

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL



M.Sc. SANDRA PATRICIA MEJÍA ESQUIVEL

CHIQUIMULA, GUATEMALA, OCTUBRE 2020

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL



LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Informe final de tesis para la obtención del grado de Doctora en Derecho Constitucional, con base al Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el día dos de abril del año dos mil catorce.

M.Sc. SANDRA PATRICIA MEJÍA ESQUIVEL

CHIQUIMULA, GUATEMALA, OCTUBRE 2020

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**



RECTOR

M.Sc. Ing. MURPHY OLYMPO PAIZ RECINOS

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:	Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
Representante de Profesores:	M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Representante de Profesores:	M.Sc. Gildardo Guadalupe Arriola Mairén
Representantes de Estudiantes:	A.T. Estefany Rosibel Cerna Aceituno
Representantes de Estudiantes:	PEM. Elder Alberto Masters Cerritos
Secretaria:	Licda. Marjorie Azucena González Cardona

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

JURADO EXAMINADOR

Presidente:	Ph.D. María Roselía Lima Garza
Secretario:	Ph.D. Melvin Giovanni Portillo Arevalo
Vocal:	Ph.D. Omar Rafael Ramírez Corzo
Asesor de Tesis	Ph.D. Aníbal González Dubón

Chiquimula, 4 de junio del año 2020

Ing. Msc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Director del Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente -CUNORI-
Universidad de San Carlos de Guatemala

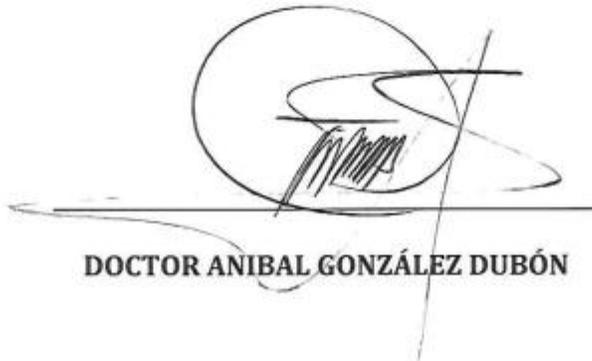
Estimado Ing. Msc. Díaz Moscoso:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente del Departamento de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución **RES.DEPG.CUNORI.129-2018** de la Dirección del Departamento de Estudios de Postgrado se me nombró Asesor Principal del informe de **Tesis de Doctorado en Derecho Constitucional** de la **Maestra Sandra Patricia Mejía Esquivel**, con número de carné 100018543, titulado **"LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL"**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de Doctorado en Derecho Constitucional de la **Maestra Sandra Patricia Mejía Esquivel** y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado del Departamento de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:



DOCTOR ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

CERTIFICACIÓN DE ACTA DE EXAMEN PRIVADO DE TESIS

DEPG-15-2020

El Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, CERTIFICA: que ha tenido a la vista el Libro de Actas de Exámenes Privados de Tesis, del Departamento de Estudios de Postgrado, del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, folios trecientos sesenta y uno trescientos sesenta y dos, donde se encuentra el Acta EPTV diez guion dos mil dos mil veinte (ACTA EPTV-10-2020), que copiada literalmente dice:-----

Acta EPTV-10-2020: Mediante reunión realizada por medio de la plataforma virtual Zoom, con identificador **No. 4289491844**, programada por el Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente, con base en lo establecido en el Acta 14-2020, de reunión realizada por el Consejo Superior Universitario el 01 de abril del presente año y Punto Décimo Tercero del Acta Dieciséis guion dos mil veinte. (16-2020), de reunión Ordinaria realizada por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos los miembros del Tribunal Examinador, integrado por: Doctor en Derecho Melvin Geovanni Portillo Arevalo, (Presidente), Doctor en Derecho Constitucional Omar Rafael Ramirez Corzo (Secretario), Doctora en Derecho María Roselia Lima Garza (Vocal) y Maestro en Ciencias Mario Roberto Díaz Moscoso, Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente como testigo de examen privado de tesis, el día miércoles dos de septiembre de dos mil veinte, siendo las quince horas, para practicar el **EXAMEN PRIVADO DE TESIS DOCTORAL**, de la **Maestra en Derecho Penal Sandra Patricia Mejía Esquivel**, (Postulante), inscrita con carné **No. 100018543**, en el programa de Doctorado en Derecho Constitucional de esta Unidad Académica, como requisito previo a optar el grado de **Doctora en Derecho Constitucional** en el Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente.-----

PRIMERO: Procedimos a efectuar el referido examen de conformidad con el **NORMATIVO DE TESIS DE MAESTRÍA Y DOCTORADO**, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

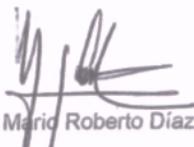
de Oriente, en el Punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el dos de abril de dos mil catorce.-----

SEGUNDO: El examen privado de tesis fue oral y consistió en la evaluación de los elementos técnico-formales y de contenido científico del informe final de la tesis intitulado: "**LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL**", elaborado por la postulante Maestra en Derecho Penal Sandra Patricia Mejía Esquivel -----

TERCERO: El resultado del examen fue **APROBADO** por **UNANIMIDAD** por los miembros del Tribunal Examinador.-----

CUARTO: El secretario dio lectura a la presente acta de examen privado de tesis. No habiendo nada más que hacer constar se da por terminada la presente en el mismo lugar y fecha, siendo las quince horas con treinta minutos. Doy fe". Firmo el acta el Maestro en Ciencias Mario Roberto Díaz Moscoso.

Para los efectos que al interesado convengan, extiendo y firmo la presente en dos hojas de papel bond, en la ciudad de Chiquimula, veinticinco de septiembre de dos mil veinte.


M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

Director Departamento de Estudios de Postgrado

Centro Universitario de Oriente



D-TG-DDC-141/2020

EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Informe Final de Tesis de la maestra **SANDRA PATRICIA MEJÍA ESQUIVEL** titulado **“LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL”**, cumpliendo con lo establecido en el Capítulo III del Doctorado, Artículo 63 inciso c) numeral 3 del Estatuto de la Universidad de San Carlos de Guatemala y que cuenta con el aval de su Asesor y Coordinador del departamento de Estudios de Postgrados de esta Unidad Académica. Por tanto, la Dirección del CUNORI con base a las facultades que le otorga las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria **AUTORIZA** que el documento sea publicado como **Informe Final de Tesis** a Nivel de Grado, previo a obtener el título de **DOCTORA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a veintisiete de octubre de dos mil veinte.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
DIRECTOR
CUNORI – USAC



c.c. archivo
EFCC/ars

DEDICATORIA

A DIOS: El único Dios verdadero, quien se merece toda la honra y la gloria, por darme la sabiduría y prolongar su misericordia en mi vida.

A MIS PADRES: Con mucho amor y cariño, se que es una forma de honrarles en vida.

A MI HIJA: A quien amo y bendigo con todo mi corazón, teniendo el compromiso de en su camino, siendo ejemplo en su vida, para que con la ayuda de Dios también pueda alcanzar sus metas.

A MIS SOBRINOS: Mi amor y cariño se vea reflejado en este logro, siendo de orgullo en sus vidas.

A MI PASTOR: En el camino encuentras a personas que iluminan tu vida, que con su apoyo alcanzas de mejor manera tus metas, pues es a través de las enseñanzas e instrucción por medio de la palabra de Dios, que te hacen crecer y seguir adelante.

A MI ASESOR DE TESIS: El apoyo que me brindó fue esencial para la realización de este trabajo, mi cariño y admiración por siempre.

A MIS PADRINOS: Mi aprecio y agradecimiento, Dios bendiga sus vidas.

A LA FAMILIA DE LA FE, AMIGAS Y EQUIPO DE TRABAJO: Por sus muestras de cariño y admiración, mostrando con este trabajo que la perseverancia y el esfuerzo trae su recompensa.

PERSONAS ESPECIALES: Que desde la distancia, han mostrado su amor y cariño, mis agradecimientos.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE, Y A TODAS SUS AUTORIDADES:

Por permitirme concluir con una etapa más de mi vida; también lo hago extenso a todos los profesores que tuvieron participación en mi formación de una manera enriquecedora, y con especial cariño a la Secretaria de Postgrados por su apoyo incondicional.

ÍNDICE

CONTENIDO	PÁGINA
Introducción	iv
Capítulo I: El problema de las fuentes del derecho constitucional	1
1. La constitución y sus fuentes	1
1.1 El problema de las fuentes del derecho constitucional	1
1.2 Derecho constitucional primario y secundario	5
1.2.1 Derecho constitucional primario	5
1.2.2 Derecho constitucional secundario	6
1.3 El bloque de constitucionalidad	8
2. La constitución formal	11
2.1 Caracterización de la constitución formal	11
2.1.1 Requisitos de la constitución formal (oficial)	11
2.1.2 Nombre	13
2.1.3 Contenido. Estructuras de poder y de valores	15
2.1.4 Ideología	17
2.1.5 La ideología como presupuesto de la constitución formal	22
Capítulo II: Las fuentes formales de la constitución	25
1. Clasificación de las constituciones y de las normas constitucionales	25
1.1 Democráticas, autocráticas y mixtas	25
1.2 Totalitarias, autoritarias y de poder moderado	28
1.3 Codificadas, no codificadas e intermedias	33
1.4 Constituciones cortas y extensas	35
1.5 Definitivas y transitorias	37
1.6 Eficaces e ineficaces. La fuerza normativa de la Constitución	38
1.7 Vigencia y vicios intrínsecos de la constitución	43
1.8 Constitución retratista, constitución contrato y constitución	

Promesa. La constitución ficticia	47
1.9 Clasificación de las normas de la constitución formal	50
1.10 Las normas constitucionales y su imperatividad	58
Capítulo III: La costumbre constitucional	85
1. La costumbre constitucional y el Derecho consuetudinario en la Constitución formal	85
2. Derecho consuetudinario constitucional y Derecho consuetudinario infraconstitucional	87
3. Derecho consuetudinario. Prácticas y usos	89
4. Costumbre constitucional, convenciones, usos y corrección constitucional	90
5. Formación de la costumbre constitucional. Sus autores	94
6. El poder judicial como realizador de normas de derecho constitucional consuetudinario	97
7. El tiempo en la elaboración de la costumbre constitucional. El derecho repentino	100
8. Derecho consuetudinario procedente del conflicto interno en el derecho formal	103
9. Publicidad, prueba e interpretación de la costumbre constitucional	105
10. Tipos de costumbre constitucional. La costumbre <i>secundum constitutionem</i>	107
11. Costumbre <i>praeter constitutionem</i>	110
12. Costumbre <i>contra constitutionem</i>	112
13. Valor de la costumbre constitucional. Trasfondo ideológico	115
13.1 Enfoque legal-formalista	117
13.2 Enfoque de hecho	119
14. Evaluación de la función constituyente de la costumbre	121
15. Derogación del derecho constitucional consuetudinario	125
15.1 Por el mismo derecho consuetudinario	126
15.2 Por el derecho constitucional formal	126
16. Legitimidad de la costumbre constitucional	128

Capítulo IV: Los principios de derecho positivo y de derecho natural y la doctrina como fuente del derecho constitucional	132
1. Distintos tipos de principios como fuentes del derecho constitucional	
Principios con rango constitucional	132
2. Principios científicos del derecho constitucional	135
3. Principios de derecho natural	135
4. La doctrina	136
4.1 Consideraciones sobre la doctrina como fuente del derecho constitucional	136
Conclusión	139
Referencias Bibliográficas	141

INTRODUCCIÓN

La expresión *fuentes del derecho constitucional* puede interpretarse en varios sentidos, indistintamente de la clasificación tradicional que generalmente se enuncia en la teoría del derecho, de las fuentes reales, formales e históricas. Como en todos los ámbitos del derecho, en el derecho constitucional también existen fuentes que lo inspiran para su estructuración e interpretación, pues su ámbito de aplicación es muy amplio, tal que constituye el fundamento de validez de todo el resto del ordenamiento jurídico (principio de unidad del ordenamiento jurídico).

