

ISSN 0328-5642
e-ISSN 2718-7063

REVISTA JURÍDICA

de la Universidad de Palermo

Año 21, Nº 1 | Junio de 2023

Facultad de Derecho

Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad de Palermo

Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO

Dirección:

Carlos A. Calvo Costa (UBA - UP)
Eugenio C. Sarrabayrouse (UBA-UP)
Graciela Medina (UBA-UP)
Marcela Basterra (UBA-UP)

Dirección Ejecutiva:

Diego A. Dolabjian (UBA - UP)
Belén Gasparotti (UP)
Janice Balanian (UBA)

Secretaría de Redacción:

Agustín M. Iglesias Diez (UBA)
Francisco Balbín (UBA)
Ian Lerner (UP)
Juan Carlos Ruas (UBA)
Luciano Durrieu (UBA-UP)
Maia Czarny (UBA)
María Rosario Tejada (UBA)
Ricardo S. Kennedy (UBA)

Consejo Académico Editorial:

Adrián Carta (UBA - UP)
Agustina Del Campo (UDESА - UP)
Agustina Ramón Michel (CEDES - UP)
Andrea Finkelstein (UP)
Claudio Ramos Feijoó (UP)
Daniel Cровi (UBA - UP)
Diana Maffía (UBA - UP)
Eduardo Roveda (UBA - UP)
Fernando Buján (UBA - UP)
Gabriel Rolleri (UBA - UP)
Gustavo Beade (UBA - UP)
Gustavo Maurino (UBA - UP)
Horacio Corti (UBA)
Horacio Días (UBA - UP)
Jaime Malamud Goti (UDESА - UP)
José Luis Gargarella (UBA - UP)
José María Salgado (UBA-UNPAZ)
Juan González Bertomeu (UP)
Juan Pablo Alonso (UBA - UP)
Laura Saldivia (UBA - UP)
Leonardo Filippini (UBA - UP)

Leopoldo Godio (UBA-UP)
Marcelo Alegre (UBA - UP)
Marcelo López Alfonsín (UBA - UP)
Mariano Heller (UBA - UP)
Martín F. Böhmer (UBA - UP)
Martín Farrell (UBA - UP)
Mary Beloff (UBA - UP)
Miguel Ángel Maza (UBA - UP)
Paola Bergallo (UTDT - UP)
Pablo Hirschmann (UBA - UP)
Raúl Gustavo Ferreyra (UBA)
Ricardo Arredondo (UBA - UP)
Roberto Gargarella (UBA - UP)
Roberto Saba (UBA - UP)

Académicos correspondientes:

Brasil: Carolina Machado Cyrillo da Silva (UFRJ)
Colombia: Edgar Fuentes Contreras (UTADEO)
Ecuador: Sebastián López Hidalgo (UASB)
España: Alejandra Boto Álvarez (UNIOVI)
Italia: Alfonso Celotto (UNIROMA3)
México: Ricardo García de la Rosa (ITAM)
Perú: José F. Palomino Manchego (UNMSM)
Uruguay: Andrés Mariño López (UDELAR)

Universidad de Palermo

Mario Bravo 1050
(C1175ABT) Ciudad de Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500
E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Editado por

Universidad de Palermo, Noviembre 2022

Diseño general

Departamento de Diseño
de la Universidad de Palermo

© 2023 Fundación Universidad de Palermo

ISSN 0328-5642

e-ISSN 2718-7063

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Índice

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo | ISSN 0328-5642 | e-ISSN 2718-7063

Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad de Palermo

Año 21, N° 1 | Junio de 2023 | Ciudad Autónoma de Buenos Aires | Argentina

Artículos..... 5

Autocracia electiva

Michelangelo Bovero 7-20

Constitución y reforma

Raúl Gustavo Ferreyra 21-67

Una visión constitucional del presupuesto

Pablo Gustavo Hirschmann 69-100

La ciencia del constitucionalismo comparado: una aproximación en perspectiva de la escuela socio-cultural y transnacional

Bernd Marquardt 101-145

Reseñas..... 147

Reseña normativa..... 149-154

Reseñas bibliográficas 155-164

La Revista Jurídica de la Universidad de Palermo es una publicación de la Facultad de Derecho / Centro de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad de Palermo.

La Revista Jurídica publica trabajos de académicos, investigadores, profesionales y estudiantes en una variedad de formatos que incluyen artículos, ensayos y comentarios sobre decisiones judiciales. Su contenido está dirigido a especialistas, investigadores y estudiantes de grado y posgrado.

La Revista Jurídica invita a los autores a enviar trabajos inéditos y originales a revistajuridica@palermo.edu. La Revista se organiza en base a un sistema de referato doble ciego para decidir sobre la calidad académica de los artículos enviados por los autores para su publicación, la originalidad de las ideas planteadas y la corrección de las citas.

Para obtener información, los interesados pueden dirigirse a:

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo
Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho
Universidad de Palermo
Mario Bravo 1050, 7° piso (C1175ABZ) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
República Argentina
Teléfono: +54 11 5199-4500
Fax: +54 11 4963-1560
E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Los trabajos firmados no representan la opinión de la Universidad o de la Revista y son exclusiva responsabilidad de los autores.

La reproducción sin autorización de cualquier texto de la Revista, sea total o parcial, idéntica o modificada, viola derechos reservados. Con fines académicos podrá citarse un breve fragmento del texto de los artículos, a condición de que se de debidamente cuenta de su origen.

Artículos

Autocracia electiva*

Michelangelo Bovero**

I. Partiendo de una observación de Norberto Bobbio —según la cual “el valor al que hace referencia la doctrina democrática contemporánea es cada vez más la libertad antes que la igualdad”¹—, al final del largo capítulo de *Categorie della politica* dedicado a la democracia, Virgilio Mura insiste en la “correlación entre igualdad y libertad”, que puede encontrarse, aunque con muchos matices, en la literatura política de todos los tiempos, y al menos a partir de Rousseau es considerada como “una especie de binomio axiológico consolidado”. Mura resume su posición teórica sobre el punto con las siguientes palabras: “El valor fundante de la democracia es [...] la igual libertad de los ciudadanos”². Expreso mi total acuerdo con tal declaración.

Sin embargo, en esta ocasión me gustaría concentrarme principalmente en la dimensión de la igualdad —con un significado que se debe reconstruir de manera precisa— como connotación esencial de toda definición posible de la noción de democracia.

Para encuadrar el problema, considero útil recurrir a las tesis y argumentos que Piero Meaglia ha desarrollado en un libro titulado *Il potere dell'elettore*³: Este libro representa, en mi opinión, una de las mejores contribuciones a la teoría contemporánea de la democracia; no obstante, no me parece que haya recibido la atención adecuada.

Como sugiere también Mura, buena parte de los clásicos de la filosofía política estarían de acuerdo en sostener la validez de la proposición contenida en el enunciado siguiente: “la democracia es el régimen de la igualdad”. Pero es importante remarcar que ellos entenderían ante todo este enunciado principalmente como expresión de un juicio de hecho, no de valor. Respecto del juicio de valor, los

* Traducido del italiano al español por Mariano Vitetta.

** Catedrático de Filosofía Política (Università degli Studi di Torino)

¹ N. Bobbio, *Due secoli di democrazia europea*, Università di Perugia, Dipartimento di Scienze storiche, 1987, p. 17.

² V. Mura, *Categorie della politica*, Giappichelli, segunda ed. Turín 2004, pp. 414-415.

³ P. Meaglia, *Il potere dell'elettore. Elezioni e disuguaglianza politica nel governo democratico*, presentación de G. Pasquino, Città Aperta Edizioni, Troina 2006. Existe una traducción reciente en lengua española: *El poder de la y el votante*, Instituto Nacional Electoral, Ciudad de México 2023.

clásicos difieren. Casi todos los sabios griegos, por ejemplo, coincidían en *describir* la democracia como régimen de la igualdad, y al mismo tiempo en *valorarla* como una forma de gobierno negativa (con mayor o menor intensidad). Ahora bien: al analizar los regímenes contemporáneos habitualmente denominados “democracias”, Piero Meaglia demuestra que ese juicio, considerado como un juicio descriptivo, un juicio de hecho es, precisamente en los hechos, errado.

¿Cómo debemos interpretar esta demostración? ¿Qué nos dice Meaglia? ¿Acaso nos dice, simplemente, que las llamadas democracias de nuestro tiempo no ameritan este nombre, en tanto no son regímenes de la igualdad? ¿O bien nos dice que ningún régimen político real será nunca un régimen de la igualdad, es decir, que la democracia es imposible, que es un ideal (para quien lo considere tal) inalcanzable? ¿Nos dice que el concepto clásico es erróneo, que aquella definición debe rechazarse? ¿O más bien que lo que es “erróneo” es la realidad, en tanto que no está adecuada al concepto? Entonces, ¿nos sugiere que es posible y oportuno reformular el concepto, también para acercarlo a la realidad, como ya lo había hecho Bobbio con su célebre “definición mínima”? ¿O nos sugiere que es posible y deseable —e incluso obligatorio— intentar “reformular” la realidad para acercarla al concepto? Finalmente, podríamos preguntarnos: en la primera o en la segunda vía de acercamiento, ¿es posible eliminar la distancia? ¿O acaso ésta puede solamente reducirse? ¿En qué medida? Y ¿de qué manera?

8

II. Antes de intentar responder, es oportuno reconsiderar analíticamente — una vez más — la definición clásica. Por ende, ¿qué tipo de igualdad distingue la democracia? Claramente no se trata de la igualdad *en general*, que no significa nada fuera del lenguaje lógico-matemático. Tampoco se trata de una suma de *especies* de igualdad socialmente relevantes, por ejemplo, los diferentes aspectos de la igualdad económica, determinados de la manera que sea (igualdad en los puntos de partida o en los puntos de llegada, en las oportunidades o en las rentas), o de los diferentes grados de igualdad jurídica (igualdad frente a la ley, o en los derechos de libertad, o en los derechos sociales), etcétera. La democracia, en cambio, se define por la igualdad *específicamente* política.

La igualdad política tiene dos dimensiones complementarias; propongo distinguirlas designándolas “inclusividad” y “equipolencia”. Por un lado, *todos* los individuos sujetos a la obligación de obedecer las leyes deben ser (*incluidos* entre los) titulares de derechos políticos; en primer lugar y sustancialmente, en una democracia representativa, los derechos de elegir y de ser elegidos: todos los *súbditos* deben ser *ciudadanos*, titulares de una cuota de poder político, o sea, del poder de contribuir a la formación de las decisiones colectivas, vinculantes para todos, que son precisamente las decisiones políticas. Por otro lado, la cuota de poder político de cada uno debe ser igual o, mejor, equivalente o, mejor todavía, *equipolente* a

la de cualquier otro. En otras palabras, en una democracia, cualquier individuo que esté sometido a las decisiones políticas debe tener el poder de participar en el proceso de toma de decisiones; nadie debe quedarse en la condición de simple súbdito; cada cual debe tener igual (cuota de) poder respecto de cualquier otro.

Prima facie, parecería que las constituciones de los estados contemporáneos comúnmente considerados democráticos aseguran esta (doble) igualdad política: el sufragio universal garantiza la inclusividad, no hay *cives sine iure suffragii et honorum*; y el principio de “una cabeza, un voto” garantiza la equivalencia, nadie cuenta más ni menos que otro. En realidad, es suficiente una mirada menos superficial para notar que en las llamadas “democracias reales” hay una cantidad creciente de “nuevos metecos”, es decir, de no-ciudadanos, de individuos excluidos de la titularidad de derechos políticos; y que los votos individuales de los ciudadanos electores de ningún modo son equipolentes. En otros escritos me he ocupado de estos problemas con mayor amplitud.

Pero el verdadero problema, sugiere Meaglia, no es este. Aun si se dieran las mejores garantías para la igualdad (como inclusividad y como equivalencia) de los individuos en la participación en el proceso formal de decisión política, al menos en el momento electoral, está el hecho de que otras desigualdades socialmente relevantes —según las categorías de Bobbio: las desigualdades en el poder económico y en el poder ideológico, entendido este último como poder de persuasión de los demás— influyen sobre la igualdad política de los ciudadanos electores establecida por las constituciones democráticas, y la alteran, la niegan y la distorsionan. Las desigualdades socioeconómicas producen, en los hechos, desigualdad política. Planteado el problema de este modo, se vuelve a proponer la pregunta crucial formulada por Bobbio en los setenta: ¿puede sobrevivir la democracia en una sociedad no democrática? En otras palabras: ¿es posible la igualdad *en (las cuotas de) poder político* —es decir, la democracia— sin igualdad *en (las cuotas de) poder económico* y *en (las cuotas de) poder ideológico* (de persuasión)?

Podríamos reformular la pregunta de modo más realista: ¿es posible *neutralizar* en una medida significativa los efectos desigualizantes de las desigualdades socioeconómicas (las desigualdades en el poder no político) sobre la igualdad en cuanto al poder político? Desde mi perspectiva teórica, este es el problema de las *precondiciones* de la democracia, externas al proceso de toma de decisiones políticas en cuanto tal. Dicho de otro modo: es el problema de las características o de los requisitos —de diferentes tipos: constitucionales, sociales, culturales— que la organización de la convivencia en su conjunto debe tener para permitir (es decir, hacer posible) una democracia que no sea puramente aparente.

III. Sin embargo, Meaglia no se concentra en las terapias contra la reducción de la democracia a una apariencia, sino más bien y esencialmente en los diagnósticos de la patología muy complicada que parece llevar al *vaciamiento* de la igualdad

política entre los ciudadanos, la cual en una democracia representativa se funda sobre la distribución universal e igualitaria del derecho a elegir y a ser elegido.

El instrumento de diagnóstico principal de Meaglia consiste en el análisis del proceso decisorio político en tres momentos diferentes: *antes, durante y después* del voto. *Antes* del voto, los ciudadanos *no* son iguales: *a)* en cuanto al poder de determinar las candidaturas para las elecciones, *b)* en cuanto a la posibilidad de presentarse como candidatos, *y/o c)* en cuanto a la capacidad de promover el éxito de los candidatos preferidos. El poder de pre-seleccionar a los candidatos, de ser incluido entre ellos o de incidir eficazmente en el resultado de ciertos candidatos frente a otros no es un poder que tengan *todos* los electores, es decir, que sea *del* elector en cuanto tal, sino más bien de los miembros de oligarquías más o menos restringidas: de los “poderosos”, los “ricos” y los “influyentes”. Basta pensar en el problema de la financiación de las campañas electorales. Por tanto, el poder del elector antes de las elecciones es un poder distribuido de manera fuertemente desigual, hasta tal punto que la gran mayoría de los electores tienen de hecho, en esta fase, un poder tendiente a cero. Añado, sin detenerme en ello, que Meaglia muestra —no digo “sostiene”; incluso diría “demuestra”— que las denominadas “primarias” no son ni pueden ser un medio adecuado para superar ni siquiera la primera de estas desigualdades⁴.

10

Después del voto, los ciudadanos *no* son iguales en cuanto a la posibilidad de influir sobre los elegidos. El poder de orientar el comportamiento decisorio de los elegidos no es un poder de *todo* elector, es decir, *del* elector en cuanto tal, sino que, de nuevo, es un poder concentrado en oligopolios de riqueza e influencia, en manos de quienes disponen de muchos recursos económicos y “persuasivos”. Por tanto, el poder del elector después de las elecciones también está distribuido con una marcada desigualdad.

¿Y *durante* el voto? Es decir, ¿en el momento de las elecciones, en el acto de elegir? Meaglia se inclina a asumir que en esta fase central el poder de los ciudadanos electores es efectivamente igual, no solo en la democracia ideal, sino también en las democracias reales: donde rige el sufragio universal, un ciudadano dispone de un (solo) voto, y un voto cuenta por uno, ni más ni menos. En este punto, disiento. Como he sugerido, ninguna de las condiciones de la igualdad política (es decir, de la igualdad en cuanto al poder político), la inclusión universal en el electorado y la equipolencia de los votos electorales individuales se ve satisfecha en los regímenes contemporáneos comúnmente denominados democráticos, aun cuando rija formalmente en ellos el sufragio universal. Entonces, también bajo este aspecto el juicio sobre la democraticidad de los regímenes contemporáneos usualmente denominados “democracias” no puede ser más que negativo.

⁴ Ibíd. pp. 46 ss.

Preguntarse si las llamadas democracias reales son efectivamente regímenes fundados en la igualdad política, es decir, si el poder de los ciudadanos electores en las democracias representativas contemporáneas está distribuido de manera igual —más aún, demostrar que no lo está— es el objetivo principal de Piero Meaglia. Pero no es el único. Para poder verificar si —o, mejor, para falsear la convicción común de que— todos los ciudadanos tienen igual poder (al menos) en cuanto electores, Meaglia se ve arrastrado a construir el concepto mismo de “poder del elector”. Todo el libro persigue el objetivo de precisar, enriquecer, remodelar, redefinir este concepto por aproximaciones sucesivas. Las preguntas fundamentales que orientan la reflexión de Meaglia son tres. En primer lugar, *¿qué* poder tiene o debería tener el elector en democracia? *¿Poder* de (hacer o provocar) qué cosa? *¿Qué* cosa es la que está autorizado a hacer y qué cosa es la que puede hacer efectivamente el ciudadano en cuanto elector? En segundo lugar, *¿cuánto* poder tiene o debería tener el elector en democracia? *¿Cuántas* instituciones o cargos pueden y/o deben ser electivos? *¿Cuántos* elementos, grados o factores del proceso decisorio político pueden y/o deben encontrar legitimación en una específica designación electoral de parte de los ciudadanos? Y, entonces, *¿cuánto* incide, cuánto *pesa* el poder del elector en la determinación de las decisiones colectivas? En tercer lugar, *¿es equivalente* la cantidad de poder de un elector a la de cualquier otro? O sea, *¿está* bien distribuido el poder electoral? Este último interrogante contiene, como expliqué, la preocupación teórico-política de fondo del autor. Pero no podría encontrar una respuesta adecuada y satisfactoria sin una respuesta precisa a las dos anteriores. Aquí me detengo en la reconstrucción del aporte teórico de Meaglia. Sirva lo dicho, al menos, como recomendación de lectura.

11

IV. En lo que sigue, me gustaría invitar a reflexionar sobre una pregunta preliminar, más general: *¿cuál* es el nexo entre elecciones y democracia? *¿Es* un nexo de implicación recíproca, en virtud del cual se debe decir que donde hay democracia hay elecciones, y que donde hay elecciones (obviamente “regulares”, sin fraude, etc.) hay democracia?

Probemos a darle la vuelta a la perspectiva y preguntémosnos: *¿acaso* no es concebible una democracia sin elecciones, una democracia no electoral? *¿Y* no existen regímenes que se rijan por las elecciones pero que no puedan ser definidos como democráticos? No son interrogantes puramente académicos en el sentido reducido del término. La noción de “democracia sin elecciones” no remite solo a la distinción clásica entre democracia directa y democracia representativa, o entre democracia de los antiguos y democracia de los modernos, sino que evoca cuestiones actuales y controversias como la de la democracia electrónica, o la llamada democracia participativa o deliberativa, o también de lo que se conoce como *governance*. Me declaro un crítico moderado de la constelación de corrientes teóricas y prácticas —hoy

muy en boga— que tienden a exaltar las virtudes democráticas de ciertas formas de participación directa en procesos deliberativos y decisorios, y consideran obsoletas o irremediamente desgastadas las instituciones de la representación moderna. No obstante, no pretendo afrontar aquí este tipo de cuestiones.

Mucho más próxima al argumento que pretendo desarrollar ahora está la noción, igual y contraria respecto de la anterior, de “elecciones sin democracia”, que contradice en el sentido opuesto la identificación habitual entre los dos términos. De un tiempo a esta parte, una corriente de estudios politológicos ha puesto en boga la expresión “democracia electoral”, oponiéndola a “democracia liberal”. Más allá de las fórmulas, lo que se desprende de estudios como el de Diamond y de Plattner (y de otros muchos) es que recurrir a la legitimación electoral es insuficiente para calificar un régimen como democrático: a falta de otras condiciones, una “democracia electoral” no es más que una democracia aparente, que disfraza una autocracia efectiva. Hay muchos ejemplos clamorosos en el mundo. Pero hace falta reconocer también los casos menos evidentes. ¿Son muchos? Mi respuesta es bastante radical: sostengo que todas o casi todas las democracias reales contemporáneas se están transformando —si no se han transformado ya— en autocracias reales, es decir, en regímenes a los cuales las elecciones políticas con sufragio universal (repito: en la mayor parte de los casos, no verdaderamente universales, ni verdaderamente libres e iguales) otorgan la legitimación del consenso popular y, por ende, una *apariencia* de democracia.

12

No se trata de una afirmación polémica ni ideológica en el peor sentido del término. Pretende ser un juicio empírico, por ende, verificable o falseable, fundado en parte en la observación y, por otra parte, en una tesis teórica que ahora pretendo reformular y me preparo a defender: el sufragio como tal no implica necesariamente democracia. Aun en el caso de que fuese realmente universal e igual, aun en el caso de una plena inclusividad de los sujetos en el electorado y de una perfecta equivalencia de los votos individuales, incluso en caso de que se encontrase la manera de neutralizar totalmente los efectos políticos distorsionantes de las desigualdades socioeconómicas, o sea, en el caso en que quedaran satisfechas todas las precondiciones de la democracia, el sufragio no llevaría a (no sería compatible con) *una sola* forma de régimen. En pocas palabras: una autocracia también puede ser electiva.

V. Comencemos con una consideración de carácter generalísimo. El acto de elegir es en sí mismo ambiguo; no tiene un significado político unívoco. Puede ser interpretado como una *modalidad de decisión* sobre cuestiones de interés colectivo, es decir, como un modo de ejercer un rol efectivo y eficaz en la formación de las decisiones políticas; o bien puede ser interpretado como una *modalidad de no decisión*, es decir, un modo de hacerse sustituir en las decisiones.

La ambigüedad empieza a resolverse, y permite valorar cuál de los dos

aspectos —elegir cómo decidir, o elegir como no decidir sino hacer que otros decidan— prevalece en el caso concreto, cuando se responde a la siguiente pregunta crucial: ¿elegir a *quién*? ¿A qué sujetos, a qué figuras institucionales? ¿Elegir a representantes o a gobernantes? ¿Miembros del poder legislativo o titulares del poder (denominado) ejecutivo? Sabemos que en la mayor parte de los regímenes habitualmente denominados democráticos la institución de las elecciones políticas mediante sufragio universal cumple *siempre* la primera función, aquella que consiste en determinar la composición del parlamento (durante un cierto período, denominado “legislatura”, que cubre el intervalo entre dos elecciones); solo *en algunos casos*, pero no siempre, cumple también la función de designar al (jefe del) gobierno. Ahora bien, esta última designación por parte del electorado puede darse —cuando se da, aunque, repito, no siempre se da— de muchos modos diferentes, que pueden agruparse en dos clases principales: o bien directamente, mediante elecciones distintas e independientes de aquellas que otorgan el poder legislativo, o bien indirecta y contextualmente asociadas a estas últimas, porque así lo queda establecido en normas específicas o, más habitualmente, en los usos constitucionales que será nombrado jefe del gobierno el *líder* del partido que alcance la mayoría (absoluta o relativa).

La normas que rigen la formación de los órganos legislativo y ejecutivo, vinculándola de diferentes formas a la institución de las elecciones, están entre los criterios usados para clasificar las llamadas “formas de gobierno”, es decir, las subespecies institucionales de democracia: la elección directa e independiente del jefe del ejecutivo caracteriza la forma del gobierno presidencial; la designación indirecta del primer ministro contextualmente a las elecciones al parlamento es una característica de la forma de gobierno parlamentario de tipo inglés (y tal vez, a su manera, también de tipo alemán).

Pero hay al menos otros dos tipos de casos: aquellos en que el electorado no designa efectivamente al jefe del ejecutivo, ni siquiera de manera indirecta, porque el gobierno surge de coaliciones parlamentarias que pueden formarse incluso después de las elecciones políticas y pueden mutar durante un período legislativo: es el caso del parlamentarismo puro o semipuro de la denominada “primera república” italiana; y aquel en que el cuerpo electoral designa directamente al jefe del gobierno con el mismo acto en que determina la composición del parlamento, porque el (nombre del) candidato a primer ministro está vinculado explícita y oficialmente a la preferencia de los ciudadanos electores por uno u otro partido o coalición: es el caso, discutible, de algunas recientes rondas electorales en Italia. Subrayo que la diferencia entre esta forma de designación directa y la que denominé indirecta y contemporánea es sutil solo en apariencia: mientras que en el modelo inglés no se excluye en absoluto la posibilidad de que la mayoría parlamentaria decida cambiar al primer ministro y, con él, la composición del poder ejecutivo, y por

ende presumiblemente corregir la orientación política en el curso de un mismo período legislativo, en el otro caso (que me parece pertinente denominar “itálico”) se ha sostenido que la caída del primer ministro, que se entiende “investido” por el pueblo, conlleva necesariamente la disolución de las cámaras y la finalización de la legislatura. Añado que, aun si una eventual futura regulación (opuesta a la que hoy es impulsada en Italia) excluyera explícitamente la conexión directa entre la elección de un partido o coalición y la elección del primer ministro, la lógica y la retórica de la investidura popular del primer ministro parecen haber quedado irremediabilmente radicadas en la opinión popular.

14 VI. Sugiero, ahora, un experimento mental. Intentemos pensar las dos posibles funciones de las elecciones políticas mediante sufragio universal que indiqué —elegir el parlamento, elegir el jefe del gobierno— en la forma de una alternativa tajante, un *aut-aut*: o se elige a uno o se elige al otro, pero nunca a ambos. Hemos construido la imagen, puramente hipotética, de dos tipos de regímenes irreductibles: en el primero, un órgano colegiado, representativo de todas las orientaciones políticas de la sociedad, elabora las decisiones colectivas, y será ley la decisión que surja de la dialéctica parlamentaria; en el segundo caso, un órgano monocrático, designado por una parte (no siempre, de hecho, mayoritaria) del electorado, determina las decisiones colectivas, y será ley *quod principi placuit*. Sostengo que estos dos tipos ideales (en sentido neutro: modelos conceptuales, construcciones puramente racionales) no pueden considerarse dos “formas de gobierno” en la acepción actualmente más difundida de esta expresión, es decir, como subespecies institucionales de la especie “democracia”, sino que deben reconocerse como dos especies políticas contrapuestas; no como dos posibles variantes del “juego democrático”, sino como dos juegos políticos diferentes, *aunque ambos compatibles con el* (y, por decirlo de algún modo, *ambos puestos en marcha por el*) *sufragio universal*.

Radicalmente diferente es en cada uno de los dos casos el sentido del acto de elegir, así como la cuestión a la que los electores están llamados a responder. En el primer caso, se le pregunta al elector: ¿quién quiere Usted enviar para que le represente en el lugar en que se discute y delibera sobre las cuestiones de interés colectivo que afectan a todos? En el segundo caso: ¿quién quiere Usted que decida por todos? Intentemos pensar la *polis* como un gran condominio, o un condominio como una pequeña *respublica*: cada uno de sus habitantes tiene su departamento privado, pero después están los problemas comunes (públicos). Pues bien, una cosa es participar en una asamblea de condominio —autorizada por el correspondiente estatuto a decidir sobre los problemas comunes—, o designar a alguien como representante propio en ella, y otra distinta es elegir a un administrador y atribuirle todo el poder de decisión: que decida él, quizás estipulando un “contrato con los condóminos”. También en el primer caso existe un administrador, pero está

investido de un poder puro y *literalmente* ejecutivo en el sentido propio del término.

Mi tesis es la siguiente. Las democracias reales contemporáneas muestran, en su conjunto, una clara tendencia a converger hacia el segundo de estos dos tipos de régimen: es decir, a *realizar* el segundo modelo de mi hipótesis abstracta. Un régimen que invito a llamar (es decir, a reconocer como) *autocracia electiva*. Podría objetarse fácilmente que en todas las democracias reales se elige mediante sufragio universal un parlamento, y que nadie reconocería como democracia un régimen en el que no sucediera esto. Es verdad. Pero también es verdad que, de hecho, en las (llamadas) democracias de nuestro tiempo las asambleas cada vez tienen menos relevancia, a medida que el parlamento va quedando progresivamente relegado al papel de cámara de registro de las decisiones tomadas por el ejecutivo.

VII. Preguntémonos ahora: ¿en cuál de los dos casos de mi hipótesis abstracta —aunque el segundo caso tiende a volverse real, incluso a coincidir con las democracias reales— es mayor el poder del elector en cuanto tal, es decir, el poder de *cada uno* de los electores? ¿En cuál de ellos elegir significa decidir o, al menos, tener una cierta participación en la decisión colectiva, y en cuál no equivale más que a hacer decidir a otros?

Paradójicamente, según una visión difundida y consolidada desde hace mucho tiempo, se considera que el poder del elector es mayor en el segundo caso, e incluso que sólo en ese caso es un verdadero poder de decisión política. Quien asume esta visión está convencido de que dar a los ciudadanos el poder de elegir el gobierno equivale a “restituir el cetro al príncipe”⁵, es decir, al pueblo soberano, ya que, de hecho, si observamos la sustancia más allá de la forma —como afirman con valiente y descarado realismo algunos politólogos—, las leyes las hace el gobierno. En cambio, cuando se eligen a representantes parlamentarios sin vínculo de mandato, no se llegará a saber nunca qué dirección tomarán las decisiones políticas: se pueden formar, disolver, rearmar coaliciones de mayoría con inclinaciones políticas diferentes y también opuestas entre sí; y entonces será muy difícil identificar, al final de un período legislativo, a los verdaderos responsables de la tendencia política general. En semejante contexto institucional, alegan quienes sostienen esta tesis, los parlamentarios (individuos y grupos) acaban encontrando siempre la manera de no ser imputables de los acontecimientos. Al contrario, un gobierno elegido directamente es el único responsable de la política nacional, y responderá frente al pueblo. Por tanto, si puede llegar a tener un valor efectivo, si puede corresponder a un verdadero poder, el poder del elector debe ser el de elegir al (jefe del) gobierno, otorgándole —así se

⁵ Es la célebre fórmula acuñada hace muchos años o difundida por el más conocido entre los defensores italianos de la llamada “democracia mayoritaria”: cfr. G. Pasquino, *Restituire lo scettro al principe*, Laterza, Roma-Bari 1985.

afirma— un “mandato para gobernar” explícito⁶. Preferiblemente, sobre la base de un claro pacto electoral. Y cuando los pactos queden incumplidos, el “príncipe” democrático, o sea el pueblo soberano, podrá revocar el mandato al candidato electo y otorgárselo a un candidato contrario la próxima vez.

A mi juicio, este modo de argumentar tiene muchos aspectos problemáticos. Pero hay uno que está por encima de los demás: los electores que no han votado por el candidato a presidente o primer ministro que resultó vencedor, incluso cuando fueran la mitad (o incluso más de la mitad) del electorado, no tienen ninguna posibilidad de influir en el proceso de toma de decisiones políticas. ¿A quién se le “restituyó el cetro”? Ciertamente no al elector en cuanto tal, sino a aquellos que están de parte del vencedor, y éstos podrían no ser siquiera la mayoría. Pero admitamos que lo sean: desde mi punto de vista, estamos frente a un claro abuso del principio de mayoría. Cuando la/s minoría/s carecen de la posibilidad de incidir en el proceso decisorio, el régimen que se configura no es otro que la tiranía electiva de la mayoría⁷; es más, de hecho, es la tiranía de un jefe o de un restringido grupo de oligarcas, sostenida por la mayoría parlamentaria —incluso cuando ésta corresponda en realidad a una minoría del electorado. En este tipo de régimen, el poder del elector se reduce a la facultad de (contribuir con el propio sufragio individual a) designar a un vencedor, y eventualmente a revocarlo al final de su “mandato”. Y la llamada “democracia de la alternancia” no es otra cosa que la posibilidad de un recambio periódico entre tiranías de mayorías alternativas.

16

En estas condiciones, es lícito preguntarse para qué sirve todavía el parlamento. ¿Tendría sentido reconocer como democracia, es decir, como régimen en el que rige la igualdad política entre los ciudadanos, un sistema en el que las elecciones llevaran exclusivamente a la designación de un gobierno, autorizado a tomar decisiones colectivas sin ningún tipo de discusión, es decir, justamente, sin “parlamento”? ¿Pero acaso no es esto lo que sucede de hecho en las democracias reales, en las cuales generalmente la mayoría parlamentaria se limita simplemente a avalar decisiones verticales de gobierno, transformándolas en leyes? De ese modo, ¿no termina volviéndose inútil el parlamento? Añado que me parece vano y retórico, en semejante contexto, el intento de justificar una función residual del parlamento recurriendo a la noción clásica de “control”. ¿Qué significa decir que la minoría controla a la mayoría, o que el parlamento controla al gobierno, si el gobierno y “su” mayoría tienen el poder de imponer cualquier tipo de decisión, aun las más absurdas o las más descaradamente injustas, como demuestra *ad abundantiam* el caso italiano de los últimos dos o tres decenios?

⁶ Véase G. Pasquino, *Mandato popolare e governo*, il Mulino, Bolonia 1995.

⁷ Sugerí llamarla “pleonocracia”: remito a M. Bovero, *Elezioni e democrazia. Note critiche sul principio di maggioranza*, en “Teoria politica”, *Annali* II, 2012, pp. 293-303.

VIII. ¿Cómo es posible que llegara a convertirse en sentido común la (para mí) extravagante concepción según la cual el (máximo) poder del elector es aquel de conferir a alguien un “mandato para gobernar”? ¿Cómo es posible que la elección directa del (jefe del) gobierno haya sido considerada como la máxima realización de la democracia?

La reflexión sobre los acontecimientos políticos italianos ofrece algunas lecciones útiles. No es este el espacio para reconstruirlos con la debida precisión. Me limito a recordar que todo comenzó con la búsqueda de remedios (en mi opinión, errados) a los efectos (percibidos como) indeseados de la ley electoral proporcional y de la forma de gobierno parlamentaria instaurada por la Constitución de 1948: el número excesivo de partidos, su poder discrecional para crear alianzas más allá de y contra las razones del consenso pedido a los electores, la construcción de coaliciones siempre más amplias y frágiles, la muy frecuente caída de los gobiernos. De la crítica a la “partidocracia”, y después al “consociativismo”, surgió el largo camino del virus que corroe la democracia, en las cosas y en las mentes, en las instituciones y en la conciencia pública. La primera etapa decisiva fue, en 1993, pasar de una ley electoral proporcional a otra de tipo predominantemente uninominal, de la cual se esperaba, después de “Mani pulite”, la regeneración del sistema político, la reducción de la “fragmentación” de la representación (como es sabido, sucedió lo contrario), la instauración del bipolarismo y quizás, en perspectiva, del bipartidismo, y con todo esto la apertura de la posibilidad de la alternancia en un sistema que había quedado “bloqueado” por la hegemonía democristiana.

El efectivo desenlace había sido previsto con anticipación por Roberto Ruffilli, el senador de la Democracia cristiana que había tenido una participación activa en una larga temporada del interminable recorrido de los intentos de reforma institucional en Italia. En 1988 —poco antes de ser asesinado por las Brigadas Rojas—, en una de sus últimas intervenciones, Ruffilli invitaba a considerar el problema italiano en el contexto más amplio de la “crisis de transformación de la representación política en las democracias occidentales, relacionada con el renovado impulso hacia la participación directa de los ciudadanos en la elección de los hombres y los programas de gobierno”. Y al final anotaba: “También entre nosotros ha llegado a tener incidencia la presión hacia la reducción de la ‘democracia mediata’ por los partidos, a favor de una ‘democracia inmediata’, que aumente la posibilidad de decisión efectiva por parte de los ciudadanos. Aunque luego no deja de aflorar la propensión a formas de ‘democracia plebiscitaria’, con la disponibilidad de formas de delegación a personalidades e instituciones más o menos carismáticas. [...] Se configura, así, una especie de círculo vicioso, que ve a la opinión pública y a los ciudadanos impugnar los límites de la delegación otorgada a los partidos y criticar el uso descontrolado que ellos hacen de la misma, y apostar al mismo tiempo por la atribución de delegaciones aun más amplias a

sujetos políticos institucionales todavía menos controlables”⁸.

La agudeza de este análisis es sorprendente, si se piensa que Ruffilli no podía ni imaginar que algunos años más tarde iban a producirse acontecimientos de tal naturaleza y alcance que cumplirían sus previsiones más negativas.

Más allá de las peculiaridades del caso italiano —en las últimas fases políticas, y sin importar los cambios en el vértice de las instituciones, con el abuso de los decretos de emergencia y el recurso a la moción de confianza, así como con la legislación delegada y la invención de dispositivos que distorsionan la dialéctica parlamentaria, hemos llegado ya al umbral del gobierno por decreto puro—, es un hecho que todos los regímenes que seguimos denominando democráticos han conocido, en tiempos y modos diferentes, un progresivo desplazamiento del poder político efectivo de las asambleas representativas al vértice de los poderes ejecutivos. La personalización de la vida política completó la transformación (incluso diría la mutación genética) de las denominadas democracias reales en autocracias electivas. La retórica de la investidura popular y de la alternancia otorga a estos regímenes una apariencia de democracia: el “pueblo” decide quién será el autócrata por un cierto período. No es difícil desenmascarar esta retórica: el “pueblo” como sujeto colectivo unitario no existe y, por ende, no decide nada; lo que sí existen son sujetos individuales cuya capacidad de decisión, de selección política, está en muchos casos muy condicionada, orientada, manipulada; y la designación del autócrata es el resultado de una suma casual y heterogénea de consensos individuales, muchos de los cuales están heterodirigidos.

18

Pero lo que más importa es reconocer que ésta ya no es democracia, sino más bien un juego político distinto, con otras reglas. Los ciudadanos, la opinión pública, los sujetos colectivos que organizan el consenso (partidos, movimientos, etc.) han aceptado jugar a que “el ganador se lleve todo”. *First past the post* es la fórmula tomada de la jerga hípica con la que constitucionalistas y politólogos indican la norma que rige la elección de un parlamentario en un colegio uninominal; pero la misma fórmula es perfectamente aplicable a la elección de un presidente en una república presidencial, y ahora también a la investidura electoral de un jefe del gobierno en una república (formalmente) parlamentaria. Y bien, donde esta regla se transforma en regla suprema que marca la identidad de un régimen político, este régimen ya no es democrático, no puede designárselo como tal de manera sensata. La democracia se ha transformado en autocracia electiva. Es lo que sucedió, lo que sucede, lo que está sucediendo en todas las que nos obstinamos en denominar democracias reales, con independencia de las variaciones institucionales específicas,

⁸ R. Ruffilli, “1988: nuove spinte e vecchi ostacoli al processo di riforma istituzionale”, en R. Ruffilli y P.A. Capotosti, editores, *Il cittadino come arbitro. La DC e le riforme istituzionali*, Il Mulino, Bologna 1988, pp. 395-396.

es decir, de las “formas de gobierno” (en sentido técnico) dentro de las cuales va a sentarse el régimen de la autocracia electiva, y que pueden volver su actuación autocrática más acentuada o más moderada.

Hace un par de décadas, tuve ocasión de usar algunos de estos argumentos y otros similares en mi batalla personal contra la hipótesis de una transformación en el sentido presidencial de la forma de gobierno de Italia. Quiero añadir que el “*premierato*” (horrible expresión acuñada distorsionando el léxico político inglés) a cuya instauración apuntan los partidos de mayoría en la Italia actual, es todavía más peligroso.

IX. Concluiré con una reformulación sintética de mi tesis. Las elecciones mediante sufragio universal no son prueba suficiente de la existencia de una democracia. Pero no solo porque la democracia es un régimen exigente, que requiere que se cumplan muchas condiciones y precondiciones, sino porque la institución del sufragio universal es *de por sí* compatible con el régimen opuesto a la democracia: la autocracia. “Democracia” no significa en absoluto “gobierno con el consenso del pueblo”. Las autocracias que marcaron la historia del siglo XX han gozado por mucho tiempo de un amplio consenso popular. Ciertamente, el hecho de que aquel consenso no quedara expresa y explícitamente certificado en elecciones regulares y periódicas es inmensamente relevante. No obstante, si el poder del elector queda sustancialmente reducido a la designación de un guía supremo (en latín: *dux*), el vínculo entre elecciones y democracia desaparece. Se puede ir a votar, se puede elegir, seleccionar, pero no estamos ya en un régimen de democracia, sino de autocracia electiva.

19

X. Referencias bibliográficas

Bobbio, Norberto, *Due secoli di democrazia europea*, Università di Perugia, Dipartimento di Scienze storiche, 1987.

Bovero, Michelangelo, Elezioni e democrazia. Note critiche sul principio di maggioranza, *Teoria politica*, Annali II, 2012, pp. 293-303.

Meaglia, Piero, *Il potere dell'elettore. Elezioni e disuguaglianza politica nel governo democratico*, Città Aperta Edizioni, Troina, 2006.

Mura, Virgilio, *Categorie della politica*, Giappichelli, segunda ed., Turín, 2004.

Pasquino, Gianfranco, *Restituire lo scettro al principe*, Laterza, Roma-Bari, 1985.

Pasquino, Gianfranco, *Mandato popolare e governo*, Il Mulino, Bologna, 1995.

Ruffilli, Roberto, “1988: nuove spinte e vecchi ostacoli al processo di riforma istituzionale”, en *Il cittadino come arbitro. La DC e le riforme istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 395-396.

Constitución y reforma

Raúl Gustavo Ferreyra*

Resumen

Este trabajo estudia a la Constitución como única forma del Derecho positivo que debe contemplar su propio cambio. Desde tal perspectiva desarrolla una declaración conceptual de la Ley fundamental y describe cada una de las piezas del sistema constitucional. Asimismo, analiza la naturaleza crucial del proceso de reforma y sus límites, bajo la comprensión de que la paz es el fin mínimo del orden jurídico determinado por una Constitución.

Palabras clave: Constitución - Reforma constitucional - Sistema constitucional

* Abogado. Catedrático de Derecho constitucional, Facultad de Derecho (FD), Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor en Derecho (UBA). Postdoctor en Derecho FD de la UBA (ORCID 0000-0001-5089-8136).

I. Bases

I.1. Política, Derecho y Constitución

La Constitución, producto exclusivo de la razón humana, es un objeto que se encuentra en el mundo social. Ella es la mayor creación de los seres humanos¹ para una coexistencia sin agresiones en una comunidad que persigue la búsqueda de una paz duradera. Es la única forma del Derecho positivo que debe contemplar su propio cambio.

La Escritura fundamental² es un instrumento normativo que el Derecho promete para conservar la vida de todos los seres humanos y un determinado cuidado de la naturaleza. Fue inventada para que abandonaran un incierto estado antisocial o sin política gregaria o apolítico. La Constitución, con su sistema, debe alcanzar un compromiso tanto para desarrollar consensos homogéneos como para tramitar los intereses opuestos de la ciudadanía, que minimice sus fricciones y garantice la paz. Por ser Altísimo Derecho sobre el Derecho inferior, debe ser instituida como una regulación institucionalizada sobre la fuerza del Estado, un ente que ha de poseer de manera irrenunciable el monopolio de su programación y ejecución.

Los seres humanos no crean ni el ambiente natural que constituye su espacio vital ni el tiempo de su existencia. Desde la aparición y el desarrollo de su razón crítica, hace más de 2500 años, han generado descubrimientos e invenciones, entre las que se cuentan las leyes sociales. Una de éstas, las Constituciones, persiguen un cierto gobierno del tiempo y del espacio en el ámbito de una comunidad ciudadana. Se trata de dimensiones que el ser humano, con su inteligencia natural, nunca ha podido regular por completo. Un milagro inalcanzable, en especial, en pleno siglo XXI, cuando se advierte que la Constitución, una ideación del siglo XVIII y heredera de su iluminismo racionalista, resulta un plan institucional tan discreto como desbordado por una conjunción inagotable de causas. Me refiero, por ejemplo, a los cambios de toda clase en las sociedades: la exclusión social, el avance de la inteligencia artificial y, sobre todo, la falta de adecuación solidaria para contener un capitalismo en el que la riqueza se encuentra en poder de puñados de individuos que no aceptan reglas sobre la “justicia social”³.

¹ Utilizo el vocablo “hombre “o “ser humano” en alusión a todo ser animado racional, varón, mujer o no binario. Hay una línea determinada y abierta para siempre por el *Preámbulo* de la Constitución federal de la República Argentina: “todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”. Asimismo, sigo la traza de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su art. 1 dispone que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. También a los efectos de este texto todo ser humano es persona.

² Empleo “Escritura fundamental” como sinónimo de “Constitución”, así como también “Regla Altísima”, “Ley Suprema” y “Ley fundamental” y “Ley básica”.

