridad se encuentra sólo preparada para disputar. Un presidente que intenta el diálogo abre la puerta del fracaso tan temido. Lector: ¿usted recuerda que alguna vez un presidente sudamericano haya invitado a la oposición, con seriedad, para tender puentes o pactos sustentables al fortalecimiento del diálogo institucional?

El presidencialismo es la máxima institucionalización del poder unido y regido en una sola persona. El hecho de ser “jefe supremo de la Nación”, como prescribe la Constitución federal de Argentina en su artículo 99.1, puede conducir a ese singular “ciudadano” a ser o sentirse más poderoso que los ciudadanos; quienes, mientras tanto, no se unirían en deliberación sincera para ejercer el poder que les corresponde por natural derecho propio y soberano. No debería ser tolerable que una autoridad ejercida en nombre de un poder estatal flotase por encima de los ciudadanos^[184], porque la democracia es orden de la igualdad. Sin embargo, la Escritura fundamental de la Argentina habilita esta desigualdad al proponer un “jefe supremo” entre todas las autoridades constitucionales.

Repárese, asimismo, en el hecho de que un sistema presidencialista, por las razones esgrimidas, comporta un aparato de dominación complejo en escenarios de concentración de la riqueza en pocas personas o empresas, como sucede en nuestros países. Aquellos que se juzguen poderosos, por el manejo y el control de la producción, los negocios y las finanzas en gran escala y jerarquía, pueden sentir la irresistible tentación para dominar, conjuntamente, el escenario político. En este siglo, en varios Estados sudamericanos, miembros de esos poderes capitalistas decidieron ejercer el poder presidencial de manera directa; en todos los casos, se produjo un colapso o una atenuación de la regulación estatal. A un electorado se le puede sabotear con campañas fraudulentas y que inhiban la adopción de decisiones racionales^[185]. Esas campañas, que requerirán altísimos costos económicos, sólo pueden ser emprendidas por la banca, los negocios o cualquier agrupación constituida por individuos poderosos que deseen manipular el resultado de las elecciones ciudadanas.

La manipulación electoral no es una mera hipótesis de laboratorio. Sin embargo, presenta diferencias si se practica en un sistema parlamentario o en un sistema presidencial. En el parlamentarismo, la elección no asegura, por completo, la conducción del sistema, dado que la cooperación es un recaudo de su naturaleza. En el presidencialismo, pese a que implique un costo muy alto, en caso de triunfar, con abstracción de la manipulación, se podría aguardar la conducción del proceso político.

La necesaria hegemonía del poder presidencial es una consecuencia relevante de su poder unitario. La inestabilidad de las presidencias siempre conlleva la inestabilidad, más o menos cruenta, del propio modelo. Hasta se podría sostener que existe una física del poder del presidente; así, en caso de cumplirse sus determinaciones hegemónicas, siempre con suficiente autocracia, el modelo danzará, incluso en escenarios movedizos. Si, en cambio, su poder es inestable, dicha cualidad se transmitirá sin solución de continuidad al modelo. La cancelación de la función y del sistema de gobierno no será una cuestión especulativa. El final coral de la 9.^a Sinfonía de Beethoven que se escuchó el día de la elección será reemplazado por el Réquiem de Mozart.

En este escenario, no es de extrañar que el sistema presidencialista sea un incentivo para la corrupción. El presidente resulta vulnerable, porque todo su poder se encuentra concentrado y carece de inserción en el Congreso. En su carrera se conjugan diferentes elementos negativos: su inquebrantable libre albedrío, la burocracia, la obsecuencia de funcionarios, la ausencia y adversidad de resultados, la falta de colaboración de la oposición. Los caminos indicados conducirán a un fiasco de su gestión. Incluso, una vez terminado su período de gobierno, será habitual que se inicien en su contra causas judiciales –con fundamentos o sin ellos– para determinar su responsabilidad por actos presuntamente ilícitos. No es una novedad ni lo será leer que un presidente, en América del Sud, fue procesado y luego condenado, en sede penal, por la comisión de delitos en el curso de su gestión.

El presidente también posee poderes de influencia política que corren en paralelo a sus atribuciones constitucionales. Estos poderes no reglados cobran entidad porque el presidente es una de las personas más notables de la sociedad. En virtud de que no se trata de poderes reglados, no resulta

factible un tratamiento puntual, ante la ausencia de evidencia normativa. Pese a ello, en más de dos siglos de práctica del presidencialismo, la escasa influencia del presidente sobre el Congreso marca, por lo general, un estancamiento o una parálisis de la actividad política. Contrariamente, el ejercicio de atribuciones presidenciales eminentes tiende al abuso e indica una crisis en la separación de los poderes constitucionales.

Basta analizar qué ocurre, por ejemplo, con la influencia del Ejecutivo sobre los servicios de comunicación audiovisual, una situación no reglada en la Ley fundamental. Al inventarse la presidencia en el siglo XVIII, sólo existía la prensa escrita. Hoy el discurso de los presidentes puede ser divulgado y transmitido, al instante y a cualquier lugar del mundo, por fuentes orales, escritas o audiovisuales, en diversos tipos de soportes. El abuso de la oficina del presidente en el manejo de los servicios de “comunicación”^[186] insinúa una frustración de la democracia, porque devalúa el derecho a la comunicación: un bien colectivo y fundamental de la comunidad. Además, en los últimos años, determinadas autoridades presidenciales deciden abandonar la pauta publicitaria del Estado en medios de comunicación porque han criticado su gestión.

El ejercicio abusivo del presidente sobre los medios de comunicación hace que colapse cualquier posibilidad de deliberación genuina en el auditorio ciudadano y se marchite la libertad de expresión. De la misma manera que un presidente podría abusar del derecho a la comunicación, una hegemonía en la propiedad de los medios podría volcarse, con semejante naturaleza, contra las políticas presidencialistas. Los sistemas de gobierno, incluido el presidencialismo, observan una notable reducción del “peso y la esencialidad de los partidos políticos”^[187], una espinosa circunstancia que obliga a estos últimos a transformarse y adecuarse a los influjos de la “video-política”. La nueva plaza pública de un presidente son los medios de comunicación y las redes sociales; las ágoras multitudinarias y en asambleas abiertas parecieran una rémora de un pasado que no volverá.

Es imposible agotar la lista de poderes reglados e influencias sin reglas del presidente. El presidente debe cumplir con su tarea individual de representación del Estado propio y ante cada uno de los miembros que conforman la constelación de Estados del mundo. También ejerce la representación estatal en el ámbito de organizaciones supraestatales como la

ONU, la OEA, la UNESCO, etcétera. En los mencionados ámbitos, el presidente debería cultivar las relaciones exteriores de su Estado, porque resulta ser el encargado constitucionalmente elegido para cumplir la misión con lealtad, respeto y vocación de paz. Ningún presidente, por ejemplo, debería estrechar relaciones con países que comprometiesen la paz interior de su propia comunidad. O manifestar, en su recorrido internacional, sugerencias que contradigan el Derecho de su propio país y que consten en la Escritura fundamental.

Los argumentos expuestos sostienen la imperiosa necesidad de democratizar el sistema de gobierno presidencial. Ciertamente, el modelo reviste alguna utilidad para afrontar momentos de zozobra. Sin embargo, el monopolio que instituye espanta toda alternativa para igualar a los ciudadanos en una sociedad abierta. El liderazgo del presidente resulta, en muchísimas oportunidades, antidemocrático, porque debilita la posición del Congreso o se caracteriza por una emanación de órdenes sin consulta ni invitación para la toma de decisiones^[188]. Hay un único protocolo para cambiar el presidencialismo: el propio proceso de reforma constitucional instaurado en la Escritura fundamental de cada uno de los países de América del Sud.

Para mejorar el sistema se debería promover una discusión racional. El modelo revela notable incapacidad para asegurar la estabilidad del orden constituyente y fomentar el diálogo en una democracia cuya naturaleza participativa surge desde el mismo instante en que se trata del autogobierno de la comunidad. La propuesta democratizadora de los sumos poderes debería posarse en el diseño de mecanismos para conjurar los abusos o desvíos autoritarios de la autoridad del presidente. Así, se podría bosquejar un menú para aquietar, aliviar o corregir la naturaleza dominante del presidencialismo. Una vez abierta la discusión, se podría pensar en colegiatura del órgano y asignarle una naturaleza plural de individuos, o en la nominación de un primer ministro con acuerdo congresual. También se podría sumar el anclaje en el Congreso de todos los ministros, o en otras posibles formas de fusión que provengan de la experiencia del sistema de gobierno parlamentario.

Obviamente, se deberían eliminar las habilitaciones para que el presidente pueda convertirse en legislador o asumir cualquier método para legislar:

una vez que el monopresidente es autorizado para legislar sobre la vida, la libertad, la fortuna de toda la ciudadanía y los bienes del Estado, todo queda sometido al absolutismo omnímodo de una sola persona. En el tipo de Estado constitucional con sesgo democrático debe ser eliminada –o reducida a su mínima expresión– cualquier vía que autorice o habilite el despotismo. Precisamente, la república, la casa de toda una ciudadanía, fue pensada para enterrar toda forma de absolutismo. También debería repensarse la tarea jurisdiccional por la que se habilita al presidente.

El sesgo democrático que propone el presidencialismo no es robusto. Puede aumentar la gobernabilidad. Sin embargo, cuando ella se reduce, suele caer en pendiente el sistema de gobierno. Además, en el sistema presidencial, su inestabilidad siempre impactará en la línea de flotación del modelo y provocará la crisis del hundimiento. Por eso mismo, resulta de una falsedad absoluta la afirmación de que el presidencialismo constituya un modelo erguido para navegar en medio de tempestades institucionales. Es suficiente revisar el funcionamiento del modelo en la región durante los últimos cuarenta años: se impone una sentencia contraria.

América del Sud posee más de dos siglos de experimentos presidencialistas. No se han presentado otros desarrollos. Con evidencia palmaria se comprueba que una supremacía del poder Ejecutivo no ha logrado –y no logra– apaciguar la vulnerabilidad y exclusión social. ¿El presidente no es un monarca elegido, valga el contrasentido, con veleidades de un director o déspota con poderes hegemónicos?

§ IV. Telón

Las comunidades de ciudadanos, al elegir presidente, ungen a un funcionario para ejercer la autoridad suprema ejecutiva. Será un monólogo a discreción del escogido. La persona elegida, como ninguna otra en la historia de la humanidad, deberá poseer un razonamiento equilibrado, ponderado y racional las 24 horas de cada uno de los días que marque su tránsito en el servicio público. Merced a la experiencia de más de 200.000 años, no hay animal racional que posea tal virtud y juicio divino. Quizá, en el futuro, la IA asegure otros medios, alternativas o posibilidades.

En el presidencialismo, su titular, el “monopresidente”, será –o tratará de

ser— un director absoluto y regio del proceso constitucional, gracias a un elenco notabilísimo de atribuciones regladas, a las que se adicionarán las no regladas, propias de su posición en el orden estatal. él tendrá influencia y autoridad mientras dure la energía de su poder supremo. El Congreso no podrá desbancarlo, no habrá voto de confianza parlamentaria y el juicio político para la destitución del “príncipe” constituirá una cuestión más cercana a la heurística constituyente que a la realidad efectiva, porque requerirá de mayorías congresuales extraordinarias para su impulso y concreción, con excepción de las experiencias suscitadas, especialmente, en Brasil.

Un monopresidente siempre ha de proponer la tormenta infinita de la confrontación política. Si su atormentada gestión alcanza el éxito, se produce un desconsuelo en el adversario. Si la autoridad fracasa, no hay que ser mago para conocer los resultados desastrosos; en el momento de la caída o debilitamiento total del monopresidente se podrá recordar el monólogo final de Próspero: “Ya mis hechizos los dejé de lado... Hacedme libre con vuestra indulgencia” (William Shakespeare, *La tempestad*).

En resumen, el cargo de presidente es inoculado con la institución de sus poderes ejecutivos inherentes, aunque también disfruta de poderes de naturaleza legislativa y hasta jurisdiccional. Esa naturaleza unitaria es la que inhibe e impide cualquier intento de racionalización. La individualidad de las atribuciones del “príncipe republicano” denota la inmediata necesidad que reclama la “democratización del poder presidencial”^[189]. Ello podría suceder, quizá, con un gobierno de gabinete de ministros que tuviese personalidad, iniciativa, anclaje congresual y responsabilidades propias^[190]. También, con la colegiatura de la institución ejecutivo-presidencial, y conferirle una naturaleza plural, al estilo de la Constitución de Uruguay de 1952^[191]. Cualquier cambio requerirá de una enmienda o reforma constitucional en los países elegidos. Una destacada complacencia con el sistema de gobierno presidencialista se sitúa, quizá, en la propia raíz de confrontación, litigio y ausencia de neutralidad, que se amontonan en las cualidades del modelo estudiado.

El instrumento “Ley fundamental”, con sus tipos de reglas, alienta diversas clases de “procesos públicos”, ya detallados: división y control del poder; gobernanza y estructuración democrática, con un papel decisivo del

presidente. La idea de proceso público implica el movimiento de la conducta humana y su intersubjetividad. Los procesos públicos, autorizados por la Constitución, con su modo de accionar o de obrar siempre guiado por la razón suprema, deben conducir al desarrollo y al progreso de los existentes en la Ley fundamental. La separación del poder, la determinación de las autoridades, el establecimiento de los derechos, la búsqueda de acuerdos estables y duraderos son proposiciones para alcanzar un grado importante de justicia social y de paz comunitaria.

Nuestros presidencialismos en América del Sud, afincados en sus fundamentos constitucionales normativos y en los testimonios emanados de la fuerza normativa de lo fáctico, han degenerado en sistemas gubernativos, ni tan divisorios del poder, ni por tanto tan equilibrados ni controlados. El presidente puede traspasar los límites sugeridos por el Derecho y, razonablemente, no hay efectividad en su contención, a tiempo, por los otros poderes. Así, un ideal de gobierno limitado se distorsiona todavía más como hace con habitualidad el hiperpresidencialismo y desciende al fangoso terreno de la “autocracia electiva”^[192], alimentada de un cuerpo electoral que brega denodadamente entre la ingenuidad, la ignorancia y la esperanza. Hay elecciones en las que la ciudadanía es, fatalmente, espectadora, como sucedió, sólo para dar algunos ejemplos, en Venezuela desde el 2012 (sin igualdad de armas), en el Perú (1990-2000), en Brasil entre 2019 y 2022, en la Argentina desde diciembre del 2023. Con esto quiero decir que sólo atina a sufragar y elegir jefe supremo, el señor monopresidente, de quien por supuesto esperará, sin fundamentos, que tenga la lucidez, la estabilidad emocional, la preparación intelectual y la sensibilidad social para decidir todos los días que dure su mandato por “todos nosotros”. Amén.