Determinar cuáles son esas fuentes y cuál es su prelación en la interpretación constitucional fue el objetivo principal de la investigación realizada. Si bien es cierto, existe coincidencia en la teoría del derecho constitucional en atribuir el origen de la Constitución al denominado *poder constituyente*, también es cierto que la complejidad adquirida por las constituciones contemporáneas en el sentido de que muchas ya no limitan su contenido a las tres categorías clásicas (parte dogmática, orgánica y técnica) sino a una gama de regulaciones de derechos y estructuras orgánicas novedosas que hacen que tanto el contenido como la interpretación de la Constitución, se convierta en operaciones sumamente complejas, que hacen de su entendimiento y significación una situación en que difícilmente se pueda recurrir a una única fuente.

Parafraseando a Guastini, en la literatura constitucional se encuentran esencialmente dos nociones de *fuentes* de derecho, aunque cada una de ellas presenta en realidad algunas variantes. Estas dos nociones pueden definirse como *fuentes de producción del derecho* y como *fuentes normativas*. La primera es una noción *material* de fuente, ya que pretende identificar ciertos actos y hechos como fuente del derecho en virtud de su contenido -si son actos- o de su resultado -si son hechos- normativo.

La noción *material* de fuente es conceptualmente dependiente de la noción de derecho concebido como conjunto de normas y más en particular de la noción de norma concebida como prescripción general y/o abstracta. Con referencia al derecho constitucional, las fuentes *materiales* del mismo, pueden identificarse como *los hechos* o factores que de alguna manera dan lugar a las disposiciones constitucionales, explican su contenido o influyen en su interpretación (la mutación constitucional, por ejemplo).

Por ejemplo, el artículo I, sección 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América establece que habrá dos senadores por cada Estado en la cámara alta del Congreso. El *hecho* que dio origen a tal disposición fue la necesidad de garantizar una presencia igualitaria de los Estados (sean pequeños o grandes, con mucha o poca población) en esa rama del Poder Legislativo (en la Cámara de Representantes o de Diputados, en cambio, el número de legisladores está en función de la cantidad de habitantes de cada Estado). El sistema

bicameral descrito, llamado la *solución Franklin*, significó una fórmula transaccional entre los intereses de los Estados fuertes y de los débiles, en aras de posibilitar el nacimiento de la federación norteamericana. Razones histórico-económicas en un caso, de equilibrio de poder en otros, operaron como fuentes *materiales* provocadoras del precepto constitucional.

En otro ejemplo, para la concepción marxista -conviene recordarlo- el contenido del derecho (y por ende del derecho constitucional) lo determina básicamente las relaciones económicas de producción, que, según la voluntad de la clase dominante, representada por el Estado, se traducen en reglas jurídicas. Como superestructura, entonces, el derecho se erige y es tributario, sustancialmente de una estructura o base económica que lo regula (por ello, para el marxismo, las relaciones económicas son la *fuerza* por excelencia del derecho). Para las posiciones no marxistas, el derecho se encuentra influido por razones económicas y no económicas, en proporción variable según el tiempo y lugar. No se admite aquí una *monocausa* económica fundamental de todo el derecho constitucional.

La segunda, es una noción *formal* de fuente, ya que pretende identificar ciertos actos (y hechos) como fuente del derecho con total independencia de su contenido (o resultado). La noción *formal* de fuente reenvía a las normas sobre la producción jurídica propias de los diversos ordenamientos. Esta noción formal constituye, en un sentido, un concepto *dogmático* de fuente, no ya porque pretenda también servir para cualquier ordenamiento posible, sino porque para

determinar cuáles son las fuentes de un determinado ordenamiento, exige que se refiera al contenido positivo del ordenamiento en cuestión, en particular a sus normas sobre la producción jurídica.

Algunas veces se distingue la *fuerza formal* de un precepto, que es su texto escrito o versión oral, de la *fuerza de conocimiento* que la proporciona la ciencia del derecho y que refiere al entendimiento adecuado de la regla jurídica, especialmente mediante la interpretación y la integración, despejando sus dudas gramaticales o teniendo en cuenta la voluntad de quien la elaboró. Que las nociones de *fuerza material* y *fuerza formal* sean compatibles, es por lo menos dudoso, sin embargo, sucede comúnmente, que se les encuentra combinadas para formar una noción mixta.

Entonces se dice que el conocimiento íntegro de una disposición constitucional obliga a tener en cuenta no sólo su *fuerza formal*, sino también su *fuerza material* o indirecta. Ello es frecuente cuando se recurre a la interpretación *histórica* o de la voluntad del constituyente. Por ejemplo, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos de América al determinar el alcance del artículo I, sección 9ª. Cláusula segunda, de la Constitución de ese país, referida al *habeas corpus*, indica que para precisar el significado de la expresión *habeas corpus*, y su uso apropiado, debe recurrirse al *common law*, del cual fue extraído por los constituyentes, refiere, -entre los diversos tipos de *habeas corpus* del derecho inglés- al *habeas corpus ad subjiciendum*, según el acta de 1679, dada bajo el

reinado de Carlos I, a fin de garantizar los beneficios de la libertad en la forma en que lo dispuso tal ley.

Entonces, el salto de las fuentes *formales* a las fuentes *materiales* no se practica exclusivamente para interpretar el sentido de las primeras. En hipótesis de ausencia de disposiciones constitucionales (caso de las lagunas de la Constitución), y si fracasa el recurso a la analogía, deberá recurrirse a los principios generales de ese ordenamiento normativo y también a las exigencias del valor *justicia*, para, según las realidades del momento, elaborar la norma faltante, integrando así el sistema normativo constitucional incompleto.

El problema identificado *supra* es pues, integral, pues relaciona las fuentes del derecho constitucional con la interpretación constitucional, demostrando de esa forma que el problema de las fuentes del derecho constitucional está inescindiblemente unido al problema de la interpretación constitucional. De ahí la importancia y la necesidad de realizar la investigación aquí planteada.

El problema investigado se planteó de la siguiente manera: 1. ¿Cuáles son las fuentes del derecho constitucional? Y; 2. ¿En qué orden de prelación deben utilizarse las fuentes del derecho constitucional en la interpretación constitucional?

La hipótesis se formuló de la siguiente forma: 1. Las fuentes del derecho constitucional son: a) las normas jurídicas denominadas *de constancia*, que están

integradas por las normas constitucionales de *derecho formal* (el texto de la Constitución, las leyes constitucionales, los tratados sobre derechos humanos y otras normas); y por las normas constitucionales de *derecho informal* (la doctrina legal, la costumbre constitucional, la convención constitucional, los principios constitucionales no positivizados, los valores constitucionales) y; b) las fuentes materiales, también denominadas *indirectas* o *mediatas* que consisten en los factores políticos, económicos, sociales, religiosos, éticos que influyeron en la formación de los preceptos constitucionales y de alguna manera explican su contenido y; 2. El orden de prelación en que deben utilizarse las fuentes del derecho constitucional en la interpretación constitucional debe ser de la siguiente forma: a) las normas constitucionales de derecho formal; b) las normas constitucionales de derecho informal y; c) las fuentes materiales, indirectas o mediatas.

El presente informe de investigación consta de cuatro capítulos, el primero trata del tema el problema de las fuentes del derecho constitucional; en el segundo, se desarrolla el tópico de las fuentes formales de la Constitución; el tercero analiza el tema de la costumbre constitucional y el cuarto, se desarrolla el tema de los principios del derecho positivo, del derecho natural y la doctrina como fuente del derecho constitucional; para finalmente tratar de arribar a una conclusión objetiva sobre las hipótesis formuladas en el diseño de la investigación y establecer su posibilidad epistemológica.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. LA CONSTITUCIÓN Y SUS FUENTES

1.1 EL PROBLEMA DE LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

La expresión *fuentes* del derecho constitucional puede emplearse en varios sentidos.

A. FUENTES MATERIALES

“También llamadas *indirectas* o *mediatas*, consisten en los factores económicos, religiosos, históricos, psicosociales, políticos, los principios y valores jurídico-políticos, etc., que dieron lugar a los preceptos constitucionales y que explican su contenido”¹.

Así, por ejemplo, el artículo I, sección 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América establece que habrá dos Senadores por cada Estado en la Cámara Alta del Congreso. Eso se sancionó de tal modo para garantizar una presencia igualitaria de los Estados (sean ellos pequeños o grandes, con mucha o

¹ Goldschmidt, Werner. INTRODUCCIÓN FILOSÓFICA AL DERECHO. Editorial Depalma: Buenos Aires. 1973. Pp. 218.

poca población) en esa rama del Poder Legislativo (en la Cámara de Representantes o de Diputados, en cambio, el número de legisladores está en función de la cantidad de habitantes de cada Estado).

El sistema bicameral descrito, llamado la *solución Franklin*, significó una fórmula transaccional entre los intereses de los Estados fuertes y de los débiles, en aras de posibilitar el nacimiento de la federación norteamericana. Razones histórico-económicas en un caso, de equilibrio de poder en otros, operaron como fuentes materiales provocadoras de la norma constitucional.

“Para la concepción marxista, conviene recordarlo, el contenido del Derecho (y por ende, del Derecho constitucional) lo determina básicamente las relaciones económicas de producción, que, según la voluntad de la clase dominante, representada por el Estado, se traducen en reglas jurídicas. Como superestructura, entonces, el derecho se erige y es tributario, sustancialmente, de una estructura o base económica que lo regula (por ello, lo económico es la *fuerza* por excelencia del Derecho)”².

Para las posiciones no marxistas, el Derecho se encuentra influido por razones económicas y no económicas, en proporción variable según el tiempo y lugar. No se admite aquí una *monocausa* económica fundamental de todo el Derecho constitucional.

²Alexandrov, N. G. & otros autores. TEORÍA DEL ESTADO Y DEL DERECHO. Editorial Grijalbo. México. 1962. Pp. 93.

B. FUENTES DE CONSTANCIA

Se denominan así los distintos modos en que pueden manifestarse las normas jurídicas, sean de Derecho formal (texto constitucional, ley común, ley reforzada, decreto, etc.), o de Derecho informal (costumbre constitucional, derecho no escrito; etc.).

“Algunas veces se distingue la fuente de constancia de un precepto, que es su texto escrito o versión oral, de la fuente de conocimiento, que la proporciona la ciencia del Derecho y que refiere al entendimiento adecuado de la regla jurídica, especialmente mediante la interpretación y la integración, despejando sus dudas gramaticales o teniendo en cuenta la voluntad de quien la elaboró”³.

“El conocimiento íntegro de una norma constitucional obliga a tener en cuenta no sólo su fuente de constancia, sino también su fuente material o indirecta. Ello es frecuente cuando se recurre a la interpretación *histórica* o de la voluntad del constituyente. Por ejemplo, cuando la Corte Suprema argentina analizó el artículo 2º de la Constitución nacional que impone al Estado el deber de sostener el culto católico apostólico romano, dijo que la norma respondió *a una necesidad impuesta por las costumbres de la sociedad y por las tradiciones legislativas consignadas en repetidos estatutos anteriores*. A su turno, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, al determinar el alcance del artículo I,

³ Goldschmidt, Werner. Op Cit. Pp. 219.

sección 9, cláusula segunda, de la Constitución de ese país, referida al *hábeas corpus*, indica que para precisar el significado de la expresión *habeas corpus* y su uso apropiado, debe recurrirse al *common law*, del cual fue extraído por los constituyentes. Por tanto, refiere -entre los diversos tipos de *hábeas corpus* del derecho inglés- al *habeas corpus ad subjiciendum*, según el acta de 1679, dada bajo el reinado de Carlos I, y a fin de garantizar beneficios de la libertad en la forma en que lo dispuso la ley”⁴.