³ Probablemente, una primera aproximación en la doctrina sobre la justicia social haya sido

La invención de la Ley fundamental, una ley social y normativa por excelencia, siempre es el resultado de un trabajo político. Un arte eminente que consiste en diseñar soluciones o significativos alivios para los problemas, ocasionales o permanentes, que una comunidad ha de enfrentar. La configuración del marco de un “problema” y su correspondiente desarrollo no implican que pueda contener una solución o que, encontrada ésta, siempre pueda ser objeto de reiteración. Los problemas constitucionales son siempre políticos. Hay problemas que tienen solución definitiva o circunstancial, y otros que no la tienen ni la tendrán, al menos con moderada o razonable satisfacción comprobada por el momento. Esa misma postergación resulta aplicable a los avatares de la ciencia jurídica; así, hay problemas, por ejemplo, sobre los cuales no advierto una solución robusta, razonada y hegemónica: la regulación normativa de la clonación humana o de cualquier otra forma de reproducción que no se asiente en su totalidad en la naturaleza del hombre, o el gobierno de la comunidad, total o parcial, instrumentado por la inteligencia artificial. Esos son problemas francamente desconcertantes, cuya falta de dominio sobre los extremos basales de los estados de cosas que promueven y sostienen inclina decididamente a la postergación, acaso infinita, de cualquier modelo de regulación constituyente.

El poder, una de las máximas creaciones del ser humano, puede generar malestar o bienestar en la comunidad. En dicho ámbito, “sólo el poder puede crear Derecho”⁴. El poder político deberá producir las reglas que determinen la conducta humana en la comunidad. Así, el poder es unilateral en su actitud de creación del Derecho, una “lengua”⁵ básicamente integrada por reglas, que una autoridad produce con arraigo en la razón y en la experiencia, en ejercicio de un poder institucionalizado

puntualizada por TAPARELLI, Luis, en *Ensayo teórico de Derecho natural apoyado en los hechos*, t. I, Madrid, Imprenta de Tejado, 1866, pp. 176-190. Desde la comprensión normativa, resulta indispensable mencionar la regla contenida en el art. 193 de la CRFB 1988: “*A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a “justiça sociais”*”. Tal como expreso más adelante, hay ocasiones en las que la fuerza normativa que emana de una regla constituyente, radicada en su pureza y claridad, es susceptible de poseer por derecho propio una calidad eminente muy difícil de superar por la doctrina o la teoría. Así, el objetivo de la justicia social, de acuerdo a la normatividad brasileña inalterada desde 1988, resulta una de las reglas señeras del constitucionalismo en América del Sud.

⁴ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Buenos Aires, Planeta-Agostini, 1994, p. 14.

⁵ Para Ferdinand de Saussure el lenguaje es un fenómeno, un ejercicio de una facultad que está en el hombre. La lengua, por su parte, es el conjunto de formas concordantes que toma este fenómeno en una colectividad de individuos y en una época determinada. V. SAUSSURE, Ferdinand de, *Escritos sobre lingüística general*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 119. Asimismo, al utilizar en este escrito el término “lengua”, sigo la tesis de Diego Valadés expuesta en su obra *La lengua del derecho y el derecho de la lengua* (México, D. F., IJ, UNAM, 2005), motivo por el cual el lector podrá rápidamente apreciar que aquí escribo sobre la “lengua de la Constitución” del tipo de Estado democrático integrado por ciudadanos iguales en su libertad, que promueven y sostienen una paz comunitaria duradera.

en representación de una ciudadanía y para la ordenación de la paz social⁶ de una comunidad, en un tiempo y un espacio determinados.

Si bien la primacía de la política es indiscutible, producido el Derecho, se inicia el eterno viraje: el poder queda sometido a la regulación jurídica. Comienza, en otra lengua y en otro escenario, la tensión inacabada entre autoridad y libertad. Así, la lengua de la Constitución será pura creación política y su ideación dependerá de una determinada razón o experiencia sobre el Derecho. Una de las mejores ideaciones para dar cuenta de la estrecha relación entre Derecho y Constitución es la de una *matrioshka*. Esta muñeca representa la génesis, la existencia multicolor y plural y la unión. Así, la muñeca mayor, la concepción sobre el Derecho, contiene en su espacio a otra, la concepción sobre la Constitución, y ésta, así, al resto de las reglas inferiores del orden jurídico⁷. En tales condiciones, la Constitución pretenderá instituir el fundamento jurídico del orden del Estado y su cambio, a partir de una concepción predeterminada del Derecho recibida de la política.

I.2. Una máquina del tiempo

La Ley fundamental es una significativa máquina del tiempo. En 1895 la más imaginativa de las narrativas “inventó” una máquina del tiempo⁸. Esa entelequia queda en la ficción, en su idónea y mágica originalidad, porque el ser humano aún no puede viajar en todas las direcciones del tiempo; con suerte puede lidiar aspectos de su presente y proyectar tímidamente especulaciones respecto de su futuro. Ahora bien, las Constituciones son o deberían ser instrumentos que permitan a todas las generaciones (pasadas, presentes y futuras) el diálogo entre sí, que sus ciudadanos contraten y recontraten sobre el pacto fundacional, en igualdad de condiciones, con el fundamento de que son igualmente libres. Porque toda generación tiene el derecho a deliberar y disponer, en tiempo siempre presente, su forma de organización jurídica, empezando por la constitucional. Sólo así la ciudadanía cuenta con la posibilidad de viajar en el tiempo.

La Constitución, máquina del tiempo, es pura invención humana que autoriza y discierne la estructura de los espacios de los poderes políticos y el marco de referencia temporal de las funciones gubernativas en una comunidad determinada.

⁶ Hans Kelsen sostuvo que sólo un orden jurídico podría asegurar la paz social con una relativa base de permanencia a sus ciudadanos. V. KELSEN, Hans, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, Vol. 55, No. 1 (Nov., 1941), p. 49.

⁷ Dicha ideación fue expuesta originalmente por Benito Aláez Corral, en su disertación “Reforma constitucional y concepto de Constitución”, Webinar organizado por la Universidad de Buenos, Facultad de Derecho y la Universidad de Oviedo, 13/4/2021, disponible en www.youtube.com/watch?v=ow5RgHgcmrA.

⁸ WELLS, H. G., *La máquina del tiempo*, Madrid, Catedra, 2015.

El instrumento permitió –y permite– alcanzar y disfrutar todo aquello que, por y con su individual energía, no lograrían. Es capaz de producir un poder organizacional superior al individuo en cada ciudadano o ciudadana⁹. La Constitución, el acto político y jurídico instituyente más relevante de una ciudadanía, producido habitualmente por representantes genuinos, define y ordena una fuerza comunitaria con racionalidad y dirección.

La concepción de la Constitución como máquina del tiempo dispone de luces y sombras. Al ser una máquina, se pueden depositar en su seno “oro o plomo”¹⁰ o “armas o rosas”. El principio de constitucionalidad, vaciado en la maquinaria, sirve de molde o envase. Pesa sobre la Constitución, como en todas las instituciones creadas por el ser humano, el hecho de que ella como artefacto es el resultado sustantivo de los procesos pasados. Ella podría autorizar la gobernanza para una ciudadanía que hoy vive y que no conocerá jamás al sujeto político “ciudadanía” que la precedió y la fundó en el tiempo. Tampoco esa ciudadanía conocerá a la comunidad que en el futuro se regirá con esas mismas reglas constituyentes, o muy semejantes, que se deriven desarrolladamente de su texto propio.

Todos los ciudadanos han de ser iguales en libertad y ante un mismo Derecho constituyente del Estado en tiempos absolutamente diferentes, cuyas coexistencias físicas nunca han de coincidir. Así, las Leyes fundamentales son artefactos, máquinas, que los seres humanos crean para regular racionalmente su existencia en el mundo. La Constitución es un verdadero contrato social que, al instalarse en la dimensión del tiempo, se representa a sí misma, también, como un contrato generacional; un contrato para quienes integran la generación del presente y para quienes integren las generaciones del futuro¹¹. Añadiría que esos contratos políticos, sometidos a la variabilidad perpetuamente cambiante de la existencia humana, no constituirán, jamás, ningún modelo de alquimia para dominar globalmente el tiempo futuro. Esto último, el gobierno del futuro, nunca sucederá por la propia presencia eterna del principio de indeterminación de la existencia con vida y del Universo.

25

I.3. Saber doctrinario: teoría general y dogmática. Justificación

En pleno siglo XXI casi todos los Estados del mundo poseen una Constitución, su Escritura fundamental. Como objeto mundano, puede ser estudiada y valorada, al menos, desde dos enfoques: el externo y el interno. En el “enfoque interno” se aísla el

⁹ V. POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Buenos Aires, 1992, p. 76.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero, prefacio a la edición bilingüe de la obra *De los delitos y de las penas*, de C. Beccaria, Madrid, Trotta, 2011, p. 65.

¹¹ HÄBERLE, Peter, *Un Derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional*, Buenos Aires, Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho, n.º 87, 2009, pp. 17-37, traducción del inglés por Leandro Eduardo Ferreyra et al.

instrumento “Constitución” para realizar fundadas descripciones y, eventualmente, determinadas valoraciones. En cambio, en el enfoque externo se computa a la Ley fundamental como el cuarto elemento del Estado, junto al territorio, la población y el poder, con naturalización de las mismas tareas señaladas para el enfoque interno.

En ambos enfoques las proposiciones descriptivas o valorativas pueden referirse a una Ley fundamental de un Estado concreto, o bien realizar el estudio de manera abstracta sin atender a un orden jurídico estatal específico. La concepción concreta se apoda “dogmática”, mientras que la abstracta se denomina “teoría general de la Constitución”¹².

En esta contribución asumo la ruta preferida del “enfoque interno” con un bosquejo “teórico” contenido en una escritura que ha sido pensada y redactada en América del Sud. Ocasionalmente, hago menciones “dogmáticas” específicas sobre la Constitución federal de la República Argentina (CFA)¹³, elegida porque su validez temporal se remonta a 1853, un hecho que la convierte en una de las escrituras republicanas más antiguas del planeta, y sobre la Constitución de la República Federativa de Brasil (CRFB 1988 o CRFB)¹⁴, porque su validez espacial debe cubrir al Estado republicano con el territorio más extendido y abrazar al pueblo sudamericano con mayor cantidad de ciudadanos. Apréciase que el cuerpo normativo de la CFA posee una duración

26

¹² Peter Häberle planteó en 1974 que la teoría constitucional debe mostrar dónde y cómo los intereses racionales se hallan incorporados en las instituciones constitucionales. Concretamente, qué “razón constitucional” está institucionalizada y dónde está incluida la posibilidad de desarrollar una razón opuesta sobre todo el proceso de gobierno de una comunidad. V. *Teoría constitucional sin Derecho natural*, Buenos Aires, Ediar, 2023, pp. 32-34, con “Epílogo” de E. Raúl Zaffaroni, “Presentación” de Raúl Gustavo Ferreyra y edición al cuidado de Sebastián Diego Toledo.

¹³ Todos los textos constitucionales son leyes en el tiempo que establecen y/o fomentan un determinado estado de cosas. La Ley fundamental de la Argentina posee precisamente en la dimensión de su “temporalidad”, acaso “eterna”, uno de sus rasgos más detallados. Así, la bibliografía sobre su desarrollo resulta enorme. Señalo de manera indiciaria las siguientes fuentes: BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho constitucional argentino*, tres tomos, Buenos Aires, Ediar, 1996; RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, siete volúmenes, Buenos Aires, Peuser, 1939; SAMPAY, Arturo E., *Las Constituciones de la Argentina 1810-1972*, Buenos Aires, Eudeba, 1975; GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada, 1897; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional: Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, cinco tomos, Buenos Aires, Depalma, 1993-1999; finalmente, CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y POLÍTICOS, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, ocho volúmenes, Buenos Aires, La Ley, 1995.

¹⁴ Sobre la CRFB 1988 constituye literatura fundamental *Comentários à Constituição do Brasil*, 3a ed. revisada, actualizada y publicada en el invierno de 2023 en una coedición de la Editorial Saraiva, Almedina y el Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). En su texto se aborda la descripción y la evaluación de todas las piezas de la Ley fundamental brasileña. Una contribución de más de 150 autores que abarca más de 2600 páginas. Allí se pueden encontrar, también, las referencias bibliográficas y jurisprudenciales sobre 35 años de desarrollo constitucional. Una obra notable que cuenta con la coordinación científica de Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck y J. J. Gomes Canotilho.

de más de 170 años. Por su parte, la CRFB sostiene a una de las democracias constitucionales con sufragio obligatorio de una ciudadanía importantísima en el concierto mundial. En ambos casos, además, cada proceso de reforma o enmienda para el cambio formalizado de sus Escrituras fundamentales –escogido por los constituyentes brasileños en 1988 y por los argentinos en 1853– contiene significativos paradigmas jurídicos para la ciencia del Derecho constitucional.

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

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

Recientes y notabilísimas contribuciones doctrinarias incluso han aupado un “Esbozo” normativo para un constitucionalismo globalizado del mundo entero¹⁵. Al ser literatura fundamental, son un constante apoyo para abordar los problemas de nuestros Estados. En este punto, creo que debemos seguir pensando en el ámbito de nuestro tiempo y de nuestros espacios estatales para en el futuro, quizás, prosperar en el desarrollo de un valioso pensamiento globalizado o, al menos, de ligadura regional o con expresión jurídica subcontinental en América del Sud.

I.4. Itinerario siguiente del discurso

En la sección II abarco una idea acerca de la Constitución sobre la base de una declaración teórica. En el contenido teórico de esa declaración se aprecian las diferentes piezas que constituyen el objeto complejo “la Constitución del Estado”

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2023. El originalísimo y admirable “Esbozo” de 100 artículos propuestos para la discusión pública y mundial se encuentra en las pp. 127-178.

y la noble misión que el instrumento intentará cumplir con estimable eficacia. En la sección III el lector advertirá la naturaleza crucial del proceso de reforma. No existen cambios constituyentes que sean iguales en la regulación normativa de un Estado comparado con otro Estado; incluso ante la semejanza de textos, el contexto ciudadano de cada ente definiría la singularidad del ámbito específico de la realización normativa. Un teléfono celular funciona en todos los lugares del mundo en los que exista una señal que habilite la comunicación. No sucede lo mismo con las reformas constitucionales. Sin embargo, todas las Constituciones contienen el proceso de cambio formalizado, ya sea por la vía de la adaptación a la realidad preexistente, o ya sea por el propio estímulo para la construcción política futura de la ciudadanía en una comunidad.

En la sección IV realizo los comentarios finales, con una referencia puntual sobre la paz como misión del Derecho. Antes de dirigirme al bosquejo de la enunciación teórica sobre la Constitución, en el próximo apartado deseo resaltar que las ideas jurídicas en un Estado son elaboradas y se acumulan en el tiempo por intermedio de un número inmenso de autores, que en la mayoría de las situaciones dialogan, confrontan, polemizan y se contradicen con sus tesis y ensayos. Las ideas sobre la Ley fundamental son capitales en la historia de la humanidad. Quizá Emer de Vattel haya sido uno de los pioneros al entender y sugerir en 1758 que la regla fundamental que determina la manera en la cual la autoridad pública debe ser ejercida es lo que forma la “Constitución del Estado”¹⁶. Esa fundada ideación, sin dudas, ha sido uno de los primeros motores que han inspirado gran parte de los pensamientos aquí escritos.

28

II. Una idea sobre la Constitución

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

El Derecho del Estado es una combinación de formas jurídicas, básicamente reglas de naturaleza diversa, para la regulación institucionalizada de la conducta humana. Una creación con aspiraciones de unidad, pretensiones de coherencia y autoridad prescriptiva, siempre dentro de un ámbito espacial y temporal. Su máxima expresión jerárquica la instituye su Constitución escrita, que al determinar el único origen e implantar el criterio para el escalonamiento y la gradación de

¹⁶ VATTEL, Emer de, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758, p. 31. Bernd Marquardt señala que el “matrimonio” entre las ideas de Estado y Constitución, en sentido moderno, ocurrió, en el plano de la doctrina, con la publicación del libro de Johann J. Moser, *Compendium Juris Publici Moderni Regni Germanici. Oder Grundriß der heutigen Staats-Verfassung des Teutschen Reichs*, Tübingen, 1731. MARQUARDT, Bernd, *Historia y teoría constitucional comparada*, t. I: “La ciencia y el protoconstitucionalismo”, Bogotá, Ibáñez, 2022, pp. 13-14.

todo el Derecho inferior, autorizaría una existencia ciudadanamente pactada de un “Estado constitucional”, tanto Estado como el diseñado sólo y exclusivamente por la Escritura fundamental¹⁷. Ella, con sus enunciados altísimos e insuperables de Derecho, es la forma de las formas del orden jurídico estatal; acaso, junto a un determinado cuerpo del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), en el supuesto de que, en tanto Ley fundamental, les autorice desde su propia fuente matricial una validez con semejante, menor o prevalente jerarquía.

La naturaleza de un bosquejo sobre teoría general de la Constitución asumida para este escrito motiva razonadamente que sólo se indiquen las Escrituras fundamentales de Argentina¹⁸ y Brasil¹⁹, es decir, rasgos eminentes de la conexión

¹⁷ V. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, D. F., UNAM, IJ, 2003, p. 14.

¹⁸ La Argentina, a partir de la enmienda constitucional de 1994, adoptó el paradigma de equivalencia para unas fuentes decididas y determinadas en el art. 75, inc. 22, de su Constitución federal. Allí se preceptúa lo siguiente: “Corresponde al Congreso [...]: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. El DIDH ordenado en ese artículo no forma parte de la Constitución; tiene equivalente jerarquía en las condiciones allí prescritas. Por dicha razón, hay reglas de raíz y jerarquía constituyente y reglas de jerarquía constitucional; un juego de reglas que constituye una conglobación y da lugar a verdadero sistema de la Ley fundamental. Asimismo, el compromiso constituyente establecido en el art. 75, inc. 22, determina la existencia de un interesante margen de apreciación para la autoridad estatal. Cabe destacar que desde el 22/8/1994 hasta el 21/9/2023 el Congreso federal otorgó, además, jerarquía constitucional, en los términos del artículo citado, a otros cuatro instrumentos del DIDH: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (OEA); Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ONU); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU) y Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de Personas Mayores (OEA).

¹⁹ Otro modelo de conexión con el DIDH es el brasileño. En la CRFB 1988 se dispuso, originariamente, en el art. 5, LXXVII, § 2º: “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”. Posteriormente, en el 2004, por intermedio de la Enmienda constitucional 45, se introdujo el siguiente texto como art. 5, LXXVIII, §

entre el principio de constitucionalidad y el DIDH. Todo texto constituyente de un Estado, con sus palabras escritas y generadoras, puede configurar una determinación jurídica que posea un altísimo grado de concentración y abstracción, acaso con fuerza superior a las bondades ofrecidas por la doctrina judicial o autoral.

La jerarquía es un criterio. Su aplicación provoca que una colección de entes determinados se pueda guiar por una relación de dominación²⁰. Esa cadena de mando o gobierno en la experiencia de la humanidad, terrenal o espiritual, fundada en una jerarquía no igualitaria, es la que se elevaría como eslabón originario de la idea asumida en el Derecho para su propio escalonamiento y, así, autorizar o permitir el trayecto desde aquello que se reputa mayor hasta aquello que se reputa inferior. Por lo pronto, los seres humanos han dedicado y destinado largos años a aprender y disfrutar de las ventajas que puede proporcionar, en general, una ordenación jurídica determinada; calificada por la supremacía de una norma o sistema de reglas que se erige como superior, con jerarquía intransigente, indubitable e indisputable por encima del resto de las normas que integran el sistema jurídico estatal, que se entienden inferiores.

La configuración de reglas constituyentes de un Estado ha contenido en su escritura –casi siempre– una regla suprema, es decir, la Constitución como norma que fundamenta la totalidad del orden jurídico, “tanto por su forma de creación, cuanto por su contenido”²¹. Se trata de una Ley fundamental del Estado que configura un “sistema deductivo”²² integrado por una cantidad siempre finita de enunciados básicamente regulativos que determinan una guía que propone una gama casi infinita de alternativas interpretativas sobre la conducta humana. Con las nociones de primacía²³ y de fundamentalidad se creó una “suma regla”:

30

3º: “Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fuesen aprobados en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por las tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”. El Congreso federal de Brasil, desde el 2004, en el marco de lo ordenado por el art. 5, LXXVIII, 3º, ha dictado varios “actos internacionales equivalentes a enmienda constitucional”. Así, han ingresado a dicho mecanismo de equivalencia: la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo (2008); el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, celebrado en el ámbito de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2015), y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia (2021).

²⁰ BUNGE, Mario A., *Diccionario de Filosofía*, México, D. F., Siglo Veintiuno Editores, 2001, p. 118.

²¹ V. BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 92.

²² ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de la ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p.103.

²³ Sobre la supremacía normativa de la Constitución, el texto jurídico con mayor antigüedad y aún en vigor reside en la determinación establecida en el art. VI, Sección 2 de la Constitución de EE. UU. de 1787.

“suprema, altísima y que no tiene superior”²⁴. Así, se emplaza un sistema de reglas –el constitucional– en el sistema jurídico, y se lo posiciona como superior, porque ninguna será más alta que él.

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

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

La “Constitución positiva misma”²⁵, con su propio contenido, expresamente establecido, es la base puesta por el poder constituyente que, con su acto fundacional, permitirá identificar otras normas inferiores como Derecho. El escalonamiento de la

²⁴ Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, del latín *summus*.

²⁵ Ross, Alf, *Teoría de las fuentes del Derecho: Una contribución a la teoría del Derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, p. 421. Por su parte, Diego Valadés entiende que un sistema normativo debe contar con una base identificable, razonable, inteligible, válida y positiva, a la que se suele apodar “norma fundamental”. Esa norma básica es la Constitución, cuya fuente de validez está en la voluntad soberana de la comunidad de ciudadanos que la adopta, y que a su vez esa voluntad resulta del pacto representado por la decisión de vivir asociados. En suma, una “decisión racional colectiva”. V. VALADÉS, Diego, “El orden constitucional: reformas y rupturas”, *Revista Latino-Americana de Estudios constitucionais*, n.º 11, 2010, Fortaleza, Brasil, Demócrito Rocha, pp. 48-49.

totalidad de las reglas del orden jurídico, según se lo observe desde arriba o desde abajo, empieza o culmina con la Constitución. Ella es la regla puesta, y no debería requerir ningún presupuesto o norma fundamental externa para clausurar o fundar la totalidad del propio orden jurídico. La regla constituyente debe ser, con afirmada singularidad, la propia regla de reconocimiento por antonomasia de todo el orden jurídico estatal. La Constitución instituye el criterio básico e incontrovertible para identificar las reglas inferiores del orden jurídico estatal. Ése debe ser uno de sus más reconocidos roles relevantes²⁶. No debería existir elemento alguno o ficción posible como referencia por encima de la Constitución. Ella, criatura del poder político de la ciudadanía, debe cargar con su propio fundamento autorreferente.

La Constitución, al quedar instituida como la regla de reconocimiento de todo el orden estatal, deberá ser el instrumento para discernir cualquier controversia sobre la membresía de normas inferiores, porque ella es última, altísima, intangible y suprema. Sin embargo, la unidad fundamental establecida por la Constitución es determinante pero no suficiente para asegurar la coherencia del orden jurídico. Todo el Derecho, gracias a la unidad de la Constitución, podría enhebrar una “relación con el todo”²⁷. La determinación de la relación de coherencia entre sí provee la posibilidad de la unidad sistemática. Esa totalidad ordenada se obtiene por determinaciones formales y sustanciales que, alojadas en la Constitución, servirán para distinguir, como ya anticipé, la membresía o pertenencia al sistema jurídico del Estado. La Constitución, por intermedio de los “límites y vínculos”²⁸ de sus reglas, intentará planear y disciplinar, hasta cierto punto, la coherencia del orden jurídico estatal, siempre colocado a prueba por la producción y la realización del Derecho inferior.

La Constitución debería instituirse con sus enunciados de Derecho como una razón anticipada para regular aquellos estados de cosas sobre la coexistencia de una ciudadanía integrada por personas que comparten una igualdad fundamental de pertenencia a una comunidad política y que por eso integran el pueblo de un Estado. Ella ha de ser un texto pactado y elaborado en representación de una ciudadanía plural, cuya suma aspiración consiste en establecer y desarrollar una paz social durable, estable y abarcadora. Por ello, la más alta expresión y forma inicial del Derecho de un Estado la instituye su Constitución escrita. Un instrumento para el

²⁶ Para H. L. A. Hart, la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias (reconocimiento, cambio y adjudicación) es apta para poner en evidencia la médula de un sistema jurídico estatal, pero no el “todo”. La regla de reconocimiento (secundaria) ocupa un papel protagónico en la teoría jurídica de Hart; es la que sirve para “identificar” qué normas formarían parte o no del sistema jurídico estatal. V. HART, Herbert, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, pp. 118, 121, 123, 127, 135 y ss.

²⁷ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1997, p. 177.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en AA. VV., *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 11.

gobierno del Estado siempre creado por los seres humanos y que determina el origen de todo su orden jurídico y de las decisiones para su gradación jerárquica. En otras palabras: una ciudadanía integrada por individuos siempre igualados en libertad, quienes han de ejercer la titularidad de la dirección indubitablemente democrática de esa comunidad, que se concreta merced a los misterios de la representación política, proposición que significa un lineamiento vigoroso de esta disertación.

II.2. Declaración teórica sobre la Constitución del Estado

Aquí realizo la declaración teórica sobre el objeto complejo “Constitución del Estado”. Esta “declaración” se imbrica en el ámbito de la estatalidad y en la regulación institucionalizada de la política en el interior del Estado. La tesis que postulo no aventura la disolución del Estado, ni propone que el principio de constitucionalidad sólo posea implementación dentro del ámbito pergeñado por la estatalidad. Tampoco descarto una futurible *constitucionalización* de otros entes que no sean un Estado. Sí afirmo que sin ciudadanía no hay Constitución escrita, y sin ella no hay Estado democrático, así como también enfatizo que sin tolerancia respetuosa a sus reglas resulta imposible una convivencia pacífica.

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

Los sistemas jurídicos estatales son sistemas normativos en cuya base o fundamento reside la regla constitucional. Se entiende por “sistema” un “objeto complejo”²⁹ cuyas piezas se encuentran compuestas, estructuradas y garantizadas dentro de un entorno. Esta concepción debería incluir entre sus piezas la composición, la estructura y las garantías y el entorno. La composición abarca todas sus partes. La estructura consiste en las relaciones entre las piezas, incluido el entorno. Las garantías son mecanismos que protegen las piezas del sistema. El entorno se detalla en los estados de cosas que actúan sobre todas o algunas de las piezas del sistema.

Así, resalto lo que entiendo por Constitución del Estado:

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

²⁹ BUNGE, Mario A., *Diccionario de Filosofía*, ob. cit., pp. 196-200.

- Un sistema artificial que, con sus cuatro piezas, constituye uno de los elementos primordiales del Estado, y funda y confiere jerarquía y validez a la totalidad de su orden jurídico. Su emanación deberá provenir del poder y de la dirección político de la ciudadanía que integra el pueblo, representada por una autoridad, sea que se trate de la fundación o del cambio. Así, la Ley fundamental ha de ser una regla instrumental, que conste en escrituras, dirigida a la ciudadanía y a los servidores públicos.
- Las escrituras del sistema de la Constitución que dispongan su “composición” han de comprender hasta cuatro partes: simples declaraciones; derechos, bienes y deberes fundamentales; el diseño del poder y el proceso de reforma.
- El sistema ordenado por la Constitución posee garantías que instituyen mecanismos para su defensa.
- Los vínculos, enlaces y relaciones entre cada una de esas piezas, al definir la “estructura” del sistema, mostrarán las fortalezas y debilidades del tipo de Estado orientado al camino de los caminos: “la tierra prometida” de la democracia y despejar por definición a la autocracia.
- La composición, la estructura y las garantías del sistema tendrán como entorno una “sociedad abierta”.
- La principal misión del instrumento consiste en la determinación y ulterior realización racional del ámbito de su obligatoria normatividad, que cierto estado de cosas deba ser: establecer y desarrollar las existencias en paz.

34

II.3. Las piezas del sistema

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

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

Segunda. La *estructura* consiste en las relaciones entre las piezas del sistema constitucional con inclusión del entorno y queda configurada por la “democracia”, entendida y prometida como forma de producción de reglas y fundadora de la legitimación del Estado; un método ideado, que debe ser estructurado para nutrir a la ciudadanía y a los servidores públicos. La democracia consiste en la búsqueda y en la construcción de consensos homogéneos y perdurables. Ella comporta un método fundado en reglas de juego iguales por naturaleza para todos los ciudadanos habilitados a participar, sin secretos, a la luz del día, cuyo valor cenital e irrenunciable es el pluralismo, en tanto su ejercicio no agrede ni implique la intolerante desnaturalización y abolición del propio método democrático constitucionalmente asumido y protegido.

Las Constituciones contemplan la vía representativa para la gobernanza. Algunas de ellas albergan de modo complementario determinadas formas *semidirectas* que

implican una participación casi sin intermediación en la decisión política. Con arreglo a la representación, en especial en el sistema presidencial típicamente sudamericano, se escoge y requiere de un líder del proceso constitucional.

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

Por ello, la disputa –si acaso fuese tal– consiste en comparar las atribuciones; mejor dicho, establecer “qué presidente”, de “qué gobierno” posee mayores atribuciones. Así, los avatares del constitucionalismo en América del Sud se encuentran ligados a las diferentes formas de “cultivo” que asume el presidencialismo. La suerte del constitucionalismo –en la tipología presidencialista, más o menos absolutista– queda unida o subordinada, penosamente, al gobierno encabezado por el presidente, por aquello de que en el modelo se instituye a una persona, y sólo a una, que será la que intentará liderar el proceso constitucional. El presidente se erige en el centro decisivo de la política nacional, y así se convierte en mucho más que un árbitro supremo. Concretamente, es un director absoluto, un “monopresidente”³⁰. Eso sucede, lamentablemente, tanto en el ámbito de la CFRB como de la CFA, con sus alcances respectivos. El presidente es elegido a partir de sistemas electorales mayoritarios, en cuyo proceso de confrontación el candidato que gana concentra todo el poder por períodos que a menudo contemplan el escenario de la reelección.

35

Los congresos asumen diferentes modelos electorales para la representación ciudadana, y en ellos debería desarrollarse la escena principal del teatro de la democracia. Los departamentos políticos, presidente y Congreso, se integran con participación directa en comicios libres de la ciudadanía.

En cambio, en la integración y composición del Poder Judicial y del Ministerio público, así como en el control de su desempeño institucional, el cuerpo electoral no participa directamente. Esa circunstancia se encuentra vinculada a mecanismos absolutamente burocráticos, pergeñados en la mayoría de los casos por las propias letras constituyentes para la designación del magistrado y, de manera eventual, para su enjuiciamiento por mal desempeño. Así, se debilita la democracia y crece la falta de confianza en sus resoluciones, por la falta de conexión con la ciudadanía.

³⁰ V. FERREYRA, Raúl Gustavo, “On Presidentialism. The Problem of the System of Government in Argentina, Brazil, and Colombia”, en *Jahrbuch Des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Alemania. Neue Folge, Band 67, Mohr Siebeck, 2019, Tübingen, pp. 567-600.

En el ámbito de la democracia prometida por una Constitución, se aguarda que una mayoría pueda gobernar con su plan políticamente aprobado en comicios libres, auténticos y transparentes, y que una minoría pueda llevar adelante, con libertad, sus propuestas y controles sobre el oficialismo gobernante, con la esperanza de ser mayoría en el futuro. La democracia constitucional es un todo: mayoría y minoría. Una deformación indeseada de la democracia constitucional se observa con el oleaje dañino que provoca la “democracia delegativa”³¹, que posee seria capacidad para ahogar la idea de representación en una comunidad.

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

La Constitución posee propiedades extraordinarias, únicas y supremas en el Derecho, porque, entre otros estados de cosas, ella debe proveer a la protección de todo el Derecho inferior del Estado, instrumentar todo el proceso de gobierno de una comunidad, autorizar el ingreso del DIDH y contemplar sus propios mecanismos para salvaguardar su integridad. Por consiguiente, con facilidad puede aseverarse que toda Constitución valdrá todo aquello que valgan con robusta efectividad sus propias garantías.

Cuarta. El *entorno* se detalla en los estados de cosas que actúan sobre todas o algunas de las piezas del sistema. La “sociedad abierta”³² debería ser una comunidad de seres humanos en la que cada uno de ellos posea la inmaculada naturaleza para adoptar sus “decisiones personales”, en oposición y rechazo a una “sociedad cerrada”, caracterizada por la magia, el totalitarismo, el seguimiento de un líder a la providencia o a cualquier otro modelo de sinrazón, es decir, cualquier modelo de absolutismo o concentración desmedida de poder. Aunque el entorno se instala en la periferia del sistema y, por ello, estrictamente no es una pieza, sí interfiere en la relación entre las piezas y, por ende, en la estructura del sistema.

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

Todas las piezas del sistema constitucional se instituyen por una “trinidad de regulaciones”. Las reglas primarias sobre la conducta determinan derechos, bienes y deberes fundamentales. Las reglas secundarias determinan las competencias de

³¹ O'DONNELL, Guillermo, “Democracia delegativa”, en *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Paidós, 1997, pp. 287-304.

³² V. POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, ob. cit., p. 195.

los órganos de los poderes públicos. Las simples declaraciones son enunciados no normativos, por ejemplo, los preámbulos de las Constituciones, o simples declaraciones políticas, que cobran su juridicidad por el hecho de participar del sistema normativo.

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

La Constitución, un instrumento finito, autorizará una aplicación casi “infinita” o ilimitada a partir de la instrumentación y el desarrollo de su lengua. La realización de la Constitución, por acatamiento o interpretación –como se lee en el próximo apartado–, autorizará una utilización casi “infinita” o ilimitada del instrumento o “medio finito”³³. No ha existido una inteligencia natural que pueda concebir estados de cosas infinitos, porque su propia finitud estatuye con rigor insuperable los límites de aquello que ha de ser calculable y previsible. Las reglas constitucionales son las reglas básicas que, pensadas siempre en el momento originario, han de determinar y condicionar todo aquello que nazca directamente en razón de su regulación jurídica. Las reglas inferiores a la Ley fundamental, que se crean para su desarrollo, nunca deberían existir bajo una forma o un contenido que no sea el criterio de configuración y predeterminación objetivado con justeza en los parámetros de la Ley básica. Ella autoriza la creación de leyes, actos y sentencias en su desarrollo. Todas estas producciones son inferiores y determinadas, aunque parecieran infinitas e ilimitadas; sin embargo, su validez se encuentra enclaustrada por las determinaciones establecidas en los enunciados del Derecho constituyente de la Ley básica.

En resumen, la Constitución es puro instrumento normativo que, con sus reglas primarias, secundarias y simples enunciados, lleva adelante procesos públicos que pretenden una ordenación comunitaria de la conducta humana, todo ello basado en un sistema de ideas que expresan la correspondiente cosmovisión mundana que poseen sus hacedores o creadores. El Derecho de la Constitución instituye un instrumento mayor y supremo en aras de la paz, porque ella, una coexistencia

³³ VON HUMBOLDT, Wilhelm, *On Language. The Diversity of Human Language-Structure and Its Influence on The Mental Devepeloment of Mankind*, Cambridge University Press, New York et al., 1988, p. 91.

ciudadana pacífica, “es potencialmente la base de todos los principios y procesos del Estado constitucional”³⁴.

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

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

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

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

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

Ese acatamiento demuestra el contexto de realización tanto por los ciudadanos como por servidores públicos encargados de los poderes constituidos del Estado.

³⁴ HÄBERLE, Peter, *Sobre el principio de la paz: La cultura de la paz. El tópico de la teoría constitucional universal*, Buenos Aires y México, D. F., con “Consideraciones preliminares” de Diego Valadés, “Presentación” de Raúl Gustavo Ferreyra y “Epílogo” de E. Raúl Zaffaroni, Ediar e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2021, p. 273.

Juzgo que vale la pena discutir o discernir si existe o no existe una obligación de cumplir con el Derecho constituyente del Estado. La Constitución, en tanto Escritura fundamental para la organización de la república y presupuesto sostenido de la orientación democrática, ha de poseer aspiraciones de obediencia comunitaria a la fuerza normativa de sus principios³⁵ y reglas. Para que ello suceda, obviamente, será tarea del Estado realizar y agotar hasta el máximo de sus posibilidades concretas todos los esfuerzos representables para que la ciudadanía la conozca. La obediencia al Derecho de la Constitución, sea en grado de expectativa o de fuerte aspiración, trasunta un deber político ineludible del ciudadano para coexistir en la comunidad que elige para cumplir su plan de vida en paz.

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

La realización del Derecho constitucional, que según el caso se puede cumplir por el acatamiento, la interpretación judicial o el saber doctrinario, será siempre, pues, concreción o ejecución de Derecho positivamente creado. Concretamente: el Derecho constitucional del Estado lo produce el poder con específicas potestades constituyentes. En la Argentina la reforma es un proceso que se inicia en el Congreso y se desarrolla en una “Convención convocada al efecto”. En Brasil, en cambio, la enmienda constitucional es un proceso legislativo que solamente se podrá cumplir en el “*Congresso Nacional*”.

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

³⁵ Juan Carlos Cassagne sostiene que los “principios son universales” y guardan estrecha relación con la ley natural. Cita como ejemplos la defensa de la vida, la dignidad de la persona, la justicia, la libertad interior y exterior, la buena fe, la razonabilidad, la tutela judicial efectiva. V. CASSAGNE, Juan Carlos, *El principialismo y las fuentes de la Constitución Nacional: Singularidad del sistema judicialista argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2023, pp. 41-42.

Nótese que toda norma tiene un ámbito semántico, cuya certeza no es ni será aritmética. Hay un ejemplo muy didáctico. Colocada la norma en el mundo, se la puede comparar con barco. Así, necesitará de prácticos para llevar una ruta marcada por expertos en puerto y, luego, en mar libre dependerá para seguir el rumbo propio asignado por la autoridad constituyente de las tareas idóneas del capitán y de la tripulación de la embarcación³⁶. ¡No cualquier rumbo! Cualquier rumbo significará el naufragio con el extravío de la semántica propuesta por la Constitución federal y la negación de su naturaleza prescriptiva.

II.6. Destinatarios del sistema constituyente

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

40 Es evidente que no existe un mundo exclusivo para las normas constitucionales. Las normas constitucionales, con sus idealidades, deben existir en esta realidad de este mundo; caso contrario, serían ignoradas o desconocidas por la ciudadanía. Las reglas de una Constitución, por lo tanto, deben ser dirigidas sobre la conducta de todas aquellas personas que integran la comunidad estatal, en el espacio en que se ejerce su soberanía y en delimitado ámbito temporal. Las reglas del orden constituyente del Estado, en principio, con su altísimo elevado carácter de abstracción, deberían encontrarse dirigidas a todas las personas, porque todas ellas son destinatarias de todas las normas³⁷.

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

³⁶ V. RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 148.

³⁷ KAUFMANN, Arthur, *Teoría de las normas*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020, p. 130.

Tristemente, las Constituciones pueden asumir un “doble rostro”³⁸, una forma experimental que en la práctica puede atravesar todo fragmento de un orden jurídico en su realización. Las reglas de la Escritura fundamental, su propia validez, en muchas ocasiones han sido –o pueden ser– aplastadas por leyes, reglamentos, hechos, actos o sentencias emanados de autoridades constituidas. Esos actos brutales quizás sean juzgados como regulares por la autoridad que los emite, motivo por el cual resulten para ella una forma del Derecho incuestionable. Sin embargo, desde la comprensión de un lector objetivo –en especial, el saber doctrinario–, ese mismo Derecho se presenta como manifiestamente inconstitucional y, por ende, irracional. Esa ausencia de verdadera razón demuestra que no serían actos o hechos legales compatibles con la Ley fundamental, sino “monstruos”³⁹ jurídicos insanables, dado que el mal desempeño en la interpretación constitucional es la fuente más significativa del “no Derecho” y la desobediencia de la Constitución la desarrollan fatalmente, por vía regia, los servidores públicos elegidos, escogidos y designados para cumplirla y obedecerla.

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

41

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

El orden constituyente del Estado debe ser un orden emanado de la razón. Aquí sigo el axioma de Gottfried Leibniz: *Nihil est in intellectu quod non fuerit in sensu; excipe, nisi ipse intellectus*⁴⁰. El Derecho, y en particular el Derecho de la Constitución, es una invención contingente que responde a determinadas propiedades temporales y espaciales; no hay eternidad ni perpetuidad en sus ordenaciones fundacionales. Ese Derecho de la Constitución debe ser una de las creaciones más elevadas e insignes, el resultado de la razón humana. La fuente de la autoridad de la Constitución del Estado debe ser, principalmente, la razón, con ayuda de la experiencia, nunca al revés.

³⁸ MERKL, Adolf Julius, “Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes”, *Gesammelte Schriften*, Erster Band: Grundlagen des Rechts. Erster Teilband, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, pp. 227-252.

³⁹ VICO, Giambattista, *El Derecho Universal*, Barcelona, Anthropos, 2009, p. 56.

⁴⁰ LEIBNIZ, Gottfried, *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*, París, Flammarion, circa 1921, p. 70 (“Nada hay en el intelecto que no haya estado en los sentidos; excepto, el mismo intelecto”).

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

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

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

42

III. La reforma constitucional

III.1. El cambio protocolizado por reglas secundarias

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

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

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

Al bosquejarse una teoría general sobre la reforma constitucional, se han de elaborar proposiciones que alienten el proceso público de cambio de la Ley fundamental con todas sus formalidades y en cumplimiento de los contenidos sustanciales explícitos o implícitos, para no destruir la cadena de validez constituyente. La lengua de la Constitución, como toda lengua, “es de índole sucesiva” y, por lo tanto, “no es hábil para razonar lo eterno, lo intemporal”⁴¹. La Escritura fundamental del orden del Estado es un objeto creado por el hecho del poder constituyente y su desarrollo transcurre en este mundo. Por eso, su estabilidad y su permanencia no serán eternas, pues dependerán, en gran medida, de los consensos ciudadanos que en la comunidad se dispongan y fluyan para sostenerla, con razonado tesón, en el tiempo y el espacio.

La Constitución debería auspiciar su propio cambio reglado y no alentar el reposo conservacionista de sus reglas. En tal sentido, la Ley fundamental podría entenderse como un diálogo virtual entre personas de una generación que están muertas y personas de una generación que viven hoy. Esas personas nunca han de conocerse. Quienes viven hoy y pueden disfrutar de las ventajas de una Ley fundamental hecha en el pasado remoto tampoco tendrán la posibilidad de conocer en persona a los ciudadanos que vivirán en el futuro cuando ellos ya no estén físicamente en el mundo. Intuyo que el diálogo descrito constituiría el rasgo

⁴¹ BORGES, Jorge L., “Nueva refutación del tiempo”, en *Otras inquisiciones, Obras completas*, vol. 6, Buenos Aires, Sudamericana, 2011, p. 220.

primoroso para explicar la existencia de una Ley fundamental y su cambio. Sin diálogo, la existencia humana y su devenir serían inviables.

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

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

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

44

La reforma constitucional puede darse de tres maneras: *a)* por *expansión*, cuando se agrega una nueva regla a la combinación constitucional originaria; *b)* por *contracción*, cuando se elimina alguna regla de la nómina de esa combinación constitucional; y *c)* por *revisión*, cuando se elimina en la combinación constitucional alguna regla y luego se agrega otra incompatible (total o parcialmente) con la eliminada.⁴²

Un párrafo aparte merece la autodenominada “mutación constitucional”. Ella se produciría sin cambiar el texto de la Constitución, con una asignación semántica sobre la regla interpretada que traspasaría por completo su finitud originaria. Se trata, en rigor, de un instituto de dudosísima constitucionalidad, ya que sería detentado por individuos que no fueron empoderados por el pacto constituyente y, por ello, alteraría la armonía del universo ciudadano. Así, pues, al no constituir la mutación un cambio reglado en el texto fundacional, no constituye un “procedimiento formal de aprobación”⁴³ o de variación o reforma. Dado que la mutación constituye una

⁴² ALCHOURRÓN, Carlos, “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEPC, 1991, p. 301. La teoría del cambio constitucional es la teoría de la reforma constitucional.

⁴³ HÄBERLE, Peter, “Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania”, en *Pensamiento Constitucional*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2000, Año VII, p. 17.

transformación que implicaría una variación “patológica”⁴⁴ y no reglada, ella no debería tener acogida en un Estado constitucional y democrático.