QUINTO

QUINTO. TENTATIVA PARA DESTRUIR LA CONSTITUCIÓN

El caso del DNU 70/2023^[193]

SUMARIO: § I. El mal viene de más lejos. § II. La forma de las formas. § III. La suma del poder público. § IV. Palabras para un cierre.

§ 1. El mal viene de más lejos

Una Constitución republicana, siempre fundada en la libertad, es un instrumento que ha de perseguir la separación de funciones del Estado. Ellas, al distinguirse con el mayor equilibrio factible, serán ejercidas por diferentes autoridades gubernamentales y con controles recíprocos. Sin distribución ni diferenciación de tareas en departamentos, sólo cabe esperar el desarrollo de poderes despóticos, en virtud de que la concentración aniquila la existencia de un gobierno equilibrado.

En la Argentina, el mal –concretamente, el “hecho maldito”– sucedió en 1994^[194]. En la plenitud de la Convención Constituyente, se le reconoció al Poder Ejecutivo la atribución para emitir “decretos por razones de necesidad y urgencia” con rango legal (DNU)^[195]. La autorización para el dictado de DNU aumentó, con desmesura, las atribuciones del presidente. Ahora, a partir de 1994, él es “jefe supremo de la Nación, jefe de gobierno y responsable político de la administración”, incluso con la posibilidad de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, actos que aspirarían a ser constitucionales. Como ya lo he adelantado en este libro, tal concentración de atribuciones dio lugar a nuevo animal político: el hiper- o monopresidente, cuya degeneración originaría una nueva contraforma de gobierno de despotismo o autocracia electiva, en escándalo del principio republicano. La acumulación del poder público en la persona del presidente conlleva una tarea fatal: alterar o destruir la Constitución.

En 1919, en el artículo 48 de la Constitución de Weimar se escribió:

[C]uando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el Imperio, el Presidente puede adoptar las medidas indispensables para su restablecimiento, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

En 1928 Hans Kelsen^[196] anunció que “La experiencia enseña, en efecto, que donde quiera que la Constitución autorice estos Reglamentos de Necesidad, su constitucionalidad es siempre, con o sin razón, apasionadamente discutida”^[197]. El 23 de marzo de 1933, el Parlamento

alemán, por abrumadora mayoría, sancionó la “Ley para remediar la emergencia del pueblo y del Reich” (en alemán *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, conocida como “Ley de poderes plenos”). Según su artículo 1, en adelante “las leyes del Reich pueden ser decretadas, aparte del proceso previsto en la Constitución del Reich, también por el gobierno del Reich. Esto rige también para las leyes consignadas en los artículos 85, apartado 2, y 87 de la Constitución del Reich”. Seguidamente, el artículo 2 estableció que “las leyes del Reich decretadas por el gobierno del Reich pueden diferir de la Constitución del Reich, siempre y cuando no tengan por objeto la disposición del Parlamento y del Consejo del Reich. Los derechos del presidente del Reich quedan intactos”.

Esa ley de habilitación constituyó el final de la República de Weimar. La atribución de plenos poderes, en desvío absoluto de su separación y control racional, consolidó un proceso degenerativo irreparable de la democracia inaugurada por la Constitución de Weimar. La destrucción continuó su marcha imparable hacia el despedazamiento total. La ley habilitante de 24/3/1933 fue una perversa, irracional y demoledora autorización para empoderar al dictador y su séquito de fanáticos y asesinos para que gobernase por decreto, en escarmiento de las instituciones políticas de la Constitución y sus procesos públicos^[198].

§ II. La forma de las formas

La Constitución del Estado es la forma jurídica suprema. Con sus fundamentos se ordena el resto de las formas jurídicas, cuyos contenidos deberían ajustarse a ella. Todas las formas jurídicas que integran el Derecho del Estado, con su naturaleza diversa, aspiran a instituir una regulación sobre las conductas de los seres humanos.

Asimismo, en el acatamiento y en la adhesión a la Constitución, reside la única posibilidad para que puedan concretarse la unidad, la coherencia y la autoridad dentro del ámbito temporal y espacial de un Estado determinado. La Constitución establece el único origen de un orden estatal y su criterio indisponible para la gradación jerárquica de todo el Derecho inferior. Ella, como suma regla del orden jurídico, es puramente una combinación de regulaciones que instauran procesos públicos. Esos procesos públicos que hacen a la vida, a la existencia, al desarrollo de una polis son la columna

vertebral del Estado. No existe necesidad que pueda justificar una vulneración de esos procesos para encaminar una reforma, integral o parcial, de la legislación.

Sin embargo, en el proceso público que anima el ejercicio y la disputa por el poder político, muchos servidores públicos, habitualmente el presidente, intentarán decir que para librarse de la emergencia^[199] de cualquier género, cuya finitud sólo es conocida por ellos, la ruta sugerida será una ruda autocracia: la sumatoria de plenos poderes con ineficientes controles. Es difícil encontrar, en el ámbito del estudio y análisis de las Constituciones del Estado, una ruptura más catastrófica que el abuso de un presidente en la legislación, el cual, lejos de salvar a la nave constitucional, le prometerá su naufragio en el corto, mediano y –con certeza– largo plazo.

La Constitución es el único instrumento que autoriza todo el proceso del poder: las atribuciones, la elección, la renovación, sus controles. Jamás se debería admitir que un Poder Ejecutivo, liderado por un presidente alentado con diferentes fervores, sea el que procese, a su antojo, la Escritura fundamental y su ruptura. En la Argentina existe un escalonamiento de su orden jurídico. Esto quiere decir que debería existir tanto Estado como el diseñado sólo y exclusivamente por la Escritura fundamental^[200]. Ella está en la cima, junto a determinados instrumentos internacionales del DIDH que gozan de jerarquía constituyente. Debajo, en un rango inferior, se ordenan los tratados internacionales y el Concordato con la Santa Sede. Siguen las leyes del Congreso, el producto más excelso de una comunidad democrática; los decretos por razones de necesidad y urgencia, los decretos delegados y de promulgación parcial de leyes; y luego, los decretos reglamentarios de leyes emitidos en ejercicio del artículo 99, inciso 2, que emite el Poder Ejecutivo.

En 1852 Juan Bautista Alberdi propuso un presidente fuerte: “dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución”^[201]. La Constitución federal recogió su idea entre 1853 y 1994. La reforma producida hace treinta años aumentó enormemente los poderes de ese “presidente fuerte” y originó este monopresidente que reúne la suma del poder público con atribuciones inmensas: administrativas, legislativas, jurisdiccionales e incluso con iniciativa legal y constituyente, sin computar sus poderes no reglados que se ejercen con discrecionalidad. Así, es un

hombre sumergido y unido en la mismidad de su única persona.

¿Cuál ha sido el error de la reforma constitucional de 1994? La habilitación constitucional para que el presidente “legisle”, ya sea por la vía de los DNU o por la vía de la legislación delegada. Hasta 1994 la doctrina de los autores más autorizada sostenía que esas dos vías no debían tener cabida en nuestro Derecho constitucional. Las razones que esgrimían eran que, al procrear la concentración del poder en el órgano presidencial, eso deterioraría la separación de funciones. Además, la patética prevalencia de la autoridad ejecutiva desnaturalizaría cualquier racionalidad sobre el proceso de gobierno y del control del poder.

Los DNU han sido empleados, abusivamente, por casi todos los poderes ejecutivos desde 1994 hasta la actualidad. A partir de su vigencia constituyente, el Poder Ejecutivo los ha sancionado a pura discreción, lo cual constituye una conducta francamente abusiva, oportunista y prohibida en muchos casos por la Escritura fundamental, porque se exceden las condiciones sobre el espacio, el tiempo o la materia. Desde la sanción en agosto de 1994 del artículo 99, inciso 3 –de pésima redacción–, se registran hasta la fecha más de 900 DNU, según informa el Observatorio de Decretos^[202]. En el mismo período el órgano legislativo sancionó alrededor de 3000 leyes, aunque si se descuentan las meramente formales, la relación entre dictados DNU y leyes (formales y materiales) resulta una comparación ominosa, dado que demuestra el descabezamiento de las atribuciones del teatro de la democracia: el Congreso. Esa habilitación para legislar por la vía de reglamentos de necesidad y urgencia (o reglamentos delegados) sustituye por completo una creación dialógica y colegiada del Derecho en el Congreso por la imposición autocrática de una persona que se convoca a sí misma.

En 1899 Joseph Conrad publicó *El corazón de las tinieblas*. Allí narra una travesía en la que se vislumbra el descenso del alma humana hacia el horror más impensado. Aquí, en especial, los decretos por razones de necesidad y urgencia comportan un descenso de tal entidad que horroriza a la división del poder y su forma republicana. Por eso dan lugar a un recorrido hacia el corazón de las tinieblas, un autocratismo sin ilustración. Ese tránsito se complicó más todavía con la sanción, recién en el 2006, de la ley 26.122, la “ley especial” exigida por la Constitución para “regular el trámite y los

alcances” del control congresual. Su mecanismo es malo y defectuoso, a tal punto que en 18 años de vigencia no ha posibilitado la caída de un solo DNU, en virtud de que no existe un proceso amplio, útil, suficiente y ágil.

Las equivocaciones de la ley 26.122 son notables. Para la caída de un DNU, exige el rechazo de ambas Cámaras; un criterio que violenta el artículo 82 de la CFA, que prohíbe la sanción ficta de las leyes, porque obliga al Congreso a que cada una de sus Cámaras ofrezca la manifestación de su voluntad expresamente. También transgrede la racionalidad exigida por el artículo 28 para todos los actos de gobierno, en tanto la caída no debería sujetarse a una intervención bicameral.

Con este cuadro de situación, todo DNU –malhadado– mantendrá su cotización jurídica hasta que la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores coincidan en desaprobalo, en un conglobamiento inusual. Así, la ley 26.122 es manifiestamente inconstitucional al regular los alcances de la intervención del Congreso. También corresponde decir que la falta de especificaciones acerca del tratamiento legislativo fue una omisión lamentable de la Convención Constituyente de 1994, una desventura para el Derecho.

Pero hay más. Con relación al “plazo”, el decreto por razones de necesidad y urgencia debería perder completa eficacia jurídica en un plazo razonable desde su dictado, dado que el tiempo en la Constitución es una relación básica. Así sucede en otros órdenes constitucionales del mundo, por ejemplo con la Constitución de la República Italiana del 21/12/1947, que ha regulado la materia con soberana prudencia^[203]. La fatalidad que acompañó la redacción del artículo 99, inciso 3, que no dice nada sobre el plazo, es una omisión reiterada por la ley 26.122, que tampoco incluye palabras para prescribir la caída por el paso del tiempo.

Así las cosas, un decreto por razones de necesidad y urgencia es un ente ontológicamente eterno porque el transcurso del tiempo no lo afecta. La fijación de un plazo sería un mecanismo para contener al monopresidente y repararía la inconstitucional ausencia de plazo que detenta la ley 26.122. ¿Los constituyentes de 1994 no conocían el artículo 77 de la Constitución italiana? En 1947 los ilustrados constituyentes italianos conocían el problema (sobre todo desde la Constitución de Weimar) y sus fuentes del siglo XIX; no obstante, aquí, en estos parajes sudamericanos, no se discutió

con entereza. Al mencionar la Constitución italiana y su dogmática no encubro mi propósito: los argentinos tenemos un vínculo muy estrecho con ese país, incluso por el dominio de habilidades de su bella lengua. ¿Los constituyentes argentinos en 1994 no sabían qué el “tiempo” es un asunto capital para el Derecho? ¿Dónde encuentra fundamento semejante omisión en la reforma de la Escritura fundamental? ¿El oficialismo político de la Convención de 1994, también a cargo –por entonces– del Poder Ejecutivo federal, imaginaba la creación de un presidente legislador sin control y abierto al absolutismo más cruel?^[204]

La CFA, al instar el tratamiento legislativo del DNU, sólo dice que debe ser “inmediato” y “expreso”. Con evidencia, también la ley 26.122 cae en la incompatibilidad constitucional, porque la indeterminación del plazo altera el funcionamiento de las instituciones republicanas, cuya limitación y periodicidad son requisitos fundantes.

Un decreto por razones de necesidad y urgencia es una sustancia venenosa para la construcción y el ejercicio del poder. Por consiguiente, su caída, por el transcurso del plazo o el rechazo de una Cámara del Congreso, debería acarrear su nulidad absoluta e insanable. La nada jurídica desde el mismo día de su desafortunada creación: nada que haya existido, un verdadero inexistente mundano. No obstante, con gracia, el artículo 99, inciso 3, se refiere a que el Congreso “fije los alcances” y este órgano, al hacerlo en la criticada ley 26.122, sólo apuntó la posibilidad de su rechazo.

Los DNU sólo estimulan el abuso del poder presidencial y jaquean mortalmente la distribución de funciones de gobierno, la responsabilidad y el control del poder. El día en que se reforme la ley 26.122, se deberían cambiar condiciones medulares sobre el “rechazo” (basta una Cámara), el “plazo” (90 días) y los “efectos” del decreto por razones de necesidad y urgencia (su nulidad absoluta). El día en que se reforme la Constitución, los decretos por razones de necesidad y urgencia (junto a la legislación delegada) deberían ser erradicados para siempre de los poderes del presidente.

El control político del Congreso es una tarea clave; luego de la legislación, la atribución de las atribuciones. El 14 de marzo del 2024, la Cámara de Senadores, en sesión abierta, pública y especial, rechazó el DNU 70/2023 por amplísima mayoría absoluta sobre el total de sus miembros^[205].

§ III. La suma del poder público

Para la regularidad y estabilidad del principio republicano, no hay hecho más dañino que la autorización al Poder Ejecutivo para emitir un DNU. Esto tiene entidad para desorientar toda brújula del equilibrio funcional y engendra, en paralelo, una penosa concentración del poder. Lamentablemente, también la delegación legislativa, regulada por la reforma de 1994 en el artículo 76 de la CFA, integra el desmembramiento irracional de las atribuciones del Congreso a favor del Poder Ejecutivo. El megadecreto por razones de necesidad y urgencia 70, emitido por el Poder Ejecutivo en diciembre del 2023, es manifiestamente inconstitucional y debe ser reputado portador de “nulidad absoluta e insanable”.

