

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 12, NÚMERO 24, 2014, PP. 273-351. BUENOS AIRES, ARGENTINA (ISSN 1667-4154)

La fuerza normativa de la Constitución

Prof. Dr. Germán J. Bidart Campos: *in memoriam*

DIEGO A. DOLABJIAN*

RESUMEN

Este trabajo rinde homenaje a la memoria del Profesor Doctor Germán J. Bidart Campos, analizando sus principales ideas acerca de la educación y la fuerza normativa de la Constitución.

PALABRAS CLAVE

Germán J. Bidart Campos - Enseñanza y Derecho Constitucional - Fuerza normativa de la Constitución.

The normative force of the Constitution

Prof. Dr. Germán J. Bidart Campos: *in memoriam*

ABSTRACT

This paper pays homage to the memory of Prof. Dr. Germán J. Bidart Campos analyzing his main ideas about education and the normative force of the Constitution.

KEYWORDS

Germán J. Bidart Campos - Education and Constitutional Law - Normative force of the Constitution.

* Docente de Derecho Constitucional (UBA).

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

I. UN PEQUEÑO HOMENAJE

Con motivo de cumplirse el 10° aniversario del fallecimiento del Profesor Doctor Germán J. Bidart Campos, en estas líneas se ofrece un pequeño homenaje para quien fuera un gran maestro del Derecho Constitucional, recorriendo sus principales ideas acerca de la educación y sobre la fuerza normativa de la Constitución, la cual fue –sin dudas– una de sus enseñanzas fundamentales.

II. EL MAGISTERIO DE BIDART CAMPOS

1. POR UNA EDUCACIÓN DEMOCRÁTICA

Bidart Campos exhibió desde temprano un compromiso cardinal con el desarrollo de una enseñanza democrática con relación a los estudiantes y a los profesores.

Así, respecto de los alumnos, bregaba por “buscar que las inteligencias juveniles se abran al desarrollo cultural comprendiendo los beneficios de la tolerancia, de la paz, del amor y de la convivencia democrática”,¹ en tanto que “el entrenamiento en un conjunto de cuestiones doctrinarias que comprometen al sistema democrático, resulta indispensable en el estudiante que se halla en etapa de formación de sus convicciones y su cultura”.²

A su vez, respecto de los docentes, expresaba su vocación en un catálogo de proposiciones relativas a sus derechos y obligaciones.³

- Los docentes tienen el derecho de elegir la perspectiva iusfilosófica que prefieran para marcar la tónica de la docencia que desarrollan en una disciplina jurídica; no obstante lo cual, cualquiera fuera la iusfilosofía que se adoptara, debía inducirse a los alumnos a verificar si la dimensión del ser se reciprocaba con el ámbito del deber ser.⁴

¹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Educación democrática. Primer curso*, Buenos Aires, Stella, 1956, p. XIII.

² Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Educación cívica I*, Buenos Aires, Estrada, 1984, *Prólogo*.

³ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Para vivir la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1984, pp. 385 y ss.

⁴ Desde su perspectiva iusfilosófica trialista, Bidart Campos consideraba que los profesores de derecho no deben limitar la enseñanza que imparten, en cualquiera de las

- En tal marco, la libertad de cátedra constituye un derecho inalienable de los profesores, cuyo mínimo aspecto les permite asignar a su enseñanza el contenido, el enfoque, la orientación, las guías bibliográficas que escoja, y los libera de someterse a criterios heterónomos, oficiales, partidistas, como así también de tener que omitir críticas y discrepancias, o de autocensurarse.
- En el ejercicio de su libertad de cátedra, el docente debe ser veraz y leal con sus convicciones profesionales y personales, y transmitir las al alumnado con igual franqueza: lo que cree con firmeza, no ha de disimularlo; lo que tiene en duda, ha de plantearlo como sujeto a revisión, a debate, a alternativas; lo que no sabe, ha de confesarlo, sin disfrazarlo con improvisaciones o apariencias de sabiduría.
- Desde tal perspectiva, y dada la limitación humana que impide conocer y dominar exhaustivamente toda la bibliografía de una materia, el profesor debe poder aclarar ante sus alumnos su personal limitación, hacerles comprender que él no es un “sabelotodo”, sino que estudia y aprende cotidianamente, que tiene puntos oscuros, bajo análisis inconclusos, y otros todavía no esclarecidos.
- Por lo tanto, el docente no debe ser dogmático, no ha de ser intolerante con la opinión distinta o ajena, y debe admitir que su

ramas jurídicas, al orden normativo expresamente escrito, sino que deben atender también a los hechos y comportamientos para observar cómo funciona y opera el sistema, y valorar todo ese material para determinar si es justo, injusto o más o menos justo. No obstante tal visión personal, Bidart Campos mantuvo una generosa apertura respecto de la diversidad de posturas iusfilosóficas para el estudio del derecho constitucional, como puede verificarse considerando el abanico de orientaciones desplegadas por quienes, de diversa manera, han sido sus discípulos. Así, por ejemplo, se encuentran posiciones que enfocan sobre la normatividad constitucional (v. gr.: FERREYRA, Raúl G., *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013, pp. 25 y ss.), que desarrollan un principalismo constitucional (v. gr.: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés F., *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ediar, 2009, pp. 45 y ss.), que atienden a la jurisprudencia constitucional (v. gr.: SOLA, Juan V., *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 2 y ss.), que formulan una combinación entre tales perspectivas constitucionales (v. gr.: SABSAY, Daniel A., *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 1 y ss.), o que expresan un iusnaturalismo constitucional (v. gr.: LEGARRE, Santiago, *Ensayos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ábaco, 2014, pp. 21 y ss.), entre otros.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

- libertad de cátedra como profesor tiene su contrapartida en otra libertad similar del alumno, a la que desde su magisterio ha de estimular, además de respetar, para que el alumno aprenda a razonar con sus propios argumentos; pueda disentir con la orientación del profesor; utilice la bibliografía que él prefiera; objete, y se forme su propio juicio personal.
- Así, entonces, el profesor debe admitir el interrogatorio de los alumnos, y afrontarlo con honestidad diciendo que sobre tal o cual cosa no está en condiciones de responder con certeza, que sobre tal otra no se ha formado opinión personal segura, remitiendo a los autores que se han ocupado del tema objeto de la pregunta.
 - Más que un glosador o expositor de la disciplina, el docente tiene que despertar en aquellos a quienes imparte enseñanza una mínima vocación de investigación personal: en una palabra, ha de ayudar al alumno a que piense, reflexione, razone y extraiga conclusiones.
 - Por eso, el profesor debe admitir y usar un método coloquial, sin eludir ni trabar las réplicas, sin aferrarse al dogmatismo, sin la petulancia de haber descubierto toda la verdad y “su” punto de vista personal sobre la verdad.
 - Y, asimismo, el docente tiene la obligación de estar actualizado, y no debe poner en interdicción a ningún autor, no ha de ignorar o soslayar a los que profesan puntos de vista contrarios o distanciados del suyo.
 - En suma, el profesor tiene el derecho y el deber de buscar la verdad en el ámbito de su disciplina: esa develación de la verdad le incumbe a él como docente y como investigador y, en segundo lugar, ha de ser la que le imprima sentido y orientación a su enseñanza, y la que sirva para estimular a sus alumnos en idéntico propósito y en la misma.
 - Sin embargo, así como en ejercicio de su libertad de cátedra y de investigación, y de su deber de búsqueda de la verdad, el docente no ha de ocultar, ni disimular, ni tergiversar sus creencias y sus convicciones, tampoco ha de valerse de su cátedra y de su docencia para hacer proselitismos que no concuerdan con la función profesoral.

- Por otra parte, el profesor de derecho no debe presentar su asignatura a los alumnos como la más importante, pero ha de darles razón de la importancia que tenga para el científico del derecho y para el profesional del derecho, y debe ser consciente, sin elitismos ni menosprecio por otras carreras, de que tiene una función trascendente, porque del grupo de sus discípulos habrá de surgir buena parte de las dirigencias futuras de diversos ámbitos sociopolíticos.
- Así, entonces, dentro de un estilo democrático, el docente de derecho ha de encontrar en su materia –con más abundancia que en otras– los temas, los aspectos y las cuestiones que se comprometen con la democracia, con la dignidad de la persona, con su libertad y con sus derechos: ha de enderezar su enseñanza a la propulsión de las instituciones y los valores democráticos, ha de infundir con vivacidad y fe contagiosa las convicciones compatibles con ellos, ha de mostrar al mundo jurídico como un orden de convivencia donde los hombres y la sociedad puedan desarrollarse plenamente, y donde el Estado y el aparato de poder respondan al mismo modelo democrático.
- Finalmente, los profesores de derecho constitucional –al igual que los docentes de ciencia política– deben inspirarse en los valores que impregnan al régimen político-jurídico de libertad, de promoción de la persona humana, de tutela y disfrute de los derechos humanos, de pluralismo, de seguridad, de orden, de paz, de bienestar, de progreso, todo lo cual corresponde al estilo de una sociedad democrática.

2. *SOBRE LA EDUCACIÓN DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL*

Respecto del derecho constitucional “de enseñar y aprender”, Bidart Campos destacó tempranamente el rol primordial de la familia y los grupos privados que colaboran con ella, entendiendo que correspondía al Estado un rol coadyuvante para asegurar la prestación de un mínimo exigible de educación, para difundir la instrucción, elevar el nivel cultural, etc., sin tornarse en un monopolio docente estatal; a la par que resaltó a la libertad de cátedra como prohibición al Estado de imponer rumbos

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

en los planes de enseñanza, impartiendo directivas, fijando doctrinas y negando la posibilidad de disentir con la ideología política oficial.⁵

Luego, tras la reforma constitucional (1994), se refirió ya al “derecho a la educación y a la cultura” observando que la escueta referencia del art. 14 de la Constitución histórica debía ahora empalmarse y actualizarse con los enunciados contenidos en los incs. 17, 19 y 22 del art. 75, y también con los arts. 41 y 42 de la Constitución reformada, que enclavan principios, valores y derechos a tomar en cuenta en el tema de la educación, la enseñanza y la cultura.⁶

- La fórmula “enseñar y aprender” debe interpretarse como alusiva a contenidos mucho más amplios que lo que puede insinuar la literalidad del vocabulario, en cuanto apela al derecho a la educación y al derecho a la cultura; al derecho a informarse, o a investigar en todos los campos del saber humano, y al derecho de difundir los conocimientos, informaciones, investigaciones, etc.; sugiriendo que la educación y la cultura hacen al denominado desarrollo humano.
- Así, pues, el derecho de enseñar y aprender, la libertad de enseñanza y el derecho a la educación han emergido de todo reduccionismo que, con anterioridad, los recluyera en el plexo de los derechos individuales para explayarse hacia el ámbito de los derechos sociales, y de ese modo conectarse con el derecho a la cultura.
- Concretamente, cualquier habitante o asociación puede impartir enseñanza, y cualquier habitante puede también recibirla de quien quiera y donde quiera: en tal sentido, toda persona tiene un derecho elemental a educarse, es decir, a que no se coarte y se favorezca su posibilidad de recibir educación, con igualdad de oportunidades, y, asimismo, toda persona tiene derecho a la libertad de enseñanza, es decir, a la posibilidad de optar por un tipo de educación, por su orientación espiritual e ideológica, por un establecimiento determinado, así como el reconocimiento de esa enseñanza por el Estado.

⁵ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1966, t. II, pp. 231 y ss.

⁶ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2001, t. I-B, pp. 155 y ss.

- Los padres, los hijos menores adultos, la familia, los establecimientos privados, la sociedad en general y el Estado –tanto provincial como federal– poseen todos diversas atribuciones y obligaciones educativas, siendo que éste debe fomentar el pluralismo educacional, en el seno de una sociedad libre y abierta, promoviendo y estimulando la iniciativa privada, sin perjuicio de la competencia estatal respecto de los establecimientos oficiales; atendiendo además las referencias a la educación intercultural con relación a los pueblos originarios, a la educación para el consumo y a la educación ambiental.
- Por otra parte, aparece la libertad de cátedra que, elementalmente, implica el derecho de impartir y recibir la enseñanza sin sujeción a directivas que impongan un contenido ideológico determinado o una orientación obligatoria que lesionen la libre investigación científica y el juicio personal de quien enseña o aprende. La libertad de cátedra se desglosa así en diversos aspectos: a) para quien imparte enseñanza, importa poder transmitir los conocimientos de acuerdo a la orientación, criterio y valoración propios; b) para la asociación o persona que son propietarios de un establecimiento educacional, poder imprimir a la enseñanza la orientación ideológica o espiritual adoptadas en el establecimiento; c) para quien recibe enseñanza, la necesaria libertad de crítica y de juicio propio para formar y exponer razonadamente su punto de vista.
- De su lado, las referencias a la gratuidad y a la equidad de la enseñanza pública estatal constituyen dos parámetros que exigen conciliarse entre sí, sin excluirse: así, la gratuidad significa que la enseñanza estatal no puede arancelarse, en tanto que la equidad no quiere decir que el alumno que está en condiciones de pagar pueda tener que pagar, sino algo muy distinto: que como sumatoria a la gratuidad, el que realmente carece de recursos debe recibir todavía algo más que la exención del arancel; por ej., un subsidio para los gastos de estudio.
- Finalmente, el reconocimiento de la autonomía de las universidades nacionales tiene, automática y directamente por imperio de la cláusula constitucional, el efecto de erigirlas y reconocerlas como

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

personas jurídicas de derecho público no estatales, lo que, entre otras consecuencias, surte la de colocarlas al margen de toda clase de intervención y subordinación respecto del Estado, como no sea en lo que pueda tener vinculación con los recursos que el Estado les debe deparar a través del presupuesto. De tal manera, las leyes del Congreso sobre educación universitaria no pueden reglamentar la organización interna de las universidades nacionales, debiendo limitarse a proporcionar las pautas globales de naturaleza estrictamente educativa y cultural que tienen que guiar la impartición de la enseñanza.

Las líneas anteriores condensan una aproximación general a las ideas de Bidart Campos en torno a la educación. Es turno de seguir ahora con una de sus enseñanzas fundamentales: la teoría de la fuerza normativa de la Constitución.

III. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

1. EN EL CONTEXTO DEL CONSTITUCIONALISMO NORTEAMERICANO Y EUROPEO

a) LA EVOLUCIÓN DE LA IDEA

Las revoluciones norteamericana y francesa de fin del siglo XVIII marcaron un momento decisivo en la historia del constitucionalismo.⁷

Tanto los colonos norteamericanos como los ciudadanos franceses ejercieron el poder constituyente para acabar con el estatus anterior y fundar un nuevo orden jurídico-político, independizándose de la corona inglesa y destruyendo el antiguo régimen, respectivamente.

Sin embargo, el movimiento constitucionalista se desarrolló de modo y en sentido diverso en las dos orillas del Atlántico.⁸

⁷ Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione* (1999), trad. *Constitución. De la antigüedad hasta nuestros días*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 100 y ss.

⁸ Sobre la evolución del constitucionalismo en Estados Unidos y en Europa, con especial foco en su afirmación como norma suprema jurisdiccionalmente garantizada, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 39 y ss.; ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 19 y ss.

En efecto, *en Norteamérica*, la Constitución asumió un valor jurídico pleno, tanto respecto de la organización formal de la parte orgánica como en cuanto a los contenidos sustanciales de la parte dogmática, cuyos enunciados se consideraban vinculantes para el legislador y aplicables por los tribunales incluso frente a las leyes.

Así, v. gr., Hamilton sostuvo que la Constitución norteamericana:⁹

“...contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa (...) Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta (...) Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido (...) La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios (...) [D]onde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son (...) [C]onsiguientemente, siempre que determinada ley contravenga la Constitución, los tribunales tendrán el deber de apegarse a la segunda y hacer caso omiso de la primera”.

Tal concepción fue asumida luego por la propia Supreme Court, bajo la pluma del chief justice Marshall, en el conocido caso “*Marbury vs. Madison*” (1803, 5 US 137):

“La pregunta acerca de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en ley vigente del país es profundamente interesante para

⁹ Cfr. HAMILTON, Alexander, en *The federalist*, nro. 78 (1788), trad. *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 330 y ss.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

los Estados Unidos pero, felizmente, no tan complicada como interesante (...) [L]a voluntad originaria y suprema [del pueblo] organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede hacer sólo esto, o bien fijar, además, límites que no podrán ser transpuestos por tales poderes (...) El gobierno de los Estados Unidos es de esta última clase. Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita (...) Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida (...) Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza (...) Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad (...) Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él (...) Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando

la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren (...) Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda Constitución escrita (...) Reducir de esta manera a la nada lo que hemos considerado el más grande de los logros en materia de instituciones políticas –una Constitución escrita– sería por sí mismo suficiente en América, donde las constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar la tesis (...) No es tampoco inútil observar que, al declarar cuál será la ley suprema del país, la Constitución en sí misma es mencionada en primer lugar, y no todas las leyes de los Estados Unidos tienen esa calidad, sino sólo aquellas que se hagan de conformidad con la Constitución (...) De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los Estados Unidos confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda Constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento”.

En cambio, *en Europa*, la Constitución asumió un valor normativo limitado, reducido a la organización formal de la parte orgánica, en tanto que los contenidos sustanciales de la parte dogmática se presentaban apenas como principios programáticos, dependiendo del legislador sin cuyas leyes no resultaban aplicables por los tribunales.

En tal sentido, el constitucionalismo europeo que siguió a la 1ª Guerra Mundial procuró la racionalización del poder inclinándose por la primacía del Legislativo frente al Ejecutivo, la extensión del reconocimiento de derechos individuales y sociales, el desarrollo de un incipiente control de constitucionalidad de las leyes a cargo de los jueces, etc.;¹⁰ sin embargo, los intentos colapsaron con la irrupción de los totalitarismos y la 2ª Guerra Mundial, volviéndose hacia la senda de la concepción de la

¹⁰ Cfr. MIRKINE GUETZÉVITCH, Boris, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel* (1931), trad. *Modernas tendencias del derecho constitucional*, Madrid, Reus, 1934, pp. XXI y ss.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

Constitución como norma suprema jurisdiccionalmente garantizada recién con posterioridad a la segunda mitad del siglo XX.

En esta evolución europea de la idea de la fuerza normativa de la Constitución, resulta una referencia obligada aludir al desarrollo de la dogmática alemana.

En 1862, Lassalle pronunció una famosa conferencia en la que sostuvo que los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son la fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que sólo puedan ser como son.¹¹

De tal manera, la Constitución escrita no es más que una hoja de papel en la que se plasman los factores reales de poder existentes en una sociedad en un momento determinado, de manera tal que aquélla no tiene valor ni es duradera sino en cuanto guarda fiel expresión con los factores de poder imperantes en la realidad social.