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

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

III.3. Desarrollo de la Constitución y poder político

La Escritura fundamental del Estado se contiene en un texto que, como se leerá más abajo, se encuentra sometido a determinadas condiciones procesales y materiales para alentar su cambio. La Ley fundamental es una ley en el tiempo. En esa dimensión temporal, fijada dentro del espacio territorial de un ente, se ha de computar su duración. Una existencia duradera, al apoyar cierta estabilidad en el gobierno comunitario, haría prosperar un desarrollo de la Ley fundamental: su proceso de reforma. La necesidad política, la oportunidad jurídica y la reunión de los consensos elementales de los representantes de una ciudadanía son un trípode para favorecer o postergar la discusión y elaboración formalizada de un cambio constituyente en la Escritura fundamental del Estado.

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

⁴⁴ ROLLNERT LIERN, Göran, “La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 101, Madrid, CEPC, mayo-agosto 2014, p. 152.

conciencia de que esta o aquella variación es la vía idónea para perfeccionar la paz y promover el bienestar general.

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

Las palabras que componen la lengua del Derecho constitucional son irreversibles. Una vez escritas, pueden ser aumentadas, reducidas o revisadas. Sin embargo, intuir su anulación resulta complejo porque no se puede utilizar un líquido o sólido para borrar la tinta escrita que establece el orden supremo de la Constitución. Por lo tanto, deberá computarse como un atentado inconstitucional que “dioses supremos”⁴⁵, desde el altar de la jurisdicción, sin competencia jurídica para actuar, puedan provocar una reforma de la Escritura fundamental para reglar las existencias ciudadanas en la comunidad.

El poder de reformar la Constitución, siempre sometido a reglas de competencia prefijadas, es un poder político porque crea Derecho constitucional. El cambio constitucional que produce variaciones sustantivas en el texto tiene una peculiaridad: siempre forma algo nuevo, la Constitución reformada; así, la reforma por expansión, contracción o revisión del sistema genera una nueva combinación de reglas. Sin mayores esfuerzos, puede decirse que, si la Constitución política estatal es la decisión de los ciudadanos que integran pueblo, la reforma también debe serlo. En consecuencia, el plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral que debe escoger a sus representantes en comicios abiertos, auténticos y transparentes.

Hasta el momento, el único modo conocido para no temer al cambio político consiste en aceptar los “procesos formales de aprobación”, que atribuyen una variación reglada, limitada y detallada al campo de las reglas constitucionales.

⁴⁵ Ignacio Villaverde Menéndez, en su contribución “Reformar interpretando la jurisdicción constitucional”, afirma que, si la jurisdicción constitucional muta la Constitución con su interpretación, se transforma en una “jurisdicción constituyente” al exceder su función y sus competencias en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho. Así, los jueces infringirían por sí mismos la Constitución que han sido convocados sólo a interpretar. V. AA. VV., *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, coord. Benito Aláez Corral, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo y CEPC, 2020, p. 455.

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

La experiencia demuestra que muchas veces se realizan “cambios políticos” sin apelar al proceso de reforma constitucional. Además, por la fuerza normativa de lo fáctico, tales cambios políticos, desgraciadamente, se imponen y causan una herida sangrienta en el orden estatal. El cambio constitucional aquí teorizado sólo se puede configurar por el proceso de reforma previsto en la Ley fundamental. Respecto de esto último, podría argüirse que se trata de un dogmatismo caprichoso. No es así, porque la Constitución constituye la “clave de la confianza”⁴⁶ para una articulación racional de la política comunitaria; fuera de sus canales, sólo corresponderá aguardar la ausencia de control, lo que implicaría una tajante devaluación de toda su capacidad procesal regulativa y, por ende, un camino sin señales ni contenciones hacia la anarquía más desviada.

Entonces, prescindir del Derecho para producir cambios políticos en la más alta cumbre de la ordenación se compadecerá, quizá, con actos del poder político y se identificará con la pura fuerza emanada de la voluntad. En otras palabras, podrá clamarse que tengan contenido jurídico, pero no serán Derecho constituyente del Estado constitucional porque carecerán de su razonada conjugación elaborada y, por consiguiente, de legitimación.

47

III.4. Cambio y “rigidez”⁴⁷

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

Fuera de la canalización dispuesta en la Constitución, no debería aceptarse nunca ningún cambio, ni considerarse autorizado. Porque la propia autoridad de la Constitución no debería tolerar cambios fuera del proceso prescrito en ella como suma regla. El cambio es una posibilidad enorme en la vida de los seres humanos. De este modo, el proceso de variación de la Ley Suprema constituye un fundamento del Estado. Cambiar, con arreglo a reglas predispuestas, disuelve la ley del más fuerte

⁴⁶ VALADÉS, Diego, “Todo cambio es constancia. Apuntes para una reforma constitucional”, en AA. VV., *El significado actual de la Constitución*. Memoria del simposio internacional, México, D. F., UNAM, 1998, p. 557.

⁴⁷ PACE, Alessandro y VARELA, Joaquín, “La rigidez de las Constituciones escritas”, en *Cuadernos y debates*, n.º 58, CEPC, Madrid, 1995.

o la fuerza bruta que, conjunta o separadamente, desalientan cualquier proceso de pacificación por la violencia congénita y sin regulación que portan y transmiten. Sin embargo, obsérvese que las bases que surgen de las previsiones sobre reforma constitucional no eliminan la irracionalidad de gobernantes con ínfulas totalitarias o de aquellos que, por dolo o negligencia, subvierten la democrática alternancia y la pervierten por una liquidación abyecta y a precio de remate de la forma de gobierno republicana.

Escribir, al igual que hablar, siempre implicará, al menos, una descripción o una valoración. Muchas veces, el hecho de la repetición doctrinaria de un término sugiere una apariencia fantasmal o anula una evaluación rigurosa. El propio proceso de cambio que las Leyes fundamentales se “dedican a sí mismas” –singular propiedad atribuida a las Constituciones– se encuentra en dicha galería. No deseo ser hereje, pero no es el término “rigidez” el más afortunado para advertir que la Constitución no debe ser reformada o cambiada por intermedio de los procesos semejantes a los previstos a la producción jurídica de rango inferior a ella. Para no recibir acuse de falta de religiosidad dentro del constitucionalismo, prefiero mantener el empleo de “determinada rigidez”, suficientemente extendido en el saber doctrinario. Si fracasa la rigidez de la Constitución, fracasa el escalonamiento jerárquico y, con este último fracaso, no hay lengua posible para la unidad del sistema estatal.

48

Alentar un proceso cierto para la reforma implica asumir “determinada rigidez” para el cambio constitucional. “Determinada rigidez” significa, por lo pronto, que la Ley fundamental no debería ser reformada sobre la base de mecanismos semejantes a los previstos para la elaboración de la legislación ordinaria o, mejor dicho, que no debería ser cambiada por procesos idénticos a los pautados para la producción de normas de rango jerárquico inferior al determinado de manera autorreferente por la suma regla para ella misma. Esta “determinada rigidez” es consecuencia directa, sin intermediaciones, del principio de supremacía de la Constitución en la escala de reglas del orden jurídico del Estado. El hecho de que las Constituciones contemplen la jerarquía constitucional, o a veces el rango superior o equivalente del DIDH en el sistema de fuentes, no significa el abandono ni de determinada rigidez constitucional ni de una particular forma de producción del sistema jurídico constitucional.

III.5. Momentos constituyentes

Los momentos constituyentes fundacionales son aquellos en que se crea íntegramente una Escritura fundamental. Por ejemplo, el de Brasil en 1988 puede ser calificado como un ejercicio de poder constituyente “originario”, dado que en éste se ordenó fundamentalmente y se dio asiento jurídico global a una comunidad política de ciudadanos. Ese poder constituyente originario posee una fuerza capaz de establecer las bases de la estructura política, económica, cultural y jurídica de una

comunidad estatal, en un espacio territorial y un tiempo determinado. En cambio, la actuación vislumbrada en 1994 en la Argentina para cambiar parcialmente su Constitución puede ser catalogada como poder constituyente derivado, aquel que se ejerce para canalizar las preferencias ciudadanas y variar el contenido de la Constitución, merced a su proceso de reforma.

El poder constituyente originario, ejercido en la etapa de la fundación o de organización primigenia del Estado por intermedio de la Constitución –como abordó en el próximo apartado–, básicamente no tiene límites. La creación jurídico-constitucional queda sometida, con exclusividad, a la deliberación y discusión política que le da nacimiento. Resulta muy difícil adjudicar límites jurídicos al acto constituyente de instauración de la primera Ley fundamental, cuya naturaleza y peso son eminentemente políticos, aunque el Derecho positivo no implica la democracia, esta última sí “implica, necesariamente, al Derecho”⁴⁸. Como consecuencia de esta implicación, una primera Constitución, para que pueda predicarse “democrática”, debería consagrar para tales fines la dignidad del hombre y una de sus derivaciones más logradas: la necesaria división y control del poder. Sin límites al poder, no hay dignidad humana.

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

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

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

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

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, t. 2: “Teoría de la democracia”, Madrid, Trotta, 2011, p. 17.

suscribió el contrato constitucional en 1860. En más de 170 años de validez de la Constitución, solamente cinco reformas conservan vigencia positiva sobre su texto: las enmiendas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, dado que el cambio constituyente producido en 1949 carece de autoridad jurídica en el Derecho positivo⁴⁹. Los cambios constituyentes a la Ley fundamental que mantienen vigencia han sido relevantes. Sin embargo, la sumatoria o agregación de esas cinco enmiendas señaladas sólo ha poco más que duplicado la cantidad de palabras originarias escritas en 1853, al computarse en su totalidad. Más allá de las sustracciones, adiciones o revisiones que toda reforma puede llevar adelante y que de hecho se han concretado en los cinco momentos constituyentes señalados, ninguna de ellas ha cambiado o alterado la naturaleza originaria de las piezas del sistema constitucional. Con la reforma de 1994 el texto contenido en la Escritura fundamental en vigor se integra con un Preámbulo, 129 artículos más el 14 bis y 17 “disposiciones transitorias”. Se emplean alrededor de 12.500 palabras para la totalidad del discurso jurídico de raíz constitucional que se congloba con las reglas expresa y detalladamente jerarquizadas con rango constitucional del DIDH ya detalladas.

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

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

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

En la tierra de la República Federativa de Brasil, bajo su cielo y su sol perpetuo conviven con desigual fortuna más de doscientos millones de personas. En el “Discurso” brindado el 5 de octubre de 1988 Ulysses Guimarães dijo: *“A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do*

⁴⁹ Sobre la reforma de la CFA se puede consultar BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994*, t. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995; FERREYRA, Raúl Gustavo, *Reforma y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2007 y SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957.

Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora". El proceso de enmienda⁵⁰ de la CFRB, una Constitución ciudadana, se encuentra reglamentado en el artículo 59: "*O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição*". Seguidamente, el artículo 60 establece lo siguiente:

A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

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

II - do Presidente da República;

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

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

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

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

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

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

⁵⁰ Sobre el proceso de enmienda de la Constitución en Brasil se puede consultar BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 32ª ed., San Pablo, Malheiros, 2017, pp. 201-228; SARLET, Ingo y BRANDAO, Rodrigo, "Da emenda da Constituição", AA. VV., *Comentários à Constituição do Brasil*, coord. científica de Gilmar Ferreira Mendes *et al.*, San Pablo, Saraiva, 2023, pp. 1190-1202; CYRILLO, Carolina Rolim, "Limites formais, materiais e circunstanciais das emendas constitucionais", *Três décadas de reforma constitucional: onde e como o Congresso Nacional procurou modificar a Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018, pp. 222-230. Las cláusulas pétreas fijadas en el art. 60, 4, de la CRFB 1988 son un paradigma sobre la irreformabilidad en el constitucionalismo. Acerca de tales reglas, verdaderas cláusulas de garantía, Gilmar Ferreira Mendes entiende que encierran un esfuerzo del poder constituyente originario para asegurar la integridad de la Constitución y que obstan, por tanto, a que eventuales reformas pudiesen provocar la destrucción, el enflaquecimiento o la mudanza de su identidad. Ver FERREIRA MENDES, Gilmar, "O controle de constitucionalidade da reforma constitucional e as 'cláusulas pétreas'", en *Curso de Direito constitucional*, Gilmar Ferreira Mendes y Paulo Gustavo Bonet Branco, Saraiva e Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2022, pp. 1273-1275.

En sus casi 35 años de validez, computados al 21 de septiembre del 2023, la CFRB fue objeto de enmienda en 129 oportunidades⁵¹. No obstante, el propio proceso de reforma, que contemplado en el artículo 60 ha dado rienda a una enorme cantidad de enmiendas a la Escritura fundamental brasileña, se mantiene intocado, y todo hace pensar que así se mantendrá en el futuro.

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

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

III.6. Límites

52

Toda reforma constitucional posee “límites”⁵². La discusión científica cuenta con una vastísima literatura al respecto⁵³. Aquí entiendo por “límites” los linderos dentro de los cuales debe transitar la creación del poder reformador constitucionalmente

⁵¹ Presidência da República. Emendas Constitucionais: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm. La CFRB 1988, en el art. 3 de sus *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* contempló con originalidad manifiesta que “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”. En aplicación de esa regla, en 1994, se concretaron seis Emendas Constitucionais de Revisão: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/ECR/quadro_ecr.htm Por lo tanto, al 21/9/2023 sobre la CRFB 1988 se han realizado 129 enmiendas, cuyo marco de adecuación se sostiene en el art. 60, y 6 enmiendas de “revisión”.

⁵² Benito Aláez Corral ha puesto de manifiesto que “... para las concepciones formales el poder de reforma constitucional es el único y verdadero poder constituyente jurídicamente hablando y, por tanto, puede hacer cambios en la Constitución, pero también cambiar de Constitución, sustituyéndola, reemplazándola e incluso derogándola, estando sometido a límites materiales sólo sí y en los términos que el propio texto constitucional positivo lo haya previsto”. En AA. VV., *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, ob. cit., p. 38.

⁵³ V. DÍAZ RICCI, Sergio M., *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 558-713; LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, pp. 188-205; SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 116-134; VERGOTTINI, Giuseppe de, *Diritto Costituzionale comparato*, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1999, pp. 206-224.

reglado⁵⁴. Así, el poder sobre el cambio constituyente es una energía en la justa y exacta determinación de sus límites. Más allá de ellos, desaparecerá la adjudicación de la regla secundaria sobre la reforma y la violación hará que no haya más, ni se pueda justificar la existencia de competencia reglada. Por lo tanto, en tal hipótesis, el poder ejercido en violación a los límites será pura fuerza y, con bastante seguridad, intentará abolir el programa constituyente originario.

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

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

Más allá de la excelsa limitación expresa de la regla brasileña, el esbozo de la teoría general que presento en este escrito conduce a reconocer dos límites materiales en el proceso de reforma, que pueden encontrarse explicitados o ser sencillamente implícitos. Dichos límites son la “república” y la “democracia”. Ambas integran el “sistema de la Constitución”: la república, como forma de gobierno que autoriza la posibilidad de vivir en libertad y en el seno de una sociedad abierta; la democracia, en tanto el método para crear, mantener y desarrollar la existencia en la comunidad sin “derramar sangre”⁵⁵.

Para apoyar la investidura de esos “límites materiales implícitos” cabe mencionar la Constitución federal de la Argentina. Así, la casa común de todos los ciudadanos,

⁵⁴ ALÁEZ CORRAL, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Madrid, CEPC, 2000, p. 167.

⁵⁵ POPPER, Karl, *La responsabilidad de vivir: Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 190.

desde 1853 es su “república”. En las palabras generadoras de su artículo 1 se dispone lo siguiente: “La Nación argentina adopta para su gobierno la forma [...] republicana”. La república con la totalidad de sus contenidos, entre los que luce la libre participación ciudadana, la elección periódica del gobernante y el control, constituyen un “límite intangible materialmente implícito” a cualquier tentativa de cambio. A igual solución se arriba con la democracia como forma de orientación política del Estado. En el artículo 36 se ordena que la “Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos”. La democracia, por tanto, es una conquista irrenunciable y eterna. Se advierte, entonces, que también en la Escritura fundamental de la Argentina se insertan reglas de eternidad, aunque yacen implícitamente y su prohibición cercena el paso a cualquier desvarío que pretendiese su abolición o negación.

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

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

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

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

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

La limitación de las reformas constitucionales por la vía de las “cláusulas de eternidad” exhibe un camino para resguardar determinada identidad del “Estado constitucional”. En América del Sud debiera ser entendida a partir de la comprensión de sus semánticas constituyentes, vinculadas a las concepciones de “república” y “democracia”. Es notorio que “no puede hacer que lo sucedido no haya sucedido” (aunque puede dejar intactos determinados estados de cosas o “censurarlos de modo categórico”⁵⁶). Por esa razón, sólo puede penetrar el “presente y el futuro”⁵⁷, que se encuentran abiertos al Derecho constitucional; no el pasado. El tiempo futuro, por su parte, no puede quedar ligado eternamente al Derecho constituyente del Estado, porque la ausencia de cambio es impropia del itinerario de los seres humanos. El dictado de reglas jurídicas eternas, aunque encomiable, instituye una definición que no resulta compatible con la finitud del ser humano. Todo intento de hacer totalmente irreformable el futuro jurídico chocará, por un lado, con la naturaleza cambiante del pensamiento y, por otro, con su natural entidad física y perecedera.

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

⁵⁶ Una pieza de esta naturaleza jurídica se ofrece en el art. 15 de la CFA, según texto de 1853, actualmente en vigor: “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”.

⁵⁷ ENGISCH, Karl, *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba (Argentina), Universidad Nacional de Córdoba, 1960, p. 15.

proceso reformador de la Constitución será válido, formalmente, si ha satisfecho todos los requisitos fijados en cada una de las etapas previstas para el cambio, esto es, su segura, propia y radical secuencia de validación normativa.

III.7. Quid sobre la naturaleza autorreferente del cambio⁵⁸

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

56

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

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

Ya he argumentado sobre el vínculo entre Constitución y reforma en abierta conexión con la declaración teórica propuesta. Evidentemente, el cambio de la Ley fundamental encuentra abrigo en dos de las piezas que hacen al sistema de la Constitución: su composición y sus mecanismos garantistas.

El panorama trazado en esta sección demuestra con claridad que el único modo de mantener la unidad de todas y cada una de las partes que cementan la “composición” de la Constitución es someterla a un “cambio reglado” (III.1). La falta de certeza en el futuro, una regencia del principio de indeterminación (con sus excepciones

⁵⁸ V. Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 80-82 y “On Self Reference and Puzzle in Constitutional Law”, en *Mind*, vol. 78, Issue 309, Oxford University Press, January 1969, pp. 1-24.

limitadas y contadas), constituye uno de los retos insalvables de la especie humana. Acaso para prestar un placebo, se han creado las Constituciones, instrumentos que además contienen la “certeza” de que su lengua podría ser reformada por intermedio de los procesos jurídicos que se inauguran en sus textos. El cambio formalizado, plenamente sometido a reglas, queda autorizado por una sola lengua, la que describe y ata el proceso y la sustancia, hasta cierto punto, de toda enmienda constituyente.

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

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

La “rigidez” de una Constitución (III.4) presumiblemente fue pensada para quitar del alcance rutinario, ordinario y común de los ciudadanos la alternativa de cambiarla fácilmente. La rigidez de las Constituciones tiene tantas presentaciones como las individuadas en la colección de la historia del constitucionalismo. Pese a eso, hay una idea que atraviesa, acaso como un denominador común, esa propiedad: anclar la Escritura fundamental a un proceso distinto, con otras mayorías y otras participaciones, al contemplado ordinariamente para la gestación de la ley. Por eso, la rigidez es una “garantía que la Constitución” se confiere a sí misma, una de las mejores tutelas que se pueden prescribir para cuidarse y evitar que el fruto inmaduro de la política conlleve un cambio inapropiado.

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

La creación del Derecho contenido en la Escritura fundamental se realiza en los momentos constituyentes (III.5). En ellos –y también en su reforma– se produce la instauración de la Ley fundamental. En los momentos constituyentes, los ciudadanos que integran el pueblo, representados por sus asambleístas,

convencionales o congresistas –o acaso en forma directa por derecho propio–, pueden dar lugar al ejercicio del poder que permite la configuración constitucional que da fundamento al Estado. La determinación de los momentos constituyentes, con la descripción de cada una de sus etapas, garantiza que la Ley fundamental queda afectada para siempre a un proceso formalizado de aprobación. Fuera de ese proceso público o, mejor dicho, ante su incumplimiento (doloso o culposos), no correspondería predicar que hay constitucionalidad de una reforma. Con acierto, Diego Valadés ha escrito que “si la Constitución es, entre otras cosas, el estatuto jurídico del poder, resulta comprensible que la estabilidad de la norma sea un requisito para la estabilidad de lo normado”⁵⁹. Precisamente, la estabilidad de un proceso, como el de reforma, configura una aquilatada “garantía” –no siempre suficiente– para proteger a la Constitución.

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

58

Toda reforma constitucional produce un cambio en el contenido del orden jurídico estatal, pero no la destrucción del preexistente, si mantiene la continuidad por la vía de su adaptación o de un desarrollo de nuevos esquemas jurídicos y respeta los límites impuestos. Una Constitución, así, es una Ley fundamental “limitada”, el único modo de imaginar la unidad de su composición y garantizar la continuidad de su existencia. Una vez parida la Escritura fundamental, para mantener su secuencia de validez, esto es, que ella siga siendo la fuente matriz e inspiradora del orden estatal establecido, el proceso de reforma deberá embarcarse, genuinamente, en el respeto a todos los límites. Con límites, hay razón del Derecho, es decir, la conceptualización mismísima de Constitución y su cambio formalizado. Todos los pasos que fuesen más allá de esa secuencia jurídicamente limitada, tanto formal como materialmente, comportarían que no habría cambio regulado constitucionalmente, sino la abolición y el entierro de una Escritura fundamental y, el día después, al igual que en la literatura se podrá decir: “*Aujourd’hui, maman est morte*”⁶⁰. Una muerte sin dejar herencia, ni vínculos humanos, ni Derecho.

⁵⁹ VALADÉS, Diego, “¿Qué hacer con la Constitución?”, *Reforma*, 6 de febrero de 2016.

⁶⁰ CAMUS, Albert, “L’Étranger”, en *Oeuvres*, Paris, Gallimard, 2013 [“Hoy ha muerto mamá”].

IV. Comentarios finales

IV.1. Paz y Constitución

La paz es el fin mínimo del orden jurídico determinado por una Ley fundamental⁶¹. Ella es la condición necesaria e indispensable para cualquier otro fin: libertad, igualdad o fraternidad. La Ley fundamental debería instituir una procura de ordenación de la paz relativa de una comunidad. Sin embargo, la regulación consistente o perpetua de la paz ha de ser imposible o muy compleja en una sociedad con marcados índices y niveles de vulnerabilidad, exclusión, sometimiento y pobreza.

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

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

59

IV.2. El presente de la Ley fundamental

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

Prefiero no imaginar el reemplazo de la Constitución escrita y documentada –una de las máximas expresiones de la racionalidad humana para cobijar la experiencia

⁶¹ En 1872, R. Von Ihering lo estableció en forma determinante: “[L]a paz es el término del Derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo”. IHERING, Rudolf von, *La Lucha por el Derecho*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1921, p. 2. E. Raúl Zaffaroni ha dicho: “[E]l Derecho siempre es lucha y es político y, si bien la paz no se gana con guerras, no es menos cierto que se gana con luchas, que no tienen por qué ser violentas, sino también jurídicas, como la denuncia, pues nuestra herramienta es el discurso, al que todas las dictaduras temen y por eso la reprimen”. ZAFFARONI, E. Raúl, “El totalitarismo plutocrático corporativo”, *Página 12*, 12/8/2017, p. 40.

del coexistir ciudadano— por algoritmos⁶² o cualquier tipo, clase o conjunto de reglas emanados de la inteligencia artificial. La fuente de toda la autoridad de esa “máquina” del tiempo que es la Constitución, su “inteligencia” natural —social, cultural, política—, reside en las soberanías individuadas de cada uno de los ciudadanos y la correspondiente agregación de sus elecciones personales.

No se puede descartar que algún día del futuro de la humanidad esa autoridad política comunitaria sea transferida y ejercida por cualquier forma de “inteligencia artificial” (semejante o superior), y que ella tome decisiones o aconseje su adopción —total o parcialmente— por nosotros mismos. Esta hipótesis no es lejana y no está exenta de inquietud, en tanto pareciera que el uso de este tipo de instrumentos no conduce a la humanidad a un destino pleno de paz social e igualdad⁶³. En una suerte de elogio sobre la inteligencia humana y su conciencia postulo que la fuente de la autoridad debe quedar constituida para siempre, bajo algún modelo imperfecto de eternidad, en el poder que ellos mismos son aptos para producir, sustentar y cambiar en cada comunidad. Lo mismo vale, por supuesto, para la totalidad del proceso de reforma y su control racional.

IV.3. Escritura fundamental y cambio

60

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

Los seres humanos intentan constituir, en general por la vía de una Constitución, los fundamentos para el gobierno del tiempo y del espacio. Ese sistema constitucional contendrá, también, los lineamientos para su propio cambio, porque la vida humana que se pretende gobernar se encuentra azarosamente librada a la indeterminación y el único camino para transitarla con alguna posibilidad de cobertura mínima

⁶² Sobre los avatares que plantea la era digital, con particular inclinación a la situación en Europa, ver las contribuciones de BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, *La Constitución del algoritmo*, 2ª ed., Zaragoza, Fundación M. Giménez Abad, 2023, y de PRESNO LINERA, MIGUEL, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2023.

⁶³ El escritor Marc-Uwe Kling ha imaginado, en 2017, una “comunidad” muy especial: QualityLand. Un país optimizado y gobernado por la IA. El lema comunitario es que las máquinas no cometen errores. En el “futuro”, todos los problemas serían resueltos por la tecnología. Incluso, un androide, “John of Us”, ha sido creado para gobernar. Esta ideación, que supera otras ficciones del siglo XX, deja entrever que la humanidad se abandonaría a una invención que la supera en sus fuerzas y habilidades. KLING, Marc-Uwe, *QualityLand*, Buenos Aires, Tusquets, 2017.

y racional se entronca con la determinación de la reforma. Por lo tanto, la idea sobre la Constitución se encuentra definitivamente conectada y librada con las alternativas para su variación protocolizada. Aceptar el cambio significa admitir que las instituciones estatales pueden variar en el tiempo y en el espacio. Por ejemplo, aquello que en el pasado no era objeto de fomento o cuidado constituyente, en un nuevo presente quizá pueda convertirse en una imperiosa necesidad con una novísima regulación normativa en el marco de una reforma.

Para eso bastaría pensar en la reglamentación constituyente y definitiva de un aseguramiento racional para una alimentación básica de todas las personas; o la apertura y garantía para el acceso de todos los seres humanos sin obstáculos a las redes de Internet; en ambos supuestos: significativos bienes fundamentales sociales. También debería celebrarse una regulación sobre determinados elementos de la naturaleza sustraídos al mercado y su declaración como bienes fundamentales comunes de la humanidad (agua, aire, bosques, glaciares, espacio aéreo)⁶⁴. Para completar esa hechura declarativa, las Constituciones serían bienes fundamentales de naturaleza “colectiva”⁶⁵, en virtud de que su anclaje fundamental para la coexistencia humana resulta indiscutible y, por ello, debe ser garantida responsablemente para y por toda la ciudadanía.

Muchas veces hay ilusiones constitucionalistas⁶⁶ consistentes en que los gravísimos problemas que acucian y angustian el bienestar de la ciudadanía se resolverían con reglas jurídicas de una Ley fundamental o una propuesta acerca de su cambio reglado. Nada más alejado de la realidad. Las reglas constitucionales, incluso sus variaciones, son importantísimas y necesarias, aunque no dan solución por sí mismas a los problemas estructurales o coyunturales sobre el grado de justicia social y distribución de la riqueza y el poder en una comunidad.

Al gestarse una Constitución, también se han de pensar los límites formales y materiales que deberán cumplirse válidamente para justificar el proceso de su cambio, en virtud de que todas las Leyes fundamentales contienen garantías específicas para asegurar su no quebrantamiento⁶⁷. Una Constitución podrá cambiar, a condición de que se respete su propio proceso de reforma que ella misma autoriza y se adjudica en su escritura, con inclusión de los contenidos que se juzguen irreformables, pétreos e intangibles. El más allá de los límites constitucionalmente trazados para la reforma asume rasgos de anarquía y se exhibe como profundamente antidemocrático. Mantengo mis dudas acerca de que, acaso,

⁶⁴ V. FERRAJOLI, Luigi, *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Madrid, Trotta, pp. 104-115 y 155-159, 2022.

⁶⁵ BIDART CAMPOS, Germán, *La Constitución que dura. 1853-2003. 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 22.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto, *Autobiografía*, Taurus, Madrid, 1998, p. 281.

⁶⁷ JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1991, p. 15.

la violación de los límites formales en el proceso reformador posea reparación jurídica. Mi agnosticismo es completo cuando se examina la violación manifiesta de límites materiales.

Una “Constitución no democrática” no podría hallar fundamento, jamás, en la Constitución democrática precedente, porque en el propio proceso de emanación jurídica la ciudadanía del pueblo, al conceder un poder absoluto, renunciaría al propio fundamento de la democracia: la libertad soberana de cada ciudadano para decidir. Ergo, la democracia no da pie para su propio suicidio; la regla de la mayoría no concede evitar la pluralidad de las respuestas, desde que en el caso apuntado la decisión debería ser soportada por todos. La democracia constitucional puede sustituirse, pero el nuevo sistema antidemocrático que destruyese al anterior operaría fuera del paradigma de validez de la Constitución democrática que le precediese y que habría sido trágicamente abolida por la sinrazón más terrorífica sobre la dignidad del hombre⁶⁸.

La Constitución, con la unidad de todas sus piezas que anudan los procesos públicos, incluida la posibilidad de cambiarla, es la Escritura fundamental. Ella es una fuente normativa y canonizada para dar cauce a un modelo de democracia para una ciudadanía que aspira a la paz. Jamás debiera concebirse como un borrador soñado o un texto para consuelo, porque ella debe ser el gran libro del Derecho estatal, cuyas escrituras deben ser leídas, comprendidas y actuadas por la comunidad de ciudadanos que han decidido su autodeterminación en democracia y, así, afianzar su existencia y responsablemente, incluso, favorecer el desarrollo de las generaciones del porvenir⁶⁹.

62

⁶⁸ Francisco Caamaño, en su contribución “Nosotros los pueblos: federalismo y reforma constitucional”, sostiene lo siguiente: “... si como consecuencia de una reforma constitucional desaparece el fundamento democrático, el respeto a los derechos fundamentales o la división de los poderes, con independencia de su *nomen iuris*, el producto normativo resultante ya no será, jurídicamente, una Constitución, porque se habría vulnerado el principio constitucional de reforma congruente”. V. AA. VV., *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, ob. cit., pp. 328-329.

⁶⁹ Una versión de esta contribución se publica originalmente en la obra colectiva AA.VV: *Tratado de Derecho constitucional*, IIJ, UNAM, México, dirigida por Diego Valadés et al.

Aquí debo agradecer los valiosos comentarios de Benito Aláez Corral, Diego Valadés, E. Raúl Zaffaroni, Andrés Pérez Velasco, Carolina Cyrillo, Leandro Eduardo Ferreyra, Diego A. Dolabjian, Mario F. Cámpora, Enrique Javier Morales, César Domínguez Ardila, Siddharta Legale y Rodrigo Vissotto Junkes.

V. Referencias bibliográficas

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

_____, *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, Madrid, CEPC, 2020.

ALCHOURRÓN, Carlos, “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEPC, 1991, pp. 291-302.

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

BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994*, t. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995.

_____, *Manual de Derecho constitucional argentino*, tres tomos, Buenos Aires, Ediar, 1996.

_____, *La Constitución que dura. 1853-2003. 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004.

BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Buenos Aires, Planeta-Agostini, 1994.

_____, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1997.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 32ª ed., San Pablo, Malheiros, 2017.

BORGES, Jorge Luis, “Nueva refutación del tiempo”, en *Otras inquisiciones, Obras completas*, vol. 6, Buenos Aires, Sudamericana, 2011.

BUNGE, Mario A., *Diccionario de Filosofía*, México, D. F., Siglo Veintiuno Editores, 2001.

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

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

CASSAGNE, Juan Carlos, *El principialismo y las fuentes de la Constitución Nacio-*

nal: *Singularidad del sistema judicialista argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2023.

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

CYRILLO, Carolina, “Limites formais, materiais e circunstanciais das emendas constitucionais”, *Três décadas de reforma constitucional: onde e como o Congresso Nacional procurou modificar a Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2018, pp. 222-230.

DÍAZ RICCI, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional: Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, cinco tomos, Buenos Aires, Depalma, 1993-1999.

ENGISCH, Karl, *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba (Argentina), Universidad Nacional de Córdoba, 1960.

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

_____, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en AA. VV., *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

_____, *Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2023.

FERREIRA MENDES, Gilmar, “O controle de constitucionalidade da reforma constitucional e as ‘cláusulas pétreas’”, en *Curso de Direito constitucional*, Gilmar Ferreira Mendes y Paulo Gustavo Bonet Branco, Saraiva e Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2022, pp. 1273-1275.

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

_____, *Reforma y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2007.

- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada, 1897.
- HÄBERLE, Peter, “Un Derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional”, Buenos Aires, *Lecciones y Ensayos*, n.º 87, 2009, pp. 17-37.
- _____, *Teoría constitucional sin Derecho natural*, Buenos Aires, Ediar, 2023.
- _____, *El Estado constitucional*, México, D. F., UNAM, IJ, 2003.
- _____, *Sobre el principio de la paz: La cultura de la paz. El tópico de la teoría constitucional universal*, Buenos Aires y México, D. F., Ediar e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2021.
- _____, “Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania”, en *Pensamiento Constitucional*, Año VII, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2000, pp. 16-43.
- HART, Herbert, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.
- IHERING, Rudolf Von, *La lucha por el Derecho*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1921.
- JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1991
- JOHANN J. Moser, *Compendium Juris Publici Moderni Regni Germanici, Oder Grundriß der heutigen Staats-Verfassung des Teutschen Reichs*, Tübingen, 1731.
- KAUFMANN, Arthur, *Teoría de las normas*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020.
- KELSEN, Hans, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, Vol. 55, No. 1 (Nov., 1941), p. 49.
- KLING, Marc-Uwe, *QualityLand*, Buenos Aires, Tusquets, 2017.
- LEIBNIZ, Gottfried, *Nouveaux Essais sur l’entendement humain*, París, Flammarion, 1921.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979.
- MARQUARDT, Bernd, *Historia y teoría constitucional comparada*, t. I: “La ciencia y el protoconstitucionalismo”, Bogotá, Ibáñez, 2022.

MERKL, Adolf Julius, “Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes”, *Gessammelte Schriften*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, pp. 227-252.

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

PACE, Alessandro y Varela, Joaquín, “La rigidez de las Constituciones escritas”, en *Cuadernos y debates*, n. 58, CEPC, Madrid, 1995.

POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Buenos Aires, 1992.
_____, *La responsabilidad de vivir: Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995.

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

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

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

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

ROSS, Alf, *Teoría de las fuentes del Derecho: Una contribución a la teoría del Derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

_____, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994.

_____, “On Self Reference and Puzzle in Constitutional Law”, en *Mind*, vol. 78, Issue 309, Oxford University Press, 1969, pp. 1-24.

SAMPAY, Arturo, *Las Constituciones de la Argentina 1810-1972*, Buenos Aires, Eudeba, 1975.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957.

- SARLET, Ingo y BRANDAO, Rodrigo, “Da emenda da Constituição” en *Comentários à Constituição do Brasil*, San Pablo, Saraiva, 2023, pp. 1190-1202.
- SAUSSURE, Ferdinand de, *Escritos sobre lingüística general*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992.
- TAPARELLI, Luis, *Ensayo teórico de Derecho natural apoyado en los hechos*, t. I, Madrid, Imprenta de Tejado, 1866.
- VALADÉS, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, D. F., IJ, UNAM, 2005.
- _____, “El orden constitucional: reformas y rupturas”, *Revista Latino-Americana de Estudos constitucionais*, n.º 11, 2010, Fortaleza, Brasil, Demócrito Rocha, pp. 48-49.
- _____, “Todo cambio es constancia. Apuntes para una reforma constitucional”, en AA. VV., *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, D. F., UNAM, 1998, p. 557.
- _____, “¿Qué hacer con la Constitución?”, *Reforma*, 6 de febrero de 2016.
- VATTEL, Emer de, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Diritto Costituzionale comparato*, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1999.
- VICO, Giambattista, *El Derecho Universal*, Barcelona, Anthropos, 2009.
- VON HUMBOLDT, Wilhelm, “On Language. The Diversity of Human Language-Structure and Its Influence” on *The Mental Devepeloment of Mankind*, Cambridge University Press, New York et al., 1988, p. 91.
- WELLS, Herbert George, *La máquina del tiempo*, Madrid, Cátedra, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “El totalitarismo plutocrático corporativo”, *Página 12*, 12/8/2017, p. 40.

Una visión constitucional del presupuesto

Pablo Gustavo Hirschmann*

Resumen

Es incompleto el análisis de la política si no incluye un abordaje relacionado con los aspectos materiales más concretos y precisos para su puesta en práctica, como son los gastos y los recursos. El examen de una gestión de gobierno no puede limitarse a la lectura de los discursos oficialistas u opositores –generalmente intercambiables, según de qué lado del mostrador puedan alternarse históricamente unos y otros-, un dato mucho más relevante y significativo surge del empleo de los recursos, reflejado en el presupuesto y en la cuenta de inversión. Su lectura – árida y paciente para quienes no están familiarizados con las ciencias económicas y contables- es necesaria para que sean más certeras las conclusiones a las que pueden llegar quienes evalúan una gestión de gobierno desde la Ciencia Política o el Derecho Constitucional. Este trabajo apunta a facilitar el acercamiento entre esas diferentes perspectivas a partir de la idea de que la regulación presupuestaria está innegablemente unida a la vigencia de los principios democráticos –esencialmente la soberanía del pueblo- y el desarrollo del sistema representativo, enriquecidos, en los tiempos que corren, con la transparencia, el acceso a la información pública y la participación ciudadana.

Palabras clave: Presupuesto – Hacienda pública – Ejecución presupuestaria – Control del presupuesto

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires, Universidad de Palermo, Universidad Católica, Universidad de Ciencias Económicas y Sociales.

I. Introducción

Siempre me llamó la atención que Maurice Duverger, un autor que, en mi caso, comencé a conocer leyendo *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, haya publicado en 1956 un texto sobre la *Hacienda Pública*. La inicial perplejidad proviene del hecho de que las lecturas que continúan al primero de los textos de dicho autor, son generalmente, *Introducción a la Política*, *Sociología Política* o *Métodos de las Ciencias Sociales*, si uno va a temas más generales y *Los partidos políticos*, *La democracia sin el pueblo* o *Jaque al rey*, al tratar de cuestiones particulares, todas ellas relacionadas con la Ciencia Política, la Sociología o el Derecho Constitucional.

¿Por qué entonces apartarse de la temática relacionada con el poder político y pasar a un territorio donde predominan los aspectos económicos, financieros y contables? Lo cierto es que Duverger al ocuparse de la Hacienda Pública, no se aparta de sus estudios sobre temas políticos, sino que, en realidad, hace un abordaje de la política por un camino inusual, pero necesario, que es la vía relacionada con los aspectos más concretos y precisos de la actividad política estatal: sus gastos y sus recursos.

Quien examina a una gestión de gobierno, sea en forma global o en cuestiones específicas (educación, defensa, justicia, etc.), no debe conformarse con leer los discursos oficialistas u opositores, generalmente intercambiables de acuerdo con las mutaciones que produce la alternancia política. Más precisa y reveladora será la información que puede obtenerse sobre esa gestión por medio de la árida y paciente lectura de los presupuestos de gastos y de recursos y su ejecución reflejada –en forma definitiva– en la cuenta de inversión. Es allí donde se ve mejor cómo se gobierna, consultando al presupuesto, y cómo se gobernó, si acudimos a la cuenta de inversión.

Ese abordaje para ser útil requiere de conocimientos técnicos, esencialmente de las ciencias contables. En lo que concierne al Derecho, la regulación más específica es estudiada por la *Ciencia de las Finanzas Públicas*, sin embargo, y como enseña el ejemplo de Duverger, la regulación del tema presupuestario, en lo que concierne al Estado de Derecho, a las instituciones constitucionales y a los Derechos Humanos, corresponde al Derecho Constitucional.

Esa interrelación entre el Derecho Constitucional, el presupuesto y la cuenta de inversión, en sus aspectos básicos, será el tema que desarrollaré en este trabajo.

II. Aspectos generales

“El derecho presupuestario –afirman Adolfo Atchabahián y Guillermo Massier– está ligado al desarrollo de los principios democráticos, a la idea de soberanía popular y, consiguientemente, al triunfo de los sistemas representativos de gobierno”¹.

¹ tchabahián, Adolfo; Massier, Guillermo, *Curso de contabilidad pública*, 2° ed, Buenos Aires,

Los mismos autores nos recuerdan que el derecho presupuestario ha pasado por tres etapas, que pueden advertirse en la historia inglesa de la lucha entre el Parlamento y la Monarquía. Los frutos de esa lucha, en orden temporal, fueron:

- a) La conquista de la facultad de votar los impuestos.
- b) La conquista de la facultad de discutir y autorizar los gastos.
- c) La periodicidad del presupuesto y la especialización de los gastos.

Esas etapas ponen en evidencia la estrecha vinculación existente entre el presupuesto de gastos y de recursos y el desarrollo del régimen representativo. Es que en los tiempos del absolutismo monárquico lo relativo a la hacienda pública estaba dirigido a resguardar la hacienda o el patrimonio del monarca y a castigar las desviaciones –muy frecuentes– de los oficiales de la real hacienda y los demás funcionarios que gestionaban los recursos de la Corona. La determinación de los tributos y el destino de los gastos quedaban librados al arbitrio exclusivo de los monarcas.

Un cambio sustancial se produjo cuando comenzaron a arraigar las ideas del constitucionalismo. Al ponerse el acento sobre la libertad y la dignidad de las personas, tratadas igualmente por las leyes, esto produjo efectos sobre la tributación y el gasto estatal al requerirse la necesaria y periódica intervención del órgano de representación popular para autorizarlos en un Estado en el que soberano es el pueblo y no un monarca.

Es precisamente el presupuesto de gastos y recursos, el instrumento que – fundado en la división de poderes– posibilitará que los órganos estatales dispongan de los recursos necesarios para desarrollar sus cometidos (básicamente los tributos aprobados por las leyes), realizando los gastos autorizados por la ley de presupuesto y de los cuales deberán rendir cuentas al Parlamento o al Congreso.

En el Derecho Constitucional Argentino el presupuesto es “... *un instrumento aprobado por ley del Congreso en el cual se prevé, anualmente, los gastos en que incurrirá la administración y los recursos de la administración y los recursos que se deberán obtener para su cobertura*”.²

El Tribunal Constitucional Español en una recordada sentencia afirmó que el presupuesto es “... *la clave del parlamentarismo ya que constituye la institución en que históricamente se han plasmado las luchas políticas de las representaciones del pueblo (cortes, parlamento o asambleas) para conquistar el derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder financiero: primero, respecto de la necesidad de aprobar los tributos e impuestos; después, para controlar la administración*

Ediciones Contabilidad Moderna, 1985, p. 115.

² Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2º, ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2006, T. II, p. 1546.

de los ingresos y la distribución de los gastos públicos".³

Como sintetiza Horacio Corti: "*Sólo hay técnica presupuestaria si hay división de poderes. Y en ese marco actúa como un mecanismo de control de parte del Poder Legislativo respecto de los restantes poderes del Estado, en la medida en que ninguno de ellos podrá tomar una decisión que importe un gasto sin la autorización legislativa*". Por eso, concluye el referido autor, cuando el poder del Estado se encuentra concentrado en un único órgano, no corresponde el empleo del concepto jurídico moderno del presupuesto, aunque ese término se emplee para designar a la previsión económica de sus gastos⁴.

El presupuesto tiene forma de ley y es una ley, con todo lo que ello implica en un Estado Constitucional de Derecho, tanto en su contenido, formación y procedencia política de sus autores. El presupuesto es entonces un instrumento de control interorgánico al habilitar el control democrático de la actividad financiera pública y posibilitar que la asignación de los recursos se efectúe en relación directa con las competencias, servicios y funciones a cargo de la Nación. Ello debe hacerse contemplando criterios objetivos de reparto y en forma equitativa, solidaria, que dé prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional (conf. Art. 75, inc. 2º, párrafo 3º, de la Constitución Nacional, al que remite la llamada "cláusula del presupuesto", del artículo 75, inc. 8º, de la Constitución Nacional).

72

Pero es también un instrumento de gobierno con el que cuenta el Congreso para participar, de esa forma, en la actividad de dirección política, aprobando o rechazando el programa político, económico y social propuesto por el órgano ejecutivo.

