

PODER, DEMOCRACIA Y CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL*

Raúl Gustavo FERREYRA**

RESUMEN: El autor escribe su contribución en tres niveles de análisis. Primero, evalúa en qué sentido puede especularse que democracia es una regla conceptual referida a una forma específica de producción del sistema constitucional. Así, democracia —como cuestión de procedimiento— queda conectada con la idea de que no hay otro titular del poder constituyente más que el pueblo, porque democracia es gobierno ejercido en nombre del pueblo. Desde esta perspectiva, la soberanía viene de abajo, de los individuos que, en tanto ciudadanos, componen el pueblo. Segundo, postular que la Constitución Nacional es el cauce de un poder democrático renovado intergeneracionalmente, no constituye una cuestión lingüística ni de buenos modales. El concepto de poder constituyente tiene una vital relevancia práctica. Dentro de este contexto, si la democracia necesita ser protegida por la Constitución, se analiza desde el punto de vista estructural cómo resuelve el propio sistema constitucional argentino sus pretensiones de inmanencia y trascendencia por intermedio de las garantías, elementos previstos para el respaldo de sus reglas. Tercero, si el análisis de la colección de partes de la Constitución evidencia que la interpretación —vía control judicial de constitucionalidad— y la reforma son piezas insustituibles para su mantenimiento y/o cambio, es pertinente describir los mecanismos que hacen funcionar estos elementos.

ABSTRACT: *This contribution deals with three levels of analysis. First, the author evaluates to what sense democracy is a conceptual rule referring to a specific form of production in constitutional system. Thus, democracy —as a matter of procedure— is based on the idea people is the only holder of constituent power, because democracy is a government in the name of the people. So, the sovereignty comes from down, from individuals who at the time they are citizens they integrate the Nation. Second, supporting National Constitution as the way of democratic power renewed among generations, this is not a matter of linguistic questions or good behavior. The conception of constituent power has a vital practical relevance. Within that context, if democracy needs to be protected by Constitution, it should be analyzed from the structural point of view constitutional system in Argentine solves its claims of immanence and importance by interval of the guarantees, elements anticipated for the endorsement of its rules. The third, if analysis of the parts of the Constitution evidence that interpretation —via judicial review of legislation— and reform are irreplaceable pieces for their maintenance and/or change, is pertinent to describe mechanisms which make work these elements.*

* Momentos de creación y momentos de aplicación del sistema constitucional argentino. Contribución para el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, España, del 3 al 5 de diciembre de 2003, Mesa temática “Momentos constitucionales y cambio político”.

** Profesor de derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

I. PRELIMINAR

El 25 de mayo de 1853 el director provisorio de la Confederación Argentina, Justo José de Urquiza, decretó: “Art. 1o.: Téngase por Ley Fundamental en todo el territorio de la Confederación argentina, la Constitución federal sancionada por el Congreso Constituyente el día primero de mayo de ese año en la Ciudad de Santa Fe. Art. 2: Imprímase y circúlese a los gobiernos de provincia, para que sea promulgada y jurada auténticamente en comicios públicos”. Junto con el decreto, los gobernadores de Provincia recibieron una nota, también con firma del director: “La Constitución política ha sido sancionada”. El artículo 12 del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos imponía al director provisorio el deber de promulgar y hacer observar la Constitución luego que fuese sancionada:

Para que esta disposición se lleve a efecto, dispondrá V. E. que se distribuyan ejemplares impresos por los pueblos y territorios de esa provincia, y que en un mismo día se haga en todos los puntos cabeza de partido, una lectura pública de la Constitución, en presencia de las autoridades territoriales... Concluida la lectura empezará el acto de juramento... encabezado por la fórmula siguiente: “Nosotros, ciudadanos argentinos que formamos el pueblo de la provincia de... juramos... respetar, obedecer y defender la Constitución política de la Confederación argentina, sancionada por el Congreso General Constituyente el 1o. de mayo de 1853”.¹

La Constitución Nacional (CN) fue jurada el 9 de julio de 1853 en toda la Confederación, excepto por el pueblo de la provincia de Buenos Aires, que recién suscribió el pacto constitucional en 1860.² Por lo pronto, “pueblo” significa parte de la población con “derechos políticos”. Así, la participación del pueblo, aunque profundamente escasa y limitada

1 Ravnani, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, Buenos Aires, Peuser, 1939, t. 6o., 2a. parte, pp. 837 y 838.

2 Una observación relevante. No discutiré si el poder constituyente originario observó o no un ciclo abierto desde 1853 hasta 1860. Apodícticamente, por no ser objeto de debate, doy por descontado que así fue. El ingreso del pueblo de la provincia de Buenos Aires significó un aporte decisivo para la construcción del Estado argentino. Consiguientemente, todo cuanto se refiere más adelante —véase, *ut infra* II, 5, E— respecto de “1853 como momento clave de la democracia constitucional argentina”, debe ser interpretado como “1853-60” dado que, pese a que en este último año lo que hubo fue una reforma, desde el punto de vista jurídico lo que aconteció fue la consolidación del poder constituyente originario, ciclo abierto en 1853.

por las características propias de los procedimientos utilizados en 1853, fue sin duda incuestionable. Desde entonces, es dable reconocer en el mundo del derecho que la Convención Constituyente de 1853 actuó en representación del pueblo argentino. Esta observación no implica esta otra: que la interpretación de nuestro presente constitucional requiera, en forma inexcusable, descifrar ciertas claves alojadas en el pasado constitucional.

La ley fundamental fue reformada en 1860, 1866, 1898, 1949,³ 1957 y 1994; esta última enmienda fue la que con mayor profundidad y amplitud produjo el cambio de las reglas de juego originarias.

En esta pieza hay una idea directriz que sirve como marco de referencia: sólo el poder constituyente⁴ del pueblo —siempre que se entienda que “pueblo”, como tal, nada decide porque, en rigor de verdad, las decisiones son adoptadas, en definitiva, individualmente por los ciudadanos que lo componen—⁵ debe crear el derecho constitucional que organiza al Estado democrático. La ley fundamental juega un papel central en la vida comunitaria porque es el mayor esfuerzo conocido para disciplinar al poder democrático, proveyendo su cauce. Es, en tal sentido, aun débilmente, la razón que reglamenta a la fuerza.⁶

Contemplar dicho paisaje no significa que luego de siglo y medio la vida constitucional sea una tradición para los argentinos. Porque en ciento cincuenta años las pretensiones políticas y los ideales constitucionales

3 La proclama del gobierno provisional del 27-4-1956 declaró vigente la CN 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 hubieren quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16-9-1955.

4 Por compromiso con la claridad conceptual, se advierte que el término “poder constituyente” condensa al menos dos significados. En un primer sentido, se refiere a la clase de actos que instauran la primera Constitución o la reforman. En un segundo sentido, poder se refiere al órgano del Estado que ejerce la potestad constituyente. Para evitar confusiones, de ahora en adelante, en principio, la expresión es usada en el primer sentido, aludiendo a la función que denota una actividad: aquella que dispone de la fuerza indispensable para “constituir” al Estado.

5 Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 408-410.

6 En otro lugar, he defendido la micro tesis de que el “derecho es la razón de la fuerza”, distinguiendo dos orientaciones conceptuales básicas. Así, en sentido débil, es coacción del orden prevaleciente; razón sirve para describir el método de la coacción, las palabras que constituyen el discurso del derecho. Derecho, la razón de la fuerza, en sentido radical, es su fundamento tan deseable como expectable; razón sirve para justificar o demostrar todo lo que puede aducirse a favor de un correcto o justo empleo de la fuerza. La distinción pone en evidencia un contrapunto interesante; Ferreyra, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2001, pp. 19-73.

del derecho no han ido al mismo ritmo ni han jugado con las mismas reglas. Esta línea histórica no desmerece la decisión originaria del pueblo de 1853, ciclo constituyente que se mantuvo abierto hasta 1860.

Mis intenciones, expuestas de manera muy simplificada, giran alrededor de la definición primordial del preámbulo. Primera que, como dice Germán J. Bidart Campos, acoge el principio de que el poder constituyente reside en el pueblo, reconociendo la preexistencia histórica de las provincias.⁷ Ningún ensayo sobre los ideales democráticos que legitiman la Constitución de los argentinos puede prescindir de esta exquisita proposición y su significado más profundo.

Sobre la base de argumentos que parecen significativos, propongo describir los alcances de la decisión política fundamental del pueblo argentino. Brevemente, en qué sentido la Constitución federal de la Argentina es un instrumento, *lato sensu*, para encauzar la democracia. Y, declarada la aptitud de la Constitución para poner en orden el proceso político, cuáles son las definiciones propias del sistema constitucional que, bajo el rol de garantías, respaldan su aplicación o prevén su cambio, respectivamente.

Distingo tres niveles de análisis: Primero, se evalúa en qué sentido puede especularse que democracia es una regla conceptual referida a una forma específica de producción del sistema constitucional. Así, democracia —como cuestión de procedimiento— queda conectada con la idea de que no hay otro titular del poder constituyente más que el pueblo, porque democracia es gobierno ejercido en nombre del pueblo.

Segundo, dentro de ese contexto, si la democracia necesita ser protegida por la Constitución, analizar desde el punto de vista estructural cómo resuelve el propio sistema constitucional argentino sus pretensiones de inmanencia y trascendencia por intermedio de las garantías, elementos previstos para el respaldo de sus reglas.

Tercero, si el análisis de la colección de partes de la Constitución evidencia que la interpretación —vía control judicial de la constitucionalidad— y la reforma son piezas insustituibles para su mantenimiento y/o cambio, es pertinente describir los mecanismos que hacen funcionar estos elementos. Los procesos que hacen operar a cada una de estas garantías constitucionales fijan, paralelamente, sus respectivos horizontes

⁷ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 2a. ed. amp. y act., Buenos Aires, Ediar, 2000, t. I, pp. 324 y ss.

de proyección. Así, es razonable que las tareas ordinarias queden captadas por la interpretación constitucional y, por otra parte, también es razonable esperar que las tareas extraordinarias queden capturadas por la enmienda constitucional.

Estas tres cuestiones son tratadas en las siguientes secciones. Además del tratamiento analítico, se describen las significativas relaciones existentes entre ellas, con el objeto de corroborar, finalmente, la unidad de significado de la proposición planteada. Esto se hace desde una posición fuertemente teórica, en la que no se puede permanecer muy cómodo. Porque, sin adelantar nada, es evidente que algo inquieta de antemano. Me refiero a la notoria y muchas veces escandalosa brecha que ha separado a la teoría de la práctica constitucional; de la letra constitucional con su vulneración o desborde; en rigor, del difícil itinerario de la democracia constitucional en la Argentina.

II. DEMOCRACIA, REGLA CONCEPTUAL DE LA ORDENACIÓN ESTATAL

1. *Descripciones*

En la literatura académica contemporánea se han realizado muchas definiciones de democracia.⁸ Ello revela, sin dudas, que el término padece un serio exceso de significados atribuibles. Pueden distinguirse al menos tres aspectos: la democracia como principio de legitimación, la democracia como ideal y la democracia como sistema político.⁹ Tal distinción muestra que, mientras la primera y la tercera concepción son fuertemente descriptivas, en la segunda el ingrediente prescriptivo domina la escena.

