

Consideración preliminar. Justificación del encare de la actividad.

Este aporte pretende brindar una respuesta a la “Convocatoria a docentes para la presentación de materiales de estudio básicos para estudiantes de grado”, formulada sobre fines del año 2013, en la materia cuya docencia ejerzo, Derecho Público I (Derecho Constitucional)

Se procura brindar información que contribuya a complementar los insumos requeridos para la comprensión de los textos imprescindibles, habitualmente empleados para acceder a la materia. Buscamos aportarle a los estudiantes elementos de base para una primera ubicación en los temas que les permitan construir no sólo una estructura de información más completa para el acceso a la disciplina sino, también, necesaria para su formación como ciudadanos y futuros profesionales.

Con frecuencia, los magros resultados obtenidos en las evaluaciones se deben a que no se interpreta cabalmente el material leído. Frecuentemente se advierte falta de definiciones o premisas suficientes que derivan del conocimiento mínimo de la realidad social o histórica. Vale la pena, entonces, intentar sentar bases sobre las que construir el edificio conceptual.

Obviamente, no se trata de sustituir el imprescindible acceso a las fuentes ni a los valiosísimos trabajos doctrinarios con que se cuenta. Sin embargo, podría ser de utilidad, e interpreto encontrarme alineado con los propósitos del llamado, un material que presente la información en forma tal que permita un acceso progresivo al conocimiento. Se trata de apuntar, en primer lugar, a un primer nivel básico de profundidad que será, luego, objeto de crecientes ahondamientos, producidos en forma ramificada. Ante todo intentaremos aportar una definición accesible de los conceptos fundamentales. Cada primera aproximación, derivaría en una vía de ingreso a conceptos más hondos.

Una presentación de este tipo, debería permitir una mejor comprensión a quienes realizan su primer abordaje a la asignatura. Cada módulo podría estar dando respuesta a una cuestión con lo que se procuraría incursionar en una suerte de diálogo con el destinatario, evitando la mera memorización estéril. En otros términos, se propone realizar una primera incursión destinada a “principiantes”, pero que permita transitar a niveles más profundos de problemática y conocimiento, los que oportunamente se abordarán.

De algún modo, sin que se sustituya el necesario acceso a materiales de mayor enjundia, estaríamos presentando una guía susceptible de crecer y ramificarse y, quizás, devenir en un curso o manual que condense los riquísimos aportes doctrinarios que se han hecho en la disciplina.

Me permitiré dedicar, humildemente, este esfuerzo a los maestros que nos han precedido en la enseñanza de la materia. Aunque nos quede enorme, nos corresponde intentar mantener enhiesto su aporte a la cultura jurídica, en materia tan relevante como lo es el Derecho Constitucional, que es el derecho que regula las instituciones públicas, sus potestades y sus límites y los derechos fundamentales y sus garantías. Es, también, una forma de contribuir a sostener los valores de la civilización.

Dr. Jaime Ruben Sapolski

Profesor Agregado de Derecho Público I

Enero de 2014

# Parte I. La Constitución

En esta parte, abordaremos el análisis del concepto de derecho.

Veremos la categorización entre normas de derecho público y de derecho privado y si dicha distinción se justifica.

Abordaremos el concepto y el objeto del derecho constitucional e incursionaremos en el contenido o materia de las Constituciones.

Incursionaremos en el concepto de poder constituyente y veremos cómo es ejercido en nuestro derecho

Consideraremos los mecanismos de defensa del sistema constitucional y la hipótesis de ruptura “de facto” del mismo.

Módulo: I.1 La naturaleza social de los seres humanos. Necesaria existencia de normas que regulen las conductas.

### **I.1.1 Concepto central. Definición y desarrollo básico.**

La condición humana presupone la vida en sociedad. Los seres humanos cuentan con una condición genética que guarda, en potencia, las posibilidades para su cabal desenvolvimiento. Pero sólo a través de la interacción social, en la que se produce el desarrollo psicológico, el manejo del lenguaje y, en general el desarrollo de la cultura, es que alcanzan la cabal humanización.

Se cumple una constante que es el ejercicio del poder social en toda sociedad.

Cuando se institucionaliza, aparece el poder político.

El derecho, que es un producto cultural, procura regular la vida en sociedad.

## **II. Desarrollo y aspectos colaterales al concepto central.**

El hombre es un ser social. A partir de su primer vagido interactúa con sus semejantes. En primer lugar con su madre y en el ámbito de su familia.

La familia es la célula básica de la sociedad. En ella los individuos se relacionan en función a relaciones de consanguinidad. Tiene como función básica y desde una óptica objetiva la preservación de la especie y el sustento de sus integrantes. También es la unidad básica de toda organización de seguridad social en virtud del socorro que los integrantes que tienen medios prestan a los desvalidos.

El idioma es primordial para el desarrollo intelectual del nuevo ser y constituye en sí mismo un mecanismo social. El adiestramiento en su manejo también se hace en el ámbito familiar. Privado de los estímulos que le brinda el contacto interactivo, el ser será humano desde una perspectiva biológica pero no alcanzará a desarrollar las facultades intelectuales que contiene en potencia. El mundo realmente humano es el de la cultura. Las normas de conducta son, ante todo pautas culturales, es decir, productos de la creación humana, tanto como lo puede ser un utensilio cortante o una sinfonía.

Partiendo de la familia el individuo de la especie humana participa en otras unidades más complejas que generan un entramado de relaciones y conductas. En una etapa primitiva el control social tendiente a generar determinadas conductas esperadas tiene en alta medida una explicación sobrenatural. Es en los aludidos estadios primitivos que surge la religión con su componente de dogma, por un lado y de rito, o sea de conducta objetiva y exterior, por el otro. Surge asimismo la propiedad privada. Cuando la agricultura permite un excedente que permite alimentar más bocas y requiere de manos que la cultive, aparece la esclavitud. El esclavo cuya vida se preserva, es el conquistado vencido que habría sido aniquilado en una etapa anterior, o sus descendientes.

Un conjunto de familias que reconocen un antepasado común real o ficticio, forma una organización gentilicia. En determinada instancia los bienes se poseerán en común. Pero la división del trabajo, la especialización y la asunción de determinados roles más codiciados por los mejor situados determinan la propiedad privada y la desigualdad entre los individuos. Unos cuentan con más recursos y tienen una mayor influencia social.

El poder es la posibilidad de condicionar las conductas, de obtener una respuesta determinada. Cuando se institucionaliza, aparece como poder político. El Estado es la organización política organizada mediante la participación de determinados agentes. La burocracia es connatural al Estado. Es posible comprobar la existencia de etapas pre - estatales de organización. Una estructura de tipo feudal, por ejemplo, rige en tiempos distintos, según el desarrollo de la sociedad respectiva. Asimilable a este modelo puede ser considerado el fenómeno del caudillo rural cuya presencia se mantuvo en nuestro país ya avanzado el siglo XX.

Los sistemas políticos tienden a legitimar la obediencia. Georges Burdeau distingue entre el poder anónimo, situado en una faz primitiva, el poder personalizado que se identifica con un titular o caudillo, cuya expresión es propia de un sistema feudal y el poder institucionalizado en que el poder se ubica “por encima de las personalidades cambiantes que tienen su ejercicio. ... El Poder se divide entonces entre un titular que es el Estado y agentes de ejercicio que son los gobernantes”.

Cultura es lo que producen los seres humanos. Las reglas de conducta son un producto cultural que motiva las conductas de las personas. Son ideas sobre lo que la gente debe hacer, son valores aceptados en el medio. Quien se aparta de esas pautas resulta sancionado por el medio, por ejemplo por el rechazo social que resulta temido como una continuación del temor de niño al rechazo de su madre y al consiguiente desamparo.

### **III. Citas doctrinarias o jurisprudenciales.**

*“ Por lo tanto, está claro que la ciudad es una de las cosas naturales y que el hombre es, por naturaleza, un animal cívico. Y el enemigo de la sociedad*

*ciudadana, es, por naturaleza, y no por casualidad, o bien un ser inferior o más que un hombre. Como aquel al que recrimina Homero: “sin fratria, sin ley, sin hogar”. Al mismo tiempo, semejante individuo es, por naturaleza, un apasionado de la guerra, como una pieza suelta en un juego de damas.*

*La razón de que el hombre sea un ser social, más que cualquier abeja y que cualquier otro animal gregario, es clara. La naturaleza, pues, como decimos, no hace nada en vano. Sólo el hombre, entre los animales, posee la palabra. La voz es una indicación del dolor y del placer; por eso la tienen también los otros animales. (Ya que por su naturaleza ha alcanzado hasta tener sensación del dolor y del placer e indicarse estas sensaciones unos a otros.) En cambio, la palabra existe para manifestar lo conveniente y lo dañino, así como lo justo y lo injusto. Y esto es lo propio de los humanos frente a los demás animales: poseer, de modo exclusivo, el sentido de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, y las demás apreciaciones. La participación comunitaria en éstas funda la casa familiar y la ciudad.*

*Es decir, que, por naturaleza, la ciudad es anterior a la casa y a cada uno de nosotros. Ya que el conjunto es necesariamente anterior a la parte. Pues si se destruye el conjunto ya no habrá ni pie ni mano, a no ser con nombre equívoco, como se puede llamar mano a una de piedra. Eso será como una mano sin vida.”*

Aristóteles. Política. Ediciones Altaya 1993. Pág. 43

#### **IV. Cuestiones que se pretende abarcar en el módulo**

- Condición social de los seres humanos
- El poder como regulador de las relaciones sociales.

#### **V. Temas vinculados.**

- El poder político.
- La norma jurídica.

## VI. **Bibliografía**

- Georges Burdeau. "Método de la Ciencia Política" Ediciones Depalma Buenos Aires. 1964. Página 244 y siguientes.

Nº de módulo: I-1.2

## **La actividad política**

### **I. Concepto central. Definición y desarrollo básico.**

La actividad política es aquella que surge en toda sociedad, con miras a la conducción del destino común.

El fenómeno esencial de la actividad política es el poder, ejercido en condiciones de monopolio. La comunidad organizada en forma de Estado, intenta sustituir el poder individual de los sujetos por un poder colectivo que se pretende ejercer en exclusividad.

### **II. Desarrollo y aspectos colaterales al concepto central**



“Política” proviene de “polis”, expresión griega que significa ciudad. La expresión “política” es empleada por Aristóteles en la obra que trata del funcionamiento del Estado y del gobierno.

Se vincula a la actividad humana que se relaciona con el poder. Norberto Bobbio sostiene que *“el poder queda definido como una relación entre dos sujetos en la que uno impone al otro la voluntad propia y determina contra la de aquél su comportamiento”*

El poder político se distingue por el hecho de que se basa en el ejercicio de la fuerza en carácter monopólico. En cambio, el poder económico se basa en la posesión de ciertos bienes y el poder ideológico, en *“la influencia que las ideas formuladas de una cierta forma, emitidas en ciertas circunstancias, por una persona investida de una cierta autoridad, difundidas mediante ciertos procedimientos, poseen sobre la conducta de los ciudadanos.”*

Si bien el poder político aparece como el poder supremo, al que las otras manifestaciones del poder están subordinadas, no es estéril señalar la posible interacción de las diferentes manifestaciones del poder, así como la forma en que cada una de ellas legitima a las demás.

No se trata de que el uso de la fuerza sea de empleo constante sino que, en definitiva, su presencia es potencial, puede llegar a ser aplicado en último

caso. Las conductas aparecen determinadas más por la conciencia de esa posibilidad que por el efectivo ejercicio de la fuerza.

Agrega Bobbio: *“No todo grupo social capaz de emplear, incluso con cierta continuidad, la fuerza (una asociación de delincuentes, una banda de piratas, un grupo subversivo, etc.) ejerce un poder político. Lo que caracteriza al poder político es la exclusividad en el uso de la fuerza respecto a todos los demás grupos que actúan en un determinado concepto social, exclusividad que es el resultado de un proceso que se desarrolla en toda sociedad organizada para la monopolización de la posesión y el uso de los medios con lo que resulta posible ejercer la coacción física. Este proceso de monopolización se produce simultáneamente con el de criminalización y penalización de todos los actos de violencia no realizados por las personas autorizadas por los detentadores y beneficiarios de este monopolio”*

La concepción anteriormente expuesta, al caracterizar el poder político mediante la nota de la exclusividad, tiende a asimilarlo al poder estatal.

(Las citas anteriores fueron extraídas de “Bobbio, Norberto. “Teoría General de la Política”. (Recopilación realizada por Michelangelo Bovero). Teoría General de la Política. Editorial Trotta. Año 2003. págs.. 175 y ss.

### III. Citas doctrinarias o jurisprudenciales complementarias.

1. *“Luego si la naturaleza del hombre exige que viva en una sociedad plural, es preciso que haya en los hombres algo por lo que se rija la mayoría. Pues, al existir muchos hombres y preocuparse cada uno de aquello que le beneficia, la multitud se dispersaría en diversos núcleos a no ser que hubiese alguien en ella que cuidase del bien de la sociedad, como el cuerpo del hombreo de cualquier animal se desvanecería si no hubiese alguna fuerza común que lo dirigiera a buscar el bien común de todos sus miembros. Por este motivo dijo Salomón: “Cuando no hay gobierno se dispersa el pueblo”. Esto sucede con toda razón; pues no es lo mismo lo propio que lo común. Por lo propio se enemistan algunos, por lo común se unen. Pues se dan distintas causas para distintos efectos. Luego conviene que, además*

*de lo que mueve a cada uno hacia su propio bien, haya algo que mueva al bien común de muchos. Por eso mismo encontramos algo que rige mejor a todo cuanto se halla ordenado. En el conjunto de los cuerpos otros cuerpos son dirigidos por el primero, o sea, el celeste, según el orden de la divina providencia, y todos los cuerpos lo son por la criatura racional. En el hombre individual el alma dirige al cuerpo, mientras que la razón gobierna las partes del alma irascible y concupiscible. Asimismo entre los miembros del cuerpo hay uno principal que mueve a todos, bien el corazón, bien la cabeza. Luego es preciso que en toda sociedad haya algo que la dirija". (de Aquino, Tomás. "La Monarquía". Ediciones Altaya SA. 1994. Pág. 7)*

2. *"En la actualidad, la lógica productivista-hedonista, estrechamente ligada a la vez a la ambición democrática y la eficacia productiva,*

*tiende a primar sobre los valores propiamente políticos. El empleo fija la posición del individuo, organiza su relación con la sociedad y con los demás y contribuye a definir su identidad social y personal. La participación en la vida económica ha pasado a ser progresivamente la fuente esencial del estatuto social. Se justifica la democracia menos por los valores que han fundado el proyecto político de las grandes democracias occidentales – libertad, igualdad – que por el hecho de que permite que todos sus miembros se aprovechen de las bondades de la riqueza colectiva. La dimensión económica y social de la vida colectiva se impone a partir de ahora a expensas del proyecto político. El Estado-providencia, fruto de las ambiciones democráticas, de hecho tiende a transformar a una parte cada vez mayor de la población en productores-consumidores, en prestatarios-*

*beneficiarios de servicios sociales, más que en ciudadanos. Pero los vínculos e intercambios que instaure la participación en la actividad económica, la transferencia de recursos y las intervenciones del Estado en el ámbito social no son de la misma índole que el vínculo nacional, que era esencialmente político. Si el vínculo social se redujese a la sola colaboración impuesta por el trabajo colectivo, a la sola solidaridad objetiva que crea el sistema de redistribución y a la integración de las categorías marginales por la política de intervención social, la realidad y el ideal del ciudadano, que están en el fundamento de la idea de nación, ¿no se debilitarían hasta el punto de amenazar lo que Durkheim llamaba la cohesión social? El debilitamiento de la acción política ¿no supone el riesgo de arrastrar consigo el del vínculo social? (Schnapper, Dominique. La comunidad de los ciudadanos.*

Acerca de la idea moderna de Nación.” –  
Alianza Editorial SA. 2001, pág. 16)

#### **IV. Planteos derivados.**

Un tema realmente apasionante es el que puede derivarse del planteo de Bobbio, cuando distingue ciertos grupos “una asociación de delincuentes, una banda de piratas, un grupo subversivo, etc”, capaces de ejercer un poder que, considera, no sería poder político por carecer de la exclusividad en el uso de la fuerza.

La cuestión a plantear es la de la interrelación de tales organizaciones con la actividad política y de qué forma, un grupo delictivo puede intentar encaramarse a las estructuras de poder en forma relativamente exitosa. Piénsese en la posibilidad de actuación de facciones paramilitares o en los procesos vividos en Europa en la primera mitad del siglo XX.

Correlativamente, puede darse la hipótesis de la actividad delictiva organizada por parte de agentes estatales que abusan del poder de que disponen ejerciéndolo de un modo corrupto.

**V. Preguntas que se pretende responder en el módulo**

V. Características de la actividad política.

VI. El ejercicio del poder como articulador de la vida social

VII. El poder político ¿es necesariamente monopólico?

**VI. Temas vinculados.**

VIII. El derecho.

IX. La coerción de las normas jurídicas

**VII. Bibliografía**

X. Además de las obras ya citadas

XI. “Política”- Artículo de Norberto Bobbio en Diccionario de Política compilado por “Norberto Bobbio y Niccola Mateucci.

Siglo XXI Editores. Tercera Edición 1985



## **El derecho político**

### **I. Concepto central. Definición y desarrollo básico.**

Habiendo definido la actividad política como aquella que refiere al ejercicio del poder, tendiente a la conducción del destino común de la sociedad, cabe plantearse si dicha actividad puede ser regulada por el derecho, si ese derecho que regula la actividad política constituye una rama especial y si, acaso, todo el derecho no es, en el fondo, derecho político.

### **II. Desarrollo y aspectos colaterales al concepto central**

El derecho, como será desarrollado más adelante, constituye un conjunto de normas de conducta que impone el Estado. Esto no significa que se cumplan constantemente sino que, el Estado, estará dispuesto a sancionar el incumplimiento, tratando de asegurar el cumplimiento. En tal sentido podrá sustituir la voluntad de quien sea renuente a cumplir o castigará la conducta que se desvía del ideal que se intenta imponer.

En tanto que el derecho es capaz de regular diversos aspectos de la actividad humana, y en determinadas ocasiones históricas con particular énfasis, no es descartable que se consideren sistemáticamente las diversas normas que regulan la actividad y las organizaciones políticas. Se tratará de normas de diversa jerarquía, empezando por la Constitución y a partir de la misma, y descendiendo en la escala

jerárquica, otras normas legislativas y reglamentarias. Su agrupamiento puede ser útil desde una perspectiva pedagógica para el análisis sistemático de la regulación de una parte de la actividad social, la que estudia desde la perspectiva del análisis de los hechos, la ciencia política.

Se ha sostenido que el derecho político constituye una rama independiente y que, incluso, determina y supera otras ramas jurídicas, como incluso el derecho constitucional. Existe, no obstante, un inconveniente en esta perspectiva y es que, acaso, pretendiendo trascender lo jurídico, termina transformándose en una teoría de la organización jurídica que termina por escapar al sentido del derecho. (En ese sentido, Carlos S. Fayt, "Derecho Político" T. I.- Ediciones Gherzi. 1982, pág. 47"

Nosotros preferimos, en cambio, considerar que el derecho político no se agota en el derecho constitucional, que comprende otras normas infra-constitucionales, pero que no puede constituir un pretexto para soslayar el principio de jerarquía normativa ni puede endilgarse al derecho aquello que lo excede. La vida social es más amplia que el derecho que muchas veces corre de atrás, pero una cosa es el mundo de los hechos y otra cosa el derecho. Son planos diferentes. Por otra parte, la sumisión a la norma que es, por cierto, modificable y dinámica pero lo es en función de los mecanismos que prevé el mismo derecho, merece el condigno respeto dado que es la base del Estado de Derecho y, lo que es prácticamente sinónimo, la convivencia civilizada.

Si se intenta colocar un denominado "derecho político", por encima del derecho constitucional, se arriesga terminar sacrificando una de las garantías esenciales del Estado de Derecho como lo es el reconocimiento de la jerarquía normativa.

### III. Citas doctrinarias o jurisprudenciales complementarias.

*“Ninguna rama del Derecho es tan sensible como el Derecho político a los cambios y transformaciones que se producen en la estructura de la sociedad. El hecho cardinal del avance de la sociedad sobre el Estado, característico de nuestro tiempo, ha hecho que la política sea, además de actividad por captar y conservar el Poder, política social, encargada de acuñar los símbolos, creencias e instituciones de un nuevo orden social. La relación de fuerzas que integran la sociedad y el Estado marcan la tendencia dominante en la vida política contemporánea. El complejo de causas económicas, sociales e intelectuales opera en el nivel de lo político, y determina el proceso de cristalización de una nueva forma política, un nuevo tipo de Estado, el Estado social”*

....

*El Derecho político, por consiguiente, es la rama del Derecho público que estudia la estructura dinámica de la organización política y sus relaciones y funciones. Su objeto es la organización política y su contenido un sistema de conceptos derivados de una teoría de la sociedad, el Estado, la constitución y los actos políticos. Con este alcance, no tiene equivalencia sino prelación al derecho constitucional y administrativo, a los que sirve de base y fundamento. La ciencia política, en lo esencial, forma parte de su contenido, como así también la historia del pensamiento político”. (Carlos S. Fayt, “Derecho Político” T. I.- Ediciones Gherzi. 1982, págs. 49 y 50)*

### IV. Preguntas que se pretenden responder en el módulo.

-¿Existe un derecho político diferente y superior al derecho constitucional?