Finalmente, el presupuesto al organizar los gastos y los recursos del Estado, buscando el equilibrio entre unos y otros, es un instrumento ordenador y de planificación de la actividad económica estatal, que, por su importancia, magnitud y alcances, constituye una referencia obligada en las decisiones de los demás sujetos del sistema político y económico.

De ahí la importancia que la llamada "ley de leyes", tiene para las cuentas públicas (incluidas las de otros órdenes, como las provinciales y municipales) y para la actividad económica del sector privado.

³ STC 3/2003, Recurso de inconstitucionalidad 2872/2002. Promovido por el presidente del gobierno contra la ley del parlamento vasco 1/2002, de 23 de enero, relativa a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.

⁴ Corti, Horacio G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 37/8.

III. Naturaleza jurídica

Se ha discutido acerca de si el presupuesto es un “acto de aprobación”, un “acto de autorización”, un “acto institucional” o un acto administrativo. Si bien es cierto que por sus características, especialmente la anualidad, participa de esos caracteres, no lo es menos que por las condiciones que imponen el sistema republicano y el principio de división de poderes, corresponde dejar claramente sentado que el presupuesto en nuestro sistema es una ley. Una ley federal, aprobada por el Congreso de acuerdo con el trámite previsto en los artículos 77 a 84 de la Constitución Nacional.

En ese trámite han intervenido el Jefe de Gabinete, los Ministros y el Poder Ejecutivo (art. 100, inc. 7° C.N.), pero la decisión es del Congreso, conforme a la atribución que le confiere el art. 75, inc. 8°, de la Constitución Nacional y de acuerdo con las pautas del inc. 2°, de dicho artículo.

En tal sentido se ha afirmado que *“En tanto el presupuesto es un acto del Poder Legislativo, en función legislativa, por razón de la materia, concluido a través de un proceso constitucional para la sanción de las leyes, el Congreso puede ejercer el derecho de enmienda, revisión, modificación, participando, al igual que en las demás leyes, con el Ejecutivo en la determinación de su contenido y no limitándose a una simple aprobación o denegación global de control. Pues el presupuesto es una ley como todas las demás”*.⁵

Es también el criterio que, con algunos vaivenes, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación para quien: *“En nuestro sistema constitucional, nada permite inferir que la función legislativa en materia presupuestaria se limita a aprobar o autorizar lo que propone el Ejecutivo. El Congreso recibe un proyecto de presupuesto y lo acepta, lo modifica o lo rechaza, en todo o en parte, sin restricción alguna. No es un acto aprobatorio que pasa a integrar un acto administrativo: es acción legislativa normal y primordial aún cuando la iniciativa corresponda al Poder Ejecutivo”*.⁶

IV. Normas constitucionales

Teniendo en cuenta la importancia que reviste para el Estado de Derecho, la democracia y la división de poderes la regulación constitucional comprende a los aspectos sustantivos del presupuesto (art. 75, incs. 8° y 2° C.N.); pero también regula los aspectos formales de la decisión presupuestaria –ley anual– (arts. 75, inc. 8°); la iniciativa legislativa y su forma particular (art. 100, inc. 6° C.N.); la

⁵ Dromi, José Roberto, *Presupuesto y Cuenta de Inversión*, 2° ed. actualizada, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997.

⁶ *Fallos*, 325:2394.

ejecución presupuestaria (arts. 99, inc. 10 y 100, inc. 7, C.N.) y su control (arts. 99, inc. 10 y 75, inc. 8° C.N.).

Las normas constitucionales citadas dicen que.

Corresponde al Congreso:

Artículo 75, inc. 8°: *Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión.*

Artículo 75, inc. 2°, párrafo tercero: *La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.* (pautas del tercer párrafo del artículo 75, inciso 2°).

Estas normas, en especial la primera de ellas, componen lo que se ha denominado la “Cláusula presupuestaria” de la Constitución. Por medio de ella se le otorga al Poder Legislativo, de manera exclusiva, la potestad presupuestaria, al enunciarse el principio de reserva de la ley.

El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

74

Artículo 99, inc. 10: *Supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales.*

Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Presidente y el Congreso le corresponde:

Artículo 100, inc. 6°: *Enviar al Congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo.*

Artículo 100, inc. 7°: *Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional.*

El enunciado de estas normas constitucionales se complementa con las disposiciones referidas a la Auditoría General de la Nación:

Artículo 85.- *El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo.*

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de

cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

V. La regulación legislativa de la decisión presupuestaria y su control. Las leyes de Administración Financiera

El principal cuerpo orgánico de normas que rigen la actividad relacionada con la decisión presupuestaria está contenido en las leyes que regulan la administración financiera del Estado. La ley actualmente vigente es la Ley 24.156.

En nuestro país, sus antecedentes pueden remontarse a la Real Ordenanza de Intendentes, aprobada por el Rey Carlos III en 1782, seis años después de la creación del Virreinato del Río de la Plata.

Sin perjuicio de recordar que existieron normas relacionadas con los controles presupuestarios en el Derecho Patrio y en las Constituciones de 1819 y 1826, cabe mencionar que el Congreso Constituyente de 1852-1854, funcionó como autoridad legislativa hasta que se instaló el Congreso, creado en la Constitución de 1853. En tal carácter aprobó el Estatuto para la Organización de la Hacienda y Crédito Público de la Confederación, del 9 de diciembre de 1853. Su inspirador fue Mariano Fraguero.

Ese Estatuto encomendó la actividad financiera de la Confederación a la Administración General de Hacienda y Crédito y las tareas de tesorería y contaduría fueron confiadas al Banco Nacional.

En 1859 el Congreso de la Confederación aprobó la Ley 217, que llegó a regir -después de la Unión Nacional de 1860- hasta el año 1870.

Cabe mencionar también a la Ley 79 de 1863, de Organización del Crédito Público Nacional, que se basó en un anteproyecto redactado por Dalmacio Vélez Sársfield.

En 1870 empezó a regir la Ley 428 de “Contabilidad Nacional”, que, con varias modificaciones, rigió hasta 1947. Vista con ojos actuales presentaba algunas carencias, pero su larga vigencia demuestra claramente algunas de sus virtudes, pues prevenía casi todos los aspectos indispensables para el ordenamiento de la hacienda pública de un Estado federal, llegando a revestir el carácter de un verdadero código de contabilidad.

La Ley 428, fue sustituida por la Ley 12.961 del 20 de marzo de 1947, que mereció severas y fundadas críticas al favorecer –conforme al régimen entonces en el poder- la actividad discrecional del Poder Ejecutivo Nacional.

Fue sustituida en 1956 por el Decreto-ley 23.354/56, llamado “Ley de

Contabilidad”, fue derogada por el artículo 137 de la Ley 24.156 (B.O. 29/10/1992), actualmente vigente, con algunas modificaciones.

Además de Ley 24.156, que por sus características reviste la condición de una ley orgánica de Contabilidad Pública, existe una gran cantidad de regulaciones de las finanzas públicas, muchas veces específicas o también temporarias y, otras veces, ambas cosas a la vez, que complementan a ese régimen orgánico.

En primer término, cabe considerar a la Ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto.

Ha sido siempre una práctica corriente incorporar a la ley de presupuesto, de vigencia anual, disposiciones de carácter permanente, lo que ocasionaba serias dificultades, a la hora de examinar la vigencia de algunas disposiciones contenidas en las leyes de presupuesto.

La Ley 11.672, del 11 de enero de 1933, tuvo por objeto dar permanencia mayor de un año a ciertas regulaciones que contiene una ley de Presupuesto.

Dada la variada naturaleza y contenido de las diversas disposiciones que fueron incorporadas a la Ley Complementaria Permanente, durante mucho tiempo dicha norma careció de orden y de sistematicidad, era un verdadero “cajón de sastre”, siendo una práctica aconsejable, en el caso de no encontrar alguna regulación pública, acudir a la Ley Complementaria Permanente, donde era muy factible que estuviera la norma sujeta a búsqueda.

76

El texto ordenado por Decreto 1110/2005, dio un orden sistemático, dividiendo al contenido en tres títulos. Actualmente está en vigencia el texto ordenado que aprobó el Decreto 740/2014.

Debe incluirse también entre las leyes complementarias de la Ley 24.156, a la Ley 24.629, aprobada en 1996, cuyo Capítulo I (compuesto por cinco artículos), contiene, según denomina, “normas complementarias para la ejecución del presupuesto de la Administración Nacional”.

También debe hacerse mención de las Leyes 25.152, aprobada en 1999, llamada de Solvencia Fiscal y la Ley 25.917, aprobada en 2004 que trata del Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal.

VI. Los principios esenciales del presupuesto

1. El principio de reserva de ley

Es una consecuencia de la vigencia del principio de división de poderes y del sistema de frenos y contrapesos que lo caracteriza. Se ve aquí a la ley como *“una decisión central del Estado y forma primordial de creación del derecho que está precedida de un proceso deliberativo público y abierto, donde deben debatir las mayorías y las minorías expresivas del pluralismo característico de una sociedad*

moderna y llegar a consensos sobre las decisiones fundamentales del Estado”.⁷

De ello resulta que la reserva de la ley es la técnica jurídica por medio de la cual se sostiene la particular situación de la ley en nuestro ordenamiento. *Status* que resulta de las características institucionales que estructuran al Congreso: Entre otras, su carácter colegiado, el pluralismo y la deliberación pública.

La reserva de la ley es una cualidad que importa atribuir al Congreso un rol central y decisivo respecto de la materia, alcanzada por dicha cualidad y, al mismo tiempo, reviste el carácter de prohibición dirigida a los otros órganos de gobierno.

En materia presupuestaria, la reserva de la ley importa respecto de los gastos una situación paralela a la de la creación de los recursos. En ambos casos, el gestor principal de la decisión respectiva es el Congreso y el instrumento mediante el cual genera recursos y autoriza los gastos, es el mismo: la ley.

¿Cuáles son las exigencias que se derivan de este principio en materia presupuestaria? A modo de analogía, puede anticiparse que son las mismas que caracterizan a la tipicidad en materia penal o tributaria.

Por eso para dar satisfacción a esas exigencias es preciso que la ley de presupuesto contenga los elementos estructurales o sustanciales de la decisión presupuestaria, esto impone que la ley de presupuesto sea única, universal, general y específica.

Hablamos entonces de una ley que contenga en forma separada un cálculo de todos los recursos y una autorización de todos los gastos de todos los poderes y órganos públicos, especificando las cantidades y finalidades de los gastos.⁸

77

2. Unidad de la ley de presupuesto.

En tanto el presupuesto se presenta como un plan de gobierno y un dato ordenador del sector público de la economía, del que podría decirse que es el corazón de la actividad económica del Estado, es necesario que, para justificar con claridad y transparencia la exigencia coactiva de recursos se los incluya en un solo cuadro. Ese mismo recaudo debe también abarcar a los gastos dirigidos a satisfacer necesidades colectivas, dado que no corresponde orientar las expensas públicas al beneficio particular, ni, como principio, efectuar afectaciones especiales de recursos.

Siguiendo a las prácticas de los tiempos coloniales, en que funcionaban cajas separadas, no hubo hasta la Organización Nacional una consagración del principio de unidad del presupuesto, que ingresó en nuestro ordenamiento en el art. 1° de la Ley 428, y desde entonces se mantuvo en todas las normas de administración financiera que rigieron hasta nuestros días.

En un texto preparado por la Oficina Nacional de Presupuesto, denominado “El

⁷ Corti, Horacio G., op. cit. nota 4, p. 178.

⁸ Corti, Horacio G., op. cit. nota 4, p. 187.

sistema presupuestario en la Administración Nacional de la República Argentina”, dicho organismo refiriéndose a esta regla esencial afirma:

“Este principio se refiere a la forma del presupuesto y a que todas las entradas y salidas se incluyan en el documento presupuestario (unidad de documento). De ese modo se permite tener un panorama de conjunto de las operaciones financieras, ya que si se tiene un presupuesto fragmentado no se puede tener idea del conjunto, de la magnitud y composición de los recursos y gastos públicos”.

Más adelante, el citado documento añade: *“De este principio se deriva el principio de unidad de caja, el que sostiene que todos los ingresos deben ir a una única caja o tesorería y los pagos deben ser realizados con los fondos de ésta. El presupuesto único consolidado de caja tiende a garantizar la disponibilidad de recursos o de financiamiento en oportunidad de realizar los pagos. La tendencia a crear muchas cajas o tesorerías lleva al problema de la insuficiencia financiera para atender determinados gastos y a la existencia de recursos ociosos destinados a gastos que se demoran o no se realizan. En la Administración Pública Nacional, funciona la Cuenta Única del Tesoro (CUT) en consonancia con este principio.”*⁹

78 En relación con este principio cabe tener presente la siguiente advertencia que se formula en el citado documento: *“Para que el presupuesto sea realmente un instrumento eficaz de gobierno y de control no deben existir entes o empresas, cuentas especiales o fondos al margen del mismo. Tampoco deben existir modificaciones de montos o de destino de partidas, modificaciones en el plan financiero del Estado, porque ello desdibujaría el rol del presupuesto, tanto como instrumento de organización y planificación, como reaseguro del equilibrio del poder”.*

En armonía con esta advertencia, el artículo 4° de la ley 25.152 de Solvencia Fiscal dispone que: *“No podrán crearse fondos u organismos que impliquen gastos extrapresupuestarios”.*

3. Universalidad de la ley de presupuesto

Según el artículo 75, inciso 8° de la Constitución Nacional la Ley de Presupuesto debe contener “el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración Nacional”, de ello resulta el principio de universalidad del presupuesto. De acuerdo con él el presupuesto ha de abarcar la totalidad de los gastos, por una parte, y, por la otra, la totalidad de los recursos. La enunciación – tanto de los gastos, como de los recursos- tiene que ser clara y su separación nítida, encontrándose prohibida la compensación entre gastos y recursos, o presentación

⁹ https://www.economia.gob.ar/onp/documentos/manuales/el_sistema_presupuestario_publico.pdf, “El sistema presupuestario en la Administración Nacional de la República Argentina”, pp. 28 y 29. Sitio visitado el 2 de febrero de 2023.

de resultados netos, porque con ello se ocultaría al Congreso el manejo efectivo de los fondos y su asignación real.

Esa regla está contenida en el artículo 12 de la Ley 24.156 de Administración Financiera, que establece que: “*Los presupuestos comprenderán todos los recursos y gastos previstos para el ejercicio, los cuales figurarán por separado y por sus montos íntegros, sin compensaciones entre sí*”. La norma es complementada por el artículo 23 de la Ley que enuncia el criterio de “no afectación”, que se refiere a la conveniencia de no afectar determinados recursos a determinados gastos, con lo que en realidad se afecta la libre disponibilidad de los recursos.

La regla de universalidad se aplica también a los fondos fiduciarios, de acuerdo con lo que establece el artículo 3° de la Ley 25.917.¹⁰

4. El principio de generalidad de la ley de presupuesto

Más allá de que el artículo 12 de la Ley 21.456, exige que la ley de presupuesto incluya a todos los recursos y a todos los gastos, el artículo 2°, inc. a de la Ley 25.152 precisa que la Ley de Presupuesto: “*Contendrá todos los gastos corrientes y de capital a ser financiados mediante impuestos, tasas y otras contribuciones obligatorias establecidas por legislación específica, endeudamiento público y tarifas por prestación de servicios fijadas por autoridades gubernamentales. Asimismo, incluirán los flujos financieros que se originen por la constitución y uso de los fondos fiduciarios.*”

79

El artículo 8° de la ley 24.156, define con bastante amplitud al Sector Público Nacional y enuncia allí a los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Administración Financiera¹¹.

¹⁰ Art. 3° Ley 25.917: “*Las leyes de presupuesto general de las administraciones provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Administración Pública nacional contendrán la autorización de la totalidad de los gastos y la previsión de la totalidad de los recursos, de carácter ordinario y extraordinario, afectados o no de todos los organismos centralizados, descentralizados, de las instituciones de la seguridad social y los flujos financieros de los fondos fiduciarios. Asimismo, informarán sobre las previsiones correspondientes a todos los entes autárquicos, los institutos, las empresas y sociedades del Estado del Sector Público no Financiero. Los recursos y gastos figurarán por sus montos íntegros, sin compensaciones entre sí. Se realizarán las adecuaciones necesarias en un plazo máximo de los DOS (2) ejercicios fiscales subsiguientes al del año 2009. Lo dispuesto en el presente artículo no implica alterar las leyes especiales en cuanto a sus mecanismos de distribución o intangibilidad, en cuyo caso no estarán sometidas a las reglas generales de ejecución presupuestaria.*”

¹¹ Art. 8° Ley 24.156: “*Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por:*
a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social.
b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de

Para completar el panorama referido a los alcances del principio de generalidad del presupuesto hay que contemplar supuestos regulados en forma particular, como son los casos del Poder Judicial de la Nación, que goza de autarquía (art. 1° de la Ley 23.853); de las Universidades Nacionales (arts. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional y art. 59 de la Ley 24.521); las Empresas públicas, fondos fiduciarios y entes no comprendidos en el art. 8° (art. 46 de la Ley 24.156 que establece que: “*Los directorios o máxima autoridad ejecutiva de las Empresas Públicas y Entes Públicos no comprendidos en Administración Nacional, aprobarán el proyecto de presupuesto anual de su gestión y lo remitirán a la Oficina Nacional de Presupuesto, antes del 30 de setiembre del año anterior al que registrá. Los proyectos de presupuesto deberán expresar las políticas generales y los lineamientos específicos que, en materia presupuestaria, establezca el órgano coordinador de los sistemas de administración financiera y la autoridad de la jurisdicción correspondiente; contendrán los planes de acción, las estimaciones de gastos y su financiamiento, el presupuesto de caja y los recursos humanos a utilizar y permitirán establecer los resultados operativo, económico y financiero previstos para la gestión respectiva*”).¹²

Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

c) *Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones.*

d) *Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades”. (Artículo sustituido por art. 8 de la Ley N° 25.827 B.O. 22/12/2003)*

¹² A fin de completar el tratamiento presupuestario de esas entidades, se transcriben las normas de los artículos 47 a 55 de la ley 24.156:

Art. 47: “*Los proyectos de presupuesto de financiamiento y de gastos deben estar formulados utilizando el momento del devengado de las transacciones como base contable.*”

Art. 48: “*La Oficina Nacional de Presupuesto analizará los proyectos de presupuesto de las Empresas Públicas y Entes Públicos no comprendidos en Administración Nacional y preparará un informe destacando si los mismos se encuadran en el marco de las políticas, planes y estrategias fijados para este tipo de instituciones y aconsejando los ajustes a practicar en el proyecto de presupuesto si, a su juicio, la aprobación del mismo sin modificaciones puede causar un perjuicio patrimonial al Estado o atentar contra los resultados de las políticas y planes vigentes.*”

Art. 49: “*Los proyectos de presupuesto, acompañados del informe mencionado en el artículo anterior, serán sometidos a la aprobación del Poder Ejecutivo Nacional de acuerdo con las modalidades y los plazos que establezca la reglamentación. El Poder Ejecutivo Nacional aprobará, en su caso con los ajustes que considere convenientes, antes del 31 de diciembre de cada año, los presupuestos de las Empresas Públicas y Entes Públicos no comprendidos en Administración Nacional, elevados en el plazo previsto en el artículo 46 de la presente ley, pudiendo delegar esta*

A estos supuestos cabe añadir la situación de los fondos fiduciarios a la que nos hemos referido con anterioridad.

La lectura de dichas normas genera alguna inquietud respecto de su compatibilidad con el artículo 76 de la Constitución Nacional. En este sentido

atribución en el ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos.

Si las Empresas Públicas y Entes Públicos no comprendidos en Administración Nacional no presentaren sus proyectos de presupuesto en el plazo previsto, la Oficina Nacional de Presupuesto elaborará de oficio los respectivos presupuestos y los someterá a consideración del Poder Ejecutivo Nacional.”

Art. 50: *“Los representantes estatales que integran los órganos de Empresas Públicas y Entes Públicos no comprendidos en Administración Nacional, estatutariamente facultados para aprobar los respectivos presupuestos, deberán proponer y votar el presupuesto aprobado por el Poder Ejecutivo Nacional.”*

Art. 51: *“El Poder Ejecutivo Nacional hará publicar en el Boletín Oficial una síntesis de los presupuestos de las Empresas Públicas y Entes Públicos no comprendidos en Administración Nacional, con los contenidos básicos que señala el artículo 46.”*

Art. 52: *“Las modificaciones a realizar a los presupuestos de las Empresas Públicas y Entes Públicos no comprendidos en Administración Nacional durante su ejecución y que impliquen la disminución de los resultados operativo o económico previstos, alteración sustancial de la inversión programada, o el incremento del endeudamiento autorizado, deben ser aprobadas por el Poder Ejecutivo nacional, previa opinión de la Oficina Nacional de Presupuesto. En el marco de esta norma y con opinión favorable de dicha oficina, Empresas Públicas y Entes Públicos no comprendidos en Administración Nacional establecerán su propio sistema de modificaciones presupuestarias.”*

Art. 53: *“Al cierre de cada ejercicio financiero las Empresas Públicas y Entes Públicos no comprendidos en Administración Nacional procederán al cierre de cuentas de su presupuesto de financiamiento y de gastos.”*

Art. 54: *“Se prohíbe a las entidades del sector público nacional realizar aportes o transferencias a Empresas Públicas y Entes Públicos no comprendidos en Administración Nacional cuyo presupuesto no esté, aprobado en los términos de esta ley, requisito que también será imprescindible para realizar operaciones de crédito público.”*

Art. 55: *“La Oficina Nacional de Presupuesto preparará anualmente el presupuesto consolidado del sector público, el cual presentará información sobre las transacciones netas que realizará este sector con el resto de la economía y contendrá, como mínimo, la siguiente información:*

- a) Una síntesis del presupuesto general de la Administración nacional;*
- b) Los aspectos básicos de los presupuestos de cada una de las empresas y sociedades del Estado;*
- c) La consolidación de los recursos y gastos públicos y su presentación en agregados institucionales útiles para el análisis económico;*
- d) Una referencia a los principales proyectos de inversión en ejecución por el sector público nacional;*
- e) Información de la producción de bienes y servicios y de los recursos humanos que se estiman utilizar, así como la relación de ambos con los recursos financieros;*
- f) Un análisis de los efectos económicos de los recursos y gastos consolidados sobre el resto de la economía.*

El presupuesto consolidado del sector público nacional será presentado al Poder Ejecutivo Nacional, antes del 31 de marzo del año de su vigencia. Una vez aprobado por el Poder Ejecutivo Nacional será remitido para conocimiento del Congreso Nacional.”

advierte Corti que la ley de Administración Financiera delega “*en el Poder Ejecutivo la potestad presupuestaria respecto de las empresas públicas, fondos fiduciarios y entes públicos no comprendidos en la Administración Nacional (es decir los incs. b], c] y d] del art. 8º, LAF), decisión que implica excluir a dichos sujetos de la Ley de Presupuesto, creando una excepción, por demás amplia, a la exigencia de generalidad*”.¹³

Ello, según el autor citado en opinión que compartimos, implica que las dos condiciones que fija el artículo 76 de la Constitución Nacional¹⁴ para regular la delegación legislativa (fijación de un límite temporal y de bases) no parecen estar cumplidas por la Ley de Administración Financiera.

5. Especificidad de la ley de presupuesto

Enseña Martínez Lago que “*...las habilitaciones para gastar contenidas en las leyes de presupuestos, no consisten en autorizaciones globales o genéricas, son especiales y condicionadas, esto es, para gastos concretos y determinados, totalmente especificados (especialidad cualitativa), por una cantidad concreta máxima (especialidad cuantitativa) y no con carácter indefinido, sino por tiempo limitado (especialidad temporal)*”.¹⁵

82

De acuerdo con este principio la ley debe especificar con precisión la cantidad y la finalidad de los gastos que se le autorizan a realizar a los diferentes sujetos estatales. Según la Oficina Nacional de Presupuesto: “*Este principio se refiere, básicamente, al aspecto financiero del presupuesto y significa que, en materia de ingresos, deben señalarse con precisión las fuentes que los originan y, en materia de gastos, las características de los bienes y servicios que deben adquirirse o pagarse. La especificación significa no sólo la distinción del objeto de los gastos o las fuentes de los ingresos sino, además, la ubicación de aquéllos y, a veces, de éstos, dentro de las jurisdicciones o entidades, a nivel de las distintas categorías*”.¹⁶

Al aspecto cuantitativo de la especificidad alude el artículo 29 de la Ley

13 Corti, Horacio G., op. cit. nota 4, pp. 196-197.

14 Artículo 76 CN: *Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.*

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.”

15 Martínez Lago, Miguel Á., *Manual de derecho presupuestario*, Madrid, Colex, 1992, p. 118, citado en Corti, Horacio G., op. cit. en nota 4, p. 213.

16 https://www.economia.gob.ar/onp/documentos/manuales/el_sistema_presupuestario_publico.pdf, “El sistema presupuestario en la Administración Nacional de la República Argentina”, p. 29. Sitio visitado el 2 de febrero de 2023.

24.156 que establece que *“Los créditos del presupuesto de gastos, con los niveles de agregación que haya aprobado el Congreso Nacional, según las pautas establecidas en el art. 25 de esta ley, constituyen el límite máximo de las autorizaciones disponibles para gastar.”* Por su parte, el artículo 25 de la Ley 24.156, en su parte pertinente, precisa cuáles son esas pautas: *“El proyecto de ley deberá contener, como mínimo, las siguientes informaciones:*

- a) Presupuesto de recursos de la administración central y de cada uno de los organismos descentralizados, clasificados por rubros;
- b) Presupuestos de gastos de cada una de las jurisdicciones y de cada organismo descentralizado los que identificarán la producción y los créditos presupuestarios;
- c) Créditos presupuestarios asignados a cada uno de los proyectos de inversión que se prevén ejecutar.
- d) Resultados de las cuentas corriente y de capital para la administración central, para cada organismo descentralizado y para el total de la administración nacional.”

En lo relativo a la especificación cualitativa esta implica que ninguno de los sujetos alcanzados por las disposiciones de la Ley 24.156 puede emplear las sumas asignadas en las partidas para una finalidad diferente a la fijada en la ley de presupuesto. Esta regla está claramente enunciada por el artículo 33 de la Ley 24.156, al disponer que: *“No se podrán adquirir compromisos para los cuales no quedan saldos disponibles de créditos presupuestarios, ni disponer de los créditos para una finalidad distinta a la prevista.”*

La especificidad, en sus aspectos cuantitativo y cualitativo, es esencial para posibilitar que el Congreso pueda controlar de una manera eficaz.

Como un correlato de la especificidad en materia de gastos, este principio rige también en materia de recursos, en cuanto se refiere a la cuantificación de los ingresos y la determinación precisa de su fuente jurídica. Así, el artículo 13 de la Ley 24.156, establece que: *“Los presupuestos de recursos contendrán la enumeración de los distintos rubros de ingresos y otras fuentes de financiamiento, incluyendo los montos estimados para cada uno de ellos en el ejercicio. Las denominaciones de los diferentes rubros de recursos deberán ser lo suficientemente específicas como para identificar las respectivas fuentes”.*

VII. Las etapas de la ley de presupuesto

1. Preparación del proyecto de ley¹⁷

El artículo 100, inciso 6° de la Constitución Nacional establece que le corresponde al Jefe de Gabinete “*enviar al Congreso los proyectos de Ley de Ministerios y de Presupuesto Nacional, previo tratamiento en acuerdo de Gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo*”.

El régimen de la Constitución, elaborado con el propósito de atenuar las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, parece inclinarse por atribuir un rol relevante el Jefe de Gabinete de Ministros en esta etapa de la elaboración de la norma presupuestaria.

Sin embargo, la normativa infraconstitucional en vigencia, aprobada antes de la reforma constitucional, pone en un plano secundario al Jefe de Gabinete, aventajado en este aspecto por el Poder Ejecutivo Nacional y el Ministerio de Economía¹⁸.

Según el artículo 16 de la Ley 24.156, el órgano rector del sistema presupuestario del sector público nacional, es la Oficina Nacional de Presupuesto, que actúa en el ámbito del Ministerio de Economía. La Oficina Nacional de Presupuesto cuenta con amplias atribuciones conferidas por el artículo 17 de la Ley 24.156. En lo que interesa a la elaboración del anteproyecto de la ley de presupuesto, dicha oficina es competente para dictar las normas técnicas para la formulación, programación de la ejecución, modificaciones y evaluación de los presupuestos de la administración nacional (inc. c); dictar las normas técnicas para la formulación y evaluación de los presupuestos de las empresas y sociedades del Estado (inc. d); analizar los anteproyectos de presupuesto de los organismos que integran la administración nacional y proponer los ajustes que considere necesarios (inc. e); analizar los proyectos de presupuesto de las empresas y sociedades del Estado y presentar los respectivos informes a consideración del Poder Ejecutivo nacional (inc. f); preparar el proyecto de ley de presupuesto general y fundamentar su contenido (inc. h); asesorar, en materia presupuestaria, a todos los organismos del sector público nacional (inc. i).

Dado el carácter de decisión política y acto de gobierno que corresponde a la Ley de Presupuesto es el Poder Ejecutivo Nacional quien fija anualmente los lineamientos generales para la formulación del proyecto. De acuerdo con ello,

¹⁷ En https://www.economia.gob.ar/onp/documentos/manuales/el_sistema_presupuestario_publico.pdf, “El sistema presupuestario en la Administración Nacional de la República Argentina”, Título II El Proceso Presupuestario en la Administración Pública Nacional. Sitio consultado el 2 de febrero de 2023.

¹⁸ Situación claramente objetable por la cual la conveniencia, la desidia o, peor aún, la mala fe, postergan durante mucho tiempo la puesta en práctica de decisiones adoptadas por el constituyente. Algo parecido ocurre con la Auditoría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo.

las dependencias especializadas del gobierno evalúan el cumplimiento de los planes y políticas nacionales y el desarrollo general del país y sobre esas bases y una proyección de las variables macroeconómicas de corto plazo, preparan una propuesta de prioridades presupuestarias en general y de planes o programas de inversiones públicas en particular (art. 24 de la Ley 24.156).

La amplitud de las atribuciones de la Oficina Nacional de Presupuesto queda evidenciada por el contenido del acápite del artículo 25 de la Ley 24.156 que establece que: “Sobre la base de los anteproyectos preparados por las jurisdicciones y organismos descentralizados, y con los ajustes que resulte necesario introducir, la Oficina Nacional de Presupuesto confeccionará el proyecto de ley de presupuesto general” (El subrayado no consta en el original).

El contenido del proyecto de Ley de Presupuesto, en su aspecto formal está regulado por el artículo 25 de la Ley 24.156, que dispone que: “*El proyecto de ley deberá contener, como mínimo, las siguientes informaciones:*

- a) *Presupuesto de recursos de la administración central y de cada uno de los organismos descentralizados, clasificados por rubros;*
- b) *Presupuestos de gastos de cada una de las jurisdicciones y de cada organismo descentralizado los que identificarán la producción y los créditos presupuestarios;*
- c) *Créditos presupuestarios asignados a cada uno de los proyectos de inversión que se prevén ejecutar;*
- d) *Resultados de las cuentas corriente y de capital para la administración central, para cada organismo descentralizado y para el total de la administración nacional”.*

85

Por su parte, el Decreto 1344/2007, que reglamenta al artículo 25 de la Ley 24.156 dispone que: “*El Proyecto de Ley de Presupuesto a presentar al HONORABLE CONGRESO DE LA NACION constará de TRES (3) títulos, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 19¹⁹ de la ley con los respectivos cuadros consolidados.*

Además de las informaciones básicas establecidas por la Ley N° 24.156, el Proyecto de Ley de Presupuesto deberá contener para todas las jurisdicciones y entidades, los datos siguientes, estructurados de acuerdo a los criterios contenidos en los artículos anteriores:

- a) *Objetivos y metas a alcanzar.*
- b) *Cantidad de cargos y horas cátedra.*

¹⁹ Artículo 19: “La ley de presupuesto general constará de tres títulos cuyo contenido será el siguiente:

Título I - Disposiciones generales;

Título II - Presupuesto de recursos y gastos de la administración central;

Título III - Presupuestos de recursos y gastos de los organismos descentralizados”.

- c) Información física y financiera de los proyectos de inversión. También incluirá:
- d) Los créditos presupuestarios de la Administración Central para atender las erogaciones de la deuda pública, en la Jurisdicción 90 - Servicio de la Deuda Pública, y
- e) *Los presupuestos de gastos originados por los compromisos asumidos por el Tesoro Nacional y que por sus características específicas no puedan asignarse a las jurisdicciones indicadas en la Ley N° 24.156, en la Jurisdicción 91 - Obligaciones a cargo del Tesoro*".²⁰

El proyecto es llevado a un acuerdo de gabinete para su tratamiento y aprobación por el Presidente. Una vez aprobado el proyecto debe ser enviado al Congreso, antes del 15 de septiembre de cada año por el Jefe de Gabinete (art. 100, inc. 6° de la Constitución Nacional). Añade Badeni que "*Si el Jefe de Gabinete no eleva el proyecto, podrá hacerlo directamente el titular del órgano ejecutivo*".²¹

De acuerdo con el artículo 26 de la Ley 24.156 el proyecto de ley de presupuesto, como todos los proyectos que el Poder Ejecutivo Nacional remite al Congreso, va a acompañado por un mensaje que "*contenga una relación de los objetivos que se propone alcanzar y las explicaciones de la metodología utilizada para las estimaciones de recursos y para la determinación de las autorizaciones para gastar, de los documentos que señala el artículo 24²², así como las demás informaciones y elementos de juicio que estime oportunos*".

El mensaje contiene una mención del contexto macroeconómico y la evolución de las variables económicas globales, la política presupuestaria, las proyecciones de los recursos, las prioridades en los gastos, el financiamiento y el servicio de la deuda interna y externa, el presupuesto de divisas, los presupuestos de fondos fiduciarios, otros entes del sector público nacional y de las empresas públicas.²³

Con el proyecto y el mensaje está la propuesta de uno de los actores esenciales del sistema republicano: el Poder Ejecutivo Nacional. El ingreso de ambos textos

²⁰ Remitimos al texto del artículo 25 del Decreto 2666/92, que regía la cuestión y fue derogado por el Decreto 1344/2007.

²¹ Badeni, Gregorio, op. cit. en nota 2, p. 1548.

²² Artículo 24, párrafos 3° y 4, Ley 24.156. "*Se considerarán como elementos básicos para iniciar la formulación de los presupuestos, el programa monetario y el presupuesto de divisas formuladas para el ejercicio que será objeto de programación, así como la cuenta de inversiones del último ejercicio ejecutado y el presupuesto consolidado del sector público del ejercicio vigente. El programa monetario y el presupuesto de divisas serán remitidos al Congreso Nacional, a título informativo, como soporte para el análisis del proyecto de ley de presupuesto general*".

²³ Afirma Badeni que "Si el Poder Ejecutivo no envía el proyecto de presupuesto en tiempo oportuno, entendemos que lo podrá hacer cualquier legislador ante la Cámara de Diputados" (Badeni, Gregorio, op. cit. en nota 2, p. 1548).

a la Mesa de Entradas de la Cámara de Diputados, da comienzo a la actuación del otro protagonista: el Congreso, que deberá analizar la propuesta del Poder Ejecutivo y decidir sobre ella.

2. Discusión y aprobación de la ley de presupuesto

El proyecto ingresa en la Cámara de Diputados, donde se gira a la Comisión de Presupuesto y Hacienda para su estudio y dictamen. En la práctica la Comisión elabora un cronograma de reuniones a las que podrá citar –con suficiente anticipación- al Jefe de Gabinete de Ministros, a Ministros y a otros funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional para que informen sobre los temas que consideren los miembros de la referida Comisión. Esas reuniones dan lugar a debates y negociaciones. Una vez que ha concluido el ciclo de reuniones, la Comisión elabora un dictamen (puede haber también dictámenes de minorías), que es girado a la Secretaría Parlamentaria, que lo llevará a la Comisión de Labor Parlamentaria quien lo incorporará al orden del día de la sesión que se establezca a fin de que sea tratado en el recinto por el Pleno de la Cámara. Allí comenzará, el tratamiento “en general” del proyecto, donde se examina su orientación más amplia. De obtenerse la aprobación “en general”, comienza el tratamiento en particular, por capítulos, o por artículos, donde se debaten y, en algunos casos, se reformulan contenidos particulares del proyecto. En este punto es necesario aclarar que si la modificación propuesta implica un aumento de gastos “deberá contar con el financiamiento respectivo” (art. 28 de la Ley 24.156).

87

Una vez aprobado por la Cámara de origen el proyecto va a la Cámara revisora, donde ha de seguirse un trámite análogo, aunque, en general en un tiempo más acotado, atento a la proximidad del inicio del ejercicio financiero correspondiente al proyecto de ley.

Concretada la sanción por ambas cámaras, el proyecto de ley es remitido al Poder Ejecutivo Nacional para su promulgación. El Presidente como co-legislador, puede promulgarlo y ordenar su publicación en el Boletín Oficial. Puede también vetar el proyecto, en cuyo caso, con sus observaciones vuelve a la Cámara de origen, que podrá insistir con su sanción una mayoría de dos tercios sobre los presentes. Si la Cámara revisora, con igual mayoría, comparte la insistencia, la promulgación se vuelve obligatoria. Si se cumplen las condiciones exigidas por el artículo 80 de la Constitución Nacional puede promulgarlo parcialmente.

3. La ejecución del presupuesto

Una vez obtenida la autorización legislativa, la división de poderes impone el comienzo otra etapa de la vida del presupuesto, su ejecución. Naturalmente que se

trata de una actividad inherente a las funciones del Poder Ejecutivo Nacional, pero el sistema republicano y representativo sujeta su actuación a condicionamientos y controles impuestos por la Constitución y por las leyes.

El artículo 30 de la Ley 24.156 dispone que. *“Una vez promulgada la ley de presupuesto general, el Poder Ejecutivo Nacional decretará la distribución administrativa del presupuesto de gastos”*. En la práctica y desde 1996, en consonancia con lo establecido por el artículo 100, inc. 7°, de la Constitución Nacional, es el Jefe de Gabinete quien, por Decisión Administrativa, ordena la distribución de los fondos entre las diferentes dependencias. *“La distribución administrativa del presupuesto de gastos –dice el párrafo 2° del artículo 30 de la ley 24.156- consistirá en la presentación desagregada hasta el último nivel previsto en los clasificadores y categorías de programación utilizadas, de los créditos y realizaciones contenidas en la ley de presupuesto general”*.

Esta medida –claramente ejecutiva- implica que la autorización para gastar que el Congreso dio mediante la aprobación del presupuesto, llega a cada funcionario en concreto por medio de la distribución de fondos ordenada por el Jefe de Gabinete de Ministros.

Las etapas siguientes comprenden la concreta autorización para efectuar un gasto determinado. Normalmente las normas que rigen en la Administración establecen –de acuerdo con el monto de la operación- cuál es el funcionario habilitado para brindar la autorización. A fin de concretar la operación (contrato, nombramiento, etc.) es necesaria la aprobación del gasto por un funcionario competente, acto que generará lo que en la jerga administrativa-contable se conoce como “compromiso”. El compromiso ha sido definido como “una obligación potencial con terceros”, y descrito como:

- La aprobación por parte de un funcionario competente de la aplicación de recursos por un concepto e importe determinados, como asimismo de la tramitación administrativa cumplida.
- La afectación preventiva del crédito presupuestario que corresponda.
- El origen de una relación jurídica con terceros, que motivará una eventual (futura) salida de fondos.
- La identificación de la persona física o jurídica a la cual se efectuará el pago, como así también la especie y cantidad de los bienes o servicios a recibir.²⁴
- Una vez que el gasto es aprobado se realiza su liquidación definitiva que es la operación dirigida a determinar la suma cierta que deberá pagarse, previa verificación de los requisitos documentales aplicables a cada caso. Tras

²⁴ https://www.economia.gob.ar/onp/documentos/manuales/el_sistema_presupuestario_publico.pdf, “El sistema presupuestario en la Administración Nacional de la República Argentina”. Sitio consultado el 2 de febrero de 2023.

lo cual se emite la correspondiente orden de pago, en cuyo caso también, de acuerdo con la jerga administrativa, se considera que el gasto ha sido devengado. Precizando más el concepto de “devengado”, puede decirse que es la obligación de pago a terceros y consiste en:

- El surgimiento de una obligación de pago, por ejemplo por la recepción de conformidad de bienes o servicios o por haberse cumplido los requisitos administrativos para los casos de gastos sin contraprestación.
- La liquidación del gasto,
- La afectación definitiva de los créditos presupuestarios.²⁵
- La orden de pago es “la operación que tiene por objeto el librar un documento de pago –formulado con rigurosa conformidad de los requisitos establecidos por la ley- y cuyos efectos son los de permitir al acreedor del Estado por gasto comprometido, reconocido y liquidado, que pueda exigir del Tesoro la cancelación de su crédito”.²⁶ La realización del pago, es una actividad netamente ejecutiva (arts. 99, inc. 10 y 100, inc. 7° de la Constitución Nacional) se concreta, en realidad, en la órbita de la Tesorería General de la Nación.

VIII. Modificaciones de la ley presupuestaria durante su ejecución

En el transcurso del ejercicio anual presupuestario pueden ocurrir diversos acontecimientos que arrastren como consecuencia necesaria la modificación de los gastos autorizados.

89

Horacio Corti distingue y clasifica varios supuestos:

- A) “Disminuir los gastos autorizados por no haberse concretado una operación de crédito público, o por producirse una recaudación menor que la estimada, o también, como consecuencia de una estimación recaudatoria defectuosa (*ajuste presupuestario*).
- B) Aumentar los gastos de un determinado organismo (*ampliación de créditos*);
- C) Disponer una nueva autorización ante nuevas situaciones, como ser la creación de un órgano (*crédito suplementario*).
- D) Disminuir o aumentar gastos ante la ocurrencia de eventos extraordinarios o urgentes (*ajustes o créditos extraordinarios*).
- E) Cambiar la finalidad de los gastos autorizados,
- F) Disponer qué destino asignarle a recursos obtenidos mayores que los estimados, en el caso en que no existan reglas generales al respecto”.²⁷

²⁵ https://www.economia.gob.ar/onp/documentos/manuales/el_sistema_presupuestario_publico.pdf. Sitio consultado el 2 de febrero de 2023.

²⁶ Atchabahián, op. cit. en nota 1, p. 251.

²⁷ Corti, op.cit. en nota 4, pp. 254-255.

IX. ¿Cuál es el poder competente para disponer las modificaciones presupuestarias?

Los principios de reserva de la ley y de paralelismo de competencias, determinan que debe ser el Congreso quien disponga la modificación presupuestaria que sea necesaria para afrontar debidamente la situación novedosa.

En contra de esta afirmación se arguye que la pesadez del trámite parlamentario puede ser un óbice para afrontar exitosamente una situación crítica. Sin embargo, las normas constitucionales permiten la actuación regular de los órganos de gobierno en tiempo suficiente para afrontar la crisis. Además, cabe tener presente al examinar las alternativas que “si el Ejecutivo pudiera modificar libremente lo ya decidido por el Congreso, la intervención de éste sería casi ficticia, pues la última palabra quedaría en manos del primero, ya que se le asignaría la potestad de decidir qué mantener y qué cambiar de la ley dictada, circunstancia que desvirtuaría el significado político de la reserva legal”.²⁸ Ese menoscabo implica poner en discusión, los alcances de la división de poderes y de la forma republicana y representativa de gobierno.

Para abordar razonablemente la cuestión es preciso hacer algunas distinciones.

Puede ocurrir que en el diario desenvolvimiento de la Administración se produzcan situaciones que impliquen una variación mínima frente a la cual resulte arduo e injustificado acudir al trámite legislativo para su tratamiento y solución. Es razonable que la ley faculte en estos casos –fijando límites claros y precisos- al Jefe de Gabinete de Ministros para efectuar modificaciones mínimas de lo dispuesto por la ley.

Como toda delegación el ejercicio de esta competencia debe estar sujeto al control del Congreso y la delegación, en cuanto tal, debe ser revocable.

En otros casos el Congreso puede actuar con celeridad. Por mandato de la Constitución el Jefe de Gabinete de Ministros debe concurrir al Congreso (en forma alternada a cada una de las Cámaras), y eso permite que el órgano legislativo cuente con la información necesaria para disponer las modificaciones legales y ajustar el presupuesto.

Además, cuenta para ello con el asesoramiento y la asistencia de la Auditoría General de la Nación.

En muchas ocasiones y –más allá de los supuestos contemplados por el artículo 39 de la Ley 24.156²⁹, el Poder Ejecutivo Nacional ha dispuesto modificaciones al

²⁸ Corti, Horacio, op. cit. en nota 4, p. 255.