La Constitución de un país es, en esencia, la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país, y de nada sirve lo que se escriba en esa hoja de papel que es la Constitución jurídica, si ella no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder.

A principios del siglo XX, Jellinek aludió a la fuerza normativa de lo fáctico, afirmando que las relaciones reales de poder son las que sirven de base al orden jurídico y encuentran en él su expresión, residiendo en ellas una fuerza normativa por la que deben ser consideradas como jurídicas.¹²

En concreto, la Constitución expresa las relaciones de poder entre los distintos factores sociales, siendo preciso distinguir entre la Constitución escrita y la Constitución viva, en cuanto ésta consiste en una división efectiva del poder que es independiente de las fórmulas jurídicas escritas.

Teóricamente, la nota jurídica esencial de las Constituciones radica en la superioridad desde el punto de vista formal respecto de las demás

¹¹ Cfr. LASSALLE, Ferdinand, *Über Verfassungswesen* (1862), trad. *¿Qué es una Constitución?*, Madrid, Cenit, 1931, pp. 51 y ss.

¹² Cfr. JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre* (eds. 1900, 1905 y 1914), trad. *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1943, pp. 253, pp. 381 y ss.

normas: sin embargo, lo cierto es que tal distinción carece de significación práctica en el caso de las Constituciones flexibles que pueden modificarse de la misma manera que las leyes comunes, e incluso en el caso de las Constituciones rígidas se observa que su texto no puede evitar que se desenvuelva junto a ellas y contra ellas un derecho constitucional no escrito.

El derecho no tiene jamás fuerza para solucionar los profundos conflictos entre poderes dentro del Estado, ni para dominar la dirección del camino en los momentos críticos de la vida del Estado: el poder tiene límites según la Constitución, pero puesto que en el orden jurídico mismo no hay garantías que aseguren que ese poder se ejercerá sólo de un determinado modo, nadie puede, en consecuencia, fijar la dirección en que obrará el poder.

De tal manera, señalaba que la mayor parte de los Estados donde no se asigna al juez el derecho de comprobar si las leyes concuerdan materialmente con la Constitución, no hay garantía alguna, por más que digan las teorías jurídicas, de que no se promulgará una ley que contradiga los principios del derecho constitucional y modifique la validez jurídica de la Constitución.

Luego, insistió en que las normas jurídicas pueden mucho menos de lo que se cree, sosteniendo que podían producirse cambios constitucionales, por reforma o mutación, a causa de revoluciones, necesidades políticas, prácticas parlamentarias, administrativas y/o jurisdiccionales, etc., de manera tal que la Constitución se transforma según el modo como se ejerce el poder estatal, pues las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar la efectiva distribución del poder estatal en tanto que las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica.¹³

Durante la República de Weimar (1919-1933) tuvo lugar una relevante disputa entre Kelsen y Schmitt acerca del sentido de la Constitución y su defensa.

¹³ Cfr. JELLINEK, Georg, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (1906), trad. *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 5 y ss.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

De un lado, Kelsen partía de la concepción del derecho como una serie escalonada de normas, definiendo a la Constitución como la norma suprema de un orden jurídico estatal en cuanto ella regula fundamentalmente los órganos, el procedimiento y hasta cierto punto el contenido, de la creación de las demás normas que componen el sistema jurídico, en especial, las leyes en tanto normas generales de grado superior.¹⁴

Afirmaba que la Constitución podía incluir también otras materias, como la regulación de los actos administrativos e incluso un catálogo de derechos, sin embargo éstos no configuraban un auténtico límite material para el legislador.

Desde su perspectiva, la resolución de los conflictos entre la Constitución y las normas inferiores exigía la anulación de los actos inconstitucionales, lo cual en el caso de las leyes solamente podía encargarse a la defensa de un Tribunal Constitucional,¹⁵ en cuanto dicha competencia no podía quedar en manos del propio legislativo, ni de la justicia ordinaria, ni tampoco del ejecutivo.¹⁶

En cambio, Schmitt partía de una distinción entre la Constitución como una decisión política fundamental que expresa la forma concreta de existencia del pueblo en su totalidad como unidad política y las leyes constitucionales como regulaciones normativas concretas que valen en virtud de la Constitución; de modo que toda normatividad sólo vale en base y en el marco de tal decisión.¹⁷

¹⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre* (1925), trad. *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, pp. 306, 325 y ss.

¹⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle)* (1928), trad. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia constitucional)*, México, UNAM, 2001, pp. 9 y ss.

¹⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1931), trad. "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?", en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la Justicia constitucional*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 289 y ss. Asimismo, cabe señalar que Kelsen retoma en obras posteriores el análisis de la Constitución y de la inconstitucionalidad de las leyes con ciertos matices, cfr. *Reine Rechtslehre* (eds. 1934 y 1960), trad. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Colihue, 2011, pp. 257, 299 y ss., y *General Theory of Law and State* (1945), trad. *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995, pp. 135, 169, 185 y ss.

¹⁷ Cfr. Schmitt, Carl, *Verfassungslehre* (1928), trad. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1996, pp. 29 y ss.

Tal diferenciación llevaba, entre otras cosas, a sostener que podían haber reformas, suspensiones, quebrantamientos o supresiones de las leyes constitucionales sin que por ello se afecte la Constitución, y que no toda vulneración a los derechos fundamentales contemplados en una ley constitucional implicaba un conflicto constitucional.

Desde su perspectiva, la resolución de los conflictos exigía una decisión que, en el caso de las leyes constitucionales, acaso podía ser encomendada a la interpretación de un Tribunal Constitucional, pero que tratándose de la Constitución, solamente el ejecutivo podía erigirse en su defensor, en cuanto dicha competencia no podía quedar en manos del legislativo ni de ningún órgano judicial.¹⁸

A su turno, entre esas dos visiones contrapuestas, terció la postura de Heller, para quien resultaba inexacto concebir a la Constitución exclusivamente como puro derecho o como pura decisión, siendo que consideraba que no pueden estimarse completamente separados la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser, en el concepto de Constitución.¹⁹

La Constitución conforma así un todo en el que aparecen complementándose recíprocamente la normalidad y la normatividad, en cuanto ella se caracteriza no sólo por la conducta normada y jurídicamente organizada de sus miembros, sino además por la conducta no normada, aunque sí normalizada, de los mismos: la Constitución no consiste sólo en normas jurídicas, sino que también incluye elementos constitucionales no normados y otros normados pero no jurídicos.

De tal modo afirmaba que al lado de la fuerza normativa de lo fáctico tiene también una gran importancia la fuerza normalizadora de lo normativo; sin embargo, reconocía que en última instancia siempre se confirmaba la tesis de que la Constitución real consiste en las relaciones reales de poder, pues en todos los casos en que el depositario supremo del poder se opone con éxito a las normas constitucionales, resulta posible una creación jurídica en violación al derecho: por muchos controles que se establezcan, no hay ninguna forma de inviolabilidad de las normas

¹⁸ Cfr. SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung* (eds. 1929 y 1931), trad. *El defensor de la Constitución*, en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1 y ss.

¹⁹ Cfr. SÉLLER, Hermann, *Staatslehre* (1934), *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 267 y ss.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

constitucionales que pueda detener revoluciones y restauraciones, y ninguna división de poderes constitucional puede impedir que en un conflicto insoluble decida, en definitiva, el poder prácticamente más fuerte.

Acabado el interregno de profunda oscuridad (1933-1945), ya vigente la Ley Fundamental de Bonn (1949) e instalado el Tribunal Constitucional Federal alemán (1951), fue Hesse quien reavivó la cuestión de la fuerza normativa de la Constitución:²⁰

“¿Existe, junto a la fuerza determinante de las relaciones efectivas, de las fuerzas sociales y políticas, una fuerza determinante del Derecho Constitucional? ¿En qué se apoya esta fuerza y hasta dónde alcanza? ¿No es acaso una ficción –que para el jurista constitucional sería, por así decir, una necesidad profesional– pensar que el Derecho determina la marcha de la vida política, mientras que la verdad es que se halla condicionado por fuerzas totalmente distintas?”

Su respuesta tomaba como punto de partida la mutua relación de dependencia en la que se encuentran, por un lado, la Constitución jurídica y, por el otro, la realidad política y social; considerando que la idea de la separación inevitable entre la realidad y la norma, entre ser y deber ser en el Derecho Constitucional no llevaba a ningún sitio, más que a los extremos de una normatividad sin realidad o de una realidad vacía de normatividad.

Así, pues, consideraba que la relevancia de la ordenación jurídica para y frente a la realidad concreta sólo cabe apreciarla situando a ambas en relación mutua y contemplándola en su indisoluble conexión y en su mutua dependencia.

En tal sentido, advertía que la Constitución carece de una existencia propia, independiente de la realidad, y que su naturaleza estriba en pretender tener vigencia, es decir, realizar en la realidad el estado por ella normado.

Es, pues, en virtud de su pretensión de vigencia, que la norma constitucional intenta ordenar y conformar la realidad política y social. Sin

²⁰ Cfr. HESSE, Konrad, *Die normative kraft der Verfassung* (1959), trad. “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de derecho de constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucional, 2011, pp. 77 y ss.

embargo, la Constitución jurídica, por sí sola, no realiza nada sino que únicamente plantea una tarea.

Pero se vuelve fuerza actuante cuando dicha tarea es asumida; cuando se está dispuesto a hacer determinar la conducta propia por el orden regulado por la Constitución; cuando se está decidido a imponer ese orden frente a cualquier cuestionamiento o ataque en base a circunstanciales consideraciones de utilidad; cuando se comprende que cualquier objetivo coyuntural, incluso en el supuesto de que sea conseguido, es incapaz de compensar la incalculable ganancia que conlleva el respeto a la Constitución, incluso cuando ello resulta incómodo; cuando, por tanto, en la conciencia general y concretamente en la conciencia de los responsables de la vida constitucional, se halla viva no solamente la voluntad de poder sino, sobre todo, la “voluntad de Constitución”.

A su vez, señalaba que la realización y consolidación de la fuerza normativa de la Constitución dependía de factores adicionales. Así, la norma constitucional debe responder a las circunstancias vigentes al momento de su concepción, pero también elaborarse de cara al futuro, y servir al presente; debe estar abierta al cambio de esas circunstancias, pero no debe someterse a revisiones frecuentes so pretexto de necesidades políticas aparentemente ineluctables; ella no debe construirse sobre estructuras unilaterales sino que debe erigirse en una combinación de elementos complementarios (derechos fundamentales y deberes, división de poderes y su unión, federalismo y unitarismo, etc.); la realización óptima de la norma constitucional debe efectuarse a través de la interpretación constitucional, adecuando el texto a las circunstancias concretas que debe regir (y si no fuera posible, sólo queda recurrir a la revisión constitucional), y, de forma especial, la significación de la fuerza normativa Constitución se muestra en la competencia de los Tribunales Constitucionales que, en caso de conflictos constitucionales, son llamados a pronunciar la última palabra, según criterios jurídicos, incluso en las cuestiones básicas de la vida del Estado.

En suma, explicaba que la Constitución jurídica viene condicionada por la realidad, pero ella no es sólo la expresión de la realidad de cada momento sino que, gracias a su carácter normativo, ordena y conforma a su vez la realidad social y política. Es, pues, en esa coordinación correlativa entre ser y deber ser que surgen las posibilidades de la fuerza

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

normativa de la Constitución y, al mismo tiempo, sus propios límites. La Constitución no es independiente de las circunstancias históricas concretas de su tiempo; pero tampoco es pura y simplemente dependiente de ellas. La Constitución jurídica puede dar forma, modificar y condicionar a la realidad política y social a la que se dirige: desde tal perspectiva, en caso de conflicto entre la realidad concreta y las normas constitucionales, éstas no tienen que ser necesariamente las más débiles pues, ciertamente, existen presupuestos realizables bajo los cuales la Constitución jurídica puede imponer su fuerza normativa respecto de la realidad política y social.

b) *LA FÓRMULA EN LOS TEXTOS*

Dentro del campo aquí analizado, pueden señalarse –entre otras– las siguientes fórmulas textuales de Constituciones que asumen el carácter de norma suprema jurisdiccionalmente garantizada:

- Constitución norteamericana (1787): Art. VI.2: “Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que en cumplimiento de ella sean creadas; y todos los tratados previamente celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema de la Nación; y los Jueces de cada Estado estarán obligados a acatarla, aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las Leyes de cualquier Estado”.²¹
- Las Constituciones austríaca y checoslovaca (1920) fueron los primeros textos constitucionales europeos en plasmar la creación de un Tribunal Constitucional para garantizar su eficacia; reapareciendo la idea de la garantía jurisdiccional de la Constitución en los textos fundamentales sancionados tras la Segunda Guerra (1945).
- Constitución italiana (1947): Art. 54: “Todos los ciudadanos tendrán el deber de ser fieles a la República y de observar la Constitución y las leyes”. Art. 134: “El Tribunal Constitucional juzgará (...) sobre

²¹ Si bien el texto de la Constitución norteamericana no contiene ninguna disposición expresa que encomiende el control de constitucionalidad de las leyes al Poder Judicial, tal atribución resultó asumida en el recordado caso “Marbury vs. Madison” (1803) quedando definidos sus perfiles a través del desarrollo jurisprudencial.

- las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones...”
- Ley Fundamental alemana (1949): Art. 1.3: “Los (...) derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”. Art. 20.3: “El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho”. Art. 93.1: “El Tribunal Constitucional Federal decide: 1. Sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligaciones de los órganos supremos de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental o por el reglamento de un órgano federal supremo; 2. a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Estado o de un cuarto de los miembros de la Dieta Federal, en casos de discrepancia o dudas sobre compatibilidad formal y material del derecho federal o de los Estados con la presente Ley Fundamental o sobre compatibilidad del ordenamiento de los Estados con otras normas del ordenamiento federal (...); 4a. sobre los recursos de amparo interpuestos por cualquier persona que se crea lesionada por la autoridad en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en los artículos 20, apartado 4; 33, 38, 101, 103 y 104...”
 - Constitución española (1978): Art. 9.1: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Art. 153: “El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: a) Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley...” Art. 161: “1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (...); b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca (...); 2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas...”

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

- Las nuevas Constituciones de los Estados de Europa del Este (tras 1989), también asumen el carácter de normas supremas, en general, jurisdiccionalmente garantizadas mediante Tribunales Constitucionales encargados del control de constitucionalidad.²²
- Constitución rusa (1993): Art. 4.2: “La Constitución de la Federación Rusa y las leyes federales tienen supremacía en todo el territorio de la Federación Rusa”. Art. 15.1: “La Constitución de la Federación Rusa posee fuerza jurídica superior y se aplica directamente en todo su territorio. La ley y otros actos jurídicos que se hayan adoptado en la Federación Rusa no deben oponerse a la Constitución de la Federación Rusa”. Art. 15.2: “Los órganos de poder estatal, los órganos de autogobierno local, los funcionarios, los ciudadanos y sus organizaciones están obligados a observar la Constitución de la Federación Rusa y las leyes”. Art. 125: “...2. La Corte Constitucional, a petición del presidente de la Federación Rusa, del Consejo de la Federación, de la Duma estatal, de una quinta parte de los miembros del Consejo de la Federación o de los diputados de la Duma estatal, del gobierno de la Federación Rusa y los órganos del poder legislativo y ejecutivo de los miembros de la Federación Rusa decide sobre la conformidad de la Constitución de la Federación Rusa y: a) las leyes federales, los actos normativos del presidente de la Federación Rusa, el Consejo de la Federación, la Duma estatal y el Gobierno de la Federación Rusa; b) las Constituciones de las Repúblicas, los estatutos y también leyes y otros actos normativos de los sujetos de la Federación Rusa sobre cuestiones relativas a las facultades de los órganos del poder estatal de la Federación Rusa y los órganos con facultades conjuntas del poder estatal de la Federación Rusa y los órganos del poder estatal de los sujetos de la Federación Rusa (...); 4. El Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, por queja sobre la violación de los derechos y libertades constitucionales de los ciudadanos y a demanda de los tribunales, verificará la constitucionalidad de una ley, aplicada o

²² Cfr. COMPLAK, Krystián, “El significado de la Constitución en la Europa del Este después de la caída del comunismo”, en *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, 1998, pp. 141 y ss.

por aplicar en un asunto concreto, de conformidad con el procedimiento establecido por la ley federal; 5. El Tribunal Constitucional de la Federación Rusa a demanda del presidente de la Federación Rusa, de la Duma estatal, del gobierno de la Federación Rusa, de los órganos del poder legislativo de los miembros de la Federación Rusa interpretará la Constitución de la Federación Rusa...”

2. EN EL CONTEXTO DEL CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO Y LATINOAMERICANO

a) LA EVOLUCIÓN DE LA IDEA

Corresponde ahora analizar el desarrollo de la concepción de la Constitución como norma suprema dotada de fuerza normativa en el constitucionalismo argentino, y luego ofrecer cuando menos una sucinta panorámica sobre el contexto latinoamericano.

Como es sabido, la historia del *constitucionalismo en la Argentina* transcurrió por un derrotero sinuoso y entrecortado, con sucesivos períodos en que la Ley Fundamental resultó afirmada y desconocida en diversa medida.

No es éste el lugar para extenderse largamente en el desarrollo de nuestra historia constitucional;²³ bastando aquí con trazar una periodización elemental y reparar en algunos hitos de especial interés:

1810-1835: de la “Revolución de Mayo” al “Restaurador de las Leyes”

Tras la Revolución de Mayo (1810) se dictaron sendos textos fundamentales referidos al gobierno republicano, a la soberanía popular, a la seguridad individual y a la libertad de imprenta. En la Asamblea General Constituyente y Soberana del año XIII (1813) se evaluaron distintos proyectos de Constitución y, aunque no logró adoptarse ninguno, se dictaron varias normas fundamentales. Sobrevino luego la Declaración de Independencia (1816). Y se dictaron después Estatutos provisionales y

²³ Sobre la evolución histórica de nuestro constitucionalismo, ver: BIDART CAMPOS, Germán J., *Historia política y constitucional argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1976/1977, 3 tomos; LÓPEZ ROSAS, José R., *Historia constitucional argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1996, pp. 61 y ss.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

dos Constituciones (1819 y 1826), las cuales, sin embargo, no llegaron a tener vigencia.