- ¿A qué fines es útil sostener la existencia del derecho político como rama autónoma del derecho?

#### **V. Temas vinculados.**

- El ordenamiento jurídico y la jerarquía de las normas.

-El Estado de Derecho.'

#### **VI. Bibliografía**

Carlos S. Fayt, "Derecho Político" T. I.- Ediciones Gherzi. 1982

Carlos S. Fayt, "Derecho Político" T. II.- Ediciones Gherzi. 1983

## El Derecho

### **VIII. Concepto central. Definición y desarrollo básico.**

El Derecho en sentido objetivo es un sistema de normas que regulan la vida social y son impuestas por el Estado mediante el ejercicio de su poder que se aplica por medio de sanciones.

### **IX. Desarrollo y aspectos colaterales al concepto central**

La anterior definición nos enfrenta a las siguientes cuestiones vinculadas.

#### **XII. ¿Qué significa norma?**

- Una norma es una regla de conducta, una suerte de orden que regula la vida social imponiendo ciertas actividades y prohibiendo otras. Las normas son un producto social, aparecen en tanto que las personas interactúan en el medio social con otros sujetos.
- En tanto que “cultura” puede ser definida como lo que los seres humanos elaboran, las normas constituyen productos culturales.

- Las normas traducen determinados valores. Si imponen una conducta o se protege determinada situación porque ésta es considerada valiosa. Por ejemplo, se grava mediante determinado tributo una manifestación de riqueza porque se entiende como valioso asegurar que el Estado pueda cumplir determinados cometidos y que los recursos provengan de quien está en determinadas condiciones aptas para contribuir a la satisfacción de la empresa colectiva.

- Las normas imponen deberes y, correlativamente, también consagran derechos. Por ejemplo, si se nos impone el deber de respetar la vida, la integridad física o la propiedad de nuestros semejantes, a la vez, la contracara es que se consagra el derecho a la vida, a la integridad o a la propiedad.

- Expresan un “deber ser” para el obligado. No es una constatación de una circunstancia real sino un mandato que podrá o no ser cumplido. El Estado procura que se cumpla pero, no siempre lo consigue. En buena medida, el sistema jurídico encuentra su razón de ser en el hecho de que, ocasionalmente, la norma no es cumplida, pero busca mecanismos para asegurar el cumplimiento. Es fácil distinguir entre una regla de la experiencia (por ejemplo la que comprueba que el agua hierve a los 100 ° Celsius cuando se encuentra a nivel del mar y en condiciones normales de presión) y la regla que impone un deber (“está prohibido cometer homicidio”, “se debe pagar la cosa que uno compra”)

### **XIII.** ¿Por qué hablamos de un sistema de normas?

- Sistema es un conjunto de elementos que conforman una unidad organizativa, de modo que lo que afecta a cada uno, afecta a la totalidad. Un cuerpo biológico es un sistema, por ejemplo. Cada órgano no es una unidad aislada sino que forma parte de la integridad del individuo.

- El ordenamiento jurídico vigente en un territorio determinado constituye un sistema porque se compone de diversas normas que tienden a integrar un conjunto coherente.

- La lógica del sistema normativo implica que no existan normas contradictorias y que haya mecanismos tendientes a asegurar la coherencia.

**XIV.** ¿Fuera del sentido objetivo, hay una acepción diferente para el derecho en sentido subjetivo?

- El derecho visto desde la perspectiva del conjunto normativo, es el derecho objetivo: el conjunto de normas vigentes en un momento determinado, dentro de un territorio determinado.

- Simultáneamente, las disposiciones objetivas, generan situaciones subjetivas, que recaen en los individuos. Se trata de prerrogativas de que disponen en tanto individuos y titulares de una personalidad jurídica.

**XV.** ¿Hay otras normas, fuera de las normas jurídicas, que también regulan la vida social?

- La esencia de la norma jurídica es su imposición por parte del Estado que trata de imponerlas.

- Fuera de la imposición por el derecho, podemos advertir que la gente se conduce impulsada por otro tipo de motivación.

- a. Porque la conducta aparece impuesta por las prácticas sociales como se verifica en los casos de la moda, la cortesía, las formas de expresarse, etc. Es posible referirnos a normas meramente sociales que el derecho ignora o considera irrelevante. Las normas meramente sociales son las que responden a las prácticas que se siguen, predominantemente, en la vida social.

- El límite entre las normas meramente sociales y las jurídicas es fácilmente franqueable.

- o Por ejemplo, la descortesía puede ser sancionada por el derecho cuando se verifica en el marco de determinadas actividades públicas (el funcionario que le niega el saludo a su superior, sobre todo en algunas actividades – las fuerzas armadas, la diplomacia, etc. - , está



incumpliendo una norma que trasciende lo meramente social para haberse transformado, quizás, en un deber jurídico).

- Cuando la norma social deviene en una práctica que el Estado juzga impropia, se termina transformando en un deber jurídico (p.ej. imposición a abstenerse de fumar en lugares públicos)

- Sobre las normas meramente sociales cabe considerar:

- La sanción social se verifica por medio del rechazo o la exclusión. La amenaza del rechazo por parte del medio social puede ser de enorme intensidad y transformarse en la práctica en irresistible, sobre todo en núcleos sociales cerrados que no admiten válvulas de escape.

- El rechazo social puede ser considerado como una continuación del temor de abandono que sufre el niño (el afecto o reconocimiento del medio, reemplaza el afecto que se pretende de la madre). Pero, es más que una mera causa de angustia para el destinatario. Tiene efectos prácticos muy concretos: por ejemplo, dificultades para encontrar trabajo, para constituir una pareja, discriminación, etc.

- No hay un derecho correlativo a que se cumpla con la conducta por lo que cabría considerar a la norma moral como unilateral.

- Sí, provienen del medio, de afuera del individuo a quien la conducta se le impone. Es heterónoma, no autónoma. (El Diccionario de la Real Academia Española define heterónomo como un adjetivo que se aplica a una persona *“que está sometida a un poder ajeno que le impide el libre desarrollo de su naturaleza”*).
  
- b) Existen “normas morales” que también determinan la conducta de las personas. Establecen lo que es bueno, lo que se realiza “motu proprio” (espontáneamente, sin responder a un requerimiento previo y sin que esté motivado por el temor a una sanción). Por ejemplo: la realización de un acto de caridad.
  - Lo que caracteriza este tipo de norma es que:
    - Son unilaterales. Marcan un deber de la persona consigo misma, no frente a otro. No hay quien tenga derecho a la conducta seguida. Su cumplimiento es espontáneo.
    - No son exigibles. No hay otro juez que el de la conciencia personal. El que incumple la norma moral sufrirá el remordimiento derivado de la sensación del deber no cumplido.
    - Son autónomas. La norma parte de uno mismo, no viene impuesta desde el exterior.

**XVI.** ¿Qué significa, concretamente, sancionar?

Podemos definir la sanción como aquellas consecuencias que tienden a asegurar el cumplimiento de la norma.

Es posible distinguir entre aquellas sanciones que implican el cumplimiento forzoso de lo que corresponde hacer de acuerdo con la norma (o sea que alguien sustituye la acción debida y la cumple por el deudor) y aquellas que generan una presión para que se siga la conducta que se entiende corresponde.

La idea de sanción se vincula con el concepto de control.

El control se puede definir como el mecanismo que trata de evitar la desviación (utilizando un sentido figurado, es una especie de “tutor” que asegura que una planta crezca erguida y no se tuerza)

#### **XVII.** El problema de la eficacia del derecho y de si es irresistible.

Ya anteriormente se hizo una referencia a este tema cuando se mencionaron las prácticas que contradicen las normas jurídicas.

Cabe agregar que, en la medida en que el derecho es consagrado por el Estado, la ineficacia del derecho traduce la propia ineficacia del Estado. Un Estado ineficaz es un Estado débil, con tendencia a languidecer

El Estado que no es capaz de actuar con un mínimo de eficacia, no cumple con su cometido de ejercer el poder en forma legítima. Entonces, el poder termina siendo ejercido, ilegítimamente, por quienes, de hecho, son capaces de brindar lo que el Estado no puede.

## **X. Normas involucradas**

### **- Código Civil. (Artículos 1º, 2º, y 3º)**

*“Artículo 1º. Las leyes sólo son obligatorias en virtud de su promulgación por el Poder Ejecutivo.*

*El Poder Ejecutivo determinará la forma de la promulgación; y desde que ésta pueda saberse, las leyes serán ejecutadas en todo el territorio de la República.*

*La promulgación se reputará sabida diez días después de verificada en la Capital.*

*Artículo. 2º. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa.*

*Artículo 3º. Las leyes obligan indistintamente a todos los que habitan en el territorio de la República”.*

### **- Constitución. (Artículos 143 y 144)**

*“Artículo 143. Si el Poder Ejecutivo, a quien se hubiese remitido un proyecto de ley, no tuviese reparo que oponerle, lo avisará inmediatamente, quedando así de hecho sancionado y expedito para ser promulgado sin demora.*

*Artículo 144. Si el Ejecutivo no devolviese el proyecto, cumplidos los diez días que establece el artículo 137, tendrá fuerza de ley y se cumplirá como tal, reclamándose esto, en caso omiso, por la Cámara remitente”.*

## **XI. Citas doctrinarias o jurisprudenciales complementarias.**

*“Como ordenación objetiva de la vida social, inspirada en la idea de igualdad, es el derecho una instancia protectora, pero no únicamente de los valores más bajos, sino también de los de rango superior, a los que no se refiere de manera inmediata. Los espirituales sólo pueden florecer en el seno de una sociedad en que la vida, la propiedad, la libertad y el honor, se encuentren eficazmente protegidos. La justicia no tiene por objeto la realización directa de tales valores, pero sí el aseguramiento de las condiciones representa el *minimum ético* indispensable para el logro de un orden moral más elevado. Por ello el derecho se acuña en fórmulas abstractas y es codificable, y sus preceptos pueden ser coactivamente impuestos, si el obligado no los cumple de manera espontánea. Estas posibilidades resultan incompatibles con el sentido de la moralidad, que supone libertad absoluta en el sujeto, así como el descubrimiento creador de lo que en cada caso debe hacerse. Un mandato autoritario y abstracto no puede ser expresión de una exigencia ética. El precepto jurídico no se dirige a las intenciones, sino a la exterioridad del comportamiento. El orden jurídico implica una exigencia de legalidad, pero legalidad y moralidad difieren esencialmente. Los bienes que el derecho protege ostentan un carácter tan elemental, y su protección resulta tan importante para asegurar las condiciones que hacen posible el desenvolvimiento de valores más altos, que la imposición de medidas coercitivas no sólo es justificable, sino necesaria. La buena voluntad no es garantía suficiente de que esos bienes serán respetados.*

*Lo dicho no excluye la posibilidad de que los deberes jurídicos sean cumplidos por mero respeto a la exigencia normativa. Tal posibilidad representa un ideal ético, en relación con el cumplimiento de las prescripciones legales. Quien de*

*este modo observa sus deberes es “justo” en el sentido moral y estricto de la palabra. Es espíritu de justicia es valioso por sí mismo, independientemente del rango que en la escala valorativa posean los bienes que la norma jurídica tutela. El hombre a quien mueve un ánimo justiciero respeta la propiedad ajena no en atención al valor de los bienes respetados, sino por el simple hecho de que son ajenos”.*

García Maynez, Eduardo. “La definición del derecho”. México 1960. Transcrito en Lecturas Universitarias. Antología de Ética. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1975. pág. 648 y ss.

## **XII. Planteos derivados.**

### **En torno a las normas meramente sociales:**

- El problema del conflicto entre la norma social y la norma jurídica.
- La sanción social puede, en determinadas situaciones, ser más poderosa que la jurídica. Cuando hay una costumbre que contradice lo que impone el derecho, será complicado para los agentes públicos hacer que prevalezca la norma jurídica.

### **En torno a las normas morales:**

- ¿Hasta dónde las normas morales son realmente autónomas o se introducen en el ámbito de las convicciones por medio de la socialización, la educación recibida y las opiniones familiares o del medio? ¿No serán, en definitiva, una manera de asumir la conducta esperada por el entorno?

- “Moralis”, en latín y “ethikos”, en griego significan relativo a las costumbres y, entonces, aluden a lo que se acostumbra a hacer, más allá de su bondad intrínseca.
- Si lo moral fuera lo que se cumple reiteradamente, sería muy difícil distinguirlo de las normas meramente sociales.
- ¿Hay una moral universal o la moral es relativa? Los espartanos que abandonaban a los niños defectuosos, junto al Monte Taigeto, seguramente no admitirían que ello fuera un acto inmoral, como lo concebimos en nuestra cultura.

#### **En torno a la relación del derecho con las demás normas**

- Es posible advertir contradicciones entre las disposiciones del derecho y las prácticas sociales y, también, lo que se considera moral.
- Probablemente, a la larga, se cumpla un proceso de compatibilización que implique la adaptación del derecho a las consideraciones planteadas en las otras dos esferas.
- También puede concebirse una situación en la que los cambios jurídicos sean un factor de cambio que vaya determinando los cambios en la vida social. Una obligación jurídica resistida, originalmente, puede, a medida que se va asentando, genera un cambio de actitud. Por ejemplo, en una sociedad en que la esclavitud es admitida, la abolición de la misma mediante una norma que la prohíba, va generando la convicción de que la esclavitud es inmoral.

### **XIII. Preguntas que se pretende responder en el módulo**

- ¿Qué son las normas?
- ¿Qué es un sistema normativo?
- ¿Cuál es la relación entre el ordenamiento jurídico, las normas meramente sociales y las normas éticas?

#### **XIV. Temas vinculados.**

- Estructura de la norma jurídica.
- El Poder Estatal.

#### **XV. Bibliografía**

- Kelsen, Hans. "Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho". Buenos Aires 1970
- Vinogradoff, Paul. "Introducción al derecho". México 1967
- Di Tella, Torcuato y otro. "Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas". Buenos Aires 2001
- Mouchet, Carlos y Zorraquín Becú, Ricardo. "Introducción al derecho" Buenos Aires 1953.
- Ross, Alf. "Sobre el derecho y la justicia". Buenos Aires 1974



## **La norma jurídica. El sistema normativo**

### **I. Concepto central. Definición y desarrollo básico.**

La norma jurídica es un mandato impuesto por el Estado en forma coercitiva, valiéndose de su capacidad de imponer sanciones.

Coexisten una enorme cantidad de normas jurídicas que integran un sistema normativo.

Dado que las diferentes normas son dictadas por distintas autoridades, corresponde determinar cuáles se aplican, teniendo en cuenta que el sistema es una unidad pero que puede haber contradicciones entre sus disposiciones.

### **II. Desarrollo y aspectos colaterales al concepto central**

3. La norma jurídica crea relaciones entre los sujetos de derecho. Esta característica de bilateralidad significa que las normas son imperativo – atributivas: por un lado imponen una obligación a un sujeto y, por el otro, atribuyen un derecho a otro.
4. El concepto de norma jurídica se vincula íntimamente con el de relación jurídica: la relación que une a dos sujetos de derecho. También al

concepto de situación jurídica que es la situación en que se ubican los antedichos sujetos, dentro de la relación.

5. Hay pues, en la relación jurídica:

- XVI.** Un sujeto activo, que tiene derecho a que se cumpla la norma (p.ej. derecho al cobro del precio correspondiente a la cosa vendida; correlativamente, derecho a recibir la cosa comparada y pagada); b. Un sujeto pasivo, que es el obligado. (p.ej. el obligado a pagar el precio de lo que compró, correlativamente, el obligado a entregar la cosa que vendió y le pagaron). En el ejemplo de la compraventa, al mismo tiempo, comprador y vendedor son, a la vez, sujeto activo y pasivo porque, como se vio, ambos están recíprocamente obligados y tienen, también, derechos recíprocos.
- XVII.** La heteronomía como característica. Significa que el mandato parte del exterior a la persona. Está impuesto por el Estado, por medio de la sanción que es capaz de aplicar.

6. Ahondando en los conceptos podemos verificar que las situaciones activas o pasivas, reciben denominaciones diferentes a las de “derecho u obligación”, en un sentido estricto, aunque cabría reflexionar sobre si, en definitiva, no se trata siempre de derechos y obligaciones.

7. De todos modos, podemos advertir que existen:

h. entre las situaciones activas:

- ix. el “**derecho subjetivo**” que es la potestad de exigir una prestación (p.ej. el pago de lo debido), o el respeto a una situación (p.ej. el derecho a la vida, los demás deben abstenerse de efectuar actos que atenten contra la misma )
- x. la “**facultad**” que es el poder de actuación derivado de otro derecho y que no se extingue por prescripción derivada del no ejercicio, dada su condición derivada (p.ej. la facultad de construir en el terreno sobre el que se ejerce el derecho de propiedad)
- xi. el “**poder**” que es la potestad de ejercer la autoridad de que se está investido. Frecuentemente el ejercicio de esa potestad es, asimismo, un deber y se menciona el “poder – deber” (p.ej. los jueces tienen la potestad, pero también y simultáneamente, el deber de impartir justicia; en nuestro sistema los electores tienen el derecho al

voto y, también, la obligación de votar).

I. entre las situaciones pasivas:

xiii. la “**obligación**” que es un vínculo por el que alguien está obligado a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

xiv. el “**deber**” que podríamos definir como aquella obligación que se da en el cumplimiento de actividades públicas (p.ej, el mencionado deber de los jueces, el citado ejercicio del sufragio o el deber de participar en la defensa nacional)

xv. la “**carga**” que podríamos definir como una prestación que se debe cumplir para poder gozar de un derecho. (p.ej. la carga de comparecer a notificarse en un proceso determinado, bajo riesgo de considerar al interesado notificado.)

## **16. Estructura de la norma jurídica**

La norma jurídica puede ser representada mediante el siguiente modelo formal:

Si A es, debe ser B.

Si B no es, entonces C. (C es la sanción).

Aportemos algunos ejemplos que provean de contenido a la estructura anterior:

i. Si convivo en sociedad, debo respetar la vida de las personas. Si no la respeto, seré castigado. La sanción es el castigo: iré a la cárcel.

ii. Si alquilo una casa, debo pagar el alquiler. Si no lo pago, me darán el desalojo. La sanción es el desalojo.

iii. Si vendo un bien, tengo que entregarlo. Si no lo entrego, el Estado, por medio de la Justicia, me lo quitará para entregarlo al comprador. La sanción es la entrega forzada de la cosa.

iv. Si entro al país, debo abstenerme de introducir animales. Si los introduzco a pesar de la prohibición, me serán decomisados. El comiso es la sanción.

- Es posible distinguir entre **normas primarias** y **normas secundarias**.

Las normas primarias son las que regulan la cohabitación de las personas.

Las normas secundarias están destinadas a los funcionarios encargados de hacer cumplir el derecho.

En el esquema anterior, la norma secundaria sería la enunciada en segundo término: ("si B no es, entonces C", sería la norma que le impone al Juez aplicar una pena ante la comisión de un delito)

- **Jerarquía de las normas.**

Las diversas normas de un sistema jurídico pueden ordenarse ubicándolas en una especie de pirámide. Esta forma deriva del hecho de que las normas superiores son pocas y, a medida que se va descendiendo, son más.

A la cabeza se ubican las normas más generales. En la base las más particulares o concretas.

Aplicación es la concreción al caso concreto de una norma general o abstracta.

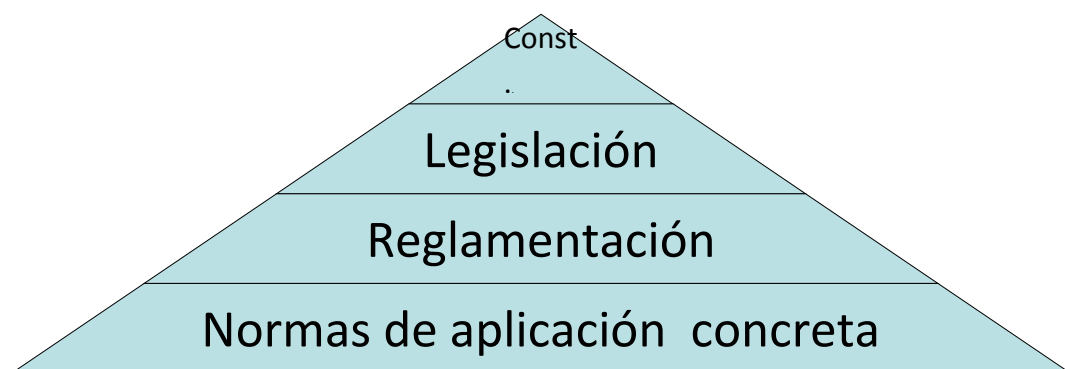
(p.ej. La norma general dice que hay que indemnizar el daño ocasionado. La norma

concreta, la de aplicación, dice que Juan (persona concreta) debe indemnizar a Pedro (persona concreta) porque lo chocó y le dañó el automóvil.

Cuanto más abstracta es la norma, más condiciona las normas que se ubican por debajo.

Las normas inferiores, no deben contradecir las normas superiores. Si se advierte que una norma superior contradice la inferior, hay mecanismos para evitar que la inferior se aplique y lograr que prive la superior.

De arriba a abajo, la pirámide comprendería: a. La Constitución. b. las Leyes. c. Los reglamentos de esas leyes. d. Las decisiones concretas de aplicación.