²⁹ Art. 39: “El Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer autorizaciones para gastar no incluidas en la ley de presupuesto general para atender el socorro inmediato por parte del gobierno en casos de epidemias, inundaciones, terremotos u otros de fuerza mayor.

Estas autorizaciones deberán ser comunicadas al Congreso Nacional en el mismo acto que las disponga, acompañando los elementos de juicio que permitan apreciar la imposibilidad de atender

presupuesto acudiendo al dictado de decretos por razones de necesidad y urgencia, atribución regulada en el artículo 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional.

X. La delegación genérica efectuada en favor del Jefe de Gabinete de ministros para disponer modificaciones presupuestarias contenida en el artículo 37 de la Ley de Administración Financiera

En su texto originario (1992) el artículo 37 de la Ley 24.156, era restrictivo, en relación con las modificaciones presupuestarias que podían realizar órganos distintos del Poder Legislativo.³⁰

No obstante ello, esa restricción invariablemente fue eludida, mediante autorizaciones dadas cada año por las leyes de presupuesto.³¹

En el año 2006 el Congreso aprobó la Ley 26.124, llamada de los “superpoderes”, que delegó al Jefe de Gabinete de Ministros una amplia competencia para modificar el presupuesto otorgándole una amplia discrecionalidad, salvo en lo relativo al monto total y al endeudamiento.³²

las situaciones que las motivaron dentro de las revisiones ordinarias o con saldos disponibles en rubros presupuestarios imputables.

Las autorizaciones así dispuestas se incorporaran al presupuesto general.”

³⁰ Art. 37: “La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución. Quedarán reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, y los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades”.

³¹ Art. 10 de la Ley 24.447 (presupuesto del año 1995); art. 11 de la Ley 24.624 (presupuesto del año 1996); art. 12 de la Ley 24.764 (presupuesto del año 1997); art. 13 de la Ley 24.938 (presupuesto del año 1998); art. 14 de la Ley 25.064 (presupuesto del año 1999); art. 20 de la Ley 25.237 (presupuesto del año 2000); art. 19 de la Ley 25.401 (presupuesto del año 2001); art. 17 de la Ley 25.565 (presupuesto del año 2002); art. 16 de la Ley 25.725 (presupuesto del año 2003); art. 12 de la Ley 25.827 (presupuesto del año 2004); art. 11 de la Ley 25.967 (presupuesto del año 2005) y el art. 10 de la Ley 26.078 (presupuesto del año 2006).

³² Art. 37: “La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución.

Quedan reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto.

El Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades.

A tales fines, exceptúase al Jefe de Gabinete de Ministros de lo establecido en el artículo 15 de la Ley N° 25.917.

El incremento de las partidas que refieran gastos reservados y de inteligencia sólo podrá disponerse por el Congreso de la Nación”.

A la luz de las exigencias constitucionales, de imprescindible cumplimiento a los efectos de que una delegación de facultades legislativas resulte válida (art. 76 CN), la inconstitucionalidad de la mencionada norma resultaba palmaria, toda vez que no se establecían las bases sobre las que debía sustentarse la legislación delegada y tampoco se fijaba el plazo que duraría esa delegación.³³

Fue por eso que la referida norma fue reformada en 2016, mediante la Ley 27.342 cuyo texto es el siguiente:

ARTICULO 37. “Quedan reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como las partidas que refieran a gastos reservados y de inteligencia.

El Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del monto total aprobado.

Dichas reestructuraciones no podrán superar el siete coma cinco por ciento (7,5%) para el ejercicio 2017 y el cinco por ciento (5%) para el ejercicio 2018 y siguientes, del monto total aprobado por cada ley de presupuesto, ni el quince por ciento (15%) del presupuesto aprobado por finalidad, cuando se trate de incrementos de gastos corrientes en detrimento de gastos de capital o de aplicaciones financieras, y/o modificaciones en la distribución de las finalidades.

A tales fines, exceptuase al Jefe de Gabinete de Ministros de lo establecido en el artículo 15 de la ley 25.917.

92

Las reestructuraciones presupuestarias realizadas por la Jefatura de Gabinete de Ministros, en función de las facultades establecidas en el presente artículo, deberán ser notificadas fehacientemente a ambas comisiones de Presupuesto y Hacienda del Honorable Congreso de la Nación dentro de los cinco (5) días hábiles de su dictado, especificándose los montos dinerarios, finalidades del gasto, metas físicas y programas modificados.

La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución”.

Si bien es cierto que la norma no había vuelto a los restrictivos alcances del texto originario de la Ley 24.156 –difícilmente realizables sin una rigurosa disciplina fiscal, verdadera *rara avis* en nuestro medio-, no lo es menos que ha impuesto límites cuantitativos y temporales para el ejercicio de la facultad delegada en el Jefe de Gabinete de Ministros. Con ello la alejaba de las objeciones constitucionales que

³³ Los riesgos que esto acarrearba, medidos en términos del respeto a la división de poderes y al pluralismo división, queda evidenciados por la Decisión Administrativa n° 854/10, dictada por el Jefe de Gabinete de Ministros, un subordinado del Presidente. El presupuesto vigente –votado por el Congreso, órgano representativo y plural- autorizaba \$180.000.- para trabajos de remodelación en la Casa Rosada y la Residencia Presidencial de Olivos, el acto del Jefe de Gabinete amplió ese monto a \$8.000.000.-

se dirigieron contra su predecesora Ley 26.124. Además, facilitaba el control del ejercicio de la facultad delegada estableciendo un preciso mecanismo de información destinado al Congreso para que ejerza sus atribuciones de control al respecto.

Sin embargo y mediante la invocación –por lo menos cincuentenaria- de una situación de “emergencia”, no ha sido infrecuente el desborde de esos límites, habilitado mediante decretos dictados por razones de necesidad y urgencia (V. decretos 457/2020; 489/2021; 331/2022, etc).

Examinando a la normativa en cuestión podemos observar que hay una triple distribución de potestades para modificar el presupuesto en curso de ejecución:

Contenidos reservados al Congreso: modificación del monto total y del endeudamiento; reestructuraciones que superen el siete coma cinco por ciento (7,5%) para el ejercicio 2017 y el cinco por ciento (5%) para el ejercicio 2018 y siguientes, del monto total aprobado por cada ley de presupuesto, ni el quince por ciento (15%) del presupuesto aprobado por finalidad, cuando se trate de incrementos de gastos corrientes en detrimento de gastos de capital o de aplicaciones financieras, o modificaciones en la distribución de las finalidades; incremento de partidas de gastos reservados y servicios de inteligencia.

Contenidos modificables por el Jefe de Gabinete: todos los restantes.

Contenidos modificables por las jurisdicciones: todos los que disponga el Jefe de Gabinete.

93

XI. Control de la ejecución presupuestaria

Concurren en este terreno una pluralidad de órganos de control. Una mirada superficial nos diría que esto –en función del sistema republicano y los valores del pluralismo- es plausible. Sin embargo, la práctica ha demostrado que la superposición de controles puede ser negativa. En algunas ocasiones la actividad de un órgano de control obstaculiza a la de los otros órganos, en otras, el control se declina porque cada órgano de control juzga que le corresponde hacerlo a otro de sus copartícipes sin que, en definitiva, ninguno de ellos lo realice efectivamente. Eso, sin perjuicio de la concurrencia de motivaciones subalternas y ajenas al interés general que debe dirigir la actuación, tanto de quienes ejercen el Gobierno, como de quienes se oponen a él.

1.- El control de la ejecución presupuestaria a cargo del Congreso

Durante la ejecución presupuestaria esta puede ser controlada por el Congreso cuando –por imperio del artículo 101 de la Constitución Nacional- el Jefe de Gabinete concurre a las cámaras legislativas –alternando una de ellas cada mes- para informarles acerca de la marcha del gobierno. También puede ser invitado a concurrir

por una cámara para exponer sobre un asunto de gobierno, en los términos del artículo 71 C.N. Cabe recordar, en este caso, las potestades de censura y remoción que respecto del Jefe de Gabinete de Ministros, poseen las cámaras legislativas (art. 101 CN).

Además, el artículo 7° de la Ley 25.152, de Solvencia Fiscal, prevé que una vez remitida la cuenta de inversión correspondiente al año anterior el Jefe de Gabinete de Ministros y el Ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos concurrirán a una sesión conjunta de las comisiones de Presupuesto y Hacienda de las Cámaras, para presentar un informe global que contenga la estimación de la ejecución del presupuesto para el año en curso, comparándolo con el presupuesto aprobado por el Congreso de la Nación, y explicando las diferencias que estime ocurran en materia de ingresos, gastos y resultado financiero. Este informe debe ser actualizado cada tres meses por el Jefe de Gabinete.

2.- El control de la ejecución presupuestaria por el Presidente

Surge claramente del artículo 99, incisos 1° y 10 de la Constitución Nacional que el Presidente, en su condición de “responsable político de la administración general del país” (inc. 1°), “supervisa el ejercicio de la facultad del Jefe de Gabinete de Ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales” (inc.10).

94

Sin perjuicio de otras potestades inherentes a la relación jerárquica existente entre el Presidente y el Jefe de Gabinete de Ministros esa tarea de control presupuestario está regulada en la Ley 24.156, que encomienda esa función a la Sindicatura General de la Nación (SIGEN).

La organización de este sistema interno de control tiene dos componentes: la SIGEN, por una parte, y, dentro de cada jurisdicción, de la que dependen funcionalmente, por la otra, las unidades de auditoría interna.

La auditoría interna es un servicio a toda la organización y consiste en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades a que hace referencia la ley de Administración Financiera, realizada por los auditores integrantes de las unidades de auditoría interna. (Ley 24.156, art. 102).

Según el artículo 100 de la Ley 24.156, la SIGEN es un órgano normativo, de supervisión y de coordinación de las unidades de auditoría interna. El modelo del control que aplique y coordine la sindicatura –establece el art. 103 de la citada ley– “... deberá ser integral e integrado, abarcar los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones y estar fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia”.

Finalmente, para cerrar este circuito de control, la ley dispone que la Sindicatura General deberá informar al Presidente de la Nación, sobre la gestión financiera y operativa de los organismos comprendidos dentro del ámbito de su competencia.

3.- El control de la ejecución presupuestaria por la Oficina Nacional de Presupuesto

Está regulado en los artículos 44 y 45 de la Ley 24.156. Según la primera de esas normas la Oficina Nacional de Presupuesto evaluará la ejecución de los presupuestos de la administración nacional tanto en forma periódica, durante el ejercicio y a su cierre.

Para ello, las jurisdicciones y entidades de la administración nacional deben llevar registros de información de la gestión física de la ejecución de sus presupuestos, de acuerdo con las normas técnicas correspondientes y participar los resultados de la ejecución física del presupuesto a la Oficina Nacional de Presupuesto. A partir de esa información –dice el art. 45 de la ley citada-, de la que suministre el sistema de contabilidad gubernamental y otras que se consideren pertinentes, “...la Oficina Nacional de Presupuesto realizará un análisis crítico de los resultados físicos y financieros obtenidos y de los efectos producidos por los mismos, interpretará las variaciones operadas con respecto a lo programado, procurará determinar sus causas y preparará informes con recomendaciones para las autoridades superiores y los responsables de los organismos afectados”.

4.- Publicidad de la información. Control ciudadano

95

Más allá de lo dispuesto por la normativa que –en términos generales- rige el derecho de acceso a la información pública (Ley 27.275), las Leyes 25.152 (art. 9º) y 24.156 se han preocupado por asegurar la publicidad de algunos documentos vinculados con la ejecución presupuestaria facilitando instrumentos indispensables para el necesario control que la sociedad, la ciudadanía y sus organizaciones deben efectuar sobre las cuentas públicas.

El art. 8 de la Ley 25.152, establece que: La documentación que detalla a continuación, tendrá el carácter de información pública y será de libre acceso para cualquier institución o persona interesada en conocerla. Ella comprende:

- a) Estados de ejecución de los presupuestos de gastos y del cálculo de recursos, hasta el último nivel de desagregación en que se procesen;
- b) Órdenes de compra, todo tipo de contratos firmados por autoridad competente, así como las rendiciones de fondos anticipados;
- c) Órdenes de pago ingresadas a la Tesorería Nacional y al resto de las tesorerías de la Administración Nacional;
- d) Pagos realizados por la Tesorería Nacional y por el resto de las tesorerías de la Administración Nacional;
- e) Datos financieros y de ocupación del Sistema Integrado de Recursos Humanos que administra la Secretaría de Hacienda, sobre personal

- permanente, contratado y transitorio, incluido el de los proyectos financiados por organismos multilaterales;
- f) Listado de beneficiarios de jubilaciones, pensiones y retiros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad;
 - g) Estado de situación, perfil de vencimientos y costo de la deuda pública, así como de los avales y garantías emitidas, y de los compromisos de ejercicios futuros contraídos;
 - h) Listados de cuentas a cobrar;
 - i) Inventarios de bienes inmuebles y de inversiones financieras;
 - j) Estado del cumplimiento de las obligaciones tributarias, previsionales y aduaneras de las sociedades y las personas físicas ante la Administración Federal de Ingresos Públicos conforme a la reglamentación que ella misma determine;
 - k) Información acerca de la regulación y control de los servicios públicos, obrante en los entes reguladores y de control de los mismos;
 - l) Toda la información necesaria para que pueda realizarse el control comunitario de los gastos sociales. La información precedente será puesta a disposición de los interesados por el Jefe de Gabinete de Ministros.

Por su parte, el art. 107, inc. c), de la Ley 24.156 establece la obligación del Síndico General de la Nación de informar periódicamente a la opinión pública.

96

5.- El Control Legislativo de la ejecución presupuestaria, una vez cerrado el ejercicio financiero: La Cuenta de Inversión

En lo que concierne a la gestión de los recursos públicos y de acuerdo con el artículo 75, inc. 8° de la Constitución Nacional, atribuye al Congreso un doble control, de acuerdo con una secuencia temporal.

El primer control –que ya hemos visto- está dado por la aprobación de la ley de presupuesto que autoriza al Poder Ejecutivo a efectuar gastos e inversiones, afectando los recursos disponibles para ello.

El paso siguiente es controlar como aquellos gastos autorizados por la Ley de Presupuesto, fueron realizados, o no. Esto es la clásica obligación de rendir cuentas que recae sobre quien gestiona o administra recursos ajenos. En el caso del Derecho Presupuestario, el Poder Ejecutivo cumple con su obligación de rendirle cuentas al Congreso presentando la Cuenta de Inversión, que será controlada por el Congreso, habilitado para decidir por su aprobación o por su rechazo, con las consecuencias que de ello pueda derivarse, en orden a las responsabilidades políticas, administrativas, penales y civiles de quienes gestionen recursos en nombre de otros.

“La Cuenta de Inversión es el documento, producido por el Poder Ejecutivo, en el cual se expone la totalidad del desenvolvimiento financiero de la actividad

pública correspondiente al ejercicio financiero concluido, a la luz de la Ley de Presupuesto en su momento vigente.”³⁴

Su preparación, que está a cargo de la Contaduría General de la Nación, ha sido regulada en el artículo 43 de la Ley de Administración Financiera, que dispone: *“Al cierre del ejercicio se reunirá información de los entes responsables de la liquidación y captación de recursos de la administración nacional y se procederá al cierre del presupuesto de recursos de la misma.*

Del mismo modo procederán los organismos ordenadores de gastos y pagos con el presupuesto de gastos de la administración nacional.

Esta información, junto al análisis de correspondencia entre los gastos y la producción de bienes y servicios que preparará la Oficina Nacional de Presupuesto, será centralizada en la Contaduría General de la Nación para la elaboración de la cuenta de inversión del ejercicio que, de acuerdo al artículo 95, debe remitir anualmente el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso Nacional.”

La oportunidad de su presentación ante el Congreso y sus contenidos mínimos son regulados por el art. 95 de la Ley 24.156 que dispone: *“La cuenta de inversión, que deberá presentarse anualmente al Congreso Nacional antes del 30 de junio del año siguiente al que corresponda tal documento, contendrá como mínimo:*

- a) Los estados de ejecución del presupuesto de la administración nacional, a la fecha de cierre del ejercicio
- b) Los estados que muestren los movimientos y situación del Tesoro de la administración central:
- c) El estado actualizado de la deuda pública interna, externa, directa e indirecta:
- d) Los estados contable-financieros de la administración central.
- e) Un informe que presente la gestión financiera consolidada del sector público durante el ejercicio y muestre los respectivos resultados operativos económicos y financieros.

La cuenta de inversión contendrá además comentarios sobre:

- a) *El grado de cumplimiento de los objetivos y metas previstos en el presupuesto;*
- b) *El comportamiento de los costos y de los indicadores de eficiencia de la producción pública;*
- c) *La gestión financiera del sector público nacional.”*

Una vez que la Cuenta de Inversión ingresa al Congreso, pasa para su estudio y dictamen a una comisión bicameral regulada por la Ley 24.156, que es la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas. Según el artículo 128 de la Ley citada: *“La Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas estará formada por*

³⁴ Corti, Horacio, op. cit. en nota 4, p. 284.

seis (6) senadores y seis (6) diputados cuyos mandatos durarán hasta la próxima renovación de la Cámara a la que pertenezcan y serán elegidos simultáneamente en igual forma que los miembros de las comisiones permanentes. Anualmente la Comisión elegirá un presidente, un vicepresidente y un secretario que pueden ser reelectos. Esta Comisión es la encargada de dictaminar respecto de la Cuenta de Inversión presentada por el Poder Ejecutivo Nacional, expidiéndose, sobre todos los contenidos que enuncia la ley de Administración Financiera. Cuenta para ello con todas las atribuciones de información que corresponden a las comisiones parlamentarias y es asistida en ese control por la Auditoría General de la Nación.

Luego de que la Comisión Mixta expide su dictamen sobre la Cuenta de Inversión, corresponde a las cámaras –imprimiendo el trámite legislativo previsto en los artículos 77 a 84 de la Constitución Nacional- pronunciarse por su aprobación o rechazo.

Se entra aquí en un terreno sinuoso, en el cual la mala intención combinada muchas veces con la desidia impide la realización de un control necesario en el sistema republicano, que termina por pulverizar la responsabilidad por gestiones desastrosas de los recursos públicos, cuya impunidad es simétrica con el empobrecimiento general de la sociedad que solventa esos desatinos en un círculo vicioso del cual resultan una mayor presión tributaria y una inflación endémica de la moneda con tres cuartos de siglo de permanencia.

98 Veamos algunos ejemplos de ello que enuncia Dromi³⁵: “... *fueron cuentas aprobadas por el Congreso, entre otras, las correspondientes a los años: 1864 (ley 214); 1866 (ley 386); 1878 a 1884 (ley 3939); 1885 a 1900 (ley 5096); 1905 a 1911; 1913; 1915 a 1920; 1922 a 1924 (ley 12.689); 1944 (ley 13.635); 1945 y 1946 (ley 14.015); 1950 (ley 14.052); 1951 (ley 14.253); 1952 (ley 14.320); 1953 (ley 14.611); 1956 (ley 15.817); 1963, 1964 y 1965 (ley 20.653); 1973 a 1975 (ley 23.334).*

Han sido rechazadas las cuentas de inversión del ejercicio 1914 (ley 10.212) y de los ejercicios 1966 a 1972 (ley 23.345).

Las cuentas elevadas por el Poder Ejecutivo y archivadas en la Contaduría del Congreso de la Nación fueron, entre otras, las correspondientes a los ejercicios 1912, 1929, 1930, 1941, 1942, 1943.

La Dirección de Información Parlamentaria del Congreso desconoce el paradero de las cuentas correspondientes a los años 1960, 1961, 1962, 1966, 1967, 1968, 1969, 1970, 1971 y 1976 a 1981.

Asimismo, señalamos la existencia de cuentas no elevadas al Congreso de los años: 1865, 1867 a 1877 y 1901 a 1904; y de cuentas en poder de la Contaduría General de la Nación a disposición del Congreso. Ellas son las correspondientes a los años 1921, 1925, 1926, 1927 y 1928”.

Datos más actuales (se trata de una publicación efectuada en 2007), proporciona

³⁵ Dromi, José R. op. cit., en nota 5, pp. 73-74.

Corti³⁶, que afirma que: “restablecido el orden democrático, el Poder Legislativo, a través de la ley 23.854, rechazó las cuentas de inversión del período militar – años 1976 a 1983-.

Posteriormente, fueron consideradas y aprobadas las cuentas de inversión correspondientes a los períodos financieros 1984 (en 1990, por ley 23.855); 1985 (en 1991, por ley 24.002); 1986 (en 1992, por ley 24.086); 1987 (1993, por ley 24.221); 1988 (en 1994, por ley 24.328); 1989 (en 1994, por ley 24.336); 1990 (1994, por ley 24.363); 1991 (en 1995, por ley 24.661); 1992 (en 1996, por ley 24.630); 1993 (en 1998, por ley 24.963); 1997 (en 2006, por ley 26.098) y 1998 (en 2006, por ley 26.099).”

XII. La vigencia temporal de la ley de presupuesto

El artículo 75, inc. 8° de la Constitución Nacional otorga al Congreso la atribución de fijar anualmente el presupuesto. En sentido concordante, el art. 10 de la ley 24.156 dispone que el ejercicio financiero del sector público nacional comienza el 1° de enero y concluye el 31 de diciembre de cada año. De ahí la necesidad de contar con la aprobación del presupuesto durante el año anterior al comienzo del ejercicio financiero.

En el caso de que al comenzar el ejercicio financiero y el presupuesto no hubiera sido aprobado, se aplica el art. 27 de la Ley de Administración Financiera que prevé que: “Si al inicio del ejercicio financiero no se encontrare aprobado el presupuesto general, regirá el que estuvo en vigencia el año anterior, con los siguientes ajustes que deberá introducir el Poder Ejecutivo Nacional en los presupuestos de la administración central y de los organismos descentralizados:

1.- En los presupuestos de recursos:

- a) Eliminar los rubros de recursos que no puedan ser recaudados nuevamente;
- b) Suprimir los ingresos provenientes de operaciones de crédito, público autorizadas, en la cuantía en que fueron utilizadas;
- c) Excluirá los excedentes de ejercicios anteriores correspondientes al ejercicio financiero anterior, en el caso que el presupuesto que se está ejecutando hubiera previsto su utilización;
- d) Estimaré cada uno de los rubros de recursos para el nuevo ejercicio;
- e) Incluirá los recursos provenientes de operaciones de crédito público en ejecución, cuya percepción se prevea ocurrirá en el ejercicio.

2. En los presupuestos de gastos:

- a) Eliminará los créditos presupuestarios que no deban repetirse por haberse cumplido los fines para los cuales fueron previstos;
- b) Incluirá los créditos presupuestarios indispensables para el servicio de la deuda y las cuotas que se deban aportar en virtud de compromisos derivados

³⁶ Corti, Horacio, op. cit., en nota 4, p. 286.

- de la ejecución de tratados internacionales;*
- c) *Incluirá los créditos presupuestarios indispensables para asegurar la continuidad y eficiencia de los servicios;*
 - d) *Adaptará los objetivos y las cuantificaciones en unidades físicas de los bienes y servicios a producir por cada entidad, a los recursos y créditos presupuestarios que resulten de los ajustes anteriores”.*

XIII. Conclusión

Al momento de finalizar este trabajo puede observarse que en él se ha puesto el acento en los rasgos institucionales del presupuesto, de acuerdo con nuestro régimen constitucional.

Hemos visto que se trata de una institución que ha evolucionado junto al sistema republicano y representativo, que está dotada de precisos datos técnicos y cuya mejora debe inspirarse en la necesidad de alentar el control ciudadano. Dicho control resulta imprescindible para asegurar la vigencia del régimen republicano y representativo, cuando se observan las insuficiencias del control institucional vigente en relación con las facultades delegadas y la Cuenta de Inversión.

Esta primera visión constitucional debe completarse con un aporte futuro que abarque dos temas, cada uno de ellos con un abundante caudal propio: la actividad presupuestaria y los Derechos Humanos y el control de constitucionalidad de la ley de presupuesto. Serán materia de un abordaje futuro y complementario.

100

Referencias bibliográficas

ATCHABAHIÁN, Adolfo; MASSIER, Guillermo, *Curso de contabilidad pública*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones Contabilidad Moderna, 1985.

BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. II., Buenos Aires, La Ley, 2006.

CORTI, Horacio G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

DROMI, José Roberto, *Presupuesto y Cuenta de Inversión*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997.

MARTÍNEZ LAGO, Miguel Á., *Manual de derecho presupuestario*, Madrid, Colex, 1992.

La ciencia del constitucionalismo comparado: una aproximación en perspectiva de la escuela socio-cultural y transnacional

Bernd Marquardt*

Resumen

Este trabajo distingue el valor de la comparación como método científico que, en el ámbito del derecho, pretende aumentar el conocimiento sobre lo jurídico y promover el jurista crítico y reflexivo. Desde tal perspectiva advierte tres problemas en la bibliografía hegemónica de la ciencia constitucional, que pueden resumirse de la siguiente manera: la tendencia a las investigaciones constitucionales aisladas, paralelas, pero no interconectadas; el reconocimiento de solo tres Estados como los supuestos fundadores del constitucionalismo moderno (la *teoría de la tríada*); y la división de los estudios constitucionales entre la ciencia jurídica y la ciencia política. También señala la existencia de figuras y mitos como el primer-tercer-mundismo jurídico, los trasplantes jurídicos de textos normativos y la independencia de las constituyentes de las dinámicas de poder. Finalmente, con el objetivo de promover el método comparativo bajo estándares de respeto y crítica ecuanímenes, propone diez componentes básicos de una ciencia del constitucionalismo comparado que considera apta para el siglo XXI y esboza veinte criterios cualitativos que describen el sistema de valores del tipo ideal del Estado constitucional, democrático, social y ambiental.

Palabras clave: Constitucionalismo comparado – Derecho comparado - Estado constitucional

* Profesor de derecho constitucional, Universidad Nacional de Colombia, bmarquardt@unal.edu.co

I. Introducción

Quien quiere comparar necesita métodos. Este artículo pretende introducir a la escuela comparativista del derecho público elaborada por el centro de investigaciones *CC - Constitucionalismo Comparado* que se ha denominado la *escuela socio-cultural y transnacional de la historia del derecho público*¹. Para acercarse, parecen centrales preguntas como: ¿por qué el estado de investigación es problemático? ¿Por qué comparar? ¿Quién compara? ¿Qué comparar? ¿Cómo comparar adecuadamente? En diez subcapítulos, la argumentación se dedicará, primero, a tres problemas en la bibliografía predominante, para continuar con la problematización del lugar de América Latina en la historia mundial del constitucionalismo moderno. En tercer lugar, se discutirán los objetos de comparación. Cuarto, se aborda el (re) descubrimiento del derecho público comparado. El quinto subcapítulo se refiere al espacio y la comparación y desarrollará las agrupaciones geo-constitucionales. Subsiguientemente, el sexto apartado revisará las dinámicas del intercambio transnacional. En séptimo lugar, se debatirá la necesidad de criterios de comparación. Octavo, se considera importante dedicarse a los materiales para analizar. Noveno, se estudiará la relevancia de la dimensión del tiempo. Finalmente, el décimo subcapítulo –el más importante– esbozará los diez componentes básicos de la ciencia del constitucionalismo comparado.

102

II. Tres problemas en la bibliografía predominante

A inicios del siglo XXI, el historiador Horst Dippel criticó el estado de investigación de la ciencia constitucional de la siguiente manera: “La historia del constitucionalismo moderno es una historia que necesita ser escrita. [...] Debemos admitir, y no sin dificultad, que a pesar de McIlwain, Fioravanti, y numerosos otros académicos, definitivamente no sabemos cómo llegó a suceder todo esto”². Precisamente, criticó la historiografía constitucional y sus falencias en desarrollar una adecuada perspectiva comparada. Señaló que se conoce relativamente poco sobre los ciclos de difusión de un novedoso modelo de Estado y sus componentes clave en el mundo a partir de su manifestación primaria en 1776. Expresó un malestar, extendido a comienzos del tercer milenio, de que la ciencia constitucional contuviera potenciales de optimización todavía no empleados suficientemente. Desde entonces, han surgido diversas obras de intención comparativista, pero

¹ Marquardt, Bernd, *Historia y teoría constitucional comparada*, 2 t., Bogotá, Ibáñez, 2022 y 2023 (t. 3 en preparación).

² Dippel, Horst, “Constitucionalismo moderno, Introducción a una historia que necesita ser escrita”, *Historia Constitucional*, nº 6, Madrid, CEPC, 2005, pp. 181-200, nº. 2 y 39.

mayoritariamente sin énfasis histórico. De todos modos, el gran éxito se ha ido disipando frente a las fuerzas de inercia que recalientan las antiguas narraciones reduccionistas en términos nacionales y geohistóricos.

Esencialmente, predominan tres problemas en la bibliografía hegemónica. Primero, en la tradición del paradigma nacional –que prevaleció en toda la historiografía del derecho desde la mitad del siglo XIX hasta los años 70 del siglo XX³–, ha sobrevivido una fuerte tendencia a una multitud de investigaciones constitucionales aisladas, paralelas pero no interconectadas. Con frecuencia, se resume la historia constitucional particular del país propio –sea Alemania, Austria, Chile, Colombia, Francia o Suiza–⁴, de modo lineal desde la primera constitución moderna o premoderna a la actual, sin efectuar miradas significativas a las tendencias generales de su entorno en la respectiva época ni analizar seriamente fenómenos transnacionales de la migración de conceptos jurídico-políticos.

En segundo lugar, se considera inadecuada la extendida reducción de la perspectiva comparada en el sentido de la *teoría de la tríada*. La misma reconoce solamente a tres Estados como los supuestos fundadores únicos del constitucionalismo moderno, al insistir en el carácter precursor brillante de Inglaterra, Estados Unidos y Francia⁵. En torno a la persistencia de esta visión, es revelador invitar a comunidades estudiantiles en derecho o ciencia política a nombrar espontáneamente los tres Estados constitucionalmente más avanzados alrededor del año 1865, y la respuesta estandarizada, en contextos tan diferentes como Alemania y Colombia, es casi siempre la misma: Inglaterra, Estados Unidos y Francia. No obstante, en esta fecha Inglaterra era todavía una *monarquía estamental* con múltiples componentes premodernos sin verdadera separación de poderes ni documento garantista de derechos fundamentales, mientras Francia encarnó la *monarquía autocrática moderna* de Napoleón III hasta 1870, y la única república del trío –EE.UU.– mitigó meramente su régimen esclavista más radical de la modernidad a un *republicanismo racial* de tipo *apartheid* que continuó negando la dignidad humana según colores de piel hasta los *Civil Rights* y *Voting Rights Acts* de 1964 y 1965. En otras palabras, en 1865, los tres

³ Revisión crítica: Modéer, Kjell Å., “Abandoning the Nationalist Framework, Comparative Legal History”, en Pihlajamäki, Heikki y otros (Eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, OUP, 2018, pp. 100-114.

⁴ P. ej., para Alemania: Willoweit, Dietmar y Schlinker, Steffen, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 8a ed., Múnich, Beck, 2019. Para Chile: Carvajal A., Patricio H., *Breve historia constitucional de Chile, 1810-2015*, Valparaíso, Sociedad Conring, 2015. Para Colombia: Olano G., Hernán A., *Constitucionalismo histórico*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2007. Para Francia: Morabito, Marcel, *Histoire constitutionnelle de la France, 1789-1958*, 10a ed., París, Montchrestien, 2008.

⁵ Véase p. ej. Jaramillo P., Juan F. y otros, *El derecho frente al poder*, Bogotá, UNAL, 2018, pp. 105 y ss, 295 y ss, 479 y ss; Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 61 y ss, 84 y ss; Thiele, Alexander, *Der konstituierte Staat*, Fráncfort, Campus, 2021, pp. 65 y ss, 97 y ss, 119 y ss.

presumidos precursores se configuraban todavía alejados de los ideales nucleares del constitucionalismo moderno.

Más bien, el secreto de éxito de la *teoría de la tríada* puede verse en su conexión elegante con la lógica geopolítica de poder de 1945, presentando así el orden mundial liberal posbélico como preparado a largo plazo por parte de las victoriosas potencias ‘correctas’, aunque en realidad las dinámicas transnacionales fueron mucho más complejas. De igual forma, la *teoría de la tríada* desvía del hecho de que los tres fueron las macro-potencias del imperialismo occidental que, en vez de difundir el constitucionalismo y los derechos humanos en el mundo, sometieron al planeta a autocracias coloniales y anti-constitucionales. De todos modos, se considera extremadamente incompleto ignorar los aproximadamente 200 demás países del planeta, pues es difícil argumentar la hipótesis de su presumida insignificancia constitucional.

En tercer lugar, se entiende como inconveniente la extendida división de los estudios constitucionales en –por lo menos– dos ciencias. En contraste con la integralidad de algunas obras fundadoras de la ciencia política de manos de juristas, como la *Teoría constitucional* del iuspublicista Karl Loewenstein –originalmente de 1957–⁶, se ha establecido una brecha entre el brazo jurídico –que tiende a trabajar normacéntricamente– y el politológico –que se presenta típicamente de modo teorocéntrico y, en casos acentuados, se abstiene de toda lectura de fuentes primarias jurídicas–. Se constatan potenciales de optimización de la comunicación interdisciplinaria entre ambas ciencias hermanas que sería fructuosa. Parece más integral un tercer grupo de autores, compuesto por historiadores con intereses constitucionales, pues su formación en historia política y su método basado en fuentes primarias, predestina a tener en cuenta ambos modos de acercamiento⁷.

104

III. Problema de perspectiva con respecto a América Latina

El problema de ignorar los aproximadamente 200 ‘demás’ países, más allá de *la tríada*, se condensa en la evaluación de América Latina. Tanto la ciencia constitucional europea y norteamericana como la intra-latinoamericana subestiman notoriamente el papel de la América no estadounidense en la historia mundial del Estado constitucional moderno. Predominan suposiciones y clichés geopolíticos de defectos. Por ejemplo, en una obra actual alemana sobre *El Estado constituido, Una historia constitucional de la modernidad* de 2021, se habla detalladamente sobre la

⁶ Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., 4ª reimpr., Barcelona, Ariel, 1986.

⁷ Comp. recientemente la obra muy detallada de: Daum, Werner y otros, *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19./20. Jahrhundert*, t. 1-3 y 5 (4 en preparación), Bonn, Dietz, 2006-2020.

revolución norteamericana y francesa, el camino británico especial y el país propio del autor, mientras Iberoamérica se reduce a tres páginas que no mencionan a ninguna constitución o idea constitucional concreta, mientras presentan borrosamente y de modo estigmatizador algunas palabras clave sobre independencia, fracaso, caudillismo, violencia y actuales defectos democráticos, sin que el autor repensara la posibilidad de que el constitucionalismo de su propio país hubiera sido menos avanzado y más autocrático durante el siglo XIX y partes significativas del XX⁸.

A veces, son aún más autodestructivas las evaluaciones de autores internos que celebran la baja autoestima de la pobre víctima perpetua de la historia universal y usan preferiblemente adjetivos desdenosos. No es difícil, detectar citas como la siguiente de 2010: “Vemos entonces que la división de poderes como idea copiada de Francia en Colombia rigió mucho más tarde de lo que se pensaba, porque seguimos funcionando bajo el esquema absolutista, circunstancia que ha sido ignorada por nuestra doctrina más reconocida de derecho constitucional”⁹. Pero: ¿es realmente consistente partir notoriamente de presumidas constituciones copiadas, sin fantasía, no adaptadas a la cultura particular, sin la más mínima fuerza normativa en la realidad?

Según la evaluación propia, una hipótesis más conveniente sería la siguiente¹⁰: dicha subestimación desconoce de modo irrespetuoso el papel de un continente, pues encarna un problema de perspectiva y de interpretación, por basarse en paradigmas inferioristas y victimistas de un primer-tercer-mundismo jurídico¹¹. No es suficiente repetir de modo irreflexivo clichés burdos sin verificarlos con métodos comparativos sólidos. En realidad, a partir de la revolución liberal de 1810, Hispanoamérica fue una de las zonas de origen de la dinámica de difusión del Estado constitucional moderno en el mundo, partiendo de documentos fundadores como la *Constitución de la República de Tunja* de 1811 y la *Constitución de la República de Colombia* de 1821¹². Desde entonces, se ha formado una fuerte agrupación latinoamericana del derecho constitucional que ha pasado por una variedad de olas de transición en las cuales, por lo menos de vez en cuando, se renovó el papel vanguardista.

Esto no es ninguna invitación a abstenerse de críticas oportunas frente a múltiples desviaciones y violaciones a lo largo de dos siglos, pero tal crítica debe no debe desconocer las macro-dinámicas mundiales. En perspectiva comparada,

⁸ Thiele, *Der konstituierte Staat*, op. cit., pp. 274 y ss.

⁹ Malagón P., Miguel A., “La ciencia de la policía en los inicios del constitucionalismo colombiano”, *Prisma Jurídico*, vol. 9, nº 1, São Paulo, Univ. Nove de Julho, 2010, pp. 155-168, 165.

¹⁰ En detalle: Marquardt, Bernd, *El Estado constitucional en América Latina (1810-2023)*, *Historia constitucional en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Ediar, 2023, pp. 76 y ss.

¹¹ Es similar con derivados como el *Sur global*, p. ej. en Bonilla M., Daniel (Ed.), *Constitucionalismo del Sur Global*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2015.

¹² Comp. Marquardt, *El Estado constitucional en América Latina (1810-2023)*, op. cit., pp. 130 y ss, 152 y ss

es instructivo el estudio de estos defectos, pues muestran las posibilidades grises y negras inmanentes al modelo estatal constitucional-democrático en sí mismo que las teorías idealizantes subestiman notoriamente.

IV. Los objetos de comparación: ¿manzanas y peras?

Es bien conocido que no todos están de acuerdo con los métodos comparativos y los críticos postulan preferiblemente la objeción de la supuesta incomparabilidad de las manzanas y las peras, es decir, exponen la singularidad de las particularidades, con connotaciones detallistas y nacionalistas. Sin embargo, el constitucionalismo comparado no compara cosas incomparables sino dentro de una sola categoría: Estados modernos con otros Estados modernos, según su grado de cumplimiento con ciertos estándares. Además, debe ser claro que comparar es el método clave de toda ciencia, sea expresa o implícitamente. Comparar tampoco significa igualar u homogeneizar, pues cada comparación sería muestra una mezcla entre similitudes y diferencias, visibilizando eventuales prevalencias en uno u otro sentido. Del mismo modo, no significa relativizar, sino contextualizar y visibilizar. Más bien, la comparación ayuda a reconocer lo particular: muestra tanto los logros como los defectos, sin enturbiarse por los mitos nacionales. No convence que muchos constitucionalistas tradicionales tienden a sobrevaluar el país propio como el presumido marco de referencia, al igual que es cuestionable la tendencia opuesta de subestimar, lo que es extendido en América Latina. En realidad, muchos que se niegan a la comparación, quieren mantener invisibles los aspectos que no entren en su cosmovisión.

106

El propósito académico de la comparación no es la solución de problemas iustécnicos o pragmáticos, aunque es muy valiosa para la labor de constituyentes, parlamentos y cortes constitucionales. El derecho comparado pertenece a los fundamentos del derecho, junto con la historia del derecho, la sociología jurídica o la filosofía del derecho. Pretende aumentar el conocimiento sobre lo jurídico como una finalidad cultural en sí misma y, en términos pedagógicos, quiere promover el jurista crítico y reflexivo.

V. El redescubrimiento del derecho público comparado

Pese a la valiosa y constructiva crítica de Dippel, citado a inicios de este artículo, sería equívoco pensar que el constitucionalismo comparado no hubiera tenido ninguna antehistoria bibliográfica. Es posible detectar varios precursores comparativistas tempranos, incluyendo el famoso ilustrador Charles de Montesquieu con su *Espíritu de las leyes* de 1748, Carl von Rotteck y Carl Welcker con sus detallados 15 tomos de la *Enciclopedia de Estados* de 1834 a 1848 o Justo Arosemena con sus *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América*

Latina de 1878. También puede citarse, pese a su título de apariencia teorizante, la *Teoría constitucional* de Karl Loewenstein de 1957¹³.

Sin embargo, el verdadero auge del comparativismo constitucional empezó en el pasado reciente, preeminentemente a partir de 2010, en forma de un creciente número de obras de autores y compiladores de diferentes países como Sujit Choudhry, Günter Frankenberg, Ran Hirschl, Vicki Jackson, David Landau, Hanna Lerner, Lucio Pegoraro, Andrés Rodríguez, Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, Mark Tushnet o Mila Versteeg¹⁴. Algunos como Werner Daum se dedican de modo específico a Europa¹⁵, otros como Daniel Bonilla y Philipp Dann a lo que llaman el *Sur global*¹⁶. En este sentido, la línea de investigación se ha establecido, pero no todos los señalados superan significativamente a esbozos de terminologías y programas de investigación, a visiones de túnel de intereses temáticos más o menos especiales o a viajes anecdóticos a lugares selectos.

También en torno a América Latina, ha surgido recientemente, a partir de 2008, una nueva bibliografía comparativista. Aparte de lo que el historiador Horst Dippel ha dedicado a las raíces del constitucionalismo latinoamericano¹⁷, puede pensarse en las publicaciones iushistóricas y panorámicas de Roberto Gargarella, Bernardino Bravo Lira y Bernd Marquardt¹⁸ o en las obras de enfoque contemporáneo de Armin von Bogdandy, Daniel Bonilla, Rosalind Dixon y Peter Häberle¹⁹.

¹³ Montesquieu, Charles-L. de, *De l'esprit des loix*, Ginebra, Barillot y Fils, 1748; Rotteck, Carl v. y Welcker, Carl (Eds.), *Das Staats-Lexikon*, 15 t., Altona, Hammerich, 1834-1848; Arosemena, Justo, *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina*, 2 t., París, Denne, 1878; Loewenstein, *Teoría de la constitución*, op. cit.

¹⁴ Véase Choudhry, Sujit, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, CUP, 2011; Frankenberg, Günter, *Comparative Constitutional Studies*, Cheltenham, Elgar, 2018, pp. 111 y ss; Íd., *Comparative Law as Critique*, Cheltenham, Elgar, 2016; Hirschl, Ran, *Asuntos comparativos*, Bogotá, UniExt, 2019; Jackson, Vicki C. y Versteeg, Mila (Eds.), *Comparative Constitutional Law*, 4 t., Londres, Routledge, 2021; Landau, David y Lerner, Hanna, *Comparative Constitution Making*, Cheltenham, Elgar, 2019; Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2016; Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2012; Tushnet, Mark, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2a ed., Cheltenham y Northampton, Elgar, 2018.

¹⁵ Daum y otros, *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte*, t. 1-5, op. cit.

¹⁶ Vid. Bonilla M, *Constitucionalismo del Sur Global*, op. cit.; Dann, Philipp y otros (Eds.), *The Global South and Comparative Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2020, pp. 1-40.

¹⁷ Dippel, Horst, "Die Entwicklung des modernen Konstitutionalismus in Lateinamerika", *Historia Constitucional*, nº 21, Madrid, CEPC, 2020, pp. 757-770.

¹⁸ Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución*, Buenos Aires, Katz, 2014; Bravo L., Bernardino, *Constitución y reconstrucción*, Santiago, A. Perrot, 2010; Marquardt, *El Estado constitucional en América Latina (1810-2023)*, op. cit. (versiones anteriores de 2011 y 2016).

¹⁹ Bogdandy, Armin v. y otros (Eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, OUP, 2017; Bonilla M., Daniel (Ed.), *El constitucionalismo en el continente americano*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2016; Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom (Eds.), *Comparative Constitutional Law*

Como el pariente pobre de la nueva investigación comparativista parece todavía el brazo histórico. Solo pocas obras desarrollan panoramas históricos serios como, con respecto a Europa, los cinco tomos de Werner Daum y otros²⁰ o, en torno a América Latina, al grupo citado en el párrafo anterior. Muchos de los demás autores –especialmente los europeos y norteamericanos– aíslan acentuadamente la comparación en el espacio de aquella en el tiempo y tienden a la ficción de que solo hay realidad y relevancia en el breve momento del presente.

VI. La comparación y el espacio: las agrupaciones geo-constitucionales

Tradicionalmente, la ciencia del derecho comparado trabaja con la suposición de la existencia de varias grandes zonas multi-estatales del derecho en el mundo. La obra de referencia sobre los *círculos jurídicos* de los comparatistas alemanes Konrad Zweigert y Hein Kötz, publicada en diversas ediciones desde 1969, postula la existencia de seis *círculos jurídicos* –el *romano-francés* del oeste y sur europeo, el *germánico* de Europa central, el *nórdico* de Escandinavia, el *anglo-americano* de Inglaterra y sus Estados hijos, el *derecho de Oriente lejano* y los *derechos religiosos*–, mientras la segunda obra de referencia de manos del autor francés René David, publicada en múltiples ediciones revisadas a partir de 1964, presenta tres *familias* principales –la *romano-germánica* de Europa continental, la del *Common Law* anglosajón y la *comunista* alrededor de la Rusia soviética–, acompañadas por cuatro ‘otras’ –de los países islámicos, la India, el Extremo Oriente y el África–²¹.