El salto de las fuentes de constancia a las fuentes materiales no se practica exclusivamente para interpretar el sentido de las primeras. En hipótesis de ausencia de normas constitucionales (caso de las *lagunas* de la Constitución), y si fracasa el recurso a la analogía, deberá irse a los principios generales de ese ordenamiento normativo y también a las exigencias del valor justicia, para, según las realidades del momento, elaborar la norma faltante, integrando así el aparato normativo constitucional incompleto.

⁴Linares Quintana, Segundo V. & Amadeo, M. LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Tomo I. Editorial Kraft. Buenos Aires. 1949. Pp. 305.

1.2 DERECHO CONSTITUCIONAL PRIMARIO Y SECUNDARIO

Las normas del Derecho constitucional son las que regulan la estructura y la operatividad fundamentales del Estado. Entre ellas, aparte de la ya mencionada distinción entre las reglas formales e informales, cabe diferenciar las de Derecho constitucional primario y secundario.

1.2.1 DERECHO CONSTITUCIONAL PRIMARIO

Se compone de normas constitucionales que gozan del llamado *principio de supremacía constitucional*, en cuanto que deben prevalecer sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Si hay conflicto entre una norma de Derecho constitucional primario y otra de Derecho constitucional secundario, corresponde aplicar la primera e invalidar a la segunda.

Como ejemplo de normas de Derecho constitucional primario, está la constitución formal, y las normas de Derecho consuetudinario constitucional (costumbre constitucional) adosadas y superpuestas a la Constitución formal. También, aquellas normas que, aunque no formen parte textual de la Constitución, ella les da jerarquía constitucional.

Así, por ejemplo, el artículo 204, de la Constitución de Guatemala que establece que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado, lo que significa que ninguna ley o tratado deroga ningún artículo de ella, aunque ello motive una discusión sobre la inconvencionalidad de las normas de la Constitución respecto de la Convención Americana en caso llegaran a colisionar.

1.2.2 DERECHO CONSTITUCIONAL SECUNDARIO

Se integra con las normas (leyes, decretos, tratados internacionales, reglamentos, etc.) que se refieren a la organización fundamental del Estado, pero que no tienen supremacía con relación a las reglas del derecho constitucional primario y que, por tanto, se subordinan a éste. Tal es el caso de las denominadas leyes constitucionales en Guatemala, y de las leyes del Organismo Ejecutivo, del Organismo Legislativo y del Organismo Judicial.

Lo manifestado anteriormente puede resumirse en lo siguiente:

Normas constitucionales	Primarias (Con <i>supremacía</i>)	Formal	La Constitución formal en vigor.
		Informal	La costumbre constitucional, las reglas que se consideren dentro del bloque de constitucionalidad.
	Secundarias	Formal	Tratados, leyes, decretos leyes,

	(Sin <i>supremacía</i>)		reglamentos, etc. referidos a la organización fundamental del Estado.
		Informal	Normas de Derecho consuetudinario, costumbres arraigadas para actos de los organismos del Estado.

Ocasionalmente, hay Estados donde no existe formalmente la división entre el Derecho constitucional primario y el secundario. El caso paradigmático es Gran Bretaña, donde el Parlamento puede -teóricamente-sancionar cualquier ley, sin estar limitado por preceptos que condicionen tal atribución.

Sin embargo, existen ciertas normas, como la Carta Magna, la Petición de Derechos, el Acta de Unión, etc., cuya modificación, por tradición exige pasos y procedimientos más severos (como la disolución del Parlamento y convocatoria a nuevas elecciones, antes de la enmienda).

Otro problema significativo se presenta cuando la Constitución no establece solamente dos escalones esenciales de normas (las reglas con supremacía constitucional y sus subordinadas), sino tres o más, dando lugar a normas interpuestas entre la Constitución y las leyes y demás normas (por ejemplo,

Constitución, normas con jerarquía constitucional, tratados subordinados a la Constitución, pero superiores a las leyes comunes, leyes ordinarias).

De darse esta hipótesis, normas con supremacía constitucional son en sentido preciso las que tienen rango constitucional de primera categoría, o Derecho constitucional primario. Las de segundo orden (tratados que aborden temas constitucionales) por más que prevalecen sobre otras subordinadas a la constitución son Derecho constitucional secundario. Lo dicho no impide que, dentro de ese Derecho constitucional secundario, haya preceptos de distinta jerarquía, y que esa gradación esté reconocida por la misma constitución.

1.3 EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Esta expresión tiene también varios significados.

- a) Por un lado, puede aludir al “conjunto del Derecho constitucional primario y secundario de un país”⁵. Así se la ha empleado comúnmente.
- b) Por otro, puede referir a “un paquete de normas de la Constitución y otras sin esa supremacía, que tratan un punto determinado (leyes que delimitan

⁵Bidart Campos, Germán J. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO. Tomo IV. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1995. Pp. 583.

las competencias del Estado nacional y las comunidades autónomas, en España), pero que no pueden ser afectadas por normas comunes”⁶.

c) “En Francia, el *bloc de constitutionnalité* se integra con el texto constitucional, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República. No lo componen, en cambio, los reglamentos de las asambleas parlamentarias ni las normas internacionales”⁷.

d) “En Italia, la expresión bloque de constitucionalidad ha involucrado a la Constitución y a ciertas normas interpuestas entre ella y las leyes ordinarias, como las reglas que establecen la Unión Europea, los tratados lateranenses o los reglamentos de las cámaras del Parlamento”⁸.

e) En Panamá, escribe Hoyos, “el bloque de constitucionalidad comprende a la Constitución formal, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional, la costumbre constitucional, el reglamento de la Asamblea Legislativa y el Estatuto de retorno inmediato a la plenitud del orden constitucional de 1989”⁹.

⁶De Otto, I. DERECHO CONSTITUCIONAL. SISTEMA DE FUENTES. Editorial Ariel. Barcelona. 1987. Pp. 94.

⁷Rubio Llorente, Francisco. LA FORMA DEL PODER. ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Pp. 105.

⁸Hoyos, Arturo. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Editorial Temis. Bogotá. 1993. Pp. 93.

⁹Ibidem.

f) “En la Argentina, el contenido más usual que se da al *bloque de constitucionalidad* es el paquete normativo formado por la Constitución nacional, los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional mencionados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional, y aquellos otros a los que el Congreso les confiera tal condición jerárquica, en los términos previstos por esa misma cláusula”¹⁰.

En síntesis, cabe concluir que la expresión *bloque de constitucionalidad* tiene un uso *más bien errático y falto de rigor*, que muestra “una realidad abigarrada y heteróclita difícilmente reducible a categoría, aunque, por cierto, muy usada y que alguna vez, separada de su significado originario, se adapta milagrosamente a nuestras necesidades”¹¹.

En todo caso, lo importante es aclarar en qué sentido la usa un autor: a) si solamente refiere a reglas con supremacía constitucional en sentido preciso, en su caso las formales más las consuetudinarias; b) si le suma también las normas de índole constitucional interpuestas entre la constitución y las leyes ordinarias; y, c) si involucra tanto a las reglas de naturaleza constitucional con supremacía y sin supremacía (derecho constitucional primario y secundario en sentido amplio). Ésta última posición es la más común.

¹⁰Manili, Pablo L. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2017. Pp. 277.

¹¹Rubio Llorente, Francisco. Op Cit. Pp. 104.

2. LA CONSTITUCIÓN FORMAL

2.1 CARACTERIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL

2.1.1 REQUISITOS DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL (OFICIAL)

Corresponde ahora analizar a la Constitución formal (oficial), que concentra sólo a un grupo de normas del Derecho constitucional: aquellas que tienen supremacía (Derecho constitucional primario), y que se hallan insertadas en el texto constitucional formal. Debe subrayarse que el derecho constitucional primario comprende, igualmente, a reglas del derecho consuetudinario constitucional, y normas que una constitución puede conferir rango constitucional, aunque no estén en el cuerpo o en los anexos de la constitución (por ejemplo, en algunos Estados, los tratados internacionales poseen jerarquía constitucional porque así lo ordena la propia Constitución).

La constitución formal (oficial) se integra con el conjunto de artículos, cláusulas, anexos, el preámbulo, etc., asumiendo formalmente la condición de *super ley, ley suprema o ley fundamental*. Para ello tiene que cubrir algunos requisitos mínimos.

A. RIGIDEZ

Esto implica que el texto constitucional no puede válidamente dictarse o reformarse sino por un procedimiento distinto al de una ley común. Si la constitución formal pudiese alterarse por el mismo trámite que una ley ordinaria (constitución flexible), desaparece la diferencia de categoría jurídica entre una y otra: la Constitución tendría, en verdad, jerarquía de ley vulgar.

La rigidez de la Constitución tiene por fin impedir que los poderes constituidos puedan corregirla a su antojo. Por ende, opera como tope o límite al quehacer de éstos. De hecho, ello importa una suerte de desconfianza hacia los excesos de los poderes constituidos.

B. ESCRITA

La forma escrita tiende a darle certeza y seguridad, puesto que así se evitan (pero no de modo absoluto, desde luego) ambigüedades e incertidumbres sobre la existencia y el contenido de las normas constitucionales primarias. El sistema escrito tiene sus antecedentes en los fueros españoles, se afinca en el Derecho inglés, en particular después de la Carta Magna de 1215, pasa al Derecho americano con los *covenants* o pactos de los primeros colonizadores y termina por consolidarse durante la Revolución Francesa.

Algunas veces se afirma que hay países sin constitución escrita, como Inglaterra. Tal aseveración no es exacta, porque parte del Derecho constitucional inglés tiene formulación escrita, aunque dispersa (Carta Magna, Petición de Derechos, Acta de Habeas Corpus, Acta de Unión).

De todos modos, cabe apuntar que los sectores de constitución no escrita de un país pueden ser muy extensos (caso del derecho consuetudinario constitucional).

Las constituciones contemporáneas tienden a ser orgánicas, o ubicadas en un solo documento: pero hay excepciones (Inglaterra, Israel, Nueva Zelanda, puesto que varios documentos con jerarquía constitucional, como declaraciones internacionales de derechos, algunas Convenciones, etc. -por cierto, más extensos que algunas constituciones escritas- no están formalmente contenidos en el texto constitucional).

2.1.2 NOMBRE

La denominación habitual de la constitución Formal es, por lo común, el de Constitución. Algunas veces, en particular en Latinoamérica, se le añade el adjetivo de política (por ejemplo, Constitución Política de Guatemala), cosa que es una redundancia, porque no se concibe una constitución *apolítica*, desde el momento que regula al sujeto político por antonomasia, como es el Estado.

En otros casos, a la constitución formal se la ha llamado Ley Fundamental (caso de Alemania, 1949, cuando se pretendió dejar el nombre de constitución una vez que el país se reunificase), o *Instrumento de Gobierno* (Inglaterra, durante el protectorado de Cromwell; y, actualmente, Suecia).

También en el lenguaje corriente la constitución formal es llamada a menudo Carta magna, en conmemoración a la signada por el Rey inglés Juan Sin Tierra en 1215, y que por su celebridad es citada como el precedente más famoso (aunque no el primero) del constitucionalismo moderno. La palabra *carta*, o *carta constitucional*, en lugar de constitución, se usó en el siglo XIX, por ejemplo, en Francia (textos de 1814 y 1830), y alude generalmente a una constitución dictada u otorgada por un monarca, y no emanada del pueblo.