### **17. La cuestión de la coherencia en el sistema normativo ( o como se superan las contradicciones)**

Hay tres principios que rigen el sistema normativo y que permiten asegurar su coherencia:

**XVIII. Principio de derogación:** se enuncia afirmando que la norma posterior es capaz de dejar sin efecto la norma anterior. Permite sostener la

dinámica del sistema, evitando que no evolucione y quede congelado en un momento determinado y para siempre. Las derogaciones pueden ser expresas o tácitas, es decir que también deroga la norma posterior cuando consagra una solución contradictoria con la regulación anterior. P. ej. una ley que establece que la capacidad en materia civil será a partir de los 18 años, derogaría una norma anterior que hubiera consagrado la capacidad desde los 21 años. La derogación puede efectuarse por una norma de similar jerarquía o de una jerarquía superior.

Antes de 1993, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, sostenía que la misma tenía el monopolio de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, aun cuando una reforma constitucional posterior, contradijera la ley anterior. En cierto modo, cabe interpretar que se partía de la base de que existían andariveles diferentes y que la Constitución no podía derogar la norma legal anterior (o que, en otra interpretación, sólo la Suprema Corte podía declarar dicha derogación). Finalmente, la jurisprudencia de la Corte admitió la posición generalizada.

**XIX. Principio de jerarquía:** sostiene que hay una ordenación jerárquica y piramidal de las diversas normas, según el modelo antes mencionado.

Esto implica que :

t. las normas superiores inspiran y acotan a las disposiciones inferiores.

Por lo tanto, todo el sistema debería estar inspirado por los principios contenidos en la Constitución.

u. las normas inferiores, pueden reglamentar lo que expresan las superiores pero no pueden disponer en contra de éstas.

v. cuando hay una contradicción entre dos normas de diferente jerarquía, si la posterior es la superior, derogaría la anterior. En cambio si la posterior es de inferior jerarquía, el sistema jurídico debería aportar mecanismos de control que aseguren la prevalencia de las normas superiores. En nuestro sistema, y como ejemplos básicos, contamos con el mecanismo de declaración de inconstitucionalidad de las leyes y con la declaración de nulidad de los actos administrativos. Son procedimientos de control de la coherencia del sistema jurídico, basado en la jerarquía de las normas, se trata de obtener la prevalencia de la norma superior. El primero de los mecanismos mencionados está confiado a la Suprema Corte de Justicia que es competente para declarar, bajo ciertas condiciones, la inaplicabilidad de las leyes y de los decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción. El segundo mecanismo referido compete al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que tiene competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos pronunciados en contradicción con la regla de derecho o dictados con desviación de poder.

**XXIII. Principio de competencia.** Cuando las potestades están distribuidas, corresponderá el dictado al órgano que tenga atribuida la competencia. P. ej. tanto el Poder Legislativo como a las Juntas Departamentales tienen atribuido el ejercicio de la función legislativa pero, sobre temas distintos y no corresponde que una autoridad invada la competencia de la otra.

De todos modos, cuando se vulnera la competencia se estará contradiciendo la norma superior que la atribuye. Por ejemplo, cuando el Poder Legislativo, establece



un impuesto que grava un hecho generador que corresponde a los gobiernos departamentales, la ley que lo consagra será pasible de ser declarada inconstitucional.

### **III. Normas involucradas**

Constitución de la República:

*“Artículo 7º. Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”.*

*“Artículo 256. Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes”.*

*“Artículo 257. A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas”.*

*“Artículo 309. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder.*

*La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados.*

*La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo”.*

#### **IV. Planteos derivados.**

- Las cuestiones relativas a la protección de los derechos individuales y al control tendiente a asegurar el principio de jerarquía de las normas son centrales respecto de la práctica del derecho constitucional.

- Uno de los componentes básicos del concepto de “Estado de Derecho” (podría ser preferible la denominación “Estado constitucional de derecho”), es el principio de jerarquía de las normas. Obviamente, cuando se pretendió modificar el ordenamiento constitucional mediante la práctica de los denominados “actos institucionales”, dictados por el Poder Ejecutivo, práctica seguida por diversos regímenes de facto sudamericanos, se ponía de manifiesto la demostración de que el sistema político vigente en esa época no era, precisamente, un “Estado de Derecho”.

En otro orden cuando la realidad política determina la existencia de un Parlamento complaciente, incapaz de apartarse de los designios del Poder Ejecutivo, el principio de jerarquía normativa se preserva en lo formal pero el sistema deja de funcionar según una concepción ideal consagratoria de la “separación de poderes” porque el Legislativo aparece subordinado.

#### **V. Citas doctrinarias o jurisprudenciales complementarias.**

a. *“VIII) La mayoría de la Corte no comparte esos fundamentos.*

*En el Considerando V de la presente decisión se han señalado las razones que conducen a entender que existe una diferencia esencial entre la hipótesis de derogación de una norma legal por una norma constitucional posterior y la inconstitucionalidad de un acto legislativo, por transgredir por su forma o por su*

*contenido la normativa constitucional vigente en el momento de su perfeccionamiento o promulgación.*

*Si bien en ambos casos hay, ciertamente, interpretación de la Constitución, el juicio que debe realizarse en la hipótesis de derogación, en modo alguno roza- el punto de la legitimidad de la norma legal; la norma en cuestión, que nació legítima y ajustada al marco constitucional vigente en el momento en que fuera promulgada, es incompatible con una norma constitucional posterior; no se puede decir, entonces, que vulnere la Constitución ni, menos aún, que al promulgarla, el legislador sofocó o alteró su imperio. Sucede, simplemente, que en la natural evolución del Derecho, por vía de la norma constitucional, se sancionó una solución jurídica diversa a la que, hasta entonces, regía por virtud de una norma legal; la cual y por el fenómeno de la derogación, ve extinguido, para el futuro, sus efectos.*

*El juicio que se realiza en la hipótesis de la inconstitucionalidad es totalmente diverso; está en discusión la propia legitimidad del acto legislativo, lo que requiere su confrontación con el modelo constitucional, vigente en el momento de su promulgación, que determina los requisitos y presupuestos de forma y contenido que condicionan su validez; lo que supone reprochar al legislador, implícitamente, haber transgredido la voluntad del constituyente, si es que se concluye en que existe desajuste entre el acto legislativo y la normativa constitucional.*

*La declaración de que un acto legislativo formal es inconstitucional involucra una cuestión de suma gravedad e importancia política que no aparece, por cierto, en el caso de la derogación, donde no está en juego el punto de la legitimidad de la norma legal.” Considerando VIII de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, N° 22 de 27 de agosto de 1993.*

b. "LA JERARQUIA DE LAS NORMAS.

A) NORMA SUPERIOR Y NORMA INFERIOR

*El análisis del derecho, que revela el carácter dinámico de este sistema normativo, así como la función de la norma fundamental, revela otra peculiaridad del mismo derecho: éste regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación entre la que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras de lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles. La unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regressus termina en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico". Kelsen, Hans. "Teoría General del Derecho y del Estado". México 1979, pág. 146*

**XVIII.** *"Las normas que forman el orden jurídico son esencialmente juicios hipotéticos que atribuyen o imputan determinadas consecuencias a*

*ciertos hechos o situaciones, con un sentido coercitivo: dado un antecedente, debe ser una consecuencia. Hay diferentes tipos de normas, y muy diversas maneras de expresarlas. Pero, si son efectivamente reglas jurídicas, prescriben siempre obligaciones, es decir, deberes jurídicos para las personas. Un análisis más sutil lleva a discernir dos clases de prescripciones: imperativas y punitivas (Bentham), mandatos primarios y secundarios (Austin), normas primarias y secundarias (Kelsen). Estas distinciones observan que, a través de la enunciación de derechos y deberes, el orden jurídico establece correlativamente sanciones para las conductas que no cumplen con lo «debido». Más allá de la discusión doctrinaria sobre qué es lo primario o lo propiamente jurídico, este análisis presenta la evidencia de que el Derecho opera como un sistema de sanciones, sin las cuales los derechos y deberes carecen de verdadero carácter jurídico.*

*También se distinguen normas generales o individuales. Las primeras contemplan una pluralidad indeterminada de situaciones, y las segundas, en el marco establecido por las anteriores, se refieren a casos particulares y concretos. Hay dos especies de normas generales: las formales, que determinan la creación, la competencia de un órgano (judicial, administrativo) y el procedimiento a seguir para dictar normas individuales; y las normas generales materiales, que señalan o enmarcan el contenido de las decisiones de los órganos de aplicación. La creación de las normas generales jerarquiza etapas: las constituciones determinan principios en base a los cuales los parlamentos dictan leyes, conforme a las cuales el Poder Ejecutivo establece reglamentos". Hugo Chumbita. Voz "Derecho" en "Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas. Torcuato S. Di Tella y otros. Buenos Aires 2001. Pag. 171*

## **VI. Preguntas que se pretende responder en el módulo**

18. ¿Qué son y cómo se caracterizan las normas jurídicas?

19. ¿Qué es el sistema normativo?

20. ¿Qué principios informan el sistema normativo?

## **VII. Temas vinculados.**

21. Naturaleza del Estado.

22. Control de la regularidad jurídica de las normas.

23. Estado constitucional de Derecho.

## **VIII. Bibliografía**

24. Vinogradoff, Paul. "Introducción al derecho". Fondo de Cultura Económica. México 1967

25. Kelsen, Hans. "Teoría General del Derecho y del Estado". Universidad Autónoma Nacional de México. México. 1979

26. Capitant, Henry. "Vocabulario jurídico". Depalma. Buenos Aires. 1973

27. Ossorio, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires 1991
  
28. Sánchez Carnelli, Lorenzo. "Derogación de la ley por la nueva constitución". Revista de Derecho Público Año 1997 Nos. 11-12. pág. 159. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 1997

## El Derecho Público

### **I. Concepto central. Definición y desarrollo básico.**

El “derecho público” puede ser definido como aquel que regula las relaciones jurídicas que involucran a toda la comunidad. Básicamente, se encuentra involucrado, de una forma u otra, el Estado.

El Estado del que proviene el ordenamiento jurídico, es a su vez, parte en diversas relaciones jurídicas. Actúa como sujeto de derecho tomando parte en relaciones jurídicas.

### **II. Desarrollo y aspectos colaterales al concepto central.**

#### **Algunos conceptos preliminares**

**XXIV.** El “derecho objetivo” es el conjunto de normas, es el sistema jurídico que se compone de normas de distinta jerarquía.

**XXV.** El “derecho subjetivo” es el derecho de un sujeto, la facultad que le dan las normas. Es una situación en que el sujeto es colocado de acuerdo con el marco que consagra el derecho objetivo. (P. e.j: son derechos subjetivos el derecho a la vida, el derecho a la libre expresión, el derecho a ser propietario de determinados bienes).

**XXVI.** La condición de titular de derechos subjetivos supone que se es persona en sentido jurídico. Sólo las personas son titulares de derechos.

La personalidad jurídica es una imputación que hace el ordenamiento jurídico, atribuyendo derechos y obligaciones.



En primer lugar la personería se le reconoce a los seres humanos. Un animal, por ejemplo, no es considerado persona ni titular de derechos, a pesar de que puedan existir normas que repriman el sufrimiento animal innecesario, las que no estarían consagrando un derecho del animal sino castigando una práctica abusiva que afecta a la sociedad.

Una persona jurídica colectiva (p. ej. una asociación civil o una sociedad comercial) es titular de derechos y obligaciones porque el ordenamiento jurídico se las atribuye.

**XXVII.** La relación jurídica es un vínculo entre varios sujetos determinado por el derecho. Sujeto activo es el titular del derecho, potestad o facultad. Aparece amparada su vocación a ejercer sus potestades. Sujeto pasivo es el obligado, el que tiene la carga o el deber. Un concepto, que en buena medida se asimila al de "sujeto", dentro de la relación jurídica, es el de "situación": El sujeto activo es el que se encuentra ubicado en una situación jurídica activa. El sujeto pasivo es el que se encuentra ubicado en una situación pasiva (el obligado, el que debe). En la medida de que son titulares de derechos y obligaciones, los sujetos de la relación jurídica son, en sentido jurídico "personas", o lo que es similar, sujetos de derecho.

**XXVIII.** Hay situaciones en que un mismo sujeto está en una situación activa y pasiva, simultáneamente. P. ej. en el sistema uruguayo, el elector tiene el derecho al voto y, simultáneamente, el deber de votar. En un contrato bilateral, como la compraventa, el vendedor está obligado a entregar la cosa vendida y tiene derecho a percibir el precio y, correlativamente, el comprador tiene derecho a recibir la cosa comprada y la obligación de pagar su precio.

### **Sentido de la distinción entre derecho público y derecho privado**

- El concepto de derecho público se enfrenta, en apariencia al de “derecho privado”, de forma tal que aparecería, en una primera apariencia, como una forma de división de las aguas dentro del gran océano normativo que es todo el derecho objetivo.

- Una primera cuestión a considerar es si la distinción entre derecho público y privado, tiene base en el marco normativo y si, además, tiene real sentido.

- Probablemente, desde una perspectiva temporal, primero se hayan regulado las relaciones de convivencia que identificamos por lo general con el derecho privado. La regulación de las prerrogativas de la autoridad que, en sus orígenes, es concebida como absoluta y basada en una legitimación fundada en consideraciones sobrenaturales, debe haber sido posterior. En cierto modo la regulación de la actividad pública es una forma de acotarla y, por lo tanto, constituye una garantía y un avance hacia la configuración de un “Estado de Derecho”, esto es un Estado que se ciñe a las reglas preconcebidas, que actúa en forma previsible y no arbitraria y que actúa respetando los derechos individuales.

- Hay un primer sentido o propósito de tipo didáctico para distinguir entre derecho público y derecho privado. Si decimos que una relación jurídica es de derecho público, partiremos de la base de que involucra, por ejemplo a un organismo estatal y tendrá que ver con su competencia, potestades, vínculos con sus funcionarios, etc. En cambio, si afirmamos que estamos en una relación de derecho privado, esperamos que se regulen vínculos tales como el de la compraventa, el préstamo, la actividad comercial, etc. Intuitivamente, es dable advertir cierta diferencia entre los dos tipos de vínculo basada en los diferentes ámbitos de aplicación. Por otra parte, la distinción entre el derecho público y el derecho privado ayuda a organizar el conocimiento jurídico.

- No obstante, no deja de ser cierto que, cuando corresponde dilucidar cuál es el derecho aplicable a una determinada relación deberá recurrirse a todo el derecho aplicable, sin exclusiones ni límites, y sin perjuicio de la especialidad que pueda involucrar al vínculo de que se trate.

- Aportemos algunos ejemplos que puede ilustrar esta problemática.

a. El Estado como persona jurídica que es, participa en un conjunto de contratos cuya regulación fundamental es la que se contiene en las normas de derecho civil. Se le imponen, no obstante, determinadas exigencias a seguir en los procedimientos de contratación, con diferencias basadas en el monto involucrado.

b. El Estado es parte en diversos procesos judiciales, en los que corresponde, en principio, que actúe en similares condiciones que cualquier litigante. (No hay plazos especiales, tiene las mismas cargas procesales, etc.)

c. Con cierta frecuencia, aparecen diluidas las diferencias existentes entre las llamadas personas de derecho público y las personas de derecho privado. Se advierte la existencia de empresas constituidas según las normas del derecho considerado habitualmente como privado, pero cuyo capital está integrado por entidades públicas.

Sin perjuicio de lo anterior, sí es cierto que en determinadas circunstancias Estado dispone de prerrogativas que le son propias y no alcanzan a los demás sujetos. Un ejemplo es la expropiación prevista en el artículo 32 de la Constitución. El Estado puede comprar un bien para lo que deberá haber un acuerdo de voluntades. Pero, también, puede hacer que se le enajene un bien, aún sin la voluntad del actual propietario, cuando medien circunstancias de necesidad o utilidad públicas establecidas en una ley, recibiendo el propietario en forma previa una justa y previa compensación (que podría no ser previa en el caso especial del artículo 232 de la Constitución). De todos modos, la enajenación se concreta por medio de un procedimiento reglado en que se le otorgan al interesado las garantías correspondientes.

**- Criterios de distinción entre derecho público y derecho privado.**

Se manejan determinados criterios para distinguir cuando una relación es de derecho público o de derecho privado. Implícitamente, se parte de la base de que se trata de categorías excluyentes: una relación jurídica que fuera de derecho público no podría serlo de derecho privado y lo mismo a la inversa.

A su vez, los criterios de distinción seguidos justifican determinadas críticas.

a. Sería de derecho público aquella relación en que intervienen agentes estatales (funcionarios, gobernantes, etc.). Se trata de un criterio que podría ser denominado “**orgánico**”, y que apunta a la calidad de los sujetos intervinientes.

Crítica: Sin embargo, las organizaciones estatales toman parte en un conjunto de vínculos que son, en lo sustancial, similares a los que desarrolla cualquier particular. Por ejemplo: no es fácil distinguir una compraventa de escaso monto que realiza un funcionario público que emplea el dinero de la “caja chica” prevista para gastos menores, que la que realiza cualquier persona en el ámbito particular. Imaginemos la compra de un utensilio para escribir por parte de un funcionario de un centro de enseñanza público y comparémoslo con la compra análoga que realiza un empleado con cometidos similares en un centro de enseñanza privado. Si se aplicara el criterio al pie de la letra, cabría concluir en que dos relaciones similares se rigen, una por el derecho público y otra por el derecho privado. Sin embargo, las conductas seguidas son idénticas.

b. Criterio que se basa en el tipo o **naturaleza de la norma** que rige la relación jurídica. Cuando dicha relación tiene su origen en un acuerdo de voluntades que actúan en un relativo plano de igualdad, como se verifica en los contratos, el vínculo sería de derecho privado. Cuando la regulación **aparece impuesta desde un plano superior**, el vínculo sería de derecho público. Se antepondría la coordinación entre los sujetos, en el primer caso, frente a la relación superioridad - subordinación de los sujetos, en el segundo.

Crítica: Los acuerdos en el plano internacional, entre Estados, se desarrollan en un formal plano de igualdad y parece difícil ubicarlos en la órbita del derecho privado. En otro

orden, es posible concebir una regulación que se ubique, tradicionalmente en el ámbito del derecho privado pero que, resulte regulada por una norma que es impuesta por el Estado.

Por otra parte, hay relaciones contractuales, que parecería que se sitúan en el ámbito del derecho privado, en las que la igualdad entre las partes aparece desdibujada como es el caso de los contratos de adhesión (por ejemplo, cuando alguien contrata el pasaje en un medio de transporte por una tarifa predeterminada y no negociable). Se verifica una tendencia a la protección del consumidor para tratar de establecer cierto equilibrio, como se da en el régimen establecido por la Ley 17250, de 11 de agosto de 2000, pero esta regulación protectora no deja de ser una incursión hacia el lado “público” e implica una intervención de una dependencia estatal.

c. Quizás deba ser considerado como una variante del anterior, un criterio que puede denominarse **formal**. Las relaciones de derecho público serían las que se imponen unilateralmente, en forma coactiva. En cambio, las relaciones de derecho privado se generan en el ámbito del acuerdo de voluntades, de la autonomía de la voluntad.

Crítica: En última instancia toda situación exigible mediante la intervención de la Justicia, se impone en forma coactiva. El Estado puede amparar lo resuelto en un acuerdo de voluntades y hacerlo exigible.

d. A Domicio Ulpiano, se le atribuye la afirmación luego recogida en el Corpus iuris, recopilación del Derecho Romano hecha por el Emperador Justiniano. [Instituciones, i,1,4; Digesto i,i,1,2]. Derecho público es “lo que refiere a la condición del Estado romano”, derecho privado: “lo que atañe a la utilidad del individuo”. El derecho público protege **el interés colectivo**, (el de la “cosa pública”, el que interesa a Roma), el derecho privado sostiene el **interés de los particulares (criterio del interés tutelado)**

Crítica: Es imposible establecer un límite que permita dividir lo que interesa al público de lo que conviene a los particulares. ¿O es que no hay un interés público en que cada una de las personas encuentre amparo en sus derechos por parte del sistema

colectivo? Adviértase que para preservar el interés particular digno de tutela, debe ocurrirse a una organización que se compone de funcionarios y procedimientos cuya regulación se encuentra dentro de lo que habitualmente se considera “derecho público”. Sin la garantía del Estado que asegura su eficacia, el llamado “derecho privado” carecería de eficacia.

e. Arriba esbozamos una distinción que podría **basarse en el ámbito de aplicación**. Si partimos de la base de que en la vida en sociedad hay un espacio personal, privado, íntimo, incluso reservado y un ámbito público que atañe a la comunidad, y que existen normas que rigen ambos espacios, podríamos encontrar un criterio de distinción. Así el matrimonio es cuestión privada, las condiciones de acceso a la función pública, son públicas. Puede advertirse cierto contacto con el criterio del interés tutelado. En todo caso, habrá que admitir que los límites entre ambos ámbitos son, ciertamente, difusos. (P. ej.: la vida en el seno familiar sería cuestión privada, pero determinadas prácticas como el abandono de los deberes inherentes a la patria potestad, que constituyen delito, pasan a tener una connotación pública)

f. Podría, quizás, considerarse que es “derecho público” aquello que le permite al Estado generar una obligación en forma unilateral, en donde estaríamos recogiendo algunas de las ideas esbozadas anteriormente. De todos modos, parece ser una forma reduccionista de considerar el asunto. No sin forzar demasiado los conceptos, concluiríamos que las normas electorales, por ejemplo, pueden considerarse incluidas.

g. En definitiva, quizás no sea la forma más lógica de plantear el tema pero, en la medida en que desechamos los diferentes criterios de distinción, podría concluirse que es derecho público o derecho privado lo que habitualmente, se considera una cosa o la otra.