108

En contraste con las terminologías etno-culturalistas de tales escuelas antiguas, Uwe Kischel presentó en 2015 un enfoque sistémico-contextual, al hablar de los *contextos de los ordenamientos jurídicos* y exhibiendo las cinco categorías del *Common Law*, del *derecho europeo-continental*, del *derecho islámico*, del *derecho africano-subsahariano* y del *contexto asiático*, complementadas por un genérico *contexto transnacional* sin ubicación específica²². Retomando la idea nuclear de esta propuesta, el autor del presente texto prefiere una estructuración geopolítica que habla neutralmente de las *agrupaciones jurídicas*, con base en un cierto diseño esencial (estilo, instituciones, valores) y un (reciente) desarrollo histórico común, tomando en serio los contextos socio-culturales en su variabilidad. De tal manera, se evita la problemática connotación de la metáfora de la *familia* que implique un presumido enlace indisoluble de una descendencia común que se renovarí­a de generación en generación.

in *Latin America*, Cheltenham, Elgar, 2017; Häberle, Peter, *Ein lateinamerikanisches Verfassungs-, Lese- und Lebensbuch*, Berlín, Duncker y Humblot, 2021.

²⁰ Daum y otros, *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19./20. Jh.*, t. 1-5, op. cit.

²¹ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, 3a ed., Oxford, OUP, 1998, pp. 63 y ss; David, René y Jauffret, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11a ed., México, UNAM, 2010, pp. 21 y ss.

²² Kischel, Uwe, *Rechtsvergleichung*, Múnich, Beck, 2015, pp. 217 y ss, 243 y ss.

Adicionalmente, las obras señaladas encarnan precisamente *teorizaciones limitadas del derecho civil*, aunque no es viable generalizarlas para la totalidad jurídica. Más bien, es indispensable diferenciar según las ramas jurídicas como la constitucional, penal o civil, que se desarrollaron geopolíticamente según lógicas particulares de inspiraciones transnacionales. Además, a diferencia del imaginario etno-culturalista que parte de condiciones predeterminadas y fijas, es indispensable diferenciar en el tiempo, pues la clasificación de un cierto país no se desarrolla estáticamente. Igualmente, se transforman las categorías en el transcurso del tiempo.

Lamentablemente, en las obras del derecho constitucional comparado del siglo XXI se buscan en vano intentos de estructuración geo-constitucional, semejantes a los círculos o familias civilistas. La propuesta propia para esquematizar espaciotemporalmente el desarrollo transnacional del derecho constitucional, se fundamenta en criterios contextuales del sistema político, del diseño macro-institucional y de los valores incorporados con seriedad según lo deseable e imaginable en la respectiva etapa de transformación, bajo retroalimentaciones iusculturales y sociales, sin desistir a la meta de veracidad de visibilizar transparentemente lo criticable y lo valorable en un cierto país. Hay que distinguir entre varias épocas según sus tendencias generales y sus grandes controversias. El prefijo *macro* en lo institucional quiere decir que, para este nivel más básico, no se aplican diversos criterios frecuentemente citados pero efectivamente secundarios como el perfil presidencialista o parlamentario que se exponen en el nivel textual de las constituciones, pues es mucho más fundamental una diferenciación como aquella entre el republicanismo liberal y la autocracia republicana, pues en caso de una autocracia efectiva, la cuestión presidencialista-parlamentaria pierde todo significado real. Cabe destacar que estas estructuraciones geo-constitucionales encarnan necesariamente simplificaciones de la complejidad, efectuadas de modo intencional para visibilizar las grandes líneas y no perderse en un detallismo desestructurado.

Con base en estos parámetros, para el mundo de la década de 1860, se exponen siete grandes agrupaciones geo-constitucionales, teniendo en cuenta la cuestión republicana-monárquica, la cuestión liberal-autocrática, las cuestiones racista y colonial, la cuestión tradicionalista-transformadora y la cuestión estatal-preestatal: primero, la *agrupación del republicanismo liberal* de Hispanoamérica y Suiza; segundo, existió la *agrupación del republicanismo racial-excluyente* en EE.UU., Liberia y las repúblicas neo-neerlandesas del nororiente de lo que hoy es Sudáfrica; tercero, se detecta la *agrupación de la monarquía liberal* en Noruega y en el no soberano *dominio* británico de Canadá; cuarto, estuvo la *agrupación de la monarquía autocrática moderna* del *principio monárquico* y sus variaciones soberano-céntricas que predominó en Europa y Brasil; quinto, se descubre la *agrupación de los territorios del autocratismo colonial* con Australia y el Cabo sudafricano en manos británicas, pero también con los *territories* de la expansión bélica estadounidense hacia el *salvaje*

oeste; sexto, todavía sobrevivió la *agrupación de las monarquías tradicionales* en grandes partes del antiguo *cinturón de las civilizaciones estatales* entre el mar Chino y el mar Mediterráneo con varias subramas religiosas-culturales;

En contraste, para el mundo de inicios de la década de 2020, se presenta una estructuración geo-constitucional sustancialmente diferente. Es indispensable modificar la tipología macro-institucional y ética según la continua transformación de la transformación, en lo que se alcanza un total de diez agrupaciones geo-constitucionales, teniendo en cuenta de modo complementario la cuestión social-liberal, la cuestión normativa-aspiracional y la cuestión de la preferencia autocrática con sus variantes, mientras han perdido su relevancia la cuestión republicana-monárquica o la cuestión colonial: primero, se señalan las *democracias sociales* en la zona occidental, central y nórdica de Europa continental; segundo, se indican las *monarquías liberales* en los Estados hijos británicos entre Canadá y Nueva Zelanda; tercero, sobrevive el *republicanismo liberal* de los EE.UU. como ejemplo único; cuarto, se exhibe el *pluralismo aspiracional*²³ de América Latina y la Europa mediterránea con ideales cercanos al primer tipo, pero sin cumplir materialmente con la profundidad constitucionalizada; quinto, predomina el *comunismo confucianista* en la sinósfera cultural²⁴.

Además, estructurando las *autocracias*, se encuentran: las *autocracias islámicas* con sus neo-sultanes coronados y no coronados y, mayoritariamente, caracterizadas por un derecho religioso fuerte; las *autocracias subsaharianas* en el centro y sur del continente africano; el *neo-zarismo* no coronado de Rusia con su base ideológica en el *iljinismo*; el *autocratismo theravada* del sudeste asiático.

Por último, se aluden las *demo-autocracias híbridas* que se caracterizan por mezclas difusas de módulos del constitucionalismo democrático y componentes estructuralmente incompatibles. Son incluidos: el *republicanismo hindú* con su competitividad indecisa entre dos normatividades que reclaman la superioridad –la constitucional y el derecho religioso hindú–, con una alta relevancia para cuestiones claves como la de las castas de nacimiento; el *contexto malayo-islámico*; la *nación empresa confucianista-disciplinada* en algunas islas y penínsulas del mar Chino.

Estas agrupaciones geo-constitucionales renuncian conscientemente a la ascendente propuesta de segmentos de la bibliografía comparativista latinoamericana de enfocarse en un presumido *Sur global*, por ejemplo por parte de Daniel Bonilla Maldonado²⁵. Esta última figura encarna un intento de pulir el cuestionable concepto de un presumido *tercer mundo* de los años 70 mediante un sinónimo de sonido más agradable, sin romper

²³ Concepto según: García V., Mauricio, "Constitucionalismo aspiracional", *Análisis Político*, vol. 125, n° 75, Bogotá, UNAL, 2012, pp. 89-110.

²⁴ El concepto de la *sinósfera cultural* se refiere a la zona de China y sus alrededores.

²⁵ P. ej., en Bonilla M., *Constitucionalismo del Sur Global*, op. cit. y Dann y otros, *The Global South and Comparative Constitutional Law*, op. cit., pp. 1-40.

con el imaginario y el contenido detrás, de modo que esta escuela continúa unificando en una sola agrupación burda a condiciones históricas, culturales, socioeconómicas y jurídicas muy diferentes. De igual forma, se considera por lo menos ambiguo que en forma de América Latina otra vez otro ‘Occidente’ demo-constitucional se quiere hacer abogado de las culturas no occidentales sin conocerlas bien.

Con respecto a la agrupación latinoamericana, vale la pena repensar la reciente propuesta conceptual de Armin von Bogdandy de un *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*²⁶. Este autor se refiere al presente pero, ampliando el concepto en términos temporales, es revelador usarlo a partir de la revolución fundadora de 1810-1825, pues desde entonces son comprobables ciertas características y ciclos particulares. Se mueven dentro de las grandes dinámicas del espacio civilizatorio europeo-occidental como tal, pero en cuanto a la selección y combinación de los componentes precisos, se diferencian significativamente de países como Francia, España, Alemania o EE.UU. En el presente, se detecta en común con los EE.UU. el modelo presidencialista de la separación de poderes, mientras el enfoque socio-ambiental de los textos constitucionales se distingue fundamentalmente de dicha potencia norteamericana.

VII. Las dinámicas del intercambio transnacional

1. ¿Trasplante jurídico o difusión con transculturación?

111

Quien quiere explicar las dinámicas del intercambio transnacional de conceptos del derecho constitucional, encuentra rápidamente ofertas teóricas como el *trasplante jurídico* de Alan Watson de 1974²⁷ o, de modo atenuado, los *lugares de producción y recepción* de Diego López de 2004²⁸. Las mismas no solo parecen mecanicistas y simplicistas –afirmando algo objetivamente imposible–, sino que se conectan, además, con lenguajes legitimistas de un *sistema mundo* jerárquico dirigido por la presumida superioridad significativa y permanente de Europa noroccidental y Norteamérica²⁹. No han superado los imaginarios implícitos de la

²⁶ Término de Bogdandy, Armin v., “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum”, en Íd. y otros (Eds.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013, pp. 1-24.

²⁷ Watson, Alan, *Legal Transplants*, 2a ed., Athens, UGP, 1993, pp. 21 y ss. Retomado por: Bandeira G., George R., “Legal Transplants between Time and Space”, en Duve, Thomas (Ed.), *Entanglements in Legal History*, Fráncfort, MPI for European Legal History, 2014, pp. 129-148.

²⁸ López M., Diego E., *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004, pp. XI y ss, 15 y ss, 106 y ss.

²⁹ Debate crítico: Legrand, Pierre, “La imposibilidad de los ‘trasplantes jurídicos’”, en Frankenberg, Günter y otros, *Derecho comparado crítico*, Bogotá, UniAndes, 2021, pp. 177-210; Meroi, Andrea, “Marcos teóricos sobre el fenómeno de la recepción jurídica”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía jurídica y Filosofía social*, vol. 29, Rosario, UN, 2006, pp. 83-101.

época anglo, franco y gringo-imperialista, pues dibujan una especie de colonialismo jurídico del mundo, sin intentar asumir una posición de observador más neutral. Desde ubicaciones geo-culturales divergentes, se entrelazan el *superiorismo* de los unos y el *inferiorismo* de los otros. Lamentablemente, se observa incluso en la comunidad científica latinoamericana una fuerte tendencia al *inferiorismo jurídico* –con premisas primer-tercer-mundistas, dependencistas, eurocéntricas, pos y neocoloniales– que no muestran otro interés investigativo que ‘comprobar’ el origen *plagiado* de la normatividad propia que se presenta penetrantemente como *copiada y pegada*. También la citada obra de López cimenta, en contra de su objetivo planteado, la visión de América Latina como un supuesto destinatario de conceptos jurídicos producidos en lugares más avanzados.

En realidad, la historia mundial de lo político es mucho más compleja y no se compone dialécticamente de pocos precursores creativos y una gran masa de meros aprendices sumisos y agradecidos. Basándose en el postulado de la neutralidad de la observación científica, el ideal constitucionalista debe consistir en medir las zonas diferentes del mundo en los mismos estándares de respeto y de crítica.

Despidiéndose del modelo jerárquico-vertical del *trasplante*, la bibliografía de los últimos años ha propuesto diversas terminologías con una apariencia más respetuosa, hablando de la *transferencia*³⁰, *migración*³¹ o *circulación*³² de figuras, ideas o interpretaciones constitucionales. En cualquier lugar del planeta, tanto los miembros de las constituyentes como los congresistas y los jueces constitucionales, estudian los materiales transnacionalmente disponibles y se abren a inspiraciones que les parecen útiles. Casi nunca se copian normas compactas, sino que predomina un intercambio comunicativo de conceptos jurídicos mucho más específicos. En ello juega un papel decisivo la ciencia jurídica con su enseñanza y bibliografía de investigación. Ya en el auge de la primera ola del constitucionalismo moderno, se convirtieron en virales ciertos teóricos ilustrados como Montesquieu, Rousseau, Sieyes, Beccaria, Smith y textos como la declaración de los derechos del hombre de la Revolución francesa, de modo que fueron traducidos y leídos muy transnacionalmente³³. Lo mismo pasó después de la Primera Guerra Mundial con la alemana *Constitución de Weimar* de 1919 por plantear consistentemente la nueva integralidad socio-liberal³⁴. También diversos autores del siglo XX como Kelsen, Duguit, Loewenstein, Habermas, Rawls

112

³⁰ Stolleis, Michael, “Transfer normativer Ordnungen”, *Rechtsgeschichte*, nº 20, Fráncfort, Klostermann, 2012, pp. 72-84.

³¹ Choudhry, *The Migration of Constitutional Ideas*, op. cit.

³² Pegoraro, *Derecho constitucional comparado*, op. cit., pp. 359 y ss.

³³ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 136 y ss.

³⁴ Herrera, Carlos M., “Weimar, The South American Way”, *Rechtsgeschichte*, no. 27, Fráncfort, Klostermann, 2019, pp. 184-194; Vita, Leticia, “Weimar in Argentina”, *Rechtsgeschichte*, no. 27, Fráncfort, Klostermann, 2019, pp. 176-183.

o Alexy influyeron en múltiples lugares del mundo³⁵.

Volviendo a la cuestión de la denominación adecuada, el escritor del presente texto considera conveniente partir conceptualmente de la *difusión mundial y transculturación* en el derecho público. El término conceptual de la *transculturación* se refiere al hecho que toda transferencia jurídica transnacional pasa por complejas adaptaciones. Mejor dicho, si una idea jurídica migra, pasando por fronteras estatales, culturales y lingüísticas, la misma se descontextualiza de su punto de partida y se recontextualiza en su nuevo entorno³⁶. Como un ejemplo entre múltiples, se señala la adopción modificadora de la figura alemana del *mínimo vital* –elaborada por el Tribunal Federal Administrativo como concreción de la dignidad humana en 1954– por parte de la jurisprudencia constitucional de Colombia a partir de 1995³⁷. En este caso, no se acogió el contenido de un derecho a la manutención estatal subsidiaria para todos los que no tienen la capacidad de sostenerse en el mercado laboral, sino el contenido mucho más restringido de una garantía dentro de las relaciones laborales y pensionales establecidas. El ejemplo ilustra bien los diferentes contextos socio-culturales, visiones del alcance del Estado social, mentalidades tributarias y dogmáticas jurídicas.

2. ¿Constituciones originarias?

113

Cabe destacar que la historia mundial cuenta con muy pocas fuentes primarias que son discutibles seriamente como *constituciones originarias*³⁸. En particular, puede pensarse en algunas pocas de la ola fundadora como las estadounidenses de 1776 y 1787 y aquellas del campo de experimento francés, donde la inestabilidad posrevolucionaria se manifestó en las cartas de la monarquía liberal de 1791, de la república constitucional de 1795 (sin olvidar el proyecto radical de 1793 *sin vigor*), de la república autocrática de 1799/1802 y de la monarquía autocrática moderna de 1804 y 1814³⁹. No obstante, también en estos casos fundadores hubo inspiraciones transnacionales, si uno piensa en los teóricos preparatorios de la Ilustración liberal que fueron cosmopolitas provenientes de diversos países europeos y neoeuropeos. ¿Pero, Montesquieu era realmente originario? Si se lee bien *El espíritu de las leyes*,

³⁵ Sobre las influencias internacionales en la ciencia constitucional colombiana: Niño C., Giovanni F., *El constitucionalismo colombiano antes y después de la constitución de 1991*, Bogotá, UNAL (tesis doctoral), 2019, pp. 73 y ss, 89 y ss.

³⁶ Frankenberg, *Comparative Constitutional Studies*, op. cit., pp. 118 y ss, 127 y ss.

³⁷ Cfr. Arango R., Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2012, pp. 50 y ss.

³⁸ Concepto de Loewenstein, *Teoría de la constitución*, op. cit., pp. 209 y ss.

³⁹ Comp. Anita Prettenthaler-Z., *Verfassungsgeschichte Europas*, Darmstadt, WBG, 2013, pp. 34 y ss, 39 y ss, 53 y s.

es obvio que este autor se inspiró, por su parte, en la teoría de la *constitución mixta* del protoconstitucionalismo europeo del siglo XVI⁴⁰.

Para las posteriores variaciones importantes del diseño constitucional, pueden pensarse como *cuasi originarias* constituciones como la alemana de Weimar de 1919 con su alto impacto para la transformación social del constitucionalismo liberal o la rusa de 1918 que introdujo la agrupación comunista de la democracia popular. De todos modos, es problemático declarar algunas constituciones sin vigor o de un fracaso rápido –por ejemplo, la jacobina de 1793– como *constituciones originarias*, pues en la historia de las transformaciones jurídicas, es mucho más importante mirar a *los que lo han hecho* en vez de sobrevalorar los generadores de ideas todavía utópicas. A veces, resultaron más impactantes las constituciones de madurez en vez de las que encarnaron un primer paso, pues su calidad consolidada llevó a una mayor atención transnacional como modelo.

El problema principal de la teoría de las *constituciones originarias* es su tendencia a simplificar procesos complejos de transformación a presuntas invenciones asociadas de modo personalista con supuestos inventores geniales. Siempre se condensaron influencias multi-dimensionales, en lo que no hubo ningún paso significativo que hubiera sido libre de precondiciones de otras instituciones y personas en otros lugares. Por lo tanto, en contra de los reduccionismos etno-nacionalistas, no es ningún defecto cualitativo haber recibido estímulos constitucionales desde el exterior.

114

3. Dinámicas impositivas en las relaciones internacionales

Lo expuesto hasta este punto sirve bien para explicar procesos de difusión y transculturación de conceptos constitucionales entre Estados contemporáneos que se reconocen mutuamente como entidades soberanas y como miembros del mismo conjunto de la modernidad democrática. Sin embargo, en términos iushistóricos más amplios, hay que añadir métodos no tan voluntarios de la violencia internacional de tipo bélico o estructural. No fue tan excepcional el *regime change* forzado o promovido de otra forma cuasi irresistible.

Idealmente, la constitución es un ordenamiento para la paz (interna), pero en las dinámicas de difusión hubo empíricamente mucha violencia (internacional). Se trata de un fenómeno que la ciencia constitucional subestima notoriamente, pues entra en tensiones con la suposición central de la teoría constitucional que entiende la constitución como el resultado de la voluntad libre de un pueblo soberano, de modo que la imposición parece un defecto de nacimiento que miradas legitimistas

⁴⁰ Riklin, Alois, *Machtteilung*, Darmstadt, WBG, 2006, pp. 269 y ss.

prefieren ocultar⁴¹. Cabe destacar que la mera existencia de una constituyente interna no señala necesariamente una carta voluntaria, donde dicha constituyente es más o menos selecta –bajo exclusiones como la de aquellos que han dirigido el país hasta el cambio de régimen–, trabaja bajo la presión de un actor externo dominante y existe principalmente para simular la apariencia de un procedimiento libre y consensual. De todas maneras, cualquier defecto de nacimiento puede ser curado por ganarse posteriormente un alto nivel de consenso.

De modo inverso, uno debería preguntarse cuáles constituciones nacionales nacieron, en realidad, de modo puro por debates constituyentes según una finalidad ética de adaptarse a transiciones sociales, sin impulso decisivo de una antehistoria violenta, sea la externa o también la interna de las revoluciones, guerras civiles o golpes de Estado. Revisando la historia, se encuentran relativamente pocas, como las suizas de 1874 y 1999⁴², diversas latinoamericanas desde la década de 1980 o la cuasi constitución de la Unión Europea de 2007.

Por lo menos hasta la prohibición de la guerra internacional por el artículo 2 IV de la *Carta de las Naciones Unidas* de 1945, hubo que contar con la *exportación bélica directa* de ordenamientos constitucionales. Como primeras manifestaciones aparecieron las *constituciones napoleónicas* otorgadas a la Europa sometida por el militar de la (pos) Revolución francesa, como las suizas de 1798 y 1803 o la española de Bayona de 1808 –de corta vida, vigentes hasta la derrota napoleónica en 1814, pero de impacto mucho más extendido para el pensamiento constitucional de estos países–. Más recientemente, puede verse como caso ejemplar el de Japón, vencido por los EE.UU. en la *Guerra del Pacífico* en 1945, con su carta redactada por el equipo de asesores del general de la potencia triunfadora MacArthur en 1946, bajo la fijación de la visión vencedora sobre la responsabilidad de la guerra terminada en el preámbulo y la derivada prohibición de las fuerzas armadas en el artículo 9. La misma perduró como texto, pero parece distante de las realidades políticas y sociales de la *nación empresa confucianista-disciplinada* –por ejemplo, existen las fuerzas armadas prohibidas–, sin la más mínima reforma del texto constitucional desde entonces, de acuerdo con el lema: no hay que reformar lo que es irrelevante⁴³.

El método de la difusión bélica pudo ser radicalizado hasta la *fundación de nuevos Estados que se diseñaron según los rasgos de su creador* –a veces, en todo aspecto, desde el nombre y las fronteras hasta el ordenamiento constitucional–. Los casos

⁴¹ A la cuestión se dedican: Albert, Richard y otros (Eds.), *The Law and Legitimacy of Imposed Constitutions*, Abingdon y Nueva York, Routledge, 2019; López B., Héctor, *Law, Violence and Constituent Power*, Abingdon y Nueva York, Routledge, 2021.

⁴² Vid.. Kley, Andreas, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 4a ed., Berna, Stämpfli, 2020, pp. 268 y ss, 393 y ss.

⁴³ Cfr. Loewenstein, *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 512; Vergottini, Giuseppe de, *Las transiciones constitucionales*, Bogotá, UniExt, 2002, p. 27.

históricos clásicos fueron varios Estados satelitales implantados por Napoleón como el Reino de Westfalia y el Ducado de Varsovia con sus constituciones de 1807 –ambos de corta vida hasta 1813–. Sin embargo, la gran ola de independencias transformadoras dirigidas desde el exterior, se dio en las *Guerras Balcánicas* (1827-1830, 1876-1878, 1912-1923) y en la *Primera Guerra Mundial* (1914-1918) que llevaron a la fundación de diversos nuevos Estados en el sudeste, centro oriental y este de Europa con sus respectivas constituciones fundadoras como la griega de 1844, la búlgara de 1879, la checoslovaca de 1920 o la yugoslava de 1921. Estas constituyentes no hubieran sido pensables sin las decisiones del establecimiento estatal, tomadas en la interacción de diversas grandes potencias del sistema internacional que se apropiaron de un poder de definición en la *anarquía de la soberanía internacional* de entonces, según la finalidad geo-estratégica de debilitar a sus contrincantes e instituir Estados de expectativa leal⁴⁴.

Una variación metodológica consistió en *el cambio constitucional por la imposición encubierta de un régimen benevolente y leal*. Es decir, transformaciones de sistema pudieron basarse en operaciones camufladas de una potencia hegemónica que promovió una revolución o un golpe de Estado sin querer aparecer abiertamente como el motor del proceso, aunque múltiples intentos de ocultación salieron mal frente a las investigaciones científicas y de prensa. Como ejemplo sirve la intervención estadounidense en Guatemala de 1954 que suprimió la constitución socio-liberal de 1945 y el régimen democrático del Presidente Árbenz, imponiendo una oscura dictadura militar de corte derechista con su pseudo-constitución de 1956, pues la misma pareció más dirigible y leal en el contexto internacional de la *Guerra Fría*.

Pueden verse gradualmente más suaves los *casos en los cuales una potencia de ocupación definió el marco de una constituyente nacional* sin entrar en cuestiones de detalles. En comparación con el citado caso japonés, parece más cooperativo el tratamiento de la Alemania occidental después de la *Segunda Guerra Mundial*, caracterizado por la ocupación militar y la definición de las líneas generales por el mismo vencedor y sus aliados, pero bajo la autonomía –no soberanía– de concreción de la asamblea constituyente propia en Bonn –llamada Consejo Parlamentario– que elaboró la *Ley fundamental* de 1949. Paralelamente, la Alemania oriental tuvo que materializar las pautas del otro vencedor, el soviético. En ambos casos, prevalecieron esfuerzos de evitar toda imagen pública de un *octroi*. Posteriormente, la *Ley fundamental* de 1949 funcionó cada vez más como una verdadera constitución normativa y se ganó un amplio nivel de consenso⁴⁵.

En cambio, encarnó un máximo de brutalidad el modelo de *la extensión completa del ordenamiento jurídico por un imperialismo poblador durante largo siglo XIX*. El ejemplo más conocido fue el colonialismo genocida de los EE.UU. frente a las

⁴⁴ Daum y otros, *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte*, t. 3, *op. cit.*, pp. 1347 y ss, 1393 y ss, 1431 y ss.

⁴⁵ Willoweit y Schlinker, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 364y ss.

sociedades pre-estatales del centro y oeste de Norteamérica entre 1776 y 1890 que difundió la constitución de 1787 y sus hijas federales desde la zona costera del océano Atlántico a enormes espacios conquistados, limpiados étnicamente y poblados con inmigrantes europeos, para los cuales se estableció la atrayente democracia constitucional. La dimensión del genocidio se calcula alrededor de cuatro millones de víctimas⁴⁶.

Todavía en el siglo XXI ocurrieron guerras –ahora típicamente violadoras de la *Carta de las Naciones Unidas* de 1945– para imponer transnacionalmente cambios del régimen constitucional y político. Todas se dirigieron desde Occidente hacia países islámicos. Por ejemplo, las constituciones de Afganistán de 2004 y de Irak de 2005, resultaron de las respectivas guerras de invasión estadounidenses de 2001 y 2003 –sin lograr la constitucionalización efectiva en vista de la provocación de endémicas guerras de resistencia popular frente a tal implantación–. Se sumó la Constitución de Kosovo de 2008, como consecuencia de la guerra separatista llevada a cabo por la alianza militar estadounidense de la OTAN contra Serbia en 1999, que estableció un micro-Estado sin viabilidad económica por sí mismo⁴⁷. También la constitución posbélica de Bosnia y Herzegovina de 1995 muestra rasgos de una carta esbozada en el exterior –en una base aérea estadounidense–, bajo la influencia decisiva de las potencias pacificadoras de la guerra civil fundadora, entre estas la misma como la citada en el núcleo de los casos anteriores. Obligó a la convivencia en un solo Estado de tres conjuntos étnicos-religiosos que no quisieron convivir, con el efecto de la correspondiente paralización constitucional⁴⁸. En Afganistán, la retirada del ejército neocolonial estadounidense y sus aliados europeos en 2021, como perdedores humillados por una guerrilla campesina nacional-islamista, llevó a la reactivación provisional de la constitución monárquica de 1964, pues era la última anterior a la época de las invasiones rusa y estadounidense⁴⁹. En contraste, la guerra de derrocamiento de régimen, dirigida por la OTAN contra la autocracia del socialismo árabe en Libia en 2011, no ha llevado a ninguna constitucionalización, pues el efecto principal ha consistido en activar una anarquía bélica que está libre de estructuras estatales, siendo un territorio sin ley ni derechos humanos⁵⁰. Ninguno de los ejemplos en este párrafo puede considerarse un hito de la historia constitucional. La transformación constitucional tampoco fue el motivo central, sino un elemento complementario de intereses geo-estratégicos e imperiales a gran escala. Muchas veces fracasaron ambas finalidades.

⁴⁶ Mann, Michael, *The Dark Side of Democracy*, Cambridge, CUP, 2006, pp. 86 y ss, 93 y ss.

⁴⁷ Daum y otros, *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte*, t. 5, *op. cit.*, pp. 1165 y ss.

⁴⁸ Comp. Daum y otros, *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte*, t. 5, *op. cit.*, pp. 1137 y ss.

⁴⁹ Rahimi, Haroun, “Remaking of Afghanistan, How the Taliban are Changing Afghanistan’s Laws and Legal Institutions”, *ISAS Working Papers*, de 26.7.2022, URL en bibl. final.

⁵⁰ Hirschmann, Kai, *Wie Staaten schwach werden*, Bonn, BPB, 2016, pp. 135 y ss

4. Dinámicas híbridas entre la imposición internacional y la voluntariedad nacional

De las transformaciones bajo la presencia de tropas de invasión, hay que distinguir dinámicas mixtas y difusas entre la imposición internacional y la voluntariedad nacional. Típicamente, era irresistible la presión hacia el cambio sistémico como tal, pero sin dirigir tanto la concreción del diseño realizada por fuerzas internas.

Como ejemplos ilustrativos de un *cambio constitucional después de una guerra perdida sin presencia de fuerzas de ocupación militar*, sirvieron las primeras constituciones republicanas y democráticas de Alemania⁵¹ y Austria después de la *Primera Guerra Mundial*, perdida por las dinastías de los Hohenzollern y Habsburgo. En estos casos, no hubo ocupación militar, pero un colapso revolucionario motivado por el resultado militar, en lo que las asambleas constituyentes propias de 1919 y 1920 adoptaron la expectativa comunicada desde la *cruzada democratizante* del Presidente estadounidense Woodrow Wilson⁵². En otras palabras, resultó decisivo que la constelación internacional promoviera el ascenso de las respectivas fuerzas políticas internas. Cabe destacar que ambas constituciones mencionadas se convirtieron rápidamente en disfuncionales y fracasaron en menos de 15 años, en vista de las duras resistencias frente a la transformación sistémica y su contexto.

118 Otra modalidad consistió en *el cambio constitucional por influencias de poder blandas*, no bélicas, sin actuación visible de la interesada potencia externa. Es todavía controvertido el sorprendente ‘colapso’ de la Unión Soviética en forma de la ‘declaración de independencia’ del (sub) Presidente –federado– Yeltzin de Rusia en Belavezha en 1991 –una modalidad ingeniosa de golpe de Estado–, en la cual el usurpador se posicionó como un cercano a la hasta entonces potencia contrincante de la *Guerra Fría*. Se basó en dimensiones significativas en consultores estadounidenses y se estimuló en la fuerza sugestiva de la maquinaria de entretenimiento de la superpotencia occidental, de modo que no sorprende que la constitución de 1993 tuviera más similitudes con el modelo estadounidense que con el pasado propio. Sin embargo, la ‘nueva’ Rusia se emancipó rápidamente de la influencia occidental y se re-autocratizó en el neo-zarismo de Putin⁵³.

⁵¹ Sobre la *Constitución de Weimar* de 1919 y la transición de sistema: Häberle, Peter, “La Constitución de Weimar en su texto y su contexto”, *Historia Constitucional*, no. 20, Madrid, CEPC, 2019, pp. 297-306; Marquardt, Bernd, “La Constitución de Weimar de 1919”, en Íd. y otros (Eds.), *Querétaro 1917 y Weimar 1919, El centenario del constitucionalismo de la democracia social*, Bogotá, Ibáñez, 2019, pp. 45-164., pp. 45-164, 50 y ss.

⁵² El Presidente Woodrow Wilson estipuló: “The World must be made safe for Democracy”, en Íd., *The Essential Political Writings*, Oxford, Lexington, 2005, p. 256.

⁵³ Comp. Schwartz, Victoria, “The Influences of the West on the 1993 Russian Constitution”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 32, n° 1, San Francisco, Hastings College of the Law, 2009, pp. 101-154.

Otro fenómeno en este espectro *blando* es la influencia no bélica pero decisiva de las organizaciones financieras internacionales con sede en Washington en los procesos constituyentes y sus concreciones legislativas de América Latina en y alrededor de la década de 1990. A través de la trampa del endeudamiento internacional, presionaron a modificaciones estructurales en el espíritu ideológico del economicismo neoliberal, de acuerdo con los intereses de los financiadores principales de tales instituciones, a saber, los EE.UU. y los Estados miembros la Unión Europea, lo que fue retomado benevolentemente por élites empresariales internas que se convirtieron en co-ganadores⁵⁴.

5. 'Revoluciones desde arriba'

A los patrones no completamente voluntarios de la transferencia constitucional, se sumó la 'revolución desde arriba', efectuada por una autocracia modernizadora en el marco de la gran transformación, típicamente ubicada fuera de Occidente, eventualmente con base en una precuela bélica, pero sin efecto inmediato de la misma. Uno de los ejemplos clásicos, fue la introducción del derecho europeo-ilustrado –principalmente prusiano– en el Imperio de Japón por decisión de las instituciones propias en consecuencia de la intervención militar occidental y la *Revolución Meiji* de 1868, que llevó a la constitución de 1889 y diversos otros códigos⁵⁵. Un fenómeno semejante ocurrió en Turquía bajo el dictador nacionalista Mustafa Kemal Atatürk (1920-1938), en forma de la constitución de 1924 –de influencias franco-polacas– y diversos otros códigos que suprimieron completamente la tradición jurídica islámica. En el preludio, el Imperio Otomano había perdido la Primera Guerra Mundial, pero la revolución de Atatürk se dirigió en contra de los vencedores. Aparte del objetivo de la desotomanización, se trató de un documento semántico de un régimen autoritario⁵⁶.

Entre las precondiciones debe tenerse en cuenta el estudio en el exterior de miembros de la nueva generación de élite o la adopción de la Universidad europea como una aceleradora transformadora. Esta modalidad de transferencia estuvo íntimamente relacionada con el cenit de reputación del universalismo europeo como el motor de la *gran transformación* del mundo, entre 1860 y 1940 aproximadamente. Cada vez hubo efectos significativos de transculturación, tanto en los textos normativos mismos como a través de la interpretación en los nuevos contextos culturales.

⁵⁴ Véase Llinás A., David E., "¿Derecho público multinacional y anti-constitucional?" en Marquardt, Bernd (Ed.), *El Estado constitucional de los valores*, Bogotá, Ibáñez, 2015, pp. 185-264.

⁵⁵ Vid. Zweigert y Kötz, *Comparative Law*, op. cit., pp. 296 y ss.

⁵⁶ Cfr. Hartmann, Jürgen, *Staat und Regime im Orient und in Afrika*, Wiesbaden, VS, 2011, pp. 49 y ss, 189 y ss.

6. Influencias multiniveladas sin presión hegemónica

De los fenómenos tratados hasta este punto, hay que distinguir las transferencias a través de la normatividad materialmente constitucional a nivel de las Naciones Unidas. En particular, se señalan los dos pactos de derechos humanos liberales y sociales de 1966. Las mismas desarrollaron influencias significativas en diversos procesos constituyentes y de la interpretación constitucional, pero no mediante una eventual presión hegemónica, sino debido a su reputación cualitativa de representar un nuevo consenso de lo justo en el mundo⁵⁷.

7. Flujos transnacionales efectivamente horizontales, pero no recíprocos

En vista del *ius contra bellum* de las Naciones Unidas desde 1945, se ha impuesto cada vez más el flujo transnacional de conceptos jurídicos en formas efectivamente horizontales y voluntarias, con base en la soberanía de los poderes constituyentes involucrados al estilo de un intercambio productivo de ideas e inspiraciones de fuentes variadas. También la revolución de las tecnologías de comunicación desde la mitad del siglo XX, aceleró significativamente el flujo de los respectivos conceptos. Las cátedras de derecho de las universidades europeas y americanas se interconectaron más fuertemente que nunca en sus lecturas y enseñanzas.

120

Sin embargo, el interés transnacional no siempre es realmente recíproco, es decir, si el país A observa atentamente los desarrollos jurídicos del país B, esto no ocurre necesariamente en la dirección contraria. Debido a fenómenos de la reputación general y científica, de la atracción en los ojos de estudiantes internacionales y de la desigual difusión bibliográfica, incluyendo traducciones, el derecho y las interpretaciones constitucionales con base en las cartas italiana de 1947, alemana de 1949 y francesa de 1958 tienen actualmente oportunidades superiores a influir en otros lugares que, por ejemplo, el derecho público colombiano de 1991 o boliviano de 2009, independiente de la calidad material de las respectivas normas supremas, pues no hay mucha duda que las últimas dos son mucho más avanzadas a nivel textual. Parcialmente, también los EE.UU. pertenecen a los países con una reputación jurídica que sirve para influir, pero el texto constitucional muy antiguo de 1787 tiende a un efecto disuasorio, de modo que las influencias son más indirectas, pero existen en el nivel de la ciencia constitucional y de la jurisprudencia. En ello, algunos autores europeos y norteamericanos conquistaron un auditorio mundial a través de la economía de atención⁵⁸, que es fácticamente inalcanzable para autores latinoamericanos.

⁵⁷ Häberle, *El Estado constitucional*, op. cit., pp. 279 y s.

⁵⁸ P. ej., puede pensarse en el éxito transnacional del constitucionalista alemán Robert Alexy. Comp. Hernández, Carlos A. y Jiménez R., Camilo, *Robert Alexy y la ponderación en la Corte*

* * * * *

Concluyendo, no hubo ningún modelo estándar de la difusión y transculturación del derecho público, sino una variedad de posibilidades más o menos voluntarias e impositivas.

VIII. Los criterios de comparación

Es importante que el iuscomparativista defina sus criterios de evaluación con anticipación. No es recomendable el estilo libre, pues el mismo se basaría casi automáticamente en pre-evaluaciones, muchas veces sin conciencia de las mismas. Los criterios deben ser racionales, equilibrados y justos.

En particular, es importante evitar evaluaciones previas derivadas de lo favorable para el país propio o favorito. No es ningún gran secreto que múltiples autores estadounidenses tienden a enfocarse unilateral o preeminentemente en los valores liberales de su tradición, bajo una menor o ninguna atención para los valores sociales y ambientales, lo que lleva a la sobrevaloración del país propio y a la circunnavegación de las debilidades principales de EE.UU. en comparación con los constitucionalismos más pluralistas y equilibrados en la Unión Europea y América Latina. De todos modos, se auto-descalifican aquellos criterios de comparación que levantan al podio un solo país pese a sus características relativamente excepcionales, lo que provoca aún más sospecha si es potencia imperial.

De igual forma, se considera problemática la ascendente moda de estudios cuantitativos en forma de *rankings* comparativistas que se ha establecido principalmente en EE.UU. y otros países angloparlantes, con dedicación a temáticas constitucionales como las libertades, la democratización, la estatalidad de derecho, la fragilidad estatal o incluso la calidad genérica como *good country*⁵⁹. Las cifras generan un imaginario de exactitud, aunque los criterios y asignaciones concretas están llenos de privilegios y discriminaciones, por ejemplo, por esconder la apertura neoliberal dentro de los criterios constitucionales, a los cuales no pertenece. A veces, los estudios cuantitativos exponen resultados acentuadamente extraños, sin tomar noticia de lo más obvio: por ejemplo, Versteeg y Sánchez cuentan entre las “diez constituciones más fuertes” del mundo de 1981 las de Panamá y Uruguay –ambos

121

Constitutional, Bogotá, UniLibre, 2017, pp. 67 y ss. Sobre la difusión mundial del principio de proporcionalidad: Saurer, Johannes, “Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, *Der Staat*, vol. 51, n° 1, Berlín, Duncker y Humblot, 2012, pp. 3-33.

⁵⁹ *Freedom in the World*, publicado desde 1973 por el *think tank* estadounidense Freedom House; *Democracy Index*, publicado desde 2006 por el periódico británico The Economist; *Rule of Law Index*, publicado desde 2006 por el *think tank* estadounidense World Justice Project; *Fragile States Index*, antes *Failed States Index*, publicado desde 2005 por el *think tank* estadounidense Fund for Peace; *Good Country Index*, publicado desde 2014, del asesor político británico Simon Anholt.

países estuvieron en plena dictadura— o en 1990 la de Chile —se trató del año de la caída de la dictadura de Pinochet, cuando se limpió la constitución dictatorial de 1980 solo de modo superficial de su herencia autoritaria⁶⁰. Persistentemente, los *rankings* hegemónicos exponen el mismo mapa *gringo* y *OTAN-céntrico* del mundo. Así, se autocelebra la afirmada bondad excepcional del autoproclamado *primer mundo*, mientras casi todo *el resto* del planeta —que encarna el 80% de la población mundial— es mal visto, de modo escalonado, con la ubicación inconfundible de los contrincantes internacionales de EE.UU. en el grupo de los últimos puestos. Es necesaria una equilibrada crítica cualitativa de tales métodos cuantitativos, pues se deben evitar mediciones ideologizadas.

IX. Los materiales para analizar

Para evaluar adecuadamente la calidad de los diferentes sistemas constitucionales, es importante mirar a fuentes primarias más allá de las cartas mismas, teniendo en cuenta la respectiva jurisprudencia constitucional —o administrativa— y la respectiva legislación administrativa. La calidad real de los derechos humanos y fundamentales se aclara significativamente a través de las colecciones nacionales de sentencias, especialmente de aquellas que corrigieron transgresiones y abusos de poder por las autoridades, pero también es ilustrativo comparar sentencias sobre temas concretos que son controvertidos: por ejemplo, en torno a la libertad religiosa y la cuestión del velo islámico de mujeres musulmanas de raíz inmigrante en el servicio escolar, debatida en Europa desde inicios del siglo XXI, no se detecta ningún consenso e incluso divergieron los magistrados constitucionales y administrativos de los Estados federados particulares dentro de Alemania. Igualmente, para evaluar la materialización de los derechos sociales, es indispensable dedicarse a su concreción en el derecho administrativo —su diseño, su cobertura, sus excepciones, su generosidad, *etc.*—, en lo que, por ejemplo, la observación colombiana de que, año por año, se cuentan más de 100 mil acciones de tutela exitosas en asuntos de salud, subraya la disfuncionalidad de la *Ley 100 de seguridad social* de 1993 y una latente hostilidad anti-iusfundamental de los encargados con su manejo⁶¹.

Adicionalmente, los estudios del constitucionalismo comparado pueden consultar múltiples fuentes primarias no jurídicas que sirven para la contextualización, desde la prensa hasta informes estadísticos.

⁶⁰ Versteeg, Mila y Sánchez, Nelson C., “Modelo constitucional colombiano en perspectiva comparada latinoamericana y global”, en Rodríguez V., Andrés A. (Ed.), *Veinticinco años de la Constitución (1991-2016)*, Bogotá, UNAL, 2018, pp. 105-127, 121.

⁶¹ Defensoría del Pueblo de Colombia (Ed.), *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social*, 14ª ed., Bogotá, Defensoría, 2020, pp. 117 y ss, 213 y ss.

X. La dimensión del tiempo

Comparar no se refiere solamente al espacio, sino también a la dimensión del tiempo. Por lo tanto, el constitucionalismo comparado tiene que adoptar los métodos de la historia del derecho que, por su parte, están relacionados con los debates metodológicos en la ciencia histórica de los últimos decenios, incluyendo la historia estructural, conceptual, social y cultural. El autor ha desarrollado el componente histórico detalladamente en otras obras en las que conceptualiza su *Escuela socio-cultural y transnacional de la historia del derecho*⁶².

Es un malentendido inadecuado suponer que la historia sería simplemente una enumeración descriptiva de fechas y hechos. La interpretación del pasado depende de las preguntas del observador del presente que cambian en cada generación, de modo que ocurre un permanente proceso de reinterpretación que efectúa el equilibrio fino entre el pasado y el presente.

Se considera importante ver los textos del pasado en su contexto, bajo un equilibrio sensato entre macro y microperspectiva, basándose en la centralidad de las fuentes primarias –jurídicas y no jurídicas– y la necesidad de interpretarlas críticamente⁶³. La historia del derecho misma ha superado, desde los años 70 del siglo XX, sus antiguas raíces en la multitud desconectada de los semejantes enfoques nacionales, pasando por la iushistoria europea al surgimiento del enfoque global desde aproximadamente 2010, que concluye también el giro a la combinación integral de las disciplinas de la historia del derecho y del derecho comparado⁶⁴.

XI. Diez componentes básicos de la ciencia del Constitucionalismo Comparado

Este apartado pretende precisar la ciencia del constitucionalismo comparado en forma de diez elementos de perspectiva y conceptuales que se entienden como los más impactantes. Se considera importante elaborar un sistema de conceptos abstractos de buena precisión y capacidad delimitadora, en alguna cercanía a los *tipos ideales* de Max Weber y la *semántica sociológico-histórica* de Reinhart

123

⁶² Marquardt, Bernd, *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural*, t. 1, Bogotá, Ibáñez, 2019, pp. 31-83.