La CFA no autoriza al Poder Ejecutivo a imponer un Derecho excepcional en circunstancias que no lo son, porque su texto “no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”^[206]. En otras palabras, dictar o no dictar un decreto por razones de necesidad y urgencia no es una autorización discrecional del príncipe y sus colaboradores en el despacho de los negocios. Esta facultad extraordinaria, según la propia Constitución federal, sólo puede darse en tanto “circunstancias excepcionales” hagan imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, es decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse o que la situación que requiere la legislación revista una urgencia de tal envergadura que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. Además, según conocida doctrina judicial, la emisión de un DNU no debería alcanzar el cambio de un régimen legal de “manera permanente”^[207].

En este caso, no había ni “necesidad” ni “urgencia” para obviar la tarea del Congreso. No sufríamos ningún desastre natural, excepto la calamidad proveniente del propio Poder Ejecutivo. El origen del mal fue la idea de llevar adelante un cambio integral y masivo de la legislación sin discusión ni deliberación democrática. Se cambiaron, ya sea por la vía de la derogación parcial o total, unos 75 instrumentos legales. Se trata, en rigor, de una detonación masiva del orden jurídico del Estado en detrimento de los derechos y bienes de la ciudadanía y del racional y controlado ejercicio

de las funciones republicanas.

En la Argentina, por imperativo constitucional, las leyes deben ser elaboradas “una por una”, según se dispone en los artículos 1 (sistema y forma de gobierno), 19 (principio de juridicidad), 28 (racionalidad de todos los actos del gobierno republicano), 33 (garantía contra la arbitrariedad), 36 (orden institucional y sistema democrático) y 77 a 84 (formación y sanción de la ley). Esas determinaciones jurídicas solventan todas las razones prácticas para realizar la configuración de una ley. Con ese panorama normativo en la más alta fuente del Derecho, ¿cómo puede justificarse que se deroguen de un “plumazo presidencial” más de 70 leyes del Congreso, pensadas, discutidas, sancionadas y promulgadas mucho antes de semejante irracionalidad?

Primero. El DNU 70/2023 deteriora y desnaturaliza la separación de funciones gubernamentales, el más apropiado pilar y esencia del principio republicano de gobierno. Así, el artículo 1 de la Escritura fundamental se convierte en letra muerta.

Segundo. Un sinnúmero de derogaciones del DNU 70/2023 afectan, decisivamente, los derechos de comerciar y ejercer industria de una gran parte de argentinos, en escarmiento del artículo 14. El derecho a la salud de miles de argentinos asiste a un proceso de desregulación engeguedo y feroz, en el que las empresas de medicina prepaga han cartelizado los precios de sus servicios, cuyos montos se han elevado de un modo insolidario e impiadoso para la población.

Tercero. El artículo 14 bis de la CFA y el derecho al desarrollo con justicia social quedan lesionados de manera injustificada y efectiva.

Cuarto. El DNU 70/2023 quebranta el principio de legalidad constitucional (art. 19, CFA) porque a partir de su emisión el programa existencial de las personas resulta alterado por un acto del Poder Ejecutivo que resulta intolerable, dado que son obligadas a hacer lo que no manda la ley (que no existe) y privadas de hacer lo que la ley (existente) autoriza.

Quinto. El presidente y sus colaboradores se arrogan una autorización para legislar, porque mencionan una necesidad de la comunidad y dicen actuar en su defensa. Esa doctrina sobre un “grave riesgo social”, una invención judicial inconstitucional recreada por una mayoría de jueces de la

Corte Suprema de Justicia en 1990 en la causa “Peralta” (*Fallos* 313: 1513, consid. 24), no existe en la realidad que denuncia el Poder Ejecutivo. Así, asume funciones legislativas que tiene prohibidas. Se trata, en rigor, de una suma del poder público, en cuyo itinerario la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedan a merced de una persona: el monopresidente. Dicho mal desempeño se inscribe en la prohibición del artículo 29 de la Constitución federal, una regla extraordinariamente vinculada con los antecedentes del Derecho constitucional argentino.

Asimismo, el DNU 70/2023 debe computarse contrario al orden institucional y al sistema democrático que la normatividad constitucional establece en el artículo 36. Así, la democracia, que es el método elegido para la construcción y el desarrollo del Estado constitucional argentino, en un marco de igual libertad para todos los ciudadanos para participar en esa edificación, queda afectada seriamente por el despotismo demostrado por el presidente y su elenco.

Sexto. El DNU 70/2023 corrompe la estructura jerárquica del orden jurídico, en violación de los artículos 31 (supremacía constitucional) y 75, inciso 22 (jerarquía de las fuentes). La nueva escala de las reglas, ahora, sería un novísimo sistema de formas pergeñado en sede administrativa, en jaque mate a la unidad del orden jurídico del Estado, en virtud de que sin “unidad” no hay ordenación escalonada de las formas del Derecho. Sin Derecho, no hay Constitución. Sin Ley fundamental, no hay Estado democrático. Y éste es el presupuesto para una esperanza de paz, duradera, relativa y garantizada en una comunidad de ciudadanos igualmente libres.

Séptimo. No hay racionalidad en el obrar del Poder Ejecutivo. Esa ausencia contraría el principio de razonabilidad que surge de los artículos 1 y 28 de la CFA, aplicable a todas las tareas de los departamentos que ejercen funciones gubernativas.

Octavo. Es palmaria la violación a la prohibición del artículo 99. El DNU 70/2023 fue emitido con total desapego de los procedimientos administrativos internos y constitutivos, dado que en él no participó ninguna oficina jurídica de la Administración pública nacional, ni hay constancias de existencia de un trámite administrativo previo.

Noveno. Ni siquiera el propio Congreso podría legislar sobre el cúmulo de

normaciones que pretende imponer el acto del Ejecutivo. Si lo hiciera, su accionar sería abiertamente contrario a los objetivos que en la materia le impone la Constitución federal en el artículo 75, incisos 17 (educación), 18 (inveterada regla sobre el progreso), 19 (desarrollo humano y justicia social) y 23 (igualdad de oportunidades y de trato).

Décimo. El Poder Ejecutivo no debe ejercer los poderes delegados por las provincias fuera del marco republicano y en forma que las prive de la posibilidad de llevar a cabo la promoción de su industria, so pena de introducir una contradicción insalvable entre los artículos 121 (poder no delegado) y 125 (tratados provinciales).

§ IV. Palabras para un cierre

El presidente argentino, en compañía de sus ministros, en violación del sistema federal, los derechos y bienes fundamentales, el principio de legalidad, la forma republicana de gobierno, las atribuciones del Congreso, las competencias provinciales y su propia esfera de atribuciones limitada, emitió un acto manifiestamente inconstitucional por el que se apropia de una suma del poder público y atenta contra el orden institucional y el sistema democrático. Por esa vía, el Poder Ejecutivo incurrió fatalmente en la prohibición general de legislar condenada por la Constitución federal.

El DNU 70/2023 genera un daño enorme al país^[208]. Dicho instrumento es una tentativa de demolición del orden jurídico estatal. Al lesionar la forma republicana de gobierno con la invasión de funciones y la orientación democrática del Estado hacia un actuar autocrático, afecta reglas de la Constitución que deben mantenerse inalterables. Cualquier intento o tentativa de reforma de esa “forma republicana” de gobierno y de esa “orientación democrática” para toda la política del Estado federal sólo puede ser calificada como un intento de demolición de la Escritura fundamental.

El DNU 70/2023 debería llevar por título “Bases para la destrucción de la Constitución federal de la República Argentina”. Sus 366 artículos, comprendidos en 16 Títulos, tienen un denominador común: hacer que el fuerte sea más fuerte todavía, y el más débil, todavía más débil. Esta tentativa de daño constitucional parece inspirarse en Trasímaco: “Yo digo

que lo justo no es otra cosa que lo que le conviene al más poderoso”^[209]. Así, el Derecho pasa a ser la más cruenta sinrazón de la prerrogativa de fuerza del Estado y la Constitución pierde la oportunidad de constituirse en su lengua de la razón.

Muy posiblemente, el artículo 252 del DNU aquí criticado sea acaso el paradigma de una libertad para aniquilar la libertad. ¡Un liberticidio! Allí se dice que se sustituye el artículo 958 del Código Civil y Comercial de la Nación por el siguiente texto:

Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público. Las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva.

El Derecho, una de las creaciones más ortodoxas de la razón humana, queda postergado, supletoriamente, a la voluntad de las partes, en las que una de ellas –la más fuerte– impondrá, de manera inexorable, ritos y condiciones casi imposibles de sostener en tiempo y espacio.

El DNU que aquí se descalifica es un acto de suma gravedad institucional porque por su intermedio se configuran y asumen funciones legislativas masivas por parte del Poder Ejecutivo, una tarea que la Constitución en modo alguno admite. De lo contrario se acabaría con el sistema de pesos y contrapesos y, en definitiva, con las bases mismas del respecto a las competencias de cada uno de los poderes, que hace al fundamento mismo de la Ley Suprema de la República y significa una condición para la coexistencia pacífica y democrática. Desde el dictado del DNU 70, que lleva fecha del 20 diciembre de 2023, en la Argentina se presencia uno de los acontecimientos de mayor gravedad institucional de su historia, dado que se propicia una ruptura de las formas y condiciones instituidas para un racional gobierno republicano, sin computar dictaduras militares o quebrantamientos del orden constituyente.

En la CFA, al instaurarse sus procesos públicos, se confía en el cumplimiento de las tareas, todas jurídicas por declaración constituyente. Así, la construcción inmarcesible de un mundo mejor es la tarea de las tareas que emana de su texto. Contrariamente, “destruirla” significará “deshacerla”. Ese grave daño puede ser total o parcial, y en muchos casos

será irreversible. El DNU 70/2023 es un intento de destrucción de la suma regla del orden jurídico de la Argentina, es la negación de la forma constitucional. Aunque haya sido pronunciado por un grupo de déspotas aupados al poder por una mayoría transitoria, que aleguen la existencia de una “autorización” jurídica en el artículo 99, inciso 3, implica un despedazamiento tan grande de las piezas del Estado que posee consecuencias funestas para el presente continuo o el futuro inmediato.

Es cierto que el artículo 99, inciso 3, al tratar de encarrilar una secuencia para los “plenos poderes” presidenciales constituye una falla gravísima. Sin embargo, el DNU 70/2023 se dirige al infinito y más allá; al infinito porque traspasa cualquier encuadramiento racional dentro del artículo constitucional citado, y al “más allá” porque en el futuro, por ejemplo, en 2027 o en 2031, un nuevo monopresidente podría cometer, otra vez, semejante desmán institucional en escándalo de los procesos públicos.

Ciertamente, la palabra “libertad” puede ser utilizada para la “destrucción”^[210] del sistema que la Constitución establece. Debe tenerse en cuenta que la libertad que el Estado constitucional argentino debe proteger es en tutela de la dignidad humana y no de abstractos postulados sobre una economía de mercado. Quienes redactaron el DNU no tuvieron en cuenta la célebre advertencia que en su voto disidente justificó Oliver W. Holmes: “La Constitución no pretende imponer una determinada teoría económica, ya sea del paternalismo y la relación orgánica entre la ciudadanía y el Estado, o bien del *laissez faire*. Ella está hecha para personas con puntos de vista fundamentalmente diferentes”^[211]. En definitiva, el aquí maldecido DNU 70/2023 es un texto que expresa de manera concentrada una tentativa suficientemente idónea para descalabrar la “fuerza normativa”^[212] de la Escritura fundamental y sus teorías dominantes, tanto la judicial como la de los autores.

FUENTES

AA. VV., *Comentários à Constituição do Brasil*, coord. científica de Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck y J. J. Gomes Canotilho, 3ª ed. revisada, actualizada y publicada en el invierno de 2023, São Paulo, Editorial Saraiva, Almedina y el Instituto Brasileiro de Ensino,

Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

—, *Constitución de 1949. Vigencia de sus principios básicos y consecuencias de su derogación*, Buenos Aires, Cámara de Diputados de la Nación, 2015.

—, *Garantismo*, coord. Enrique Javier Morales, Buenos Aires, Ediar, 2022.

—, *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, coord. Benito Aláez Corral, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo y CEPC, 2020.

ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James A., *Por qué fracasan los países: Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, Buenos Aires, Booket, 2024.

ACKERMAN, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

ALÁEZ CORRAL, Benito, “Reforma constitucional y concepto de Constitución”, Webinar organizado por la Universidad de Buenos, Facultad de Derecho y la Universidad de Oviedo, 13/4/2021, disponible en www.youtube.com/watch?v=ow5RgHgcmrA.

—, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Madrid, CEPC, 2000.

ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la lei que preside al desarrollo de la civilización en la América del Sud y del Tratado Litoral del 4 de enero de 1831*, 2.^a edición, corregida, aumentada de muchos párrafos y un proyecto de constitución, concebidos según las bases propuestas por el autor, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, Santos Tornero y Cía., 1852.

—, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, en *Organización política y económica de la Confederación Argentina*, Besanzón, Imprenta de José Jacquin, 1856.

—, “Estudios sobre la Constitución argentina de 1853...”, en *Organización de la Confederación Argentina*, t. I, El Ateneo, 1913.

ALCHOURRÓN, Carlos, “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEPC, 1991.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de la ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1998.

ARBALLO, Gustavo, “Legislar por decreto en Argentina. Del Marco general al DNU 70/2023”, disponible en <https://www.ibericonnect.blog/2024/01/legislar-por-decreto-en-argentina-del-marco-general-al-dnu-70-2023/>.

ASTURIAS, Miguel Ángel, “El Señor Presidente como mito”, conferencia dictada en 1965 en la Facultad de Lenguas y Literaturas extranjeras de la Universidad Bocconi de Milán, disponible en https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/mundo-mgico-y-mundo-real---la-narrativa-de-miguel-ngel-asturias-0/html/01e5e59a-82b2-11df-acc7-002185ce6064_71.html#I_30.

—, *El Señor Presidente*, Buenos Aires, Losada, 1995 [1948].

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *La Constitución del algoritmo*, 2.^a ed., Zaragoza, Fundación M. Giménez Abad, 2023.

BALBÍN, Carlos Francisco, *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

BIANCHI, Alberto B., “El megadecreto de Milei frente al espejo de la Constitución”, *La Nación*, 23/12/2023, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-megadecreto-de-milei-frente-al-espejo-de-la-constitucion-nid23122023/>.

—, *La separación de poderes: Un estudio desde el Derecho comparado*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019.

—, “Casos ‘fáciles’ y casos ‘difíciles’ en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre DNU: a propósito del DNU 70/2023”, *Revista Jurídica Argentina*, La Ley, T. 2024-A, pp. 657-685.

BIDART CAMPOS, Germán J., “Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho constitucional y el Derecho internacional”, en *La Constitución que dura. 1853-2003 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004.

—, *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1964.

—, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

- , *La Constitución que dura. 1853-2003. 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- , *Manual de Derecho constitucional argentino*, tres tomos, Buenos Aires, Ediar, 1996.
- , *Para vivir la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1984.
- , *Tratado de Derecho constitucional argentino*, t. II-B, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- , *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994*, t. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1959.
- BOBBIO, Norberto, *Autobiografía*, Taurus, Madrid, 1998.
- , *El futuro de la democracia*, Buenos Aires, Planeta-Agostini, 1994.
- , *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1997.
- BOHMER, Martín, “El DNU de Milei y el espíritu de la libertad”, *La Nación*, 22/12/2023, disponible en www.lanacion.com.ar/politica/el-dnu-de-milei-y-el-espiritu-de-la-libertad-nid22122023/.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 32.^a ed., San Pablo, Malheiros, 2017.
- BORGES, Jorge L., “Nueva refutación del tiempo”, en *Otras inquisiciones, Obras completas*, vol. 6, Buenos Aires, Sudamericana, 2011.
- , Prólogo a la 1.^a ed. de “Historia universal de la infamia”, en *Cuentos completos* (27/5/1935), Sudamericana, 2016.
- BOSCH, Jorge Tristán, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de poderes*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1945.
- BOVERO, Michelangelo, “Autocracia electiva”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 21, n.º 1, junio de 2023.
- BUNGE, Mario A., *Diccionario de Filosofía*, México, D. F., Siglo Veintiuno Editores, 2001.
- , “El presidencialismo, un verdadero cáncer”, *La Nación*, 21/7/2009.
- CAAMAÑO, Francisco, “Nosotros los pueblos: federalismo y reforma

constitucional”, en AA. VV., *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, ob. cit.

CALAMANDREI, Piero, prefacio a la edición bilingüe de la obra *De los delitos y de las penas*, de C. Beccaria, Madrid, Trotta, 2011.

CAMUS, Albert, “L’Étranger”, en *Oeuvres*, Paris, Gallimard, 2013.

—, *El hombre rebelde*, Buenos Aires, Losada, 2005.

CARPISO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI Editores, 2002.

CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

CASSAGNE, Juan Carlos, “Populismo y Estado populista”, Discurso Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 16/4/2024, inédito, cedido gentilmente por su autor.

—, “Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023”, *La Ley*, T. 2024-A, 10/1/2024, pp. 23-31.

—, *El principalismo y las fuentes de la Constitución Nacional: Singularidad del sistema judicialista argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2023.

CÁTEDRA LIBRE DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO DR. RAÚL ALFONSÍN, *Alfonsín por Alfonsín. Discursos presidenciales ante la Asamblea Legislativa 1983-1989*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2018.

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y POLÍTICOS, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, ocho volúmenes, Buenos Aires, La Ley, 1995.

CLÉRICO, Laura, “El DNU 70/2023 es inconstitucional, nulo y de nulidad absoluta e insanable. No hay dudas en este caso”, ICON•S Argentina, 24/12/2023, disponible en <https://iconsar.github.io/blog/dnus/>.

COLOMBO MURÚA, Ignacio, *La doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Thomson Reuter, 2024.

CONADEP, *Nunca Más: Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas*, Buenos Aires, Eudeba, 1984.

- CYRILLO, Carolina Rolim, “Limites formais, materiais e circunstanciais das emendas constitucionais”, *Três décadas de reforma constitucional: onde e como o Congresso Nacional procurou modificar a Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2018, pp. 222-230.
- , *Quatro ensaios sobre constitucionalismo sul-americano*, Río de Janeiro, Núcleo Interamericano de Derechos humanos, 2024.
- DÍAZ RICCI, Sergio M., *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- DOLABJIAN, Diego A., “La fuerza normativa de la Constitución y el magisterio de Germán J. Bidart Campos”, en *Derecho constitucional profundizado*, Buenos Aires, Ediar, 2017.
- DUHALDE, Eduardo Luis, *El Estado terrorista argentino*, Buenos Aires, El Caballito, 1983.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- , *Tratado de Derecho Constitucional: Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, cinco tomos, Buenos Aires, Depalma, 1993-1999.
- ENGISCH, Karl, *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba (Argentina), Universidad Nacional de Córdoba, 1960.
- ESTRADA, José Manuel, *Curso de Derecho constitucional, federal y administrativo*, Buenos Aires, Sudamericana Billetes de Banco, 1895.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en AA. VV., *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- , *Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada*, Madrid, Trotta, 2022.
- , *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, t. 2: “Teoría de la democracia”, Madrid, Trotta, 2011.
- FERREIRA MENDES, Gilmar, “La fuerza normativa de la Constitución y la sociedad abierta”, Conferencia magna, 20/3/2024, IDP-UBA, texto gentilmente entregado por su autor.

- , “Limitações dos direitos fundamentais”, en GONET BRANCO, Paulo Gustavo y FERREIRA MENDES, Gilmar, *Curso de Direito constitucional*, San Pablo, 2022, Saraiva e Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, pp. 196-262.
- , “O controle de constitucionalidade da reforma constitucional e as ‘cláusulas pétreas’”, en *Curso de Direito constitucional*, Gilmar Ferreira Mendes y Paulo Gustavo Bonet Branco, Saraiva e Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2022, pp. 1273-1275.
- FERREYRA, Leandro Eduardo, “Control legislativo de los decretos delegados y de necesidad y urgencia”, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. E, pp. 948-959.
- FERREYRA, Raúl Gustavo, “1852. Orígenes. Sobre las Bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución federal, en el tiempo”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 10, n.º 19, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2012, pp. 143-228.
- , “1852. Origins. On Bases of Juan Bautista Alberdi and the Federal Constitution of the Argentine Republic, throughout time”, en *Jahrbuch Des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Neue Folge, Band 62, Mohr Siebeck, Tübingen, Alemania, 2014, pp. 618-646.
- , “An Approach to the Legal World. Constitution and Fundamental Rights”, en *Jahrbuch Des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, trad. Mariano Vitetta, Neue Folge, Band 60, Mohr Siebeck, Tübingen, Alemania, 2012, pp. 21-38.
- , “Argentine Constitutional Development. Creation and application of the Federal Constitutional System in Focus”, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Neue Folge, n.º 54, Tübingen, Alemania, 2006, Mohr Siebeck, pp. 713-736.
- , “El Derecho, la razón de la fuerza”, en *Notas sobre Derecho constitucional y garantías*, con prólogo de Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2001, pp. 19-73.
- , “Diálogo sobre la Constitución de 1949. Entrevista a E. Raúl Zaffaroni”, *Revista de Derecho Público*, n.º 11, Presidencia de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, pp. 284-307.

- , “Estado Constitucional argentino modelo 2002: ¿involución hacia la emergencia infinita? (Un relato sobre las relaciones entre la regla de reconocimiento conceptual básica y el orden constitucional)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002-III, pp. 1094-1120.
- , “On Presidentialism. The Problem of the System of Government in Argentina, Brazil, and Colombia”, en *Jahrbuch Des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Alemania. Neue Folge, Band 67, Mohr Siebeck, 2019, Tübingen, pp. 567-600.
- , *Constituição e direitos fundamentais: um enfoque sobre o mundo do direito*, trad. Carolina Cyrillo y David Leal da Silva, Porto Alegre, Linus, 2012.
- , *Malestar en el Estado*, Buenos Aires, Ediar, 2020.
- , *Reforma y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
- FONTEVECCHIA, Jorge, “Pobre patria mía”, *Perfil*, 20/11/2023.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Instituciones suicidas”, *Isegoría*, n.º 9, Madrid, 1994, pp. 64-128.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El DNU y la legitimación procesal excepcional para cuestionarlo judicialmente”, 21/1/2024, *Infobae*, <https://www.infobae.com/opinion/2024/01/21/el-dnu-y-la-legitimacion-procesal-excepcional-para-cuestionarlo-judicialmente/>.
- , “Defensa del sistema democrático y corrupción”, Buenos Aires, Ediar, 2019.
- GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, “Inconstitucionalidad del DNU 70/2023”, *La Ley*, T. 2024-A, pp. 84-93.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada, 1897.
- HÄBERLE, Peter, “Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania”, en *Pensamiento Constitucional*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2000, Año VII.
- , “Un Derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional”, trad. del inglés Leandro Eduardo Ferreyra *et al.*, Buenos Aires, Lecciones y Ensayos, Facultad de

- Derecho, n.º 87, 2009, pp. 17-37.
- , *El Estado constitucional*, México, D. F., UNAM, IIJ, 2003.
- , *Pluralismo y Constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2013.
- , *Sobre el principio de la paz: La cultura de la paz. El tópico de la teoría constitucional universal*, Buenos Aires y México, D. F., con “Consideraciones preliminares” de Diego Valadés, “Presentación” de Raúl Gustavo Ferreyra y “Epílogo” de E. Raúl Zaffaroni, Ediar e IIJ de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2021.
- , *Teoría constitucional sin Derecho natural*, con “Epílogo” de E. Raúl Zaffaroni, “Presentación” de Raúl Gustavo Ferreyra y edición al cuidado de Sebastián Diego Toledo, Buenos Aires, Ediar, 2023.
- , *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000.
- HAMILTON, Alexander, “LXX”, 18/3/1788, en MADISON, James *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- HART, Herbert, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.
- HESSE, Konrad, “Constitución y Derecho constitucional”, en AA. VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 1996.
- , *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1992.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán, O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- IHERING, Rudolf von, *La lucha por el Derecho*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1921.
- JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1991.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Madrid, Gredos, 2010.
- , *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 146.
- KAUFMANN, Arthur, *Teoría de las normas*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020.
- KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, *Revista*

- Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, D. F., Porrúa, 2008.
- , “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, Vol. 55, No. 1 (Nov., 1941).
- , *Teoría pura del Derecho*, 2.^a ed., México, Porrúa, 1993.
- , *Teoría pura del Derecho*, México D. F., Porrúa, 1991.
- KLING, Marc-Uwe, *QualityLand*, Buenos Aires, Tusquets, 2017.
- KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- KUNZ, Ana y CARDINAUX, Nancy, *Investigar en Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.
- LEGÓN, Faustino, “Los constituyentes de 1853”, *Boletín de la Biblioteca del Congreso Nacional*, n.ºs 37-38, Buenos Aires, 1940.
- LEIBNIZ, Gottfried, *Nouveaux Essais sur l’entendement humain*, París, Flammarion, circa 1921.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado*, t. 1, Buenos Aires, Alfa, 1953.
- LINARES, Juan Francisco, “El recurso extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, vol. XXVII, n.ºs 3 y 4, Buenos Aires, 1949, pp. 219-258.
- LINZ, Juan, “Democracia presidencial o parlamentaria: ¿Qué diferencia implica?”, en AA. VV., *La crisis del presidencialismo. 1. Perspectivas comparativas*, Madrid, Alianza, 1997.
- LOCKWOOD, Henry, *The Abolition of the Presidency*, New York, Worthington, 1884.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979.
- LÓPEZ, José Ignacio, “Recorrido judicial del DNU 70/2023 a tres meses de su vigencia”, disponible en <http://legislacionyjurisprudencia.ar/2024/03/29/recorrido-judicial-del-dnu-70-2023-a-tres-meses-de-su-vigencia/>.

- MAIER, Julio B., “El orden jurídico”, en *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- MANILI, Pablo, “Nulidad absoluta e insanable del DNU 70/2023”, *La Ley*. T. 2024-A.
- MARQUARDT, Bernd, *El Estado constitucional en América Latina (1810-2023): Historia constitucional en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Ediar, 2023.
- , *Historia y teoría constitucional comparada*, t. I: “La ciencia y el protoconstitucionalismo”, Bogotá, Ibáñez, 2022.
- MATIENZO, José Nicolás, *El Gobierno representativo federal en la República Argentina*, Madrid, Sociedad Española de Librería, 1917.
- MERKL, Adolf Julius, “Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes”, en *Gessammelte Schriften*, Erster Band: Grundlagen des Rechts. Erster Teilband, Berlín, Duncker & Humblot, 1993.
- , “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (I)”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, 2004, n.º 2.
- , *Teoría general del Derecho administrativo*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018.
- NERCESIAN, Inés, *Presidentes empresarios y Estados capturados: América Latina en el siglo XXI*, Buenos Aires, Teseo, 2020.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1988.
- O’DONNELL, Guillermo, “Democracia delegativa”, en *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Paidós, 1997, pp. 287-304.
- PACE, Alessandro y VARELA, Joaquín, “La rigidez de las Constituciones escritas”, en *Cuadernos y debates*, n.º 58, CEPC, Madrid, 1995.
- PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, “La tradición constitucional iberoamericana. Pasado, presente y futuro”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 17, n.º 2, diciembre 2023, pp. 15-47.

PEIXOTO MAIA, Paulo Savio, “Los derechos fundamentales y el orden objetivo de valores en la teoría de la integración de Rudolf Smend: auge y de una profesión de fe en el Estado”, original cedido cortésmente por su autor.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia: Límites y control*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

PÉREZ VELASCO, Andrés, “La Constitución tiene quien la escriba: Implicancias de la literatura en la definición de los límites al ejercicio del poder”, Buenos Aires, Ediar, 2022.

PLATÓN, *República*, Buenos Aires, Losada, 2007, p. 125 (338 c).

POPPER, Karl, *La responsabilidad de vivir: Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995.

—, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Buenos Aires, Paidós, 1992.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Emendas Constitucionais: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2023.

PROUDHON, Pierre-Joseph, “Que la Présidence, c’est la Monarchie”, en *Melanges. Articles de Journaux (1848-1852)*, Premier Volume, Paris, Librairie Internationale, 1868 [1848].

RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.

RATTO TRABUCCO, Fabio: “La experiencia constitucional del gobierno directorial o colegiado en Uruguay”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 50/51, Universidad de Valencia, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración, 2005, pp. 35-75.

RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, siete volúmenes, Buenos Aires, Peuser, 1939.

ROLLNERT LIERN, Göran, “La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 101, Madrid, CEPC, mayo-agosto 2014.

- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Sobre el Derecho constitucional y sus fundamentos (III). El constitucionalismo de los derechos e interpretación de la Constitución”, *Revista Derechos en Acción*, n.º 14, La Plata, UNLP, verano 2019-2020.
- , “De la Constitución como ordenación a la Constitución como norma: características actuales de la Constitución como norma jurídica”, en *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2020, pp. 39-53.
- ROSATTI, Horacio Daniel, *Tratado de Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2010.
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 80-82 y “On Self Reference and Puzzle in Constitutional Law”, en *Mind*, vol. 78, Issue 309, Oxford University Press, January 1969, pp. 1-24.
- , *Teoría de las fuentes del Derecho: Una contribución a la teoría del Derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- RUSSELL, Bertrand, *Power. A New Social Analysis*, London, Allen & Unwin, 1948.
- SÁENZ, Antonio, *Instituciones elementales sobre el Derecho natural y de gentes. Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en los años 1822-23*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1939.
- SAMPAY, Arturo E., *Las Constituciones de la Argentina 1810-1972*, Buenos Aires, Eudeba, 1975.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957.
- , *Los defectos sociales de la Constitución de 1853*, Buenos Aires, Claridad, 1933.
- SANTIAGO, Alfonso; CASTRO VIDELA, Santiago y VERAMENDI, Enrique, *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, Thomson Reuter, 2019.
- SARLET, Ingo y BRANDAO, Rodrigo, “Da emenda da Constituição”, en AA. VV., *Comentários à Constituição do Brasil*, coord. científica de Gilmar

- Ferreira Mendes *et al.*, San Pablo, Saraiva, 2023, pp. 1190-1202.
- SARMIENTO, Domingo F., *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos de I. J. Rosso, 1929, pp. 27, 57, 100, 192, 197, 199, 203, 225, 285.
- SARTORI, Giovanni, *Homo videns: La sociedad teledirigida*, Buenos Aires, Taurus, 2000.
- SAUSSURE, Ferdinand de, *Escritos sobre lingüística general*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992.
- SCHROEDER, Klaus-Peter, “Gerhard Anschütz (1867-1948)- Lebenslinien eines deutschen Staatsrechtslehrers”, *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg*, 1, 2008, pp. 69-84.
- SERRAFERO, Mario, *Presidencialismo y parlamentarismo en América Latina*, Buenos Aires, Ediar, 2021.
- SLOKAR, Alejandro, “Crueldad estructural: cuando el Estado traiciona a los más vulnerables”, *elDiarioar*, 1/1/2025, disponible en https://www.eldiarioar.com/opinion/crueldad-estructural-traiciona-vulnerables_129_11937541.html.
- TAPARELLI, Luis, en *Ensayo teórico de Derecho natural apoyado en los hechos*, t. I, Madrid, Imprenta de Tejado, 1866.
- VALADÉS, Diego, “¿Qué hacer con la Constitución?”, *Reforma*, 6 de febrero de 2016.
- , “El orden constitucional: reformas y rupturas”, *Revista Latino-Americana de Estudos constitucionais*, n.º 11, 2010, Fortaleza, Brasil, Demócrito Rocha.
- , “Todo cambio es constancia. Apuntes para una reforma constitucional”, en AA. VV., *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, D. F., UNAM, 1998.
- , *El control del poder*, México, UNAM, IIJ, 2000.
- , *El gobierno de gabinete*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2008.
- , *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, D. F., IIJ, UNAM, 2005.

- VATTEL, Emer de, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Diritto Costituzionale comparato*, 5.^a ed., Padova, CEDAM, 1999.
- VICO, Giambattista, *El Derecho Universal*, Barcelona, Anthropos, 2009.
- VON HUMBOLDT, Wilhelm, “Ideas sobre el régimen constitucional del Estado sugeridas por la nueva Constitución francesa”, en *Escritos políticos*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1983.
- , *On Language. The Diversity of Human Language-Structure and Its Influence on The Mental Devepeloment of Mankind*, New York et al., Cambridge University Press, 1988.
- VON MISES, Ludwig, *La mentalidad anticapitalista*, Fundación Bolsa de Comercio de Buenos Aires, 1979.
- VON WRIGHT, George H., “Ser y deber ser”, en AA.VV., *La normatividad del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- WELLS, H. G., *La máquina del tiempo*, Madrid, Cátedra, 2015.
- ZAFFARONI, E. Raúl, “El totalitarismo plutocrático corporativo”, *Página 12*, 12/8/2017.
- ZAFFARONI, E. Raúl; SLOKAR, Alejandro W. y ALAGIA, Alejandro, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Tiempos difíciles para la Constitución: Las confusiones de los constitucionalistas*, Lima, Palestra, 2024.
- ZINN, Howard, *Nadie es neutral en un tren en marcha: Historia personal de nuestro tiempo*, Guipúzcoa, Hiru, 2001.

^[1] Empleo “Escritura fundamental” como sinónimo de “Constitución”, así como también “Regla Altísima”, “Ley Suprema”, “Ley fundamental” y “Ley básica”.

^[2] ZAGREBELSKY, Gustavo, *Tiempos difíciles para la Constitución: Las confusiones de los constitucionalistas*, Lima, Palestra, 2024, p. 30.

^[3] Utilizo los vocablos “ser humano” u “hombre” en alusión a todo ser animado racional, varón, mujer o no binario. Hay una línea determinada y abierta para siempre por el *Preámbulo* de la CFA: “todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”. Asimismo, sigo la traza de la DUDH, que en su art. 1 dispone que “Todos los seres humanos

nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. También, a los efectos de este texto, todo ser humano es persona.

^[4] ZAGREBELSKY, Gustavo, ob. cit., p. 57.

^[5] El actual presidente de la Argentina asumió el 10/12/2023. En contra de la tradición constitucional, no se dirigió a la Asamblea Legislativa integrada por los congresistas. En las escalinatas y de espaldas al Congreso, dijo: “... la victoria en la batalla no depende de la cantidad de soldados, sino de las fuerzas que vienen del cielo”, con cita de 1. Macabeos 3, 19. Seriamente, es el mejor contraejemplo por su inclemente falta de idoneidad, que colisiona con la unión constitucional y fomenta una división de la ciudadanía. El pueblo es un elemento del Estado; sin pueblo o con pueblo dividido, no hay comunidad. Sólo la unión es garantía y fundamento de prosperidad. Antes de la asunción de Javier Milei, Jorge Fontevicchia, en “Pobre patria mía”, anunció su desesperanza sobre la futura gestión presidencial: “... creo que en general las cosas no van a salir bien” (Perfil, 20/11/2023, p. 48). En la vida humana las profecías muchas veces cuando se cumplen constituyen un drama inconcluso”.

^[6] Alejandro W. Slokar ha expresado con acierto que “... darse una Constitución, respetarla y hacerla respetar, resulta un acto de ‘confraternización’. Aunque lamentablemente nada de esto asume el actual proceso de deterioro de las condiciones jurídicas que transita el país”. Ver SLOKAR, Alejandro, “Crueldad estructural: cuando el Estado traiciona a los más vulnerables”, *elDiarioar*, 1/1/2025, disponible en https://www.eldiarioar.com/opinion/crueldad-estructural-traiciona-vulnerables_129_11937541.html.

^[7] Al escribir estos textos siempre tengo presentes los lineamientos de un clásico de la investigación académica, KUNZ, Ana y CARDINAUX, Nancy, *Investigar en Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.

^[8] KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Madrid, Gredos, 2010, p. 12.

^[9] Ver FERREYRA, Raúl Gustavo, “El Derecho, la razón de la fuerza”, en *Notas sobre Derecho constitucional y garantías*, con prólogo de Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2001, pp. 19-73. Hay versión en lengua portuguesa: *Constituição e direitos fundamentais: um enfoque sobre o mundo do direito*, trad. Carolina Cyrillo y David Leal da Silva, Porto Alegre, Linus, 2012. Y otra en inglés: “An Approach to the Legal World. Constitution and Fundamental Rights”, en *Jahrbuch Des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, trad. Mariano Vitetta, Neue Folge, Band 60, Mohr Siebeck, Tübingen, Alemania, 2012, pp. 21-38.

^[10] La autoridad ejecutiva “triunfante” en los comicios para elegir presidente de Argentina (19/11/2023) al poco tiempo de asumir envió al Congreso dos proyectos: “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” y “Ley de Medidas Fiscales Paliativas y Relevantes”. Las leyes 27.742 y 27.743 fueron sancionadas por una mayoría de congresistas y publicadas en el B. O. el 8/7/2024. En sus itinerarios jurídicos, no se observaron reglas mínimas e indispensables que deben presidir inequívocamente la creación de la ley. Sus resultados: mayor poder al presidente, mayores tributos para que paguen los pobres, mayores facilidades para los grandes inversores de capital sin controles, mayores beneficios para los más ricos o para quienes especulan con las finanzas, mayores perjuicios para el empleo público y para quienes trabajan en empleo privado, mayores libertades para los más fuertes y mayores debilidades para los vulnerables, excluidos, postergados o jubilados. Una inconstitucionalidad tan manifiesta que quizá, un día, sea controlada y se le aplique el máximo rigor judicial, aunque ya sea tarde y el daño, irreparable.

[11] CAMUS, Albert, *El hombre rebelde*, Buenos Aires, Losada, 2005, p. 19.

[12] KANT, Immanuel, ob. cit., p. 78.

[13] ZAGREBELSKY, Gustavo, ob. cit., p. 78.

[14] El primero posee como fecha de corte el 21/9/2023; el segundo, el 9/7/2023; el tercero, el 20/3/2024; el cuarto, el 27/5/2024; y el quinto, el 9/4/2024.

[15] ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James A., *Por qué fracasan los países: Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, Buenos Aires, Booket, 2024, p. 110.

[16] Gerhard Anschütz plantó esa idea en marzo de 1933. Ver Klaus-Peter Schroeder, “Gerhard Anschütz (1867-1948)- Lebenslinien eines deutschen Staatsrechtslehrers”, *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg*, 1, 2008, pp. 69-84.

[17] La influencia determinante de Juan Bautista Alberdi en la Argentina ha sido analizada críticamente en Ferreyra, Raúl Gustavo, “1852. Orígenes. Sobre las Bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución federal, en el tiempo”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 10, n.º 19, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2012, pp. 143-228. También en inglés: “1852. Origins. On Bases of Juan Bautista Alberdi and the Federal Constitution of the Argentine Republic, throughout time”, en *Jahrbuch Des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Neue Folge, Band 62, Mohr Siebeck, Tübingen, Alemania, 2014, pp. 618-646.

[18] Sus palabras han sido: “Mi filosofía anarcocapitalista implicaría la eliminación del Estado. [...] todo lo que yo pueda hacer para quitar la interferencia del Estado, lo voy a hacer [...] Yo detesto el Estado [...] En mi caso, el desprecio por el Estado es infinito [...] O sea, yo soy el topo dentro del Estado. O sea, yo creo que el Estado es malo”. Entrevista con el presidente de Argentina en *The Economist*, 29/11/2024.

[19] HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 40-65.

[20] FERREYRA, Raúl Gustavo, “Argentine Constitutional Development. Creation and application of the Federal Constitutional System in Focus”, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Neue Folge, n.º 54, Tübingen, Alemania, 2006, Mohr Siebeck, pp. 713-736.

[21] ZAFFARONI, E. Raúl; SLOKAR, Alejandro W. y ALAGIA, Alejandro, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 642.

[22] BORGES, Jorge Luis, Prólogo a la 1.ª ed. de “Historia universal de la infamia”, en *Cuentos completos* (27/5/1935), Sudamericana, 2016, p. 9.

[23] PIGLIA, Ricardo, *La forma inicial. Conversaciones en Princeton*, Buenos Aires, Eterna Cadencia, 2015, p. 10.

[24] Probablemente, una primera aproximación en la doctrina sobre la justicia social haya sido puntualizada por TAPARELLI, Luis, en *Ensayo teórico de Derecho natural apoyado en los hechos*, t. I, Madrid, Imprenta de Tejado, 1866, pp. 176-190. Desde la comprensión normativa, resulta indispensable mencionar la regla contenida en el art. 193 de la CRFB 1988: “*A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a ‘justiça sociais’*”. Tal como expreso más adelante, hay ocasiones en las que la fuerza normativa que emana de una regla constituyente, radicada en su pureza y claridad, es susceptible de poseer por derecho propio una calidad eminente muy difícil de superar por la doctrina o la teoría. Así, el objetivo de la justicia social, de acuerdo a la normatividad brasileña inalterada desde 1988, resulta una de las reglas señeras del constitucionalismo en América del Sud.

[25] BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Buenos Aires, Planeta-Agostini, 1994, p. 14.

[26] Para Ferdinand de Saussure el lenguaje es un fenómeno, un ejercicio de una facultad que está en el hombre. La lengua, por su parte, es el conjunto de formas concordantes que toma este fenómeno en una colectividad de individuos y en una época determinada. V. SAUSSURE, Ferdinand de, *Escritos sobre lingüística general*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 119. Asimismo, al utilizar en este escrito el término “lengua”, sigo la tesis de Diego Valadés expuesta en su obra *La lengua del derecho y el derecho de la lengua* (México, D. F., IIJ, UNAM, 2005), motivo por el cual el lector podrá rápidamente apreciar que aquí escribo sobre la “lengua de la Constitución” del tipo de Estado democrático integrado por ciudadanos iguales en su libertad, que promueven y sostienen una paz comunitaria duradera.

[27] Hans Kelsen expresó que sólo un orden jurídico podría asegurar la paz social con una relativa base de permanencia a sus ciudadanos. V. KELSEN, Hans, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, Vol. 55, No. 1 (Nov., 1941), p. 49.

[28] Dicha ideación fue expuesta originalmente por Benito Aláez Corral, en su disertación “Reforma constitucional y concepto de Constitución”, Webinar organizado por la Universidad de Buenos, Facultad de Derecho y la Universidad de Oviedo, 13/4/2021, disponible en www.youtube.com/watch?v=ow5RgHgcmrA.

[29] WELLS, H. G., *La máquina del tiempo*, Madrid, Cátedra, 2015.

[30] V. POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Buenos Aires, Paidós, 1992, p. 76.

[31] CALAMANDREI, Piero, prefacio a la edición bilingüe de la obra *De los delitos y de las penas*, de C. Beccaria, Madrid, Trotta, 2011, p. 65.

[32] HÄBERLE, Peter, “Un Derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional”, trad. del inglés Leandro Eduardo Ferreyra *et al.*, Buenos Aires, Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho, n.º 87, 2009, pp. 17-37.

[33] Peter Häberle planteó en 1974 que la teoría constitucional debe mostrar dónde y cómo los intereses racionales se hallan incorporados en las instituciones constitucionales. Concretamente, qué “razón constitucional” está institucionalizada y dónde está incluida la posibilidad de desarrollar una razón opuesta sobre todo el proceso de gobierno de una comunidad. V. *Teoría constitucional sin Derecho natural*, con “Epílogo” de E. Raúl Zaffaroni, “Presentación” de Raúl Gustavo Ferreyra y edición al cuidado de Sebastián Diego Toledo, Buenos Aires, Ediar, 2023, pp. 32-34.