## **XXIX. Derecho Público interno y externo**

El derecho internacional público es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados, otras entidades no estatales y las personas con personalidad internacional.

Más allá de reconocer las dificultades que importa otorgarle la condición de jurídica a un ordenamiento internacional que, a lo sumo, no cuenta con “legislador”, “juez” y “policía”, más que en forma rudimentaria e incipiente, si admitimos la distinción entre derecho público y privado, no cabría otra posibilidad que sostener que el derecho internacional público debería insertarse en la primera categoría, aun cuando sus normas son, generalmente, derivadas del acuerdo de voluntades producido en un régimen formal de coordinación.

Cabe acotar que hay una visión monista del derecho que considera que los ordenamientos estatales se insertan dentro del ordenamiento jurídico internacional. Esta posición tiende a considerar que todo el derecho constituye un único sistema y que los ordenamientos estatales extraen su validez del reconocimiento internacional y que los Estados son una especie de órgano que expresa la voluntad del ordenamiento global. (Ver más adelante la opinión de Hans Kelsen, a este respecto)

### **Negación del sentido de la distinción**

De las propias críticas reseñadas resulta que la distinción entre derecho público y derecho privado, no se sostiene sobre bases seguras.

Ello lleva a la negación, desde una perspectiva radical, como la que sostiene Hans Kelsen, que afirma que todo el derecho es constitutivo del Estado y que es tan derecho político una norma como la otra. (Ver transcripción más adelante)

- **Concepto de orden público.**

Probablemente más fértil que la distinción entre derecho público y derecho privado sea tener presente que hay vínculos jurídicos que son de “orden público” y están contenidos en diversas normas, con prescindencia de la rama que las incluya.

El “orden público” puede ser definido como el que comprende a aquellas normas cuya aplicación no puede ser alterada por la voluntad particular de los individuos involucrados. Esto implica la imposibilidad de renunciar a la aplicación de la norma.

Por ejemplo, puede ser determinado por voluntad de los interesados el plazo de vigencia de un contrato o el salario que se le pagará a un trabajador por su trabajo. Sin embargo hay límites que son de orden público y, por tanto, no son disponibles (el salario mínimo, el término mínimo para el arrendamiento de inmuebles, en determinados casos). Otros ejemplos: no es disponible para los interesados la edad a partir de la que se comienzan a ejercer los derechos inherentes a la ciudadanía o se es responsable por la comisión de delito.

### **Ramas de derecho público**

Sin perjuicio de las dudas y críticas expuestas precedentemente, hay determinadas ramas que, tradicionalmente, se identifican con el Derecho Público y son aquellas en las que el Estado aparece ejerciendo un papel de particular predominio.

Se entiende por ramas del derecho un conjunto de normas que regula una especial disciplina jurídica. La expresión “rama” resulta alusiva de la circunstancia de que se encuentran en permanente crecimiento. Una rama puede ser derivada de otra, primordial.

La ubicación de las ramas del derecho dentro de la subdivisión primaria que distingue entre derecho público y derecho privado podrá verificarse de conformidad con los criterios arriba discutidos.



El “derecho civil”, el “derecho comercial” y el “derecho laboral” (aunque con dudas por el elevado componente de normas de orden público que contiene), son las ramas que se consideran típicamente, ubicadas dentro del “derecho privado”, aunque dentro de los términos de incertidumbre ya mencionados (Manuel Ossorio, por ejemplo, sostiene que *“la propiedad y la familia más bien tienen su lugar en el derecho público”*)

El **derecho civil** refiere, esencialmente, al régimen de los bienes, de las obligaciones y de los contratos, al estado de las personas, a la familia y a las sucesiones.

El **derecho comercial** es el que regula la actividad de los comerciantes, fundamentalmente quienes intermedian en la circulación de los bienes y hacen de ello su profesión habitual.

El **derecho laboral**, es el que regula las condiciones del trabajo subordinado (en relación de dependencia) y que vinculan a los empleadores con los trabajadores. El contrato de trabajo podría ser considerado como una derivación del arrendamiento de servicios previsto como contrato del derecho civil pero que se encuentra profundamente modificado por las características del vínculo laboral y la protección especial que el ordenamiento ha entendido pertinente otorgarle a la parte trabajadora.

Dentro del derecho público se consideran las siguientes ramas:

29. El **derecho constitucional**. Es, ante todo, la carta constitutiva del Estado, contiene las bases sobre las que éste se sustenta y define su estructura. Refiere a los derechos fundamentales de los habitantes, a los poderes de los gobernantes, a su organización, a sus límites y a sus garantías fundamentales.

Ubicada la Constitución en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado, contiene las bases de dicho ordenamiento y, en particular, las de las demás ramas del derecho público. Esto no puede sorprender dado que, si el derecho público es, ante todo, el derecho

del Estado, es natural que las disposiciones constitucionales inspiren la regulación de todo el sistema.

- El **derecho administrativo** es el conjunto de normas que regula la organización y la actividad de la administración pública. Adviértase en qué medida linda con el derecho constitucional. Si éste refiere a la organización del gobierno, y por ende estudia la integración de sus Poderes, el derecho administrativo continúa ese estudio desde la perspectiva del funcionamiento de la administración.

- El **derecho financiero** se encuentra, también en estrecho contacto con el derecho constitucional. Adviértase como algunos de los cambios institucionales más notorios, incluyendo declaraciones de independencia, tienen origen en los reclamos por la distribución de las cargas públicas, desde nuestro “grito de Asencio”, hasta la Revolución Francesa. El derecho financiero es el que regula la forma en que el Estado recaba los ingresos que necesita para su actuación y, la contracara, cómo los gasta, incluyendo la regulación del crédito público. Manuel Ossorio anota que regula *“todo lo relacionado directamente con el patrimonio del Estado y su utilización”* . Dentro del derecho financiero puede advertirse el surgimiento de una rama derivada, la del **derecho fiscal o tributario**, en la que el principio de legalidad para la consagración de los tributos constituye un pilar.

- El **derecho penal** consagra los delitos y las sanciones que pueden ser castigos o medidas asegurativas, tendientes a procurar reprimirlos y evitarlos. También en este ámbito se impone, como base fundamental, el principio de legalidad que, en nuestra Constitución, aparece consagrado en el artículo 10°. En otros términos puede ser enunciado: “no hay delito ni pena sin previa ley que los consagre”. También cabe citar la proscripción de la pena de muerte y la proscripción de malos tratos a los detenidos contenida en el artículo 26 y la acción de “hábeas corpus” consagrada en el artículo 17.

- El **derecho procesal** es el conjunto de normas que reglamentan los procedimientos tendientes a obtener un pronunciamiento del Estado. En particular se centra

en la actividad jurisdiccional que aparece muy precisamente regulada en cuanto a los órganos competentes, las formas de comparecencia, las instancias posibles, etc. Tienen raigambre constitucional la garantía del debido proceso legal, (art. 12 a 23 de la Constitución), donde se destaca el principio de legalidad del proceso (art. 18)

- Siendo el derecho una realidad dinámica se van generando nuevas disposiciones que lo hacen más complejo. Empiezan a surgir, “ramificaciones” o sea, nuevas ramas derivadas que van sistematizando la consideración de una temática determinada. De este modo podemos señalar el surgimiento de sub – ramas especializadas. Así es posible señalar el surgimiento, con pretensiones de autonomía disciplinaria, de regulaciones sobre “derecho electoral”, “derecho legislativo”, “derecho minero”, “derecho de la empresa”, etc.

- En cualquier caso, corresponde considerar que los principios que inspiran el ordenamiento son siempre los mismos y que la norma base, fundamental, es la constitucional.

### **III. Normas involucradas**

#### **Código Civil,**

Artículo 21: *“Son personas todos los individuos de la especie humana.*

*Se consideran personas jurídicas y por consiguiente capaces de derechos y obligaciones civiles, el Estado, el Fisco, el Municipio, la Iglesia y las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la autoridad pública”.*

Artículo 1291: *“Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.*

*Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley”.*

### **Constitución de la República:**

*Artículo 7º. “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general”.*

*Artículo 10º: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.*

*Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.*

*Artículo 12. “Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”.*

*Artículo 14. “No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes por razones de carácter político”.*

*Artículo 15. “Nadie puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente”.*

*Artículo 16. “En cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales”.*

Artículo 17. *“En caso de prisión indebida el interesado o cualquier persona podrá interponer ante el Juez competente el recurso de "habeas corpus", a fin de que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el Juez indicado”.*

Artículo 18. *“Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios”.*

Artículo 19. *“Quedan prohibidos los juicios por comisión”.*

Artículo 20. *“Quedan abolidos los juramentos de los acusados en sus declaraciones o confesiones, sobre hecho propio; y prohibido el que sean tratados en ellas, como reos”.*

Artículo 21. *“Queda igualmente vedado el juicio criminal en rebeldía. La ley proveerá lo conveniente a este respecto”.*

Artículo 22. *“Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas”.*

Artículo 23. *“Todos los jueces son responsables ante la ley, de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca”.*

#### **IV. Planteos derivados.**

- **A.** Norberto Bobbio destaca que la dicotomía “derecho público – derecho privado”, encierra otras dicotomías:

a) La que se da entre iguales y desiguales, esto es entre quienes ejercen el poder de mandar y los que tienen el deber de obedecer: Apunta a las relaciones entre gobernantes y gobernados.

b) La que se da entre la “ley” y el “contrato”. Es decir la que se impone por el poder soberano y se refuerza por la coacción. El derecho privado o, mejor dicho, el derecho de los

privados, es el conjunto de normas que los sujetos establecen para regular sus relaciones, cuya fuerza vinculante se basa, primordialmente, en el principio de la reciprocidad

c) La que enfrenta la justicia conmutativa a la justicia distributiva. *“La justicia conmutativa ha sido definida como la que tiene lugar entre las partes, la distributiva es aquella que tiene lugar entre el todo y las partes”*

d) La que contrapone la política con la economía, dándole a la primera una primacía respecto de la segunda (la contraposición *“del orden dirigido desde arriba sobre el orden espontáneo”*) Paralelamente, señala, se da un proceso de *“privatización de lo público”, “las relaciones de tipo contractual, reaparecieron en el nivel superior de las relaciones políticas relevantes, por lo menos bajo dos formas: en las relaciones entre las grandes organizaciones sindicales para la formación y renovación de los contratos colectivos, y en las relaciones entre partidos políticos para la formación de coaliciones de gobierno.”* La actuación de grandes grupos privados *“articulado en su interior por organizaciones semisoberanas, como las grandes empresas, las asociaciones sindicales, los partidos” ... “Quienes ven en el crecimiento de estos centros de poder un ataque a la majestad del Estado, hablan de un nuevo feudalismo”*

e) La que contrapone publicidad y poder invisible. *“El principio de la publicidad de las acciones de quien detenta un poder político (“público” en el sentido de “político”) se contrapone a la teoría de los arcana imperio, que dominó la época del poder absoluto”*

- **B.** Un análisis seguramente interesante es el que lleva, más allá de lo jurídico, a preguntarnos sobre la influencia del Estado y de las normas de éste emanadas en la configuración de la idiosincrasia nacional. Un hito, sin duda, fue entre nosotros, el Decreto ley de educación común de 1877, que se inserta y, en buena medida inaugura, una tendencia que se asienta en la idea de que depende de la regulación estatal, en gran medida, el destino de la población.

## **V. Citas doctrinarias o jurisprudenciales complementarias.**

- *“El orden, jurídico nacional, esto es, el constitutivo de un Estado, puede ser definido como orden coercitivo relativamente centralizado, cuyos ámbitos territorial, personal y temporal de validez encuéntrase determinados por el derecho internacional, y cuyo ámbito material de validez únicamente se halla limitado por el mismo derecho internacional. Esta es la definición jurídica del Estado. Resulta obvio que sólo es posible cuando se parte del supuesto de que el derecho internacional es un orden válido.*

....

*Como el orden jurídico internacional no sólo requiere como complementación necesaria que existan los órdenes jurídicos nacionales, sino que determina también en todos los respectos posibles sus ámbitos de validez, el derecho internacional y el nacional forman un todo inseparable.*

*Un aspecto de esta unidad lo encontramos en el hecho de que los Estados son, como personas actuantes, órganos del derecho internacional, o de la comunidad constituida por él. La creación y la ejecución de un orden son las funciones de sus órganos, y el orden jurídico internacional es creado y ejecutado por los Estados.*

*Especialmente la creación del derecho internacional por medio de tratados, revela claramente que los Estados son órganos de la comunidad internacional. En opinión de muchos autores, los tratados internacionales son el único método de creación del derecho internacional. La creación del derecho internacional a través de la costumbre, que es la otra fuente de ese derecho, es interpretada por esos autores como tratado "tácito". Esta es obviamente una ficción motivada por el deseo de referir todo el derecho internacional a la "libre voluntad" del Estado y, por tanto, mantener la idea de que el Estado es "soberano", lo que significa que no se encuentra sujeto a un orden jurídico superior, capaz de restringir su libertad.*

.....

*A fin de poder crear una norma válida para más de un Estado, los Estados tienen que hallarse facultados por un orden jurídico superior a sus propios ordenamientos jurídicos, es decir, por un orden jurídico cuyos ámbitos territorial y personal de validez comprendan los ámbitos de los Estados para los cuales la norma tendrá fuerza obligatoria. Y la norma requerida tendrá que formar parte del orden jurídico que delimita los ámbitos de los distintos Estados.*

*El derecho internacional, como orden jurídico superior a los Estados, es el que hace posible la creación de normas válidas para los ámbitos de dos o más Estados, esto es, la creación de normas internacionales. El derecho internacional general es el que establece, especialmente por medio de su regla pacta sunt servanda, la norma que obliga a los Estados a respetar los tratados y a conducirse en la forma prescrita por éstos.*

*El derecho regula su propia creación. Lo mismo sucede en el caso del derecho internacional. Crearse a sí mismo es su función propia. Cuando dos Estados concluyen un tratado, como órganos del derecho internacional, los representantes de las dos partes forman el órgano compuesto que crea la norma contractual. Se trata de un órgano de la comunidad internacional constituida por el derecho internacional general. Los representantes de los Estados que concluyen el tratado son órganos parciales de ese órgano compuesto. El orden jurídico internacional deja a cada orden jurídico nacional la determinación del individuo que, como representante del Estado, tiene competencia para celebrar contratos con los representantes de otro Estado”.*

**Kelsen, Hans. “Teoría General del Derecho y del Estado”.** Universidad Nacional Autónoma de México. México 1970. Págs. 418 y 421



- **B.** *“La supremacía de lo público se basa en la contraposición del interés colectivo al interés individual, y en la necesaria subordinación, hasta la eventual supresión, del segundo al primero; además, en la irreductibilidad del bien común en la suma de los bienes individuales, y por tanto en la crítica de una de las tesis más comunes del utilitarismo elemental. La primacía de lo público adopta diversas formas de acuerdo con las diversas maneras en que se entiende el ente colectivo -la nación, la clase, la comunidad del pueblo- en favor del cual el individuo debe renunciar a su autonomía. No es que todas las teorías de la supremacía de lo público sean histórica y políticamente las mismas, pero es común a todas ellas el principio de que el todo es primero que las partes. Se trata de una idea aristotélica, y después de siglos, hegeliana (de un Hegel que sobre el particular cita a Aristóteles), de acuerdo con la cual la totalidad tiene fines que no pueden reducirse a la suma de los fines de los individuos que la componen y el bien de la totalidad una vez alcanzado se transforma en el bien de sus partes. Dicho de otro modo: el máximo bien de los sujetos no es efecto de la persecución, mediante el esfuerzo personal y el antagonismo, del propio bien por parte de cada cual, sino es producto de la contribución que cada uno junto con todos los demás da solidariamente al bien común, de conformidad con las reglas que toda la comunidad o el grupo dirigente que la representa (teórica o prácticamente) se ha dado a través de sus órganos, sean éstos autocráticos o democráticos”.*

**Bobbio, Norberto. “Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría General de la Política”.** Fondo de Cultura Económica. México. 1991. Pág. 28.

**C. 3** *“La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado, radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los “actos públicos” del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se*

*trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.*

*En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.*

*La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas importantes desde el punto de vista político del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la finalidad del Estado en el marco de la ley y aun contra la ley si las circunstancias lo exigieran.*

*Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para, el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho,*

*a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.*

*Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.*

*Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reserva esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.*

*Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción 5h y al reparto de las*

*riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse”.*

**Kelsen, Hans. “Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho”**

Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires 1970. Págs. 182 y ss.

#### **VI. Preguntas que se pretende responder en el módulo**

- ¿Qué criterios fundan la distinción entre derecho público y derecho privado?
- ¿Tiene sentido distinguir entre derecho público y derecho privado?
- Partiendo de la base de que la distinción tiene un sentido, aunque no sea más que didáctico, ¿qué ramas pueden ser consideradas como parte del derecho público?

#### **VII. Temas vinculados.**

- La materia constitucional. Contenido de las constituciones
- Naturaleza y fines del Estado.

#### **VIII. Bibliografía complementaria.**

- Bobbio, Norberto. "Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría General de la Política". Fondo de Cultura Económica. México. 1991.

- Ossorio, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires 1991

- Fernández Vázquez, Emilio. "Diccionario de derecho público". Editorial Astrea. Buenos Aires. 1981

## El derecho constitucional

### I. Concepto central. Definición y desarrollo básico.

Podemos anotar los siguientes conceptos definitorios de la idea de Constitución que, lejos de oponerse, resultan complementarios.

La Constitución es:

- **el acta constitutiva de un Estado.** Cuando un Estado se constituye, surge, emerge, en el orden internacional, ese hecho aparece proclamado en un texto constitucional. Cuando el Estado se instituye, proclama su constitución, mediante un documento que es una especie de acta bautismal que lo denomina y permite identificarlo. En cierta forma, esa constitución originaria, es una especie de declaratoria de independencia desarrollada porque dice que el nuevo Estado, que emerge, funcionará de acuerdo con determinadas reglas que son las que se consagran.

- **la carta orgánica de un Estado.** La Constitución establece cuáles son las autoridades principales, qué actividades desarrollarán y de qué manera. Es normal que cuando se instituye una persona colectiva, arranque su vida mediante un estatuto acordado por los socios. Ese estatuto proclama la actividad que la entidad podrá desarrollar, los mecanismos apropiados para ello y qué es lo que las autoridades pueden hacer y qué les está vedado.

- **las bases sobre las que se asienta el sistema político.** Es el texto que define la forma en que actúan las diferentes autoridades, su relacionamiento, la interacción recíproca y la manera en que se controlan y contienen en su actividad.

Aun cuando el régimen político puede significar más que la regulación jurídica del sistema, porque corresponde tener en cuenta componentes que se dan en el plano de los hechos y que, de pronto, no son considerados por el derecho, esa regulación sienta los preceptos sobre los que el referido funcionamiento se basa. Es ante todo, un conjunto de límites tendiente a contener los desbordes que, por lo general, se pueden manifestar en ocasión del ejercicio del poder.

- **la declaración de los derechos fundamentales de las personas que habitan el territorio del Estado.** Se trata de la contracara de las limitaciones de los gobernantes. Las autoridades tienen en el sistema jurídico los cometidos que les son asignados y la proclamación de los límites que canalizan su poder. Cuando la Constitución limita las potestades de las autoridades y, además, establece garantías para el ejercicio de los derechos individuales, pasa a ser una especie de declaratoria de los derechos fundamentales.

- **la norma de mayor jerarquía** dentro del conjunto de normas jurídicas que se producen en un Estado determinado. Si representamos el conjunto de normas como una pirámide, la constitución se encuentra en la cúspide.

## II. Desarrollo y aspectos colaterales al concepto central

**XXX.** Las diferentes manifestaciones nacionalistas, parten de la base de la existencia de una identidad socio – cultural compartida por determinados individuos, que aglutina a un conjunto de personas que se reconocen como integradas culturalmente. Consideran que corresponde que esa comunidad conforme una entidad política soberana, o sea que se constituya en un Estado independiente. La Constitución sería el acta fundacional del Estado.

**XXXI.** Las distintas definiciones que se han aportado precedentemente son, en el fondo, distintos aspectos de una misma realidad. Así, por ejemplo, las bases en que se asienta un sistema político, tienen íntima vinculación con los derechos básicos de sus integrantes – los habitantes de un Estado determinado.

**XXXII.** Asimismo, el establecimiento de las autoridades estatales fijando sus cometidos, las potestades que tienen atribuidas y los límites de las mismas, tienen como contrapartida los derechos de las personas que las antedichas autoridades deben respetar y garantizar.

**XXXIII.** Las normas constitucionales se insertan y presiden el ordenamiento jurídico. Al respecto cabe anotar que: i. se trata de normas jurídicas lo que implica la idea de que su cumplimiento es forzoso y que el poder del Estado – que proclama y organiza fundamentalmente la misma constitución - debe asegurar su cumplimiento. ii. dentro del sistema normativo, se trata de las normas que se ubican en el primer nivel de jerarquía. iii. todo el sistema jurídico aparece inspirado por los principios contenidos en las normas constitucionales. No es de esperar que estén aparezcan contradichas por las normas inferiores y si lo fueran el sistema debería asegurar la primacía de la norma constitucional.