La cuestión que se intenta mantener en este escrito es si democracia indica o se refiere a una peculiar doctrina política, según la cual el poder de autoorganización pertenece al conjunto de los ciudadanos.¹⁰ Aunque es obvio que existen innegables interrelaciones entre los tres niveles conceptuales de democracia citados, se debe tener especialmente en cuenta

⁸ Véase, por ejemplo, los repertorios de adjetivos asociados a “democracia” en Collier, David y Levitsky, Steven, *Democracy with adjectives: conceptual innovations in comparative research*, The Johns Hopkins University Press, World Politics, 1997, p. 49.

⁹ Cfr. Sartori, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 27 y ss.

¹⁰ Cfr. *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. D-H, 1998, p. 892.

que la legitimación democrática es el aspecto que domina lo que aquí se desarrolla. Por legitimación se ha de entender la aceptación y práctica del propio procedimiento democrático y de las reglas creadas de acuerdo con él.¹¹ Tal aceptación puede ser descrita tanto desde el punto de vista interno —asumido por el ciudadano, que acepta las reglas y coopera voluntariamente en su mantenimiento— como desde el punto de vista externo, el de un observador que sólo muestra interés en registrar las conductas prescritas por las reglas, pero que no las acepta.¹²

2. *Democracia y legitimación*

Vista más bien como fuente o principio de legitimación, la democracia es susceptible de una definición mínima: decisión que determina la orientación política de una comunidad. Es una toma de partido. Bajo esta lectura, la democracia es claramente una regla introductoria al juego constitucional mismo. Es en torno de esa definición mínima de democracia que Hans Kelsen consideraba que en el sentido originario de la palabra libertad, sólo es realmente libre el individuo que vive fuera del Estado. Consiguientemente, la libertad natural de seres iguales sólo sería factible si es reemplazada por la libertad política. Esta primera metamorfosis de la libertad implica que es políticamente libre aquel individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa, aunque sólo podemos ser libres si aceptamos la tutela del Estado.¹³ No obstante, un individuo es libre si aquello que según el orden social debe hacer coincide con lo que quiere hacer, es decir, obedeciendo a su propia voluntad y no a una ajena. El ideal de la autodeterminación requiere que el orden social y jurídico sea creado por decisión de los ciudadanos, y que conserve su fuerza obligatoria mientras disfruta de la aprobación de ellos. La transformación del principio de autodeterminación política en la regla de la mayoría es otro paso singular en la metamorfosis de la idea de libertad.¹⁴

11 Cfr. Garzón Valdez, Ernesto, *El concepto de estabilidad en los sistemas políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pp. 573 y ss.

12 Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 113 y 249.

13 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., México, Imprenta Universitaria, 1958, pp. 335-360.

14 *Idem.*

Las ideas de Kelsen son interesantes para distinguir entre dos formas de creación del orden jurídico estatal: la democracia y la autocracia, distinción basada en la idea de libertad política. Si en la organización comunitaria prevalece el principio de autodeterminación, cuya aplicación es restringida por la regla de la mayoría que presupone la existencia de una minoría, de acuerdo con la terminología usual, se lo denomina democrático. Así definida, la democracia es una forma para la producción del ordenamiento. Puede leerse en Kelsen que la participación en el gobierno, es decir, en la creación y aplicación de las normas generales que constituyen la comunidad, es la característica esencial de la democracia. Por consiguiente, la democracia es esencialmente un gobierno del pueblo, donde el principal valor que la democracia intenta realizar es el de igual libertad política. El procedimiento democrático, en tanto predicable del procedimiento por intermedio del cual se genera el orden jurídico, se funda en la igual libertad política, cuya realización racional exige optar por el principio de la mayoría.

La aplicación del principio de la mayoría divide esencialmente en dos grupos al cuerpo electoral, el de la mayoría y el de la minoría, creando la posibilidad de compromiso. Según Kelsen, compromiso significa posponer lo que separa a los asociados a favor de lo que los une. Todo contrato es un compromiso, pues compromiso significa tolerarse.¹⁵ Una ligera mirada permite ver la importancia que tiene el contrato entre iguales como fundamento de la democracia. Por esto, la vinculación entre tolerancia recíproca y democracia es fortísima. Es la lesión de esta tolerancia la que afecta, en forma decisiva, a la democracia. Teniendo esto en cuenta, observa Ernesto Garzón Valdez que si, como se afirma, el núcleo de la democracia es el compromiso recíproco, no puede tolerarse la intolerancia del fanático totalitario. Esto significa que no pueden tolerarse actos que lesionen los derechos de la minoría —incluido el campo no negociable de los derechos fundamentales—, porque regla de la mayoría no significa dominio de la mayoría.¹⁶ Ninguna mayoría puede decidir la supresión o la desprotección de una minoría o de un solo ciudadano,¹⁷ porque la primera regla de la democracia, como compromiso

15 Kelsen, Hans, “El problema del parlamentarismo”, en varios autores, *Escritos sobre democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 100 y ss.

16 Garzón Valdez, Ernesto, *op. cit.*, nota 11, p. 407.

17 De acuerdo con Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997, p. 859.

recíproco, es que ni siquiera por unanimidad puede decidirse el desconocimiento de derechos que fundamentan la convivencia pacífica.

Sin intentar traslucir ningún tipo de respuesta definitiva sobre esta cuestión, cuando en este trabajo se reivindica a la democracia —en tanto ella se refiere a una peculiar modalidad de organización de la vida estatal—, se lo hace con estos estrictos parámetros. En caso de no defenderse la idea de la tolerancia recíproca, se hace muy difícil comprender la idea de la democracia como igualdad y soberanía ciudadana para participar del proceso de formación de la voluntad política estatal, dado que sus presupuestos descansarían en un absolutismo que se contraponen con el aspecto central de su idea.

3. *Democracia y entorno del sistema jurídico constitucional*

La democracia es una forma de hablar del pueblo. Presentada así, la democracia es un lenguaje, constituyendo un criterio básico para orientar y reconocer, a su vez, a la ordenación estatal. Pese a su simplicidad, suscribir esta posición implica admitir como tesis que el poder de configuración del esquema comunitario reside en el pueblo. Es decir, gobierno del pueblo.

Este último argumento merece especial atención porque en forma superficial y equívoca podría aducirse que observa cierta ligazón con algún aspecto del decisionismo de Carl Schmitt. Prefiero plantear deliberadamente esta observación. El citado autor señala que la forma natural de la manifestación inmediata de la voluntad de un pueblo es la voz de asentimiento o repulsa de la multitud reunida, la aclamación.¹⁸ Su mera enunciación me es útil para ubicarme en una posición radicalmente contradictoria. Primero, admitir que los ciudadanos del pueblo han de tener el derecho a decidir libremente la autoorganización, no implica, bajo ningún punto de vista, la inexistencia de deliberación. Segundo, sería un grosero error además, entender que la “aclamación” tenga algún punto de contacto con la deliberación racional. Tercero, el decisionismo, por propia definición reside en la regla de la mayoría; aquí, la tesis es que hay una esfera indecidible ni aún por mayoría. Cuarto, un grito o aclamación como pretende el decisionismo de ninguna manera puede ser siquiera comparado con un grado de racionalidad justificable, como

18 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, p. 100.

deliberadamente planteo. Racionalidad, en el sentido epistemológico de que la razón es lo que distingue el comportamiento humano del resto de las especies, y justificable quiere decir controlable por los mecanismos predisuestos por reglas comunitarias.

Apropiadamente, se justifica observar que el principio democrático puede ser de utilidad para operar como criterio básico de identificación de las reglas del sistema, desempeñando un papel relevante para identificar que forman parte o no del sistema, es decir, una regla de reconocimiento. Según el propio Hart, la regla de reconocimiento es una regla de identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación.¹⁹ Pese a no ser cuestión pacífica, la regla de reconocimiento es una regla conceptual o definitoria que hace las veces de postulado inicial básico del sistema jurídico; en esta intelección, la última regla usada —la de reconocimiento— operará por sí misma como axioma y no requerirá justificación ulterior.²⁰ La regla de reconocimiento sirve para reducir la incertidumbre que conllevan la aplicación y/o el cambio de un sistema jurídico. Gracias a la regla de reconocimiento, las reglas del sistema pueden ser identificadas. Es la regla de reconocimiento la que finalmente provee los criterios de membresía de las reglas de un determinado sistema, posibilitando su identidad.²¹

Si bien pueden existir diferentes contenidos atribuibles a una regla de reconocimiento, según la tesis aquí defendida, uno de sus significados posibles está estrechamente ligado con los principios elementales de la concepción de democracia. Por esto, la regla de reconocimiento democrática es la que define una modalidad específica para orientar la vida comunitaria, que puede incluir —aunque no necesariamente— su constitucionalización por medio de un documento escrito.

Estos principios constitutivos de la regla de reconocimiento democrática, aun corriendo el riesgo de tautología, son: principio de la mayoría, no tiranía, deliberación, elecciones y respeto de los derechos fundamentales.

19 Cfr. Hart, Herbert, *op. cit.*, nota 12, p. 118; Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1988, pp. 91 y ss.

20 Bulygin, Eugenio, "Sobre la regla de reconocimiento", en varios autores, *Derecho, filosofía y lenguaje, Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 31-39. También cfr. Guibourg, Ricardo, "Hart, Bulygin y Ruiz Manero: tres enfoques para un modelo", *Doxa*, Alicante, 1993, núm. 4, p. 429.

21 Cfr. Garzón Valdez, Ernesto, *op. cit.*, nota 11, p. 582.

Es en este contexto donde se predica que democracia es el supuesto inicial del sistema de premisas que configuran el propio argumento constitucional. La democracia, entendida como patrón conceptual para el manejo de los asuntos comunitarios, no se asienta sobre cualquier base de consenso. Ciertamente, se trata de un consenso sobre valores adoptados en la sociedad. Rigurosamente, en esta demarcación corresponde puntualizar que la democracia es una cosa; el grado de legitimación democrática, otra distinta.²²

La regla de reconocimiento puede estar enunciada o no en la Constitución, pero siempre referida a un poder normativo de derecho. Ciertamente, hay mundos políticamente posibles y realizables, aun sin Constitución. Lo que no es posible es concebir un Estado moderno, con profunda complejidad en su estructura, que carezca de una regla básica que suministre el criterio elemental para proceder a identificar el derecho aplicable. Esta afirmación sirve de conexión básica para la discusión que se plantea en el próximo apartado. Allí se describen diferentes puntos de vista relacionados con un mismo tema: ¿es necesaria la Constitución para encauzar el procedimiento democrático o no?

4. *Entreacto: concepciones de democracia constitucional*

Observaciones recientes que dejan al margen aquellas posturas que niegan al Estado democrático²³ como forma de orientación política, han explicitado en términos generales que la unión o asociación entre democracia y Constitución puede dar lugar a tres modelos de democracia constitucional:²⁴ democracia constitucional dualista, democracia constitucional monista y democracia constitucional iusfundamentalista.

22 Cfr. Sartori, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Barcelona, Ariel, 1992, p. 43.

23 Sobre el origen e itinerario de la expresión "Estado democrático", véase Valadés, Diego, *Problemas del Estado de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 18 y 19.

24 Cfr. Schmitt, Anette, "¿Necesita la democracia una Constitución protegida?", en varios autores, *El papel relevante del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 247-271; Ackerman, Bruce y Rosenkratz, Carlos, "Tres concepciones de la democracia constitucional", en varios autores, *Cuadernos y Debates*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 29, 1991, pp. 13-31; Alonso, Gabriela, "Introducción", en Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 9-45.