[34] Ver CYRILLO, Carolina, *Quatro ensaios sobre constitucionalismo sul-americano*, Río de Janeiro, Núcleo Interamericano de Derechos humanos, 2024. También, MARQUARDT, Bernd, *El Estado constitucional en América Latina (1810-2023): Historia constitucional en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Ediar, 2023, pp. 689-690; PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, “La tradición constitucional iberoamericana. Pasado, presente y futuro”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 17, n.º 2, diciembre 2023, pp. 15-47; por último, AA. VV., *Garantismo*, coord. Enrique Javier Morales, Buenos Aires, Ediar, 2022.

[35] Todos los textos constitucionales son leyes en el tiempo que establecen y fomentan un determinado estado de cosas. La Ley fundamental de la Argentina posee precisamente en la dimensión de su “temporalidad”, acaso “eterna”, uno de sus rasgos más detallados. Así, la bibliografía sobre su desarrollo resulta enorme. Señalo de manera indiciaria las siguientes fuentes: BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho constitucional argentino*, tres tomos, Buenos Aires, Ediar, 1996; RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, siete volúmenes, Buenos Aires, Peuser, 1939; SAMPAY, Arturo E., *Las Constituciones de la Argentina 1810-1972*, Buenos Aires, Eudeba, 1975; GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada, 1897; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel,

Tratado de Derecho Constitucional: Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina, cinco tomos, Buenos Aires, Depalma, 1993-1999; Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, ocho volúmenes, Buenos Aires, La Ley, 1995.

[36] Sobre la CRFB 1988, resulta literatura fundamental *Comentários à Constituição do Brasil*, 3.^a ed. revisada, actualizada y publicada en el invierno de 2023 en una coedición de la Editorial Saraiva, Almedina y el Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). En su texto se aborda la descripción y la evaluación de todas las piezas de la Ley fundamental brasileña. Una contribución de más de 150 autores que abarca más de 2600 páginas. Allí se pueden encontrar, también, las referencias bibliográficas y jurisprudenciales sobre 35 años de desarrollo constitucional. Una obra notable que cuenta con la coordinación científica de Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck y J. J. Gomes Canotilho.

[37] Sobre “anticonstitucionalismo y constitucionalismo”, ver ROSATTI, Horacio Daniel, *Tratado de Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2010, pp. 57-63.

[38] FERRAJOLI, Luigi, *Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada*, 2.^a ed., Madrid, Trotta, 2023. El originalísimo y admirable “Esbozo” de 100 artículos propuestos para la discusión pública y mundial se encuentra en las pp. 127-178.

[39] VATTEL, Emer de, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758, p. 31. Bernd Marquardt señala que el “matrimonio” entre las ideas de Estado y Constitución, en sentido moderno, ocurrió, en el plano de la doctrina, con la publicación del libro de Johann J. Moser, *Compendium Juris Publici Moderni Regni Germanici. Oder Grundriß der heutigen Staats-Verfassung des Teutschen Reichs*, Tübingen, 1731. MARQUARDT, Bernd, *Historia y teoría constitucional comparada*, t. I: “La ciencia y el protoconstitucionalismo”, Bogotá, Ibáñez, 2022, pp. 13-14.

[40] V. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, D. F., UNAM, IIJ, 2003, p. 14.

[41] La Argentina, a partir de la enmienda constitucional de 1994, adoptó el paradigma de equivalencia para unas fuentes decididas y determinadas en el art. 75, inc. 22, de su Constitución federal. Allí se preceptúa lo siguiente: “Corresponde al Congreso [...]: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. El DIDH

ordenado en ese artículo no forma parte de la Constitución; tiene equivalente jerarquía en las condiciones allí prescritas. Por dicha razón, hay reglas de raíz y jerarquía constituyente y reglas de jerarquía constitucional; un juego de reglas que constituye una conglobación y da lugar a un verdadero sistema de la Ley fundamental. Asimismo, el compromiso constituyente establecido en el art. 75, inc. 22, determina la existencia de un interesante margen de apreciación para la autoridad estatal. Cabe destacar que desde el 22/8/1994 hasta el 21/9/2023 el Congreso federal otorgó, además, jerarquía constitucional, en los términos del artículo citado, a otros cuatro instrumentos del DIDH: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (OEA); Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ONU); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU) y Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de Personas Mayores (OEA).

[42] El brasileño es un modelo diferente de conexión con el DIDH. En la CRFB 1988 se dispuso, originariamente, en el art. 5, LXXVII, § 2º: “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”. Posteriormente, en el 2004, por intermedio de la Enmienda constitucional 45, se introdujo el siguiente texto como art. 5, LXXVIII, § 3º: “Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fuesen aprobados en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por las tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”. El Congreso federal de Brasil, desde el 2004, en el marco de lo ordenado por el art. 5, LXXVIII, 3º, ha dictado varios “actos internacionales equivalentes a enmienda constitucional”. Así, han ingresado a dicho mecanismo de equivalencia: la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo (2008); el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, celebrado en el ámbito de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2015), y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia (2021).

[43] BUNGE, Mario A., *Diccionario de Filosofía*, México, D. F., Siglo Veintiuno Editores, 2001, p. 118.

[44] V. BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 92.

[45] ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de la ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 103.

[46] Sobre la supremacía normativa de la Constitución, el texto jurídico con mayor antigüedad y aún en vigor reside en la determinación establecida en el art. VI, Sección 2 de la Constitución de EE. UU. de 1787.

[47] Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, del latín *summus*.

[48] Ross, Alf, *Teoría de las fuentes del Derecho: Una contribución a la teoría del Derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, p. 421. Por su parte, Diego Valadés entiende que un sistema normativo debe contar con una base identificable, razonable, inteligible, válida y positiva, a la que se suele apodar “norma fundamental”. Esa norma básica es la Constitución, cuya fuente de validez está en la voluntad soberana de la comunidad de ciudadanos que la adopta, y que a su vez esa voluntad resulta del pacto representado por la decisión de vivir

asociados. En suma, una “decisión racional colectiva”. V. VALADÉS, Diego, “El orden constitucional: reformas y rupturas”, *Revista Latino-Americana de Estudos constitucionais*, n.º 11, 2010, Fortaleza, Brasil, Demócrito Rocha, pp. 48-49.

[49] Para H. L. A. Hart, la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias (reconocimiento, cambio y adjudicación) es apta para poner en evidencia la médula de un sistema jurídico estatal, pero no el “todo”. La regla de reconocimiento (secundaria) ocupa un papel protagónico en la teoría jurídica de Hart; es la que sirve para “identificar” qué normas formarían parte o no del sistema jurídico estatal. V. HART, Herbert, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, pp. 118, 121, 123, 127, 135 y ss.

[50] BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1997, p. 177.

[51] FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en AA. VV., *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 11.

[52] BUNGE, Mario A., *Diccionario de Filosofía*, ob. cit., pp. 196-200.

[53] V. FERREYRA, Raúl Gustavo, “On Presidentialism. The Problem of the System of Government in Argentina, Brazil, and Colombia”, en *Jahrbuch Des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Alemania. Neue Folge, Band 67, Mohr Siebeck, 2019, Tübingen, pp. 567-600.

[54] O’DONNELL, Guillermo, “Democracia delegativa”, en *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Paidós, 1997, pp. 287-304.

[55] Ver FERREIRA MENDES, Gilmar, “Limitações dos direitos fundamentais”, en Gonet Branco, Paulo Gustavo y Ferreira Mendes, Gilmar, *Curso de Direito constitucional*, San Pablo, 2022, Saraiva e IDP, pp. 196-262. También, Peixoto Maia, Paulo Savio, “Los derechos fundamentales y el orden objetivo de valores en la teoría de la integración de Rudolf Smend: auge y de una profesión de fe en el Estado”, original cedido cortésmente por su autor.

[56] V. POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, ob. cit., p. 195.

[57] VON HUMBOLDT, Wilhelm, *On Language. The Diversity of Human Language-Structure and Its Influence on The Mental Development of Mankind*, New York et al., Cambridge University Press, 1988, p. 91.

[58] HÄBERLE, Peter, *Sobre el principio de la paz: La cultura de la paz. El tópico de la teoría constitucional universal*, Buenos Aires y México, D. F., con “Consideraciones preliminares” de Diego Valadés, “Presentación” de Raúl Gustavo Ferreyra y “Epílogo” de E. Raúl Zaffaroni, Ediar e IIJ de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2021, p. 273.

[59] Para Peter Häberle, la interpretación de la Constitución como proceso público significa, en parte, “programa” y, en parte, también “realidad” y “actualidad” de los realizadores de toda sociedad abierta, con independencia del hecho de que dispongan o no de jurisdicción constitucional. V. HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 102. Las ideas de los maestros como Häberle muestran una senda y, al mismo tiempo, autorizan un desarrollo, acaso, en la búsqueda de una bifurcación que acreciente sus potencialidades. Desde esa comprensión del proceso público instituido por la Constitución como “programa”, sus regulaciones deberían abarcar, al menos, los procesos públicos propiamente indicados en el cuerpo principal.

[60] Juan Carlos Cassagne sostiene que los “principios son universales” y guardan estrecha relación con la ley natural. Cita como ejemplos la defensa de la vida, la dignidad de la persona, la justicia, la libertad interior y exterior, la buena fe, la razonabilidad, la tutela judicial efectiva. V. CASSAGNE, Juan Carlos, *El principialismo y las fuentes de la Constitución Nacional: Singularidad del sistema judicialista argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2023, pp. 41-42.

[61] V. RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 148.

[62] KAUFMANN, Arthur, *Teoría de las normas*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020, p. 130.

[63] MERKL, Adolf Julius, “Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes”, *Gesammelte Schriften*, Erster Band: Grundlagen des Rechts. Erster Teilband, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, pp. 227-252.

[64] VICO, Giambattista, *El Derecho Universal*, Barcelona, Anthropos, 2009, p. 56.

[65] LEIBNIZ, Gottfried, *Nouveaux Essais sur l’entendement humain*, París, Flammarion, circa 1921, p. 70 (“Nada hay en el intelecto que no haya estado en los sentidos; excepto, el mismo intelecto”).

[66] V. REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Sobre el Derecho constitucional y sus fundamentos (III). El constitucionalismo de los derechos e interpretación de la Constitución”, *Revista Derechos en Acción*, n.º 14, La Plata, UNLP, verano 2019-2020.

[67] BORGES, Jorge L., “Nueva refutación del tiempo”, en *Otras inquisiciones, Obras completas*, vol. 6, Buenos Aires, Sudamericana, 2011, p. 220.

[68] ALCHOURRÓN, Carlos, “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEPC, 1991, p. 301. La teoría del cambio constitucional es la teoría de la reforma constitucional.

[69] HÄBERLE, Peter, “Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania”, en *Pensamiento Constitucional*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2000, Año VII, p. 17.

[70] ROLLNERT LIERN, Göran, “La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 101, Madrid, CEPC, mayo-agosto 2014, p. 152.

[71] Ignacio Villaverde Menéndez, en su contribución “Reformar interpretando la jurisdicción constitucional”, afirma que, si la jurisdicción constitucional muta la Constitución con su interpretación, se transforma en una “jurisdicción constituyente” al exceder su función y sus competencias en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho. Así, los jueces infringirían por sí mismos la Constitución que han sido convocados sólo a interpretar. V. AA. VV., *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, coord. Benito Aláez Corral, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo y CEPC, 2020, p. 455.

[72] VALADÉS, Diego, “Todo cambio es constancia. Apuntes para una reforma constitucional”, en AA. VV., *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, D. F., UNAM, 1998, p. 557.

[73] PACE, Alessandro y VARELA, Joaquín, “La rigidez de las Constituciones escritas”, en *Cuadernos y debates*, n.º 58, CEPC, Madrid, 1995.

[74] FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, t. 2: “Teoría de la democracia”, Madrid, Trotta, 2011, p. 17.

[75] Sobre la reforma de la CFA se puede consultar BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994*, t. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995; FERREYRA, Raúl Gustavo, *Reforma y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2007 y SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957.

[76] Sobre el proceso de enmienda de la Constitución en Brasil se puede consultar BONAVIDES,

Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 32.^a ed., San Pablo, Malheiros, 2017, pp. 201-228; SARLET, Ingo y BRANDAO, Rodrigo, “Da emenda da Constituição”, AA. VV., *Comentários à Constituição do Brasil*, coord. científica de Gilmar Ferreira Mendes *et al.*, San Pablo, Saraiva, 2023, pp. 1190-1202; CYRILLO, Carolina Rolim, “Limites formais, materiais e circunstanciais das emendas constitucionais”, *Três décadas de reforma constitucional: onde e como o Congresso Nacional procurou modificar a Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2018, pp. 222-230. Las cláusulas pétreas fijadas en el art. 60, 4, de la CRFB 1988 son un paradigma sobre la irreformabilidad en el constitucionalismo. Acerca de tales reglas, verdaderas cláusulas de garantía, Gilmar Ferreira Mendes entiende que encierran un esfuerzo del poder constituyente originario para asegurar la integridad de la Constitución y que obstan, por tanto, a que eventuales reformas pudiesen provocar la destrucción, el enflaquecimiento o la mudanza de su identidad. Ver FERREIRA MENDES, Gilmar, “O controle de constitucionalidade da reforma constitucional e as ‘cláusulas pétreas’”, en *Curso de Direito constitucional*, Gilmar Ferreira Mendes y Paulo Gustavo Bonet Branco, Saraiva e IDP, 2022, pp. 1273-1275.

^[77] Presidência da República. Emendas Constitucionais: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm. La CFRB 1988, en el art. 3 de sus *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, contempló con originalidad manifiesta: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”. En aplicación de esa regla, en 1994 se concretaron seis *Emendas Constitucionais de Revisão*: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/ECR/quadro_ecr.htm. Por lo tanto, al 21/9/2023 sobre la CRFB 1988 se han realizado 129 enmiendas, cuyo marco de adecuación se sostiene en el art. 60, y 6 enmiendas de “revisión”.

^[78] Benito Aláez Corral ha puesto de manifiesto que “... para las concepciones formales el poder de reforma constitucional es el único y verdadero poder constituyente jurídicamente hablando y, por tanto, puede hacer cambios en la Constitución, pero también cambiar de Constitución, sustituyéndola, reemplazándola e incluso derogándola, estando sometido a límites materiales sólo sí y en los términos que el propio texto constitucional positivo lo haya previsto”. En AA. VV., *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, ob. cit., p. 38.

^[79] V. DÍAZ RICCI, Sergio M., *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 558-713; LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, pp. 188-205; SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 116-134; VERGOTTINI, Giuseppe de, *Diritto Costituzionale comparato*, 5.^a ed., Padova, CEDAM, 1999, pp. 206-224.

^[80] ALÁEZ CORRAL, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Madrid, CEPC, 2000, p. 167.

^[81] POPPER, Karl, *La responsabilidad de vivir: Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 190.