También en la misma época se emplearon otras voces, como en España el Estatuto Real de 1834, y en Cerdeña, el Estatuto Albertino (por el Rey Carlos Alberto, quien lo concedió en 1848). En la Argentina se utilizó ocasionalmente el término *Reglamento* (el Reglamento Provisorio de 1817). La Constitución francesa del 24 de junio de 1793, se denominó por su parte Acta Constitucional. Cuando el texto constitucional no está unificado, sino repartido en varios documentos, se han utilizado los títulos *Leyes constitucionales* (Francia, 1875) o *Leyes fundamentales* (España, 1942 a 1978).

En Latinoamérica, los regímenes militares contemporáneos han empleado las palabras *Estatuto* o *Actas* (Estatuto Fundamental de Gobierno en Guatemala en 1982, en Chile, a partir de 1973, aparecieron también las *actas constitucionales*; antes lo hicieron en el Brasil, durante la revolución de 1964, luego en Uruguay las *actas institucionales*).

2.1.3 CONTENIDO. ESTRUCTURAS DE PODER Y DE VALORES

¿Qué debe decir una constitución formal para que efectivamente sea una constitución? La constitución formal-oficial tiene que cumplir una misión clave: estructurar en lo esencial al Estado, en un doble sentido.

a) Como estructura de poder, diseñar en lo fundamental la arquitectura y operatividad del Estado, prescribiendo quién, cómo y cuánto manda. Al definir *el estatuto del poder*, según la expresión de Burdeau, demarca las facultades, atributos y competencias del Estado, de los gobernantes y de los particulares, en sus aspectos esenciales.

Otras facetas significativas del estatuto del poder pueden dejarse a la normatividad constitucional secundaria, que no posee supremacía constitucional (leyes electorales, orgánicas de los poderes del Estado, etcétera).

Entre esa parte fundamentalista, concerniente a la estructura y operatividad del Estado, Kelsen destaca "los preceptos que se aplican en la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes"¹². Tal observación es muy cierta, puesto que es vital para un Estado describir y condicionar el modo de producción de las normas, y ello obliga a prever en la constitución *quién* dicta las normas, *cómo* lo hace y, en alguna medida, su eventual *contenido*.

Ese proceso constitucional de distribución y asignación de competencias ha demandado la inserción, en el texto constitucional, de un listado de derechos personales fundamentales, aunque históricamente hay ejemplos, escasos, de omisión de tales derechos (Constitución estadounidense de 1787, prontamente completada con el *bill of rights* que insertó las diez primeras enmiendas; leyes constitucionales francesas de 1875).

b) Como estructura de valores, la Constitución perfila ideológicamente al Estado, puntualiza cuáles son sus metas supremas y prioriza ciertos fines sobre otros. La estructura de valores de una constitución es decisiva, porque evidencia su ideología, marca el ritmo y el sentido con el que ella debe ser aplicada, y regula el funcionamiento de la estructura de poder de la Constitución.

¹²Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. UNAM. México. 1969. Pp. 146.

En el campo de la experiencia jurídica, puede ocurrir que una constitución incumpla sus deberes de contenido, por *insuficiencia* o por *exceso*. Con relación a lo primero, puede señalarse el caso de aquellas constituciones que crean órganos de extra-poder (como el Ministerio Público, por ejemplo), sin especificar quién nombra al titular del órgano, de qué modo y por cuánto tiempo son designados sus integrantes, con lo que transfiere al legislador común temas esenciales para la independencia de tal órgano, que en verdad eran propios del poder constituyente.

Al revés, también es posible que los textos constitucionales incursionen en asuntos no fundamentales, incorporando a su cuerpo temas más o menos trascendentes (o intrascendentes), propios de una legislación constitucional secundaria, y aun infra-constitucional (de tipo de derecho administrativo).

Como caso anecdótico puede recordarse el artículo 153, inciso 2°, de la Constitución de Turquía de 1961, cuyo contenido regulaba el uso del sombrero.

2.1.4 IDEOLOGÍA

¿Qué conexión hay entre una constitución formal y las ideologías políticas?

Es posible encontrar aquí dos actitudes distintas.

A. IDEOLOGISMO EXPRESO

Ciertas constituciones declaran francamente su ideología. Esto es frecuente en las constituciones marxistas, cuyos preámbulos definieron la orientación política del texto constitucional, sin perjuicio de que también lo hiciesen diversos artículos de la Constitución.

Por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución soviética de 1977 señaló que "el objetivo supremo del Estado soviético es edificar la sociedad comunista sin clases en la que se desarrollará la autogestión social comunista".

En otros casos, ciertos textos constitucionales proclaman su vinculación con la democracia neoliberal-social. Así, la Constitución de Francia define al Estado como una república democrática y social (artículo 29), o la de Italia que le asigna como misión "suprimirlos obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país" (artículo 3).

La afiliación a un socialismo más intenso, aunque no de tipo marxista, puede hallarse en la Constitución de la República Árabe Unida del 25 de marzo de 1964, que define a ésta como un "Estado democrático socialista", liderado por la Unión Socialista Árabe, movimiento formado por la alianza de las fuerzas del

pueblo, representadas por el pueblo laborioso, a saber: los campesinos, los obreros, los soldados, los intelectuales y el capital nacional" (artículo 3).

Como muestra de identificación del texto constitucional con otra vertiente ideológica, puede citarse también la *Carta del Lavoro* de Italia (21 de abril de 1927), uno de los textos componentes de la entonces constitución no codificada de dicho país, que definía a Italia como "una unidad moral, política y económica que en el Estado fascista está íntegramente realizada" (artículo 1).

Actualmente puede constatar una franca adhesión a una ideología política teocrática en la Constitución de Irán de 1979. Ella describe al Estado como una república islámica, forma de gobierno basada en la creencia en un Dios único, la revelación divina, la resurrección, la justicia divina en las obras de la creación y de legislación de la revolución islámica, el valor y la libertad del hombre, unido a su responsabilidad ante Dios (artículo 2°).

B. IDEOLOGISMO ENCUBIERTO

La mayor parte de las constituciones formales, sin embargo, no manifiesta expresamente su ideología (o ideologías). Tal omisión puede ser espontánea o intencional; en el primer caso, porque el constituyente no ha considerado necesario definirse ideológicamente. En el segundo, porque ha procurado disimular su ideología.

“A menudo, en efecto, el legislador constitucional gusta de presentarse como neutral en el campo ideológico; y en eso consiste, precisamente, la llamada *ideología del derecho*”¹³.

La pseudo-neutralidad ideológica intenta presentar a la constitución formal como un producto ideológicamente inofensivo e idealmente puro, vale decir, abstraído de posiciones políticas concretas o de inclinación es hacia corrientes ideológicas. Así, el texto constitucional parecería más ecuánime, ecléctico y menos identificado con las tendencias políticas en circulación. Estaría, pues, desideologizado.

Tal *desideologización* parece haber alcanzado su cúspide con la Constitución federal alemana de 1871, que al decir de Loewenstein, "su contenido ideológico es igual al de una guía telefónica".

Para este autor, dicho texto no es más que el estatuto o contrato de una asociación que encomienda los negocios gubernativos a los órganos estatales superiores.

Sin embargo, toda Constitución define una estructura de poder y una estructura de valores. El modo en que enuncia, tutela o desprotege ciertos derechos y principios (libertad, propiedad, igualdad, cooperación), los fines que

¹³Edelman, Bernard . LA PRÁCTICA IDEOLÓGICA DEL DERECHO. Editorial Tecnos. Madrid. 1980. Pp. 170.

procura, los poderes que dalas autoridades, etc., van inexorablemente delineando su perfil ideológico.

La aludida Constitución alemana de 1871, por ejemplo, no dejaba de instaurar un sistema monárquico, al organizar un Imperio presidido por el rey de Prusia (artículo 11), combinado con ingredientes democráticos (artículo 20), el *Reichstag* o Cámara de Diputados se componía con legisladores elegidos por sufragio universal directo y por voto secreto, que representaban, según el artículo 29, a todo el Pueblo alemán.

El magro listado de derechos personales incluía explícitamente al de propiedad sobre bienes raíces (artículo 3), junto con la libertad de industria (artículo 4, inciso 1). Hay, pues, ingredientes ideológicos innegables, aproximando a la Constitución a una de corte liberal y monárquico-constitucional.

“Todo texto constitucional, en resumen, posee una ideología, manifestada o encubierta. También es factible que sea la resultante de dos o más ideologías, que llegan a una transacción en la constitución, con tramos tributarios de una concepción y otros de la restante; o con artículos constitucionales ideológicamente híbridos. Así ocurrió con la Constitución alemana de Weimar, habitáculo de las ideologías liberal y socialista.”¹⁴.

¹⁴Vazquez Vialard, Antonio (Director). TRATADO DEL DERECHO DEL TRABAJO. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1996. Pp. 760.

2.1.5 LA IDEOLOGÍA COMO PRESUPUESTO DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL

El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (París, 26 de agosto de 1789) proclamó: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

“Dicha norma evidencia el propósito de reservar el concepto de *constitución* únicamente a determinados textos constitucionales: aquellos que estuviesen afiliados al liberalismo. En cambio, niega el carácter de constitución a los que no profesen tal ideología. Habría, por ende, verdaderas y falsas constituciones, según la ideología que profesen”¹⁵.

La idea de reservar el título de Constitución a los textos constitucionales liberales, y de negárselo a los no liberales (monárquico-absolutistas, marxistas, fascistas, autoritarios, etc.) fue una estratagema ideológica bastante exitosa en su momento, pero que evolucionó más tarde (no podía ser menos, ante la crisis del liberalismo) hasta permitir llamar Constitución a los documentos que, aunque no estrictamente liberales, se insertaron dentro del concepto de Estado social de derecho.

¹⁵Bidegain, Carlos M. CUADERNOS DEL CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1975. Pp. 24.

Otras posturas terminaron por reconocer que “todo Estado tiene constitución, pero que únicamente habrá constitucionalismo o Derecho constitucional si el gobierno del caso tiene poderes restringidos”¹⁶ (Friedrich), o “si respeta la dignidad y libertad de las personas”¹⁷ (Lucas Verdú).

En cualquiera de estos supuestos, se intenta reservar el nombre de Constitución, o el de constitucionalismo o de Derecho constitucional, al texto o al régimen constitucional vinculado con determinada ideología: la liberal, la democrático-social o la personalista. La ideología aparece aquí como presupuesto condicionante del concepto de constitución, constitucionalismo o Derecho constitucional.

Entendemos con Santi Romano que “todo Estado que cuente con un texto jurídico con supremacía tiene una constitución. Aun en el caso de un Estado despótico, hay constitución, por más, desde luego, que dicho régimen resulte repudiable”¹⁸.

Las constituciones no liberales o no democrático-sociales, fuera de la connotación negativa que puedan tener, no por eso dejan de ser constituciones, y el Derecho constitucional no liberal o no democrático-social, es también derecho

¹⁶ Friedrich, Carl. TEORÍA Y REALIDAD DE LA ORGANIZACIÓN DEMOCRÁTICA (EN EUROPA Y AMÉRICA). Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1946. Pp. 130.

¹⁷ Lucas Verdú, Pablo. CURSO DE DERECHO POLÍTICO. Tomo I. Editorial Tecnos. Madrid. 1974. Pp. 45

¹⁸ Romano, Santi. PRINCIPIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL GENERAL. Citado por Rossetti, Alfredo. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA. Instituto de Derecho Público de la Universidad Nacional de Córdoba. España. 1962. Pp. 158.

constitucional. Lo contrario importaría una discriminación ideológica a científica, como la de negar la condición de hombre a quien no piense según determinada ideología; o negar la condición de gobierno al régimen que no coincida con nuestro esquema ideológico del poder.

Lo dicho no impide, claro está, que las constituciones sean clasificadas ideológicamente, según su origen e ideología (en constituciones liberales, democrático-sociales, fascistas o como fuere) y que sea preferible la Constitución democrático-social, tutora de los derechos del hombre, por sobre la Constitución que niega la dignidad humana.