A. *Las promesas de la democracia constitucional dualista*²⁵

La democracia constitucional dualista es una concepción que distingue, de manera radical, dos clases de decisiones políticas a las que adjudica diferente legitimación. En primer lugar, las decisiones adoptadas por el pueblo mismo; luego de ellas, en otro nivel, las decisiones tomadas por el gobierno. De acuerdo con sus autores, el modelo dualista busca problematizar la representación política normal sin restarle legitimación. Así, afirman, existen grandes ocasiones en la vida política en las que el Pueblo —con mayúscula— interviene más directa y autoritadamente que cuando acude a las urnas en periodos normales para elegir entre políticos adversarios.²⁶ Se trata pura y sencillamente de los “momentos constitucionales”.

Los momentos en los que el gobierno y no el pueblo es el que adopta decisiones, son denominados momentos corrientes.²⁷ En ellos no existe ni la movilización ni el debate popular que caracteriza propiamente a la forma más alta de legitimación democrática antes descrita. Bajo el orden de ideas de la concepción dualista, los representantes del pueblo no se pueden arrojar, por el sólo hecho de haber ganado una elección, la atribución de anular o invalidar las decisiones tomadas por el pueblo en los “momentos constitucionales”. No obstante, la falta de debate y participación popular no vicia necesariamente las decisiones del gobierno durante los momentos corrientes o normales, siempre que determinadas condiciones institucionales sean satisfechas.²⁸

Dicho de modo bastante esquemático, en la teoría dualista lo que la voluntad del pueblo impulse como derecho configura, por así decirlo, la regla de reconocimiento del sistema jurídico.²⁹

25 Ackerman, Bruce, “Constitutional Politics-Constitutional Law”, 99 *Yale Law Journal* 453, 1989.

26 Ackerman, Bruce, *La política...*, *cit.*, nota 24, p. 150.

27 Ackerman, Bruce, *We the people, Foundations*, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, t. I, p. 6.

28 Ackerman, Bruce y Rosenkratz, Carlos, “Tres concepciones...”, *cit.*, nota 24, p. 17.

29 Ackerman, Bruce, *We The People, Transformations*, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, t. II, p. 92.

B. *Las pretensiones de pureza de la democracia constitucional monista*

A diferencia del dualismo, el monismo constitucional como teoría democrática y, consecuentemente, como teoría de la interpretación constitucional, no es presentado en la literatura en forma orgánica. La idea básica sobre la que yace este modelo consiste en la determinación de que no tiene sentido la distinción entre decisiones del pueblo y decisiones del gobierno. Para el monismo, la legitimidad de ambos tipos de decisiones es exactamente igual. Al entender que no hay autoridad más relevante para la vida estatal que un Parlamento elegido democráticamente, la concepción casi se justifica por sí misma.

Si, como señala el monismo, la Constitución es un instrumento sumamente fastidioso, es porque se presupone que la democracia puede quedar paralizada cuando le colocan el “chaleco de fuerza” constitucional.³⁰ Con rigor, las tesis moderadas del monismo no van tan lejos como para afirmar que las previsiones constitucionales son profundamente antidemocráticas. Pero sí, su grito de batalla sobre el papel de la Corte Suprema de Justicia es fácilmente captado. En resumidas cuentas, para el monismo, el control judicial de la constitucionalidad es, en forma sustantiva, un acto antimayoritario,³¹ por no decir antidemocrático.

C. *El dogma de fe ilustrada de la democracia constitucional iusfundamentalista*

La postura iusfundamentalista, por su parte, también tiene un fuerte compromiso con la democracia. Esta conclusión dejaría cerrada la discusión entre las tres teorías, pero no es así. El compromiso del iusfundamentalismo es mayor con la protección de los derechos fundamentales, y luego, con la democracia. La protección opera en dos tiempos en la tesis iusfundamentalista, porque entiende que la única manera de preservar todas las oportunidades de la autonomía individual frente a la

³⁰ Cfr. Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, México, 1999, p. 219.

³¹ Aparentemente, en la literatura constitucional estadounidense, esta terminología —“dificultad antimayoritaria”— habría sido expuesta por Bickel, Alexander, “The Least dangerous Branch”, en *The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., Nueva York, Yale University Press, 1962, 1986.

eventual tiranía de la mayoría, parece ser la institucionalización de un “coto vedado”³² de derechos fundamentales, una esfera no negociable, que no puede decidirse siquiera por mayoría.

Naturalmente que una proposición sea no decidible, en el estricto sentido que no puede refutarse ni siquiera por mayoría la prioridad de los derechos fundamentales, no significa de ninguna manera que las tesis iusfundamentalistas coincidan en cuál ha de ser el derecho objeto de protección. A la hora de dejar establecido cuál es el derecho fundamental, cuya dimensión y contenido debe ser objeto de protección preferente por la Constitución, aparecen las diferencias casi irreconciliables entre quienes sostienen este amplio marco de referencia teórica común. Para apreciar el descomunal abismo que los separa, téngase en cuenta que, según algunos autores, el rol constitucional del derecho de propiedad podría ser emplazado en sitio prioritario, y para otros, la cima jerárquica debe ser atribuida al derecho a la dignidad.³³ Este ejemplo pone en evidencia las dificultades internas que puede tener la manipulación de este marco dogmático.

Sin embargo, más allá de la fuerte discrepancia insinuada en el párrafo anterior, si hay algo que queda claro para el iusfundamentalismo es que la democracia se encuentra subordinada a los derechos fundamentales, tratándose del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad o el derecho de propiedad. En la idea iusfundamentalista, a diferencia del dualismo, la democracia es, en cierto sentido, producto del respeto de los derechos fundamentales.³⁴

5. Aspectos de la legitimación democrática de la Constitución Nacional³⁵

Hasta aquí se ha discutido de qué forma la democracia —procedimiento, en verdad, muy mediocre, aunque no cuando se lo compara con las alternativas disponibles— es una suerte de metarregla, es decir, una

32 Cfr. Garzón Valdez, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, 1993, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 407.

33 Cfr. Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 475-492.

34 Cfr. Ackerman, Bruce y Rosenkratz, Carlos, “Tres concepciones...”, *cit.*, nota 24.

35 Recuértese, como hilo conductor del análisis de “1853 como momento clave de la democracia constitucional argentina”, la observación realizada *supra* nota 2.

regla conceptual que se ubica, propia y especialmente, en el entorno del sistema de reglas que organizan propiamente la vida estatal. Democracia, entendida como concepto político legitimador, hace referencia a una peculiar modalidad de creación del orden constitucional con intervención, deliberación, participación y representación de los gobernados o cuerpo electoral.

Pues bien, antes de culminar este primer fragmento de la exposición destinado a examinar las relaciones entre poder configurador y democracia, resta discutir por lo pronto la fuente de legitimación democrática de la CN, entendida como el instrumento que encauza la convivencia política de los argentinos. Cabe analizar cuál es la concepción de democracia constitucional que mejor serviría para describir cómo el pacto constitucional dispuso proteger o asegurar la decisión del pueblo,alzada en regla de oro del sistema. Obsérvese sobre el particular que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha señalado que fuera de la Constitución no cabe esperar sino la anarquía o la tiranía.³⁶ Sobre tal afirmación sobrevuelan diferentes inquietudes. ¿Es este el paradigma o, sin pensar a la intemperie, es racionalmente aceptable una concepción más moderada?

A. Democracia en el lenguaje constitucional

El 18 de abril de 1853 la Comisión de Negocios Constitucionales³⁷ elevó al Congreso Constituyente el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina. Este programa estaba precedido de un informe. Allí se señaló que:

Como cristianos y demócratas,³⁸ y teniendo noble emulación a los federales del Norte de América, modelo de engrandecimiento rápido y de libertad civil y política, los argentinos, en concepto de la Comisión, deben mostrarse hospitalarios para con el extranjero, y acordarle en este suelo favorecido, los derechos, prerrogativas y protección que ha conquistado el hombre donde quiera que existen la civilización y la caridad del evangelio.³⁹

³⁶ CSJN, Fallos: 191:197.

³⁷ Integrada por Pedro Díaz Colodrero, Martín Zapata, Juan del Campillo, Manuel Leiva, Pedro Ferré, Juan M. Gutierrez y José B. Gorostiaga.

³⁸ Énfasis del autor.

³⁹ Ravignani, Emilio, *op. cit.*, nota 1, p. 780.

En el texto de la CN, sancionado el 1o. de mayo de 1853 y jurado por el pueblo de las provincias el 9 de julio del ese mismo año, se determinó expresamente la forma de Estado.⁴⁰ Aunque el mensaje normativo contenido en el artículo 1o. de la CN exprese que “la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma federal”, ha sido y es interpretación pacífica que el federalismo no fue adoptado como sistema de gobierno, sino como forma jurídica del Estado argentino, es decir, determinando la específica relación que muestra el poder con el territorio. Desde otra perspectiva, la forma de Estado, donde se resalta la orientación política con abstracción de su estructura jurídica, pese a ser la democrática, no tuvo mención expresa en el texto de la Constitución originaria de 1853.

Las reformas constitucionales de 1860, 1866 y 1898 no emplearon la palabra democracia. Recién con la reforma constituyente de 1957 se introduce, como adjetivo, en el artículo 14 bis. La reforma constitucional de 1994 introduce la palabra “democracia” en forma bastante reiterada: artículos 36, 38 y 75 (incisos 19 y 24).

Actualmente pues, en el lenguaje constitucional, la palabra democracia aparece seis veces en el texto; en cuatro de ellas, para dar una cualidad esencial del sistema o la naturaleza del orden instaurado (*cf.* arg. artículos 36 —dos ocasiones—, 38 e inciso 24 del artículo 75), en otra para hacer referencia a una peculiar modalidad de organización gremial (*cf.* artículo 14 bis), y la restante es mentada como valor (*cf.* arg. artículo 75, inciso 19). Se hace evidente que en este estado de cosas empírico, “sistema u orden democrático” es la expresión que sobresale. Además, para que no queden dudas, el poder constituyente adoptó como estrategia enclavar los dispositivos normativos (sistema democrático y orden democrático, que considero deben ser entendidos como sinónimos) tanto en la primera parte de la Constitución, capítulo segundo: Nuevos derechos y garantías (por ejemplo, artículos 36 y 38) como en la segunda parte, Autoridades de la nación, título primero, Gobierno federal, capítulo cuarto (por ejemplo, artículo 75, inciso 24): atribuciones del congreso. La inserción, por lo pronto, no parece casual y por ello es muy sugestiva. Se trata claramente de definiciones instaladas en cada uno de los grandes fragmentos que componen el texto constitucional argentino. Más aún, insinúo que el respeto de los derechos fundamentales y el ejercicio del

40 Ekmekdjian, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 33, t. I, p. 159.

poder se hallan ligados, sin vacilaciones, por la impronta del sistema democrático establecido por la Constitución.

En rigor de verdad, las definiciones aportadas por el poder constituyente que reformó la CN en 1994 establecen seriamente que la democracia es el principio rector de nuestra ley fundamental. Así, como se ve más adelante, la Constitución Nacional es la regla que encauza al proceso de organización comunitaria estatal; una vez logrado, es nuevamente el principio democrático el que orienta toda la actividad estatal. La democracia cumple un doble papel en la organización fundamental de la vida comunitaria de los argentinos. Es el principio que informa y nutre el proceso de configuración de la ley fundamental. Luego, la participación popular —con sus reglas y mecanismos para la obtención de resultados y conformidades—⁴¹ es columna vertebral del principio democrático, brújula que orienta propiamente la aplicación de las disposiciones constitucionales.