^[82] Una pieza de esta naturaleza jurídica se ofrece en el art. 15 de la CFA, según texto de 1853, actualmente en vigor: “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”.

^[83] ENGISCH, Karl, *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba (Argentina), Universidad Nacional de Córdoba, 1960, p. 15.

[84] V. ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 80-82 y “On Self Reference and Puzzle in Constitutional Law”, en *Mind*, vol. 78, Issue 309, Oxford University Press, January 1969, pp. 1-24.

[85] VALADÉS, Diego, “¿Qué hacer con la Constitución?”, *Reforma*, 6 de febrero de 2016.

[86] CAMUS, Albert, “L’Étranger”, en *Oeuvres*, Paris, Gallimard, 2013 [“Hoy ha muerto mamá”].

[87] En 1872, R. Von Ihering lo estableció en forma determinante: “[L]a paz es el término del Derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo”. IHERING, Rudolf von, *La lucha por el Derecho*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1921, p. 2. E. Raúl Zaffaroni ha dicho: “[E]l Derecho siempre es lucha y es político y, si bien la paz no se gana con guerras, no es menos cierto que se gana con luchas, que no tienen por qué ser violentas, sino también jurídicas, como la denuncia, pues nuestra herramienta es el discurso, al que todas las dictaduras temen y por eso la reprimen”. ZAFFARONI, E. Raúl, “El totalitarismo plutocrático corporativo”, *Página 12*, 12/8/2017, p. 40.

[88] Sobre los avatares que plantea la era digital, con particular inclinación a la situación en Europa, ver las contribuciones de BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *La Constitución del algoritmo*, 2.ª ed., Zaragoza, Fundación M. Giménez Abad, 2023, y de PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2023.

[89] El escritor Marc-Uwe Kling ha imaginado, en 2017, una “comunidad” muy especial: QualityLand. Un país optimizado y gobernado por la IA. El lema comunitario es que las máquinas no cometen errores. En el “futuro”, todos los problemas serían resueltos por la tecnología. Incluso, un androide, “John of Us”, ha sido creado para gobernar. Esta ideación, que supera otras ficciones del siglo XX, deja entrever que la humanidad se abandonaría a una invención que la supera en sus fuerzas y habilidades. KLING, Marc-Uwe, *QualityLand*, Buenos Aires, Tusquets, 2017.

[90] V. FERRAJOLI, Luigi, *Por una Constitución de la Tierra...*, ob. cit.

[91] BIDART CAMPOS, Germán, *La Constitución que dura. 1853-2003. 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 22.

[92] BOBBIO, Norberto, *Autobiografía*, Taurus, Madrid, 1998, p. 281.

[93] JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1991, p. 15.

[94] Francisco Caamaño, en su contribución “Nosotros los pueblos: federalismo y reforma constitucional”, sostiene lo siguiente: “... si como consecuencia de una reforma constitucional desaparece el fundamento democrático, el respeto a los derechos fundamentales o la división de los poderes, con independencia de su *nomen iuris*, el producto normativo resultante ya no será, jurídicamente, una Constitución, porque se habría vulnerado el principio constitucional de reforma congruente”. V. AA. VV., *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, ob. cit., pp. 328-329.

[95] ESTRADA, José Manuel, *Curso de Derecho constitucional, federal y administrativo*, Buenos Aires, Sudamericana Billetes de Banco, 1895, p. 5.

[96] ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la lei que preside al desarrollo de la civilización en la América del Sud y del Tratado Litoral del 4 de enero de 1831*, 2.ª edición, corregida, aumentada de muchos párrafos y un proyecto de Constitución, concebidos según las bases propuestas por el autor, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, Santos Tornero y Cía., 1852, pp. 229-258.

[97] SÁENZ, Antonio, *Instituciones elementales sobre el Derecho natural y de gentes. Curso*

dictado en la Universidad de Buenos Aires en los años 1822-23, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1939, p. 84.

[98] SARMIENTO, Domingo F., *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos de I. J. Rosso, 1929, pp. 27, 57, 100, 192, 197, 199, 203, 225, 285.

[99] ALBERDI, Juan Bautista, “Estudios sobre la Constitución argentina de 1853...”, en *Organización de la Confederación Argentina*, t. I, El Ateneo, 1913, p. 593, nota al pie.

[100] RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, t. VI. 2.^a parte, Buenos Aires, Peuser, 1939, pp. 801-802.

[101] Sobre la “democracia *delegativa*”, remito a § VIII.

[102] Remito al quinto escrito de este libro.

[103] Publicada en el B. O. el 26/3/1912. Se dispuso en su art. 1: “Son electores nacionales los ciudadanos nativos y los naturalizados desde los diez y ocho años cumplidos de edad, siempre que estén inscriptos unos y otros en el padrón electoral”. Más adelante, en el art. 5 se prescribió: “El sufragio es individual, y ninguna autoridad, ni persona, ni corporación, ni partido o agrupación política puede obligar al elector a votar en grupos, de cualquier naturaleza o denominación que sea”. Regiamente también prescribió la naturaleza secreta del sufragio y el deber de “votar” de todo elector en cuantas elecciones nacionales fueran convocadas en su distrito.

[104] EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 63.

[105] V. AA. VV., *Constitución de 1949. Vigencia de sus principios básicos y consecuencias de su derogación*, Buenos Aires, Cámara de Diputados de la Nación, 2015.

[106] “Diálogo sobre la Constitución de 1949. Entrevista a E. Raúl Zaffaroni”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 11, Presidencia de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, pp. 284-307.

[107] Sobre la “definición constituyente” de “justicia social” se puede consultar el “Informe del Despacho de la Mayoría de la Comisión Revisora cumplido por Arturo Enrique Sampay”, en SAMPAY, Arturo E., *Las Constituciones de la Argentina 1810-1972*, Buenos Aires, Eudeba, 1975, pp. 486-518.

[108] Debo añadir que en el art. 99 del texto constitucional de 1853 se hizo referencia al “Derecho de gentes”. Esa regla se mantiene en vigor con su redacción originaria casi inalterada en el actual art. 118 de la CFA. Evidentemente, en el momento de la sanción de la Escritura fundamental, a mediados del siglo xix, la fuente por excelencia del “Derecho de gentes” era básicamente de naturaleza consuetudinaria. Esa referencia constituyente ratifica la afirmación sobre el rechazo de la costumbre *contra legem* como fuente del Derecho constitucional en la Argentina. Por su parte, “la moral pública” fue ilustrada en el art. 19, también originario en el texto de 1853. Los principios contenidos en el art. 19 se han mantenido casi sin reformas desde su génesis. No puede concebirse una “moral pública” contra la Constitución, motivo por el cual debe ser comprendida como el estado de cosas que involucra la firme convicción de realizar el programa constitucional para la ordenación comunitaria. Esa “moral pública” atizada por el art. 19 se enmarca en el desarrollo y la profundización integral de todos los enunciados de Derecho de la Constitución.

[109] En 1953, Segundo V. Linares Quintana adoptó un criterio semejante al aquí expuesto sobre la prohibición de la costumbre *contra legem* en su *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado*, t. 1, Buenos Aires, Alfa, pp. 477 y 478.

[110] BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1959, p. 11.

[111] GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, ángel Estrada, 1897, p. 86.

[112] V. MAIER, Julio B., “El orden jurídico”, en *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. 1, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 35.

[113] CSJN, *Fallos*, 1:17, *in re* “Miguel Otero c/José Nadal”.

[114] CSJN, *Fallos*, 112:384, *in re* “Rey, Celestino M. c/Rocha, Alfredo y otro”.

[115] CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 283-299. V., también, en bibliografía inabarcable, por ejemplo: LINARES, Juan Francisco, “El recurso extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, vol. XXVII, n.ºs 3 y 4, Buenos Aires, 1949, pp. 219-258.

[116] ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina...*, ob. cit., p. 256.

[117] Hay ciertas cuestiones que no se encuentran redactadas en la CFA, porque no todo es previsible por el hombre. En este tipo de situaciones, que no superan la decena, los jueces de la CSJN podrían superar la “laguna” del Derecho constitucional por intermedio de una sentencia que se pronuncie, siempre, por unanimidad. Contrariamente, además, compútese que hay en el pasado argentino sentencias de la CSJN que no colman lagunas, sino que vacían el texto constitucional, le quitan su contenido, arremeten contra su texto y llevan adelante una contrarreforma prohibida por la Escritura fundamental. Pruebas al canto de esto último: la sentencia del 19/8/1999, en la que una mayoría de jueces en la causa “Fayt” (*Fallos*, 322: 1616) fulminó de nulidad una materia constitucional reformada en 1994 en desmedro de la decisión ciudadana de cambiar la letra de la Escritura fundamental.

[118] LEGÓN, Faustino, “Los constituyentes de 1853”, *Boletín de la Biblioteca del Congreso Nacional*, n.os 37-38, Buenos Aires, 1940, p. 1166.

[119] El 10 de diciembre de 1983 constituye un momento histórico en la memoria colectiva de la ciudadanía argentina. Ese día el presidente Raúl Ricardo Alfonsín dijo: “Vamos a establecer definitivamente en la Argentina la democracia que los argentinos queremos [...] en el marco bien definido, pero históricamente flexible de nuestra Constitución [...] Vamos a vivir en libertad...”; Cátedra Libre Democracia y Estado de Derecho Dr. Raúl Alfonsín, *Alfonsín por Alfonsín. Discursos presidenciales ante la Asamblea Legislativa 1983-1989*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2018, pp. 31-32.

[120] DUHALDE, Eduardo Luis, *El Estado terrorista argentino*, Buenos Aires, El Caballito, 1983, pp. 26-33 y 54-87.

[121] *Nunca Más* se titula el *Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas*, publicado en 1984, en Buenos Aires, por la editorial Eudeba.

[122] BIDART CAMPOS, Germán, *Para vivir la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1984, p. 55.

[123] VER FERREYRA, Raúl Gustavo, *Malestar en el Estado*, Buenos Aires, Ediar, 2020, pp. 23-74.

[124] KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 146.

[125] En 1974, la CSJN resolvió que el objetivo preeminente, según determina el Preámbulo, es lograr el “bienestar general”: “la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de ellos

participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización”. V. *in re* “Bercaitz”, CSJN, *Fallos*, 289:430, suscrito por Arturo E. Sampay *et al.*

[126] NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 422.

[127] ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, en *Organización política y económica de la Confederación Argentina*, Besanzón, Imprenta de José Jacquin, 1856, p. 158.

[128] MERKL, Adolf Julius, “Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes”, en *Gessammelte Schriften*, Erster Band: Grundlagen des Rechts. Erster Teilband, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, pp. 227-252.

[129] BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1964, p. 141.

[130] SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Los defectos sociales de la Constitución de 1853*, Buenos Aires, Claridad, 1933, p. 31.

[131] MATIENZO, José Nicolás, *El Gobierno representativo federal en la República Argentina*, Madrid, Sociedad Española de Librería, 1917, p. 86.

[132] ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina...*, ob. cit., p. 23.

[133] O'DONNELL, Guillermo, “Democracia delegativa”, en *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Paidós, 1997, pp. 287-304.

[134] “Artículo 29. El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

[135] “Artículo 36. Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas”.

[136] V. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México D. F., UNAM, III, 2003, p. 14.

[137] VON WRIGHT, George H., “Ser y deber ser”, en AA. VV., *La normatividad del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 99.

[138] MERKL, Adolf, “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (I)”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, 2004, n.º 2, pp. 235-236 y 244.

[139] GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, en “Defensa del sistema democrático y corrupción”, Buenos Aires, Ediar, 2019, entiende que en la primera parte del art. 36 de la CFA se ha consolidado jurídicamente la fuerza normativa de la Constitución cuando su vigor fuese interrumpido en los supuestos normativos del artículo citado.

[140] REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “De la Constitución como ordenación a la Constitución como norma: características actuales de la Constitución como norma jurídica”, en *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2020, pp. 39-53.

[141] V. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed., México, Porrúa, 1993, p. 23.

[142] *Ibíd.*, p. 24.

[143] *Ibíd.*, p. 25.

[144] “El pueblo francés deposita la presente Constitución en la fidelidad del Cuerpo legislativo, del Directorio ejecutivo, de los administradores y jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, al afecto de los jóvenes ciudadanos, al coraje de todos los franceses”.

[145] HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1992, p. 58.

[146] *Ibíd.*, p. 59.

[147] VON HUMBOLDT, Wilhelm, “Ideas sobre el régimen constitucional del Estado sugeridas por la nueva Constitución francesa”, en *Escritos políticos*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 78.

[148] HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho constitucional*, ob. cit., p. 65.

[149] *Ibíd.*, pp. 65-66.

[150] BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 20. Sobre ese aspecto de la obra e influencia del maestro, ver, en especial, DOLABJIAN, Diego A., “La fuerza normativa de la Constitución y el magisterio de Germán J. Bidart Campos”, en *Derecho constitucional profundizado*, Buenos Aires, Ediar, 2017, pp. 113-120 y 166-199.

[151] BIDART CAMPOS, Germán J., “Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho constitucional y el Derecho internacional”, en *La Constitución que dura. 1853-2003 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 90-98.

[152] “Art. 1. La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

”I - la soberanía;

”II - la ciudadanía;

”III - la dignidad de la persona humana;

”IV - los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa;

”V - el pluralismo político.

”Parágrafo único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos directamente, en los términos de esta Constitución”.

[153] Hay “un texto constitucional en sentido general” escrito por I. Kant: “Todo hombre tiene un legítimo derecho al respeto de sus semejantes y también él está obligado a lo mismo, recíprocamente, con respecto a cada uno de ellos. La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas”. KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 335. Todas las ideas sobre la dignidad encuentran en el filósofo alemán las palabras generadoras.

[154] VON MISES, Ludwig, *La mentalidad anticapitalista*, Fundación Bolsa de Comercio de Buenos Aires, 1979, pp. 149 y 151.

[155] En el art. 99, inc. 3, de la CFA se dispone que el presidente tiene las siguientes

atribuciones: “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

^[156] Las prestaciones para cubrir las contingencias asociadas a la vejez, con las respectivas jubilaciones y pensiones, constituye uno de los principales e irrenunciables compromisos que debe cubrir el Estado. En el presupuesto se deben contemplar las partidas para cubrir ineludiblemente esta erogación del Estado que, en la actualidad, en la Argentina alcanza a más de 7.000.000 de personas. En escándalo de la división de poderes, el presidente, junto a su jefe de gabinete y sus ministros, por medio de dos DNU “con rango legal” (nº 70 del 20/12/2023 y nº 274 del 22/3/2024, respectivamente), ha recortado drásticamente los haberes jubilatorios. Se trata de una demolición de la equidad, la solidaridad, la prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo y de calidad de vida e igualdad de oportunidades asegurados por la Constitución federal de la República (arts. 14 bis y 75, incs. 2 y 8). Así, la existencia para todos los jubilados y pensionados se convierte, injustamente, en indigna por acto del “príncipe”. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido, por mayoría, que “el texto de la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”, *Fallos*, CSJN: 333:633, *in re* “Consumidores Argentinos”, 19/5/2010. Ver, también, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El DNU y la legitimación procesal excepcional para cuestionarlo judicialmente”, 21/1/2024, *Infobae*, <https://www.infobae.com/opinion/2024/01/21/el-dnu-y-la-legitimacion-procesal-excepcional-para-cuestionarlo-judicialmente>.