Así, pese a no lograrse la realización del objetivo, puede advertirse hasta entonces claramente la vocación por alcanzar la organización constitucional para el país; no obstante, tras el ascenso de Juan M. de Rosas al gobierno de la Provincia de Buenos Aires (1829) y la posterior extensión de su influjo sobre toda la Confederación (desde 1835), se impuso su criterio de postergar la necesidad de avanzar en la sanción de una Constitución.

1835-1853: del “Restaurador de las Leyes” a la “Constitución histórica”

Empero, la idea de la importancia de una Constitución como norma suprema permanecía latente. Así, v. gr., afirmaba Echeverría:²⁴

“[la Constitución] la ley suprema e inviolable, la ley de las leyes, que todos y cada uno ha reconocido, proclamado y jurado ante Dios y los hombres respetar (...) Podrá esta ley ser revisada, mejorada con el tiempo y ajustada a los progresos de la razón pública, por una asamblea elegida ad hoc por el Soberano; pero entre tanto no llega esa época que ella misma señala; su poder es omnipotente; su voluntad domina todas las voluntades; su razón se sobrepone a todas las razones (...) Ninguna mayoría, ningún partido, ninguna asamblea podrá atentar a ella, so pena de ser usurpadora y tiránica (...) Esa ley sirve de piedra de toque a todas las otras leyes; su luz las ilumina, y todos los pensamientos y acciones del cuerpo social y de los poderes constituidos, nacen de ella y vienen a converger a su centro (...) Ella es la fuerza motriz que da impulso, y en torno de la cual gravitan, como los astros en torno del sol, todas las fuerzas parciales que componen el mundo de la Democracia”.

Con la derrota de Juan M. de Rosas por Justo J. de Urquiza en la batalla de Caseros (1852), se reabrió el camino hacia la organización del país bajo una Constitución. Inmediatamente, escribió Alberdi:²⁵

²⁴ Cfr. ECHEVERRÍA, Esteban, “Dogma socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37” (1846), en *Obras Completas de D. Esteban Echeverría*, Buenos Aires, Imp. y Lib. de Mayo, 1873, t. IV, pp. 180/181.

²⁵ Cfr. ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1852, pp. 9 y ss. Asimismo, cabe señalar

"...nos hallamos como en 1810 en la necesidad de crear un gobierno general argentino, y una Constitución que sirva de regla de conducta a ese gobierno (...) La República Argentina, simple asociación tácita e implícita por hoy, tiene que empezar por crear un gobierno nacional y una Constitución general que le sirva de regla (...) La ley, constitucional o civil, es la regla de existencia de los seres colectivos que se llaman Estados (...) La política está llamada a preparar el terreno (...) de modo que la Constitución se sancione; a tomar parte en la Constitución misma y a cuidar de que su ejecución, después de sancionada, no encuentre en el país los tropiezos y resistencias en que han escollado las anteriores (...) La política no puede tener miras diferentes de las miras de la Constitución (...) no se puede exigir racionalmente política que no emane de la Constitución escrita. Si aspiramos, pues, a ver en práctica un sistema de administración basado en las ideas de progreso y mejora que prevalecen en la época, demos colocación a estas ideas en las leyes fundamentales del país, hagamos de ellas las bases obligatorias del gobierno,

que Alberdi retoma en obras posteriores el análisis de la Constitución y de la inconstitucionalidad de las leyes; así, v. gr., expresó que ningún poder debe ser ilimitado, ni poseer facultades extraordinarias, siendo la más esencial e importante limitación de las atribuciones legislativas la que consiste en que no se dará ley que contravenga o altere el sentido de la Constitución (cfr. "Elementos del derecho público provincial argentino" (1853), en *Obras Completas de Juan Bautista Alberdi*, Buenos Aires, Imp. La Tribuna Nacional, 1886, t. V, p. 63); que la jurisprudencia es el gran medio para mejorar y corregir las leyes sin derogarlas ni cambiarlas (cfr. "Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853" (1853), en *op. cit.*, t. V, p. 149); y que la Constitución es la piedra fundamental de la organización, pero no es la organización; es el cimiento, el fundamento del edificio orgánico, no es el edificio mismo: la organización más propiamente reside en las leyes orgánicas de la Constitución, es decir, en las leyes que rigen los hechos, no en la ley que rige a las leyes. Y, tras propiciar la reforma de las antiguas leyes aún vigentes que gobiernan nuestra vida práctica, sin ser gobernadas por la Constitución, señaló que la CSJN es el tribunal llamado a procesar y juzgar las malas leyes, para decidir entre las leyes que desea el pueblo y las que da el Congreso, entre las leyes que ponen realmente la Constitución en ejercicio y las que la infringen y destruyen con pretexto de organizarla, para juzgar si una ley en cuestión es o no conforme a la Constitución; es decir, conocer de la constitucionalidad de las leyes. Es la jurisprudencia de los Estados Unidos, cuya Constitución ha sido imitada por la nuestra en esa facultad dada a la Corte Suprema: la Corte Suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo son; no las deroga, porque no tiene el poder de legislar y derogar es legislar; de modo que declarada inconstitucional la ley, sigue siendo ley hasta que el Congreso la deroga (cfr. "Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina, según su Constitución de 1853" (1854), en *op. cit.*, t. IV, pp. 243 y ss.).

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

de la legislación y de la política (...) La Constitución de un país supone un gobierno encargado de hacerla cumplir: ninguna Constitución, ninguna ley se sostiene por su propia virtud (...) Según esto, la idea de constituir la República Argentina no significa otra cosa que la idea de crear un gobierno general permanente, dividido en los tres poderes elementales destinados a hacer, a interpretar y a aplicar la ley tanto constitucional como orgánica (...) Toda Constitución se realiza por medio de leyes orgánicas. Será necesario, pues, que haya un poder legislativo permanente, encargado de darlas [Pero] ¿Qué importa que las leyes sean brillantes, si no han de ser respetadas? Lo que interesa es que se ejecuten, buenas o malas; ¿pero cómo se obtendrá su ejecución si no hay un poder serio y eficaz que las haga ejecutar? (...) Dad al poder ejecutivo todo el poder posible, pero dádsele por medio de una Constitución [Sin embargo] la Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella, como se ha visto más de una vez [de lo contrario] la Constitución rige con permiso de las leyes [pues allí] las leyes son la regla, la Constitución es la excepción [y] por fin, la Constitución toda es nominal (...) No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario (...) que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una Constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginables; pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por la ley, sugiera ella misma el medio honesto y legal de faltar a todo lo que promete (...) si la ley es un medio de derogar la Constitución, ¿para qué necesita de otro el gobierno? (...) Prometer y escribir estas garantías, no es consagrarlas. Se aspira a la realidad, no a la esperanza. Las Constituciones serias no deben constar de promesas, sino de garantías de ejecución (...) La Constitución no debe limitarse a promesas; debe dar garantías de ejecución y realidad (...) Así la Constitución argentina no debe limitarse a declarar inviolable el derecho (...) sino que debe garantizar la reforma de todas las leyes civiles y de todos los reglamentos coloniales vigentes, a pesar de la República, que hacen ilusorio y nominal ese derecho (...) Con un derecho constitucional republicano y un derecho administrativo colonial y monárquico, la América del Sud arrebató por un lado lo que promete por otro: la libertad en la superficie y la esclavitud en el fondo (...) La Constitución argentina (...) como todas las Constituciones de los Estados Unidos (...) debe declarar que el

Congreso no dará ley que limite o falsee las garantías de progreso y de derecho público con ocasión de organizar o reglamentar su ejercicio. Ese deber de política fundamental es de trascendencia decisiva para la vida de la Constitución (...) Tanto esas leyes como la Constitución serán susceptibles de dudas en su aplicación. Un poder judicial permanente y general será indispensable para la República Argentina (...) La ley, la Constitución, el gobierno, son palabras vacías, si no se reducen a hechos por la mano del juez, que, en último resultado, es quien los hace ser realidad o mentira [siendo una de las funciones del] poder judicial federal (...) conocer de la constitucionalidad de los actos públicos (...) Se deben combatir las inobservancias o violencias por los medios de la Constitución misma, sin apelar nunca a las vías de hecho (...) La Constitución general es la carta de navegación de la Confederación Argentina. En todas las borrascas, en todos los malos tiempos, en todos los trances difíciles, la Confederación tendrá siempre un camino seguro para llegar a puerto de salvación, con sólo volver sus ojos a la Constitución y seguir el camino que ella le traza, para formar el gobierno y para reglar su marcha”.

Instalado el Soberano Congreso General Constituyente (1852), se avanzó en la redacción de un proyecto de texto constitucional que, al ser puesto en discusión en general (20-4-1852), fue inesperadamente resistido por el propio Presidente del Congreso –Facundo Zuviría–, quien formuló una moción oponiéndose a su sanción y pidió su aplazamiento para una época más oportuna, lo cual fue rechazado por los demás constituyentes –José B. Gorostiaga, Juan M. Gutiérrez, Salustiano Zavalía, etc.– quedando así finalmente aprobada nuestra Constitución histórica.²⁶

Puesta en vigor la Constitución, Sarmiento comentó su texto siguiendo los desarrollos del constitucionalismo norteamericano con relación a su significado jurídico y a la función de la garantía jurisdiccional:²⁷

²⁶ Cfr. RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas. Seguidas de los textos constitucionales legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Peuser, 1937, t. IV, pp. 403 y ss. [en línea] <<http://www.ravignanidigital.com.ar>>.

²⁷ Cfr. SARMIENTO, Domingo F., *Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina, con numerosos documentos ilustrativos del texto*, Santiago de Chile, Imp. de Julio Belin y Cía., 1853.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

En un país como el nuestro, que sale del reino desenfrenado de la violencia y de la fuerza brutal, es preciso levantar muy alto por todas partes el pendón de la justicia y del derecho (...) Así la Constitución Argentina ha establecido en los tribunales de justicia un poder superior a todos los otros poderes, en cuanto ellos son en definitiva los intérpretes de la Constitución, y por tanto los jueces que han de resolver todas las cuestiones de derecho y de hecho que del ejercicio de aquéllas emanan; y éste es un punto capital para que lo dejemos pasar inapercibido (...) La teoría es sencillísima. El poder judicial es independiente de los otros poderes, y coexistente con ellos. Su oficio es aplicar las leyes, en todos los casos contenciosos: la Constitución es la ley suprema, luego la aplicación práctica que de sus disposiciones hagan los otros poderes recae bajo la jurisdicción y el fallo del Supremo poder judicial, en los casos que se reputen agredidos derechos que motiven acción, y pidan amparo”.

Concluía así una primera fase en la lucha por la Constitución;²⁸ pero quedaba subsistente el problema de la escisión de Buenos Aires.

1853-1930: de la “Constitución histórica” al “Primer golpe de Estado”

De tal manera, luego llegaría la batalla de Cepeda (1859), la revisión constitucional (1860) y la batalla de Pavón (1861) como hitos en la reunificación de Buenos Aires y la Confederación que marcó, por fin, el cierre del ciclo constituyente originario de la Argentina.

Emplazado el Congreso Nacional, se dictaron las Leyes 27 (1862) y 48 (1863), referidas a la organización, jurisdicción y competencia de la Justicia Nacional, cuyos arts. 3º y 21, respectivamente, recogieron el carácter de ley suprema de la Constitución y la necesidad de que los jueces privilegien la observancia de su texto frente a cualquier otra disposición.²⁹

A su vez, instalada la Corte Suprema, prontamente resolvió en el caso “Ríos” (1863, *Fallos*: 1:32) que, en razón del principio fundamental de división de poderes, un decreto del Poder Ejecutivo que avanzaba en una materia propia del Legislativo resultaba inválido; sin embargo,

²⁸ Cfr. RUIZ MORENO, Isidoro J., *La lucha por la Constitución (1820-1853)*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 3 y ss.

²⁹ Cfr. DOLABJIAN, Diego A., “Debates sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad” (dos partes), en *Revista de Derecho Público*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año I, nro. 3, 2012, pp. 249 y ss., y año II, nro. 4, 2013, pp. 111 y ss.

luego en el caso “Martínez” (1865, *Fallos*: 2:127) convalidó, por primera vez, las atribuciones de quien asumió los poderes nacionales en razón de la “revolución triunfante”. Más tarde anunció en el caso “Caffarena” (1871, *Fallos*: 10:427) que se encuentra en la esencia del orden constitucional la atribución de los tribunales de anteponer en sus resoluciones los preceptos de la Constitución; luego en el caso “Sojo” (1887, *Fallos*: 32:120) invocó la doctrina de “Marbury vs. Madison” aunque resolvió el planteo de diversa manera; hasta que, finalmente, en el caso “Elorondo” (1888, *Fallos*: 33:162) declaró por primera vez la invalidez de una ley por encontrarla contraria a la Constitución, afirmando:

“Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos. Que tal atribución, que es por otra parte un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario, que hace la Constitución, y de la naturaleza, esencialmente subordinada y limitada de este último se halla especialmente consagrada por las leyes (nros. 27 y 48)...”

En este período, tuvieron lugar dos reformas constitucionales para adecuar el texto fundamental a las circunstancias del país: una (1866) relativa a las facultades impositivas del Estado federal en respuesta al desfinanciamiento derivado de la guerra contra Paraguay; otra (1898) relativa a la composición de la Cámara de Diputados en respuesta al incremento poblacional.³⁰

³⁰ La implementación de la vía de la reforma constitucional en tales materias es desatenable, considerando que la experiencia posterior en esos mismos puntos ha sido avanzar a extramuros del texto constitucional. Así, v. gr., la integración de la Cámara de Diputados resultó sucesivamente reglamentada por las leyes 15.264, 19.862 y 22.847 –de facto, actualmente vigente–, fijándose pautas que alteran la proporcionalidad contemplada en la Constitución, cfr. GENTILE, Jorge H., “La Cámara de Diputados

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

Así, la concepción de la Constitución como norma suprema jurisdiccionalmente garantizada se arraigaba.

En la doctrina, v. gr., rezaba Estrada:³¹

“...la Constitución Nacional declara que su texto, y las reglas políticas de gobierno que dejó enumeradas, forman la ley suprema del país (...) Todas las autoridades: el Congreso al dictar leyes orgánicas de la Constitución; el Poder Ejecutivo al establecer reglamentaciones administrativas, que son a las leyes dictadas por el Congreso lo que éstas son a la Constitución; y las provincias al organizar sus poderes, las administraciones de provincia al funcionar, los municipios mismos dentro de sus atribuciones y hasta los tribunales de provincia, necesitan amoldarse a los principios contenidos en las leyes supremas del país (...) La Constitución ha creado un augusto centro de autoridad, destinado a conservar incólume la supremacía de la Constitución, a colocar dentro de la órbita propia de sus atribuciones todos los poderes públicos y a mantener el equilibrio interprovincial. Este centro de poder es la Suprema Corte de Justicia (...) La Constitución establece que ella es la ley suprema del país; que todas las autoridades han de plegarse a sus máximas y a sus preceptos en el ejercicio de las funciones que les incumben. Por consiguiente, toda ley, decreto o disposición administrativa del Poder Ejecutivo de la República que se oponga a la Constitución, carece de valor y eficacia (...) Y para conseguir que esta declaración no sea una vaga promesa, una vacía y declamatoria afirmación que nada fecundo y vivo produzca en el porvenir para la conservación de los derechos y de las libertades públicas, ha establecido la justicia nacional, encargada de juzgar todos los litigios que ante ella se presenten bajo el criterio superior y exclusivo de la Constitución. De suerte que, absteniéndose de aplicar las leyes dictadas por el Congreso o decretos expedidos por el Poder Ejecutivo cuando sean opuestos a la Constitución, es el último resorte para enervar

de la Nación”, en *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, Montevideo, Asociación Argentina de Derecho Constitucional/Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 239. A su vez, el sistema tributario vigente –desde la década de los treinta– ha desvirtuado el programa constitucional, alterando la distribución de competencias impositivas, sin tampoco haber adecuado el régimen de coparticipación luego de 1994, cfr. SPISSE, Rodolfo R., *Derecho constitucional tributario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, pp. 13 y ss.

³¹ Cfr. ESTRADA, José M., *Curso de derecho constitucional, federal y administrativo*, Buenos Aires, Cía. Sudamericana de Billetes de Banco, 1895, pp. 14, 211, 376 y ss.

todo acto autoritario que sea inconstitucional, y por consiguiente, para rectificar la línea de conducta de todos los otros poderes públicos cuando se extravían (...) La Constitución necesita revestir una fuerza efectiva suficiente para doblar todo cuanto pueda contrariarla, para allanar por su propia acción, todos los estorbos que puedan interponerse a su paso. Por eso, la Constitución Nacional Argentina, que ha querido crear una unidad superior a las unidades políticas formadas por las provincias, y en una ley constitucional el centro superior de atracción y dirección de la vida política y económica del país, ha creado un Estado Nacional; y creando un Estado Nacional ha formado un gobierno con acción tuitiva y coercitiva sobre las personas y las cosas (...) Pero en un régimen federal se interponen las provincias entre la Nación y las personas [por lo que] es menester proveer a los medios de que las provincias, en ningún caso, estatuyan en contra de la Constitución Nacional; y se siguen de aquí dos consecuencias: primera, que las disposiciones de la Constitución Nacional son tan obligatorias para las provincias consideradas en su capacidad legal, como para los individuos congregados en el seno de cada una de ellas; y segunda, que la legislación de todas las provincias debe adaptarse y subordinarse a la Constitución Nacional...”

A su vez, González enseñaba:³²

“Declaraciones, derechos y garantías (...) es el título de la primera parte de la Constitución, y en ella están contenidos todos los principios que forman parte del derecho constitucional argentino y las prescripciones prácticas que el pueblo ha puesto en frente de los Poderes del gobierno, para contenerlos en los límites de las facultades concedidas, para que ellos los defiendan y los aseguren, y para fijar una línea divisoria entre los derechos de los individuos, ciudadanos o extranjeros, y los deberes y atribuciones de las autoridades (...) Las garantías son todas aquellas seguridades y promesas que ofrece la Constitución al pueblo argentino, y a todos los hombres, de que sus derechos generales y especiales han de ser sostenidos y defendidos por las autoridades y por el pueblo mismo (...) No son, como puede creerse, las ‘declaraciones, derechos y garantías’, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que los contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar ni debilitar con vagas interpretaciones

³² Cfr. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina* (1897), Buenos Aires, Ángel Estrada, 1983, pp. 101 y ss.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

o con ambigüedades la expresa significación de su texto (...) La Corte Suprema de los Estados Unidos ha dicho: 'que la Constitución es la ley suprema para los gobernantes y para el pueblo...' Comprende, pues, a las Provincias, sus Gobiernos y Poderes y pueblos, así como al Gobierno, Poderes y pueblo de la Nación. Pero como el de ésta es supremo a él, por medio de sus tres Poderes, le está encomendado el darle efectividad y hacerla cumplir por todos aquellos a quienes obliga. En primer término está el Poder Legislativo [y] también al Poder Ejecutivo le cabe velar por su efectividad [pero] sin duda, donde tiene la Constitución, las leyes y los tratados, en cuanto son la ley suprema del país, su más sólido fundamento y prestigio, y su efectividad más directa, es en las sentencias de la Corte Suprema de la Nación; porque es el intérprete final e irrevocable de todas las reglas, doctrinas y poderes que ella contiene..."