No obstante lo hasta aquí expuesto, así como el concepto de democracia de los antiguos muestra poca referencia en común con el concepto o inteligencia moderna de democracia, pues por democracia los antiguos entendían democracia directa, y los modernos, inevitablemente, democracia representativa, la imagen de democracia que ofrece la Constitución de 1853 fue débil. Recién en el siglo XIX, concretamente en 1916, por primera vez un presidente de la nación fue electo por sufragio (masculino) universal, igualitario y obligatorio. Por esto, la democracia constitucional argentina no confluye en una idea unitaria, si es que el imperio de la Constitución es descrito con sustento en la existencia o no del sufragio universal.⁴² Dicho brevemente: desde 1853 hasta 1916, el régimen no fue de mayoría, si por mayoría se entiende conferir reconocimiento a los derechos políticos de todos, absolutamente todos los ciudadanos. Desde 1916 —excepción hecha de los constantes quebrantamientos constitucionales— hasta el presente, la democracia, entendida como decisión política comunitaria de la mayoría, cuya energía vital se transmite por vía del sufragio, es la orientación preferente de la vida estatal.

41 Rosatti, Horacio Daniel, “Defensa del orden constitucional”, en varios autores, *Reforma de la Constitución*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 42.

42 Vanossi, Jorge, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, 3a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 2000, p. 114.

B. Poder que constituye la organización fundamental del Estado

El pórtico de la Constitución, “Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen”, es una simplificada pero virtuosa manera para redactar la apertura del texto. El preámbulo de la CN cumple un papel relevante para establecer una correcta interpretación del nexo entre poder, democracia y ordenamiento constitucional. La dimensión normativa del preámbulo es indiscutible desde que está inserto por el propio poder constituyente originario como introducción al plan constitucional.⁴³ Las metas de la Constitución están allí expresadas.

Sobre la oración cuya cabecera ostenta la Constitución pueden construirse diferentes proposiciones. Una de ellas, quizá la más singular: la que se refiere a la titularidad del poder constituyente, del poder de instauración normativa constitucional. Sin que se lo afirme en forma solemne —como sí hacen otros textos constitucionales— reside allí la idea simple y sencilla de que todo el poder emana del pueblo.

No huelga señalar una caracterización general de “poder constituyente”. Se advierte, de antemano, la dificultad para obtener una noción completamente depurada de incrustaciones ideológicas. Así, en principio, simplemente puede ser definido por oposición a “poder constituido”, denominándose “constituido” a todo poder conferido y reglamentado por disposiciones jurídicas en vigencia.⁴⁴ Por el contrario, se llama poder constituyente al poder de instauración de la primera Constitución o al que la reforma.

Sin embargo, razonando de este modo, el avance no es mucho. Rigurosamente pues, alcanzar con precisión el concepto de poder constituyente no es tarea sencilla, desde que el mismo se apoya en aspectos ambiguos de la palabra “poder”, que a veces significa “potestad”, otras veces significa “fuerza” y en otras, se refiere al órgano del Estado que propiamente ejerce la función constituyente.⁴⁵ Teniendo en cuenta tal advertencia, sobre el poder constituyente originario se ha dicho que es

43 Sagüés, Néstor, *Elementos de derechos constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, t. I, p. 252.

44 Cfr. Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 40.

45 Cfr. Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 254 y ss.

aquel que organiza y da asiento jurídico por primera vez a una comunidad.⁴⁶ Mi opinión es que poder constituyente originario puede ser explicado diciendo que se trata de aquella fuerza capaz de establecer las bases de la estructura política y jurídica de una comunidad estatal. El poder constituyente, o sea, el poder que estrictamente permite la configuración constitucional, puede ser originario y derivado.⁴⁷ Desde tal óptica, el poder constituyente es originario cuando se lo ejerce en la etapa de la fundación o de organización primigenia del Estado por intermedio de la Constitución. En cambio, cuando se lo ejerce para reforma de la regla jurídica básica del Estado, se está en presencia del poder constituyente derivado.

Nótese, sin embargo —porque los ejemplos son abundantes—, que esta definición de poder constituyente —entendiendo por tal, se insiste, al que constituye dando forma a los poderes del Estado— puede revestir la calidad de democrático o no democrático, para exponerlo de manera simplificada. De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, pareciera que en principio esta dicotomía no necesita mayores cavilaciones. Por lo pronto, cabe reputar como propiedad más notable del poder constituyente democrático que el mismo es titularizado y ejercido por el pueblo; propiamente: por el conjunto de los ciudadanos, tratándose de una potestad tan inalienable como omnímoda, sólo limitada por dignidad y libertad humanas.⁴⁸ Contrariamente, la negación de esta potestad a los ciudadanos del pueblo para fijar la organización política y jurídica de la comunidad sirve para mostrar el rostro del poder constituyente no democrático.

Podrá discutirse, muy razonablemente, si el pueblo al que alude el preámbulo está o no estricta y exclusivamente integrado por el cuerpo electoral: parte de la población a quien se le confiere derechos políticos.⁴⁹ El texto de la CN está compuesto por más de una decena de miles de palabras cuya ambigüedad es marcada. Ello hace que raramente la comprensión constitucional ofrezca una respuesta correcta unívoca. Con todas sus debilidades, esta *rara avis* se halla enunciada en una corta oración:

46 Spota, Alberto Antonio, *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1993.

47 Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. I, p. 188.

48 Cfr. Ímaz, Esteban, *El poder constituyente*, Buenos Aires, La Ley, 1956, t. 82, pp. 971 y ss.

49 Cfr. Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 7, p. 95.

“Nos, los representantes del pueblo...” . Tratando de comprender el significado de dicha disposición constitucional, mi interpretación es que “nos, los representantes...” individualiza una decisión fundamental del pueblo argentino. Una decisión predeterminada por la razón, esto es, el magnífico esfuerzo por autogobernarse. Resulta característico del momento de creación del sistema constitucional de la Argentina, de la instancia del parto de la Constitución originaria, el predominio de la concepción racional normativa de Constitución; solamente el derecho escrito ofrece garantías de racionalidad.⁵⁰ La Constitución, como emanación de la razón, es la herramienta decisiva para influir sobre la realidad. Durante casi medio siglo, desde el mismo momento de la Revolución de Mayo de 1810 o bien desde el Acta de la Independencia de 1816, enmarcar los actos de poder con un modelo constitucional escrito fue una empresa extremadamente difícil.

Sin dudas, el pueblo de la “Nación” inserto en el texto del preámbulo permite ser leído e interpretado como el pueblo del Estado, debiendo rechazarse la posibilidad de interpretar “pueblo” como sinónimo de nación. El significado de nación, pues, debe ser identificado con Estado, visto como organización jurídica de la comunidad.⁵¹ Estado argentino que nace en 1853 y que es organizado por la Constitución de ese mismo año, aunque el proceso del poder constituyente que da nacimiento al Estado se mantendrá abierto hasta 1860, momento constitucional en el cual la díscola provincia de Buenos Aires ingresa finalmente en la Federación.

C. *Sobre modelos de democracia constitucional*

Ajustar el discurso y sostener que la Constitución es la figura, forma o silueta de la democracia, implica en términos muy generales, y quizá poco rigurosos, que la CN, dada su inescindible concepción como norma, no es más que un fabuloso intento para dotar de forma jurídica a la democracia. Que el intento no haya alcanzado los méritos deseados, o lo que es peor aún, que la trayectoria del *iter* constitucional esté llena de fracasos y defectos, expone la complejidad del proceso. Y que los resultados

50 García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1987, pp. 33 y ss.

51 Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2003.

sean magros, no significa que, en los planos político y normativo, la decisión a favor de la legitimación democrática no haya sido efectuada.

La CN emanó democráticamente, en razón de que fue elaborada, sancionada y promulgada sobre la base de procedimientos que pueden denominarse democráticos. Genéticamente, el poder constituyente residió en el pueblo, léase un conjunto de ciudadanos que tenía igualmente asegurados, en mayor o menor medida, aspectos vitales de su libertad.

Partiendo de estas premisas, razones principalmente de naturaleza práctica indican que aunque todo el poder reside en el pueblo, sólo es concebible el gobierno mediante sus representantes y mediante el derecho constitucional (*cf.* arg. artículo 22 de la CN). La profunda complejidad de la sociedad contemporánea no permite que el pueblo ejerza la democracia en forma directa; su participación queda circunscripta a la elección de los miembros del órgano que creará, a su vez, el derecho constitucional y el infraconstitucional.

En la subsección anterior (véase *supra* II, 4) se han descrito tres concepciones de democracia constitucional. Ahora, considero importante preguntarme cuál sería el modelo de democracia que mejor ilustra la estructura básica del sistema argentino.

Antes de abordar la cuestión, es necesario alertar sobre una serie de observaciones tan elementales que, en caso de no suceder, provocaría que todo el argumento no fuese más que un ejercicio intelectual sin ningún tipo de soporte en la realidad. Y, obviamente, eso, al menos aquí, no constituye un buen sentido.

Lamentablemente, la estabilidad no es la propiedad sobresaliente del sistema constitucional argentino. Los golpes militares lo quebrantaron reiteradamente. Aunque también el sistema padeció otras patologías;⁵² sin provocar su ruptura, medidas adoptadas en razón de la emergencia vinculada con la economía estatal, con marcada tradición en la Argentina, fisuraron el sistema. Veamos.

En 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976 diferentes golpes militares, apoyados por civiles que prestaron infraestructura y respaldos en distinta medida, quebrantaron el orden predeterminado por el sistema jurídico constitucional. Su resultado ha sido la ruina institucional. En estos tristes casos, cualquiera que dispusiere de la fuerza necesaria y apta para imponer el derecho tenía el camino despejado, sin importar la legitimación

52 Sobre patologías del sistema jurídico, véase Hart, Herbert, *op. cit.*, nota 12, pp. 146-153.

democrática del proceder. Los actos jurídicos de las dictaduras militares surgidos de golpes de Estado no son actos de emergencia. Tales actos son antidemocráticos, con independencia de que puedan reclamar para sí el *status* de derecho estatal. Con la revolución cambia la regla de reconocimiento del sistema, y también, el propio sistema jurídico. Los actos de los gobiernos de facto no constituyen una emergencia constitucional. Suponen una violación del orden constitucional que produce la ruptura total del sistema preexistente.

La “emergencia pública” tiene poca asociación con el derecho de la revolución triunfante. Empieza aproximadamente en 1920 y continúa en nuestros días. Casi todos los gobiernos constitucionales apelaron a ella, cuyo resultado más evidente fue o la suspensión o la frustración —según el caso— de derechos subjetivos de raíz constitucional. Existe una emergencia finita que juega dentro de la ley fundamental; otra, carece de propiedades jurídicas, todo lo desjuridiza,⁵³ porque provoca distorsiones profundas en la regla de reconocimiento, trayendo como testimonio inmediato y evidente la no observación de fragmentos constitucionales. Esta emergencia descrita como infinita, porque no tiene término,⁵⁴ provoca que la regla conceptual deja de ser la democracia; no es la decisión del pueblo la que decide la alteración de sus propios derechos fundamentales.

53 Cfr. Bianchi, Alberto, “La emergencia desjuridiza”, *Debates de Actualidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, núm. 187, t. XVII, 2002, pp. 23-27.