^[157] KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México D. F, Porrúa, 1991, p. 274.

^[158] En igual sentido se expidió Konrad Hesse, quien la considera una distinción “superflua”, al insinuar que debe entenderse por “Constitución” a la “Ley fundamental y su contenido”. V. HESSE, Konrad, “Constitución y Derecho constitucional”, en AA. VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 1996, p. 2.

^[159] HOBBS, Thomas, *Leviatán, O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 220.

^[160] FERREIRA MENDES, Gilmar, “La fuerza normativa de la Constitución y la sociedad abierta”, Conferencia magna, 20/3/2024, IDP-UBA, texto gentilmente entregado por su autor.

^[161] GRACIANO, *Decretum*.

^[162] La ciencia del Derecho, que se expresa por escrito, puede poseer aspiraciones de una forma de literatura. Así, desde una base literaria, este título se inspira en *El Señor Presidente* de Miguel Ángel Asturias, cuya edición príncipe es de 1946, Ciudad de México. Aquí

considero la publicada por Losada, Buenos Aires, 1995 [1948].

^[163] ASTURIAS, Miguel Ángel, “El Señor Presidente como mito”, conferencia dictada en 1965 en la Facultad de Lenguas y Literaturas extranjeras de la Universidad Bocconi de Milán, disponible en https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/mundo-mgico-y-mundo-real---la-narrativa-de-miguel-ngel-asturias-0/html/01e5e59a-82b2-11df-acc7-002185ce6064_71.html#I_30.

^[164] En su *Teoría de la Constitución* (Barcelona, Ariel, 1979, pp. 84-89), Karl Loewenstein encuadró al neopresidencialismo como un modelo autocrático, porque todas las instituciones estatales quedan sometidas al jefe de Estado en la jerarquía de la conformación del poder, motivo por el cual no pueden participar eficazmente en la formación decisiva de la voluntad estatal. Por su parte, Mario Serrafiero se preguntó, sin sutilezas semánticas, si la supresión del presidencialismo “disminuirá el personalismo en la política latinoamericana”; ver *Presidencialismo y parlamentarismo en América Latina*, Buenos Aires, Ediar, 2021, p. 24.

^[165] CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo xxi Editores, 2002, p. 220.

^[166] ACKERMAN, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 19.

^[167] ZINN, Howard, *Nadie es neutral en un tren en marcha: Historia personal de nuestro tiempo*, Guipúzcoa, Hiru, 2001, p. 10.

^[168] CASSAGNE, Juan Carlos, “Populismo y Estado populista”, Discurso Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 16/4/2024, inédito, cedido gentilmente por su autor.

^[169] Art. 98, CFA.

^[170] En la Opinión consultiva número 28, pronunciada el 7/6/2021, solicitada por la República de Colombia, los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por mayoría, decidieron que “la reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la CADH ni por el *corpus iuris* del DIDH”. Asimismo, determinaron que “la prohibición de la reelección indefinida es compatible con la CADH, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (DADH) y la Carta Democrática Interamericana”. Finalmente, sostuvieron “que la habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ello, a las obligaciones establecidas en la CADH y la DADH”. La OC 28/21 significa un gran aporte en la lucha contra la autocracia presidencialista, una perversidad del sistema de gobierno generalizada en América del Sud. Sobre las disidencias en la OC 28/21, ver Colombo Murúa, Ignacio, *La doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Thomson Reuter, 2024, pp. 88-93.

^[171] RUSSELL, Bertrand, *Power. A New Social Analysis*, London, Allen & Unwin, 1948, p. 10.

^[172] Sobre la Constitución Política de Colombia de 1991, revisada en el 2005, ver PÉREZ VELASCO, Andrés, *La Constitución tiene quien la escriba: Implicancias de la literatura en la definición de los límites al ejercicio del poder*, Ediar, Buenos Aires, 2022.

^[173] Ver HAMILTON, Alexander, “LXX”, 18/3/1788, en MADISON, James *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 298.

^[174] *Ibíd.*, p. 297.

^[175] LOCKWOOD, Henry, *The Abolition of the Presidency*, New York, Worthington, 1884, p. 302.

^[176] MERKL, Adolf, *Teoría general del Derecho administrativo*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018, p. 40.

[177] V. FERREYRA, Raúl Gustavo, “Estado Constitucional argentino modelo 2002: ¿involución hacia la emergencia infinita? (Un relato sobre las relaciones entre la regla de reconocimiento conceptual básica y el orden constitucional)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002-III, pp. 1094-1120.

[178] La constitucionalidad de la legislación, en cabeza del presidente, fue rechazada, antes de la reforma constitucional 1994, por la más distinguida doctrina autoral. En 1979, Germán J. Bidart Campos, en su *Manual de Derecho constitucional argentino*, ratifica una idea preexpuesta en 1967: en “nuestro Derecho constitucional del poder no conoce los reglamentos de necesidad y urgencia” (Buenos Aires, Ediar, 1979, p. 666). En 1987, en el tomo IX de su *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional. Argentino y comparado*, Segundo V. Linares Quintana, al examinar el panorama reglado por la CFA, opinó que los llamados reglamentos de necesidad y urgencia dictados por el Presidente de la República en asuntos de competencia específica del Congreso y que en realidad no son sino decretos leyes, no tienen cabida dentro de nuestro orden constitucional (Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, p. 691).

[179] “Cuando así lo exija la seguridad pública, o lo crítico de las circunstancias, podrán expedirse decretos que tendrán fuerza de ley, si no se oponen a la Constitución, y que deberán ser presentados a las Cámaras en la reunión siguiente, si a la sazón no se hallasen reunidas”.

[180] Entre la inabarcable literatura sobre división y control del poder, cito algunas referencias: LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, ob. cit.; SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992; VERGOTTINI, Giuseppe de, *Diritto Costituzionale comparato*, quinta edizione, Padova, CEDAM, 1999; BOSCH, Jorge Tristán, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de poderes*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1945; BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes: Un estudio desde el Derecho comparado*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019; VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, III, 2000.

[181] Una excepción a esa regla emana del art. 148 de la Constitución de Ecuador, donde se determina que el presidente puede disolver la Asamblea, en las condiciones y alcances allí detallados, que incluyen el fenecimiento de su propio mandato. En la institución vulgarmente apodada “muerte cruzada”, se acrecientan los poderes presidenciales porque, llegado el caso, él mismo es el sujeto que decreta el fin de la función legislativa otorgada por la ciudadanía a la Asamblea y gobierna con “decretos leyes”. El “no va más” queda decidido por el monopresidente, incluso sobre su propio encargo constitucional. En Venezuela, este rasgo es totalmente autocrático, dado que el presidente puede disolver la Asamblea (art. 236, inc. 21) sin declinación de su mandato.

[182] PROUDHON, Pierre-Joseph, “Que la Présidence, c’est la Monarchie”, en *Melanges. Articles de Journaux (1848-1852)*, Premier Volume, Paris, Librairie Internationale, 1868 [1848], pp. 160-164.

[183] Juan Linz ha opinado que quizá la consecuencia más importante del presidencialismo es que introduce un fuerte elemento de “suma-cero” en la democracia política con el establecimiento de principios que auspician un ganador absoluto. Quienes resulten ganadores y perdedores quedan definidos para el período presidencial, durante el cual casi no habrá esperanzas para generar alianzas o consensos que amplíen el apoyo original del electorado. V. LINZ, Juan, “Democracia presidencial o parlamentaria: ¿Qué diferencia implica?”, en AA. VV., *La crisis del presidencialismo. 1. Perspectivas comparativas*, Madrid, Alianza, 1997, pp. 53-54.

[184] HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM III, 2003, p. 198.

[185] NERCESIAN, Inés, *Presidentes empresarios y Estados capturados: América Latina en el siglo XXI*, Buenos Aires, Teseo, 2020, p. 27.

[186] La CRFB 1988, en su art. 220, inc. 5°, dispone que los medios de comunicación social no pueden ser objeto de monopolio u oligopolio.

[187] SARTORI, Giovanni, *Homo videns: La sociedad teledirigida*, Buenos Aires, Taurus, 2000, p. 110.

[188] BUNGE, Mario, “El presidencialismo, un verdadero cáncer”, *La Nación*, 21/7/2009.

[189] VALADÉS, Diego, *El gobierno de gabinete*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 123.

[190] *Ibíd.*, p. 124.

[191] RATO Trabucco, Fabio: “La experiencia constitucional del gobierno directorial o colegiado en Uruguay”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 50/51, Universidad de Valencia, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración, 2005, pp. 35-75.

[192] BOVERO, Michelangelo, “Autocracia electiva”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 21, n.º 1, junio de 2023, p. 18.

[193] Se puede leer su texto en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/301122/20231221>.

[194] Me refiero, en particular, al art. 99, inc. 3, de la CFA, ya citado (ver tercer escrito, nota al pie 19).

[195] Ver BALBÍN, Carlos Francisco, *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2004; PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia: Límites y control*, Buenos Aires, Depalma, 1995; FERREYRA, Leandro Eduardo, “Control legislativo de los decretos delegados y de necesidad y urgencia”, Buenos Aires, La Ley, 2012, tomo E, pp. 948-959; SANTIAGO, Alfonso; CASTRO VIDELA, Santiago y VERAMENDI, Enrique, *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, Thomson Reuter, 2019; BIANCHI, Alberto, “Casos ‘fáciles’ y casos ‘difíciles’ en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre DNU: a propósito del DNU 70/2023”, *Revista Jurídica Argentina*, La Ley, T. 2024-A, pp. 657-685. GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, “Inconstitucionalidad del DNU 70/2023”, La Ley, T. 2024-A, pp. 84-93; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado de Derecho constitucional argentino*, t. II-B, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 302-313.

[196] Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, D. F., Porrúa, 2008, p. 27.

[197] El ser humano, desde un tiempo indeterminado y sin memoria, discute acerca de la prevalencia de la razón sobre las emociones, o viceversa. Pueden leerse diferentes contribuciones. El 10/1/2024 en el diario *La Ley*, Juan Carlos Cassagne argumentó “Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023”, La Ley, T. 2024-A, pp. 23-31. El 24/12/2023 Laura Clérico, en el website de “ICON•S Argentina”, planteó que “El DNU 70/2023 es inconstitucional, nulo y de nulidad absoluta e insanable. No hay dudas en este caso”, disponible en <https://iconsar.github.io/blog/dnus/>. Por su parte, Pablo Manili escribió: “Nulidad absoluta e insanable del DNU 70/2023”, La Ley, T. 2024-A, p. 53. Martín Bohmer publicó “El DNU de Milei y el espíritu de la libertad”, *La Nación*, 22/12/2023, disponible en www.lanacion.com.ar/politica/el-dnu-de-milei-y-el-espiritu-de-la-libertad-nid22122023/. También Gustavo Arballo publicó “Legislar por decreto en Argentina. Del Marco general al DNU 70/2023”, disponible en <https://www.ibericonnect.blog/2024/01/legislar-por-decreto-en-argentina-del-marco-general-al-dnu-70-2023/>. Alberto B. Bianchi escribió: “El megadecreto de Milei frente al espejo de la Constitución”, *La Nación*, 23/12/2023,

<https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-megadecreto-de-milei-frente-al-espejo-de-la-constitucion-nid23122023/>.

[198] Ernesto Garzón Valdés ha enseñado que “el tránsito legislativo de la democracia de Weimar al régimen nazi con la ley de plenos poderes otorgados a Hitler es una buena prueba no muy lejana de la posibilidad fáctica del suicidio democrático”. V. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Instituciones suicidas”, *Isegoría*, n.º 9, Madrid, 1994, p. 74.

[199] Por caso, en el art. 1 del DNU 70/2023 se dispuso: “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2025”.

[200] V. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México D. F., UNAM, IIJ, 2003, p. 14.

[201] ALBERDI, Juan Bautista, *Bases...*, ob. cit., p. 158.

[202] Ver <https://www.decretos.com.ar/>, dirigido por Leandro Eduardo Ferreyra *et al.*

[203] Art. 77: “No podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes.

”Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos”.

[204] El 7/7/1994, 45 días antes de la sanción de la reforma constitucional de 1994, el convencional constituyente E. Raúl Zaffaroni sostuvo que los DNU eran el tema más delicado de toda la enmienda. Además, opinó que su regulación constituyente en un sistema presidencialista, caracterizado por el exceso de poder, se correspondía con apagar un incendio con nafta. Asimismo, se opuso a que el DNU siguiese vigente ante el silencio del Congreso; al respecto, realizó un cuidadoso examen de la Constitución italiana y propuso una regla limitante de ese origen y naturaleza. Finalmente, dijo que cuando se hace una Constitución hay que pensar en las situaciones graves, porque “si tenemos a San Francisco de Asís de presidente, mejor”, pero “debemos pensar que podemos tener un inimputable en el poder”. *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, t. IV, 1995, pp. 3231-3237 y 3246.

[205] *Diario de Sesiones digital del Senado-Dirección General de Taquígrafos*, período 142, pp. 143 y 182: “El Senado de la Nación Argentina. Resuelve. Artículo 1º: Rechazar, en los términos de la ley 26.122, el Decreto del poder ejecutivo n.º 70 de fecha 20 de diciembre de 2023”.

[206] *Fallos*, CSJN: 333:633, *in re* “Consumidores Argentinos”, 19/5/2010.

[207] *Fallos*, CSJN, 344: 2690, *in re* “Pino, Seberino”, 7/10/2021.

[208] Se puede leer la contribución de José Ignacio López, “Recorrido judicial del DNU 70/2023 a tres meses de su vigencia”, disponible en <http://legislacionyjurisprudencia.ar/2024/03/29/recorrido-judicial-del-dnu-70-2023-a-tres-meses-de-su-vigencia/>.

[209] PLATÓN, *República*, Buenos Aires, Losada, 2007, p. 125 (c. 338).

[210] KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 141.

^[211] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) [“A] *Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views*”].

^[212] Constituye literatura fundamental la obra de BIDART CAMPOS, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