**XXXIV.** De acuerdo con lo antecedente, la norma constitucional tiene por objeto, en esencia: a. Regular y describir la organización del Estado y del Gobierno, en sus regulaciones fundamentales y b. asegurar los derechos de quienes están sometidos al poder del Estado.



**XXXV.**Entonces, es posible afirmar que las constituciones expresan (o sea que, por lo general contienen): a. una descripción de la organización y del funcionamiento del Estado y de las autoridades de gobierno que lo rigen, las que ejercen el poder estatal; b. una consagración de las potestades de las autoridades del gobierno (la forma en que es ejercido el poder estatal); c. una consagración de los derechos fundamentales de los habitantes (que deben ser respetados, protegidos y garantizados por quienes ejercen el poder estatal).

### **Primeras expresiones del constitucionalismo moderno.**

Si bien pueden señalarse antecedentes históricos que se remontan a la Grecia clásica, pasando por los estatutos forales en España y Francia, hay una historia que encuentra su antecedente más directo en la evolución institucional británica, de la que derivan los textos constitucionales de las colonias norteamericanas y la Constitución estadounidense de 1787 que fue, incluso, un precedente considerado por los revolucionarios franceses de 1789.

**IX.** En Inglaterra, la **Carta Magna** (“Magna Charta Libertatum o Carta Baronum”) de 15 de junio de 1215, fue arrancada al rey Juan por un conjunto de señores nobles. Consagró una serie de prerrogativas para los integrantes de la aristocracia. No obstante, sentó un conjunto de principios sobre los derechos que, con la evolución, se irían extendiendo al resto de la población.

En 1628 el Parlamento le presentó al Rey Carlos I, la “Petición de derechos” (“Petition of Rights”) que fue aprobada por éste pero posteriormente desconocida al actuar como monarca absoluto. El Parlamento acusó al Rey Carlos por traición,

enfrentamiento que culminó con la ejecución del rey en 1649, dando lugar a la dictadura de Oliverio Cromwell. El centro del poder político se había desplazado hacia el Parlamento.

La monarquía fue restablecida en 1660, asumiendo la corona Carlos II. En 1679 se aprobó el **“Acto de Habeas Corpus”**, que estatuyó garantías contra la prisión indebida. Fue sucedido por su hermano Jacobo II, que se enfrentó al Parlamento, hasta que se vio determinado a huir a Francia. El Parlamento proclamó reyes a los esposos Guillermo III (Estatúder de Holanda) y María II, aprobando la **“Carta de derechos”** (“Bill of rights”) en 1689.

Muerto Guillermo III fue sucedido por su cuñada Ana I. A su muerte, se aprobó la **“ley o acto de establecimiento”** (“Act of settlement”), de 1701, para excluir a un posible sucesor católico y hacer viable la asunción al trono del elector de Hannover que asumiría como Jorge I.

- X. Los Estados Unidos de América nacieron como una confederación de las trece colonias inglesas de la costa Atlántica de América de Norte. Originalmente dichas colonias se habían instaurado mediante cartas reales que contenían prerrogativas para la exploración y el comercio y la promulgación de los derechos de los colonos o por medio de acuerdos celebrados por los mismos colonos.

El 4 de julio de 1776, se produjo la Declaratoria de Independencia de los Estados Unidos de América en la que se proclamó “que todos los hombres han sido creados iguales y que dotados por el creador con ciertos derechos inalienables, entre los que están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”. La mayoría de las colonias emancipadas aprobaron constituciones particulares escritas y codificadas que

reconocía la existencia de derechos inherentes a la persona humana y la separación de poderes.

El 15 de noviembre de 1777, el Segundo Congreso Continental, aprobó los **“Artículos de la Confederación y Unión Perpetua”**, que consistió en un acuerdo de confederación entre las colonias tendiente a generar la cohesión suficiente para llevar adelante la guerra de independencia contra los ingleses. Finalmente el gobierno británico reconoció la independencia de esas colonias en 1783.

En 1787, los representantes de las antiguas colonias se reunieron en el Congreso de Filadelfia para redactar una constitución, convocándose a elecciones presidenciales. Lo que se esperaba que fuera una modificación de los “artículos de confederación”, derivó en la creación del sistema federal. El texto aprobado fue remitido a los Estados para la ratificación de los mismos mediante Convenciones. En 1789, la Constitución entró en vigencia. En 1791 se le agregaron las diez primeras enmiendas, que constituyeron una declaración de derechos.

c. Cuando en 1789, el rey Luis XVI de Francia, convocó a los Estados Generales con el propósito de obtener más recursos para paliar la crisis financiera no imaginó, probablemente, que el proceso derivaría en un cambio revolucionario de régimen y que le llegaría a costar su propia vida.

Los delegados del “tercer estado”, los que no pertenecían ni al clero ni a la nobleza y constituían la enorme mayoría de la población, habían invitado, el 12 de mayo, a los otros estados a integrar una única Cámara, lo que fue acompañado, solamente, por algunos integrantes del clero.

El 17 de junio esta cámara se autoproclamó Asamblea Nacional, hecho que conllevó al intento de disolverla por parte del rey y la nobleza, mediante la clausura de la sala de reuniones, bajo el pretexto de la necesidad de reparaciones. El 20 de junio, los diputados se reunieron en una cercana cancha en que se realizaban juegos de pelota, donde juraron permanecer unidos hasta dotar a Francia de una Constitución. El episodio implica la declaración de la soberanía nacional, desplazando el concepto de que la soberanía correspondía a los reyes.

El 9 de julio, la Asamblea adoptó el nombre de Asamblea Nacional Constituyente.

A partir de la toma de la Bastilla, fortaleza que representaba el poder absoluto, sucedida el 14 de julio de 1789, se desencadenó la revolución, al menos en su faz violenta.

El 26 de agosto de 1789, la Asamblea dictó la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Posteriormente, el 3 de septiembre de 1791, la Asamblea aprobó **la primera Constitución** de Francia, que fue jurada por el rey. Como consecuencia de la huida del matrimonio real, Luis XVI y su esposa son capturados en Varennes, juzgados por traición y guillotizados.

### III. **Planteos derivados.**

#### **Perspectivas en torno al papel de la Constitución.**

Hay una visión que pone el énfasis en el análisis de la realidad social. El derecho en general y el derecho constitucional, en particular serían un producto accesorio de la sociedad en que se encuentran inmersos. Consagran una realidad que se experimenta en el plano de los hechos. Eventualmente estarían cristalizando las relaciones de poder que se verifican en la sociedad. Esta visión se ubica en la línea

de razonamiento que efectúan los teóricos del marxismo en cuanto distinguen una infraestructura que se compone esencialmente de las relaciones de producción, de la superestructura que se asienta sobre aquélla y se integra con los elementos que dependen de la misma y, en cierto modo la encubren como, por ejemplo, el derecho, las relaciones políticas, las ideologías, la religión, etc., que se manifiestan en un momento determinado.

En ese sentido, en una famosa conferencia pronunciada en abril de 1862, el abogado y político alemán Ferdinand Lassalle, expuso su opinión respecto de que *“la verdadera constitución de un país no se encierra en unas cuantas hojas de papel escritas, sino en los factores reales de poder; son estos y no el derecho extendido en el papel, los que informan la práctica constitucional”*.

Una segunda concepción podría ser denominada “positivista”, en tanto que pone el énfasis en el papel de la Constitución dentro del sistema positivo vigente en un determinado Estado. Desde esta perspectiva la Constitución será la norma superior del sistema y es la que inspira la totalidad del ordenamiento jurídico. Se parte de la base de que las normas de inferior jerarquía deben ser compatibles con la norma superior y que el ordenamiento debe contener mecanismos de control que permitan compatibilizar las distintas partes haciendo prevalecer la norma máxima.

Una tercera visión es la que considera la Constitución desde una perspectiva idealista, como instrumento de una concepción ideológica que enfatiza las garantías de los derechos. Una corriente conocida como “constitucionalismo” se ubica en esta línea y recoge la tradición de los instrumentos fundamentales que pautaron la evolución institucional inglesa, en primer término, la estadounidense en segundo lugar y, en forma prácticamente inmediata, la que derivó de la Revolución Francesa.

Se inscribe en esta concepción la visión expresada en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, francesa de 1789, que considera que la Constitución debe esencialmente, garantizar los derechos y consagrar la separación de poderes. Dentro de la misma corriente podemos citar la Constitución de Cádiz, España, de 19 de marzo de 1812.

### **La Constitución en cuanto instrumento de modificación del sistema y como elemento conservador.**

Dicho lo anterior, es posible reconocer que las normas constitucionales pueden jugar un doble rol, según las circunstancias que se atraviesen. Pueden consistir en una propuesta de reforma del sistema político, incorporándole concepciones novedosas. Desde esta concepción, el cambio constitucional implicará una modificación de las relaciones de poder que se cumplen dentro de las estructuras estatales. La modificación constitucional, desde esta concepción, cambia los equilibrios preexistentes, atribuye nuevos poderes y limita otros. Puede, por ejemplo, legitimar una nueva relevancia de un Poder o autoridad emergente para cumplir un papel que la vieja estructura jurídica no habilitaba.

Desde otra perspectiva, contraria a la anterior, la vigencia de la Constitución permite conservar y proteger los derechos y potestades consagrados, en cuanto tiende a evitar el desborde de poder de las autoridades que la Constitución limita. El advenimiento del proceso denominado constitucionalismo se justificó sobre la base de la valoración de esta perspectiva. Se trata de un criterio “valorativo” del concepto de Constitución de la que encontramos reminiscencias en el discurso inaugural del Congreso de Abril de 1813, pronunciado por Artigas en los albores de nuestra vida institucional.

## **Fuentes del derecho constitucional.**

### **Los aspectos consuetudinarios del derecho constitucional. (Más allá del Common Law).**

Las fuentes formales del derecho son aquellos actos de los que emana o surge una norma jurídica.

Cuando la fuente constituye un texto escrito que se aprueba siguiendo determinados procedimientos o formalidades, nos referimos a la legislación.

En el caso del derecho constitucional, dada la preeminencia que se le atribuyen a las normas constitucionales, es habitual que se presente una forma particular de legislar, mediante el empleo de procedimientos diferentes, más complejos o agravados destinados a la expresión de las normas. Es el fenómeno, el más generalizado pero no universal, denominado como "rigidez" de las normas constitucionales. En el fondo, estaríamos ante una forma de legislación pero se trata de una forma de legislación especial.

Tradicionalmente admitimos que corresponde diferenciar los sistemas en que la costumbre es fuente de derecho constitucional (básicamente el sistema británico), de los sistemas, más extendidos en que la norma constitucional es de fuente escrita.

La costumbre como fuente de derecho implica la existencia de prácticas reiteradas y la convicción de que la conducta seguida responde a una obligación jurídica. Habría un derecho constitucional consuetudinario, en la medida que esas prácticas reiteradas que responderían a un deber jurídico, refieran a materia constitucional (por ejemplo, organicen el gobierno, definan al Estado y pauten su organización, etc.)

En realidad, cabe preguntarse si el derecho consuetudinario (el que se basa en la costumbre como fuente) no es, simplemente, una expresión de la jurisprudencia considerada como fuente formal de derecho y de la obligatoriedad de los precedentes. El planteo consiste en si la costumbre como fuente no se resume en la jurisprudencia como fuente. Los jueces, no sólo expresarían el derecho sino que serían sus creadores, en cierta medida y sin perjuicio de aplicar las normas consagradas.

El "common law", ("derecho común") de aplicación en los países de tradición anglosajona, es el derecho que se aplica en forma general, siguiendo similares reglas y principios jurídicos. Dentro de la citada tradición jurídica, las reglas pueden no estar consagradas expresamente por un instrumento escrito como lo es la ley, pero en donde el precedente es vinculante y donde se entiende que los jueces crean el derecho, al resolver las acciones que se someten a su juicio. Los fallos se inspiran en la costumbre pero para demostrar el contenido de la misma, se basan en el precedente.

En la medida que no exista una norma escrita, es más difícil sostener el concepto de la mayor jerarquía de la norma constitucional. Sin embargo, la misma convicción que considera que una conducta es jurídicamente obligatoria, podría concluir en que se trata de una relación fundamental para el funcionamiento del Estado y la sociedad y considerar que merece una especial protección y que es relativamente intangible. Por otra parte, no toda costumbre practicada en torno a las cuestiones institucionales merece ser considerada como norma constitucional y sí, solamente, las más relevantes.



A favor del derecho escrito, se sostiene que brinda certeza y ello lo hace idóneo para la consagración de las garantías.

Ahora bien, quizás la distinción entre un sistema que reconoce a la costumbre como fuente formal de derecho y aquellos, como el nuestro, que no lo hacen, no sea tan tajante como pareciera en un primera visión. Siempre hay un trasfondo cultural, una concepción y convicción generalizadas, que se encuentra en la base de las prácticas, las interpretaciones y las ponderaciones que permite discernir entre lo que es jurídicamente relevante, y obligatorio y aquello que no lo es.

Cuando en un sistema de Constitución flexible (en que la materia constitucional está regulada por leyes que se dictan con las mismas formalidades que las aplicadas para la sanción de las leyes ordinarias) algunas leyes son consideradas fundamentales, hay un recurrir a un elemento de convicción generalizada que linda con la idea de derecho consuetudinario.

En forma análoga cuando en un sistema de Constitución rígida, como el nuestro, es posible considerar como de rango constitucional, determinados conceptos que no están expresamente escritos en el texto, igualmente nos encontramos frente a un fenómeno similar. La doctrina ha desarrollado el concepto de **“bloque de constitucionalidad”** que refiere a aquellos elementos que, sin aparecer formalmente enunciados en el texto de la Constitución, son considerados de rango constitucional y, como tal, deben ser tenidos en cuenta en ocasión de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. En nuestro caso, contamos con la previsión del artículo 72 de la Constitución que incluye dentro de la protección constitucional a los derechos, deberes y garantías no enumerados pero “que sean inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de

gobierno". En definitiva, será el aplicador, el juez en primer término, quien considerará que se trata de un derecho, deber o garantía inherente a la personalidad humana o derivado de la forma republicana de gobierno y, entonces, el papel que le corresponde no será sustancialmente diferente del que tienen asignados los jueces en el sistema del "common law", con salvedad del diferente papel que juegan los precedentes en uno u otro sistema..

La costumbre implica una referencia a determinadas convicciones y pautas culturales y en cualquier caso es, al menos, fuente material del derecho.

### **El criterio valorativo de la constitución y el constitucionalismo**

Partiendo de los precedentes ya mencionados, el constitucionalismo es un corriente, en buena medida política, que considera como forma de consolidación de los derechos de las personas, la consagración de textos que proclamen los mismos y establezcan obligaciones y límites a los gobernantes.

Es posible sostener que se trata de una expresión sustentadora de las ideas de liberalismo y democracia. Podríamos resumir la idea diciendo que se trata de una reafirmación de: a. la soberanía popular, b. la igualdad entre los ciudadanos, c. la protección de los derechos de las personas. Entonces, toda sociedad organizada debe contar con un texto que consagre estos principios. La lucha por la constitución como sucedió en España en las primeras décadas del siglo XIX, era la lucha por los valores mencionados.

#### **IV. Normas involucradas.**

Constitución de la República vigente, plebiscitada el 27 de noviembre de 1966 y modificada por plebiscitos de 26 de noviembre de 1989, 27 de noviembre de 1994, 8 de diciembre de 1996 y 31 de octubre de 2004.

*Artículo 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que sean inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.*

*Artículo 82. La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana.*

*Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma.*

*Artículo 329. Decláranse en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a las leyes que expida el Poder Legislativo.*

#### **V. Citas normativas, doctrinarias o jurisprudenciales complementarias.**

*- "Ciudadanos: los pueblos deben ser libres. Su carácter debe ser su único objeto y formar el motivo de su celo. Por desgracia, va a contar tres años nuestra revolución y aún falta una salvaguardia general al derecho popular. Estamos aún bajo la fe de los hombres y no aparecen las seguridades del contrato. Todo extremo envuelve fatalidad: por eso una confianza desmedida sofocaría los mejores planes; ¿pero es acaso menos temible un exceso de confianza? Toda clase de precaución debe prodigarse cuando se trata de fijar nuestro destino. Es muy veleidosa la probidad de*

*los hombres; sólo el freno de la constitución puede afirmarla. Mientras ella no exista, es preciso adoptar las medidas que equivalgan a la garantía preciosa que ella ofrece. Yo opinaré siempre que sin allanar las pretensiones pendientes, no debe ostentarse el reconocimiento y jura que se exigen. Ellas son las consiguientes del sistema que defendemos y cuando el ejército la propuso no hizo más que decir quiero ser libre."*

**Artigas, José. Oración inaugural del Congreso de Tres Cruces. 4 de abril de 1813.**

*- "Es imposible crear un cuerpo para un fin, sin darle una organización, unas formas y unas leyes propias para el cumplimiento de las funciones a las que ha sido destinado. Es lo que se denomina la constitución de dicho cuerpo. Es evidente que no puede vivir sin ella. Es también evidente que todo gobierno comisionado debe tener constitución; y lo que es válido para el gobierno en general, lo es también para las partes que lo componen. Así el cuerpo de los representantes, al que es confiado el poder legislativo o el ejercicio de la voluntad común, sólo existe bajo la forma que la nación ha querido darle; éste no es nada sin sus formas constitutivas, sólo actúa, dirige, gobierna, a través de ellas.*

*A esta necesidad de organizar el cuerpo gubernativa si se quiere que exista o actúe, hay que añadir el interés que tiene la nación por que el poder público delegado no pueda llegar a ser nunca perjudicial para sus comitentes. De ello se deducen una multitud de precauciones políticas insertas en la constitución y que suponen otras tantas reglas esenciales para el gobierno, sin las cuales el ejercicio del poder sería ilegal. Se percibe, pues, la doble necesidad de someter al gobierno a unas formas*

*estables, sean interiores o exteriores, que al mismo tiempo garanticen su aptitud para el fin para el que ha sido constituido y su imposibilidad de separarse de él”.*

**Siéyes, Emanuel. ¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios. Alianza Editorial. Madrid 1989. Pág. 144**

*- “12. No se podrá exigir "fonsadera" ("scutage") ni "auxilio" ("aid") en nuestro Reino sin el consentimiento general, a menos que fuere para el rescate de nuestra persona, para armar caballero a nuestro hijo primogénito y para casar (una sola vez) a nuestra hija mayor. Con este fin solo se podrá establecer un "auxilio" razonable y la misma regla se seguira con las "ayudas" de la ciudad de Londres.*

*15. En lo sucesivo no permitiremos que nadie exija "ayuda" a alguno de sus vasallos libres (free men) salvo para rescatar su propia persona, para armar caballero a su hijo primogénito y para casar (una vez) a su hija mayor. Con estos fines únicamente se podrá imponer una "ayuda" razonable.*

*20. Por simple falta un hombre libre será multado únicamente en proporción a la gravedad de la infracción y de modo proporcionado por infracciones más graves, pero no de modo tan gravoso que se le prive de su medio de subsistencia (livelihood) Del mismo modo, no se le confiscará al mercader su mercancía ni al labrador los aperos de labranza, en caso de que queden a merced de un tribunal real. Ninguna de estas multas podrá ser impuesta sin la estimación de hombres buenos de la vecindad.*

*24. Ningún corregidor (sheriff), capitán (constable) o alguacil (coroner) o bailio podrá celebrar juicios que competan a los jueces reales.*

39. *Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.*

40. *No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia”.*

**Artículos de Carta Magna otorgada por el rey Juan I de Inglaterra el 15 de junio de 1215**

**XIX.** *1. Siempre que una persona sea portadora de un habeas corpus, dirigido a un alguacil, carcelero, ministro o cualquier otro funcionario, en favor de un individuo que se halle bajo su custodia, y dicho habeas corpus se presente ante tales funcionarios, o se les deje en la cárcel o prisión, quedan obligados a manifestar la causa de esta detención a los tres días de su presentación (a no ser que la prisión sea motivada por traición o felonía mencionada inequívocamente en el auto de prisión) pagando u ofreciendo abonar los gastos necesarios para conducir al prisionero, que serán determinados por el juez o tribunal que haya expedido el habeas corpus, a continuación del mandamiento, y que no podrán exceder de doce denarios por cada milla, y después de haber dado por escrito la seguridad de pagar igualmente los gastos necesarios para presentar de nuevo al prisionero, si ha lugar, así como la garantía de que éste no se escapará en el camino, y después, además, de remitir dicha orden; y quedará obligado también a volver a presentar al individuo ante el Lord Canciller o el Lord guardián (Lord keeper) del Gran Sello de Inglaterra, o*

*los jueces o barones de donde proceda el citado mandamiento o cualquier otra persona que haya de entender de la causa, a tenor de dicho mandamiento. Este término de tres días es aplicable solamente en el caso de que el lugar de la prisión no diste más de veinte millas del tribunal o lugar en que residen los jueces. Si la distancia excede de las veinte millas y no pasa de cien, el carcelero y demás empleados tendrán diez días de término, y si pasa de cien millas, veinte días.*

*V. Y para prevenir una injusta vejación derivada de reiterados encierros por un mismo delito, se declara por la autoridad antes mencionada que ninguna persona puesta en libertad en virtud de un habeas corpus puede ser detenida de nuevo por el mismo delito, a no ser por orden legal y proceso del tribunal ante quien está obligada a comparecer, o de cualquier otro que sea competente en la causa. El que detenga o a sabiendas mande detener por el mismo delito a una persona puesta en libertad del modo mencionado será condenado a pagar quinientas libras a la parte perjudicada. El auto de prisión que fuera sometido a cualquier procedimiento fraudulento o variación*

**Artículos de la Ley de Hábeas Corpus, aprobada por el Parlamento Británico el 28 de mayo de 1679.**

*“I ....En estas circunstancias, los mencionados Lores espirituales y temporales y los Comunes, hoy reunidos en virtud de sus cartas y elecciones, y constituyendo la plena y libre representación de esta nación, examinando los mejores medios para alcanzar los fines indicados declaran, en primer lugar, como han hecho en casos semejantes sus antepasados, para defender y asegurar sus antiguos derechos y libertades:*

*Que el pretendido poder de suspender las leyes y la aplicación de las mismas, en virtud de la autoridad real y sin el consentimiento del Parlamento, es ilegal.*

*II Que el pretendido poder de dispensar de las leyes o de su aplicación en virtud de la autoridad real, en la forma en que ha sido usurpado y ejercido en el pasado, es ilegal.*

*III Que la comisión para erigir el último Tribunal de causas eclesiásticas y las demás comisiones y tribunales de la misma naturaleza son ilegales y perniciosos.*

*IV Que toda cobranza de impuesto en beneficio de la Corona, o para su uso, so pretexto de la prerrogativa real, sin consentimiento del Parlamento, por un período de tiempo más largo o en forma distinta de la que ha sido autorizada. es ilegal.*

.....