54 Prácticamente a partir de 1920, en casi todas las décadas, la CSJN ha dictado, por lo menos, un pronunciamiento sobre emergencia y Constitución. A grandes rasgos, la doctrina del más alto tribunal ha justificado la adopción jurídica de remedios extraordinarios cuyo rasgo fundamental es la limitación temporal y razonable del ejercicio de los derechos (Fallos: 172:21; 238:76; 243:449 y 467; 264:344 y 269:416). Agregando que, aun cuando se admitan restricciones como respuesta a la crisis que se intenta paliar, aquéllas deben necesariamente reconocer el vallado de la justicia y la equidad, por lo que los medios elegidos no pueden desvirtuar la esencia de las relaciones jurídicas establecidas bajo un régimen anterior. Nótese también que ha habido situaciones en las que los poderes políticos *de iure* apelando al estado de “emergencia” claramente crearon poderes afectando derechos fuera de lo autorizado por la Constitución. Este hecho patológico generó profunda incertidumbre, dado que comportó la existencia de más de una regla de reconocimiento para determinar la membresía de las reglas del sistema. Igualmente, la corte avaló estos casos, como ocurrió, por ejemplo, con la doctrina registrada en Fallos 313:1533. Esta doctrina judicial pone en jaque el criterio rector para decidir la unidad e identidad del sistema político constitucional.

D. Aplicaciones de la teoría dualista

Se repasan algunas buenas razones que permiten sostener la teoría dualista, aunque en versión moderada, como marco bastante idóneo para captar la relación entre poder democrático y Constitución en la Argentina, o más brevemente, su democracia constitucional.

Correctamente se ha observado que la distinción básica propuesta por el dualismo entre decisión del pueblo y decisión del gobierno posee similitudes importantes con la distinción clásica entre poder constituyente —es decir, el que crea el sistema constitucional— y poder constituido, encargado de interpretarla y aplicarla. Adviértase, sin embargo, que para el dualismo, en su versión radical, la más alta legitimación constitucional no es patrimonio exclusivo del poder constituyente originario. Existen, según el dualismo, situaciones en las que es posible enmendar la Constitución de Estados Unidos de América, por ejemplo, fuera del marco detalladamente previsto por el artículo V. Llevada a su posición más extrema, la tesis dualista, con argumentos ciertamente sofisticados, considera posible la reforma constitucional apelándose al sistema informal de enmienda, siempre que, naturalmente, la manifestación produzca un episodio constitucional superior dictado por la voluntad popular.⁵⁵

Para el dualismo pareciera no haber términos medios: hay temas fundamentales y temas de coyuntura. Estos últimos son los que ocupan la agenda cotidiana del gobierno. Contrariamente, las decisiones tomadas por el pueblo no son moneda corriente, son decisiones extraordinarias, ya que se encuentran fuera del curso habitual de la acción política. Durante estos episodios, una ciudadanía de masas insiste en hacer algo más que elegir a quienes serán sus gobernantes. Estos momentos, en los que el pueblo se manifiesta con un acento distinto del que lo caracteriza durante la política normal, son designados por el dualismo, tal como se ha referido *ut supra*, como “momentos constitucionales”. En estos momentos, el pueblo ejercita su soberanía, a diferencia del poder delegado, normalmente ejercido por los representantes electos.

55 Véase Ackerman, Bruce, *We..., cit.*, nota 27, t. I, pp. 267-269. Este autor sugiere que los americanos han construido a lo largo de dos siglos para la producción legal de más alto rango dos sistemas: el clásico y el moderno. La crítica a este argumento puede consultarse en Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, 3a. ed., Nueva York, Foundation Press, 2000, vol. 1, pp. 106-110.

Pues bien, aprovechando la caracterización de estos raros “momentos constitucionales”, hay en ellos dos rasgos sobresalientes: el producto o resultado de la actividad deliberativa desplegada en tales momentos, y las peculiares circunstancias en que, como contexto, se inserta dicho discurso constitucional. Es decir, producto y contexto.

Sí, dicho toscamente, en la embriología de los sistemas jurídicos constitucionales hay dos momentos clave: el de la creación⁵⁶ y el de la aplicación; la primera de las ideas se presenta fuertemente ligada con los momentos constitucionales. Naturalmente ha de entenderse por creación⁵⁷ de los sistemas jurídicos, una cuestión debatida.⁵⁸ Y con la aplicación sucede algo similar. Para no desviar la exposición argumental, no se da más cuenta sobre estos temas que algunas definiciones que luego pueden ser estrictamente vinculados con los “momentos constitucionales” y los “momentos corrientes”.

Sin perjuicio de lo expuesto, hay un aspecto del debate que no es tan espeso. Es el referente al establecimiento de la primera Constitución. Obviamente, no iré tan lejos como afirmar la existencia de plena coincidencia respecto de que se trataría de un acto de “pura creación”, siempre que por creación⁵⁹ entendamos la formación de algo nuevo, ya sea en forma espontánea o dirigida. Pero es cierto que la discusión sobre creación y aplicación del derecho es mucho más liviana cuando lo que se considera es la producción propia de la Constitución, que cuando se analiza el proceso jurídico de creación y aplicación del resto del orden jurídico.⁶⁰ Con estos márgenes, siendo una cuestión altamente debatida, cabe señalar que la creación del sistema constitucional de la Argentina, es decir su establecimiento, la fundación del complejo jurídico de más

56 La palabra “crear” tiene en el DRAE cinco acepciones. Una de ellas significa producir algo de la nada. Esta es, precisamente, la que no se tiene en consideración porque no es compatible con la teoría de la realidad que guía estas investigaciones. Tal estatuto ontológico está radicado en las siguientes sospechas: existe un mundo exterior y único al sujeto que conoce, compuesto de cosas concretas que cambian o que pueden hacerlo y donde nada proviene de la nada; ninguna cosa se reduce a la nada, toda cosa cambia. Cfr. Bunge, Mario, *Ciencia, técnica y desarrollo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1997, pp. 156 y ss.

57 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, pp. 156 y ss.

58 Bulygin, Eugenio, “Creación y aplicación de derecho”, inédito, 2003. Material científico que gentilmente me ha sido entregado por su autor, y del cual existe copia, desde luego, en mi archivo personal.

59 Cfr. Bunge, Mario, *Diccionario de filosofía*, México, Siglo Veintiuno, 2001, p. 41.

60 Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1998, pp. 244 y ss.

alto rango, la introducción por primera vez de las disposiciones normativas de alcance general⁶¹ tiene fecha cierta: 1853.

Las cuatro esquinas del texto de la Constitución de la Confederación Argentina de 1853 albergaban un preámbulo y 107 reglas y principios. Con claridad conceptual, el ideario del poder constituyente fue desplegado en poco más de veinte páginas. Quizá, los fines explícitos del preámbulo son los que mejor ilustran la ideología del poder constituyente originario: “constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad”.⁶² En clave normativa, el programa constitucional era la herramienta para encauzar la democracia (*in fieri*) y contribuir decisivamente en la tarea de dirección del ordenamiento. Pero esto no autoriza a imaginar que la Constitución presuponia la existencia de una ciudadanía que tuviera un pensamiento homogéneo sobre los ideales que inspiraban la democracia. Confirma este dato el repaso de una de las consignas del preámbulo: “consolidar la paz interior”. Indica, sobriamente, la indiscutible necesidad de encauzar los disensos dentro del régimen inaugurado por la ley fundamental. La Convención Constituyente no hablaba ilegalmente; habló en nombre del pueblo con el indiscutido propósito de evitar y suprimir las luchas civiles.

Es 1853 el momento clave de la historia constitucional de la Argentina. Este es el momento en que el pueblo argentino, con todas las limitaciones antes mencionadas, decide racionalmente la autoorganización de la comunidad. El pueblo argentino explicó al mundo, al fijar la Constitución, el alcance y contenido de su voluntad general.

Por lo tanto, en la comprensión de la democracia constitucional, 1853 queda fijo en la memoria colectiva de la comunidad por el horizonte de proyección del debate colectivo suscitado y, sobre todo, por su profundidad y perdurabilidad. La seriedad que revestía y aún reviste el asunto discutido, el hecho de que los ciudadanos hayan tenido la oportunidad de organizarse para expresar su forma de ver el problema y, por último, el hecho de que exista una mayoría que postula una determinada forma para solucionar el problema en cuestión, son datos cuya comprobación

61 Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, pp. 366 y 367.

62 Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, t. 1, pp. 296 y ss.

hacen que 1853 pueda ser configurado como un momento constitucional. La naturaleza del problema resuelto es capital para decidir la importancia del momento. Ello fue posible porque hubo un profundo cambio en las relaciones de fuerza que hasta entonces habían imperado. La constitucionalización de la Argentina, al momento de sancionarse la Constitución, era un problema que llevaba 43 años sin ser resuelto. Cifra que asciende a cincuenta años si se computa —como se hace en esta obra— que el ciclo del poder constituyente originario en la Argentina se extendió desde 1853 hasta 1860.

Los argumentos que anteceden orientan hacia esta conclusión. Ilustrado como momento constitucional, 1853 indica claramente que la libre deliberación del pueblo argentino produjo la ley fundamental; léase: conjunto de disposiciones normativas que predisponen y disponen la planificación de la fuerza estatal. Sin dejar de reconocer que el derecho constitucional argentino no consta únicamente de las disposiciones normativas contenidas en el texto constitucional. En muchas ocasiones, a veces más de las deseadas, también el derecho constitucional es producto de la interpretación judicial, por obra y gracia de la generalidad normativa de la regla elaborada por el juez para justificar su decisión para superar una laguna, obviamente no prevista por el constituyente.

La decisión constituyente de 1853-1860 promueve la democracia porque se apoya en la decisión del pueblo. En la historia argentina, pues, la tensión no ha sido entre democracia y Constitución, sino entre quienes pretendieron socavar la democracia constitucional o no la han entendido, y sus defensores. Naturalmente, el enorme desafío consiste en descubrir, día tras día, concepciones apropiadas entre democracia y Constitución. La perdurabilidad de la ley fundamental de la Argentina, a lo largo de un siglo y medio con todos sus contratiempos, da una idea de la continuación *sine die* del momento clave fundacional de 1853-60. Cuanto más fuerte ha sido la crisis en la Argentina en estos 150 años en los que, por despegarse de la Constitución, se han producido profundos estragos, mas se ha reconocido la necesidad de transitar cuidadosamente el camino inspirado por su letra. Por esto, sin caer en absolutismos de ninguna especie, y sin aseverar que la decisión fundacional de 1853-60 sea perpetua, va quedando claro que el contexto en que fue adoptado el compromiso originario para encauzar la democracia como regla de la vida comunitaria, aunque susceptible de cambio y por ende no inaltera-

ble, ha merecido en forma permanente el consentimiento de los vivos, es decir, de manera sencilla, por “la posteridad” de la que habla el preámbulo. Han sido las generaciones vivas desde 1853 las que han organizado nuevas prácticas desde entonces. La decisión fundamental de 1853-60, excepto para los enemigos de la democracia constitucional, ha facilitado —sin dudas— la idea de que los vivos se gobiernen a sí mismos.

Difícilmente puede ponerse en jaque la idea de que la Constitución estipuló dos caminos para la producción jurídica de disposiciones de alcance general, diferenciando la jerarquía del producto. Por un lado, la de más alto rango, la constitucional, las bases y puntos de partida elementales para fijar la convivencia comunitaria —con la propiedad de la rigidez como cualidad sobresaliente— por una Convención Constituyente convocada para tal efecto (*cf.* arg. artículo 30 de la CN). Esta producción acaece en circunstancias muy especiales, aunque son las distintas generaciones, una tras otra, las que, “dialogando entre sí”, permiten urdir la perdurabilidad o no del compromiso originario. Considero que esta suerte de conversación entre generaciones⁶³ es la forma más persuasiva y la que mejor serviría para rechazar un enunciado que se sugiere como paradoja de la democracia constitucional:⁶⁴ “cada generación desea ser libre para obligar a sus sucesoras, sin estar obligada por sus predecesoras”. Por otro lado, una vez generado el derecho constitucional, requiere de las decisiones cotidianas del gobierno —de las “autoridades de la Nación”, como se las denomina en la segunda parte de la CN— porque una vez creado, el derecho constitucional necesita de un poder con la capacidad suficiente para aplicar con energía las reglas predeterminadas por su sistema y, en caso de ser necesario, apelar a la fuerza para imponer sus definiciones.