Y también Matienzo afirmaba:³³

"La supremacía que el Gobierno nacional tiene sobre los Gobiernos de provincias, se ejercita de diversas maneras. No es precisamente el Poder efectivo de la autoridad nacional lo supremo; más supremo, si podemos aplicar el comparativo, es el vigor de la Constitución (...) Esta supremacía de la Constitución no solamente se hace efectiva sobre las provincias, sino también sobre las autoridades nacionales, y si éstas no procedieran de acuerdo con la Constitución, no tendrían el derecho de ejercer supremacía sobre las autoridades provinciales. Es así que una condición indispensable para que el Gobierno nacional tenga la supremacía de que venimos hablando, es la de conformar todos sus actos con la Constitución, a fin de que, en definitiva, la supremacía sea de la Constitución y no de los hombres o de los funcionarios (...) La ley es de dos categorías: o es la ley suprema o constitucional, o es la ley ordinaria. La Constitución es una ley como las otras, con la particularidad, en la República Argentina y en los Estados Unidos, de que está por encima de todas. En otros países la Constitución es una ley pero no tiene supremacía sobre las demás. El sistema argentino, tomado de los Estados Unidos, subordina las leyes ordinarias a la Constitución, como ley suprema o fundamental, mientras que el sistema francés o el alemán, y en general todos los sistemas de la Europa continental, no hacen esa distinción (...) Es necesario este esclarecimiento, para que se vayan percibiendo semejanzas que traen

³³ Cfr. MATIENZO, José N., *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Lib. La Facultad, 1926, t. I, pp. 207 y ss.

consecuencias muy importantes. La primera de esas consecuencias es la de que una ley ordinaria, sea dictada por el Congreso o por Legislaturas de provincia, si es repugnante a la Constitución de la nación, porque la contraría directamente en su texto, o porque sea incompatible con su espíritu, no tiene derecho de ser ejecutada ni cumplida por los ciudadanos (...) Ahora, ¿cómo se hace efectiva esta superioridad de la ley constitucional sobre las demás leyes? Cuando se trata de asuntos privados, civiles o comerciales, ocurridos entre habitantes o ciudadanos del país, la determinación de la superioridad de la ley constitucional sobre las leyes ordinarias la hacen los jueces, es decir, la rama del Gobierno que se llama Poder judicial. Esa determinación constituye a este Poder en el guardián permanente de la Constitución. No porque ésta le llame así; sino, porque el hecho de estar constantemente ocupado en decidir, cuando hay una contienda entre una disposición constitucional y otra legal, que debe predominar la primera sobre la segunda, hace realmente de él un guardián de la Constitución, como lo han llamado los autores norteamericanos (...) No ha tomado el Poder judicial en todas partes esa función ni ese carácter. En otros países no existe declaración ninguna de superioridad o supremacía de la Constitución sobre las otras leyes; pero en la República Argentina, como en los Estados Unidos, en el texto constitucional mismo se [invoca la supremacía]. En las Constituciones europeas no hay ninguna declaración semejante. Los Tribunales, que tienen que atenerse al aplicar la ley a los principios dados por la legislación, no encuentran en qué apoyarse para dar superioridad al texto de la Constitución sobre las leyes del Parlamento. En Francia, por ejemplo, o en Alemania, aplican los jueces las leyes que ha dictado su Parlamento, sin preocuparse de saber si ellas están en pugna con tales o cuales artículos de la Constitución..."

No obstante, mediante un golpe de Estado, el presidente electo Hipólito Yrigoyen resultó depuesto, tomando la presidencia José F. Uriburu (1930).

Frente a ello, la Corte Suprema dictó una Acordada mediante la cual dio reconocimiento a las autoridades alzadas caracterizándolas como un gobierno de facto, advirtiendo que si en el desenvolvimiento de su acción se desconocieran los derechos asegurados por la Constitución, el Poder Judicial habría de restablecerlos en los mismos términos que lo haría frente a un gobierno *de iure* (1930, Fallos: 158: 290); y en el caso

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

“Malmonge” (1933, *Fallos*: 169:309) equiparó sus poderes a un presidente constitucional, sin atribuciones legislativas ni judiciales.

Al respecto, hubo doctrina que aceptó al gobierno de facto emergente, v. gr.:³⁴

“La estructura política y jurídica del país, imperativamente determinada por su historia y por su Ley Suprema, la Constitución de 1853, no ha sido transformada (...) El actual ‘Gobierno Provisional de la Nación’ es siempre un gobierno del Estado Federal Argentino, cuya Constitución ha jurado respetar. El país no se encuentra ‘en período constituyente’, vale decir, sin Constitución. Muy al contrario, el ‘Gobierno Provisional’ mantiene su patriótico y noble propósito de cumplirla. Es un gobierno de facto; pero las instituciones de la Nación continúan, inalteradas, en plena vigencia”.

³⁴ Cfr. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., “Poderes limitados de los interventores ‘de facto’”, en *Jurisprudencia Argentina*, año 1930, t. 34, pp. 2 y ss. En cambio, hubo un jurista que desde un primer momento se opuso con rigor a la doctrina emergente, afirmando visionariamente que “En el régimen constitucional argentino no cabe ningún gobierno ‘de facto’, porque toda autoridad debe emanar del sufragio, directa o indirectamente (...) En la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado una tesis favorable a toda revolución triunfante (...) Pero la tesis de la Corte es la proclamación del derecho a la revolución (...) Es la afirmación de que la fuerza prima sobre las instituciones (...) La santidad de la Constitución desaparece ante una revolución triunfante. En lo sucesivo, podrá definirse la Constitución como un conjunto de normas jurídicas que rigen mientras no sobrevenga la revolución...”, cfr. ANTONKOLETZ, Daniel, “Gobiernos legales y gobiernos arbitrarios”, en *Jurisprudencia Argentina*, año 1930, t. 34, pp. 5 y ss. Sobre el contexto, sentido y repercusiones de la Acordada de la CSJN, ver: CAYUSO, Susana G. y María Angélica G. GELLI, “Ruptura de la legitimidad constitucional. La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930”, en *Cuadernos de Investigaciones*, nro. 1, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1988, pp. 4 y ss. En cuanto a la postura de Bidart Campos respecto de los gobiernos de facto, su posición se proyectó desde un reconocimiento condicionado de su existencia a la luz de la realidad (cfr. *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1964/1966, t. I, pp. 561 y ss. y t. II, pp. 695 y ss., y *Derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967, t. I, p. 411 y t. II, pp. 193 y ss.) hasta una absoluta negación de su posibilidad a la luz de la vigencia del art. 36 de la Constitución vigente (cfr. *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, t. I, pp. 426 y ss. y t. III, pp. 32, 41 y ss., y *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000/2003, t. I-A, pp. 631 y ss. y t. II-A, pp. 473 y ss.).

A partir de allí, y durante el medio siglo comprendido entre 1930 y 1983, la Argentina fue regida por sucesivos gobiernos de facto con interregnos de gobiernos constitucionales, quedando en una entelequia la idea de la fuerza normativa de la Constitución.

1930-1949: del “Primer golpe de Estado” a la “nueva Constitución”

La década siguiente, se caracterizó básicamente por la instauración de un orden conservador perpetuado a través del fraude electoral.

El último presidente de dicha etapa, Ramón S. Castillo, resultó depuesto por un golpe militar organizado por el denominado “Grupo de Oficiales Unidos”, asumiendo la presidencia de Pedro P. Ramírez (1943).

Frente a ello, la Corte Suprema dictó una Acordada reconociendo a las autoridades alzadas en los mismos términos que lo hiciera antes (1943, *Fallos*: 196:5); más luego, en los casos “Mayer” (1945, *Fallos*: 201:249), “Arlandini” (1947, *Fallos*: 208:184) y “Ziella” (1947, *Fallos*: 209:25), convalidó con amplitud el ejercicio de facultades legislativas por parte de los gobiernos de facto.

Por fin, se convocaron elecciones generales resultando electo como presidente Juan D. Perón (1946).

Al poco tiempo, se dictó la ley 13.233 declarando necesaria la reforma de la Constitución histórica (1948), sancionándose al año siguiente una nueva Constitución (1949) que, mutando la matriz de la anterior, avanzó hacia la extensión de derechos sociales y un mayor intervencionismo estatal.

1949-1955: de la “nueva Constitución” a la “Revolución Libertadora”

Dicha reforma mereció cuestionamientos en la inteligencia de que se había apartado de los parámetros constitucionales,³⁵ empero, fue aplicada por la Corte Suprema en sendos casos, v. gr. “Arbelaiz” (1951, *Fallos*: 220:260), “Corporación Industrial de Productores Oleaginosas Cipo SA” (1953, *Fallos*: 226:453), etc.

³⁵ Sobre el problema de la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en nuestro sistema y la posibilidad de su control jurisdiccional, ver: FERREYRA, Raúl G., *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 109 y ss.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

1955-1966: de la "Revolución Libertadora" a la "Revolución Argentina"

Sin embargo, luego tuvo lugar un alzamiento que puso fin al gobierno de Juan D. Perón (1955) y, al poco tiempo, el presidente de facto Pedro E. Aramburu derogó la nueva Constitución mediante una simple proclama, restableciendo la Constitución histórica, si bien en el art. 2º se estableció:

"El Gobierno provisional de la Nación ajustará su acción a la Constitución que se declara vigente por el art. 1º en tanto en cuanto no se oponga a los fines de la Revolución enunciados en las directivas básicas del 7 de diciembre de 1955 y a las necesidades de la organización y conservación del Gobierno provisional".

Posteriormente, se avanzó en la convocatoria a una nueva reforma constitucional que, básicamente, trajo por resultado la introducción del denominado "art. 14 bis" (1957).

Dicha reforma también mereció cuestionamientos en orden a la invalidez constitucional de las decisiones del gobierno de facto; empero, la Corte Suprema afirmó que los derechos consagrados en la Constitución anterior no constituían ningún precepto sino solamente declaraciones teóricas, v. gr., en los casos "Sambrín de Mollard" (1956, *Fallos*: 235:140), "Cantarini" (1957, *Fallos*: 237:272); aceptó la pérdida de vigencia de dicho texto constitucional, v. gr., en los casos "Zamboni" (1957, *Fallos*: 237:142), "Sedalana-Juan Kipp SRL" (1957, *Fallos*: 237:797), y convalidó la legitimidad de la reforma constitucional que incorporó el "art. 14 bis" en el caso "Soria de Guerrero" (1963, *Fallos*: 256:556).

Este período continuó con una inestable alternancia entre gobiernos de facto y gobiernos constitucionales: el último presidente electo, Arturo U. Illia (1963), resultó finalmente depuesto mediante un golpe de Estado, tomando la presidencia Juan C. Onganía (1966).

1966-1976: de la "Revolución Argentina" al "Proceso de Reorganización Nacional"

De inmediato, la Junta Militar dictó un Acta y un Estatuto que vinieron a trastocar el sistema constitucional; concretamente, el art. 3º del Estatuto de la "Revolución Argentina" establecía:

“El Gobierno ajustará su cometido a las disposiciones de este Estatuto, a las de la Constitución Nacional y leyes y decretos dictados en su consecuencia, en cuanto no se opongan a los fines enunciados en el Acta de la Revolución Argentina”.

Al respecto, también aquí hubo doctrina que admitió abiertamente el nuevo orden normativo impuesto, v. gr.:³⁶

“[la Junta Revolucionaria] ejerció el poder constituyente y otorgó un nuevo sistema jurídico fundamental, que ha reemplazado totalmente al anterior. Lo que subsista del mismo, no lo es sino en la medida en que la Junta lo ha admitido y en esta admisión encuentra su única causa de validez. El sistema vigente no ha suspendido la Constitución de 1853. Como es permanente la ha destruido. Quien pretenda restaurar el anterior sistema, no podrá hacerlo sino por medio de una reacción a la revolución para retrotraer las cosas y restablecer el sistema extinguido (...) La pirámide del ordenamiento positivo argentino encuentra ahora una estructura distinta: en la cúspide, los fines enunciados en el Acta de la Revolución y su anexo, que informa a todos sus inferiores. Inmediatamente detrás de ella, el Estatuto de la Revolución Argentina, y en tercer lugar, la ley nominalmente designada como Constitución de la Nación Argentina”.

A su turno, la Corte Suprema consintió las atribuciones asumidas por el gobierno de facto en el caso “Molinas” (1968, *Fallos*: 270:367) como así también su devenir mediante sendas Acordadas.³⁷

³⁶ Cfr. LOUSTEAU HEGUY, Guillermo A., “El nuevo régimen constitucional argentino”, en *La Ley* 1966-V-1159 y ss.

³⁷ Al asumir Roberto M. Levingston (1970), la CSJN reconoció su presidencia de facto mediante una Acordada en la que reparó en uno de los objetivos expresados por la Revolución Argentina referidos a cumplir “‘el sentido de respeto a la ley y el imperio de una verdadera justicia, en un régimen republicano en el que tenga plena vigencia el ejercicio de las obligaciones, derechos y libertades’ que la Constitución Nacional asegura”, señalando que “los términos de la comunicación de la Junta importan ratificar la vigencia de los instrumentos básicos de la Revolución Argentina” (1970, *Fallos* 277:5). Luego, al asumir Alejandro A. Lanusse (1971), la CSJN reconoció su presidencia de facto mediante una nueva Acordada dictada “en la inteligencia de que la Junta de Comandantes en Jefe cumplirá el objetivo de restablecer la forma republicana, representativa y democrática de gobierno y mantendrá en plena vigencia el sistema de derechos y garantías que consagra la Constitución Nacional y que es misión de esta Corte preservar” (1971, *Fallos*: 279:98).

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

En tanto que las autoridades de facto avanzaron en el dictado de un Estatuto Fundamental que directamente introdujo enmiendas en la parte orgánica de la Constitución histórica (1972).

Por fin, se convocaron elecciones generales resultando electo como presidente Héctor J. Cámpora (1973). A su renuncia resultó electo Juan D. Perón, quien falleció prontamente y fue sucedido por Isabel Perón (1974), siendo ésta derrocada mediante un golpe de Estado, que llevó a la presidencia a Jorge R. Videla (1976).

1976-1983: del “Proceso de Reorganización Nacional” a la “Recuperación Democrática”

La nueva Junta Militar dictó unas Actas y un Estatuto que una vez más vinieron a trastocar el sistema constitucional, aunque asumiendo ahora todavía más atribuciones; concretamente, el art. 14 del Estatuto para el “Proceso de Reorganización Nacional” establecía:

“Los Gobiernos nacional y provinciales ajustarán su acción a los objetivos básicos que fijó la Junta Militar, al presente Estatuto y a las Constituciones nacional y provinciales en tanto no se opongan a aquéllos”.

Al respecto, también aquí hubo doctrina que dio reconocimiento expreso al nuevo orden normativo impuesto, v. gr.:³⁸

“Reconocemos su nivel constitucional, en sentido material, en cuanto dicho Estatuto se halla vigente y efectivamente ha suspendido, en forma parcial, la normativa de nuestra Carta Magna. Además de ello debemos aceptar, en el orden axiológico, que responde a un criterio de legitimidad, fundado en la iniciativa histórica para superar una crisis (...) En cuanto al orden de prelación mencionado en el art. 14 del Estatuto, de ninguna manera puede afirmarse que indique superioridad de la reciente supra-legalidad sobre la Constitución Nacional. Se trata de normas ubicadas en un mismo plano jerárquico; por ello la regulación novedosa puede derogar [en caso de ser permanente] o suspender [si es transitoria], a la anterior”.

³⁸ Cfr. PALAZZO, Eugenio L. y Guillermo C. SCHINELLI, *Las normas constitucionales del Proceso de Reorganización Nacional*, Buenos Aires, Zavallia, 1976, p. 15.

A su turno, la Corte Suprema convalidó, en general, las atribuciones asumidas por el gobierno de facto, sometiendo sólo algunas decisiones concretas a un mínimo control, v. gr., frente a las detenciones y desapariciones ilegítimas perpetradas en el devenir de la dictadura militar.

Así, v. gr., en el caso “Ercoli” (1976, *Fallos*: 296:372) señaló:

“Que un verdadero estado de necesidad reinante en el país obligó a las Fuerzas Armadas a tomar a su cargo el Gobierno de la Nación, no olvidando, por cierto, el deber de proteger los derechos individuales. En tal sentido fijó el propósito y los objetivos básicos para el ‘proceso de reorganización nacional’, lo que se asentó en acta que lleva fecha 24 de marzo próximo pasado, jurando cumplir y hacer cumplir dichos objetivos, el Estatuto para el Proceso de la Reorganización Nacional y la Constitución de la Nación Argentina’. Este juramento de la Carta Fundamental contiene sin lugar a dudas, una autolimitación tendiente a llevar a la ciudadanía y a ‘todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino’ –como reza el Preámbulo– la seguridad de que las declaraciones, derechos y garantías contenidos en su Primera Parte no serán afectados ni alterados en modo alguno como único medio de afianzar la seguridad jurídica a que se refieren los Objetivos Básicos; la cual, por otra parte, resulta indispensable para lograr la paz interior mentada también en los dichos objetivos (...) y para la imagen que debe presentar el país ante el mundo civilizado. Por lo demás, agregan los ‘Objetivos’ la intención de restablecer la ‘Vigencia plena del orden jurídico’ [de modo que la restricción a las garantías constitucionales] ‘no puede reputarse arbitraria, ni irrazonables los medios adoptados para asegurar el logro de los ‘Propósitos y Objetivos Básicos del Proceso de Reorganización Nacional’ que se juraron observar conjuntamente con la Constitución Nacional [siendo] único juicio éste que compete en la materia a los tribunales de justicia”.