*VIII Que las elecciones de los miembros del Parlamento deben ser libres.*

*IX Que las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento.*

*XIII ....Por todo ello tienen la completa confianza de que S. A. R el príncipe de Orange terminará la liberación del Reino, ya tan avanzada gracias a él, y que impedirá, en lo sucesivo, la violación de los derechos y libertades antes enumerados, así como cualquier otro ataque contra la religión, derechos y libertades.*

*Los mencionados Lores espirituales y temporales y los Comunes, reunidos en Westminster, resuelven que Guillermo y María, príncipe y princesa de Orange, son y sean declarados, respectivamente, rey y reina de Inglaterra”,*



**Extracto de la Declaración de derechos (Bill of rights), de 13 de febrero de 1689**

**XX.** *“III. Considerando que es conveniente y necesario adoptar nuevas medidas para asegurar nuestra religión, leyes y libertades, después del fallecimiento de Su Majestad y la princesa Ana de Dinamarca, y en defecto de herederos de la mencionada princesa y Su Majestad, respectivamente, se decreta por la más excelsa majestad del Rey, con y por el consejo y consentimiento de los Lores espirituales y temporales y los Comunes, reunidos en Parlamento, y por la autoridad del mismo:*

*Que quien quiera que en lo sucesivo herede esta Corona estará en comunión con la Iglesia de Inglaterra, tal como la ley dispone.*

*Que en el caso de que la Corona y dignidad imperial de este reino recaiga en lo sucesivo en una persona que no sea natural de este reino de Inglaterra, esta nación no estará obligada a entrar en guerra alguna para defender dominios o territorios que no pertenezcan a la Corona de Inglaterra, sin consentimiento del Parlamento.*

*Que ninguna persona que tome posesión de esta Corona abandonará los dominios de Inglaterra, Escocia o Irlanda, sin consentimiento del Parlamento.*

*Que, desde el momento en que las limitaciones establecidas por esta ley sean llevadas a efecto, todos los asuntos y cuestiones relativas al buen gobierno de este Reino de las que deba conocer el Consejo Privado de acuerdo con las leyes y costumbres de este Reino, deberán tratarse allí, y que todas las resoluciones adoptadas de esta manera serán firmadas por aquellos miembros del mismo que las hubieran aconsejado o consentido.*

*Que, una vez que las citadas limitaciones entren en vigor como se ha dicho, ninguna persona nacida fuera de los reinos de Inglaterra, Escocia o Irlanda o los territorios de cualquiera de ellos (aunque sean nacionalizados o se les conceda la ciudadanía, excepto aquellos que desciendan de padres ingleses) podrá pertenecer al Consejo Privado, ser miembro de cualquiera de las Cámaras del Parlamento o desempeñar cualquier cargo o puesto de confianza, ya sea civil o militar, u obtener concesión sobre tierras, propiedades o herencias de la Corona, ni para él mismo ni para cualquier otra persona en fideicomiso.*

*Que ninguna persona que desempeñe un cargo o puesto lucrativo bajo el mandato Real, o reciba pensión de la Corona, podrá ser miembro de la Cámara de los Comunes.*

*Que una vez entren en vigor las limitaciones previamente citadas, las comisiones de jueces se realizarán quamdiu se bene gesserint, (durante su buen desempeño) y se determinarán y fijarán sus salarios; ello no obstante, podrán ser legalmente removidos por deliberación de ambas Cámaras del Parlamento.*

*Que no se podrá solicitar el perdón del Gran Sello de Inglaterra en los supuestos de juicio de residencia (impeachment) por la Cámara de los Comunes del Parlamento.*

*IV. Considerando que las leyes de Inglaterra son un derecho adquirido por su pueblo por nacimiento y que todos los reyes y reinas que ocupen el trono de este reino deben dirigir su gobierno con arreglo a lo dispuesto en dichas leyes, y que todos sus ministros y funcionarios deben conducirse en igual manera, los mencionados Lores espirituales y temporales y los Comunes humildemente solicitan que todas las leyes y estatutos del reino, promulgados en garantía de la religión establecida, y los derechos y libertades de su pueblo, y todas las demás leyes que*

*están actualmente en vigor, sean ratificados y confirmados. Y así son ratificados y confirmados por Su Majestad con y por el consejo y consentimiento de los Lores espirituales y temporales, y los Comunes reunidos en el Parlamento, y por la autoridad de éste.”*

**Extraído del ACTO DE ESTABLECIMIENTO ("Act of Settlement") de 12 de junio de 1701.**

## **XXI. PREAMBULO**

*Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, con el Fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, asegurar la Tranquilidad interna, proveer la defensa común, promover el Bienestar general y garantizar para nosotros mismos y para nuestros Descendientes los Beneficios de la Libertad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América.*

....

### *Artículo I*

*Sección. 1. Todas las Facultades legislativas otorgadas en la presente serán conferidas a un Congreso de los Estados Unidos, el cual estará compuesto de un Senado y una Cámara de Representantes.*

....

### *Artículo II*

*Sección. 1. El Poder ejecutivo será conferido a un Presidente de los Estados Unidos de América. Desempeñará su Cargo durante un Período de cuatro Años y,*

*juntamente con el Vicepresidente designado para el mismo Período, será elegido de la siguiente manera ....*

### *Artículo III*

*Sección. 1. Se depositará el Poder judicial de los Estados Unidos en una Corte suprema y en los Tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo. Los Jueces, tanto de la Corte suprema como de los Tribunales inferiores, continuarán en sus Funciones mientras observen buena Conducta y recibirán a Intervalos convenidos, una Remuneración por sus Servicios que no será disminuida durante su Permanencia en el Cargo. ...*

### *Artículo IV*

*.....*

*Sección. 2. Los Ciudadanos de cada Estado tendrán Derecho a todos los Privilegios e Inmunidades de los Ciudadanos en los distintos Estados.*

*.....*

*Sección. 4. Los Estados Unidos garantizarán a todo Estado comprendido en esta Unión una Forma Republicana de Gobierno y protegerán a cada uno en contra de Invasiones, así como contra los Disturbios internos, cuando lo soliciten la Legislatura o el Ejecutivo (en caso de que no fuese posible reunir a la Legislatura.)*

*Enmienda I. (Ratificada el 15 de diciembre de 1791)*

*El Congreso no aprobará ninguna ley con respecto al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de la misma o que coarte la libertad de*

*palabra o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios.*

*Enmienda IV. (Ratificada el 15 de diciembre de 1791)*

*El derecho de los habitantes a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos, contra incautaciones y cateos arbitrarios, será inviolable, y no se expedirán al efecto las Órdenes correspondientes a menos que exista una causa probable, corroborada mediante Juramento o Declaración solemne, y cuyo contenido describirá con particularidad el lugar a ser registrado y las personas o cosas que serán objeto de detención o embargo.*

*Enmienda V. (Ratificada el 15 de diciembre de 1791)*

*Ninguna persona será detenida para que responda por un delito punible con la pena de muerte, u otro delito infame, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia, cuando estas estén en servicio activo en tiempo de Guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad, o la propiedad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa.*

*Enmienda VI. (Ratificada el 15 de diciembre de 1791)*

*En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a un juicio público y expedito por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido;*

*distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como a que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación; a que se le confronte con los testigos que depongan en su contra, a que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y a contar con la ayuda de un abogado que lo defienda.*

*Enmienda IX. (Ratificada el 15 de diciembre de 1791)*

*El hecho de que en la Constitución se enumeren ciertos derechos no deberá interpretarse como una negación o menosprecio hacia otros derechos que son también prerrogativas del pueblo.*

*Enmienda X. (Ratificada el 15 de diciembre de 1791)*

*Las atribuciones que la Constitución no ha delegado a los Estados Unidos ni prohibido a los Estados, quedarán reservados a los Estados respectivamente o al pueblo.”*

**Extracto de la Constitución de los Estados Unidos de América firmada el 17 de setiembre de 1787, y ratificada por el número mínimo de nueve Estados en 21 de junio de 1788. Las enmiendas que se mencionan fueron ratificadas el 15 de diciembre de 1791.**

**XXII.** *“Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, le recuerde permanentemente sus derechos*

*y sus deberes; con el fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, al poder ser comparados a cada instante con la meta de toda institución política, sean más respetados; con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables se dirijan siempre al mantenimiento de la constitución y a la felicidad de todos. En consecuencia, la Asamblea Nacional, reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano.*

*I. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en cuanto a sus derechos. Las distinciones civiles sólo podrán fundarse en la utilidad pública.*

*II. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.*

*III. La fuente de toda soberanía reside esencialmente en la Nación; ningún individuo ni ninguna corporación pueden ser revestidos de autoridad alguna que no emane directamente de ella.*

*IV. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.*

*V. La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena.*

*VI. La ley es expresión de la voluntad de la comunidad. Todos los ciudadanos tienen derecho a colaborar en su formación, sea personalmente, sea por medio de sus representantes. Debe ser igual para todos, sea para proteger o para castigar. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, todos son igualmente elegibles para todos los honores, colocaciones y empleos, conforme a sus distintas capacidades, sin ninguna otra distinción que la creada por sus virtudes y conocimientos.*

*VII. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia.*

...

*X. Ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aun por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley.*

*XI. Puesto que la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, excepto cuando tenga que responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.*

....

*XVI. Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución.*



*XVII. Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente, y a la condición de una indemnización previa y justa”.*

**Extracto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.**

### **XXIII. “PREAMBULO**

*La Asamblea Nacional, queriendo establecer la Constitución francesa sobre los principios que ella ha reconocido y declarado, abole irrevocablemente las instituciones que hieren la libertad y la igualdad de los derechos. Ya no hay nobleza, ni procerato (pairie), ni distinciones hereditarias, ni distinciones de órdenes, ni régimen feudal, ni justicias patrimoniales, ni ninguno de los títulos, denominaciones y prerrogativas que de aquéllas derivaban, ni ningún orden de caballería, ni ninguna de las corporaciones o condecoraciones, en las que se exigían pruebas de nobleza, o suponían distinciones de nacimiento, ni ninguna otra superioridad, más que la de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Ya no hay venalidad, ni herencia de ningún oficio público. Ya no hay, para ninguna parte de la Nación, ni para ningún individuo, privilegio o excepción alguna al derecho común de todos los franceses. Ya no hay cofradías, ni corporaciones de profesiones, artes y oficios. La ley ya no reconocerá ni votos religiosos, ni ningún otro compromiso que sea contrario a los derechos naturales o a la Constitución.*

**TITULO I: DISPOSICIONES FUNDAMENTALES GARANTIZADAS POR LA CONSTITUCION**

*La Constitución garantiza, como derechos naturales y civiles:*

*1. que todos los ciudadanos son admisibles en los puestos y empleos sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos;*

*2. que todas las contribuciones serán repartidas por igual entre todos los ciudadanos en proporción a sus facultades;*

*3. que los mismos delitos serán penados con las mismas penas, sin distinción de persona.*

.....

### *TITULO III: LOS PODERES PUBLICOS*

*Artículo Primero. - La Soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio.*

*2. La Nación, de la que emanan todos los Poderes, no puede ejercerlos más que por delegación.- La Constitución francesa es representativa: los representantes son el Cuerpo legislativo y el Rey.*

*3. El Poder legislativo se delega en una Asamblea Nacional compuesta por representantes temporales, libremente elegidos por el pueblo, para ser ejercido por ella, con la sanción del Rey, de la manera que después se determinará.*

*4. El gobierno es monárquico: el Poder ejecutivo se delega en el Rey, para ser ejercido bajo su autoridad por los ministros y otros agentes responsables, de la manera que después se determinará.*

5. *El Poder judicial se delega en los jueces elegidos de tiempo en tiempo por el pueblo.*

#### *CAPITULO PRIMERO: DE LA ASAMBLEA NACIONAL LEGISLATIVA*

*Artículo Primero. LA ASAMBLEA NACIONAL que forma el Cuerpo legislativo es permanente y no se compone más que de una Cámara.*

2. *Se renovará cada dos años por nuevas elecciones. -Cada periodo de dos años conforma una legislatura.*

#### *CAPITULO II: DE LA REALEZA, DE LA REGENCIA Y DE LOS MINISTROS*

##### *Sección Primera: De la Realeza y del Rey*

*Artículo Primero. La Realeza es indivisible y delegada hereditariamente a la dinastía reinante de varón a varón, por orden de primogenitura, con la exclusión perpetua de las mujeres y su descendencia (No se prevé nada sobre el efecto de la renuncia en la dinastía actualmente reinante).*

2. *La persona del Rey es inviolable y sagrada; su único título es el de Rey de los Franceses.*

3. *En Francia no hay autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina sino es por ella, y sólo en nombre de la Ley puede exigir obediencia.*

##### *Sección IV: De los ministros*

*Artículo Primero. Sólo al Rey corresponde la elección y la revocación de los ministros.*

4. Ninguna orden del Rey podrá ser ejecutada si no está firmada y refrendada por el ministro o por el responsable del departamento.

5. Los ministros son responsables de todos los delitos que cometan contra la seguridad nacional y la Constitución; - de todo atentado contra la propiedad y la libertad individual; - de todo derroche del dinero destinado a los gastos de su departamento.

6. En ningún caso, la orden verbal o escrita del Rey puede exonerar la responsabilidad de un ministro.

### *Sección III: De la Sanción real*

*Artículo Primero.* Los decretos del Cuerpo legislativo son presentados al Rey, que puede rehusar su consentimiento.

2. En el caso de que el Rey rehúse su consentimiento, tendrá un efecto suspensivo.  
- Cuando las dos legislaturas que sigan a aquella en que se ha presentado el decreto, presenten de nuevo sucesivamente el decreto en los mismos términos, se considerará que el Rey tiene que conceder la sanción.

## *CAPITULO IV: DEL EJERCICIO DEL PODER EJECUTIVO*

*Artículo Primero.* El Poder ejecutivo supremo reside exclusivamene en el Rey. - El Rey es el jefe supremo de la administración general del reino: se le confía el cuidado de velar por el mantenimiento del orden y de la tranquilidad pública. - El Rey es el jefe supremo del ejército de tierra y mar. - Se le delega el cuidado de velar por la seguridad exterior del reino y el mantenimiento de sus derechos y posesiones.

## CAPITULO V: DEL PODER JUDICIAL

*Artículo Primero. El Poder judicial no puede, en ningún caso, ser ejercido por el Cuerpo legislativo o por el Rey.*

*2. La justicia se administrará gratuitamente por los jueces elegidos por el Pueblo e instituidos por las cartas-patentes del Rey que no podrá rehusarlas. - No podrán ser destituidos, a no ser por prevaricación debidamente juzgada, ni suspendidos más que por una acusación admitida. - El Acusador público será nombrado por el Pueblo.*

*3. Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes, ni encargarse de funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones.*

*4. Ningún mandato, ni otras atribuciones o avocaciones que no sean aquellas que se determinen en las leyes, podrá atribuir a los ciudadanos un juez diferente al que la ley les haya asignado”.*

### **Extracto de la Constitución de Francia, de 3 de septiembre de 1791**

**XXIV.** *“Si, pues, la Constitución es la ley fundamental de un país, será -y aquí empezamos ya, señores, a entrever un poco de luz-, un algo que pronto hemos de definir y deslindar, o, como provisionalmente hemos visto, una fuerza activa que hace, por un imperio de necesidad, que todas las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes en el país sean lo que realmente son, de tal modo que, a partir de ese instante, no puedan promulgarse, en ese país, aunque se quisiese, otras cualesquiera.*

*Ahora bien, señores, ¿es que existe en un país -y al preguntar esto, empieza ya a alborear la luz tras de la que andamos- algo, alguna fuerza activa e informadora, que influya de tal modo en todas las leyes promulgadas en ese país, que las obligue a ser necesariamente, hasta cierto punto, lo que son y como son, sin permitirles ser de otro modo?*

*2.- Los factores reales del poder*

*Sí, señores; existe, sin duda, y este algo que investigamos reside, sencillamente, en los factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada.*

*Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son.*

.....

*3.- Los factores de poder y las instituciones jurídicas. La hoja de papel.*

*He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país.*

*¿Pero qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución, es decir, con la Constitución jurídica? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí.*

*Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder sino que se han erigido en derecho, en*

*instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado.*

*Tampoco desconocen ustedes, señores, el procedimiento que se sigue para extender por escrito esos factores reales de poder, convirtiéndolos así en factores jurídicos.*

.....

#### **A) EL SISTEMA ELECTORAL DE LAS TRES CLASES**

*Así, por ejemplo, si de lo que se trata es de proclamar que unos cuantos grandes industriales y grandes capitalistas disfrutarán en la Monarquía de tanto poder, y aún más, como todos los burgueses modestos, obreros y campesinos juntos, el legislador se guardará muy bien de expresarlo de una manera tan clara y tan sincera. Lo que hará será dictar una ley por el estilo, supongamos, de aquella ley electoral de las tres clases (4), que se le dio a Prusia en el año 1849, y por la cual se dividía la nación en tres categorías electorales, a tenor de los impuestos pagados por los electores y que, naturalmente, se acomodan a su fortuna.*

.....

#### **I.- Poder organizado e inorgánico**

*El instrumento de poder político del rey, el Ejército, está organizado, puede reunirse a cualquier hora del día o de la noche, funciona con una magnífica disciplina y se puede utilizar en el momento en que se desee; en cambio, el poder que descansa en la nación, señores, aunque sea, como lo es en realidad, infinitamente mayor, no está organizado: la voluntad de la nación, y sobre todo su grado de acometividad o de abatimiento, no siempre son fáciles de pulsar para quienes la forman: ante la*

*inminencia de una acción, ninguno de los combatientes sabe cuántos se sumarán a él para darla. Además, la nación carece de esos instrumentos del poder organizado, de esos fundamentos tan importantes de una Constitución, a que más arriba nos referíamos: los cañones.*

.....

*Hemos visto, señores, qué relación guardan entre sí las dos Constituciones de un país, esa Constitución real y efectiva, formada por la suma de factores reales y efectivos que rigen en la sociedad, y esa otra Constitución escrita, a la que, para distinguirla de la primera, daremos el nombre de la hoja de papel.*

*El hacer una Constitución escrita era lo de menos, era lo que menos prisa corría: una Constitución escrita se hace, en caso de apuro, en veinticuatro horas; pero con hacerla nada se consigue, si es prematura.*

*Desplazar los factores reales y efectivos de poder dentro del país, inmiscuirse en el Poder ejecutivo, inmiscuirse en él tanto y de tal modo, socavarlo y transformarlo de tal manera que se le incapacitara para ponerse ya nunca más como soberano frente a la nación, esto, lo que se quería precisamente evitar, era lo que importaba y lo que urgía; esto era lo que había que echar por delante para que la Constitución escrita que luego viniera fuese algo más que un pedazo de papel.*

*Y como no se hizo a su debido tiempo, la Asamblea nacional se encontró con que no la dejaban vagar para poner por escrito tranquilamente su Constitución; se encontró con que el Poder ejecutivo aquel, a quien tanto se preocupara de respetar, lejos de pagarle en la misma moneda, le daba un puntapié y la mandaba a casa,*



*valiéndose de aquellas fuerzas que, con delicadeza exquisita, no le había querido menoscabar.*

.....

*Segunda consecuencia. Supongamos por un momento que la Asamblea Nacional no hubiera sido disuelta, sino que hubiera llegado, sin contratiempo, al término del viaje, a elaborar y votar una Constitución.*

*De haber ocurrido así, ¿qué habría cambiado sustancialmente en la marcha de las cosas?*

*Absolutamente nada, señores: no habría cambiado absolutamente nada, y la prueba la tienen ustedes en los mismos hechos. Ciertamente es que la Asamblea Nacional fue licenciada, pero el propio rey, recogiendo los papeles póstumos de la Asamblea Nacional, proclamó el 5 de diciembre de 1848 una Constitución que en la mayoría de los puntos correspondía exactamente a aquella Constitución que de la propia Asamblea Constituyente habríamos podido esperar.*

.....