CAPÍTULO II

LAS FUENTES FORMALES DE LA CONSTITUCIÓN

1. CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES Y DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

1.1 DEMOCRÁTICAS, AUTOCRÁTICAS Y MIXTAS

“En función de su origen, es usual diferenciar las constituciones en *otorgadas*, cuando son *concedidas o dadas* por el gobernante, sea por su propia voluntad o arrancadas a él, como fue el caso de la Carta Magna inglesa de 1215; *pactadas*, si resultan un producto de una transacción entre el soberano y el pueblo (constituciones de España de 1845 y 1876), o *impuestas*, si el pueblo se la implanta al monarca, como la francesa de 1791”¹⁹.

Esta clasificación responde, como puede verse, al juego de poderes rey/pueblo, especialmente a fines del siglo XVII y durante el siglo XIX. En la actualidad, el esquema concluye arcaico. Siguiendo el criterio de formas de gobierno de Kelsen, parece más adecuado distinguir estas dos modalidades de establecimiento político de una Constitución:

¹⁹Bidart Campos, Germán. DERECHO CONSTITUCIONAL. Tomo I. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1964. Pp. 119

a) “*Democráticas* son las mencionadas con una genuina intervención de la comunidad”²⁰, por ejemplo, mediante una convención especialmente designada al efecto (Italia, 1947), o por medio del órgano representativo habitual (parlamento, generalmente por una mayoría calificada), o aprobadas directamente por el cuerpo electoral por la vía de un referéndum constitucional; “siempre, por supuesto, que ese referéndum haya sido legítimo, con un indispensable tiempo de libertad e información para el debate popular, así como de limpieza en los comicios”²¹.

b) “Son *autocráticas* las establecidas por el gobernante sobre la base de su propia autoridad. De darse esa alternativa, los súbditos se encuentran excluidos de la creación del ordenamiento jurídico”²², según manifiesta Kelsen. Por ejemplo, la Carta francesa de 1814 fue dada por Luis XVIII *voluntariamente y por el libre ejercicio de nuestra autoridad real*; y no hace mucho, la Constitución de Mónaco de 1962 establece que Rainiero III, en su condición de príncipe soberano, ha “acordado dotar al Estado de una nueva Constitución, la cual, por ser esta Nuestra Voluntad Soberana, será considerada en lo sucesivo ley fundamental del Estado y solo podrá ser modificada en las formas que nos hemos decretado”²³.

²⁰Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. Op Cit. Pp. 337.

²¹Sagües, Néstor P. LA LEGITIMACIÓN DEL REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1998. Pp. 77.

²² Kelsen, Hans. Op Cit. Pp. 337.

²³Daranas Peláez, Mariano. LAS CONSTITUCIONES EUROPEAS. Tomo 2. Editorial Nacional. Madrid. 1979. Pp. 1429.

Otra muestra de creación autocrática de normas constitucionales fue en Argentina en 1976, con el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional, dictado por la Junta Militar en ejercicio del poder constituyente.

El concepto de *constitución autocrática* responde a la antigua categoría de *constitución otorgada*.

c) En lo que atañe a las *mixtas*, en ciertas ocasiones, las constituciones emanan de dos fuentes de poder: el gobernante y la comunidad. La de Liechtenstein de 1921 fue promulgada por el príncipe soberano *con el asentimiento de nuestro parlamento*. Una fórmula parecida fue la empleada en ocasión de la Constitución española de 1876, decretada por Alfonso XII, en unión y de acuerdo con las Cortes del Reino.

Ciertas constituciones han sido pactadas entre diversos Estados (Alemania, 1871) o por una asamblea federal, con la conformidad de las asambleas de repúblicas federales y provincias autónomas (Yugoslavia, 1976), o por una asamblea, ratificada por la voluntad de los Estados miembros de una federación (Estados Unidos de América, 1787).

En tales casos, habrá que averiguar si medió o no elección popular en los Estados participantes, para calificar a esa constitución como democrática, autocrática o mixta.

1.2 TOTALITARIAS, AUTORITARIAS Y DE PODER MODERADO

No ya en cuanto su origen, sino respecto de su contenido ideológico y en particular con referencia a las cuotas de poder que asignan a los gobernantes, las constituciones pueden clasificarse en totalitarias, autoritarias o de poder moderado.

Naturalmente, desde la vertiente ideológica las constituciones también podrían encasillarse según la doctrina política a la que, expresa o tácitamente, se adscriban y, de tal modo, clasificarse como *liberales*, *marxistas*, *socialistas*, *social cristianas*, etc. No obstante, dadas las diversas corrientes que anidan en cada una de esas concepciones, parece más conducente ubicar a las constituciones concretas en razón de la cantidad de poder que depositen en el Estado, antes que según el rótulo ideológico que profesen.

Desde luego, para insertar a una constitución en uno u otro de estos subtipos (totalitarias, autoritarias o de poder moderado), cabe entender más que su texto, al modo en que es realizada. “En muchos casos la constitución escrita no es más que un cómodo disfraz para la instalación de una concentración de poder en las manos de un detentador único”²⁴.

²⁴Loewenstein, Karl. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 1976. Pp. 214.

a) La constitución totalitaria somete al hombre y a sus derechos a la voluntad soberana del Estado. Pocas se definen así, obviamente; pero pueden rastrearse ciertos datos al respecto. Por ejemplo, el artículo 2 de la Constitución de Albania de 1976, cuando enuncia claramente a la dictadura del proletariado como forma de Estado, indica que el Partido del Trabajo de Albania, como vanguardia de la clase trabajadora, es la única fuerza política dirigente del Estado y de la sociedad bajo la ideología dominante, que es el marxismo leninismo, y enuncia que la República “fomenta permanentemente la revolución adhiriéndose a la lucha de clases.

b) La constitución autoritaria asigna al Estado una muy acentuada cuota de poder, restringe el pluralismo y el debate político y limita seriamente a los derechos personales –en particular, los cívicos–, aunque de todos modos reconoce derechos significativos, incluso admitiéndolos –pero no siempre– como anteriores y superiores al Estado mismo. Existen, esto sí, varias y distintas versiones de Estado autoritario. Algunas de ellas próximas al Estado totalitario.

Entre las *Leyes fundamentales* de España, inmediatamente anteriores a la actual Constitución, puede recordarse la Ley de Principios del Movimiento Nacional, sancionada por Franco, como *Caudillo de España, consciente de mi responsabilidad ante Dios y ante la Historia*, que en su artículo VII exaltaba los principios de *autoridad, libertad y servicio*, con especial énfasis en el primero.

Asimismo, dicho documento, fuera de las entidades que la ley habilitaba como representativas (familia, municipios y sindicatos), expresaba en su artículo VIII, que *toda organización política de cualquier índole al margen de este sistema representativo será considerada ilegal.*

Otro documento paralelo, el Fuero de los Españoles, indicaba en su artículo 12 que cualquier ciudadano podrá expresar libremente sus ideas, *mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado*, y en su artículo 33 que el ejercicio de los derechos personales no podía ir contra *la unidad espiritual, nacional y social de España.*

La Constitución de Cuba de 1992, por su parte, reconoce en su artículo 53 la libertad de palabra y prensa, pero *conforme a los fines de la sociedad socialista* e impide la propiedad privada de los medios de difusión.

El pluralismo político también queda lesionado en la Constitución de Cuba, al establecer en su artículo 5° lo siguiente: *El Partido Comunista de Cuba, marxista-leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista.* Paralelamente, a tenor del artículo 62, ninguna libertad puede ser ejercida *contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible.*

En otros casos, afloran rasgos autoritarios en una Constitución no globalmente autoritaria. La actual Constitución de Francia “una puerta abierta a la dictadura constitucional”²⁵, según la expresión de Jiménez de Parga, habilita, en su artículo 16, al presidente de la Nación, en situaciones de emergencia -que él mismo decide cuáles son- a “adoptar las medidas que tales circunstancias exijan, informando al pueblo por medio de un mensaje y previa consulta a ciertos funcionarios del Estado. Esto autorizaría a suspender la constitución sin plazo ni medida”²⁶.

c) La constitución *de poder moderado* es heredera histórica del liberalismo, en cuanto tal doctrina postula defender al gobernado frente al gobernante, restringe las atribuciones de éste, dividiéndolo en por lo menos tres departamentos (ejecutivo, legislativo y judicial), establece un sistema de control de constitucionalidad y reconoce una amplia gama de derechos personales, todo en un marco de pluralismo político.

“No la llamamos, sin embargo, constitución *liberal* (aunque por lo común las constituciones liberales son de poder limitado), dado que existen constituciones con poder moderado tributarias de concepciones propias del Estado social de Derecho, no necesaria ni exclusivamente liberales (por ejemplo, diversas posiciones socialistas y social cristianas)”²⁷.

²⁵ Jiménez de Parga, Manuel. LA V° REPÚBLICA FRANCESA. Editorial Tecnos. Madrid. 1958. Pp. 72

²⁶ *Ibidem*. Pp. 72

²⁷ Goldschmidt, Werner. Op Cit. Pp. 145.

Por ejemplo, la Constitución italiana, al tiempo que reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, no solo como individuo, sino también en el seno de las formaciones sociales, le exige también el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.

Conectando la clasificación de las constituciones en razón de su origen, con relación a su clasificación en virtud de la cuantificación del poder estatal, puede constatarse que las constituciones autocráticas tienden a ser autoritarias totalitarias, pero hay excepciones (por ejemplo, la de Mónaco, que reconoce las libertades fundamentales). Por otro lado, las constituciones democráticas se inclinan a ser de poder moderado, también con excepciones.

Por ejemplo, la Constitución rusa de 1918 es probable que haya sido respaldada popularmente, pero instrumenta una dictadura de clase destinada a eliminar expresamente al sector social identificado con la burguesía capitalista (artículos 3° y 9°).

La Constitución chilena de 1980, aprobada por un plebiscito (si bien se discute su legitimidad), introdujo por su parte normas que podrían implicar una fuerte concentración de poder en sus autoridades, al mismo tiempo que se identifica con la doctrina de la seguridad nacional y limitar el pluralismo político (artículos 1°, 89, 19, incisos 15, 22, y 23).

“También es dable observar que una constitución de poder moderado puede transformarse en la práctica, mediante un proceso de perversión constitucional, en autoritaria o totalitaria”²⁸.

El caso de la Constitución alemana de Weimar (1919) manipulada y corrompida por el nazismo, es una buena muestra de ello. La de México de 1917, desnaturalizada por décadas de partido hegemónico y de fraude en los comicios, con negación en los hechos de la alternancia en el gobierno, significó (al menos, en el ámbito electoral) el tránsito hacia una constitución autoritaria, que felizmente se ha revertido.

El caso opuesto (de una constitución con rasgos autoritarios venida a constitución de poder restringido) es más raro, aunque no imposible. Una muestra de ello puede ser el caso chileno, donde la Constitución de 1980 (aunque con varias modificaciones normativas) ha sido aplicada con un ritmo pluralista y de poder limitado, después de producidas las elecciones de 1989, y reformada más tarde en importantes aspectos.

1.3 CODIFICADAS, NO CODIFICADAS E INTERMEDIAS

La tendencia contemporánea es la de aglutinar todas las normas constitucionales en un texto oficial y único (constitución codificada). Se gana así

²⁸ Loewenstein, Karl. Op Cit. Pp. 213.

en claridad, sistematización y acceso global a la temática constitucional. Al mismo tiempo disminuyen las posibilidades de redundancias o contradicciones normativas.

La constitución oficial dispersa está fragmentada en dos o más textos de nivel constitucional; por ende, no está codificada. Un ejemplo típico fue el mosaico constitucional de España previo a la Constitución de 1978, y que estaba formado por la Ley Orgánica del Estado, el Fuero de los Españoles, el Fuero del Trabajo, la Ley Constitutiva de las Cortes (Parlamento), la Ley de Sucesión, la Ley de Referéndum Constitucional y la Ley de Principios del Movimiento Nacional. Israel y Nueva Zelanda se insertan también en el grupo de constituciones no codificadas.