De otro lado, en el caso “Pérez de Smith” (1977, *Fallos*: 297:338) sostuvo:

“...habida cuenta [de] que es principio inconcuso de nuestro régimen republicano la separación, pero también el equilibrio armónico de los poderes en función de lograr la plenitud del estado de derecho, esta Corte estima su deber poner en ejercicio los poderes implícitos que hacen a la salvaguardia de la eficacia de la función judicial, principalmente en

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

cuanto se refiere a la protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional” de modo que “[s]obre tales bases, el tribunal considera oportuno dirigirse al Poder Ejecutivo nacional a fin de encarcerarle intensifique, por medio de los organismos que correspondan, la investigación sobre el paradero y la situación de las personas cuya desaparición se denuncia judicialmente y que no se encuentran registradas como detenidas, a fin de que los magistrados estén en condiciones de ejercer su imperio constitucional resolviendo, con la necesaria efectividad que exige el derecho, sobre los recursos que se intenten ante sus estrados en salvaguardia de la libertad individual y sobre las eventuales responsabilidades en caso de delito”.

A su vez, en el caso “Zamorano” (1977, *Fallos*: 298:441) dijo:

“...está sujeta al control jurisdiccional la aplicación concreta de los poderes de excepción del Presidente sobre las libertades constitucionales, control que lejos de retraerse en la emergencia, debe desarrollarse hasta donde convergen sus competencias y los valores de la sociedad argentina confiados a su custodia (...) Dicho control es un deber del Poder Judicial, y en especial de la Corte como tribunal de garantías constitucionales, pero es impuesto en interés del buen orden de la comunidad y del propio órgano político, que en su mensaje de la ley 21.312 del 4 de mayo de 1976, se ha preocupado por asegurar ‘el adecuado debate en sede judicial de la razonabilidad de las decisiones del Poder Ejecutivo’”.

Sin embargo, en el caso “Lokman” (1977, *Fallos* 299:142) precisó:

“Que al respecto, cabe destacar que las Actas Institucionales y el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional son normas que se integran a la Constitución Nacional, en la medida que subsistan las causas que han dado legitimidad a aquéllas, fundadas (...) en un verdadero estado de necesidad que obligó a adoptar medidas de excepción (...) para superar una crisis institucional y proteger al Estado, todo ello sin perjuicio de que los derechos reglamentados guarden razonable y adecuada relación con ese fundamento”.

Empero, en el caso “Timerman” (1978, *Fallos*: 300:816) afirmó:

“Que el Poder Ejecutivo nacional tiene la obligación y asume la responsabilidad de ejercitar en cada caso, fundada y razonablemente, los

poderes de excepción que le confiere el art. 23 de la Constitución Nacional. Esta Corte ha reivindicado para el Poder Judicial en general y especialmente para sí, en su carácter de tribunal de garantías constitucionales, el control jurisdiccional sobre la aplicación concreta de tales poderes, habiendo señalado además que dicho control, lejos de retraerse en la emergencia, debe desarrollarse hasta donde convergen sus competencias y los valores de la sociedad argentina confiados a su custodia” de modo tal que “la aplicación concreta de las facultades de excepción del poder político deben sujetarse al contralor de razonabilidad en la adecuación de causa y grado entre la restricción impuesta –la libertad personal en el caso de autos– y los motivos de la situación de excepción”.

Tras ello, nuevamente en “Pérez de Smith” (1978, *Fallos*: 300:832), agregó:

“[la] privación de justicia (...) no sólo se configura cuando las personas se encuentran ante la imposibilidad de recurrir a un tribunal competente o cuando la decisión judicial se aplaza en forma irrazonable o indefinida, sino también cuando no se dan las condiciones necesarias para que los jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional con la eficacia real y concreta que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial. Ello con tanta mayor razón cuando, como en la situación aquí planteada, están en juego derechos fundamentales de las personas que merecen garantías inviolables, por ser tales e integrar, además, el valioso acervo del bien común (...) La plenitud del estado de derecho a que hiciera referencia esta Corte en el caso ‘supra’ citado, no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley y de los conflictos jurídicos. El verdadero valor del derecho, dice R. von Ihering, descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica. La función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho (...) [S]e impone precisar que no compete a esta Corte valorar ni emitir juicios generales sobre situaciones cuyo gobierno no le está encomendado (...) [p]ero en su carácter de intérprete y tribunal supremo de principios constitucionales y órgano superior de un Poder del Estado, le incumbe el deber de

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

velar celosamente por el adecuado y eficaz servicio de la justicia (...) [q]ue sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es de recordar que los otros poderes del gobierno de la Nación se encuentran también vinculados por el propósito inspirador del dictado de la Constitución –que tanto vale como su propia razón de ser– integrado por los enunciados del Preámbulo, entre éstos el de ‘afianzar la justicia’. Por consiguiente, aquellos poderes han de brindar toda su asistencia a los órganos del Poder Judicial, para que éstos puedan hacer efectivos los derechos y garantías instituidos por el citado estatuto (por ello) esta Corte considera un deber inexcusable ponerla en conocimiento del Poder Ejecutivo nacional y exhortarlo urja las medidas necesarias a su alcance a fin de crear las condiciones requeridas para que el Poder Judicial pueda llevar a cabal término la decisión de las causas que le son sometidas...”

Y luego, de nuevo en “Timerman” (1978, *Fallos*: 301:771), precisó:

“Que una interpretación armónica del complejo normativo fundamental que respete los poderes de emergencia y haga prevalecer en ellos los fines y propósitos declarados en la Constitución y en los instrumentos básicos del Proceso de Reorganización Nacional (...), excluye la restricción a la libertad –así sea en la forma atenuada de que aquí se trata– dispuesta por un órgano político (...) [C]onforme a todo lo expuesto, no cabe sino concluir que la res. 6 de la Junta Militar resulta desprovista de la necesaria legitimidad para imponer la sanción que dispone respecto de Jacobo Timerman con el carácter de pena corporal a que se hizo referencia supra. Este pronunciamiento no implica afectar la esfera propia de reserva del poder político, toda vez que se basa, precisamente, en la declaración de que el mismo, en el caso, excede su propia competencia al aplicar tal tipo de sanción, conforme a principios básicos enunciados en la Constitución Nacional y en los instrumentos fundamentales del Proceso de Reorganización Nacional”, a lo cual agregé “[q]ue se impone precisar que no compete a esta Corte valorar ni emitir juicios generales sobre situaciones cuyo gobierno no le está encomendado, se lo impide la naturaleza específica de sus funciones en el contexto de las instituciones fundamentales de la República y su reiterada doctrina de que la autoridad suprema de sus fallos se basa sobre el supuesto de mantenerse en los límites de su competencia. Pero en su carácter de intérprete final de principios de rango constitucional le incumbe el deber de velar, en los casos sometidos a su conocimiento, por la vigencia real de esos principios y el logro de la plenitud del estado de derecho...”

A su vez, reiterando los términos de sus anteriores decisiones, en el caso “Recchia de Scheda” (1983, *Fallos*: 305:504) expresó:

“...esta Corte se ve, una vez más, ante el indeclinable deber de poner en ejercicio sus poderes implícitos, en salvaguarda de la libre y eficaz actividad jurisdiccional que la Constitución atribuye a los jueces. Con tanta mayor razón cuando se trata, como en el caso, de la presunta privación ilegal de la libertad de que pudo ser víctima un ciudadano, cuyo paradero se ignora desde hace más de seis años, lo que importa decir que se hallan en juego derechos fundamentales de la persona humana”.

Así, el concepto de la fuerza normativa de la Constitución quedó gravemente quebrantado durante todo este trágico período.

Por fin, se convocaron elecciones generales resultando electo como presidente Raúl R. Alfonsín (1983).

1983-1994: de la “Recuperación Democrática” a la “Constitución reformada”

Tras el anterior interregno de profunda oscuridad, la figura del nuevo presidente encarnó una reverdecida “voluntad de Constitución”, al punto que en los actos de campaña que lo llevaron a la presidencia proclamaba con énfasis el preámbulo constitucional, convirtiendo esa pieza en una suerte de rezo colectivo de poderosa carga emotiva.³⁹

Sin perjuicio de la restauración del sistema constitucional, al poco tiempo apareció como apropiado evaluar posibles enmiendas tendientes a actualizar el texto de la Constitución, lo cual fue encomendado al “Consejo para la Consolidación de la Democracia” creado como órgano asesor de la presidencia mediante decreto 2446 (1985), produciéndose sendos dictámenes con propuestas que, empero, no lograron plasmarse en una reforma constitucional.⁴⁰

³⁹ Cfr. DI MEGLIO, Gabriel y Gustavo ÁLVAREZ, *Voces de la democracia. Los discursos que hicieron historia. 1983-2013*, Buenos Aires, Aguilar, 2013, p. 17.

⁴⁰ Cfr. Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Eudeba, Buenos

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

1994-2014: de la “Constitución reformada” a la actualidad

Luego del traspaso del gobierno al presidente electo Carlos S. Menem (1989), e impulsado por su aspiración reeleccionista, se celebró el denominado “Pacto de Olivos” que derivó en la Ley 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma constitucional (1993), quedando sancionada la Constitución reformada actualmente vigente (1994).

Dicha reforma, pese a su legitimidad, también mereció un cuestionamiento en orden a la invalidez de uno de los artículos incorporados; y, paradójicamente, como nunca antes había ocurrido en la historia constitucional argentina, la Corte Suprema declaró en el caso “Fayt” (1999, *Fallos*: 322:1616) que la disposición constitucional atacada resultaba “nula de nulidad absoluta”.

No obstante el traspie anterior, y pese a algunos notorios desvíos en la práctica, la Constitución reformada se arraigó considerablemente en su vigencia general y, en tal sentido, bajo sus reglas fueron convocadas elecciones generales mediante las cuales el presidente que se encontraba en el cargo resultó reelecto (1995), siendo sucedido luego por los presidentes electos Fernando de la Rúa (1999),⁴¹ Néstor C. Kirchner (2003) y Cristina E. Fernández de Kirchner (2007 y 2011).

A modo de síntesis, puede afirmarse que durante las tres décadas transcurridas desde la Recuperación Democrática (1983-2014), la Argentina fue regida por sucesivos gobiernos que mantuvieron la vigencia global del sistema constitucional, pudiendo recobrar vigor la idea de la fuerza normativa de la Constitución, aunque no sin conocidas dificultades.⁴²

Aires, 1986, y *Reforma constitucional. Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.

⁴¹ Al estallar la crisis en diciembre de 2001, la presidencia fue encomendada sucesivamente a Federico R. Puerta, Adolfo Rodríguez Saá, Eduardo Camaño y Eduardo A. Duhalde, quien la ejerció hasta mediados de 2003.

⁴² Y es que también en esta etapa, como a lo largo de toda la historia constitucional argentina, siguió observándose una reiterada invocación de situaciones de emergencia de la más variada índole, con el resultado de exorbitar el avance del poder a través de diferentes carriles, tanto previstos como no previstos por la Constitución, provocándose severas lesiones al Estado de Derecho, al sistema republicano y a los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional, cfr. HERNÁNDEZ (h), Antonio M., *Las emergencias y el orden constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, pp. 11 y ss.

En el *constitucionalismo latinoamericano* también puede advertirse, en general, una sucesión de ciclos en los cuales han habido épocas en que proliferaron los gobiernos autocráticos y otras en que prevalecieron gobiernos al menos formalmente democráticos.⁴³

Recién hacia la década de los ochenta comenzaron a restaurarse paulatinamente los sistemas constitucionales en varios países de la región, verificándose en los años siguientes un proceso democratizador que se fue acelerando y extendiendo hasta llegar a la situación actual.

A partir de entonces, varios países han avanzado en la incorporación de nuevas piezas en sus sistemas, ya sea mediante la reforma de sus leyes fundamentales o mediante la sanción de nuevos textos constitucionales, destinados a proteger con eficacia los derechos humanos y asegurar la vigencia del sistema democrático.

Así, v. gr., se observan desarrollos enfilados a la redefinición del equilibrio entre el Ejecutivo y el Legislativo, al rediseño del control jurisdiccional de constitucionalidad, a la revitalización de los derechos constitucionales, a la constitucionalización de los derechos humanos, al reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, al reforzamiento de las garantías judiciales, a la creación del ombudsman y otros órganos de control, etc.

En esta evolución latinoamericana sobre la fuerza normativa de la Constitución y sus garantías resulta ilustrativo aludir, v. gr., al caso de la experiencia ecuatoriana, donde se pasó de un régimen de soberanía parlamentaria sin control jurisdiccional (1830-1945) a un modelo de control jurisdiccional mixto con elementos difusos y concentrados (1945-2008), hasta llegar a un sistema de control jurisdiccional concentrado (2008).⁴⁴

En suma, pueden verificarse notables progresos en la región en torno a la idea de la fuerza normativa de la Constitución; sin embargo, por supuesto, subsisten problemas y desafíos formidables que deben ser

⁴³ Cfr. CARPIZO, Jorge, "Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano", en AA. VV., *Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano*, México, UNAM, 2009, pp. 1 y ss.

⁴⁴ Cfr. GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición/CEDEC, 2012, pp. 171 y ss.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

enfrentados y resueltos pues –por desgracia– el peligro de indeseables retrocesos siempre se encuentra al acecho.

b) *LA FÓRMULA EN LOS TEXTOS*

Con relación a la Constitución argentina vale la pena reparar con algún grado de detenimiento en las diversas disposiciones que, directa o indirectamente, reflejan la idea de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución.

Así, la supremacía normativa de la Constitución –es decir, su primacía respecto de los tratados internacionales, las leyes nacionales, las normas provinciales, etc.– se deduce de las siguientes previsiones fundamentales:

Art. 5º: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional...” Art. 27: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Art. 30: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes [pero la reforma] no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”. Art. 31: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...” Art. 75, inc. 22: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (...) [Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que se enumeran] en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Art. 126: “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación...”

A su vez, la fuerza normativa de la Constitución –es decir, su carácter de norma jurídica vinculante para las autoridades y para los particulares,

tanto en situaciones ordinarias como extraordinarias- se observa en las siguientes disposiciones fundamentales:

Preámbulo: "Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina (...) ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución..." *Art. 21:* "Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución..." *Art. 23:* "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio..." *Art. 29:* "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria". *Art. 36:* "Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo". *Art. 43:* "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva..." *Art. 67:* "Los senadores y diputados prestarán, en el acto de su incorporación, juramento de desempeñar debidamente el cargo, y de obrar en todo en conformidad a lo que prescribe esta Constitución". *Art. 86:* "El Defensor del Pueblo es un órgano independiente [cuya] misión es la defensa y protección de

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas". *Art. 93*: "Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento (...) de 'desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de Presidente [o Vicepresidente] de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina'". *Art. 112*: "...los individuos nombrados [como jueces de la Corte Suprema] prestarán juramento (...) de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución..."

Asimismo, en el constitucionalismo latinoamericano pueden señalarse –entre otras– las siguientes fórmulas textuales de Constituciones que asumen el carácter de norma suprema jurisdiccionalmente garantizada:

Constitución mexicana (1917, con reformas). *Art. 103*: "Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte..." *Art. 105*: "La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: I. De las controversias constitucionales (...) II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución..." *Art. 107*: "Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico..." *Art. 133*: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, será la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces

de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados". *Art. 136*: "Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta".

Constitución brasileña (1988, con reformas). *Art. 5º*: "...§ 1º. Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales son de aplicación inmediata". *Art. 102*: "Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole: 1. Procesar y juzgar, originariamente: a) la acción directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estatales y la acción declarativa de constitucionalidad de leyes o actos normativos federales (...) 3. Juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: a) fuese contraria a disposiciones de esta Constitución; b) declarase la inconstitucionalidad de un tratado o una ley federal; c) juzgase válida una ley o un acto de un gobierno local cuestionada a la vista de esta Constitución; d) juzgase válida una ley local cuestionada a la vista de una ley federal (...) § 1º. La alegación de incumplimiento de un precepto fundamental derivado de esta Constitución será apreciado por el Supremo Tribunal, en la forma de la ley..."

Constitución colombiana (1991). *Art. 4º*: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades". *Art. 241*: "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

reformular la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno (...) por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación (...) 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno (...) 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben...”

Constitución ecuatoriana (2008). Art. 84: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. *Art. 424:* “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. *Art. 425:* “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias [etc.]. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo

resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior...” *Art. 426*: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”. *Art. 436*: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias (...) 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado. 3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución. 4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo. 5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias...”

IV. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL MAGISTERIO DE BIDART CAMPOS

Según se ha visto, la historia del constitucionalismo argentino recorrió un itinerario bastante desventurado en cuanto al reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

Incluso, en la década de los ochenta, llegó a presentarse una cruda tesis negatoria de la juridicidad y exigibilidad de la Constitución:⁴⁵

“Para determinar, pues, qué tipo de Constitución rige en un país, hay que ver cómo funcionan sus actuales organizaciones; no es escrutando las cláusulas insertadas en el texto de unas actas firmadas por los constituyentes como sabremos si tiene vigencia una Constitución, sino que debemos mirar cómo se comportan los poderes públicos en el país real y actual. Ahora bien, al practicar la anterior investigación podremos encontrarnos con dos situaciones diferentes, a saber: 1) que el estado actual se muestre respetuoso de las cláusulas de una Constitución dictada tiempo atrás; 2) que el estado actual se halle estructurado de una manera distinta a la prevista en dicha Carta. En el primer supuesto estamos facultados para sostener que ‘rige la Constitución del año tal’ (v. gr., entre nosotros, la de 1853); en el segundo supuesto deberemos afirmar que tal Constitución ‘no rige en el país’ (...) Frente a las dos hipótesis anteriores podemos ahora preguntarnos: ¿Es obligatoria la observancia de las normas constitucionales? La respuesta para los dos casos supuestos es negativa. En el caso de una Constitución que no rige efectivamente, su misma falta de vigencia es la mejor prueba de que su acatamiento no es obligatorio, que se respeta o no se respeta a voluntad. En el caso de una Constitución vigente (respetada), tampoco es la Constitución lo que debe observarse obligatoriamente, sino que la conducta respetuosa del Estado hacia la Constitución es determinada por el Estado mismo, es algo voluntario y no obligatorio. Esto ocurre así porque la Constitución carece de una organización ‘ad hoc’ que la haga respetar, a diferencia de las leyes que dicta el Estado y que él mismo, como organización de la fuerza, constriñe a obedecer. Cuando el Estado se ajusta a las prescripciones constitucionales, no obedece a la Constitución, como suele a veces decirse; el Estado no obedece a nadie, y si se ajusta a la Constitución es siempre voluntariamente (...) [R]especto del Estado no hay ni puede haber más que autolimitaciones, de modo que la Constitución es incapaz de imponerle limitaciones. Un poder jurídico (...) es un poder capaz de imponerse, y en ese sentido la Constitución no lo es, desde que carece de cualquier posibilidad de imponerse al Estado: lo jurídico comienza con el Estado y no antes de

⁴⁵ Cfr. ROTMAN, Rodolfo B., “La supremacía de la Constitución”, en *La Ley* 1980-A-896 y ss.