*Con aquella hoja de papel que lleva la fecha del 5 de diciembre de 1848, el rey, espontáneamente, se avenía a un gran número de concesiones, pero todas ellas chocaban contra la Constitución real, es decir, contra los factores reales de poder que el rey seguía teniendo, íntegros, en sus manos. Y con la misma imperiosa necesidad que envuelve la ley de la gravitación, tenía que ocurrir lo que ocurrió, que la Constitución real fuese abriéndose camino, paso a paso, hasta imponerse a la Constitución escrita.*

.....

*La razón es sencillísima. Cuando una Constitución escrita corresponde a los factores reales de poder que rigen en el país, no se oye nunca ese grito de angustia. Ya todos se cuidarán mucho de acercarse demasiado a semejante Constitución, de no guardarle el respeto debido. Con Constituciones de éstas, a nadie que esté en su sano juicio se le ocurre, jugar, si no quiere pasarlo mal. Con ellas no valen bromas. No, allí donde la Constitución escrita refleja los factores reales y efectivos de poder, no se dará jamás el espectáculo de un partido que tome por bandera el respeto a la Constitución. Mala señal que ese grito resuene, pues ello es indicio seguro e infalible de que es el miedo quien lo exhala, indicio infalible de que en la Constitución escrita hay algo que no se ajusta a la Constitución real, a la realidad, a los factores reales de poder. Y si esto sucede, si este divorcio existe, la Constitución escrita está perdida, y no hay Dios ni hay grito capaz de salvarla.*

.....

*Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder: la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen, y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social, de ahí los criterios fundamentales que deben ustedes retener. En esta conferencia me he limitado a desarrollarlos de un modo especial en relación con el Ejército. Por dos razones: la primera es que la premura del tiempo no me permitiría más, y la segunda que el Ejército constituye el más importante y decisivo de todos los resortes del poder organizado. Pero ya comprenderán ustedes, sin necesidad de que yo se los explique, que lo mismo que hemos dicho del Ejército acontece con la organización de los funcionarios de*

*justicia, los empleados de la administración pública, etc.; también éstos son resortes orgánicos de poder de una sociedad”*

**Fragmentos de la conferencia pronunciada por Ferdinand Lassalle en abril de 1862, titulada “Qué es una constitución”.**

**XXV. “TÍTULO PRIMERO DE LA NACIÓN ESPAÑOLA Y DE LOS ESPAÑOLES**

*CAPÍTULO PRIMERO De la Nación española.*

*Art. 1º. La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios.*

*Art. 2º. La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona.*

*Art. 3º. La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales.*

*Art. 4º. La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”.*

**Primeros cuatro artículos de la “Constitución política de la Monarquía Española” promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812.**

**XXVI.** *“Las primeras constituciones escritas de tipo moderno fueron las de los EE.UU. en 1787 y la de la Revolución Francesa en 1791. Ambos modelos tuvieron luego difusión universal a través del constitucionalismo liberal. Esta corriente de ideas concibe la constitución como estatuto del gobierno representativo y electivo y*

a la vez como garantía sustancial para los ciudadanos frente al poder estatal, conforme a los presupuestos del liberalismo; éstos se traducen habitualmente en la parte dogmática o capítulo declarativo de los derechos individuales (libertad de trabajo y de comercio, de culto, de expresión, de circulación, propiedad privada, seguridad personal, etc.). En cuanto a la parte orgánica de la constitución, adquiere relevancia la doctrina de la división de poderes tradicionalmente basada en Montesquieu, que propugna lograr un equilibrio a través de la separación y control recíproco de los órganos estatales (Poder Ejecutivo, Legislativo y judicial). Frente al absolutismo monárquico (y también ante los "peligros" del gobierno de mayoría popular) el constitucionalismo clásico expresa así los ideales de la burguesía liberal tendientes a limitar la discrecionalidad del gobierno, ya sea dentro de la forma de la república o de la monarquía PARLAMENTARIA; una y otra igualmente sujetas a la constitución, es decir a las garantías que se consideran consustanciales, pues según la expresión del art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, "toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos y determinada la separación de poderes, no tiene constitución". El constitucionalismo liberal se expresa en Francia en la doctrina garantista, cuyo principal expositor fue Benjamin Constant, que tiene importantes coincidencias con la teoría alemana del ESTADO DE DERECHO y con la tradición inglesa del rule of law (gobierno de la ley). Desde distintas tradiciones, y más allá de sus divergencias, en estas elaboraciones se destaca el rol fundamental de una justicia independiente, que debe controlar al Poder Ejecutivo asegurando la vigencia de los derechos de los ciudadanos. Allí reside el principio de efectividad práctica de las garantías constitucionales, que fue afirmándose en un lento proceso

*hasta asegurar la plena facultad judicial para revisar la constitucionalidad de leyes, decretos y actos administrativos”.*

**Chumbita, Hugo. Extraído del artículo “Constitución/Constitucionalismo”, que integra el “Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas” de Torcuato S. Di Tella, Hugo Chumbita, Susana Gamba y Paz Fajardo. Emecé Editores. Buenos Aires. 2001**

#### **VI. Preguntas que se pretende responder en el módulo**

¿Qué es una constitución y cuál es su contenido?

¿Qué se entiende por constitucionalismo?

#### **VII. Temas vinculados.**

Las declaraciones de derechos.

Poderes de los gobernantes y sus límites.

#### **VIII. Bibliografía**

García Pelayo, Manuel. “Derecho Constitucional comparado”. Alianza Universidad Textos. Madrid 1984

Tamayo y Salmorán, Rolando. "El derecho consuetudinario y la constitución", publicado en "Los cambios consitucionales". Universidad Nacional Autónoma de México 1977.

Risso Ferrand, Martín. "¿Qué es la Constitución?".Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2010

Nº de módulo: I-4.3 y I-4.4

## **Constitución – Materia y forma**

### **- Concepto central. Definición y desarrollo básico.**

Es posible distinguir conceptualmente entre lo que es materia constitucional y lo que es constitución en sentido formal.

La materia constitucional es aquello que habitualmente se encuentra regulado por las constituciones.

Cuando nos referimos al sentido formal, aludimos a las disposiciones que se adoptan mediante el procedimiento previsto para sancionar normas constitucionales.

Hay sin embargo, una profunda interrelación entre sustancia y forma en este aspecto dado que, aquellos temas que se incorporan a las normas constitucionales (que se regulan por norma constitucional) mediante las ritualidades propias de la sanción de las mismas, pasan a ser, para ese Estado en concreto, materia constitucional.

### **- Desarrollo y aspectos colaterales al concepto central**

El tema considerado se vincula, íntimamente, con los siguientes aspectos:

**I.** Con la cuestión de la rigidez de las normas constitucionales. Se entiende por tal el hecho de que la innovación en materia constitucional no se hace por una

norma ordinaria sino que requiere un procedimiento especial, lógicamente, más complejo, dado que es, justamente la norma constitucional la que determina y condiciona al resto de la producción normativa.

**II.** Con la super - legalidad de la Constitución. Es decir que ésta se encuentra ubicada en la cúspide del sistema normativo.

**III.** Con la existencia de un control de constitucionalidad. Habrá una autoridad que pueda declarar que una norma infra-constitucional contradice lo que la Constitución establece y, por lo tanto, declarará que aquélla no se aplique.

Por lo general la materia constitucional que aparece integrando los textos constitucionales consta de:

a. La presentación del Estado como entidad individualizada dentro del concierto internacional. Generalmente esto viene acompañado de una determinada afiliación a una corriente ideológica que podría, incluso, definirse por medio de la adscripción del Estado a un determinado sistema de creencias religiosas o su neutralidad en dicho plano.

b. Su estructura en cuanto a las unidades que lo integran y el grado de centralización o descentralización de sus entidades componentes. En cierto modo este aspecto puede ser considerado en términos de competencia y alcance de las disposiciones emanadas de las autoridades estatales: algunas se aplican en la totalidad del territorio, otras, exclusivamente, en unidades más restringidas.

c. Organización de las autoridades estatales. Su funcionamiento e interrelación.



d. La delimitación de las potestades de las autoridades estatales. Los límites de su poder y los mecanismos de control para evitar el desborde.

e. Una declaración de derechos de los habitantes que comprende los límites de las atribuciones de las autoridades y aquellos derechos que las mismas deben garantizar.

f. Los mecanismos para proceder a la reforma de la Constitución.

**XXXVI.** Un ejemplo digno de ser mencionado es el de la reforma constitucional aprobada mediante plebiscito de 26 de noviembre de 1989 que consagró un mecanismo de ajuste de las pasividades, tendiente a asegurar que no perdieran valor como consecuencia de la inflación. Se aprobó por medio del procedimiento de reforma consagrado en el artículo 331 literal A de la Constitución. Por lo general, en el derecho comparado, el tema del ajuste de las pasividades no es materia constitucional. Sin embargo, en la medida en que fue incorporado a la Constitución en forma adecuada, pasó a constituir la referencia en función de la cual, la Suprema Corte de Justicia, puede declarar la inconstitucionalidad de aquellas leyes que contradijeran lo establecido (y efectivamente se pronunció en ese sentido en múltiples ocasiones). Podríamos sostener, entonces, que para el derecho uruguayo, la actualización de las pasividades constituye materia constitucional, a pesar de que la inclusión sea excepcional en el mundo

### **Normas involucradas**

Constitución de la República

Artículo 1º.- La República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio.

Artículo 2º.- Ella es y será para siempre libre e independiente de todo poder extranjero.

Artículo 4º.- La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará.

Artículo 82.- La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana.

Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma.

Artículo 83.- El Poder Legislativo será ejercido por la Asamblea General.

Artículo 84.- Esta se compondrá de dos Cámaras: una de Representantes y otra de Senadores, las que actuarán separada o conjuntamente, según las distintas disposiciones de la presente Constitución.

Artículo 149.- El Poder Ejecutivo será ejercido por el Presidente de la República actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, de acuerdo a lo establecido en esta Sección y demás disposiciones concordantes.

Artículo 233.- El Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados, en la forma que estableciere la ley.

Artículo 262 (se transcriben los incisos 1º y 2º).- El Gobierno y la Administración de los Departamentos, con excepción de los servicios de seguridad pública, serán ejercidos por una Junta Departamental y un Intendente. Tendrán sus sedes en la

capital de cada Departamento e iniciarán sus funciones sesenta días después de su elección.

Podrá haber una autoridad local en toda población que tenga las condiciones mínimas que fijará la ley. También podrá haberla, una o más, en la planta urbana de las capitales departamentales, si así lo dispone la Junta Departamental a iniciativa del Intendente.

- **Planteos derivados.**

A la hora de analizar por parte de quien ejerce el control de constitucionalidad, la coherencia de la norma en discusión con el texto constitucional, hay una primera consideración que apunta a los aspectos formales. Se trata de comparar lo que se ha incorporado al universo normativo mediante el procedimiento propio para el dictado de las normas constitucionales, enfrentándolo a lo incorporado mediante el empleo de otros procedimientos.

Lo antedicho es de aplicación en todos los casos y no debiera confundirse con otra idea, contenida en la regulación de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes en el sistema nacional. El artículo 256 de la Constitución proclama, con toda lógica que “las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido”. Las razones de forma aluden a un defecto en el procedimiento de elaboración, por ejemplo si se aprobara un impuesto por una ley que no hubiera sido votada por la mayoría absoluta de integrantes de ambas Cámaras legislativas. El impuesto no sería inconstitucional por razones de fondo o contenido sino por un defecto formal

En cambio las razones de contenido apuntan a la sustancia, como si una ley discriminara entre las personas, reconociendo distinciones que fueran más allá de sus talentos o virtudes, única posibilidad de distinción de acuerdo con el artículo 8º de la Carta.

#### V. **Citas doctrinarias o jurisprudenciales complementarias.**

- *“DE QUE SE OCUPA LA CONSTITUCION*

*§ 21. Pasemos ahora a analizar los contenidos que debe incluir una Constitución.*

*Una rápida ojeada a las diversas cartas magnas nos muestra dos tendencias claramente opuestas : como dice BISCARETTI (BISCARETTI, 216-217), las hay que siguen un planteamiento restrictivo, y otras que, por el contrario, siguen un planteamiento extensivo.*

*Esta diferencia responde, a su vez, a las diferentes maneras de entender la Constitución. Para la visión clásica la Constitución es la norma suprema que establece el límite al poder y los derechos de los ciudadanos, con más bien poco contenido ideológico y sin descender a ocuparse de los detalles típicos de las leyes ordinarias: esta clase de constituciones podrá ser más bien breve. Otros enfoques constitucionales, en cambio, conducen a una mayor extensión, como es el caso cuando se considera a las magnas cartas como manifiestos políticos cargados de ideología, o como normas para la aplicación directa, o como tablas de materias: consideraciones éstas no infrecuentes hoy, por cierto. Por tanto, dentro de lo variado que es el paisaje constitucional, puede afirmarse que hoy se da una tendencia favorable al criterio extensivo.*

§ 22. Según el planteamiento lacónico, una constitución debe contener lo mínimo, y ese mínimo debe a su vez ser traducible a normas legales. Así lo veía Sir Kenneth WHEARE, llevando tal postura quizá un poco al extremo. Según el planteamiento extensivo, las constituciones deben reproducir, y con detalle, los aspectos esenciales no sólo del ordenamiento político, sino también del jurídico, económico y social. Las tendencias favorables a la brevedad fueron más corrientes hasta la Primera Guerra Mundial y llegaron al máximo laconismo en la escuela británica. Muchas constituciones de países angloparlantes (Canadá, Australia, Nueva Zelanda) son o fueron simples leyes ordinarias del Parlamento de Londres, o bien constituciones nacidas ya como tales, pero concebidas con el enfoque pragmático típicamente inglés, y con la sobriedad que resulta posible cuando ya se parte de un acuerdo sobre lo fundamental. Para la escuela anglosajona, un documento constitucional debe contener pocos preceptos, pues las constituciones largas y detalladas difícilmente soportan el paso del tiempo y el advenimiento de circunstancias distintas, en las que no es raro que aquellos preceptos detallados resulten inútiles o contraproducentes. Otras constituciones famosas no anglosajonas, como la belga de 1831, aún siendo más largas, no lo eran tanto como lo que más tarde había de ser corriente.

¿Cuál será el contenido típico de las constituciones lacónicas y restrictivas? Como ya dijimos, el mínimo, lo cual puede concretarse en: la división de poderes, las relaciones entre los tres poderes y de ellos con el pueblo, los derechos y libertades de los ciudadanos, enunciados de forma clara y concreta, y, finalmente, los procedimientos previstos para la reforma constitucional.

§ 23. Pero lo más frecuente es que las constituciones se ocupen también de materias que, en sentido estricto, no son constitucionales. Por ello procede ahora

*que nos preguntemos por el contenido típico de las constituciones extensivas. Suelen contener, además de lo indicado en las restrictivas y lacónicas, otros temas como los principios básicos de la Administración, la organización de la justicia, los principios generales del Derecho Penal, Civil y Tributario, las líneas programáticas de la actividad económica y social del Estado, las líneas programáticas de las políticas familiar, cultural y educativa, el Tribunal Constitucional (si lo hubiere) y, frecuentemente, otras materias que no tienen verdadero rango constitucional, pero que el legislador constituyente ha querido colocar en la Constitución, bien por exceso de espíritu reglamentista, o bien para que una determinada cuestión quede a salvo de posibles ulteriores discusiones -aunque no sea materia constitucional-, o bien por esas costumbres, tan corrientes en Europa continental, de legislar acerca de todo, como hacen los franceses, de prever y regular todos los supuestos posibles y de desconfiar de lo que en el futuro hagan quienes vengan después.”*

Pereira Menaut, Antonio Carlos. “Lecciones de Teoría Constitucional”. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid 1987. Págs. 20-21

### 30. 12.4. Estructura y contenidos de las constituciones

*Es posible formular dos nociones distintas de `constitución': una, estructural, ligada a su colocación en el vértice de la jerarquía de las normas; otra, axiológica, referida a sus contenidos normativos y concretamente, si se asume como condición contrafáctica su carácter `democrático', a las normas que vinculan forma y sustancia de la producción normativa respectivamente al ejercicio directo o indirecto de los derechos políticos y a la garantía de un conjunto más o menos amplio de derechos fundamentales.*

*Históricamente las dos nociones por lo general coinciden. En efecto, las constituciones nacen con la función, asegurada por su colocación en el vértice del sistema, de limitar y vincular a los poderes públicos, regulando su ejercicio por lo común de forma democrático-representativa, estableciendo la interna división y la recíproca separación entre ellos, y poniéndolos al servicio de la realización de la paz y de la tutela y satisfacción de una serie más o menos amplia de derechos fundamentales. También en el plano teórico ambas nociones se hallan conectadas: las normas que establecen la representación política, la división y la separación de los poderes, la paz y el respeto de los derechos fundamentales gozan de fuerza vinculante y capacidad garantista en tanto en cuanto sean normas constitucionales sobre la producción de grado supraordenado a cualquier otra. En este plano, sin embargo, la conexión termina aquí: no necesariamente, sino sólo contingentemente -o sea, únicamente en los sistemas que llamamos «democráticos»- las normas formales de las constituciones son de tipo democrático-representativo y las sustantivas consisten en principios y derechos fundamentales. Existen y han existido ordenamientos dotados de normas supraordenadas a todas las demás y sin embargo genuinamente antidemocráticas -piénsese en las «leyes fundamentales» de la España franquista- y calificables por tanto como constituciones desde la óptica de la noción estructural, aunque no ciertamente de la axiológica de `constitución`”*

Ferrajoli, Luigi. “Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho”. Editorial Trotta SA. Madrid 2011. Pág. 813

- **Preguntas que se pretende responder en el módulo.**

31. ¿Qué son las constituciones y cuál es su contenido?

32. Cómo se distingue la constitución en sentido material de la constitución en sentido formal.

- **Temas vinculados.**

33. Poder constituyente

34. Mecanismos de reforma constitucional

35. Control de constitucionalidad

- **Bibliografía**

36. Tomás y Valiente, Francisco. "Constitución". Capítulo incluido en "Filosofía Política II. Teoría del Estado". Editorial Trotta. Madrid 1996, página 45 y siguientes.

37. Biscaretti Di Ruffia, Paolo. "Derecho Constitucional" Capítulo II. "El derecho constitucional y el ordenamiento jurídico estatal". Editorial Tecnos. Madrid 1973.

38. Korzeniak, José. "Primer Curso de Derecho Público. Derecho Constitucional". Capítulo I. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo (1ª Edición. Febrero de 2001)



## **Nº de módulo I-4.5. Clasificación de las constituciones.**

### **I. Concepto central. Definición y desarrollo básico.**

A los efectos de una comprensión más acabada del tema, es posible distinguir entre tipos de constituciones, concepción que está determinada por la idea de base que se postule sobre lo que es una Constitución.

En tal sentido resulta de principal interés distinguir entre la noción de la Constitución como la norma de jerarquía principal de un sistema normativo de aquella que pone el énfasis en la condición de norma que garantiza fundamentalmente los derechos de las personas.

Se ha señalado que una norma puede ser la principal de un sistema jurídico y consagrar un sistema autoritario. A pesar de ello, es menester destacar que si, a pesar de todo, esa norma se aplica en forma general y sin discriminaciones relevantes, estaría fijando una dosis de previsibilidad, reglas de juego claras, y en cierta medida, estaría conteniendo el germen de la evolución hacia un “Estado de Derecho”.

Una distinción, ya mencionada, es la que distingue entre las normas constitucionales escritas de las consuetudinarias. Las segundas le asignan relevancia jurídica a la costumbre, se manifiestan en general por medio de la actuación de los aplicadores del derecho (jurisprudencia) y expresan los valores jurídicos de una sociedad determinada.

Dentro de las constituciones escritas, es posible distinguirlas en función de su origen, de su grado de dispersión y de las facilidades para su reforma.

### **II. Desarrollo y aspectos colaterales al concepto central**

Es posible distinguir, entonces, entre:

- En función de su origen: Constituciones **originarias y derivadas**.

La distinción se vincula con las características del poder constituyente del que emana la Constitución. Serán originarias las constituciones surgidas del ejercicio del poder constituyente originario y derivadas las que provienen del ejercicio del poder constituyente derivado.

El poder constituyente originario es el que hace nacer un nuevo ordenamiento jurídico. Posee un efecto fundacional, hace surgir un nuevo Estado.

El poder constituyente derivado es aquel que representa la reasunción del poder constituyente en ocasión de la reforma de una Constitución, lo que acontece en general, de acuerdo con los procedimientos previstos por la norma constitucional anterior. O, por lo menos, y de conformidad con cierta perspectiva discutible, aun mediando un apartamiento de los procedimientos previstos, sin que impere el propósito de fundar un nuevo Estado, con el afán de retomar el cauce institucional una vez superada la crisis y procurando legitimar el cambio constitucional "irregular" por medios, relativamente afines o análogos a los contenidos en el ordenamiento precedente (un plebiscito, por ejemplo).

- También en función de su origen pero desde otro punto de vista, podría distinguirse entre constituciones **otorgadas, pactadas y de base democrática**.

La noción de las “constituciones otorgadas” implica la actuación de un soberano, especie de “déspota ilustrado”, que considera que ha llegado el momento de establecer un determinado estatuto en el país que gobierna, fijando reglas a aplicar respecto de sus súbditos. Por cierto que, habitualmente, no se trata de un acto de generosidad sino de la capacidad de detectar que ha llegado el momento de establecer una válvula de escape susceptible de controlar las presiones subyacentes, procurando alcanzar un tránsito pacífico a un sistema de gobierno más evolucionado. Quizás, lo que parece un otorgamiento gracioso encubra, en realidad, una especie de pacto tácito entre personeros de distintas elites con capacidad de manifestarse en el plano de la acción política.