E. *Objeciones a la teoría dualista*

Interesa realizar ciertas observaciones sobre la comprensión teórica propuesta por el dualismo. En este marco, la expresión “momentos constitucionales” no dista de cierta vaguedad, frente a esto no se puede permanecer ni indiferente ni en silencio. La comprensión merece un im-

63 Ackerman, Bruce, “Constitucional...”, *cit.*, nota 25.

64 Elster, Jon, *Ulysses and the sirens*, Cambridge University Press, 1979, p. 94.

portante ajuste. En efecto, si por momentos se ha de comprender “mínimo espacio de tiempo”, el itinerario constitucional es una sucesión permanente de momentos. Así, el concepto se diluye. La observación realizada no es meramente un ejercicio intelectual. Si se la pierde de vista, un discurso muy sencillo pondría en evidencia que habría momentos en los que razonablemente cabría suponer que la Constitución tiene influencia, y otros en que no los tiene (momentos corrientes). Entonces, los costos por no realizar adecuadamente una aguda precisión no serán bajos. En especial, si tal como se especula más abajo⁶⁵ todas las decisiones políticas se han de elaborar y ejecutar en virtud del marco que estatuye la Constitución, y no contrariamente.

Cuando la Constitución de 1853 juridizó⁶⁶ el poder democrático instaurando el esquema básico para la convivencia política argentina,⁶⁷ difundido y aceptado por generaciones tras generaciones, no lo hizo para un solo momento, si su intelección queda reducida a una porción de tiempo breve con relación a otra.

Consiguientemente, mi interés en esta empresa de precisión no es meramente una cuestión que pasa por el vocabulario. Ciertamente, las decisiones del pueblo por las que se instaura la primera Constitución o sus enmiendas, que naturalmente son adoptadas en un clima de condiciones políticas especiales, son escasas. Permítaseme aún ser más preciso. De un modo esquemático, si se plantea la cuestión en el derecho argentino, y se opina que en un siglo y medio el pueblo solamente se movilizó ya sea para establecer o ya sea para enmendar la ley fundamental, en sólo siete ocasiones la veracidad de la hipótesis es inquietante. Las señales de la historia ilustran el camino. Durante el siglo XIX, contada la fundación de 1853, hubo además solamente tres movilizaciones decisivas del pueblo argentino, cuyo producto fue legislación suprema del más alto rango: 1860, 1866 y 1898. La frecuencia no varió en el siglo XX; la CN fue reformada en 1949, 1957 y 1994.

65 Véase III, 2 *ut infra*.

66 *Cfr.* Con toda seguridad, refiriéndose con exclusividad al modelo español, Manuel Aragón Reyes considera que sin democracia no hay Constitución, pero sin Constitución no hay democracia, esto es, democracia asegurada, garantizada por el derecho: democracia verificable. El Estado constitucional es el intento de juridificar la democracia; Aragón Reyes, Manuel, “La democracia constitucional”, en varios autores, *Constitución y constitucionalismo hoy*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2000, pp. 108 y 115.

67 *Cfr.* Spota, Alberto Antonio, *op. cit.*, nota 46, p. 159.

Con el fin de mantener la integridad de la concepción defendida, considero que es rigurosamente cierto que la producción jurídica de más alto rango no se produce ni siquiera anualmente. Es un fenómeno que raramente acontece en la historia de las comunidades y el testimonio que brinda la historia constitucional argentina confirma esta dirección. Pero la idea básica del dualismo, los “momentos constitucionales”, merece en este trabajo su acotamiento. Lo hago en el próximo párrafo con dos afirmaciones bien condensadas.

Se mantiene en esta pieza el eje “momentos constitucionales”, pero entendiendo por momentos importantes, porciones temporales en relación con otro fragmento de tiempo, en cuyo transcurso una extraordinaria movilización popular delibera sobre la producción (o no) de legislación de la más alta jerarquía jurídica. Esta primera observación no es solamente una bonita postal. Cumple, en mi opinión, la delicada función de destacar la relevancia de la producción de la ley fundamental y sus revisiones. Contemplar con este enfoque el asunto cuidadosamente, pone al descubierto que la única producción de alto rango jurídico que queda atrapada por el concepto es la que no trasciende el programa fijado por la Constitución. Por ende, “momento constitucional” es un concepto disponible si solamente abarca la hipótesis de configuración constitucional y sus reformas; léase, fundación y transformación, cambio o reforma de la ley fundamental. En segundo lugar, no es factible entonces afirmar que toda decisión del pueblo, que evidentemente implique una producción de alto rango pero haya sido adoptada fuera de las hipótesis que para su reforma prevé la Constitución, sea susceptible de quedar apisionada en la orientación conceptual planteada.

F. 1853-2003: los momentos clave. Cuadro de situación

Tal vez sea útil redondear las ideas de este apartado. La línea de pensamiento sigue este camino. Primero, el poder constituyente originario es aquel que expresa la decisión política fundamental. Es el poder que elige y erige los principios superiores que caracterizan el sistema que adopta la organización comunitaria. Consiguientemente, siguiendo esta concepción, dos son los modos básicos que tiene el ejercicio del poder constituyente: democrático y no democrático. Si se aprecia que el poder de autoorganización comunitaria pertenece al pueblo, la descripción puede ser fácilmente realizada. En cambio, si el poder para producir y

orientar la organización estatal no reside en los ciudadanos que, en conjunto, componen el pueblo, obviamente la regla conceptual que alumbró la descripción de ese sistema no será la democrática. Inevitablemente, esta concepción del poder constituyente implica un modo de concebir la reforma constitucional. En efecto, este poder de revisión o enmienda no debe alterar⁶⁸ principios supremos predeterminados originariamente por la primera Constitución.

Segundo, el poder constituyente que fundó el Estado argentino tiene fecha cierta: 1853.

Tercero, la legitimación democrática de la CN es contrastable. La ley fundamental de la Argentina es una decisión del pueblo. Fue la comunidad la que dispuso crearla, por medio de sus representantes, coincidiendo dicha génesis con la del propio Estado.

Cuarto, en el plano normativo, el preámbulo de la CN aloja esta legitimación democrática con una expresión bien sencilla: “Nos, los representantes del pueblo...”.

Quinto, es muy difícil que la teoría del poder constituyente en la Argentina pueda ofrecer imágenes concluyentes. Es que la sucesión de quebrantamientos constitucionales originados por golpes militares o por la endémica emergencia han provocado un deterioro significativo del concepto de pueblo, como sujeto especial al que se atribuye la paradigmática potestad para crear el sistema constitucional. Si se intenta, naturalmente, la búsqueda de legitimación democrática en tales procesos, la noción de poder constituyente se desdibuja por completo. Y queda un profundo sabor amargo, porque se detecta que, en última instancia, titular del poder constituyente no es quien quiere o quien se determina que debe serlo, sino simplemente quien puede realizar de manera fáctica la instauración de tal o cual orden.

Sexto, con todas las precauciones conceptuales del caso, puede decirse que hace poco más de 150 años el pueblo argentino adoptó la democracia como modalidad genética del ordenamiento. Desde el primer momento, la democracia argentina prefirió ser protegida por la Constitución. La democracia, entendida como una peculiar forma de Estado en la que la voluntad colectiva resulta engendrada por lo que están sujetos a ella —esto es por los ciudadanos que componen el pueblo—, es un principio cardinal del sistema constitucional que opera desde el plano del poder

68 Sobre el particular, remito al lector *ut infra* IV, 3.

constituyente. En este contexto, y dicho de otro modo, la Constitución de la Argentina es la figura de la democracia, aunque débil, por supuesto. Si se considera que “todos” los ciudadanos potencialmente en condiciones de ser considerados libres en ese momento, así lo fueron, el argumento tiende a desplomarse.

Por último, el camino está bastante despejado. La legitimación democrática del sistema constitucional es bastante evidente. La democracia, normativamente, queda garantizada por la CN. Su cumplimiento riguroso es otro cantar.

De acuerdo con el plan de labor propuesto *ut supra* II, 1, corresponde analizar los rasgos sobresalientes de la regla básica del sistema jurídico argentino y su punto de conexión, en su derredor con la democracia y en su interior con las garantías.

III. CONSTITUCIÓN NACIONAL, REGLA BÁSICA DEL SISTEMA JURÍDICO

1. *Defensa constitucional*

La Constitución de 1853, con importantes enmiendas, mantiene su vigencia y fija el techo jurídico y valorativo de la sociedad. La ley fundamental marca un vital punto de inflexión en la historia de la democracia argentina. Porque revela el paso último —pero no final— del proceso de construcción política del Estado, cuya semilla fue sembrada por la gesta revolucionaria de 1810, seguida de la declaración de nuestra independencia el 9 de julio de 1816 y los intentos constitucionales. Y también porque estructura las bases para el apoyo y arranque de todo el edificio estatal, cuyos antecedentes fundantes e inmediatos fueron el Pacto Federal de 1831, el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos de 1852 y el magnífico proyecto constitucional surgido de la pluma de Juan Bautista Alberdi.⁶⁹

El Estado constitucional de derecho argentino se explicita como el resultado de cierto marco consensual entre integrantes —no todos los integrantes— de una comunidad, en un principio libre que acordaron

⁶⁹ Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Sopena, 1957.

expresar los vínculos estrictamente necesarios y mínimos para el desenvolvimiento de la coexistencia pacífica y perdurable. La CN, en su cuerpo textual, contiene la expresión de ese consenso puesto de manifiesto por los contrayentes. Nada más ni nada menos.

Es justificable aseverar que la constitución del Estado democrático vale o valdrá lo que valen o valdrían sus garantías, ni más ni menos; es decir, por la custodia que puedan proyectar los instrumentos previstos por el propio sistema organizado por la Constitución para su autodefensa integral. En esta obra, garantías constitucionales es un concepto extremadamente amplio, motivo por el cual dentro de tal categoría quedan comprendidas, entre otras, las garantías de la Constitución y las garantías de los derechos constitucionales.

2. *Garantías constitucionales*

A. *Garantías de la Constitución*

La concepción de las garantías de la Constitución remite a una idea nuclear: que la “política debería ser constitucionalmente adecuada”, descartándose de plano la posibilidad de que la Constitución pueda ser políticamente adaptada, según el paladar o antojo de quienes representen circunstancialmente la voluntad del cuerpo electoral.

El examen del sistema constitucional federal de la Argentina permite la siguiente ilustración de piezas que componen el subsistema denominado garantías de la Constitución:

- a) División de las tareas de los poderes constituidos.
- b) Reforma constitucional.
- c) Emergencias y autodefensa constitucional.
- d) Desarrollo progresivo de los derechos subjetivos constitucionales por intermedio de la reglamentación a cargo del congreso.
- e) Estándar de racionalidad, mínimo aceptable y función republicana.
- f) Interpretación y control judicial de la constitucionalidad.
- g) Control del congreso.