él; la Constitución no forma parte de la juridicidad sino en tanto que sus cláusulas son voluntariamente cumplidas por la autoridad estatal”.

Las líneas precedentes dan cuenta de un contexto que permite apreciar la importancia de los aportes efectuados por Bidart Campos para la consolidación de nuestro Estado constitucional, de manera especialmente vigorosa, desde el acaecimiento de nuestro *annus mirabilis* (1983).⁴⁶

Así, entre su extraordinaria producción bibliográfica, pueden citarse las siguientes obras esenciales que datan de dicho período, v. gr.:

Los valores de la democracia argentina, Buenos Aires, Eudeba, 1983; *Para vivir la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1984; *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1984 (múlt. eds.); *La Corte Suprema. El tribunal de las garantías constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 1984; *El poder*, Buenos Aires, Ediar, 1985; *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar (múlt. eds.); *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987; *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1988; *Los equilibrios de la libertad*, Buenos Aires, Ediar, 1988; *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989; *Constitución y derechos humanos. Su reciprocidad simétrica*, Buenos Aires, Ediar, 1991; *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994; *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995; *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996; *El derecho constitucional humanitario*, Buenos Aires, Ediar, 1996; *El orden socioeconómico en la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1999; *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad: pensando el puente al 2001 desde el presente y el futuro*, Buenos Aires, Ediar, 1999; *La Constitución que dura. 1853-2003. 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004; *Compendio de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004; *Nociones constitucionales. Las intersecciones ius-naturalistas de la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2007 (póstumo).

Entre tales contribuciones hay dos que resultan ineludibles con relación al tema central de este trabajo referido a la fuerza normativa de la Constitución, a saber: *Para vivir la Constitución* (1984) y *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa* (1995); la primera, como profesión de

⁴⁶ La expresión *annus mirabilis* ha sido adoptada de Peter HÄBERLE, cfr. *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2003, pp. 1 y ss.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

fe constitucional inspirada en la restauración de la Ley Suprema; la segunda, como construcción de ingeniería constitucional preocupada en su efectividad.⁴⁷

1. PARA VIVIR LA CONSTITUCIÓN

Con motivo de la recuperación democrática, Bidart Campos publicó una recopilación de trabajos dados a la luz con anterioridad, consagrados al retorno del sistema constitucional, en los cuales ya se dejan entrever las notas fundamentales de su teoría sobre la fuerza normativa de la Constitución:⁴⁸

- La situación en 1983 se asemeja mucho a 1853: el desquiciamiento total que ha invadido a la sociedad argentina no se puede superar sino mediante la Constitución. Son tiempos que reclaman imperiosamente encontrar una base mínima de acuerdo para emerger de nuestra crisis y, en tal sentido, la Constitución es el único instrumento de unión que tiene capacidad de motivar un consenso social vigoroso que la Argentina necesita.
- Vivir en democracia requiere creer en ella, y desear vivir en ella. Para ello, a la democracia hay que hacerla atractiva y sugestiva y, en tal sentido, la Constitución nos insta a empaparnos de su espíritu

⁴⁷ En este punto, corresponde formular dos precisiones, a fin de tratar de exponer con fidelidad el pensamiento de Bidart Campos. En primer lugar, la exaltación de la fuerza normativa de la Constitución no se formula sobre la base de cualquier ley fundamental, sino respecto de aquella Constitución que revista carácter democrático: al respecto, corresponde destacar que Bidart Campos asumió desde siempre una definición sustancial de la democracia y no procedimental, viéndola como una forma de Estado más que como una forma de gobierno, cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *La democracia como forma de Estado*, 1953 (tesis doctoral), y *Doctrina del Estado democrático*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pp. 11 y ss. En segundo lugar, el enaltecimiento de la fuerza normativa de la Constitución no se centra únicamente en la dimensión normológica del texto constitucional, sino que se extiende a la dimensión sociológica de las conductas efectivas y a la dimensión dikelógica de ciertos valores positivos: de modo que el análisis de la normatividad constitucional se desarrolla sin renegar de la posición iusfilosófica trialista que Bidart Campos asumió desde temprano, cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1964, t. I, pp. 9 y ss., y *Filosofía del derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1969, pp. 11 y ss.

⁴⁸ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Para vivir la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1984, pp. 9 y ss.

- y a practicarla. La Constitución debe gozar de prestigio social, debe ser valorada positivamente y revestirse de simbolismo, como signo de la recomposición social a que estamos urgidos.
- Nunca más estatutos, actas institucionales ni documentos de cualquier índole que tengan la pretensión de subordinar a la Constitución. Es, por el contrario, desde la Constitución y con ella que se debe recrear un proyecto político que impelido por su energía restaure una democracia eficiente con justicia, bienestar, desarrollo y libertad. La convocatoria de este tiempo no puede ser otra que ésta: “Argentinos, ¡a la Constitución!”
 - A la Constitución hay que defenderla, preservarla y cumplirla: hay que convencer a la gente de que toda actividad que vulnera la Constitución no vale, es inconstitucional, no obliga, carece de fuerza vinculante y debe ser declarada inconstitucional. Ella tiene que recuperar toda su fuerza, todo su vigor, toda su supremacía, y no solamente para sustentar una noción teórica, sino para invalidar cualquier norma o acto en transgresión.
 - Hay quienes sostienen que el valor de una Constitución escrita como la nuestra es escaso, porque la sola existencia de sus normas no asegura su cumplimiento. Hay aquí una afirmación parcialmente verdadera. Es cierto que no basta escribir una norma para que la realidad se acomode a lo que ella enuncia, pero también lo es que las conductas humanas son capaces de darle funcionamiento. La responsabilidad de que las normas de la Constitución logren eficacia recae en los gobernantes y también en la sociedad toda.
 - Nuestra Constitución, como cualquier otra, es frágil y nunca va a funcionar bien con hombres que no estén decididos a respetarla, a cumplirla, a utilizar ampliamente las posibilidades que brinda. Y es que la Constitución no produce efectos automáticos, sino que tan sólo induce conductas: ella nunca actúa como las leyes de causalidad física, sino que siempre es violable, vulnerable, por más garantías y seguridades que se establezcan. Ella es un carril que nos marca el camino, no una camisa de fuerza que aprisiona nuestros movimientos ni un resorte que los provoca.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

- Por ello, resulta imprescindible infundir vigorosamente en la gente la convicción de que la Constitución tiene que ser cumplida, y de que ello depende de nuestras conductas, de lo que hagamos y dejemos de hacer: de nuestras infidelidades y nuestros apartamientos hay un único responsable, que no es la Constitución sino nosotros mismos. El cumplimiento de la Constitución nos obliga a todos: toda la actividad de los gobernantes y de los gobernados tiene que estar de acuerdo a la Constitución.
- No obstante, ninguna norma, ni siquiera la Constitución, puede impedir que se engendre un derecho no escrito opuesto a la Ley Suprema, por lo que hay que atreverse a encarar el fenómeno de la realidad material contraria al texto formal. En tal sentido, cabe señalar que el derecho constitucional material que funciona en discrepancia con la Constitución formal, le quita a ésta vigencia sociológica en la parte violada. Esto, desde el punto de vista axiológico, es muy grave, pero es así y resultaría pueril desconocerlo.
- Pero esa pérdida de vigencia sociológica no debe considerarse derogatoria ni definitiva: pese a que el derecho espontáneo contrario a la Constitución puede funcionar sin reacción de los órganos políticos, el Poder Judicial siempre queda habilitado para recuperar en cualquier tiempo la vigencia constitucional perdida. Así, aunque la Constitución formal no llegue a inhibir fácticamente las fuentes materiales que no se ajustan a ella, cuenta, en alguna medida, con la posibilidad de tomar el desquite para recobrar su superioridad a través de la descalificación judicial por inconstitucionalidad como remedio eficaz al efecto.
- Tenemos que convencernos de que el funcionamiento y la operatividad de la Constitución requieren de una serie de condicionamientos favorables y propicios de toda índole, y que ninguna de las cláusulas de la Constitución es de cumplimiento imposible. Sólo hace falta remover los obstáculos que las frenan o las bloquean, y estimular los condicionamientos que las hacen viables.
- En tal sentido, hay que saber aprovechar la Constitución, haciéndole rendir todo el beneficio del que es capaz, no omitiendo nada de lo que manda hacer. Hemos de cumplir la Constitución

- absteniéndonos de hacer lo que prohíbe, pero también haciendo lo que manda hacer en el convencimiento de que la Constitución se viola no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer lo que ella ordena que se haga. Así, por ejemplo, el art. 14 bis es un artículo muy desaprovechado: ¡cuántas de sus cláusulas programáticas no operan ni funcionan porque la ley no ha hecho nada de lo que el artículo ordena hacer!
- Con relación a la cuestión de las cláusulas económico-sociales, con frecuencia se echa la culpa del retardo en efectivizarlas a su naturaleza programática. Ello es parcialmente cierto. Pero también lo es que, aun las cláusulas operativas pueden permanecer anquilosadas si un condicionamiento socioeconómico desfavorable entorpece su vigencia. Por ello, en primer lugar, hay que estimular sociedades exigentes que inciten a los órganos de poder a optimizarlas. En segundo lugar, hay que promover una conciencia política en las dirigencias, que las haga sensibles a esos requerimientos. Y, en tercer lugar, cabe propiciar la posibilidad del control de constitucionalidad frente a las omisiones inconstitucionales.
 - Al respecto, cabe reconocer que si en ocasiones la nominalidad de las cláusulas económico-sociales es atribuible a defectuosos marcos o contextos del condicionamiento socioeconómico, en otras muchas es producto de la inercia de los órganos de poder en reglamentar las normas programáticas. Y esto sí es susceptible de tener solución: en efecto, hace tiempo que venimos sosteniendo que la Constitución es suprema en todas sus partes, de modo que ella resulta lesionada tanto cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando se deja de hacer lo que ella manda, por lo que el control de constitucionalidad no puede retrotraerse frente a omisiones inconstitucionales de los órganos de poder sino que su funcionamiento debe ser tan vigoroso como lo es para enervar las infracciones derivadas de acciones inconstitucionales.
 - En una coyuntura como la que atraviesa nuestra sociedad y nuestra república, los cultores del derecho constitucional deben cumplir una función que obliga a pensar, a decir y a actuar solidariamente en torno a la Constitución, aun cuando no todos comulguemos en

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

una misma actitud frente a la Constitución de 1853. Por encima de esas discrepancias, debe haber coincidencia fundamental: la Constitución debe ser cumplida, la Constitución no puede ceder su sitio a la arbitrariedad de los gobernantes, la Constitución no tolera que se le antepongan supuestas necesidades de seguridad nacional o de emergencia política, la Constitución no admite una parálisis como las que en los últimos cincuenta años han desestabilizado nuestras instituciones.

- Finalmente, no debe desperdiciarse la influencia que la docencia del derecho constitucional puede ejercer para coadyuvar al cumplimiento de la Constitución y para acusar sus violaciones. Los profesores de derecho constitucional no pueden estar ausentes en la empresa de restaurar plenamente la vigencia de la Constitución y de acompañar los esfuerzos que se hagan para alcanzarlo, con prontitud y de manera definitiva.

2. EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN Y SU FUERZA NORMATIVA

Con ocasión de su incorporación como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Bidart Campos emprendió una nueva investigación que derivó en el desarrollo de su teoría sobre la fuerza normativa de la Constitución.⁴⁹

- La afición universal hacia la Constitución escrita y suprema no siempre ha implicado el reconocimiento cabal del carácter normativo de la Constitución con fuerza vinculante directa: en efecto, muchas Constituciones han funcionado con fuerza normativa sólo en la parte destinada a la organización del poder, pero no en los contenidos relativos a derechos, principios, valores, etc., los cuales se consideraban como directrices que sólo alcanzaban naturaleza de auténticas normas jurídicas cuando el legislador les confería recepción y desarrollo.
- En tal sentido, el carácter jurídico de la Constitución puede asumir dos modalidades: a) la eficacia indirecta, según la cual la

⁴⁹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 11 y ss.

Constitución obliga solamente al legislador y sólo mediatamente, a través de la ley, vincula a los demás sujetos que se hallan sometidos a ella, sin cuyo dictado no resulta aplicable por los jueces, o b) la eficacia directa, según la cual la Constitución obliga inmediata y directamente a todos quienes se encuentran sometidos a ella, de modo que todo juez debe aplicarla, aun cuando el legislador no le haya dado desarrollo legislativo.

- Frente a tales alternativas, se asume la idea de que la Constitución de un Estado democrático asume el carácter de norma jurídica, lo cual implica que ella posee fuerza normativa vinculante en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicitudes; descartándose absolutamente que la Constitución sea, en todo o parcialmente, un texto donde se acumulan meros consejos, recomendaciones, invitaciones, de carácter declarativo u orientativo, sin fuerza obligatoria.
- La fuerza normativa de la Constitución democrática como norma jurídica implica la pretensión de que las conductas humanas la hagan realidad: la obligatoriedad tiene que derivar a la aplicación y al cumplimiento de la Constitución, lo cual exige buscar los condicionamientos favorables para que obtenga esa eficacia, evitando o remediando bloqueos y frustraciones.
- Para que la fuerza normativa de la Constitución no resulte ineficaz o falseada, se proponen los siguientes ejes: a) Toda la Constitución, en todas sus partes, incluido el sistema de valores, principios y derechos, es invocable ante los tribunales, que han de dar efectividad a la exigibilidad del conjunto completo; b) Aun a falta de desarrollos infraconstitucionales, hay un contenido mínimo que debe ser aplicado siempre; c) Ninguna norma de la Constitución es inócua, ni puede quedar sin efecto útil; d) Hay que derivar de la Constitución la vinculatoriedad y el cumplimiento inmediatos, aun en ausencia de la intermediación de los órganos de poder obligados a desarrollarla; e) La unidad de sentido de la Constitución debe merecer atención y aplicabilidad directas, de manera tal que el resto del ordenamiento infraconstitucional debe ser interpretado y aplicado conforme a ella.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

- La teoría de la fuerza normativa de la Constitución no se agota en la parte orgánica sino que brinda especial atención a los aspectos sustanciales de la Constitución, lo cual se justifica porque las normas que estructuran al poder, a sus órganos y a sus funciones, han solido recibir –al menos en general, aunque también con vulneraciones– un reconocimiento mayor en cuanto a su normatividad; mientras que –en cambio– las normas que resuelven el estatus situacional de la persona, la dignidad humana, la libertad y los derechos, muchas veces han quedado destituidas de esa fuerza normativa, lo cual exige rescatar y reivindicar la idea de que la parte dogmática de la Constitución también goza de exigibilidad directa para su tutela y promoción.
- Es así que, cuando la Constitución reconoce derechos y les da constancia normativa, no lo hace para cumplir un propósito decorativo y literario de pura retórica o de alarde lexical, sino para que las personas dispongan de acceso a su goce y a su disfrute, y para que los puedan hacer valer ante un Estado al que, en reciprocidad, se le demarcan límites, y se le reparte el poder con funciones a cargo de órganos separados, sujetos a control. Tampoco el Preámbulo es un decorativo introductorio, sino que tiene contenido y valor normativos como todo el complejo de la Constitución a la que precede.
- La Constitución con fuerza normativa funciona en el Estado democrático con ambivalencia –objetiva y subjetiva–; en sentido objetivo, las normas de la Constitución dan origen y presiden un ordenamiento jurídico que queda embebido de su núcleo o contenido sustancial; en sentido subjetivo, los derechos, libertades y garantías de su plexo confieren a cada persona el estatus jurídico-político subjetivo que la emplaza en la comunidad estatal de acuerdo a su dignidad.
- La fuerza normativa de la Constitución con relación a los contenidos de su parte dogmática, descarta todo reduccionismo tendiente a interpretar a los derechos fundamentales como si fueran exclusivamente situaciones subjetivas del hombre frente al Estado: que lo son, lo son; pero allí no se agota su sentido y su alcance, porque

también lo son frente a los particulares en las relaciones *inter privatos*. Y es que las normas de la Constitución son de orden público, lo cual implica su no dispensabilidad, es decir, que no admite ser modificada, sustituida o dejada de lado por otra norma o por un pacto. En suma: ninguna ley, ninguna norma estatal o no estatal, ningún acto público o de particulares, puede interpretarse y aplicarse como si por encima no existiera el plano superior condicionante y subordinante de la Constitución.

- La Constitución escrita contiene y propone un proyecto, un plan, un programa, que traza un diseño constitucional abarcativo del poder y de la sociedad; pero ello no implica identificarla con una invitación, un consejo, una recomendación o mera promesa: por el contrario, ese proyecto, plan o programa constitucional tiene fuerza normativa y su realización es exigible, es obligatoria, es imperativa, con modalidades temporales diversas.
- Ciertamente, muchas veces es la propia Constitución la que encomienda su desarrollo a los órganos del poder constituido. En tal sentido, cuando las normas constitucionales sobre derechos aluden a su reconocimiento conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, resultan posibles dos interpretaciones: a) que hasta tanto las leyes sean dictadas, aquellas normas de la Constitución no disponen de posible aplicación, de manera que es imprescindible la intermediación del legislador ordinario; sin la cual las normas constitucionales no son exigibles, ni tampoco los tribunales judiciales les pueden prestar aplicación; o b) que el goce de los derechos conforme a la ley significa solamente que el legislador está investido de competencia para reglamentar razonablemente las normas de la Constitución, pero que éstas no precisan inexorablemente de la ley reglamentaria, y que cuando dicha ley no existe, las normas constitucionales son igualmente aplicables, exigibles, y disponibles por parte de los tribunales.
- Frente a tales alternativas, se asume la segunda opción en la inteligencia de que la primera producía el decaimiento de la fuerza normativa de la Constitución al quedar ésta supeditada a normas infraconstitucionales como son las leyes.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

- Por otra parte, la circunstancia de que la Constitución albergue normas programáticas no equivale, sin más, a afirmar que ellas carecen de fuerza normativa ni conduce a la idea de que la Constitución que contiene normas programáticas no es, en su totalidad, una norma jurídica superior, exigible y vinculante para todos.
- Si la Constitución contiene normas programáticas –o sea, aquellas que para su funcionamiento y aplicación requieren ser desarrolladas por otras normas infraconstitucionales o precisan disponer de ciertas estructuras funcionales de base– también ellas resultan de cumplimiento obligatorio, y deben ser invocables ante los tribunales judiciales, pese a que resulten de una naturaleza distinta a las normas operativas.
- Así, cuando las normas programáticas no resultan desarrolladas legislativamente es viable que recaiga una forma de control sobre su paralización, a través de la declaración de inconstitucionalidad por omisión ante la falta de implementación de la norma programática, a efectos de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio.
- Al respecto, se reconoce que no es igual el supuesto de cláusulas programáticas a cuyo funcionamiento sólo lo bloquea la ausencia de normas reglamentarias, y el otro en que resulta necesario contar con infraestructuras organizacionales y materiales. En el primero, el juez puede suplir fácilmente la omisión reglamentaria y otorgar aplicación a la norma programática; en el otro, no es tan sencillo: sin embargo, no es extravagante imaginar que los tribunales puedan intimar a los otros órganos de poder competentes a crear y poner en funcionamiento las infraestructuras que permitieran dar andamiaje eficaz a las normas que presuponen y requieren su existencia y que, en caso de incumplimiento, se conceda un resarcimiento en favor de la persona que ve obstruido el goce de un derecho a causa de la falta de infraestructuras que le preste viabilidad.
- La fuerza normativa de los derechos de la Constitución exige que la libertad no sea considerada únicamente en sentido formal, porque también hay que garantizar las condiciones materiales de su desenvolvimiento.