Las constituciones pactadas, suponen una convención, pacto o acuerdo entre diversos agentes con capacidad suficiente para participar en el mismo. A veces se afirma, con cierto optimismo, que podría entrañar un acuerdo entre el gobierno preexistente y el pueblo que manifiesta una voluntad política emergente. Lo más común es que se trate de un acuerdo entre sectores capaces de constituirse en partícipes en la elaboración del estatuto a establecerse, un acuerdo de elites. Sería el caso de la constitución de un estado plurinacional en que los distintos sectores componentes bregan por no perder influencia y por consagrar las garantías correspondientes que aseguren su integridad e influencia.

Las constituciones de base democrática parten de un origen ratificado popularmente. Tienden a considerar al pueblo (o a la Nación, tomada esta expresión en una acepción determinada) como titular de la soberanía, que ha desplazado el papel de los antiguos monarcas. Lógicamente, tenderá a reflejarse en el sistema político que la Constitución regula.

- **Constituciones codificadas y dispersas.**

Por lo general, a partir de la práctica seguida por las colonias norteamericanas independizadas en 1776, los Estados emplean un código constitucional, es decir un texto único que contiene las normas constitucionales, lo que constituye una práctica que facilita la interpretación dado que las normas constitucionales se encuentran en un mismo volumen que se supone debe ser coherente. Las reformas parciales que se puedan sancionar modifican el texto orgánico, sustituyendo determinadas partes que dejan de estar vigentes.

Sin embargo, la anterior no es la única posibilidad y podrían existir textos dispersos que regulan la materia constitucional. Un ejemplo histórico lo constituyen las leyes constitucionales francesas que consagraron la llamada “Tercera República” (1875 – 1940):

La de 24 de febrero de 1875 que organizó el Senado.

La de 25 de febrero de 1875 que organizó los poderes públicos.

La de 16 de julio de 1875, sobre relaciones entre los poderes públicos.

Un ejemplo que corresponde a nuestra trayectoria constitucional lo constituyen las leyes de contenido constitucional que se fueron dictando en la Provincia Oriental, entre 1825 y 1830, antes de su constitución como estado independiente.

- **Constituciones rígidas y flexibles.**

Se trata de una distinción acuñada por el autor irlandés James Bryce (1838-1922) en 1901, que desarrolla a la vista del funcionamiento de las constituciones que considera nuevas, en comparación con la solución británica. Bryce sostiene que *“...las constituciones del tipo más antiguo pueden llamarse flexibles, porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus características principales. Las constituciones del tipo más moderno no poseen esta propiedad, porque su estructura es dura y fija. Por lo tanto no hay inconveniente en darles el nombre de constituciones rígidas”*

Las constituciones rígidas son las que se modifican mediante un procedimiento distinto al de la Ley ordinaria. Ello implica la mayor jerarquía normativa y la posibilidad del control de constitucionalidad respecto de las leyes. Se trata de la solución predominante y, lógicamente, el procedimiento diferente es de mayor rigor y complejidad que el empleado para el dictado de las leyes ordinarias.

Las Constituciones flexibles, en cambio, son aquellas normas de constitucional que se dictan mediante el procedimiento de sanción de las leyes ordinarias. (Pueden citarse como ejemplos las soluciones aplicadas en Gran Bretaña, Nueva Zelandia, Israel, Arabia Saudita)

En este plano de razonamiento se señala la existencia de constituciones semi-rígidas que serían las que integran formalmente el tipo rígido pero que no cuentan con un procedimiento de defensa de la super legalidad constitucional

(Se puede citar como ejemplo el sistema estadounidense o el uruguayo anterior a 1934).

Asimismo puede señalarse la existencia de constituciones que podrían considerarse elásticas o plásticas que contienen solamente enunciados generales que admiten un gran margen de regulación por parte de la legislación sin que pueda considerarse que la misma contradiga los preceptos constitucionales.

Algunos preceptos constitucionales tienen la pretensión de ser inmutables, se han denominado cláusulas eternas o pétreas. A su respecto, se planea la cuestión de si, en la medida de que la Constitución puede ser modificada en su totalidad, ello también comprende esas disposiciones a pesar de su proclamada vocación de permanencia.

- Otra perspectiva distingue **en función del sistema de gobierno instaurado** en los textos constitucionales. De tal modo se podría distinguir entre constituciones que instauran un sistema democrático, un sistema autocrático, un sistema teocrático, etc. En el fondo, si la constitución consagra un estado de derecho que funciona en condiciones relativamente adecuadas, tendrá relevancia, en caso contrario, podría ser vista como una mera fachada, un adorno prácticamente inútil. En definitiva, estas consideraciones, de algún modo, nos sitúan en el problema de hasta qué punto cabe reivindicar una concepción valorativa y si es dable considerar que, como indica la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano” de 1789, cuando las garantías no se consagran, no existe Constitución. En contraposición

puede sostenerse un criterio formal, la Constitución es la norma suprema y admite cualquier contenido. Pero, ¿alcanzará con la mera forma? Porque, en definitiva, la cuestión radica en que, cuando no existen los controles, todo depende de la interpretación que realicen los intérpretes que pueden consistir en verdaderos augures funcionales a un poder arbitrario.

Dentro de esta línea de razonamiento, es del caso destacar el desarrollo formulado por **Karl Loewenstein**, autor alemán que se exilia en Estados Unidos cuando el ascenso del régimen nacionalsocialista. Loewenstein atiende a la realidad de ejercicio del poder de los diferentes sistemas.

Distingue entre:

- las **constituciones normativas** que son las que consagran un sistema de garantías eficaz, asumidas tanto por los gobernantes como por los gobernados. Son las que organizan un “Estado de Derecho”, con normas claras, genéricamente aplicadas, que consagran garantías y que son respetadas, esencialmente;

- las **constituciones nominales** son válidas pero relativamente ineficaces, debido al escaso desarrollo social, cultural y educativo, alcanzado en la sociedad en que se insertan. No es de esperar un adecuado ejercicio de los derechos en una sociedad en que exista, por ejemplo, un elevado índice de analfabetismo. De todos modos, se han dictado con la intención de que sean aplicadas, marcan un objetivo a alcanzarse y no pautan el desprecio por la vigencia de un ordenamiento jurídico. La idea es que, aun cuando no se aplique cabalmente, ello habrá de suceder cuando se alcance el desarrollo adecuado. Un ejemplo autóctono podría ser el que ofrece la realidad

uruguay durante el siglo XIX en que los actores no reniegan de la Constitución pero en que sus garantías operaron en medio de enfrentamientos, levantamientos armados, represión, guerras civiles e interrupciones del cauce institucional.

- Las **constituciones semánticas** son apenas la descripción de un régimen autoritario. La Constitución es apenas una fachada, un instrumento de legitimación de quienes detentan el poder arbitrario.
- Una distinción que refiere no a los tipos de constitución sino a las normas constitucionales contenidas en las mismas permite distinguir entre:

**XXXVII. Normas dogmáticas.** Dogma es lo intangible, lo que no se discute y está investido de sacralidad. Son las que constituyen la base del sistema constitucional y del Estado que por éste se rige. Implica una adscripción a un determinado contenido ideológico. En nuestro sistema podrían asimilarse a las “bases fundamentales de la nacionalidad” a que refiere el artículo 80 numeral 6º del texto constitucional. Constituye, por otra parte, un concepto muy cercano al de “principios generales de derecho” que menciona el artículo 332. Cabe considerar como normas que integran los aspectos dogmáticos de nuestra Constitución, las que consagran el sistema de gobierno “democrático republicano” (cf. art. 82), la proclamación de los derechos fundamentales (Cf. Sección II), la soberanía nacional (arts. 4 y 82), los principios de libertad e igualdad (cf. arts. 7, 8 y 10)

**XXXVIII. Normas orgánicas.** Son las que organizan el funcionamiento del Estado y del Gobierno. Consagran los poderes de gobierno, su



integración, el acceso de sus titulares, su relacionamiento, la estructura del Estado considerada según el grado de descentralización de las unidades integrantes, etc.

**XXXIX. Normas programáticas.** Constituyen un programa para legisladores y demás gobernantes. No consagran, estrictamente, un derecho exigible pero pueden consistir en una pauta para determinar la inconstitucionalidad de una ley que las contradijeran. Si se admitiera, como hace el derecho brasileño, la posibilidad de señalar la inconstitucionalidad “por omisión”, cabría exigir un avance de los gobernantes en seguir el programa impuesto por el constituyente. Es frecuente encontrar normas programáticas que recojan la inquietud del constituyente en lo que refiere a la proclamación de derechos “económico – sociales y culturales”.

**XL. Normas transitorias y especiales.** Se trata de normas constitucionales que, apuntan a resolver una situación transitoria que se agota en un momento determinado o también, que aportan una solución hasta que sea sancionada la ley que se espera regule el punto. En el caso mencionado, nos encontramos ante una hipótesis de “desconstitucionalización”, es decir, ante un tema que es regulado transitoriamente por medio de una norma constitucional pero que el constituyente considera que cabe que sea resuelto por la ley. La “desconstitucionalización” establece un grado de flexibilidad en lo que refiere a la cuestión abordada por las normas mencionadas. Dentro de la Constitución uruguaya vigente, se ha situado, al final, un conjunto de “Disposiciones transitorias y especiales”, que se identifican con letras y que responden a esta categoría.

**XLI. En función de las consideraciones anteriores, es posible sostener que la Constitución uruguaya es:**

**XLII.** Escrita.

**XLIII.** Codificada.

**XLIV.** Rígida, sin perjuicio de los matices que podrían establecerse en función de la legitimación que deben ostentar los titulares de la acción de inconstitucionalidad.

**XLV.** Normativa, en la acepción de Loewenstein.

**XLVI.** De cuño democrático, tanto por su origen como por el sistema que pretende instaurar.

### **III. Normas involucradas**

**Constitución de la República vigente, plebiscitada el 27 de noviembre de 1966 y modificada por plebiscitos de 26 de noviembre de 1989, 27 de noviembre de 1994, 8 de diciembre de 1996 y 31 de octubre de 2004.**

Artículo 256.- Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes.

Artículo 257.- A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas.

Artículo 331.- La presente Constitución podrá ser reformada, total o parcialmente, conforme a los siguientes procedimientos:

.....

#### DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y ESPECIALES

A) Si el plebiscito fuera proclamado afirmativo, por resolución firme de la Corte Electoral, la presente reforma entrará en vigor con fuerza obligatoria, a partir de ese momento.

B) Las disposiciones contenidas en las Secciones VIII, IX, X, XI y XVI, entrarán a regir el 1º de marzo de 1967.

C) Las listas de candidatos para las Juntas Electorales, creadas por la ley Nº 7.690, de 9 de enero de 1924, se incluirán en la misma hoja de votación en que figuren candidatos a cargos nacionales.

.....

#### **IV. Citas doctrinarias o jurisprudenciales complementarias.**

*Una nueva propuesta de clasificación de las Constituciones.*

*“Tal criterio puede encontrarse en la relación que cada Constitución mantiene con las leyes ordinarias del Estado, y con la autoridad ordinaria, que promulga las leyes.*

*Algunas constituciones, entre ellas todas las que pertenecen a las más antiguas, del tipo del Common Law, se encuentran en el nivel de las demás leyes del país, si existen esas leyes en la forma de estatutos solamente, o también en forma de decisiones que definen y que confirman una costumbre. Tales constituciones*

*proceden de las mismas autoridades que hacen las leyes ordinarias; y son promulgadas o derogadas de la misma manera que las leyes ordinarias. En tales casos, el término 'Constitución' significa nada más que las leyes y costumbres del país en su determinar la forma y disposición de su sistema político. Y (como se ve frecuentemente) a menudo es difícil determinar de una ley particular si es o no es una parte de la Constitución política.*

*Otras constituciones, la mayoría de ellas pertenecientes a la más reciente clase "estatutaria", están por encima de las demás leyes del país que regulan . El instrumento (o instrumentos) en el que se encarna tal constitución procede de una fuente distinta a la que corresponde a las demás leyes, es revocable en una manera diferente, ejerce una fuerza superior. Fue promulgada, no por las autoridades legislativas ordinarias, sino por alguna autoridad individual o colectiva superior o especialmente empoderada. Si es susceptible de cambio, sólo podrá ser cambiada por dicha autoridad o por la especial persona o cuerpo. Cuando cualquiera de sus disposiciones entra en conflicto con las de una ley ordinaria, prevalece la primera. Estas son las características, en parte políticas , en parte jurídicas, que diferencian los dos tipos de Constitución ; y aunque en algunos pocos casos pueda cuestionarse en que tipo se inscribe una constitución en particular los criterios jurídicos generales que deberán aplicarse son claros y definidos . En un Estado que posee una constitución del viejo tipo, todas las leyes (salvo por supuesto, los estatutos, los reglamentos municipales , y demás actos excluidos por la ley) son del mismo rango y ejercen la misma fuerza. Hay, por otra parte, sólo una autoridad legislativa competente para aprobar leyes en todos los casos y para todos los efectos. Pero en un Estado cuya Constitución pertenece al nuevo tipo, hay dos tipos de leyes, un tipo superior y más potente que el otro; y hay también dos*

*autoridades legislativas, una superior y capaz de legislar para todos los efectos, la otra inferior y capaz de legislar sólo en la medida en que la autoridad superior le ha dado el derecho y la función de hacerlo". Bryce, James. Traducido de "Constitutions" Capítulo "Flexible an rigid constitutions" Oxford University Press – New York 1905 Pág. 7 y ss.*

*- "... Si al principio, un documento constitucional formal servía para limitar el ejercicio del poder político en interés de la libertad de los destinatarios del poder, la existencia hoy, de una constitución escrita no implica en absoluto, ipso facto, una garantía de distribución y, por lo tanto, limitación del poder. Cada vez con más frecuencia, la técnica de la constitución escrita es usada conscientemente para camuflar regímenes autoritarios y totalitarios. En muchos casos, la constitución escrita no es más que un cómodo disfraz para la instalación de una concentración del poder en las manos de un detentador único. La constitución ha quedado privada de su intrínseco telos: institucionalizar la distribución del ejercicio del poder político.*

*Apenas sirve de consuelo que la democracia constitucional en su derrota haya conseguido una victoria pírrica: ningún sistema político de nuestros días puede permitirse rechazar abiertamente la ideología democrática, según la cual todo el poder emana del pueblo y el ejercicio del poder solamente es legítimo cuando está de acuerdo con la voluntad popular. ...."*

#### **LA CLASIFICACIÓN «ONTOLÓGICA» DE LAS CONSTITUCIONES**

*Teniendo en cuenta el cambio fundamental que ha sufrido el papel de la constitución escrita en la realidad sociopolítica, se hace completamente necesario un nuevo intento de, clasificación. Para evitar la palabra «existencial», tan de moda, este nuevo análisis se llamará «ontológico»."-, De acuerdo con esto, las*

*constituciones podrán ser diferenciadas según su carácter, normativo, nominal y semántico.*

### *La constitución normativa*

*En lugar de analizar la esencia y el contenido de las constituciones, el criterio del análisis ontológico radica en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder. Su punto de partida es la tesis de que una constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica. En una amplia medida, la cuestión fundamental sobre si se hará realidad la conformación específica del poder prevista constitucionalmente depende del medio social y político donde la constitución tiene que valer. Cuando se implanta, sin una previa educación política, una democracia constitucional plenamente articulada en un Estado, recién liberado de la autocracia tradicional o de la tutela colonial, es casi un milagro si toma raíces inmediatamente. Para que una constitución sea viva, debe ser, por lo tanto efectivamente «vívida» por destinatarios y detentadores del poder, necesitando un ambiente nacional, favorable para su realización. La tradición autocrática en el proceso gubernamental tendrá que haberse perdido lo suficiente entre los gobernantes y los gobernados, para que el Estado constitucional tenga una faire chance de éxito. Para que una constitución sea viva, no es suficiente que sea válida en sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal y ésta en ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la*

*constitución y se somete a ellas. Para usar una expresión de la vida diaria: la constitución es como un traje que sienta bien y que se lleva realmente.*

### *La constitución nominal*

*El carácter normativo de una constitución no debe ser tomado como un hecho dado y sobrentendido, sino que cada caso deberá ser confirmado por la práctica. Una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no es adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha constitución de nominal. Esta situación no deberá, sin embargo, ser confundida con la conocida manifestación de una práctica constitucional diferente del texto constitucional. Al principio era la palabra, pero ésta cambia su significación en cuanto toma contacto con la realidad. Las constituciones no cambian tan sólo a través de enmiendas constitucionales formales, sino que están sometidas, quizás en mayor grado, a la metamorfosis imperceptible que sufre toda norma establecida por efecto del ambiente, político y de las costumbres. Lo que la constitución nominal implica es que los presupuestos sociales y económicos existentes -por ejemplo, la ausencia de educación en general y, en particular, de educación política, la inexistencia de una clase media independiente y otros factores- en el momento actual operan contra una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. La situación, de hecho, impide, o no permite por ahora, la completa integración de las normas constitucionales en la dinámica de la vida política. Probablemente, la decisión política que condujo a promulgar la constitución, o este tipo de constitución, fue prematura. La esperanza, sin embargo, persiste, dada la buena voluntad de los detentadores y los destinatarios del poder, de que tarde o temprano la realidad del proceso del poder corresponderá al modelo establecido en la constitución. La*

*función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en un futuro más o menos lejano, convertirse en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella. Y para continuar con nuestro símil: el traje cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido.*

#### *La constitución semántica*

*Finalmente hay casos -que desgraciadamente están incrementando, tanto en número como por la importancia de los Estados afectados-, en los cuales, si bien la constitución será plenamente aplicada, su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fáctico, que disponen del aparato coactivo del Estado. Mientras la tarea original de la constitución escrita fue limitar la concentración del poder dando posibilidad a un libre juego de las fuerzas sociales de la comunidad dentro del cuadro constitucional, la dinámica social, bajo el tipo constitucional aquí analizado, tendrá restringida su libertad de acción y será encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder. La conformación del poder está congelada en beneficio de los detentadores fácticos del poder, independientemente de que éstos sean una persona individual (dictador), una junta, un comité, una asamblea o un partido. Este tipo se puede designar como constitución semántica. Si no hubiese en absoluto ninguna constitución formal, el desarrollo fáctico del proceso del poder no sería notablemente diferente. En lugar de servir a la limitación del poder, la constitución es aquí el instrumento para estabilizar eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político. Y para continuar con el símil anterior: el traje no es en absoluto un traje, sino un disfraz.*



*La clasificación de una constitución como normativa, nominal o semántica no podrá ser hecha a partir del texto, y esto con más razón dado que las constituciones suelen guardar silencio sobre algunos de los aspectos más importantes del proceso del poder, como, por ejemplo, el sistema electoral, los partidos políticos y los grupos pluralistas. Los tipos de constitución nominal y semántico presumen siempre de ser normativos, y por ello se hace necesario en cada caso adentrarse en la realidad del proceso del poder". . . . . Loewenstein, Karl. "Teoría de la Constitución". Editorial Ariel Barcelona 1976. Página 213 y ss.*

#### V. Planteos derivados.

- La flexibilidad de una Constitución no es óbice para que se considere que determinadas soluciones cuentan con una especial relevancia que las pone al abrigo de un arrebato modificatorio. Probablemente su estabilidad esté dada por una convicción generalizada que se parece, en gran medida, a la noción de derecho consuetudinario.

- La falta de mecanismos previstos para el control de constitucionalidad no impide, en realidad, que los jueces, advertidos de la contradicción entre la norma constitucional y la ley que le está subordinada resuelva aplicar la primera, descartando la segunda. Fue lo que sucedió cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió el famoso caso "Marbury c/ Madison". Asimismo, se siguió un temperamento similar, en nuestro medio, en algún caso aislado, antes de que la Constitución de 1934, consagrara la posibilidad de declarar las leyes inconstitucionales por parte de la Suprema Corte de Justicia.

- Se ha discutido, en nuestro medio, hasta dónde nuestra Constitución, aparentemente muy rígida, que, desde 1942, prevé la imposibilidad de su reforma sin previa aprobación plebiscitaria, es rígida en un sentido íntegro. En ese sentido se señala que el control de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia comprende, exclusivamente, al caso concreto, manteniéndose la vigencia y la eficacia de la ley inconstitucional para el resto de las situaciones y que se requiere que medie un interés “directo, personal y legítimo” para que prospere el planteamiento.

VI. Preguntas que se pretende responder en el módulo

¿Qué tipos de constitución existen?

¿Cómo se inserta la Constitución nacional dentro de las diversas tipologías consideradas?

VII. Temas vinculados.

El Estado de Derecho y los diversos sistemas de gobierno.

La soberanía nacional.

El ejercicio del poder constituyente.

La defensa de la constitución.

VIII. Bibliografía

Además de las obras ya citadas.

- XLVII.** “El derecho constitucional uruguayo” Montevideo 2006. José Aníbal Cagnoni.
- XLVIII.** “Derecho Público”. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 2009. Horacio Cassinelli Muñoz
- XLIX.** “Primer Curso de Derecho Público. Derecho Constitucional”. Fundación de Cultura Universitaria. José Korzeniak
- L.** Lecciones de Teoría Constitucional. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid 1987. Antonio Carlos Pereira Menaut.
- LI.** Derecho Constitucional. Tomo I. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 2005. Martín Risso Ferrand.