Entre las constituciones codificadas y las no codificadas (dispersas) existen otras intermedias. Son las constituciones que comienzan codificadas, pero son seguidas por normas complementarias y anexos, muchas veces de significativa extensión. Por ejemplo, el actual artículo 149 de la Constitución de Austria informa que regirán como leyes constitucionales -aparte de la constitución propiamente dicha- una serie de leyes, como la Ley Fundamental del Estado de 1867, en materia de derechos personales; las leyes de 1862 sobre libertad personal e inviolabilidad del domicilio; la ley de 1919, sobre expulsión del territorio y confiscación de los bienes de la casa Habsburgo-Lorena; y la sección V° de la tercera parte del Tratado de Saint Germain de 1919.

Más tarde, la Constitución de Austria de 1974 dispone en su artículo 2º, que son leyes fundamentales del reino el *Instrumento de Gobierno* (o constitución propiamente dicha), la ley de sucesión y la ley de libertad de prensa.

En Argentina, según la reforma constitucional de 1994 (artículo 75, inciso 22), se da jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cuyo texto triplica al de la Constitución.

1.4 CONSTITUCIONES CORTAS Y EXTENSAS

Esta clasificación parece intrascendente: ¿qué importa que una constitución sea reducida o larga?

En verdad, la extensión de una constitución, cuando es excesiva, la transforma en una constitución código, al estilo de la de Yugoslavia de 1974, con 406 artículos, la de India (que parece más un libro que una Constitución), o la de Ecuador de 2008, con 444 artículos, y otras normas complementarias. Esto produce varios problemas.

En tales casos, la constitución capta materias no estrictamente fundamentales, y lleva a su seno asuntos de segunda significación, propios de una ley ordinaria. Como estos temas de menor cuantía exigen a menudo cambios, no siempre fáciles de hacer en un texto constitucional supremo y rígido, la

constitución-código termina por aprisionar y encorsetar numerosos aspectos de la vida social. A la postre, es posible que el derecho consuetudinario constitucional comience a imaginar fórmulas de evasión a los voluminosos preceptos constitucionales notoriamente reglamentaristas.

Por lo demás, una constitución-código es poco conocida, dado que su abundancia normativa impide que pueda ser consultada y conocida fácilmente, y menos recordada por el pueblo. La inflación constitucional, al mismo tiempo, fomenta los problemas de coordinación entre las distintas normas del texto.

¿Por qué un constituyente se ocupa de lo que no le corresponde? En el plano de la realidad, hay varias explicaciones posibles. Puede ocurrir que este constituyente no tenga idea precisa de qué es una constitución y confunda los roles del legislador común con los del legislador constitucional. También es factible que pretenda legitimarse ante la comunidad *trabajando mucho*, esto es, redactando una serie interminable de artículos constitucionales en lugar de *hacer poco y bien*, este es el vicio de la *legitimación cuantitativa*.

En otros casos, el constituyente desconfía del legislador ordinario, piensa que este no cumplirá mañana con el mensaje constitucional y actúa él como legislador común. Al mismo tiempo, esa abundancia constitucional provoca repeticiones innecesarias que terminan en redundancia. Por último, hay

constituyentes que intentan disciplinar toda la vida social, aun en asuntos extra-constitucionales.

La sobreabundancia constitucional, como todo exceso, no es nada positiva. Implica una carga difícil de llevar y más todavía de remover. En una constitución, la brevedad, si no es excesiva, generalmente produce buenos resultados.

1.5 DEFINITIVAS Y TRANSITORIAS

Esta tipología fue enunciada por Alberdi, quien, con criterio pragmático, afirmaba que había dos tipos de constituciones: las de *creación* o *transición*, propias de los países en vías de formación, y las *definitivas* o de *conservación*, para Estados ya consolidados.

Alberdi propone para algunos Estados en desarrollo, una constitución de transición, que resuelva los requerimientos del presente: "No se ha de aspirar a que las constituciones expresan las necesidades de todos los tiempos. Como los andamios de que se vale el arquitecto para construir los edificios, ellas deben servirnos en la obra interminable de nuestro edificio político, para colocarlos hoy de un modo y mañana de otro, según las necesidades de la construcción"²⁹.

²⁹Alberdi, Juan B. ORGANIZACIÓN POLÍTICA Y ECONÓMICA DE LA CONFEDERACIÓN ARGENTINA. Editorial Besanzón. Buenos Aires. 1956. Pp. 58.

Esporádicamente algunos textos constitucionales se definen como provisorios: por ejemplo, la Ley Fundamental Federal alemana de 1949, según su artículo 146, que rige hasta *el día en que entre en vigor una constitución que haya sido aprobada por libre decisión del pueblo alemán*.

Por lo demás, una constitución permanente puede contener normas transitorias.

Finalmente, es obvio que la definitividad de una constitución se vincula con el tema de la posibilidad de su reforma. Una constitución sumamente flexible (fácil de enmendar o de cambiar totalmente), por ejemplo, no parece tener mucha vocación de permanencia.

1.6 EFICACES E INEFICACES. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

En razón de su aptitud para regular la vida política de una sociedad, las constituciones pueden ser *eficaces*, si realmente así lo hacen, o *ineficaces*, si fracasan en la misión. El tema se conecta con la llamada *fuera normativa* de la constitución, o sea, con la potencia que tenga una constitución para lograr que las normas sub-constitucionales y la conducta activa y omisiva de los operadores de la Constitución, se subordinen a ella.

Sobre el punto existen posturas contrapuestas.

a) Como valor absoluto: Desde una postura formalista y positivista, podría entenderse que la fuerza normativa de la constitución es total, dado que formalmente toda norma inferior opuesta a la constitución, o todo hecho u omisión contrarios a ella, son inválidos. No habría actos indiferentes u opuestos -válidamente- a la ley suprema.

Dos doctrinas fundamentan esta posición. “Una, jurídica, es la de la pirámide jurídica: ubicada la constitución en la cúspide del ordenamiento jurídico, las reglas y actos situados bajo ella tienen consistencia jurídica en cuanto la respeten. No hay en esa pirámide protuberancias, cuerpos extraños o excrecencias opuestos a la constitución. Desde el ángulo político, la teoría de la *nomocracia* enseña que quien tiene algún derecho de mando o facultad lo es en virtud de habérselo conferido, directa o indirectamente, la Constitución, y que sólo podrá ejercer según lo dispone la constitución, en rigor de verdad, según esta postura, no mandan los hombres, sino la norma”³⁰.

b) Como valor nulo. La constitución *hoja de papel*: La contracara de la tesis precedente fue enunciada por Lassalle en 1862, al decir que “hay una constitución real o verdadera, que es la suma de factores reales de un país (ejército, banqueros, iglesia, trabajadores, etc.), frente a la cual, la constitución formal es

³⁰Sánchez Agesta, Luis. DERECHO POLÍTICO. Editorial Prieto. Granada. 1959. Pp. 469.

una simple hoja de papel... que se hace, en caso de apuro, en veinticuatro horas"³¹.

La constitución formal vale en la medida en que de expresión fiel a la real. Caso contrario, carece de valor y tiene necesariamente que sucumbir. La fuerza normativa de la constitución formal, por ende, es prácticamente inexistente.

c) Posiciones intermedias: El problema de la eficacia de la constitución ha suscitado posturas eclécticas. El mismo Kelsen, ante la evidente presencia de normas y actos inconstitucionales, no obstante, el claro enunciado de la supremacía constitucional, termina por concluir que "esas infracciones a la constitución son de todos modos permitidas por ella, en el sentido de que son constitucionales hasta tanto no sean declaradas inconstitucionales"³².

De acuerdo con esta *paradoja kelseniana*, la constitución siempre triunfa: "si la norma o acto opuesto a la constitución es declarado inconstitucional, obviamente la constitución tuvo fuerza normativa; y si no es declarado inconstitucional, la misma constitución programa que valga como constitucional, bajo condición resolutoria (mientras no se lo invalide como inconstitucional)"³³.

³¹Lasalle, Ferdinand. ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN? Editorial Siglo XX. Buenos Aires. 1964. Pp. 48.

³²Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. Op Cit. Pp. 187

³³ Ibídem. Pp. 188.

Para otras posturas, la constitución, no obstante, la voluntad del constituyente de que se la cumpla, “puede ser irremediablemente infringida si sus operadores (incluyendo a quienes les toca el control de constitucionalidad) se confabulan para incumplirla. Por eso, para los poderes constituidos, sólo importa una suerte de *propuesta, oferta o invitación*”³⁴. “La constitución tendría así el valor de una especie de parte meteorológico o pronóstico normativo”³⁵.

Por otra parte, Hesse entiende que la fuerza normativa de la constitución es básicamente una *pretensión de vigencia*. Dicho de otro modo, la constitución es *condicionante* de la realidad de un país, pero de hecho se halla *condicionada* por una serie de factores, endógenos y exógenos.

“Entre los primeros está la propia habilidad de la constitución para absorber la realidad de un Estado, sus límites y posibilidades. Entre los segundos, está la *voluntad de constitución*, es decir, la intención de sus operadores, para cumplirla o no. El caso más patente de voluntad de constitución se da cuando aquel que podría quebrantar o modificar sus normas, las respeta”³⁶.

En definitiva, cabe constatar que la *fuerza normativa* de la constitución puede estudiarse desde tres perspectivas. Desde el ángulo normativo, la constitución siempre pretende tener vigencia, pero algunas veces el constituyente

³⁴Tamayo Y Salmorán, Rolando. EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA CONSTITUCIÓN. En: LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES. UNAM. MÉXICO. 1985. Pp. 170.

³⁵ Goldschmidt, Werner. Op Cit. Pp. 198.

³⁶Hesse, Konrad. ESCRITOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. Pp. 66.

neutraliza ese propósito con cláusulas ambiguas o contradictorias, con lagunas o sin programar un adecuado régimen de control de constitucionalidad.

Desde el terreno de las realidades, la *fuerza normativa* de la constitución depende de su ingenio para prever un plan de gobierno posible y legítimo a la vez, como de la honesta intención de sus operadores (jueces, legisladores, poder ejecutivo, etc.) para efectivizarlo.

Ellos pueden someterse o no al plan, evadirse o degradarlo, cuando no pervertirlo. También está condicionada por la actitud de otros operadores (religiosos, empresarios, fuerzas armadas, etc.) que, si bien no son formalmente ejecutores de la constitución, sí pueden boicotear su realización.

En este tema es indispensable destacar que ciertas sociedades son *legalistas*, en tanto otras anti legalistas. En las últimas, la desobediencia a la ley es una práctica habitual, poco mal vista, o antes bien valorada como muestra de habilidad por parte del evasor. No es raro que allí sea frecuente encontrar fórmulas pervertidoras de la constitución, cuyo mérito aumenta en función del talento y agudeza de la solución jurídica elusiva o distorsionadora.

Finalmente, desde el ámbito de los valores, “en principio es bueno que la constitución tenga fuerza normativa, en aras del orden, seguridad y legalidad. Pero no es axiológicamente positivo una constitución básicamente ilegítima tenga

fuera normativa, ni que posean ese vigor las cláusulas ilegítimas de una constitución globalmente legítima”³⁷.

De todos modos, cabe subrayar que la *fuera normativa* de la constitución no dimana exclusivamente de su propio texto: no por haber constitución formal habrá, necesariamente, constitución eficaz. Es necesario averiguar, al mismo tiempo, el grado real de observancia de esa constitución. La fuerza normativa no es algo ya hecho, sino algo que se hace (o no) todos los días.