- Ello se vincula a la dificultad de los derechos sociales, y en tal sentido, se despliega la idea de que serían derechos “por analogado”, en el sentido de que si bien son titularizados por un sujeto activo, y tienen en reciprocidad al Estado como sujeto pasivo, no concretan individualmente una obligación prestacional del Estado frente a cada titular de esos derechos, sino una obligación estatal activamente universal respecto de todos, de modo que tales derechos se hacen accesibles y encuentran satisfacción a través de la participación de sus titulares en el bien común público que debe ser abastecido por el Estado mediante políticas funcionalmente favorables en el ámbito socioeconómico.
- Resulta claro, entonces, que para conferir plenitud de efecto obligatorio a la Constitución en todas sus normas y contenidos, y para que el proyecto integral que ella contiene alcance eficacia, la fuerza normativa de la misma Constitución debe disponer de medios, vías y controles para su exigibilidad, es decir, debe existir y funcionar un sistema garantista y un mecanismo apto de control de constitucionalidad.
- En orden a tal sistema garantista, la fuerza normativa de la Constitución deriva en reconocer el derecho fundamental al acceso a la justicia y a la tutela eficaz, concibiendo una legitimación procesal amplia y vías procesales diversas (v. gr., acción de amparo, hábeas corpus, acción declarativa de inconstitucionalidad, etc.), sin retaceos, considerando incluso en la posibilidad de reconocer la vía de la acción popular para defender la supremacía constitucional como derecho personal.
- A su vez, la defensa de la Constitución y de su fuerza normativa requieren de la jurisdicción constitucional y, en tal sentido, el control constitucional clásico hay que expandirlo reconociendo la inconstitucionalidad por omisión, la aplicación del control de constitucionalidad de oficio, el desarrollo de la interpretación conciliadora, la posibilidad de la inconstitucionalidad en la aplicación concreta de normas que no son inconstitucionales en general, los efectos retroactivos o sobrevinientes de la declaración de inconstitucionalidad, el repliegue de las cuestiones políticas no judiciales,

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

la posibilidad de efectos *erga omnes* de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, etc., apuntando con ello a que cada vez que un juez tenga ya disponibles su jurisdicción y su competencia en un caso, pueda tramitarlo y decidirlo cumpliendo con su deber de conferir al “bloque de constitucionalidad federal” constituido por la Constitución y los Derechos Humanos aquella aplicación que haga efectiva su fuerza normativa.

- Al respecto, resulta relevante precisar que cuando una Constitución reconoce a su sistema de derechos fundamentales una doble fuente –la propia del Derecho Constitucional y la emanada de los instrumentos de Derechos Humanos– la fuerza normativa de la Constitución no se empobrece sino que se vuelve más intensa, en cuanto el derecho internacional acude en su auxilio dotándola de una cobertura subsidiaria y coadyuvante, debiendo recordarse que la parte dogmática de la Constitución es la más vulnerable y, por ende, la que necesita recibir mayor vigor operacional.
- Así, los instrumentos de Derechos Humanos son un refuerzo de la Constitución, en la medida de que un derecho internacional imbuido de personalismo humanista ostenta una finalidad equivalente a la del constitucionalismo democrático, tanto en lo que atañe al sistema de derechos como en lo vinculado a la organización del poder estatal. A su vez, el Derecho Comunitario, pese a su primacía sobre el derecho interno, no alcanza en cambio a prevaler sobre el sistema de derechos fundamentales definidos por la doble fuente resultante del Derecho Constitucional y de los Derechos Humanos.
- Finalmente, cabe destacar que –con tales precisiones– Bidart Campos incluso avanzó en afirmar que resultaba posible reconocer la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Constitucional, sin que ello implicara declinar la supremacía y fuerza normativa de la Constitución en cuanto ella misma es la que define tal gradación jerárquica en el sistema jurídico, explicando que cuando una Constitución incluye alguna cláusula de reconocimiento, aceptación, acogimiento o respeto a los principios o a las normas generales del derecho internacional, o a los tratados, con esa misma

cláusula está aceptando y acatando la norma internacional que subordina todo el derecho interno al derecho internacional.

De todo lo anterior, puede deducirse que la teoría de la fuerza normativa de la Constitución de Bidart Campos se afirma esencialmente sobre dos vigas maestras: el reforzamiento de los derechos fundamentales y el robustecimiento del control jurisdiccional de constitucionalidad; destacándose en ambos puntos la originalidad y profundidad de su pensamiento.⁵⁰

En efecto, con relación a los derechos fundamentales, la doctrina tradicional retaceaba la exigibilidad de los derechos sociales: v. gr., Goldschmidt⁵¹ –cuya iusfilosofía tanto influjo tuvo en Bidart Campos– enseñaba que no todas las normas son completas pues, a veces, no es posible ni siquiera admitir que estamos en presencia de una verdadera norma sino de un mero principio de normación que reclama la sanción de otras normas para que pueda empezar a funcionar, y así concretamente:

“Las Constituciones nacionales suelen contener principios de normas que luego los órganos legislativos deben desarrollar por medio de normas auténticas. Como estos principios no son de aplicación inmediata con respecto a los habitantes del país, y sólo se dirigen a los legisladores para que les insuflen vida dotándoles de normas, se les niega valor ‘operativo’. El art. 14 bis, CN (sancionado el 24 de octubre de 1957) contiene, por ejemplo, gran número de meros principios necesitados de una legislación complementaria”.

En cambio, la postura de Bidart Campos evolucionó hasta afirmar que los derechos fundamentales expresados en fórmulas programáticas: a) imponen al legislador el deber de desarrollarlos; b) impiden que el legislador dicte normas opuestas a ellos; c) pueden ser invocados

⁵⁰ Y es que, ciertamente, cabría señalar aquí a modo de contraste que una postura comprometida con el reconocimiento de los derechos podría no derivar necesariamente en un modelo de control judicial fuerte en el contexto de un sistema democrático, cfr. WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement* (1999), trad. *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 251 y ss.

⁵¹ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 280 y ss.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

judicialmente por los titulares, ante la falta de reglamentación, alegando la inconstitucionalidad por omisión; d) los jueces pueden acoger el planteo, haciendo aplicación de la norma para efectivizarla en el caso.⁵²

A su vez, con relación al control de constitucionalidad, el esquema clásico indicaba que: a) sólo procede a petición del titular de un derecho afectado y nunca de oficio; b) sólo admite la vía incidental o de excepción y no la vía de acción directa; c) no avanza sobre las cuestiones políticas o facultades privativas de los otros poderes, la cuales resultan no justiciables; d) no alcanza al análisis del acierto, conveniencia, propósitos o justicia intrínseca de las normas; e) sus efectos sólo se ciñen a la inaplicación interpartes sin proyectarse más allá del caso concreto.⁵³

En contraste, la posición de Bidart Campos tendió hacia una apertura del control judicial en el sentido de que: a) no sólo procede a petición del titular de un derecho afectado, sino que admite a otros legitimados en materia de intereses colectivos y acepta el control de oficio; b) no sólo admite la vía incidental, sino también las acciones directas; c) avanza sobre la judiciabilidad de las cuestiones políticas o facultades privativas de los otros poderes; d) alcanza al análisis de los medios elegidos y de las consecuencias resultantes de las normas y los actos para ponderar su razonabilidad; e) los efectos de la inconstitucionalidad pueden proyectarse más allá de las partes y expandirse *erga omnes*.⁵⁴

⁵² Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1964/1966, t. I, pp. 78 y ss. y t. II, pp. 401 y ss.; *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, pp. 81 y ss., y *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000/2001, t. I-A, pp. 331 y ss. y t. I-B, pp. 465 y ss.

⁵³ Cfr. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 1930, t. I, pp. 479 y ss.; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Alfa, 1953, t. 2, pp. 305 y ss.; OYHANARTE, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, Paidós, 1969, p. 78.

⁵⁴ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1964, t. I, pp. 245, 256 y ss.; *Derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967, t. II, pp. 311 y ss., y *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. I-A, pp. 419 y ss. y t. II-B, pp. 576 y ss. (publicado póstumamente en 2005).

V. LA PROYECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Bidart Campos no sólo fue un gran intérprete de las decisiones de la Corte Suprema sino que, además, fue una fuente inagotable de preguntas y respuestas que, sin dudas, influyeron en el desarrollo de la jurisprudencia del tribunal.⁵⁵

En tal sentido, seguidamente se pasa revista a una selección de pronunciamientos dictados por la Corte Suprema en lo que va del nuevo milenio, los cuales presentan aspectos en los que se reflejan las ideas de Bidart Campos sobre la fuerza normativa de la Constitución.

1. SOBRE LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA VINCULANTE

- *Reconocimiento a la Constitución del carácter de norma suprema vinculante*, v. gr.: en el caso “Provincia de San Luis” (2003, *Fallos*: 326:417) recordó que la Constitución es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, teniendo la virtualidad necesaria para poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción; en el caso “Vizzoti” (2004, *Fallos*: 327:3677) reiteró que la Constitución, como es bien sabido, asume el carácter de una norma jurídica; en el caso “Bussi” (2007, *Fallos*: 330:3160) afirmó que la Constitución no admite la validez de una voluntad mayoritaria expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho, ni les permite derogar principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los

⁵⁵ Al respecto, pueden señalarse diversas sentencias de la CSJN en las cuales los votos de los jueces citan expresamente las opiniones de Bidart Campos como fundamento de la decisión, v. gr., los casos “Romano” (1997, *Fallos*: 320:1523), “Urteaga” (1998, *Fallos*: 321:2767), “Moliné O’Connor” (2004, *Fallos*: 327:2205), “Sánchez” (2005, *Fallos*: 328:1602), “Simón” (2005, *Fallos*: 328:2056), “Asociación de los Testigos de Jehová” (2005, *Fallos*: 328:2993), “Mollard” (2005, *Fallos*: 328:4794), “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones SA” (2006, *Fallos*: 329:59), “Gutiérrez” (2006, *Fallos*: 329:1092), “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual” (2006, *Fallos*: 329:5266), “Padilla” (2007, *Fallos*: 330:1436), “López” (2007, *Fallos*: 330:399), “Mexicana de Aviación SA” (2008, *Fallos*: 331:1942), “Catamarca vs. Salta” (2009, *Fallos*: 332:985), “Consumidores Argentinos” (2010, *Fallos*: 333:633), “Sosa” (14-9-2010), “Girondo” (2-3-2011), “Lago Espejo Resort SA” (20-3-2012), “Rizzo” (18-6-2013), “Grupo Clarín SA y otros” (29-10-2013), “Confederación Indígena del Neuquén” (10-12-2013).

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

- ciudadanos, en tanto nuestra Democracia es Constitucional, de modo que la función de los jueces debe dirigirse a garantizar la vigencia de principios regulativos del modo en que expresan las mayorías; en el caso “García Méndez” (2008, *Fallos*: 331:2691) se refirió a los contenidos constitucionales, evocando la idea de que la función del Derecho es la de realizarse y lo que no es realizable nunca podrá ser Derecho.
- *Afirmación de la vinculatoriedad del proyecto diseñado en la Constitución para la organización jurídica de la comunidad política*, v. gr.: en el caso “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero” (5-11-2013) afirmó que la actuación de los tres poderes del Estado encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución y que los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo, condicionando así la actividad de los poderes constituidos, de modo que el obrar del Estado debe estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en nuestro pacto fundacional; en el caso “Intendente Municipal Capital (La Rioja)” (11-11-2014) afirmó que el dictado de una ley para el acatamiento de la Constitución no puede quedar condicionado a la concreción de acuerdos políticos que no han sido logrados al cabo de largos años, pues subordinar la realización del proyecto constitucional a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, implica invertir una regla elemental del orden constitucional argentino, según el cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular, de modo que frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto.

2. HACIA EL REFORZAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

- *Revitalización de la Constitución a través de los Derechos Humanos*, v. gr.: en el caso “Vizzoti” (2004, *Fallos*: 327:3677) afirmó que los principios constitucionales resultaron robustecidos por los aportes del

- art. 75, inc. 22; en el caso “Aquino” (2004, *Fallos*: 327:3753) sostuvo que las mandas constitucionales se han visto fortalecidas y agigantadas por la singular protección reconocida por los instrumentos de Derechos Humanos dotados de jerarquía constitucional; en el caso “Milone” (2004, *Fallos*: 327:4607) expresó que los principios elaborados a partir de los derechos constitucionales se integran a las disposiciones incorporadas por la reforma constitucional en los arts. 75, incs. 22 y 23; en los casos “Mazzeo” (2007, *Fallos*: 330:3248) y “Arriola” (2009, *Fallos*: 332:1963) explicó que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente reformadora fue el de incorporar a los instrumentos de Derechos Humanos como un orden equiparado a la misma Constitución a través del art. 75, inc. 22.
- *Configuración de un bloque constitucional federal integrado por la Constitución y los Derechos Humanos en armónica reciprocidad*, v. gr., en el caso “S., V.” (2001, *Fallos*: 324:975) afirmó que los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos de Derechos Humanos del art. 75, inc. 22 debían ser interpretados armónicamente para hallar un ámbito de correspondencia recíproca dentro del cual obtengan su mayor amplitud; en el caso “Brusa” (2003, *Fallos*: 326:4816) recordó que la Constitución y los instrumentos de Derechos Humanos debían analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de manera tal que las normas constitucionales se armonicen con las restantes cláusulas constitucionales y con las normas internacionales dotadas de igual jerarquía; en el caso “Casal” (2005, *Fallos*: 328:3399) sostuvo que los instrumentos sobre Derechos Humanos formaban parte de la Constitución a partir de su inclusión en el art. 75, inc. 22; asimismo, en los casos “Brusa” (2003, *Fallos*: 326:4816), “Arancibia Clavel” (2004, *Fallos*: 327:3312), “Verbitsky” (2005, *Fallos*: 328:1146), “Llerena” (2005, *Fallos*: 328:1491), “Asociación de Telerradiodifusoras Argentina” (2005, *Fallos*: 328:1825), “Simón” (2005, *Fallos*: 328:2056), “Casal” (2005, *Fallos*: 328:3399), “Martínez Areco” (2005, *Fallos*: 328:3741), “Dieser” (2006, *Fallos*: 329:3034), “Gramajo” (2006, *Fallos*: 329:3680), “Juri” (2006, *Fallos*: 329:5994), “Pouler” (2007, *Fallos*:

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

- 330:2112), “Amodio” (2007, *Fallos*: 330:2658), “García Méndez” (2008, *Fallos*: 331:2691), “Pérez” (2009, *Fallos*: 332:2043), “Romero” (2010, *Fallos*: 333:1075); “Álvarez” (2010, *Fallos*: 333:2306), “Méndez” (2011, *Fallos*: 334:1216), “Pellicori” (2011, 334:1387), “W., D.” (2011, 334:1445), “Q. C., S. Y.” (2012, *Fallos*: 335:452), “Asociación de Trabajadores del Estado” (18-6-2013), “Grupo Clarín SA y otros” (29-10-2013) y “Frois” (7-10-2014), los distintos votos de los jueces receptaron la noción de “bloque de constitucionalidad” o “bloque constitucional” para referirse al conglomerado normativo conformado por la Constitución y los instrumentos de Derechos Humanos.
- *Afirmación de la vinculatoriedad de los derechos fundamentales respecto de todas las autoridades públicas y todos los particulares*, v. gr.: en el caso “Vizzoti” (2004, *Fallos*: 327:3677) afirmó que cuando la Constitución reconoce derechos lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, máxime si lo puesto en juego es un derecho humano, agregando que cuando un derecho remite a la ley –como lo hace el art. 14 bis–, el mandato se dirige primordialmente al legislador pero su cumplimiento atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto; en el caso “Mendoza” (2006, *Fallos*: 329:2316) señaló que el reconocimiento de estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión de Constituyente reformador de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, agregando que la tutela del ambiente impone asimismo deberes de cada uno de los ciudadanos; en el caso “García Méndez” (2008, *Fallos*: 331:2691) expresó que los derechos especiales que tienen los niños por su condición no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema

y que el deber del Estado de respetar los derechos reconocidos en los instrumentos de Derechos Humanos incumbe a cualquier poder y órgano, independientemente de su jerarquía; en el caso “Halabi” (2009, *Fallos*: 332:111) reiteró –citando a Joaquín V. González– que las declaraciones, derechos y garantías no son simples fórmulas teóricas, sino que cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria, correspondiendo a los jueces aplicarlas en la plenitud de su sentido; en los casos “Pérez” (2009, *Fallos*: 332:2043) y “Q. C., S. Y.” (2012, *Fallos*: 5:452) repitió que los derechos fundamentales son reconocidos por la Constitución para que resulten efectivos, precisando en el último caso que los derechos reconocidos por la Constitución y los instrumentos de Derechos Humanos no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad y que la obligación primera que surge de los instrumentos de Derechos Humanos es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos, sosteniendo que si bien el art. 75, inc. 23 está dirigido específicamente al legislador federal, debía igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia; en el caso “Álvarez” (2010, *Fallos*: 333:2306) expresó que el principio de igualdad y de prohibición de discriminación acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todas las autoridades públicas y a los particulares, de manera tal que el Estado debe abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto* y también debe adoptar “medidas positivas” para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en tanto que a los particulares les corresponde la obligación de respetar los derechos humanos en los vínculos *inter privatos*; en el caso “Sisnero” (20-5-2014) recordó que nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los derechos fundamentales está circumscripita a los ataques que provengan sólo de la autoridad pública, ni nada hay que autorice a afirmar que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad *lato sensu* carezca de la protección constitucional adecuada por la