⁶³ Stolleis, Michael, "Methode der Rechtsgeschichte", en Cordes, Albrecht y otros (Eds.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. 3, 2ª ed., Berlín, Schmidt, 2016, pp. 1475-1483.

⁶⁴ Véase Duve, Thomas, "What is Global Legal History?" en *Comparative Legal History*, vol. 8, nº 2, Londres, Taylor y Francis, 2020, pp. 73-115; Modéer, *Abandoning the Nationalist Framework, Comparative Legal History*, op. cit., pp. 100-114; Moréteau, Olivier y otros, *Comparative Legal History*, Cheltenham, Elgar, 2019, pp. 1 y ss, 96 y ss; Pihlajamäki, Heikki, "Merging Comparative Law and Legal History", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 66, nº 4, Oxford, OUP, 2018, pp. 733-750; Tate, Joshua C. y otros (Eds.), *Global Legal History, A Comparative Law Perspective*, Londres, Routledge, 2018; Yazici C., Zeynep, "Comparative Legal History - But How?" en *Rechtsgeschichte*, nº 27, Fráncfort, Klostermann, 2019, pp. 241-243.

Koselleck⁶⁵, en lo que es importante equilibrar la cercanía a las fuentes primarias y la comprensibilidad para el observador del presente.

1. La teoría de la ‘gran transformación’ desde inicios del largo siglo XIX

En primer lugar, se considera importante contextualizar el nacimiento y desarrollo del Estado constitucional moderno en la *gran transformación* que se inició a principios del *largo siglo XIX* (1776-1916) y que es, en su profundidad, solo comparable con las otras dos macro-transformaciones de primer nivel, a saber, la *revolución neolítica* alrededor de 10000 a.C. y la *revolución estatal* alrededor de 3000 a.C. La última de las tres grandes transformaciones ha sido caracterizada como la *doble revolución ilustrada e industrial*. La influyente propuesta terminológica del científico social austríaco Karl Polanyi de 1944 ha llevado a una amplia teorización en la cual participaron, entre otros, Hobsbawm, Osterhammel, Siefertle y Winkler⁶⁶. Por su parte, Koselleck ha caracterizado metafóricamente el periodo de la entrada en la *gran transformación* como la *Sattelzeit*, la época bisagra o época collada, al estilo de pasar un difícil y estrecho puerto de alta montaña, con el significado preciso de la época de transición entre el mundo premoderno y el moderno⁶⁷.

La *gran transformación* sustituyó la tradicional *civilización agraria* –con base en su sistema de energía agrario-solar– por un nuevo esquema de *civilización pos-agraria* –basada en el metabolismo social de la energía fósil–. Ha sido descrito por adjetivos como la civilización industrial, ilustrada, burguesa, capitalista, democrática, *etc.*, lo que expresa bien su multidimensionalidad. Lo que cambió en este *salto sistémico* fue prácticamente todo, incluyendo las visiones del buen Estado, de la justicia, de la sociedad, de la persona, de la economía, *etc.* La esencia en términos de la temática del presente artículo, consiste en aclarar que el constitucionalismo moderno es el hijo estatal de dicha ruptura fundamental, bajo una interdependencia estrecha con los demás elementos de la misma.

124

⁶⁵ Weber, Max, *Economía y sociedad*, 3ª ed., México, FCE, 2014, pp. 127 y ss; Koselleck, Reinhart, *Begriffsgeschichten*, 3ª ed., Fráncfort, Suhrkamp, 2016.

⁶⁶ Comp. Hobsbawm, Eric, *La era de la revolución, 1789-1848*, 4a ed., Barcelona, Crítica, 2005, pp. 9 y ss; Osterhammel, Jürgen, *The Transformation of the World*, Princeton, PUP, 2014, pp. 58 y ss; Siefertle, Rolf P., “El camino especial de Europa”, en Íd. y Marquardt, Bernd, *La Revolución industrial en Europa y América Latina*, Bogotá, UNAL, 2009, pp. 1-92, 3 y ss, 41 y ss, 59 y ss, 78 y s; Winkler, Heinrich A., *Werte und Mächte*, Múnich, Beck, 2019, pp. 43 y ss;

⁶⁷ Vid. Koselleck, Reinhart, *Estratos del tiempo, Estudios sobre la historia*, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 9 y ss, 19, 24.

2. La distinción entre el protoconstitucionalismo y el constitucionalismo moderno

Debido a la desigualdad estructural del diseño básico de las estatalidades y sociedades anteriores y posteriores al inicio de la *gran transformación*, no es posible construir narraciones lineales del constitucionalismo europeo desde la Edad media hasta el siglo XXI. Más bien, es indispensable diferenciar entre dos vertientes del Estado limitado con características propias. La del *Antiguo Régimen* pretende denominarse Estado protoconstitucional y aquella desde inicios del *largo siglo XIX* Estado constitucional moderno. En torno a la estatalidad protoconstitucional, el desafío inicial consiste en reconocerla, pues el mito del camino especial inglés ha ocultado la mirada a fenómenos extendidos de leyes fundamentales, garantías de ciertos derechos o proto-parlamentos en el marco de bipolarismos institucionalizados en toda la Cristiandad latina.

Cabe resaltar que la estatalidad protoconstitucional existió hasta alrededor de 1800: precisamente, murió en Angloamérica en 1776, en Francia en 1789, en la Europa central del hasta entonces Sacro Imperio Romano en 1806, en España desde 1808, en Hispanoamérica en 1810-1825. En cambio, la estatalidad constitucional nació en tres revoluciones fundadoras: la norteamericana de 1776, la francesa de 1789 y la hispanoamericana de 1810-1825. La ruptura puede reconocerse también en el hecho de que diversos Estados claves del protoconstitucionalismo resultaron aniquilados violentamente alrededor de 1800 –el Sacro Imperio Romano, Polonia-Lituania o Venecia–, de modo que sus zonas pasaron por extensos valles autocráticos que perduraron en la mayor parte de los múltiples Estados sucesores hasta fases avanzadas del siglo XX. En contraste, el Estado hasta entonces más autocrático de Europa –Francia– se convirtió –a través de la sublevación contra este autocratismo excepcional– en un actor central de la formulación del constitucionalismo moderno.

125

3. La perspectiva mundial

La escuela de *CC - Constitucionalismo Comparado* aspira a medir las diferentes zonas del mundo según los mismos estándares de respeto y de crítica, sin caer en las muy extendidas evaluaciones previas de tipo progresividad/retraso, civilización/barbarie, simpatía/antipatía, amigo/enemigo, *etc.* Por lo tanto, rechaza el nacionalismo aislado que adora expresa o implícitamente al país propio como marco de referencia –en manifestaciones locales como el francocentrismo, germanocentrismo, colombocentrismo, *etc.*–. Igualmente, rebate las teorías anglo y gringo-céntricas

del “white universalism”⁶⁸, incluyendo los derivados constructos pos y decoloniales que repiten, pese a su autoimagen crítica, los mismos estereotipos geo-culturales con el signo invertido, lamentando donde las anteriores narraciones hegemónicas aplaudieron, pero sin superar tal carcasa de pensamiento. De todas maneras, no se considera adecuada la tendencia bien establecida que zonas del mundo que alojan más del 80% de la población mundial, no reciben más del 1% de la atención.

Con respecto a la apertura planetaria, se evita la paralela propuesta de la perspectiva *global*, pues aquella se relaciona lingüísticamente con el controvertido fenómeno específico de la globalización neoliberal que sus críticos denominan *globalismo*. Igualmente, se evita el vocablo *universal* debido a su relación histórica con la expansión de conceptos de raíz occidental en la era del imperialismo industrial. La palabra *mundial* no parece tan cargada de connotaciones ideológicas.

La exigencia de la observación neutral según los mismos estándares de respeto y de crítica parece tan justo, como es difícil su materialización. Se advierte que es relativamente desafiante enfrentarse con interiorizaciones bien fijadas desde la niñez que se han recibido educativamente al estilo de prejuicios geopolíticos y que se recalientan permanentemente en los medios masivos.

La máxima mundial advierte, también, de la tentación de trasladar acríticamente conceptos y criterios culturalmente determinados –en particular, los de la modernidad ‘occidental’– a contextos culturales que se fundamentan en otras cosmovisiones bien establecidas, pues es preferible intentar entenderlas según sus respectivas condiciones propias. Muchas veces, autores norteamericanos, latinoamericanos o europeos que se articulan sobre la India o China, no tienen la más mínima idea sobre los contextos socio-culturales divergentes de textos jurídicos que parecen solo superficialmente similares. Es importante empoderarse antes de pronunciarse.

126

4. La perspectiva socio-cultural y crítica

La presente teoría constitucional no se limita a exponer utopías idealistas y abstractas de un *deber ser*, sino que analiza el *ser* de la experiencia histórica –incluyendo los desafíos y crisis– con los métodos de las ciencias sociales y culturales. En vez del normacentrismo de diversas antiguas escuelas del derecho público, el acercamiento de *CC - Constitucionalismo Comparado* pretende completar la perspectiva textual por la contextual. Se considera central la pregunta por las precondiciones y las consecuencias de las normas, en términos sociales, culturales, económicos, ambientales y políticos. Sería muy incompleto ignorar las

⁶⁸ Frankenberg, Günter, “Critical Histories of Comparative Law”, en Dubber, Markus D. y Tomlins, Christopher (Eds.), *The Oxford Handbook of Legal History*, Oxford, OUP, 2018, pp. 43-62, 48 y ss.

realidades constitucionales, pues la constitución real de un cierto Estado incluye también las dinámicas y estructuras del poder público que se ocultan bajo la superficie de lo textualizado. No es útil exponer que dos textos constitucionales parecen semejantes, mientras en realidad uno de estos dos países es una sólida democracia socio-liberal y el otro una acentuada autocracia nacionalista que abusa masivamente con la violencia policial.

Según una perspectiva garantista, toda historia seria de los derechos fundamentales debe ser conectada con la perspectiva complementaria de la historia de sus violaciones, al estilo de la otra cara de la misma moneda. Para plantear un ejemplo, es imaginable que un futuro historiador del derecho del año 2500 encontrará un ejemplar de la Constitución de Colombia de 1991 y, si usara un método normacéntrico, pensaría fácilmente en haber encontrado el país ideal de los derechos y de la justicia, aunque todo contemporáneo del momento de la escritura del presente artículo sabe bien que esto es evidentemente inconveniente. Estudiando la historia bicentaria de los derechos fundamentales de este país, el normacentrista puro puede señalar una línea continua desde los *derechos del hombre* de la Constitución de Tunja de 1811, pasando por el idealismo iusfundamental del alto liberalismo de 1853, 1858 y 1863 y los derechos menos aspiracionales pero todavía consistentes de la carta conservadora de 1886 hasta la constitución de 1991 que textualizó prácticamente todo lo que la ciencia idealista de este momento discutió como un eventual derecho, tomando este hallazgo como la presumida prueba de una especie de paraíso de los derechos humanos en este mundo, pero en realidad es el mismo país que ha producido una larga lista de violaciones feroces, incluyendo varios miles de llamados *falsos positivos* –con el significado de “asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes de Estado”⁶⁹.

Como lo expone bien el título de la obra comparativista de Frankenberg, el constitucionalismo del mundo se ha posicionado “entre la magia y el fraude”, entre las grandes promesas simbólicas de justicia y el engaño⁷⁰. La perspectiva crítica significa precisamente que el científico observa con ojos abiertos, sin permitir dejar engañarse y sin circunnavegar los lados grises y oscuros de las dinámicas constitucionales que pueden convertirse fácilmente en anticonstitucionales. Como advierten Dixon y Landau, incluso los componentes más admirados del idealismo constitucional pueden ser desconfigurados subversivamente, si autócratas u oligarquías instrumentalizan constituyentes, derechos constitucionales y cortes constitucionales para sus fines⁷¹. El ideal científico advierte de blanquear y camuflar,

⁶⁹ Jurisdicción Especial para la Paz, *Los grandes casos de la JEP 3*, 2023, URL en bibl. final.

⁷⁰ Véase el subtítulo de Frankenberg, *Comparative Constitutional Studies*, op. cit.

⁷¹ Dixon, Rosalind y Landau, David E., *Abusive Constitutional Borrowing*, Oxford, OUP, 2021, pp. 1 y ss.

mientras exige la veracidad y transparencia máxima posible, sin encerrarse frente a eventuales aspectos incómodos. La presente obra lo intenta, entre otros, por diversos conceptos como la *monarquía autocrática moderna* y el *republicanismo racial-excluyente* para visibilizar fenómenos que otros autores han incluido benevolmente en conceptos complacientes como la monarquía constitucional o la democracia liberal.

5. El interés en la difusión y transculturación en el espacio

La perspectiva transnacional se refiere a procesos de la creación y modificación del derecho público que se realizan más allá de la afirmada soberanía territorial de los poderes constituyentes y constituidos, precisamente en sistemas socio-comunicativos que se autoorganizan sin limitación estricta por las fronteras nacionales. Algunas voces, como los planteamientos post-estatales y *transconstitucionales* de los sociólogos jurídicos Teubner y Neves, tienden incluso a visiones de una presumida auto-constitucionalización en un mundo sistémico que se emancipa completamente del ordenamiento estatal⁷², pero tales visiones encarnan mucha exageración y extravagancia lingüística de perfil posmoderno, iuscivilista y neoliberal, donde no es muy claro si la considerada sociedad transnacional del *societal constitutionalism* es algo sustancialmente diferente del macro-empresariado de los países del núcleo industrial. En la perspectiva del presente estudio, la constitución se entiende como la constitución del Estado, pero precisamente no de modo acentuadamente soberanista, sino bajo el reconocimiento de interdependencias e interferencias que se han subestimado en la teoría constitucional clásica.

De todas maneras, como se ha expuesto anteriormente, la presente teoría del constitucionalismo comparado rechaza la escuela del *trasplante jurídico* de textos normativos, considerándola mecanicista y simplificadora. Más allá de los casos del *regime change* forzado desde el exterior, se parte de la migración y circulación espacio-temporal de conceptos constitucionales por caminos comunicativos diversificados –no solo entre aquellos con mandato político, pues resulta muy importante el intercambio transnacional en la ciencia y enseñanza jurídica y política, así como el intercambio argumentativo entre las altas cortes de diferentes países–. Esto ocurre típicamente bajo complejas adaptaciones y retroalimentaciones. La escuela de *CC - Constitucionalismo Comparado* lo conceptúa a través de las expresiones de la *difusión y transculturación*.

⁷² Teubner, Gunther, "Das Projekt der Verfassungssoziologie / The Project of Constitutional Sociology, Irritating Nation State Constitutionalism", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, vol. 32, nº 2, Berlín, De Gruyter, 2011, pp. 189-204; Neves, Marcelo, "Del transconstitucionalismo a la transdemocracia", *Revista General de Derecho Público Comparado*, vol. 29, Madrid, Iustel, 2021, pp. 1-27.

Se considera importante distinguir de la transculturación común los casos de las difusiones puramente terminológicas en las cuales diversos Estados retoman expresiones claves del constitucionalismo moderno para etiquetar fenómenos que funcionan sustancialmente diferentes y, a veces, opuestos. Por ejemplo, desde la mitad del siglo XX, la categoría *democracia* ha alcanzado formalmente validez mundial, sustituyendo las antiguas legitimaciones dinásticas y celestiales, pues prácticamente todos los Estados se autoidentifican así, aunque la mayoría de ellos —en particular, más allá de Europa y las Américas— pertenece efectivamente a los tipos estatales de la *autocracia republicana* o *demo-autocracia híbrida*. De tal manera, el concepto pierde sus contornos y se convierte en ambiguo, lo que tiene también efectos para las democracias establecidas que, de vez en cuando, adoptan por la puerta trasera características subóptimas⁷³. De las adopciones engañosas a gran escala, hay que distinguir transfiguraciones más puntuales que pueden mantenerse en el espectro intrasistémico. Por ejemplo, de la entrada triunfal del término *Estado de derecho* en América Latina, nadie puede deducir la adopción de un Estado administrativo similar al modelo originario alemán, pues en el lugar de acogida sirve más para encubrir un burocratismo caprichoso, cuadrículado, mezquino y disfuncional de un *Leviatán de papel* de baja previsibilidad y sin proximidad al ciudadano, lo que impide la materialización de una profunda calidad constitucional en vez de promoverla⁷⁴.

129

6. Las agrupaciones geo-constitucionales

La escuela de *CC - Constitucionalismo Comparado* parte de la formación, estabilización y transición de agrupaciones geo-constitucionales en el tiempo y el espacio. Se distinguen de las familias jurídicas del derecho civil, pues los intercambios transnacionales de ideas del derecho público y del derecho civil se realizan en sistemas de poder y científicos distintos. En ello, el derecho constitucional no se deriva del civil, sino hay más una tendencia opuesta de la creciente constitucionalización de las categorías centrales del derecho civil como la propiedad o la familia. Las agrupaciones geo-constitucionales muestran parcialmente perfiles culturales, sin estar estrictamente predestinadas por las afinidades del pasado, bajo fluctuaciones con entradas y salidas de Estados concretos. Una de estas agrupaciones es la hispanoamericana que ha desarrollado un perfil inconfundible a partir del documento fundador de esta zona, la *Constitución del Estado libre e independiente de Socorro* de 1810⁷⁵.

⁷³ Crítica de la democracia occidental del presente: Agamben, Giorgio y otros, *Democracia, ¿En qué estado?* Buenos Aires, Prometeo, 2010; Crouch, Colin, *Posdemocracia*, Madrid, Taurus, 2004; Rosanvallon, Pierre, *La contrademocracia*, Buenos Aires, Manantial, 2007.

⁷⁴ Vid Acemoglu, Daron y Robinson, James A., *El pasillo estrecho*, Barcelona, Deusto, 2019, cap. 11.

⁷⁵ Marquardt, *El Estado constitucional en América Latina*, op. cit., pp. 97 y ss, 127 y ss.

7. El modelo de las olas de transformación

De igual forma, se considera oportuno estructurar las dinámicas espaciotemporales por el modelo de las olas de transformación. Terminológicamente, se retoma tal propuesta de Samuel P. Huntington⁷⁶, pero sin compartir la gruesa estructuración de este autor que entiende todo el desarrollo entre 1776 y 1918 como una gran e imprecisa *primera ola* de 142 años. En vez de las tres olas de él, se propone esbozar un total de seis olas: la *Transformación originaria* a partir de 1776, el *Alto liberalismo* desde 1848, el *Alto nacionalismo* de finales del siglo XIX, el *Constitucionalismo socialdemócrata* desde 1917, el *Estado social de derecho* a partir de 1945 y el *Constitucionalismo pluralista-tridimensional* de corte liberal, social, ambiental que surgió desde los años 70 del siglo XX⁷⁷.

Precisamente, las olas de transformación significan subdivisiones de la macrodinámica de la *gran transformación* en etapas. Son comprobables dentro de las agrupaciones geo-constitucionales y, a veces, también en contextos más grandes como todo Occidente o, menos frecuentemente, todo el mundo. Se basan en sincronizaciones transnacionales que se estimulan en la consolidación comunicativa de convicciones dirigentes del diseño estatal, del bien común y de la justicia.

130 En ello, sería aventurero suponer una finalidad predefinida, en el sentido del polémico “end of history” que el politólogo estadounidense Francis Fukuyama asoció, en 1992, con la así percibida victoria estadounidense en la *Guerra Fría*, presentando la democracia liberal como la presumida última síntesis de la humanidad⁷⁸. Suposiciones de una linealidad de tipo progresividad dirigida son tan poco comprobables, como su opuesto de una decadencia permanente; por eso, la presente obra prefiere el concepto más neutral de la *transformación*.

Efectivamente, se dieron complejas olas, contra-olas, contra-contra-olas, nuevas entradas, recombinaciones transversales y también casos excepcionales que se comportaron de manera contra-cíclica.

8. La dialéctica entre constituciones normativo-garantistas y constituciones transformadoras, en contraste con constituciones fingidas

No hay mucha duda que la teoría constitucional del presente entienda la constitución como normativa con autoridad material y localiza el ideal central de los derechos

⁷⁶ Huntington, Samuel P., *La tercera ola, La democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1994.

⁷⁷ Muchas veces, autores de lengua castellana unifican las últimas dos fases bajo el concepto del *neoconstitucionalismo*. Vid. Carbonell, Miguel y otros, *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 9 y ss.

⁷⁸ Fukuyama, Francis, *The End of History and the Last Man*, Nueva York, Free Press, 1992.

fundamentales en su función garantista, para citar la influyente conceptualización del pensador italiano Luigi Ferrajoli que fue retomado por el constitucionalista argentino Gustavo Ferreyra⁷⁹. Sin embargo, la formación jurídica en tal sentido lleva fácilmente al desconocimiento de la lógica íntima de la *gran transformación*. Con frecuencia, surge el malentendido de concebir toda constitución de cualquier época como garantista en pro de un *estatus quo* pre-definido.

En realidad, a lo largo de los dos siglos y medio del constitucionalismo moderno, muchas constituciones aspiraron impulsar transiciones hacia nuevos horizontes de mayor justicia societal y política. Esto se expresa por el concepto del constitucionalismo transformador que ha surgido en la ciencia desde finales de los años 90 del siglo XX⁸⁰. El mismo predominó típicamente cuando un cierto Estado entró en su constitucionalización originaria o en una nueva ola de transformación constitucional. Tales constituciones se entendieron también como obligatorias, pero en el sentido preeminente de obligar la actuación estatal a promover los fines transformadores estipulados. En cambio, el carácter normativo-garantista se impuso normalmente después, en el marco de la estabilización pos-transformadora.

Hay que entender como otra categoría aparte los casos de un engañoso constitucionalismo fingido y simulado que no era ni normativo ni transformador sino dirigido a contentar movimientos de oposición o entornos internacionales, mientras se ocultó la realidad anticonstitucional del sistema detrás de este disfraz. Las propuestas conceptuales para tales fenómenos son la *constitución semántica* de Loewenstein y la *constitución aparente* de Law y Versteeg⁸¹.

También es posible la divergencia en la otra dirección, de modo que una realidad constitucional es mejor que lo planteado en el texto. Por ejemplo, en la Europa benelux y nórdica han sobrevivido algunas constituciones del siglo XIX que exponen todavía *monarquías autocráticas modernas*, aunque la realidad se ha transformado a la de *monarquías socio-liberales* a partir de 1918. De igual forma, puede indicarse el cambio constitucional chileno de 1891 por pura interpretación –sin modificación textual– que hizo de la constitución acentuadamente presidencialista de 1833 un régimen seudo-parlamentario. En el mismo país, la conservación del núcleo textual de la constitución pinochetista de 1980 en la transición redemocratizante de 1990, ha

⁷⁹ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo*, Madrid, Trotta, 2006; Ferreyra, R. Gustavo, *Fundamentos constitucionales*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2015, pp. 243 y ss.

⁸⁰ Sobre el constitucionalismo transformador: Bogdandy y otros, *Transformative Constitutionalism*, op. cit.; Karam C., Vera y Schneider B., Bianca M. (Eds.), *Constitucionalismo transformador en América Latina*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021. Variación: García V., *Constitucionalismo aspiracional*, op. cit., pp. 89-110. En general, los autores se refieren al pasado reciente, mientras el presente estudio efectúa una extensión iushistórica a las transformaciones anteriores.

⁸¹ Loewenstein, *Teoría de la constitución*, op. cit., pp. 218 y ss; Law, David S. y Versteeg, Mila, *Constituciones aparentes*, Bogotá, UniExt, 2018, pp. 47 y ss.

sido acompañada por el ascenso de realidades mejores –no perfectas– en contraste con el texto pre-democrático solo parcialmente reformado⁸².

De todas maneras, la constitución es más normativa donde se ha logrado un profundo grado de identificación con la misma, tanto por las autoridades como por los ciudadanos. Al respecto, sirve la categoría del *patriotismo constitucional*, popularizada decisivamente por el filósofo Jürgen Habermas desde 1986. Se trata de una solidaridad con base en valores jurídicos, lo que, en el país de Habermas, tiene raíces provenientes de la época del Sacro Imperio Romano y su identidad como una colectividad jurídica⁸³. En cambio, se debilita el carácter normativo de la constitución, donde se habla sistemáticamente mal de la constitución, como en diversos sectores latinoamericanos que lamentan eternamente la presumida invalidez, ineficacia, inutilidad o inadecuación cultural.

De la cuestión de la constitución normativa hay que distinguir la de la rigidez y flexibilidad. Al lado de los procesos formalizados de la revisión total por una constituyente o parcial por el parlamento, la historia constitucional conoce mucho cambio constitucional no textual y, a veces, muy silencioso⁸⁴. Efectivamente, se comprueban como impactantes las modificaciones a través de la interpretación judicial y científica, en particular por el *método teleológico* según el asumido sentido y propósito en el presente propio. Se refiere especialmente a constituciones longevas, como las cartas bicentenarias estadounidense de 1787 y noruega de 1814, la centenaria constitución suiza de 1874 a 1999, pero también a constituciones multi-decenarias como la alemana de 1949 o la francesa de 1958. Ante la continuada *gran transformación*, tienen que adaptarse múltiples veces a nuevas realidades tecnológicas y sociales imprevistas en el momento de la textualización originaria. Como ejemplos sirven la reconfiguración de las garantías de comunicación en vista del desarrollo de los medios desde la prensa clásica pasando por la televisión al internet, así como la transición de la libertad de reuniones debido a la mutación de las iniciales reuniones de algunos pocos burgueses en un salón a las manifestaciones masivas en el espacio público, además las nuevas visiones del derecho a la vida ante la emancipación de la mujer bajo un creciente deseo a legalizar el aborto, o la reconfiguración de la garantía del asilo político cuando, en vez del imaginario inicial de algunos intelectuales perseguidos, se presentaron corrientes de migración masivas⁸⁵. De tal manera, muchas constituciones se convirtieron –necesariamente– en más dinámicas y flexibles de lo que podría sugerir la lectura superficial del texto.

⁸² Marquardt, *El Estado constitucional en América Latina*, op. cit., pp. 424 y ss, 548 y ss, 591 y s.

⁸³ Gosewinkel, Dieter y otros, *Vom Reichsbewusstsein zum Verfassungspatriotismus*, Berlín, Duncker y Humblot, 2021, pp. 167 y ss, 199 y ss,

⁸⁴ Al respecto: Böckenförde, Ernst-W., *Staat, Nation, Europa*, Fráncfort, Suhrkamp, 1999, pp. 141 y ss.

⁸⁵ Grimm, Dieter, "Verfassungsrecht und sozialer Wandel", *Seoul Law Journal*, vol. 42, n° 3, Seoul, National University, 2001, pp. 182-201.

9. Pluralidades conceptuales de constitución/al/ismo

A primera vista, las expresiones de este subtítulo parecen semejantes, pero es importante destrenzarlas para evitar malentendidos. Primero, la *constitución en sentido estrecho* o formal es la codificación de la esencia del derecho público de un cierto Estado en el papel de la norma suprema que, en la historia mundial, apareció por primera vez en Nuevo Hampshire en 1776. En la mayoría de los casos, cuenta expresamente con tal denominación en el respectivo idioma oficial, a veces bajo el complemento por un adjetivo como la *constitución federal* en Suiza desde 1848 o la *imperial* en Alemania en 1849, 1871 y 1919. En América Latina, desde la primera mitad del siglo XIX, se prefiere el adjetivo de la *constitución política* que enfatiza el ordenamiento de lo político. Paralelamente, sobrevive o se renueva en diversos países de lenguas germánicas la terminología del *Antiguo Régimen* de la *ley fundamental*, así en los Países Bajos desde 1814 (*Grondwet*), en Dinamarca desde 1849 (*Grundloven*) o en Alemania desde 1949 (*Grundgesetz*).

Segundo, la *constitución en sentido amplio* o material se refiere a lo constituido, reconociendo que todo Estado del pasado y presente tuvo/tiene un ordenamiento básico en su forma específica, independiente de la existencia de un documento con esta denominación, de modo que hay también una *historia constitucional* en la época pre y protoconstitucional. La tradición científica de lengua alemana ha partido desde siempre de esta visión amplia⁸⁶, lo que también es compartido por partes de la bibliografía hispanoparlante⁸⁷, aunque en esta última predomina en mayor medida la visión más estrecha de la historia de la constitución codificada.

133

En la historia del tiempo reciente, se observa un creciente reconocimiento de la constitución en sentido amplio que parte de la existencia de normas de contenido y rango constitucional más allá de lo expresado en el texto constitucional. Al respecto, puede señalarse la figura francesa del *bloc de constitutionnalité* desde 1971 –retomado como el *bloque de constitucionalidad* en Colombia desde la década de 1990⁸⁸– o la terminología de los *derechos fundamentales no escritos* en los países de lengua alemana que ha surgido paulatinamente desde la década de 1950⁸⁹. Esta apertura puede referirse tanto a derechos específicos no mencionados explícitamente como a la incorporación de la normatividad iusinternacional de derechos humanos.

⁸⁶ Véase la aplicación del concepto de *Verfassungsgeschichte* (historia constitucional) al *Antiguo Régimen* en múltiples obras como Willoweit y Schlinker, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, op. cit.

⁸⁷ P. ej., tienen en cuenta el *Antiguo Régimen*: Bravo L., *Constitución y reconstitución*, op. cit., pp. 5 y ss.

⁸⁸ Uprimny, Rodrigo, “El bloque de constitucionalidad en Colombia”, *Dejusticia*, 2017, URL en bibl. final.

⁸⁹ Especialmente por parte de la Corte Federal de Suiza a partir de 1959, debido a la incompletitud de la longeva constitución de 1874 (hasta 1999).

Tercero, la *constitución real* o fáctica se refiere a la realidad sistémica del poder que puede distinguirse en dimensiones más o menos amplias de lo planteado en documentos constitucionales. Esta discrepancia puede basarse tanto en un estadio temprano de la entrada en una fase de transformación, así como en un subcumplimiento de buenas intenciones en el marco de un Estado frágil que no dispone del poder efectivo para materializarse, lo que puede conceptuarse mediante la figura del *Leviatán de peluche*⁹⁰. Son más graves los casos en los cuales un régimen autocrático pretende camuflarse, no velando bajo bandera abierta sino abusando de la constitución escrita para calmar y engañar a sus opositores y el entorno internacional. El análisis clásico sobre una constitución real que se distingue significativamente de la formal, fue formulado en 1862 por el jurista y filósofo alemán Ferdinand Lassalle, cuando preguntó ¿Que es una constitución?, criticando precisamente el texto constitucional de la *monarquía autocrática moderna* de Prusia de 1850 como una ficción engañosa y respondiendo a su pregunta con *los factores reales de poder*⁹¹.

Cuarto, como *Estado constitucional* se entiende un Estado materialmente limitado, según el esquema de valores mostrado a finales del presente artículo. De acuerdo con lo expuesto en el párrafo anterior, no todo Estado con constitución es también Estado constitucional.

134 La dimensión normativa codificada, semi-codificada o consuetudinaria, se llama en casi todas las lenguas occidentales *derecho constitucional*. Sin embargo, los países de las lenguas alemana, neerlandesa y escandinavas prefieren, desde la obra clave de Johann J. Moser de 1737⁹², la expresión *Staatsrecht* –con el significado de *derecho estatal*– que enfatiza el Estado como el punto de referencia de esta categoría jurídica. Hasta la fecha, permanece como la denominación más típica de las asignaturas universitarias y libros de enseñanza de esta zona.

En general, según la costumbre en lenguas como la española o la inglesa, puede entenderse el concepto de *constitucionalismo* de modo tridimensional: para los esfuerzos creativos de los Estados en constitucionalizarse, para la teoría constitucional enseñada en las Universidades y, en general, para el pensamiento en pro de la limitación del poder bajo una norma suprema, mientras el *constitucionalista* es el jurista especializado en derecho constitucional. Por último, la *teoría constitucional*, según el planteamiento de Mastronardi, puede entenderse como la “teoría del Estado bueno y justo”⁹³.

⁹⁰ Similar: el *Leviatán de papel* en Acemoglu y Robinson, *El pasillo estrecho*, *op. cit.*, cap. 11.

⁹¹ Lassalle, Ferdinand, ¿Que es una constitución? Bogotá, Panamericana, 2009. Véase Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 141 y ss; Jaramillo P. y otros, *El derecho frente al poder*, *op. cit.*, pp. 811 y ss.

⁹² Moser, Johann J., *Teutsches Staatsrecht*, 53 t., Núremberg, Steins y Ehrenfried, 1737-1754.

⁹³ Mastronardi, Philippe, *Verfassungslehre, Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat*, Berna, Haupt, 2007, título.

10. El constitucionalismo moderno como un sistema de valores

La escuela de *CC - Constitucionalismo Comparado* no quiere ver el derecho constitucional de modo nihilista al estilo de resultados arbitrarios de soberanos poderes constituyentes, sino como un sistema de valores objetivables⁹⁴ que se formó y se transformó a lo largo de dos siglos y medio desde 1776. En otras palabras, el constitucionalismo comparado no se fundamenta en el positivismo jurídico. No separa el derecho de la justicia y de la ética, sino que los trata de modo integral. En vez de fundamentarse en el derecho positivo del Estado A o B, evalúa de modo inverso a estos Estados en estándares más allá de su soberanía. Asume posiciones sobre la cuestión de cumplir o no cumplir.

Completando y modificando las propuestas de otros académicos⁹⁵, el autor y su grupo de investigación han formulado, en varias publicaciones desde 2007, una lista de, finalmente, *veinte criterios cualitativos que caracterizan al Estado constitucional moderno*⁹⁶. Definen el mismo como un sistema complejo de valores que encarnan, últimamente, el *triángulo de valores liberales, sociales y ambientales*, caracterizando así al tipo ideal que se ha denominado el *Estado constitucional, democrático, social y ambiental* –ECDSA–⁹⁷. Los veinte criterios sirven también como una lista de verificación que permite evaluar cualitativamente el estado de transformación de un cierto país en un momento concreto. En ello, se diferencia entre criterios provenientes de la fase de la cuestión liberal –del *largo siglo XIX* de 1776 a 1916– y los complementos de la fase cada vez más pluralista a partir 1917. Los primeros no se extinguen paulatinamente, sino que continúan siendo vigentes junto con los criterios adicionales, pero estos últimos modifican la lógica sistémica y llegan, finalmente, al mencionado tipo ideal del ECDSA.

Los indicadores provenientes de la fase de la cuestión liberal (1776-1916) son trece: 1. Existencia de la codificación constitucional –completa, entendible, obligatoria–; 2. Republicanismo –superación de la monarquía–; 3. Derechos fundamentales –programáticos e inviolables–; 4. Derecho a la vida –sin pena de muerte–; 5. Inmediatez nacional y ciudadanía general; 6. Democracia electoral –material, no solo formalmente–; 7. Separación y equilibrio ejecutivo-legislativo; 8. Ciclicismo gubernamental y ascenso constitucional al poder; 9. Control judicial

135

⁹⁴ Véase p. ej. Llinás A., David E., *Constitución y ética constitucional*, Bogotá, Ibáñez, 2019, pp. 3 y ss.

⁹⁵ Exponen 12 dimensiones: Daum y otros, *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte*, t. 1, *op. cit.*, pp. 35-118. Crítico: Frankenberg, *Comparative Constitutional Studies*, *op. cit.*, p. 25, nota 23.

⁹⁶ Otra propuesta –bien compatible– de once criterios se encuentra en: Llinás A., *Constitución y ética constitucional*, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁷ El autor ha propuesto el ECDSA en diversas de sus obras a partir de 2011.

–en particular, amparo iusfundamental–; 10. Separación vertical de poderes –federalismo o regionalismo–; 11. Independencia de co-poderes espirituales; 12. Eficiencia institucional y paz territorial; 13. Validez y vigencia material de la constitución. Hay siete complementos de la fase pluralista (desde 1917): 14. Constitucionalismo social –justicia social–; 15. Constitucionalismo económico –control eficaz de poderes económicos–; 16. Constitucionalismo ecológico –justicia ambiental–; 17. Inclusión de la mujer al demos; 18. Resiliencia eficaz frente a técnicas estatales de elusión; 19. Cooperación pacífica en el ámbito internacional; 20. Apertura a una jurisdicción supranacional en derechos humanos.

Cualquier negación significativa de este catálogo –siempre y cuando sobrepase el nivel de fallas de una mera *democracia defectuosa* que puede entenderse todavía de manera intrasistémica⁹⁸–, se conceptúa como *anticonstitucionalismo*⁹⁹. En este sentido un autor famoso que se convirtió en nazi, Carl Schmitt (1888-1985), debe calificarse, pese a que una obra famosa de su pluma de 1928 se llama *Teoría constitucional*, como anticonstitucionalista en vez de constitucionalista¹⁰⁰. El *anticonstitucionalismo* se relaciona estrechamente con el *estadositismo*.

Para no malentender el planteado *sistema de valores* con sus veinte componentes cualitativos, hay que precisar dos limitaciones importantes de su aplicabilidad. Por una parte, en torno a la dimensión temporal, sirven solamente para el constitucionalismo moderno desde 1776 y no para el protoconstitucionalismo del *Antiguo Régimen* con su configuración socio-cultural divergente. Por otra parte, en términos geo-culturales, no deben utilizarse abusivamente al estilo de una espada neo-colonial para la euroamericanización de los mundos no occidentales en Asia y África¹⁰¹. Efectivamente, el Estado constitucional moderno nació en la transformación ilustrada-industrial de la civilización europea y neo-europea y pudo desarrollarse en la forma más pura adentro de la misma. Más allá, a lo largo de la expansión mundial de la *gran transformación*, se dieron también influencias transformadoras de varios de sus veinte componentes, pero esta difusión ocurrió bajo transculturaciones mucho más sustanciales, incluyendo duros choques culturales, principalmente en la dimensión de no compartir la cosmovisión liberal del ser humano. Por lo tanto, falta la posibilidad de criterios comunes, lo que tampoco se puede circunnavegar por acentuar formalismos como las firmas en los pactos

136

⁹⁸ Teoría de la *democracia defectuosa*: Merkel, Wolfgang y Croissant, Aurel, “La Democracia defectuosa como régimen político”, en Máiz S., Ramón (Ed.), *Construcción de Europa, Democracia y globalización*, t. 1, Santiago de Compostela, Univ., 2001, pp. 119-150.

⁹⁹ La escuela de CC - *Constitucionalismo Comparado* aplica este concepto en sus publicaciones desde 2011.

¹⁰⁰ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza 1996 (1928).

¹⁰¹ Un intento de resolver el problema se encuentra en Llinás A., *Constitución y ética constitucional*, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

iushumanos de 1966 que no se fundamentaron en convicciones materiales sino más en constelaciones hegemónicas. Para que las diferencias interculturales en el mundo no parezcan automáticamente como déficit, la escuela de *CC - Constitucionalismo Comparado* entiende sus veinte criterios cualitativos *solamente* como aplicables de modo completo para comparaciones efectuadas dentro el conjunto cultural occidental que se compone básicamente de Europa, las dos Américas, Australia y Nueva Zelanda, pero sin extenderlos ingenuamente a las demás cinco sextas partes de la humanidad a lo largo del mundo.

XII. Síntesis

La conclusión clave del presente texto consiste en querer invitarles a trabajar comparativamente y de hacerlo metodológicamente. En ello, se recomienda despedirse de figuras y mitos insostenibles como la tríada de los países precursores, el primer-tercer-mundismo jurídico, los trasplantes jurídicos o la independencia de las constituyentes de dinámicas de poder. En vez de estos, se ha diseñado diez componentes básicos de una ciencia del constitucionalismo comparado que se considera apta para el siglo XXI. Lo más importante es ver el constitucionalismo moderno como un sistema de valores. Para poder comparar según los mismos estándares de respeto y de crítica, se ha esbozado veinte criterios cualitativos que describen, últimamente, el triángulo de valores liberales, sociales y ambientales del tipo ideal del *Estado constitucional, democrático, social y ambiental* –ECDSA–.

137

XIII. Bibliografía

Acemoglu, Daron y Robinson, James A.: *El pasillo estrecho, Estados, sociedades y cómo alcanzar la libertad*, Barcelona, Deusto, 2019.

Agamben, Giorgio y Badiou, Alain y Bensaíd, Daniel y Brown, Wendy y Nancy, Jean-Luc y Ranciere, Jacques y Ross, Kristin y Žižek, Slavoj: *Democracia, ¿En qué estado?* Buenos Aires, Prometeo, 2010.

Albert, Richard y Contiades, Xenophon y Fotiadou, Alkmene (Eds.): *The Law and Legitimacy of Imposed Constitutions*, Abingdon y Nueva York, Routledge, 2019.

Arango Rivadeneira, Rodolfo: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2012.

Arosemena, Justo: *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina*, 2 tomos, París, Denne, 1878.

- Bandeira Galindo, George Rodrigo: “Legal Transplants between Time and Space“, Duve, Thomas (Ed.): *Entanglements in Legal History, Conceptual Approaches*, Fráncfort del Meno, Max Planck Institute for European Legal History, 2014, pp. 129-148.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Staat, Nation, Europa*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1999.
- Bogdandy, Armin von: *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum, Una aclaración conceptual*, en Íd. y otros (Eds.): *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013, pp. 1-24.
- Bogdandy, Armin von y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (Eds.): *Transformative Constitutionalism in Latin America, The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, University Press, 2017.
- Bonilla Maldonado, Daniel: *Constitucionalismo del Sur Global*, Bogotá, Siglo del Hombre 2015.
- Bonilla Maldonado, Daniel: *El constitucionalismo en el continente americano*, Bogotá, Siglo del Hombre Eds., 2016.
- Bravo Lira, Bernardino: *Constitución y reconstitución, Historia del Estado en Iberoamérica, 1511-2009*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2010.
- Carbonell, Miguell y otros: *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- Carvajal Aravena, Patricio H.: *Breve historia constitucional de Chile*, Valparaíso, Sociedad Conring, 2015.
- Choudhry, Sujit: *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, University Press, 2011.
- Crouch, Colin: *Posdemocracia*, Madrid, Taurus, 2004.
- Daum, Werner y otros: *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19./20. Jahrhundert, Institutionen und Rechtspraxis im gesellschaftlichen Wandel*, 4 tomos, Bonn, Dietz, 2006-2020.
- Dann, Philipp y Riegner, Michael y Bönnemann, Maxim (Eds.): *The Global South and Comparative Constitutional Law*, Oxford, University Press, 2020, pp. 1-40.
- David, René y Jauffret-S., Camille: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma, 2010.

- Defensoría del Pueblo de Colombia (Ed.): *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social*, 14ª ed., Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2020.
- Dippel, Horst: “Constitucionalismo moderno, Introducción a una historia que necesita ser escrita”, *Historia Constitucional*, n° 6, Madrid y Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad de Oviedo, 2005, pp. 181-200.
- Dippel, Horst: “Die Entwicklung des modernen Konstitutionalismus in Lateinamerika”, *Historia Constitucional*, n° 21, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, pp. 757-770.
- Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom (Eds.): *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Cheltenham, Elgar Publ., 2017.
- Dixon, Rosalind y Landau, David E.: *Abusive Constitutional Borrowing*, Oxford, University Press, 2021.
- Duve, Thomas: “What is Global Legal History?” en *Comparative Legal History*, vol. 8, n° 2, Londres, Taylor y Francis, 2020, pp. 73-115.
- Ferrajoli, Luigi: *Garantismo, Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.
- Ferreya, Raúl Gustavo: *Fundamentos constitucionales*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2015:
- Frankenberg, Günter: *Comparative Constitutional Studies, Between Magic and Deceit*, Cheltenham y Northampton, Elgar Publ., 2018.
- Frankenberg, Günter: *Comparative Law as Critique*, Cheltenham y Northampton, Elgar Publ., 2016.
- Frankenberg, Günter: “Critical Histories of Comparative Law”, en Dubber, Markus D. y Tomlins, Christopher (Eds.): *The Oxford Handbook of Legal History*, Oxford, University Press, 2018, pp. 43-62.
- Fukuyama, Francis: *The End of History and the Last Man*, Nueva York, Free Press, 1992.
- García Villegas, Mauricio: “Constitucionalismo aspiracional, Derecho, democracia y cambio social en América Latina”, *Análisis Político*, vol. 25, n° 75, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012, pp. 89-110.

Gargarella, Roberto: *La sala de máquinas de la Constitución, Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014.

Gosewinkel, Dieter y Lepsius, Oliver y Oestmann, Peter (Eds.): *Vom Reichsbewusstsein zum Verfassungspatriotismus*, Berlín, Duncker y Humblot, 2021.

Grimm, Dieter: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.

Grimm, Dieter: “Verfassungsrecht und sozialer Wandel, Überlegungen zur Methode der Verfassungsinterpretation”, *Seoul Law Journal*, vol. 42, n° 3, Seoul, National University, 2001, pp. 182-201.