1.7 VIGENCIA Y VICIOS INTRÍNSECOS DE LA CONSTITUCIÓN

Conviene destacar que la constitución formal puede ser portadora de serios defectos que perjudicarán la empresa de su realización.

A) UTOPISMO

Es un vicio constitucional que consiste en enunciar reglas o derechos imposibles. El utopismo consciente ocurre cuando el constituyente mide los costos jurídicos, políticos y económicos de una cláusula constitucional, advierte que no pueden satisfacerse y, no obstante, dicta la norma del caso. El utopismo inconsciente se produce si el constituyente no realiza aquel cálculo.

³⁷Ricord, Humberto E. LAS CRISIS POLÍTICAS Y LAS CUATRO CONSTITUCIONES PANAMEÑAS DEL SIGLO XX. En: LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES. UNAM. México. 1977. Pp. 143.

B) GATOPARDISMO

“Otro defecto constitucional estriba en sancionar reglas que proclaman una transformación, pero que de hecho mantienen la situación preexistente. El término *gatopardismo* deriva de la novela de Lampedusa, *Il Gattopardo*, en la que uno de sus personajes afirma: *Si queremos que todo siga como está, es preciso que todo cambie*. El gatopardismo constituyente significa, pues, un simulacro de cambio”³⁸.

Un caso de gatopardismo, en algunos países latinoamericanos, ha sido el lanzamiento del *consejo de la magistratura*. Tal organismo fue idealmente diseñado para afianzar la alicaída independencia del poder judicial, mediante la selección de sus cuadros según criterios objetivos y sin favoritismos o influencias políticas, reclutándolos sobre la base del mérito de los candidatos, por concursos abiertos y legítimos. La meta, pues, consistió en construir un nuevo poder judicial autónomo, calificado, operativo y honesto, en los principios de idoneidad e igualdad de oportunidades, y ocasionalmente ha sido lograda. Sin embargo, si en la composición de ese Consejo o en la decisión final sobre los nombramientos vuelven a tener predominio los partidos y los otros poderes del Estado, el sistema de designación de jueces sigue básicamente igual que antes, o peor, aunque disfrazado de modernidad e imparcialidad.

³⁸Sagüés, Néstor Pedro. DERECHO CONSTITUCIONAL I. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2017. Pp. 260.

C) DEMAGOGIA

“En otros casos, la ineficacia de la constitución deriva del enunciado de cláusulas de gravoso o difícil cumplimiento aprobadas con propósito de seducción popular o de mera captación de votos. No es raro que esto sea el resultado de una campaña de promesas constitucionales, donde parecería que quien más ofrece mejor trabaja para la comunidad”³⁹.

D) PLAGIO

Ocasionalmente, el legislador constitucional imita órganos, mecanismos y dispositivos del derecho extranjero, cautivado por su novedad o por el prestigio que alcanzan en otras regiones, pero sin evaluar responsablemente su aplicación y utilidad en el medio local.

E) MULTIFORMISMO

De vez en cuando, los autores de una constitución coinciden en la redacción de una cláusula constitucional, pero sin tener acuerdo sobre su contenido. Allí hay consenso en el texto, pero no en el mensaje normativo de la constitución. En tal hipótesis, la cláusula constitucional es multiforme: puede

³⁹Sagües, Néstor. LA DEMAGOGIA. Editorial Cárdenas. México. 1979. Pp. 149.

asumir distintas directrices, según cómo se la quiera interpretar. En tal caso, el propio texto constitucional fomenta exégesis desnaturalizadoras del mismo.

F) DETALLISMO

Muchas constituciones modernas padecen de otro mal: una extensión desmesurada, que aborda temas no estrictamente constitucionales. Se ha anticipado ya que esas normas secundarias y contingentes pueden volverse obsoletas en poco tiempo, lo que se traduce en su consecuente ineficacia por vía del Derecho consuetudinario derogatorio (desuetudo constitucional), que las evade o transforma.

G) ANTIGÜEDAD

Si la constitución es demasiado antigua, sus normas pueden responder a otras realidades y a otros conceptos de legitimidad. Ello conduce a una necesaria inefectividad de algunas de sus reglas.

1.8 CONSTITUCIÓN RETRATISTA, CONSTITUCIÓN CONTRATO Y CONSTITUCIÓN PROMESA. LA CONSTITUCIÓN FICTICIA

Precisamente, con respecto a la realidad, pueden registrarse cuatro clases de constitución.

a) La constitución formal es *retratista* si se somete a la realidad. Como una fotografía, reproduce lo existente: refleja las ecuaciones de poder ya existentes y describe lo que debe ser tal como efectivamente es. Aquí no existe la oposición entre *normalidad* y *normatividad*, para emplear los términos de Schmitt.

En favor de la constitución retratista puede decirse que no engaña y que cumple con el valor verdad. En su contra, poco hace por perfeccionar el orden presente. Es la constitución del *statu quo*, que tiene eficacia no por imponerse a la realidad sino por seguirla.

b) La *constitución contrato* es un texto eficaz, en el sentido de que parte de una visión cierta de los hechos y de las posibilidades; pero al mismo tiempo, formula un plan racional de gobierno proyectado hacia el futuro, en torno a un mañana realizable. Reconoce solamente aquellos derechos posibles de brindar, al mismo tiempo que postula un plan de acción que tiene un buen porcentaje de factibilidad. Establece, por ende, también un proyecto de cambio, dentro de pautas razonables de cumplimiento. Generalmente, cuenta con un buen arsenal

de garantías procesales que atañen jurídicamente exigibles a los derechos personales.

Históricamente, la constitución de los Estados Unidos de América puede presentarse como un caso de constitución contrato.

c) La *constitución promesa* es la que da prevalencia al deber ser sobre el ser. Esos textos, según Rasmussen, "tienden a ser declaraciones de aspiraciones, contienen una lista de las metas que hay que alcanzar en el futuro y no de los derechos que hay que disponer en el presente"⁴⁰. A menudo, son un verdadero catálogo de ilusiones, un inagotable cuerno de la abundancia que desparrama normativamente salud, dinero, cultura, seguridad, liberación, soberanía, trabajo, dignidad, igualdad, y cuantos demás bienes jurídico-políticos puedan concebirse.

La constitución promesa es, casi siempre, una constitución programática, con cláusulas que para su realización requieren normas comunes reglamentarias, habitualmente no dictadas.

Latinoamérica ha sido, hasta no hace mucho, el habitáculo natural de ella; pero ahora se ha difundido también en extensas zonas de Asia y África (en general, se afinsa en países con bajos ingresos *per capita*: a menor riqueza, más promesas).

⁴⁰Rasmussen, Jorgen. EL PROCESO POLÍTICO. ESTUDIOS COMPARATIVOS. Editorial Diana. México. 1971. Pp. 44

Desde luego, la fuerza normativa de la constitución promesa está en razón inversa con la cantidad de fantasías que enuncie. Normalmente, se caracteriza por incumplir sus augurios, cosa explicable por la escasa o nula correlación que hay entre lo que se tiene y lo que se pronostica. Su legitimidad, por cierto, es discutible, ya que en muchos casos importa un verdadero fraude a la comunidad.

d) Con el nombre de *constitución ficticia* no se hace referencia a los proyectos de constitución, ni a las constituciones que no alcanzaron las etapas finales para entrar en vigencia (su ratificación por un referéndum, como la uruguaya aprobada durante el régimen militar por la asamblea constituyente del 31 de octubre de 1980, pero rechazada por el plebiscito del 30 de noviembre de ese año), sino a aquellos textos irrealmente vigentes, como fue el caso de la constitución del reino de Araucanía y Patagonia, auto promulgada por el proclamado soberano de este, Aurelio Antonio I, en 1867.

“Aunque ese personaje tuvo en algún momento cierto control de una porción ínfima de la zona, su autoridad fue de hecho imaginaria. Dictó una constitución que carece totalmente de vigencia práctica”⁴¹.

⁴¹Olano García, Hernán. LA CONSTITUCIÓN DEL REINO DE ARAUCANÍA. En: ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. Centro de Estudios Constitucional. Madrid. 2005. Pp. 361.

1.9 CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL

Además de la clasificación de las constituciones, cabe estudiar la clasificación de las normas incluidas en su texto.

A) FIELES E INFIELES

Es posible que la norma constitucional traduzca bien la intención del constituyente. En tal caso, la norma es fiel. “Pero también puede ocurrir que el propio constituyente no haya sabido transmitir correctamente su voluntad en la cláusula que redactó –por error-, o que intencionalmente haya escrito algo diferente a lo que en realidad quería mandar –por mala intención-. Esos defectos de transmisión hacen que el precepto del caso resulte infiel”⁴².

Por ejemplo, un principio constitucional clásico manifiesta que *las acciones privadas de los hombres están exentas de la autoridad de los magistrados*. Una lectura superficial llevaría a concluir que se trata de conductas extrajurídicas, en las que son incompetentes los magistrados. Sin embargo, si alguien intentara entrometerse en la vida íntima de otro, la esfera de privacidad del afectado debería ser protegida por los jueces. Dicho de otro modo, “la autoridad de los magistrados tendría que actuar, de ser necesario, para tutelar adecuadamente a

⁴² Goldschmidt, Werner. Op Cit. Pp. 324.

las acciones privadas. El *mundo privado*, en síntesis, no es una categoría meta jurídica, sino amparada por el derecho constitucional”⁴³.

En los casos de infidelidad de la norma constitucional, su funcionamiento adecuado obliga a recurrir a la interpretación extensiva, restrictiva o sustitutiva, según los casos.

B) PERMANENTES Y TRANSITORIAS

“Lo común es que las normas constitucionales pretendan regir por un lapso prolongado, generalmente superior al de una ley común, salvo que la constitución se autodefina como provisional. Como dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en *McCulloch vs. Maryland*, la constitución está destinada a perdurar en las eras futuras”⁴⁴.

Ahora bien, razones especiales pueden exigir la existencia de normas constitucionales transitorias, aptas para regir durante un plazo breve. Dichas disposiciones transitorias se insertan con frecuencia al final del texto constitucional y resuelven asuntos contingentes y coyunturales, como el lapso de duración de ciertos funcionarios, la convocatoria a determinados comicios, la fecha de promulgación y de comienzo de vigencia de la constitución, la prohibición de su

⁴³Sagües, Néstor. MUNDO JURÍDICO Y MUNDO POLÍTICO. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1978. Pp. 151.

⁴⁴Corwin, Edward S. LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS Y SU SIGNIFICADO ACTUAL. Editorial Fraterna. Buenos Aires. 1987. Pp. 13.

modificación en cierto plazo, la fijación de términos para que los poderes constituidos dicten las normas complementarias reglas de desarrollo constitucional, etcétera.

El número de esas disposiciones transitorias tiende a aumentar. La Constitución de Portugal de 1976 traía veinte (artículos 292 al 312) pero la colombiana de 1991, registró cincuenta y nueve.

C) REGULARES Y DE EXCEPCIÓN

En función de su previsibilidad existen reglas constitucionales que contemplan el comportamiento normal u ordinario del Estado, y reglas que atienden hipótesis de excepción o de emergencia, de aplicación circunstancial, que a menudo conllevan un acrecentamiento de las competencias estatales. Durante esos tramos, una constitución de poder moderado puede transformarse en una constitución autoritaria, según sea la cantidad y la intensidad de las restricciones a los derechos personales.

Es raro no encontrar en una constitución cláusulas de excepción. La norteamericana, pionera en el tema, prevé en su artículo I, sección 8, la declaración de guerra, y en la 9 la suspensión del habeas corpus *cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión* (el derecho consuetudinario constitucional agregó el estado de ley marcial). La Constitución

de Chile de 1980, abundante en esta materia, habla del *estado de asamblea*, del *estado de sitio*, del *estado de emergencia* y del *estado de catástrofe*, el rótulo común de los *estados de excepción constitucional*.