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

- sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos.
- *Exigencia de maximización de los derechos fundamentales a través de la reglamentación legislativa y la aplicación jurisdiccional*, v. gr.: en el caso “Vizzoti” (2004, *Fallos*: 327:3677) afirmó que los derechos fundamentales tienen un contenido proporcionado por la propia Constitución –pues de lo contrario ésta enunciaría derechos huecos a ser llenados de cualquier modo por el legislador o un mero conjunto de sabios consejos promisorios librados a su buena voluntad–, por lo que su reglamentación debe conferirles toda la extensión y comprensión prevista en la Constitución para garantizar su pleno goce y ejercicio; en el caso “Aquino” (2004, *Fallos*: 327:3753) sostuvo que las reglamentaciones del legislador deben conferir toda la amplitud que ameritan los principios constitucionales y evitar la fijación de limitaciones que impliquen alterar los derechos reconocidos por la Constitución, por lo que resultan inválidos los retrocesos legislativos que acaezcan en el marco de protección; en el caso “Verbitsky” (2005, *Fallos*: 328:1146) reiteró que si bien resultan atendibles algunas de las razones que remiten a la carencia de recursos económicos para solucionar en el corto plazo los problemas planteados, las carencias presupuestarias –aunque dignas de tener en cuenta– no pueden justificar las transgresiones comprobadas sobre los derechos fundamentales en juego, pues privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los instrumentos de Derechos Humanos; en el caso “Sánchez” (2005, *Fallos*: 328:1602) expresó que es atribución y deber del legislador fijar el contenido concreto de los derechos fundamentales, para lo cual debe tener en cuenta la protección especial que ha otorgado la Constitución al conjunto de los derechos sociales, aclarando que los instrumentos de Derechos Humanos, lejos de limitar o condicionar los principios relativos a los derechos constitucionales, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos fundamentales, lo cual se inscribe además dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc. 23 de la Constitución reformada: en tal sentido, los instrumentos de Derechos Humanos

promueven el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la Constitución, por lo que la “consideración de los recursos disponibles de cada Estado” no importa disculpa alguna para desconocer o retacear la extensión de los derechos vigentes mediante la invocación de razonamientos regresivos; en los casos “Cardozo” (2006, *Fallos*: 329:2265), “Madorrán” (2007, *Fallos*: 330:1989) y “Álvarez” (2010, *Fallos*: 333:2306) agregó que el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos fundamentales que resulta de los instrumentos de Derechos Humanos, sumados al principio *pro homine*, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana; en el caso “Q. C., S. Y.” (2012, *Fallos*: 335:452) señaló que la obligación primera que surge de los instrumentos de Derechos Humanos es dar plena efectividad a los derechos reconocidos y que aun tratándose de derechos cuya operatividad no sea directa sino de carácter derivado –en tanto requieren su implementación mediante una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo– existe una garantía mínima cuya razonable atención debe ser controlada por el Poder Judicial, aclarando en tal sentido que esos derechos y deberes no son meras declaraciones sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad, que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado a través –en principio– de su implementación mediante una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo, y que al Poder Judicial le corresponde controlar la razonabilidad del desarrollo legislativo pues, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, la garantía mínima del derecho fundamental constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos.

- *Irradiación de la Constitución al derecho infraconstitucional mediante la interpretación conforme*, v. gr.: en el caso “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual” (2006, *Fallos*: 329:5266) afirmó que la interpretación de la norma del Código Civil aplicable debía

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

adecuarse a la comprensión constitucional del derecho en juego, pues todos los preceptos del ordenamiento jurídico deben interpretarse de esa manera, respetando los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, pues de lo contrario se incurriría en una interpretación de las normas subordinadas que atentaría contra su validez constitucional; en el caso “F., A. L.” (2012, *Fallos*: 335:197) sostuvo que a partir de las disposiciones de la Constitución y de los instrumentos de Derechos Humanos del art. 75, inc. 22 correspondía realizar una interpretación amplia y no restrictiva de una norma del Código Penal; en el caso “Torres” (27-12-2012) recordó que corresponde interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, de manera que la solución que se obtenga sea la que mejor concuerde con los principios fundamentales del derecho, prefiriéndose la inteligencia que favorezca y no la que dificulte aquella armonía y la consecución de los fines perseguidos por las reglas superiores; en el caso “Rodríguez” (28-10-2014) expresó que cuando se pone en juego normas del derecho común que tienen relación con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la interpretación que se haga de aquéllas debe ser la que mejor armonice con los citados derechos; asimismo, en los casos “Portal de Belén” (2002, *Fallos*: 325:292), “López” (2004, *Fallos*: 327:4206), “Cardozo” (2006, *Fallos*: 329:2265); “Madorrán” (2007, *Fallos*: 330:1989); “Acosta” (2008, *Fallos*: 331:858), “Ascuá” (2010, *Fallos*: 333:1361), “H., E. N.” (2010, *Fallos*: 333:1805), “Álvarez” (2010, *Fallos*: 333:2306), “Calderón de Loiza” (2011, *Fallos*: 334:223), “Germano” (2012, *Fallos*: 335:38), “F., A. L.” (13-3-2012), “Asociación de Trabajadores del Estado” (18-6-2013) y “Demaría” (8-4-2014) sostuvo que el principio *pro homine* que informa a los instrumentos de Derechos Humanos impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde o proteja en mayor medida al ser humano.

3. HACIA EL ROBUSTECIMIENTO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

- Reafirmación de la acción directa de inconstitucionalidad, v. gr.: en los casos “Hidroeléctrica Ameghino SA” (2001, *Fallos*: 324:1936) y

- “Jesús Arroyo SA” (2004, *Fallos*: 327:3010) recordó que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente se han admitido como medio idóneo –ya sea bajo la forma de amparo o la acción de mera certeza– para prevenir o impedir las lesiones de derechos fundamentales.
- *Incorporación del “control de convencionalidad”*, v. gr.: en los casos “Mazzeo” (2007, *Fallos*: 330:3248), “García Méndez” (2008, *Fallos*: 331:2691), “Gualtieri Rugnone de Prieto” (2009, *Fallos*: 332:1769) y “Videla y Massera” (2010, *Fallos*: 333:1657) afirmó que el Poder Judicial debía ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos teniendo en cuenta no sólo sus disposiciones sino también la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana, siguiendo así la jurisprudencia sentada por dicho tribunal internacional a partir del caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (26-9-2006).
 - *Admisión del control de constitucionalidad de oficio*, v. gr.: en el caso “Banco Comercial de Finanzas SA” (2004, *Fallos*: 327:3117) afirmó que si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, ello no implica la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango –vale decir, la constitucional– desechando la de rango inferior; en el caso “Rodríguez Pereyra” (2012, *Fallos*: 335:2333) reiteró que los órganos judiciales están obligados a ejercer el control de convencionalidad de oficio, de modo que cabía reconocer de igual manera la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad aunque no exista petición expresa de parte, sin que ello signifique invalidar el conjunto de reglas relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control; en el caso “Pedraza” (6-5-2014) reafirmó que los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de oficio de las normas atributivas de competencia que excedan los límites constitucionales.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

- *Desenvolvimiento de la declaración de inconstitucionalidad por omisión*, v. gr.: en el caso “Mignone” (2002, *Fallos*: 325:524) recordó que reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo, decidiendo que correspondía urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho reclamado; en el caso “Verbitsky” (2005, *Fallos*: 328:1146) expresó que, ante la falta de una solución consensuada y viable para superar la situación carcelaria constatada, y dada su gravedad, correspondía al tribunal adoptar diversas medidas tendientes a hacer cesar la vulneración de los derechos fundamentales producida; en el caso “Mendoza” (2006, *Fallos*: 329:2316; y 2008, *Fallos*: 331:1622) se expidió acerca de la afectación al medio ambiente verificada en la cuenca del río “Matanza-Riachuelo” tolerada por la inactividad de las autoridades nacionales y locales, adoptando diversas medidas y condenando, en definitiva, a las diversas autoridades públicas involucradas a la ejecución de un programa obligatorio cuyos criterios generales fueron definidos por el tribunal, quedando a las demandadas la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo; en el caso “Badaro” (2006, *Fallos*: 329:3089; y 2007, *Fallos*: 330:4866) sostuvo que el art. 14 bis de la Constitución remite a la prudencia legislativa para la operativización de la movilidad jubilatoria, sin embargo, la reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho en cuestión, por lo que primero procedió a poner en conocimiento de los poderes políticos la existencia de la omisión legislativa verificada y luego, al juzgar insuficiente el régimen adoptado por el legislador, declaró su inconstitucionalidad ordenando el pago de las sumas pertinentes; en el caso “García Méndez” (2008, *Fallos*: 331:2691) señaló que no es propio del Poder Judicial fijar medidas de política pública, no obstante lo cual, el tribunal no podría permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente a la Constitución y a la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que adoptó medidas que juzgó adecuadas a la par que requirió al legislador que adecue la legislación a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos de Derechos Humanos incorporados a la Constitución; en el caso

- “Halabi” (2009, *Fallos*: 332:111) reiteró que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para su vigencia efectiva por lo que decidió que la falta de una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas “acciones de clase” constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, sin perjuicio de lo cual procedió a fijar una serie de reglas para operativizar la norma del art. 43, párrafo segundo de la Constitución; asimismo, en los casos “Lavado” (2007, *Fallos*: 330:111), “Defensor del Pueblo de la Nación” (2007, *Fallos*: 330:4134), “Salas” (2008, *Fallos*: 331:2925) y “Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos” (2011, 334:1861) afirmó que, considerando la gravedad y urgencia de los hechos denunciados procedía diferir el análisis de su competencia y adoptar medidas conducentes para sostener la observancia de la Constitución, sin que pueda verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial, sino la tutela a derechos supliendo las omisiones que puedan estar lesionándolos.
- *Extensión de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad más allá del caso concreto*, v. gr.: en el caso “Bustos” (2006, *Fallos*: 329:5913) afirmó con suma generalidad que le correspondía intervenir y pronunciarse para decidir de modo definitivo las cuestiones tan largamente discutidas entre los depositantes y las entidades bancarias; en el caso “Halabi” (2009, *Fallos*: 332:111) confirmó el efecto *erga omnes* dado a la sentencia referida a derechos de incidencia colectiva señalando que el sustento de la proyección superadora de la regla *inter partes* es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva y que incluso tal extensión se encuentra arraigada en el ordenamiento legal vigente en materia de defensa a los usuarios y consumidores y del medio ambiente; en el caso “Intercorp SRL” (2010, *Fallos*: 333:935) señaló –de manera general– que a partir de la declaración de inconstitucionalidad del régimen impugnado no resultarían válidas las medidas que dispusieran los funcionarios de la AFIP, aunque sí las efectivizadas con anterioridad; en el caso “PA-DEC” (21-8-2013) agregó que tratándose de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos resultaba

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

- razonable la realización de un solo juicio cuya sentencia reconozca efectos expansivos respecto de todo el colectivo de personas alcanzadas de manera igual por la situación cuestionada; en el caso “F., A. L.” (2012, *Fallos*: 335:197) fijó su interpretación sobre la norma en cuestión y exhortó a todas las autoridades públicas, nacionales y locales, para su implementación; en el caso “Rizzo” (18-6-2013) declaró la inconstitucionalidad de la ley que reformaba la integración del Consejo de la Magistratura procediendo a dejar sin efecto –de manera general– la convocatoria a elecciones para la designación de los representantes de todos los estamentos; en el caso “Pedraza” (6-5-2014) resolvió que una ley relativa a la competencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social resultaba inconstitucional, proyectando los efectos de su decisión sobre la generalidad de las causas radicadas ante dicho tribunal.
- *Repliegue de la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales*, v. gr.: en los casos “Bussi” (2001, *Fallos*: 324:3358; y 2007, *Fallos*: 330:3160) y “Patti” (2008, *Fallos*: 331:549) afirmó que la decisión de una Cámara de Diputados de no admitir en su seno a un legislador electo es una cuestión justiciable sometida al control judicial; en los casos “Simón” (2005, *Fallos*: 328:2056) y “Mazzeo” (2007, *Fallos*: 330:3248) declaró la invalidez constitucional de las amnistías e indultos referidos a crímenes de lesa humanidad considerándolos como cuestiones justiciables; en los casos “Brusa” (2003, *Fallos*: 326:4816), “Moliné O’Connor” (2004, *Fallos*: 327:2205) y “Faggionato Márquez” (2012, *Fallos*: 335:686) afirmó que las decisiones adoptadas en los enjuiciamientos políticos seguidos contra magistrados constituyen cuestiones justiciables cuando se alega que en ellos se ha producido una violación al derecho de defensa en juicio o al debido proceso.
 - *Modulaciones en torno a la declaración de inconstitucionalidad*, v. gr.: en los casos “Itzcovich” (2005, *Fallos*: 328:566), “Arriola” (2009, *Fallos*: 332:1963) y “Pedraza” (6-5-2014) afirmó que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pueden tornarse indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas, resultando entonces inconstitucionales de

- manera sobreviniente; asimismo, en los casos “Itzcovich” (2005, *Fallos*: 328:566), “Rosza” (2007, *Fallos*: 330:2361) e “Intercorp SRL” (2010, *Fallos*: 333:935) señaló que, dadas las especiales circunstancias consideradas, la declaración de inconstitucionalidad no tendría efectos retroactivos respecto de los actos ya cumplidos con anterioridad a su pronunciamiento, sino que regiría hacia el futuro.
- *Expansión del control de razonabilidad hacia el examen de los medios elegidos y las consecuencias resultantes*, v. gr.: en los casos “Smith” (2002, *Fallos*: 325:28) y “Milone” (2004, *Fallos*: 327:4607) afirmó que el control de razonabilidad a cargo de los jueces habilita a declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas y actos que consagren una manifiesta iniquidad; en el caso “Bustos” (2004, *Fallos*: 327:4495) expresó que sería una grave imprudencia dejar de considerar el contexto y las consecuencias en una decisión relativa a la constitucionalidad de un determinado régimen normativo; en el caso “Itzcovich” (2005, *Fallos*: 328:566) señaló que no es función de los tribunales tomar partido en cuestiones políticas que versan sobre asuntos cuya conveniencia es discutible, pues ellas se encuentran reservadas al legislador, pero cuando no resulta discutible la inadecuación de los medios a los fines, por ser palmaria y hasta groseramente contradictoria con los efectos manifiestos, es deber de los jueces ejercer el control sobre la norma; en el caso “Aceval Pollacchi” (2011, *Fallos*: 334:799) señaló que el control de razonabilidad implica evaluar las normas examinadas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y proporcionalidad; en el caso “Pedraza” (6-5-2014) sostuvo que una ley resultaba inconstitucional considerando que ella no constituía un medio ni adecuado, ni idóneo, ni necesario, ni proporcional en relación con los derechos, intereses y valores que el Estado está llamado a proteger en la materia bajo examen.

VI. SU GRAN LEGADO

Si incontables son las líneas que Bidart Campos dedicó al Derecho Constitucional (casi 100 libros y más de 3.000 artículos), infinitas resultan ser las líneas que el Derecho Constitucional debe a su persona.

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO A. DOLABJIAN

Bidart Campos fue un maestro que sintetizó armoniosa y equilibradamente la solidez científica con la humildad y generosidad propias de su personalidad;⁵⁶ un humanista de raza y uno de los juristas más relevantes de Iberoamérica, un ser humano excepcional dedicado en cuerpo y alma al mundo del Derecho, de la Justicia y de la Docencia;⁵⁷ un innovador que estampó su impronta con valentía sentando los cimientos de una escuela constitucional argentina y latinoamericana impregnada de su humanismo pluralista;⁵⁸ un jurista humilde como ninguno, liberal y humanista, católico y ecumenista, fue una figura única e irrepetible que nos enseñó que todas las respuestas necesarias para los grandes y pequeños dilemas del ser humano concreto pueden encontrarse en la Constitución.⁵⁹

Bien se ha dicho que los buenos profesores, es decir, aquellos que prenden fuego en las almas nacientes de sus alumnos, son tal vez más escasos que los sabios eminentes,⁶⁰ pero Bidart Campos era todo: un jurista sobresaliente, un educador excepcional.

Sus obras constituyen auténticos clásicos del Derecho Constitucional, cabiéndoles perfectamente la definición borgiana: son libros que generaciones de hombres, en una Nación o un grupo de Naciones, a lo largo del tiempo, leen con previo fervor y con una misteriosa lealtad, urgidas por diversas razones, como si en sus páginas todo fuera profundo como el cosmos y capaz de interpretaciones sin término.⁶¹

⁵⁶ Cfr. BAZÁN, Víctor, "Presentación", en AA. VV., *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 9.

⁵⁷ Cfr. FERREYRA, Raúl G., "Sobre veinte proposiciones capitales de la teoría jurídica del profesor doctor Germán J. Bidart Campos. Creo en estas letras", en *La Ley* 2005-D-1236 y ss.

⁵⁸ Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés F., *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ediar, 2009, pp. 317 y ss.

⁵⁹ Cfr. ROSATTI, Horacio, *Prólogo*, en AA. VV., "Liber amicorum". Germán J. Bidart Campos. *Homenaje a 10 años de su desaparición física*, Debates de actualidad, año XXVII, nro. 208-209, Santa Fe, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2014, p. 11. En la misma obra, cabe remitir a los homenajes efectuados por Pablo L. Manili, Jorge R. Vanossi, Daniel A. Sabsay, Alberto R. Dalla Via, entre otros.

⁶⁰ Cfr. STEINER, George, *Lecciones de los maestros*, Buenos Aires, De bolsillo, 2011, p. 26.

⁶¹ Cfr. BORGES, Jorge L., "Sobre los clásicos", en *Revista Sur*, 1941, nro. 85, p. 12 (recogido en *Otras inquisiciones* [1952] y reproducido en *Obras completas*, Buenos Aires, Emecé, 2005, t. 2, pp. 159 y ss.).

Para finalizar estas líneas, a nosotros sólo nos resta dejar fijada una dedicatoria, en modesta reciprocidad, como testimonio de su imborrable huella y magna generosidad:

*A Germán, por la luz que brilla en su eterno magisterio, con todo nuestro afecto.*⁶²

Fecha de recepción: 17-11-2014.

Fecha de aceptación: 23-12-2014.

⁶² Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Compendio de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, dedicatoria.