Häberle, Peter: *Ein lateinamerikanisches Verfassungs-, Lese- und Lebensbuch im Kontext einer universalen Verfassungslehre*, Berlín, Duncker y Humblot, 2021.

Häberle, Peter: *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007.

Häberle, Peter: “La Constitución de Weimar en su texto y su contexto”, *Historia Constitucional*, n° 20, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019, pp. 297-306.

140 Hartmann, Jürgen: *Staat und Regime im Orient und in Afrika*, Wiesbaden, VS Verlag, 2011.

Hernández, Carlos A. y Jiménez R., Camilo: *Robert Alexy y la ponderación en la Corte Constitucional*, Bogotá, Universidad Libre, 2017.

Herrera, Carlos Miguel: “Weimar, The South American Way”, *Rechtsgeschichte*, n° 27, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2019, pp. 184-194.

Hirschl, Ran: *Asuntos comparativos, El renacimiento del derecho constitucional comparado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Hirschmann, Kai: *Wie Staaten schwach werden, Fragilität von Staaten als internationale Herausforderung*, Bonn, BPB, 2016.

Hobsbawm, Eric: *La era de la revolución, 1789-1848*, 4ª ed., Barcelona, Crítica, 2005.

Huntington, Samuel P.: *La tercera ola, La democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1994.

Jackson, Vicki C. y Versteeg, Mila (Eds.): *Comparative Constitutional Law*, 4 tomos, Londres, Routledge, 2021.

Jaramillo Pérez, Juan Fernando y García Villegas, Mauricio y Rodríguez Villabona, Andrés Abel y Uprimny Yepes, Rodrigo: *El derecho frente al poder, Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2018.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): *Los grandes casos de la JEP, 03, Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado*, 2023, <https://www.jep.gov.co/macrocasos/caso03.html> (último acceso 17.10.2023).

Karam de Chueiri, Vera y Schneider van der Broecke, Bianca M. (Eds.): *Constitucionalismo transformador en América Latina*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021.

Kischel, Uwe: *Rechtsvergleichung*, Múnich, C.H. Beck, 2015.

Kley, Andreas: *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 4ª ed., Berna, Stämpfli, 2020.

Koselleck, Reinhart: *Begriffsgeschichten*, 3ª ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2016.

Koselleck, Reinhart: *Estratos del tiempo, Estudios sobre la historia*, Barcelona, Paidós, 2001.

Landau, David y Lerner, Hanna: *Comparative Constitution Making*, Cheltenham y Northampton, Elgar Publ., 2019.

Lassalle, Ferdinand: *¿Que es una constitución?* Bogotá, Panamericana, 2009.

Law, David S. y Versteeg, Mila: *Constituciones aparentes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Legrand, Pierre: “La imposibilidad de los ‘trasplantes jurídicos’”, en Frankenberg, Günter y otros: *Derecho comparado crítico*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2021, pp. 177-210.

Llinás Alfaro, David Ernesto: *Constitución y ética constitucional*, Bogotá, Ibáñez, 2019.

Llinás Alfaro, David Ernesto: “¿Derecho público multinacional y anti-constitucional? Las reformas estructurales del Consenso de Washington y el derecho social en Brasil, Venezuela, Argentina y Colombia”, en Marquardt, Bernd (Ed.): *El Estado constitucional de los valores, Anuario V de CC - Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2015, pp. 185-264.

Loewenstein, Karl: *Teoría de la constitución*, 2ª ed., 4ª reimpr., Barcelona, Ariel, 1986.

López B., Héctor: *Law, Violence and Constituent Power*, Abingdon y Nueva York, Routledge, 2021.

López Medina, Diego Eduardo: *Teoría impura del derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

Malagón Pinzón, Miguel Alejandro: “La ciencia de la policía en los inicios del constitucionalismo colombiano”, *Prisma Jurídico*, vol. 9, nº 1, São Paulo, Universidade Nove de Julho, 2010, pp. 155-168.

Mann, Michael: *The Dark Side of Democracy, Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge, University Press, 2006.

Marquardt, Bernd: *El Estado constitucional en América Latina (1810-2023), Historia constitucional en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Ediar, 2023.

Marquardt, Bernd: *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural*, 2 tomos, Bogotá, Ibáñez, 2019 y 2020.

Marquardt, Bernd: *Historia y teoría constitucional comparada*, 2 tomos, Bogotá, Ibáñez, 2022 y 2023.

142

Marquardt, Bernd: “La Constitución de Weimar de 1919, El centenario de una estrella del constitucionalismo comparado y carta materna del constitucionalismo social-liberal”, en Íd. y otros (Eds.): *Querétaro 1917 y Weimar 1919, El centenario del constitucionalismo de la democracia social, Anuario VIII de CC - Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2019, pp. 45-164.

Mastronardi, Philippe: *Verfassungslehre, Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat*, Berna, Haupt, 2007.

Merkel, Wolfgang y Croissant, Aurel: “La Democracia defectuosa como régimen político, Instituciones formales e informales”, en Máiz Suárez, Ramón (Ed.): *Construcción de Europa, Democracia y globalización*, tomo 1, Santiago de Compostela, Universidad, 2001, pp. 119-150.

Meroi, Andrea: “Marcos teóricos sobre el fenómeno de la recepción jurídica”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía jurídica y Filosofía social*, vol. 29, Rosario, Universidad Nacional del Rosario, 2006, pp. 83-101.

Modéer, Kjell Åke: “Abandoning the Nationalist Framework, Comparative Legal History”, en Pihlajamäki, Heikki y Dubber, Markus D. y Godfrey, Mark (Eds.):

The Oxford Handbook of European Legal History, Oxford, University Press, 2018, pp. 100-114.

Montesquieu, Charles-Louis de: *De l'esprit des loix*, Ginebra, Barillot y Fils, 1748.

Morabito, Marcel: *Histoire constitutionnelle de la France, 1789-1958*, 10ª ed., París, Montchrestien, 2008.

Moréteau, Olivier y Masferrer, Aniceto y Modéer, Kjell Åke (Eds.): *Comparative Legal History*, Cheltenham y Northampton, Elgar Publ., 2019.

Moser, Johann Jacob: *Teutsches Staatsrecht*, 53 tomos, Núremberg, Steins y Vollrath, 1737-1754.

Neves, Marcelo: "Del transconstitucionalismo a la transdemocracia", *Revista General de Derecho Público Comparado*, vol. 29, Madrid, Iustel, 2021, pp. 1-27.

Niño Contreras, Giovanni Francisco: *El constitucionalismo colombiano antes y después de la constitución de 1991, Estudio sobre las recepciones internacionales y la construcción local del conocimiento*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia (tesis doctoral), 2019.

Olano García, Hernán Alejandro: *Constitucionalismo histórico, Historia de Colombia a partir de sus constituciones y reformas*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2007.

Osterhammel, Jürgen: *The Transformation of the World, A Global History of the 19th Century*, Princeton, University Press, 2014.

Pegoraro, Lucio: *Derecho constitucional comparado*, tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 2016.

Pihlajamäki, Heikki: "Merging Comparative Law and Legal History", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 66, n° 4, Oxford, University Press, 2018, pp. 733-750.

Prettenthaler-Ziegerhofer, Anita: *Verfassungsgeschichte Europas, Vom 18. Jahrhundert bis zum Zweiten Weltkrieg*, Darmstadt, WBG, 2013.

Rahimi, Haroun: "Remaking of Afghanistan, How the Taliban are Changing Afghanistan's Laws and Legal Institutions", *ISAS Working Papers*, de 26 de julio de 2022, <https://www.isas.nus.edu.sg/papers/remaking-of-afghanistan-how-the-taliban-are-changing-afghanistans-laws-and-legal-institutions/> (último acceso 17.10.2023).

- Riklin, Alois: *Machtteilung, Geschichte der Mischverfassung*, Darmstadt, WBG, 2006.
- Rosanvallon, Pierre: *La contrademocracia, La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Manantial, 2007.
- Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (Eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, University Press, 2012.
- Rotteck, Carl von y Welcker, Carl (Eds.): *Das Staats-Lexikon*, 15 tomos, Altona, Hammerich, 1834-1848.
- Saurer, Johannes: “Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes”, *Der Staat*, vol. 51, n° 1, Berlín, Duncker y Humblot, 2012, pp. 3-33.
- Schmitt, Carl: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza 1996.
- Schwartz, Victoria: “The Influences of the West on the 1993 Russian Constitution”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 32, n° 1, San Francisco, Hastings College of the Law, 2009, pp. 101-154.
- 144 Siefert, Rolf Peter: “El camino especial de Europa”, en Íd. y Marquardt, Bernd: *La Revolución industrial en Europa y América Latina*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009, pp. 1-92.
- Stolleis, Michael: “Methode der Rechtsgeschichte”, en Cordes, Albrecht y otros (Eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 3, 2ª ed., Berlín, Schmidt, 2016, pp. 1475-1483.
- Stolleis, Michael: “Transfer normativer Ordnungen”, *Rechtsgeschichte*, n° 20, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2012, pp. 72-84.
- Tate, Joshua C. y Lima Lopes, José Reinaldo de y Botero Bernal, Andrés (Eds.): *Global Legal History, A Comparative Law Perspective*, Londres, Routledge, 2018.
- Teubner, Gunther: “Das Projekt der Verfassungssoziologie / The Project of Constitutional Sociology, Irritating Nation State Constitutionalism”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, vol. 32, n° 2, Berlín, De Gruyter, 2011, pp. 189-204.
- Thiele, Alexander: *Der konstituierte Staat, Eine Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, Fráncfort del Meno, Campus, 2021.
- Tushnet, Mark: *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2ª

ed., Cheltenham, Elgar Publ., 2018.

Uprimny, Rodrigo: “El bloque de constitucionalidad en Colombia, Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, *Dejusticia*, 2017, https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf (último acceso 17.10.2023).

Vergottini, Giuseppe de: *Las transiciones constitucionales, Desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Versteeg, Mila y Sánchez, Nelson Camilo: “Modelo constitucional colombiano en perspectiva comparada latinoamericana y global”, en Rodríguez Villabona, Andrés Abel (Ed.): *Veinticinco años de la Constitución (1991-2016)*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2018, pp. 105-127.

Vita, Leticia: “Weimar in Argentina, A Transnational Analysis of the 1949 Constitutional Reform”, *Rechtsgeschichte*, no. 27, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2019, pp. 176-183.

Watson, Alan: *Legal Transplants, An Approach to Comparative Law*, 2ª ed., Athens, University of Georgia, 1993.

145

Weber, Max: *Economía y sociedad*, 3ª ed., México, FCE, 2014.

Willoweit, Dietmar y Schlinker, Steffen: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 8ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2019.

Wilson, Woodrow: *The Essential Political Writings*, Oxford, Lexington, 2005.

Winkler, Heinrich August: *Werte und Mächte, Eine Geschichte der westlichen Welt*, Múnich, C.H. Beck, 2019.

Yazici Caglar, Zeynep: “Comparative Legal History - But How?” en *Rechtsgeschichte*, n° 27, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2019, pp. 241-243.

Zweigert, Konrad y Kötz, Hein: *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Oxford, University Press, 1998.

Reseñas

Reseña normativa

Janice Balanian

Durante el primer semestre del 2023 el Congreso de la Nación sancionó catorce leyes, en su mayoría vinculadas a cuestiones de salud. En concreto, el Poder Legislativo aprobó la creación del Programa Federal Único de Informatización y Digitalización de las Historias Clínicas (Ley 27.706) y del Programa Nacional de Cardiopatías Congénitas (Ley 27.713), la modificación de la Ley de Sangre respecto de informar a los donantes sobre el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas (Ley 27.708) y de la Ley de Certificado Único de Discapacidad (CUD) respecto de su expedición sin vencimiento (Ley 27.711), la Ley de Promoción de la Formación y del Desarrollo de la Enfermería (Ley 27.712), y la Ley de Diagnóstico Humanizado (Ley 27.716). También sancionó la exención del Impuesto a las Ganancias para los trabajadores de la salud (Ley 27.718).

Por otro lado, el Congreso convirtió en ley al Plan de Pago de Deuda Previsional (Ley 27.705) y al Plan Federal de Capacitación sobre Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 27.709), la modificación de la Ley de Tránsito sobre alcoholemia cero para la conducción de vehículos (Ley 27.714), la creación del Parque Nacional y Reserva Nacional Laguna El Palmar (Ley 27.707), entre otras iniciativas.

En efecto, durante el periodo señalado, el Congreso Nacional dictó las siguientes leyes:

- Ley 27.705 – Plan de Pago de Deuda Previsional.
- Ley 27.706 – Creación del Programa Federal Único de Informatización y Digitalización de las Historias Clínicas de la República Argentina.
- Ley 27.707 – Creación del Parque Nacional y Reserva Nacional Laguna el Palmar.
- Ley 27.708 – Modificación de la Ley de Sangre respecto de informar a los donantes sobre el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas (CPH).
- Ley 27.709 – Ley de Creación del Plan Federal de Capacitación sobre Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley 27.710 – Reconocimiento a la Lengua de Señas Argentina como lengua natural.
- Ley 27.711 – Modificación de la Ley 22.431 sobre expedición del Certificado

Único de Discapacidad (CUD) sin vencimiento.

- Ley 27.712 – Promoción de la Formación y del Desarrollo de la Enfermería.
- Ley 27.713 – Programa Nacional de Cardiopatías Congénitas.
- Ley 27.714 – Modificación de la Ley de Tránsito sobre alcoholemia cero para la conducción de vehículos.
- Ley 27.715 – Fortalecimiento de la Justicia Penal Federal en la Provincia de Santa Fe.
- Ley 27.716 – Ley de Diagnóstico Humanizado.
- Ley 27.717 – Acuerdo sobre Reconocimiento de Títulos de Educación Superior en el Mercosur celebrado en la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 17 de diciembre de 2018.
- Ley 27.718 – Modificación del Impuesto a las Ganancias sobre exenciones a trabajadores de la salud.

Tras la enumeración anterior, a continuación, se ofrece una síntesis del contenido de algunas de esas Leyes.

Ley 27.706¹

150 Programa Federal Único de Informatización y Digitalización de las Historias Clínicas de la República Argentina

El 28 de febrero de 2023 el Congreso Nacional sancionó la Ley que crea el Programa Federal Único de Informatización y Digitalización de las Historias Clínicas de la República Argentina, cuyo objetivo es establecer —en forma progresiva— el Sistema Único de Registro de Historias Clínicas Electrónicas. Se trata de una red operada por el Ministerio de Salud que intercomunica a los distintos sistemas de historias clínicas electrónicas del país, bajo el estricto respeto de la Ley 26.529, Capítulo IV, de Derechos del Paciente y de la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales y sus modificatorias.

Según el texto de la ley, el Sistema Único de Registro de Historias Clínicas garantiza a los pacientes y profesionales de la salud el acceso a una base de datos de información clínica relevante para la atención sanitaria desde cualquier lugar del país. Para ello, los profesionales y auxiliares de la salud deben registrar toda intervención médico-sanitaria que se brinde en el territorio nacional, tanto en establecimientos públicos del sistema de salud de jurisdicción nacional, provincial,

¹ La Ley 27.706 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 16 de marzo de 2023 (Decreto N° 144/2023, Boletín Oficial N° 35.131). A su vez, el 31 de julio de 2023, el Poder Ejecutivo publicó el Decreto Reglamentario N° 393/2023 (Boletín Oficial N° 35.222).

municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como en establecimientos privados y de la seguridad social.

Los datos clínicos deben ser incluidos de forma clara y de fácil entendimiento, desde el nacimiento hasta el fallecimiento del paciente. A su vez, esta información tiene carácter confidencial y no debe ser alterada sin que quede registrada la modificación pertinente, aún en el caso de que tuviera por objeto subsanar un error acorde a lo establecido en la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales y sus modificatorias. En la misma línea, constituye documentación auténtica y, como tal, es válida y admisible como medio probatorio, haciendo plena fe a todos los efectos, siempre que se encuentre autenticada. Por último, la norma prevé que la consulta de los datos debe estar disponible en todo momento y en todos los establecimientos asistenciales, aunque restringida a los usuarios autorizados.

Ley 27.710²

Lengua de Señas Argentina

El 13 de abril de 2023 el Congreso Nacional sancionó la Ley 27.710 que reconoce a la Lengua de Señas Argentina (en adelante, LSA) como una lengua natural y originaria que conforma un legado histórico inmaterial como parte de la identidad lingüística y la herencia cultural de las personas sordas en Argentina y que garantiza su participación e inclusión plena. La norma define a la LSA como aquella que se transmite en la modalidad visoespacial y posee una estructura gramatical completa, compleja y distinta al castellano. A su vez, admite como organismos legítimos de consulta sobre la LSA a las organizaciones constituidas íntegramente por personas sordas que las representen en la República Argentina y se encuentren oficialmente constituidas e inscritas con reconocimiento del Estado.

151

Por último, faculta al Poder Ejecutivo nacional para fomentar e impulsar en los distintos ámbitos de su competencia el acceso y el uso de la LSA de todas las personas que, por algún motivo, elijan comunicarse en dicha lengua, con el objetivo de: a) acceder de manera efectiva y plena a la vida social; b) eliminar barreras comunicacionales y actitudinales facilitando el acceso a la comunicación e información; c) impulsar y fortalecer su independencia, autonomía personal y toma de decisiones; y d) diseñar y ejecutar estrategias que aseguren la accesibilidad comunicacional en todas las políticas públicas dirigidas a la sociedad.

² La Ley 27.710 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 2 de mayo de 2023 (Decreto N° 251/2023, Boletín Oficial N° 35.162).

Ley 27.712³

Promoción de la Formación y del Desarrollo de la Enfermería

El 13 de abril de 2023 el Congreso Nacional aprobó la Ley 27.712 que tiene por objeto establecer los mecanismos necesarios para promover la formación de calidad y el incremento de la cantidad de enfermeros, así como su profesionalización. En tal sentido, la norma adopta como principios rectores al reconocimiento y la jerarquización de la enfermería como trabajo profesional de la salud; la relevancia sociosanitaria del proceso de mejora continua de la calidad del trabajo profesional de enfermería; la importancia del aumento y de la distribución federal de la dotación de enfermería en todo el país; y la relevancia de la participación igualitaria de enfermeras y enfermeros en todos los niveles, ámbitos y jerarquías del sistema de salud.

En este marco, el Ministerio de Educación —en tanto autoridad de aplicación— cuenta con las siguientes funciones: estructurar una política nacional para el desarrollo de la formación de la enfermería; facilitar la creación de nuevas carreras universitarias y superiores técnicas de enfermería; administrar la creación y continuidad de incentivos económicos para estudiantes de enfermería; garantizar y mejorar la calidad de la formación; y propiciar la articulación entre instituciones y programas de formación de enfermería con los ámbitos de la ciencia y la tecnología, la salud y el trabajo. A su vez, la norma crea la Comisión Nacional de Formación y Desarrollo de Enfermería, como organismo de asesoramiento técnico, y el Programa Nacional de Formación de Enfermería, con el fin de administrar y gestionar los incentivos y aportes económicos para mejorar la calidad de la formación e incrementar el número de egresados de enfermería.

Por otra parte, la norma prevé requisitos mínimos que la Comisión Nacional de Formación y Desarrollo de la Enfermería considera para las titulaciones de enfermería y determina que las jurisdicciones educativas de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deben asegurar el funcionamiento de instancias internas de autoevaluación de la calidad en las instituciones que implementan carreras superiores técnicas en enfermería. A su vez, establece que la evaluación y acreditación de las carreras superiores técnicas de enfermería y las ofertas de formación continua de especialización deben enmarcarse en el Sistema Nacional de Evaluación, Certificación y Acreditación Integral de la Formación Técnico Profesional creado por el Consejo Federal de Educación por resolución N° 427/22 o el órgano nacional de evaluación que en el futuro lo reemplace.

Con relación a la formación continua profesional, la ley consagra el fomento

³ La Ley 27.712 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 2 de mayo de 2023 (Decreto N° 258/2023, Boletín Oficial N° 35.162).

de la movilidad entre distintas calificaciones y certificaciones existentes y de la profesionalización de los auxiliares de enfermería que actualmente sean parte integrante del sistema de salud; la promoción de la articulación a través de convenios entre universidades y las instituciones formadoras para el desarrollo de ciclos de complementación curricular para alcanzar títulos de grado y de posgrado; la discontinuidad de la formación en auxiliar de enfermería a partir de los 2 años de promulgada la norma; y la aprobación por parte de las instituciones educativas de contenidos mínimos con lineamientos comunes de enfermería. Por último, también contempla incentivos y aportes económicos para la formación en enfermería.

Ley 27.713⁴

Programa Nacional de Cardiopatías Congénitas

El 13 de abril de 2023 el Congreso Nacional aprobó la Ley 27.713 que crea el Programa Nacional de Cardiopatías Congénitas. Este programa está orientado a garantizar a las personas con cardiopatías congénitas el acceso a todas las instancias de detección y tratamiento. Sus objetivos específicos son promover el acceso universal al diagnóstico prenatal y posnatal; garantizar la tecnología necesaria para los diagnósticos y tratamientos; coordinar la derivación oportuna y segura de mujeres y/o personas gestantes cuyo feto tenga sospecha diagnóstica de cardiopatía congénita; y garantizar el tratamiento oportuno e integral y el seguimiento adecuado de las personas con cardiopatías congénitas.

153

A tales efectos, la norma incorpora en el Programa Médico Obligatorio (PMO) como estudio de rutina obligatorio para todas las mujeres embarazadas y/o personas gestantes una ecografía de calidad que incluya la Evaluación Cardíaca Fetal y, ante la sospecha de una malformación congénita cardíaca, reconoce el derecho a una derivación oportuna y segura y al traslado a un establecimiento de salud adecuado para atender la necesidad específica de la mujer y/o persona gestante. En la misma línea, determina que las obras sociales y las entidades de medicina prepaga deben brindar cobertura asistencial a las personas con cardiopatías congénitas.

Finalmente, crea el Consejo Asesor de Cardiopatías Congénitas, como el organismo de asesoramiento con funciones de consulta y seguimiento en materia de promoción del Programa; el Registro Nacional de Prestadores para la Atención de Cardiopatías Congénitas, para la adecuada individualización y categorización de las instituciones públicas y privadas; y el Registro Nacional de Tipos de Cardiopatía Congénita, a partir de registros de instituciones de todo el territorio nacional.

⁴ La Ley 27.713 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 2 de mayo de 2023 (Decreto N° 252/2023, Boletín Oficial N° 35.162).

Ley 27.716⁵

Diagnóstico Humanizado

El 19 de abril de 2023 el Congreso Nacional aprobó la Ley de Diagnóstico Humanizado, que tiene por objeto asegurar la contención y acompañamiento de las personas que reciben un diagnóstico de síndrome de Down para su hijo/a en gestación o recién nacido. Los objetivos específicos de la norma son: dar a los padres, madres o progenitores información sobre el diagnóstico, pronóstico, servicios de salud y de apoyo para las personas con síndrome de Down y sus familias; capacitar a los equipos de salud en el modelo social de discapacidad y sensibilización; promover la atención y estimulación temprana del recién nacido con diagnóstico de síndrome de Down; contribuir a la plena inclusión de las personas con discapacidad; y evitar la discriminación.

A tales efectos, la autoridad de aplicación tiene a su cargo, entre otras funciones, la promoción de la capacitación continua de profesionales de la salud; la elaboración de un protocolo respecto a la comunicación y la información que se debe dar a las personas cuyo hijo en gestación o recién nacido recibe un diagnóstico de síndrome de Down; y la sistematización de la información respecto a la cantidad de casos diagnosticados. Respecto a la comunicación del diagnóstico, la ley prevé las siguientes condiciones: se debe realizar en un ámbito de intimidad, asegurar la disponibilidad de tiempo necesario para resolver dudas y consultas, y ser empática, en lenguaje claro y neutral. Además, la información brindada debe incluir los derechos del paciente; las recomendaciones de seguimiento clínico, grupos y asociaciones de acompañamiento y contención de las personas con discapacidad y sus familias; los servicios sanitarios y de apoyo públicos y de la sociedad civil; y sitios de interés.

154

⁵ La Ley 27.716 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 9 de mayo de 2023 (Decreto N° 265/2023, Boletín Oficial N° 35.167).

Reseñas bibliográficas



**Rosatti, Emilio, *Justicia mediática*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2023, 136 págs.
*Reseña de Antonio María Hernández****

Es para mí una distinción reseñar esta interesante y aguda obra de Emilio Rosatti sobre un tema de especial relevancia en nuestros días: “Justicia Mediática”.

El autor expresa inicialmente que: “La libertad de prensa, por un lado, colisiona con el debido proceso o el estado de inocencia en algunos casos, y con el derecho a la intimidad en otros. ¿Es posible, entonces, que co-existan o convivan durante un proceso judicial de las características que aquí se describen los derechos y garantías mencionadas? En caso afirmativo ¿de qué manera?”.

Y para responder a tan complejas preguntas, comienza con un análisis de la libertad de prensa en nuestro orden constitucional, afirmando “que está protegida

* Profesor Plenario de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la UNC, Profesor Honorario de la UBA y Postdoctoral Senior Fellow de la State University of New York en la Escuela de Derecho de Buffalo, Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Convencional Constituyente de la Nación en 1994.

y amparada constitucionalmente en todas sus formas y alcances, no sólo en sus variantes escritas sino en aquellas que no lo son, por caso, las referidas audiovisuales —televisión y radio— y digitales —el caso de Internet con sus plataformas y redes sociales—. A ello agrega que nuestro máximo Tribunal de Justicia considera en su jurisprudencia que toda restricción, sanción o limitación a dicha libertad debe ser de interpretación restrictiva”.

Y seguidamente ejemplifica las dificultades para garantizar dicha libertad con el debido proceso y el derecho de defensa en un proceso judicial, citando a Ricardo Gil Lavedra, en su reciente libro *“La hermandad de los astronautas. El juicio a las juntas por dentro”*. En aquella oportunidad, los Magistrados decidieron que todos los medios nacionales o extranjeros podían solicitar el ingreso a la sala de audiencias, pero con un solo titular y un suplente. Antes del comienzo de cada testimonio, sólo un fotógrafo podía tomar imágenes, que luego se repartiría entre el resto de los medios. No se podía ingresar con ningún grabador ni hacerles notas a los testigos en el recinto del tribunal. Se acordó grabar toda la audiencia del juicio con dos cámaras instaladas en el centro de la sala, pero sólo en imagen, sin sonido.

Después de poner de relieve la opinión de la Corte Suprema en el caso “Castillo” de 2017 sobre la necesidad de resguardar los intereses legítimos de todos los involucrados por la similar jerarquía de los derechos constitucionales en juego, afirma el autor que durante el proceso judicial se debe garantizar la libertad de prensa “pero debiendo tener especial cuidado en que no afecten los derechos del debido proceso, estado de inocencia y finalmente el derecho que la sociedad tiene de saber lo que sucede en algún caso que le genere interés”.

156

En este aspecto, Rosatti destaca la especial relación entre la libertad de expresión y el derecho a la información, estrechamente vinculados a principios democráticos y republicanos, y concluye que durante el desarrollo de un proceso judicial existe, por un lado, el derecho a la libertad de prensa de los medios de comunicación de publicar lo que crean conveniente o necesario y, por el otro, el derecho a la información de la sociedad de saber qué es lo que allí sucede de manera completa y veraz.

Es que la publicidad de los actos de gobierno tiene plena vigencia en un proceso judicial, lo que significa —por un lado— una obligación para el Juez y —por otra parte— una garantía para el imputado. Y por eso expresa el autor: “No quiero dejar pasar por alto que al instaurarse en nuestra Constitución Nacional el Juicio por Jurados (arts. 24; 75, inc. 12; y 118), se encuentra implícita la exigencia de un juicio oral y público. Mucho se ha dicho respecto de la viabilidad del juicio por jurados en nuestro país, lo cierto es que el mismo está consagrado constitucionalmente desde el año 1853, y no solo constituye el derecho de un ciudadano de ser juzgado por sus pares, sino que significa un derecho del pueblo a juzgar”.

Esta necesaria publicidad de los procesos judiciales se ha visto reafirmada por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con rango constitucional,

luego de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema, en la reforma de 1994. Y en tal sentido Rosatti menciona la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, inc. 5°), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, inc. 1).

El desafío es, en consecuencia, para el autor “compatibilizar la publicidad en el juicio transmitido a través de medios de comunicación —cualquiera sea ese— y el desarrollo del proceso judicial respetando todos los principios y garantías constitucionales”.

Por eso, y con adecuado criterio republicano, sostiene que “no puede legitimarse —sin una verdadera razón— el secreto de las audiencias, pues ello crea sospechas en la administración de justicia, que en una democracia debe ser realizada en forma cristalina”. Y agrega: “La publicidad se constituye así en un medio de garantía de justicia, pues no sólo sirve para constatar que los jueces cumplan eficazmente su cometido, sino también para corroborar el comportamiento y solidaridad social de los testigos, peritos, intérpretes y otros medios de prueba, en sus actuaciones ante los tribunales, evitándose la mentira o alteración de las probanzas”.

Por eso Emilio Rosatti sostiene que existe una “interrelación de necesidad y conveniencia entre el proceso penal y los medios de comunicación”, porque la publicidad opera como control social y como garantía para el imputado. Y cita la opinión de Ferrajoli al respecto: “es la que asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial. Conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio”.

157

Más adelante analiza el inquietante tema de la influencia de la prensa en el proceso penal, pues en algunos casos “periodismo y público generan su propio veredicto antes que el Tribunal emita el fallo. Ese veredicto que se ve reflejado en innumerables medios de comunicación, puede influir en el Tribunal que esté juzgando, puesto que el Juez también lee, ve y escucha información, comprometiendo eventualmente su imparcialidad”.

Y luego caracteriza a la “justicia mediática” como el desarrollo periodístico de un proceso (en nuestro caso penal), paralelo al judicial—oficial—estatal, que procura descubrir la verdad y resolver las responsabilidades en torno a un acontecimiento que conmueve a la opinión pública. Y señala como sus principales características: a) Se trata de una investigación menos sistemática, garantista y (necesariamente) menos responsable que la que deben realizar los poderes públicos; b) Se rige por la técnica periodística, c) El proceso judicial es una de las fuentes de la investigación mediática, que asume la forma de una trama novelada más atractiva que la tribunalicia, d) Las pistas sobre las que trabaja la investigación mediática abren un abanico de conjeturas de amplio espectro; e) La dinámica de las dos investigaciones

(la judicial y la mediática) se entrecruzan, pero es la periodística (expuesta en un lenguaje más accesible y con el soporte tecnológico que hoy brindan los medios) la que interpela, desafía —y en ocasiones ridiculiza— a la investigación judicial; y f) La necesidad de que exista un culpable.

Luego enfatiza en el cambio de paradigma producido en los procesos penales, desde el sistema inquisitivo al acusatorio con el juicio por jurados, y luego al tercer momento actual, en que los operadores judiciales deberán dirigirse no sólo al juez y al jurado, sino a toda la sociedad a través de los medios de comunicación. Y sostiene que surge la necesidad de un lenguaje claro, donde “la defensa y fiscalía procurarán no sólo dar batalla en la sala de audiencias para ganar su caso, sino que también lo harán en los medios de comunicación, para poder tener a su favor a la opinión pública y así evitar una *condena social* —en caso de que se trate de la defensa— de la persona acusada o, a la inversa —en caso de la fiscalía— intentarán que el/la acusado/a sea visto como culpable antes de la sentencia”.

Y así finaliza la obra, reiterando los interrogantes jurídicos que suscita la “justicia mediática”.

Felicito efusivamente a Emilio Rosatti, docente de Derecho Constitucional, miembro del Comité Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y funcionario judicial federal por este valioso aporte, que invita a una reflexión profunda sobre uno de las cuestiones de mayor actualidad, especialmente en nuestro país.

Martín Julián Acevedo Miño

EL PLAZO RAZONABLE

ESTÁNDARES DE LA CORTE INTERAMERICANA

- El acceso a la justicia y su relación con el plazo razonable.
- Los estándares interamericanos en materia de duración razonable de los procesos judiciales.
- El concepto de plazo razonable en casos en los que la República Argentina fue demandada.
- Notas de jurisprudencia local.
- Los mandatos del sistema interamericano para el Estado argentino.

Prólogo:
Jorge Alejandro Amaya



159

**Acevedo Miño, Martín Julián, *El plazo razonable: estándares de la Corte Interamericana*, Contexto, 2023, 139 págs.
Reseña de Jorge Orgaz***

A partir de los primeros ensayos del constitucionalismo anglosajón que encuentran en la Carta Magna inglesa una referencia ineludible, el profesor Martín Acevedo Miño desde el inicio de su nueva obra destaca la intrínseca relación entre la razonabilidad del plazo de sustanciación de una causa judicial y el acceso efectivo a la justicia planteando que la prolongación injustificada de cualquier juicio constituye una denegación de este último derecho para el justiciable.

En verdadera clave constitucional, aborda una temática obviada generalmente por la doctrina especializada proponiendo delimitar el concepto y características

* Profesor de derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derecho administrativo en las facultades de derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Siglo 21 de Córdoba.

de lo que considera como “*garantía del plazo razonable*”; en primer lugar, vinculándola directamente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en particular, con el derecho al debido proceso legal de igual naturaleza que lo integra y; en segundo lugar, recurriendo a una perspectiva supranacional según los estándares dispuestos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) en la materia, comprendiendo que ambas instancias forman parte de un sistema jurisdiccional único.

En este último punto, recalando en la importancia de su enfoque observa que durante un largo tiempo los tribunales argentinos aplicaron pacíficamente la jurisprudencia de la CIDH sin oponer prácticamente objeciones acerca de su validez en postura que implicaba claramente que se la reconocía como la última interprete del sistema jurisdiccional implementado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (en adelante, PSJCR); que se vería alterada en razón del fallo “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amito vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*” dictado por la CSJN el 14 de febrero de 2017, que soslayando el hecho que fue dictado en el día de San Valentín implicó una marcada tensión en la otrora armoniosa relación que guardaba con la CIDH de la cual se derivaría necesariamente un replanteo acerca de la relación institucional entre ambos tribunales y también sobre la eficacia de las soluciones del tribunal regional en el ámbito jurídico interno de nuestro país claro está incluidas las referidas al plazo razonable de las causas judiciales.

Acevedo Miño se adentra en el estudio de la garantía del plazo razonable a la que incorpora como uno de los elementos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva relacionándola particularmente al también derecho fundamental al debido proceso legal que forma parte de su contenido. Siguiendo a Jesús González Pérez² puede afirmarse que aquél derecho despliega sus efectos en tres momentos claramente diferenciados: el primero; referido al libre acceso a los órganos jurisdiccionales por quienes intentan hacer respetar sus derechos incoando para ello sus reclamos que se tramitarán mediante un proceso dirigido por aquéllos; el segundo, una vez encauzado su trámite bajo su dirección que alude a la facultad que cuentan las partes para ejercitar sin restricciones su derecho de defensa y obtener una resolución fundada y justa en un plazo razonable; y el tercero, una vez dictada ésta última, consistente en las medidas adoptadas para lograr su cumplimiento. En otras palabras, como bien señala el autor la garantía del plazo razonable forma parte del núcleo duro de este derecho adquiriendo entonces desde una visión sistemática una trascendencia vital su observancia toda vez que “*los procesos judiciales no*

² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Civitas, Madrid, 1984, p. 40.

*pueden desarrollarse de cualquier modo” a los fines de impedir que se configure la temida denegatoria de justicia.³ En sintonía con la jurisprudencia de la CIDH enfatiza que entre dichas modalidades el artículo 8 del PSJCR no solamente se limita a disponer que se desarrollen totalmente los procesos judiciales internos con anterioridad a solicitar su intervención sino que ordena a los estados que “*estos aseguren, en un tiempo razonable la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo*”.⁴*

Inmediatamente, el autor profundizando todavía más el análisis de la garantía del plazo razonable se detiene en la relación que guarda con los principios rectores de la contienda judicial comenzando entonces por la igualdad que debe regir entre las partes involucradas en un proceso asegurando que se hallen en paridad de condiciones⁵ para ofrecer sus distintos argumentos y pruebas al tribunal con el objetivo de lograr su convencimiento que les asiste la razón frente a la resolución del pleito, por la cual las disposiciones que regulan su actividad no puedan constituir respecto de una de ellas una situación de privilegio o ventaja en detrimento de la otra. En este punto, el autor proporciona un original aporte por cuanto descartando una perspectiva restrictiva del principio de contradicción procesal anclada fundamentalmente alrededor de la libertad defensiva de las partes resalta que también “*la dilación indebida del proceso genera desventajas y beneficios a las partes involucradas. La parte más débil seguramente será la más perjudicada, por una decisión judicial extemporánea que le irroge gastos de tramitación sumados al desgaste propio de la incertidumbre en la resolución del conflicto*”.⁶

161

El papel central del órgano jurisdiccional en asegurar en plenitud la garantía de una duración razonable de los procesos judiciales tampoco escapa de la minuciosa consideración de Acevedo Miño quien refuerza su importancia afirmando que las partes no solo tienen derecho a que los conduzca de forma independiente e imparcial respetando estrictamente su derecho de defensa sino también según se trate de una causa civil o penal “*a saber la verdad de lo sucedido, y que se sancione a los eventuales responsables*”,⁷ respectivamente, en un tiempo prudente. Es decir, una vez interpuesta la demanda o producida la acusación el tribunal interviniente debe comprometerse al momento de ejercer sus prerrogativas legales a hacerlo en un plazo acotado por las fronteras de la razonabilidad para no desvirtuar su principal objetivo del proceso asociado a la promoción de la convivencia social y amparo efectivo de la situación jurídica de los ciudadanos involucrados en su tramitación.

³ Página 19.

⁴ Página 20.

⁵ Cfr. CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traducción de Santiago Sentís Melendo, volumen I, EJEA, Buenos Aires, 1973, p. 418.

⁶ Página 21.

⁷ Página 27.

Ocurre, como sostiene el autor que la “*demora en los procesos judiciales tiene el efecto de mantener a un individuo en un prolongado estado de duda que bien podría considerarse una especie de denegación de justicia*”.⁸

Después de una sólida introducción general del diseño institucional de la garantía del plazo razonable de los procesos judiciales, Acevedo Miño examina en detalle la doctrina judicial de la CIDH y de la CSJN sobre la misma recurriendo inclusive a los más importantes precedentes de otros sistemas regionales como el europeo que influyeron en su contenido, en otro importante acierto en el enfoque de su obra por cuanto otorga la posibilidad de observar su comportamiento en la concreta cotidianeidad tribunalicia muchas veces distante del marco teórico que la caracteriza. Efectivamente, luego repasar la dinámica del sistema interamericano de derechos humanos brindará exitosamente empero las dificultades que presenta la misión⁹ un repaso integral sobre los distintos criterios expuestos en muchas de sus sentencias por el tribunal regional sobre la delimitación conceptual de aquella garantía que a partir de la interpretación de las dos palabras que la enuncian, es decir, el sustantivo “plazo” y su adjetivo “razonable” permiten lograr un esquema lo suficientemente homogéneo para comprenderla y aplicarla en la esfera de los ordenamientos jurídicos nacionales que aceptan su jurisdicción.

162

En lo que constituye la parte esencial de su novedosa obra, el autor esclarece además las soluciones jurisprudenciales de la CIDH en aquellos casos en donde la República Argentina resultó demandada por violación de la garantía del plazo razonable iniciándolo con su sentencia recaída en la causa “*Bayarri vs. Argentina*”. Con idéntica rigurosidad explica también los pormenores de sus resoluciones en otras causas, por ejemplo, “*Fornerón en Hija vs. Argentina*”; “*Furlán y Familiares vs. Argentina*”; “*Perrone y Preckel Vs. Argentina*”; de las cuales tras un agudo estudio de sus soportes fáctico y jurídico extrae como un elemento común el criterio que ya defendió a la hora de resolver el caso “*Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*” en el sentido que si la duración de un proceso incide sobre la situación jurídica de una de sus partes resultará imprescindible que “*corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve*”,¹⁰ sin que ello importe “*un avance sobre el ámbito discrecional de cada Estado para diseñar las vías por las que administrará justicia, que como también hemos dicho, pueden responder, en su formulación, a factores tales como la cultura, la tradición jurídica o la idiosincrasia de sus habitantes*”,¹¹ sino solamente la resolución de aquellos casos bajo dicho parámetro plenamente aplicable cuando no ha podido ser justificado su incumplimiento sea

⁸ Página 32.

⁹ Reconocida desde hace tiempo por la propia CIDH, por ejemplo, en su sentencia de la causa “*Genie Lacayo vs. Nicaragua*”, del 29 de enero de 1997.

¹⁰ Página 51.

¹¹ Página 69.

por la complejidad que presentan o la negligente conducta asumida por las partes.

Destaca también Acevedo Miño que en ninguno de estos casos la CIDH recomendó llevar adelante cambios de naturaleza constitucional o legal en nuestro ordenamiento jurídico nacional a los fines de consagrar expresamente la garantía del plazo razonable en postura que respalda abiertamente porque; en primer término, concluye que cuenta con su fundamento de máxima jerarquía de arranque en el preámbulo de la Ley Fundamental federal y tras su reforma de 1994 en su artículo 75 inciso 22 por remisión directa al derecho internacional de los derechos humanos resaltando entonces nuevamente el papel trascendental del juez en la tarea de asegurar su cumplimiento y; en segundo término, prescinde de las disposiciones legales internas remitiéndose a sus estándares si observa la vulneración de aquélla para que en defensa propia su competencia no quede limitada precisamente por la exclusiva voluntad legisferante de los estados sobre quienes la ejerce.

A renglón seguido, iniciando el tramo final de su trabajo, el autor demuestra que la CSJN ha receptado sin oposición los estándares fijados por la CIDH en las sentencias que finalizaban aquellos procesos en donde la demora en su tramitación aparece como un hecho relevante teniendo en consideración que desde el precedente “*Maizares, Jorge Horacio s/ infracción al art. 189 bis del Código Penal*”, de comienzos del presente siglo entiende que su pronta terminación es ante todo condición de una buena administración de justicia, ratificando la postura asumida en otras causas como “*Mattei, Ángel s/ contrabando de importación*” del 29 de noviembre de 1968 o anticipando la esgrimida con idéntica intención en la más cercana “*Escudero, Maximiliano Daniel s/ recurso de casación*” del 23 de marzo de 2021; cuyo incumplimiento al implicar un menoscabo severo de las reglas fundamentales del estado de derecho por significar prácticamente una denegación de justicia en perjuicio de la ciudadanía reclamante activa las prerrogativas con las que cuenta para sancionar a los jueces intervinientes responsables en la demora en su tramitación que como advierte Acevedo Miño respecto de la situación de Argentina con seguridad “*reduciría enormemente sus posibilidades de ser nuevamente demandada y, eventualmente, condenada en sede internacional*”¹² y lo que es más importante aseguraría la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables.

Es por ello que el autor vuelve sobre la obligación que recae sobre la actividad del tribunal de la causa que en el marco de sus facultades de dirección de su tramitación es el encargado de diluir todo obstáculo que implique una demora injustificada de la misma porque no “*debería suceder que dicha circunstancia recién se advierta en la vía excepcional del recurso extraordinario federal, como*

¹² Página 95.

*tampoco debería suceder que la Corte reiterare exhortaciones en este sentido”;*¹³ porque tales distorsiones en la regular tramitación de un proceso judicial nunca resultan inocuas ya que desde una óptica de hondo contenido humanista que marca el ritmo del autor a lo largo de toda su obra *“lesionan gravemente derechos fundamentales y pueden determinar una nueva condena para el país, si este es demandado ante la Corte Interamericana, toda vez que ‘la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos’.*¹⁴

La garantía del plazo razonable en la tramitación de los procesos judiciales que el autor coloca innovadoramente con su trabajo en el centro de la escena de la tutela judicial efectiva a los fines de ponderar la correcta prestación del servicio de justicia para el ciudadano evitando su inobservancia implique su denegación requiere que concluyan sujetos a un preciso equilibrio en su desarrollo con el derecho de defensa de las partes en el tiempo más breve posible con el dictado de una sentencia porque si un proceso con retrasos infundados resulta perjudicial para ellas también lo es aquel llevado adelante precipitadamente con deterioro de sus garantías individuales.

En esta difícil búsqueda de su contenido y alcance que como pudo observarse demandó una trabajosa construcción por parte de la CIDH traducida en la elaboración de distintos estándares que ayudaron en su fijación por parte de los tribunales nacionales la obra de Acevedo Miño debe ser bienvenida porque se inscribe sin dudas entre aquellas cuya consulta resulta imprescindible para lograr tal cometido y con ello una mejor comprensión de un instituto jurídico insustituible en la defensa de los derechos fundamentales titularizados por el justiciable. -

164

¹³ Página 111.

¹⁴ Página 127.