B. *Garantías de los derechos constitucionales*

Pueden ser caracterizadas como las herramientas de naturaleza reactiva y defensiva que se ofrecen a los ciudadanos para que, en cada caso singular o general en que se reputa producida una vulneración o amenaza de lesión de un derecho fundamental o del estatuto de los poderes, puedan acudir a ellas y obtener la preservación del derecho o el reestablecimiento del equilibrio de los poderes.

3. *Excursus sobre eficacia de las garantías*

En los desarrollos que componen esta parte, existe la intención de fijar lineamientos para la comprensión teórica del sistema constitucional argentino, y hacer hincapié en el desempeño de las garantías. Estas son, a mi juicio, inseparables del significado de Constitución. Así, la Constitución será verdaderamente la nave insignia del ordenamiento jurídico, siempre que las garantías tengan aptitud para respaldar sus propias previsiones de principio.

Las garantías pueden ser eficaces o ineficaces, mas nunca inútiles, porque son siempre imprescindibles para reducir la brecha entre la prescripción de la ley fundamental y el acto o norma del servidor público. A veces lo logran. Otras veces, su ineficacia queda patentizada, la cual origina un proceso capaz de quebrantar la correcta estructuración del derecho constitucional. Así, puede insinuarse una nueva tipología constitucional, las Constituciones vulnerables y las que no lo son. Las primeras corresponden a comunidades donde predominan tendencialmente las actitudes hacia soluciones mágicas e irracionales. Allí, las prescripciones del sistema constitucional pueden ser dejadas de lado, si es que ellas obstaculizan las políticas de turno. La política pocas veces es políticamente constitucional; siempre se intentará imponer la ley del más fuerte. Contrariamente, las Constituciones no vulnerables corresponden a sociedades cuya organización revela una natural tendencia al cumplimiento de las reglas básicas del juego constitucional preconfiguradas, siendo que éstas encabezan la posibilidad de que cada ciudadano pueda cumplir racionalmente su plan de vida elegido.

Se está en condiciones de hacer una síntesis de la disquisición efectuada. Dicho en forma simplificada, hay dos momentos clave en la vida de cualquier sistema jurídico constitucional: los momentos extraordinarios, es decir cuando el sistema es creado o reformado; y los momentos ordinarios, o sea, cuando cotidianamente es interpretado y aplicado. La reforma constitucional es la garantía que respalda la idea de que las decisiones constituyentes, políticas por naturaleza —porque política es la creación del derecho constitucional—, queden a cargo del cuerpo electoral. La interpretación de la Constitución, especialmente por intermedio del control judicial de constitucionalidad, es la garantía de que la Constitución se mantendrá como norma suprema del sistema.

Trazar esta división tajante entre el campo de la creación constituyente y el de la interpretación a cargo de los jueces significa, por lo pronto, reducir, al menos en el plano de la teoría, la hipótesis de vulnerabilidad.

IV. MANTENIMIENTO Y CAMBIO DE LAS REGLAS CONSTITUCIONALES ORIGINARIAS: INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y REFORMA

1. *Constitución, cauce de la democracia. Garantías, defensas de la Constitución*

Sin dudas, existe un flujo y reflujo entre democracia y Constitución. Si la democracia opera en el entorno del sistema, es el propio sistema el que la encauza y desde cierto punto de vista intenta su aseguramiento.

Por su parte, la Constitución es custodiada, por definición, por uno de sus componentes principales: las garantías. Pero los datos descriptivos sobre la estructura constitucional no alcanzan para comprender la eficacia o ineficacia de su funcionamiento. O sea, una cosa son las garantías, cuya anatomía básica es descrita *ut supra* III, y otra cómo funcionan y cuál es la real dimensión de cada uno de esos mecanismos. Este es el tema al que en esta sección doy tratamiento.

2. *El guardián de la Constitución y la interpretación*

La principal consecuencia de la constitucionalización de la democracia es, por lo pronto, que la propia existencia de la Constitución queda con-

dicionada a la eficacia de las garantías. La idea de una Constitución duradera está íntimamente asociada a dos garantías: la interpretación y la reforma constitucional.⁷⁰

Las disposiciones constitucionales no son, por regla, ni tan específicas ni tan sintéticas como el resto de las disposiciones del sistema jurídico. Consiguientemente, su correcta aplicación requiere de interpretaciones cuya magnitud es indudable, en razón de las significativas especificaciones que exige la disposición jurídica constitucional.

Interpretar el sistema constitucional es, en primer término, leer su texto y asignar sentidos a las disposiciones que lo integran. Sin embargo, un texto constitucional puede ser entendido no sólo porque se conoce su vocabulario sino, y sobre todo, porque se domina la gramática del lenguaje constitucional empleado, básicamente, el que confiere reconocimiento a los derechos y garantías, y programa la distribución, asignaciones de potestades y control de las funciones estatales.⁷¹

Suele afirmarse —y lo considero correcto— que el control judicial es el fragmento más importante de la interpretación constitucional; ambas son tareas fundamentales de la potestad de juzgar, en la inteligencia de que la jurisdicción es una delegación predispuesta por el pueblo en el pacto original. La relación, pues, entre la interpretación y el control es muy fuerte: siempre que se lleve adelante el *test* de constitucionalidad de un acto o norma infraconstitucional, del que resulte la descalificación o incompatibilidad —o no— del producto enjuiciado, necesariamente hay que interpretar y decidir si tal conflicto existe o no.

El derecho constitucional no es un instrumento de precisión matemática, sino que con acierto presenta lo que se ha denominado textura abierta. Sin embargo, aunque el lenguaje constitucional no tiene incorporado un significado unívoco, ello no es obstáculo ni serio ni suficiente para predicar que, en determinadas hipótesis, el significado de las disposiciones constitucionales no venga propiamente determinado por el contexto donde es o será afirmada,⁷² esto es, por la posibilidad cierta de demostrar que determinadas consecuencias —porque determinados he-

⁷⁰ Cfr. Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 146.

⁷¹ Cfr. Vernengo, Roberto, "Interpretación del derecho", en varios autores, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 251.

⁷² Cfr. Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 184, 231 y 232.

chos caen fácilmente bajo su campo de aplicación— se obtienen claramente de la recta aplicación de la regla constitucional pertinente. El significado de las palabras que integran el vocabulario constitucional depende en buena medida del uso atribuido; por esto, considero que es bastante evidente que el significado de las reglas constitucionales está asociado a nuestra forma de vida democrática; en dicho acuerdo reside el punto de conexión necesario para el juego del lenguaje constitucional. En este contexto, la Constitución, como derecho supremo, tiene significados claramente determinados, predisuestos y totalmente comprensibles; otros son determinables, importando a veces el sacrificio de un valor reputado como fundamento del propio orden.

En tal orden de ideas puede predicarse que la CN no escapa a la regla: es un texto finito, porque finita es la cantidad de interpretaciones que de él pueden realizarse. Finito significa que el texto constitucional argentino —cualquier texto constitucional— es agotable, no tiene partes fuera de sí. Por ello, en este sentido puede especularse, muy seriamente, que hay un mundo constitucionalmente posible que viene predeterminado fuertemente por el sistema constitucional originario.⁷³ La Constitución, como sistema originario de un sistema jurídico —que, entre otras cosas, impone orden—, divide los sistemas jurídicos subconstitucionales en dos conjuntos: posibles e imposibles. Que algunas o muchas reglas del sistema constitucional tengan como característica estructural la de estar sujetas a más de una interpretación posible, no puede llevar a la creencia ni de que no existan respuestas interpretativas erróneas ni, peor aún, de que la función de aplicar el derecho puede ser confundida con la de constituirlo, de crearlo, en sentido fuerte y radical. Evidentemente, las soluciones jurídicas inconsistentes con el sistema constitucional originario no pueden pretender pertenecer a éste.

El texto constitucional argentino es un texto de recorrido ilimitado. Se puede seguir siempre a lo largo de su textura, pero siempre dentro de los cuatro puntos cardinales que fijan lo que queda dentro y lo que queda fuera del territorio constitucional. Por esto, la interpretación constitucional ilimitadamente puede seguir el perímetro y el contenido de la Constitución, y pasar siempre por los mismos puntos y engarces. Sin apelar al cambio de la redacción originaria, el recorrido ilimitado puede

⁷³ *Ibidem*, p. 180.

intentar captar nuevas realidades, mostrando la capacidad que tienen los textos para adaptarse a diferentes circunstancias.

Nuestro sistema de control de constitucionalidad de actos y normas infraconstitucionales —capítulo medular de la interpretación judicial— que sigue en líneas generales al modelo estadounidense, surge de la interpretación de los artículos 1o., 18, 19, 28, 31, 33, 43 y 116 de la CN. Sin esta garantía, la Constitución carece de guardián, defensor o custodio permanente. La concepción del mundo constitucional, como hecho prescriptivo que genera un precompromiso comunitario, es indisociable de su efectiva aplicación jurisdiccional. La “garantía jurisdiccional de la Constitución” o “control o revisión de constitucionalidad” es el componente del sistema cuyo adecuado funcionamiento es el que mayor aptitud reviste para garantizar que la Constitución se mantenga como disposición suprema del sistema jurídico estatal, al respaldar la estructura jerárquica de éste.

No obstante, no puede perderse de vista esta necesaria e indiscutida distinción: una tarea es determinar el significado de una regla constitucional al eliminar o inaplicar —llegado el caso— la regla inferior en conflicto con ella, y otra es generar la regla constitucional misma. Tal afirmación significa que hay órganos de interpretación y aplicación, por un lado, y órganos de producción y de clausura, por otro, del sistema constitucional. Por esto, aunque el mantenimiento de las reglas de juego del sistema constitucional es una función de capital importancia para su perduración, por la vía de la interpretación, esto no conlleva la idea de eternidad. Y, en rigor de verdad, cuando se deja de atribuir significados, las posibilidades que quedan no son muchas. Más bien, muy pocas.

3. Creación constitucional y reforma

Establecer la diferenciación entre el poder constituyente y los poderes constituidos es un capítulo medular de todo Estado de derecho. La función propia del poder constituyente es la de configurar e instaurar el derecho constitucional; la función propia del poder constituido es gobernar de acuerdo con los principios y reglas del orden constitucional, no generarlos. Es un rasgo esencial del Estado constitucional de derecho que su Constitución cree y regule los poderes constituidos.

El poder de reforma constitucional y su contenido generan un nuevo punto de llegada del proceso de construcción política del Estado. Por

esto, el poder de reformar la Constitución, generalmente sometido a reglas de competencia prefijadas, es un poder político porque crea derecho constitucional. Recordemos con Bobbio: “poder y derecho” son dos caras de la misma moneda, pero sólo el poder del Estado crea derecho, y sólo el derecho puede limitar al poder.⁷⁴ Con el sistema jurídico en su centro, el sistema constitucional es un producto capital de las relaciones de poder.⁷⁵ El cambio constitucional que produce variaciones sustantivas en el texto constitucional, tiene una peculiaridad: siempre forma algo nuevo, la Constitución reformada. Porque la decisión del pueblo, libre y soberana, es la que la ha renovado, en todo o en parte.

Consiguientemente, sobradas razones sugieren que la Constitución no debería estar desvinculada del tiempo y de la realidad a la que se enfilan su prescripciones, ya que precisamente esa realidad a la cual se dirigen sus disposiciones normativas está sujeta al devenir y cambio histórico. Y si ante múltiples y cambiantes circunstancias históricas, la Constitución pretende resguardar su fuerza normativa sin alterar su propia identidad, el único modo posible de hacerlo es por intermedio de la reforma. El pueblo, el único soberano, es el que tiene derecho a cambiarla o modificarla cuando en libre y democrática decisión política fundamental considere oportuno y necesario disponerlo. Por esto es preferible pensar en reformar la Constitución, toda vez que (consensuadamente) se pueda determinar que esto sea necesario, conveniente y oportuno, y no deformarla mediante interpretaciones que la vuelven sin sentido, que desnaturalicen (según los casos, de modo parcial o completo) las pretensiones de normatividad emergentes de sus cláusulas.

Si lo que se quiere garantizar es la capacidad evolutiva de las Constituciones, la tarea de reformar el texto de la Constitución, posibilitando su cambio con verdadera conciencia de tal o cual modificación, es la vía idónea. La enmienda constitucional es una actividad que, en forma significativa, respalda el precompromiso constitucional, que a su vez canaliza y respalda la democracia.

Sobre la dimensión de la reforma es la propia Constitución la que contiene dos enunciados básicos. Recuérdese, en primer lugar, como ilustra el preámbulo, que fueron los representantes del pueblo argentino los

⁷⁴ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Buenos Aires, Planeta-Agostini, 1994, p. 14.

⁷⁵ Cfr. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

que la ordenaron, la decretaron y la establecieron. El valor de verdad de esta proposición, que desempeña un papel clave en el sistema constitucional argentino, jamás fue desmentido. Por esto, de acuerdo con esta caracterización, sin mayores esfuerzos puede decirse que si la Constitución política estatal es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo. *Ergo*, el plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral. ¿O no es razonable que las decisiones políticas de significativa trascendencia para la vida comunitaria sean sometidas, por la vía del procedimiento consultivo, a todos los ciudadanos? Naturalmente, el planteo también deja abierto un enigma o punto sin resolver: ¿por qué la democracia es la solución detalladamente más plausible? Puede responderse: en todo caso, hasta tanto no se descarten sus bondades, no cabe presumir que la opinión de uno o varios pueda ser considerada superior a la regla de la mayoría, si es que esta —y no otra— es la proposición capital sobre la que se asienta la democracia política.

Consiguientemente, ordenar, decretar y establecer una Constitución —como dice el preámbulo argentino— no prohíbe que “otra” pueda, en el futuro, también ser establecida. Si sólo el poder del pueblo crea el derecho constitucional que organiza al Estado, cabe especular que, cuando se aparta de tal función instrumental, el derecho constitucional deja de ser la razón que reglamenta la fuerza, y pasa a ser el poder coactivo mismo. El derecho constitucional es un esfuerzo por contener al poder; cuando desaparece la distinción, se desvanece la idea de que el poder público es ejercido por el pueblo por intermedio del sufragio.

En segundo lugar es, pues, el proceso de reforma constitucional —y su contenido— el que puede generar un nuevo punto de llegada del proceso de construcción política del Estado. Se trata de una cuestión intrínsecamente política: la creación de la *norma normarum*. Con claridad y propiedad, esta puerta al futuro es abierta por el artículo 30 de la ley fundamental: “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”. No hay posibilidad, desde el punto de vista empírico, de convocar a la “Convención” aludida por la letra de la Constitución sin convocar al pueblo, sin escuchar su palabra.

Disponer o tomar partido por la rigidez constitucional significa que la Constitución —en principio— no debería ser reformada sobre la base de los mecanismos previstos para la elaboración de la legislación ordinaria. Rigidez, por otra parte, que viene a ser consecuencia directa, sin intermediaciones, del principio de supremacía de la ley fundamental (*cf.* arg. artículo 31 de la CN). El hecho de que la reforma de 1994 —artículo 75, inciso 22— haya previsto que los tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara para gozar de la jerarquía constitucional, no significa ni el abandono de la rigidez constitucional ni de una particular forma de producción del ordenamiento constitucional, sólo indica un apartamiento del cauce regular de reforma, para incidir propiamente en el reforzamiento de los derechos fundamentales.

En síntesis, una reforma constitucional es la que produce un cambio en el contenido del sistema, pero no la abolición ni la destrucción del preexistente.⁷⁶ En estos últimos casos, contrariamente, al cambiar la regla de reconocimiento —ya sea por revolución, ocupación, quebrantamiento, fisura— cambia la identidad del sistema jurídico estatal preexistente. La comprensión del régimen constitucional argentino permite entrever dos límites a la reforma constitucional: *a)* La desfiguración del Estado democrático, y *b)* La afectación del contenido mínimo de los derechos fundamentales, tal como normativamente se encuentra predispuesto por el texto actual en vigencia. Fuera de estas materias, todo el articulado constitucional es susceptible de enmienda (*cf.* arg. artículo 30 de la CN). En libre decisión, el pueblo argentino puede sustituir todas las disposiciones constitucionales actualmente en vigencia, sin alterar el propio significado del término “reforma”, naturalmente a condición de que no se vea lesionado, ni mínimamente, ningún principio o regla de derecho constitucional directa o indirectamente vinculado con las materias descriptas en los puntos *a)* y *b)*, *ut supra* indicados. Tan sencillo como esto: democracia y derechos, en ese orden. En estos últimos supuestos,

⁷⁶ El orden jurídico puede ser visto como una secuencia de conjuntos de normas (sistemas normativos) donde la unidad de esta secuencia, y con ello la identidad del orden jurídico, estaría dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia: por ejemplo, el contenido de la regla de reconocimiento. *Cfr.* Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Sobre el concepto de orden jurídico”, *op. cit.*, nota 61, pp. 395 y ss.

tales modificaciones a la ley fundamental serán inadmisibles y no comportan una reforma, sino una abolición del texto constitucional, que dará lugar y fundamento al derecho de resistencia descrito en el artículo 36 y preanunciado en el artículo 21 del mismo código constitucional.

V. TIEMPO DE BALANCE

Aquí considero justificado puntualizar marcadamente de qué manera cada una de las tres partes de este capítulo se insertan y ensamblan.

En primer lugar, quizá, sencillamente, la problematización de la idea rectora no permite ir más lejos que esto: la defensa de la función constituyente (creación del derecho) puede quedar pulverizada si se acepta que otro órgano que no sea una Convención Constituyente elegida por el pueblo tenga competencia para hacerlo. El momento de la creación constitucional, es decir el momento del alumbramiento de las pautas originarias que determinan la convivencia política de una sociedad, requiere un debate cuya amplitud, profundidad, serenidad, pareciera que solamente la emanación democrática del pueblo puede garantizar. En otras palabras, lo que pareciera que verdaderamente se afirma en estos momentos constitucionales es la libertad individual de cada ciudadano a participar —o no— en el proceso de construcción de la voluntad estatal y en qué dirección. Desde esta perspectiva, la soberanía viene de abajo, de los individuos que, en tanto ciudadanos, componen el pueblo.⁷⁷

No creo necesario debatir si los constituyentes de 1853 se llamaron a sí mismos demócratas. Tampoco considero esencial considerar cuál era el alcance de la democracia para ellos, si era muy respetable o sólo medianamente. Lo que interesa es el horizonte de proyección propio de la democracia como idea para la configuración institucional de la Argentina. Reivindicar la democracia, como procedimiento genuino para la producción del ordenamiento, aun muy limitadamente como fue a partir de 1853, sin duda constituyó una idea revolucionaria, pero sin armas. Desde entonces, la evolución de la democracia permite indicar que su sentido principal es gobierno de todos, de mayoría y de minoría, de pobres y de ricos.

La democracia puede servir para individualizar la regla de reconocimiento del sistema; naturalmente, la autocracia siempre acecha. En el

⁷⁷ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 5, p. 440.

caso argentino, decir que la CN configura la juridificación de la democracia, que democracia provoca *ipso facto* la legitimación del sistema, es una afirmación que debe ser interpretada en sentido débil. Que hayan transcurrido ciento cincuenta años para que el intento pueda convertirse en una realidad que tarda en llegar significa, por lo pronto y claramente, que la semilla tarda mucho tiempo en germinar. Pese a que todavía no sucedió en la forma esperada, las patologías del sistema jurídico y la crisis del Estado constituyen innegablemente un reto que hace cobrar conciencia del significado del problema. Una política constitucional, previsoramente e integradora, constituye un gran desafío. Si sucediere, la estabilidad jurídica no tardaría en imponerse. En los momentos actuales el sistema de democracia constitucional experimenta en la Argentina un proceso muy curioso. En términos muy generales, hay un consenso importante que desde 1983 va consolidando su trayectoria. Pero, paralelamente, la crisis de representatividad pareciera socavar los cimientos. O sea, consolidación y crisis, en caso de que no impliquen una fuerte contradicción, al menos, son lo suficientemente significativas para mostrar un importante cuadro de confusión. El estrepitoso fracaso que dejaron como herencia sin beneficio de inventario los gobiernos de facto, ha hecho que la democracia constitucional, en su intelección más rudimentaria —decisión del pueblo unida a gobierno limitado— cumpla, a fines de 2003, veinte años de vigencia ininterrumpida. Por lo pronto, esto significa que la democracia constitucional no tiene enemigos visibles capaces de intentar poner en jaque su estabilidad.

Una segunda consideración también se impone. Postular, como aquí se hace, que la CN es el cauce de un poder constituyente democrático, renovado intergeneracionalmente, no constituye una cuestión lingüística ni de buenos modales. Como muy bien ha señalado Genaro Carrió, el concepto de poder constituyente tiene una vital relevancia práctica; en efecto, si se lo conecta con la idea de que no hay otro titular de ese poder constituyente más que el pueblo, el concepto es lo suficientemente apto para promover la democracia y movilizar a los hombres tras su mantenimiento y defensa.⁷⁸

Empero, la juridificación de la democracia está visto que es un proceso que no termina con la Constitución, más bien principia. Porque la concepción misma de la fuerza normativa de la Constitución, y la natural

⁷⁸ Cfr. Carrió, Genaro R., *op. cit.*, nota 45, p. 258.

efectividad que ella conlleva, exige a su vez la existencia de garantías que prevean su respaldo, ya que la peculiaridad de la norma constitucional, es decir su posición jerárquica y privilegiada en el sistema normativo estatal, la obliga a garantizarse por sí misma.

Finalmente, a pesar del *aggiornamento* que propone la enmienda de 1994 para introducir nuevas formas de participación democrática —iniciativa y consulta popular—, la modalidad que impone la Constitución es el derecho creado y aplicado por la representación del pueblo, previa intervención de éste. Consiguientemente, en este marco, y para hacer una afirmación bien corta, existen dos niveles o jerarquías de decisiones políticas a las que cabe asignar, razonablemente, distinta legitimación: a) Decisiones del pueblo; b) Decisiones del gobierno.⁷⁹ Las decisiones mencionadas en primer término configuran las reglas básicas del sistema; las mencionadas en segundo lugar son las que interpretan y aplican.

La decisión del poder constituyente originario dispuesta en el momento de la creación del sistema queda ligada, de manera inseparable, a dos garantías que propiamente la Constitución provee: control judicial de la constitucionalidad y reforma. En el campo del control judicial de la constitucionalidad se cumplen tareas de adjudicación, de interpretación, es decir de asignación de sentidos; se aplican las pautas constitucionales. La reforma es una regla de cambio del sistema constitucional que permite dinamizar el sistema jurídico postulando procedimientos para que las reglas puedan cambiar dentro del orden que predetermina. **C**

⁷⁹ Cfr. Ackerman, Bruce, *La política...*, cit., nota 24, pp. 150-158; Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos, “Tres concepciones...”, cit., nota 24, pp. 15-31.