La Constitución de Irán de 1979 prohíbe declarar el estado de sitio, pero acto seguido autoriza al gobierno -con asentimiento del Parlamento- a decretar restricciones temporales de los derechos constitucionales, cuando hubiere *estado de emergencia* (guerra y otros casos parecidos, según su artículo 79).

Algunas veces la constitución detalla normas ante situaciones de ataque exterior, como la Constitución de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas de 1977, relativos a la proclamación del estado de guerra, de la movilización general o de la ruptura de hostilidades, pero sin atender específicamente los casos de conmoción interior.

D) GENERALES E INDIVIDUALES

Lo corriente es que la norma de la constitución formal sea general, esto es, que refiera a la ordenación -en su conjunto- de la vida social, abarcando una serie abierta de conductas.

Pero ocasionalmente, la norma constitucional, en lugar de un mensaje de órdenes genéricas, puede ser portadora de una directriz particular. En este caso,

se trata de una *norma individual*, ceñida a un sujeto o a un episodio concreto. Por ejemplo, el artículo 333 de la Constitución de Yugoslavia de 1974 dispuso: *La Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, a propuesta de las asambleas de las repúblicas y de las provincias autónomas, podrá elegir a Josip Broz Tito presidente de la República sin fijar duración de su mandato.*

Ello se hizo, según el mismo artículo cuando dispone: *Considerando el papel histórico desempeñado por Josip Broz Tito en la guerra de liberación nacional y la revolución socialista en la creación y el desarrollo de la República, y en otras tareas de envergadura nacional.*

Ello fue una muestra de norma individual favorecedora del individuo en cuestión. Como caso opuesto, puede citarse el artículo XII de las disposiciones últimas de la actual Constitución italiana: *se prohíbe cualquier forma posible de reorganización del disuelto Partido Fascista.*

Las normas constitucionales individuales son frecuentes disposiciones transitorias y finales de una constitución, ya que atienden a reglas sobre el período de transición del texto antiguo al nuevo, elección de autoridades, comienzo de vigencia de la nueva constitución, etcétera. En tal caso, el constituyente programa la aplicación de régimen particular para uno o más actos concretos.

E) PRINCIPALES E INTERPRETATIVAS

Aunque no sea habitual, el constituyente crea en ciertos casos normas destinadas a interpretar otras del texto constitucional. Las normas interpretativas operan en tal caso como normas auxiliares de las normas interpretadas (o principales).

Por ejemplo, el artículo 126 de la Constitución de Malta especifica que *la expresión ley (en la Constitución), es extensiva a toda disposición que tenga fuerza de ley y a toda regla jurídica no escrita, y que la voz cargo público implica un cargo remunerado en la función pública.*

Las normas interpretativas cumplen a menudo el papel de definir ciertos conceptos usados por la constitución. Por ejemplo, la de Chipre de 1960 indicó en su artículo 3° que se entiende por *grupo religioso* en el texto constitucional, *a un grupo de personas ordinariamente residentes en Chipre y que profesen la misma religión, o bien pertenezcan al mismo rito o bien están sometidos a la jurisdicción del mismo siempre que su número, a la fecha de entrada en vigor de esta Constitución, exceda de un millar y que de ellos por lo menos quinientos se conviertan en dicha fecha en ciudadanos de la República.*

F) DE ORGANIZACIÓN Y DE CONDUCTA

“Puesto que el Derecho constitucional debe referirse a lo fundamental del Estado, las reglas de la constitución oficial tienden a tratar dos rubros de esa temática: la estructura del Estado y su funcionalidad”⁴⁵.

1) Las reglas de organización aluden a cómo es el Estado que estructuran. Diseñan así los poderes fundamentales, y delimitan sus competencias.

Las reglas de organización parecen regular la llamada anatomía constitucional.

Por lo común se cree que las normas de organización contemplan únicamente cláusulas concernientes a los órganos del Estado. No siempre es así, ya que la constitución algunas veces trata también sobre la organización de entidades o asociaciones privadas, sea prohibiéndolas como el artículo 22, inciso 5, de la Constitución de España de 1978: *se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar*, o regulándolas en cierta medida como el artículo 28 de la misma Constitución española: *La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales, o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.*

⁴⁵Bidegain, Carlos M. CUADERNOS DEL CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1975. Pp. 75

En estos supuestos, el constituyente ha pensado que atañe a la organización fundamental del Estado disponer, igualmente, ciertas normas concernientes a algunas asociaciones no estatales.

2) Las llamadas *reglas de conducta* indican qué hace ese Estado, imponiéndole ciertos comportamientos, permitiéndole otro e impidiéndole algunos. También hay reglas de conducta referidas a los particulares, especialmente cuando una constitución, además de derechos, enuncia deberes para las personas.

Las reglas de conducta procuran definir a la fisiología constitucional: la actuación de los poderes y de los particulares.

G) VIGENTES Y NO VIGENTES

La palabra *vigente*, con referencia a un texto normativo, puede entenderse en dos sentidos: formal o existencial (real).

1) Desde el punto de vista formal, la norma constitucional vigente es la puesta en vigor por el constituyente, y mantenida por él. Norma no vigente es aquella derogada por el constituyente, y perfila al *derecho histórico*. Los proyectos de normas constitucionales no son todavía normas, por lo tanto, no cabe conceptualarlos como *normas no vigentes*.

2) “Desde el ángulo existencial, norma constitucional *vigente* es la efectivamente acatada por los operadores de la constitución no vigente, la no obedecida. El tema se vincula, pues, con la derogación, por vía del derecho consuetudinario, de las normas constitucionales formales. En general, en todo Estado hay normas constitucionales ya caducas, borradas por *desuetudo*, o derecho consuetudinario constitucional abrogatorio”⁴⁶.

Esto es más frecuente en constituciones muy antiguas. En ciertas ocasiones hay normas constitucionales reiteradamente incumplidas, pero no necesariamente derogadas por el derecho consuetudinario. No hay un límite claro entre la norma constitucional muy transgredida y la derogada por desuetudo. A esta última se la reputa generalmente inaplicable; y a la primera, tal vez aplicable.

1.10 LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y SU IMPERATIVIDAD

No todas las reglas constitucionales tienen idéntico vigor formal. Pueden así distinguirse: a) las cláusulas declarativas; b) las cláusulas programáticas (de cumplimiento discrecional o de cumplimiento obligatorio para el legislador), y c) las cláusulas operativas (permisivas, preceptivas y prohibitivas; de eficacia irrestricta o de eficacia restringida).

⁴⁶Ibídem. Pp. 77.

A) NORMAS DECLARATIVAS

Las normas declarativas, parecen agotarse en una mera afirmación. Por ejemplo, el artículo 2º, inciso c, de la Constitución iraní de 1979 afirma que la República Islámica es una forma de gobierno que, entre otros postulados, se fundamenta en "*la resurrección y su trascendencia en el perfeccionamiento de los hombres en su camino hacia Dios.*

Por su parte, el artículo 1º de la Constitución de la Unión Soviética de 1977 proclamaba que dicha República *es un Estado socialista de todo el pueblo que expresa la voluntad y los intereses de los obreros, de los campesinos y de los intelectuales y de los trabajadores de todas las naciones y etnias del país.* La Ley de Principios del Movimiento Nacional de España (1958), entonces de rango constitucional (hoy derogada), decía en su artículo I que: *España es una unidad de destino en lo universal.*

“Las normas declarativas han sido consideradas con frecuencia carentes de contenido jurídico, al agotarse en el simple acto de una declaración y no contar con coacción posterior”⁴⁷.

Sin embargo, no siempre es así. Por lo menos, tales cláusulas sirven para invalidar una norma inferior que las contradice (piénsese, por ejemplo, teniendo en

⁴⁷Aftalión, Enrique; García Olano, Fernando & Villanova, José. INTRODUCCIÓN AL DERECHO. Tomo I. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1956. Pp. 32.

cuenta los ejemplos dados, en una ley iraní que estableciese la educación atea; en una regla soviética que hubiese admitido el sufragio calificado por la riqueza; o en una norma española que hubiere permitido la desmembración del país).

También significan pautas para el comportamiento jurídico del legislador, ya que éste debe someterse al techo ideológico constitucional, marcado a menudo por esas normas constitucionales declarativas.

Y del mismo modo, son útiles para interpretar el resto de las normas constitucionales, ya que, aunque más no sea como principio, cabe imaginar a la constitución como un conjunto que debe ser entendido homogéneamente.

Por último, también sirven para interpretar la normatividad infraconstitucional, ya que -dentro de lo factible- entre una exégesis de una ley adaptada a la norma suprema y otra opuesta, cabe preferir a la primera.

B) NORMAS PROGRAMÁTICAS Y NORMAS OPERATIVAS

La distinción entre normas programáticas y operativas es fuertemente discutida. No obstante, resulta generalmente aceptada, y no deja de ser útil.

La cláusula constitucional *programática* es aquella *no auto operativa*, o *no auto aplicativa* (también se la llama *de efecto diferido*). “En concreto, para

funcionar requiere el dictado de otra norma, de tipo infraconstitucional u ordinario, que la reglamenta o instrumenta. Por eso, las normas programáticas han sido como *bajo condición suspensiva* (la condición es el dictado de esa norma infraconstitucional, que entonces motoriza a las redes constitucionales programáticas, convirtiéndolas en operativas)”⁴⁸.

Frente a las normas programáticas, las *operativas* son auto aplicativas: se efectivizan sin necesidad de una norma complementaria.

Por su parte, Goldschmidt denomina a las normas programáticas *normas imperfectas o incompletas*, ya que su perfección requiere un nuevo acto normativo (la sanción de la norma infraconstitucional regulatoria de la constitucional).

Apreciada rigurosamente, "la situación sería prácticamente asimilable a la de un proyecto de ley aceptado por una cámara, pero aún necesitado de la aceptación de parte de la otra"⁴⁹.

“Claro está que existen normas programáticas de distinta textura. Algunas enuncian metas y propósitos realizables en un futuro lejano, otras en un mediano plazo, y otras a corto término”⁵⁰.

⁴⁸Vanossi, Jorge R. TEORÍA CONSTITUCIONAL. Tomo II. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1976. Pp. 23

⁴⁹Goldschmidt, Werner. Op Cit. Pp. 284.

⁵⁰Padilla, Miguel. NATURALEZA DE LAS CLÁUSULAS DEL ART. 14 *BIS* DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional. Buenos Aires. 1972. Pp. 2.

Hay, por lo demás, normas programáticas muy generales y otras con objetivos concretos. Como ejemplo de las primeras, puede mencionarse al artículo 10 *in fine* de la Constitución de Turquía de 1961, cuando prevé: *El Estado dispondrá las condiciones necesarias para el desarrollo de la existencia material y espiritual del individuo.*

Como muestras de las segundas, cabe mencionar al artículo 121 de la Constitución de España: *Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.*

Las normas programáticas con objetivos generales y permanentes son llamadas también *normas de fines*. Ellas abundan en los preámbulos de las constituciones (siempre que se acepte, desde luego, que los postulados de los preámbulos configuran cláusulas con valor de normas).

Interesa averiguar cómo se diferencia con nitidez una norma constitucional programática de una operativa. Algunas veces ello emerge claramente del propio texto constitucional, pero no siempre las cosas son tan diáfanas.

Quiroga Lavié sugiere como criterio delimitador, especialmente para casos dudosos, el siguiente: “las cláusulas programáticas son detectables por la generalidad de la norma en cuestión, abstracción que obliga a una precisión

mediante la ley reglamentaria que dicta el legislador ordinario. A la inversa, la claridad y la concreción de una norma constitucional, evidencian su tónica operativa, aplicable sin más por jueces y funcionarios”⁵¹.

Por su parte, Vanossi manifiesta que “en definitiva lo que da ritmo programático u operativo a un precepto constitucional es la actitud de los aplicadores de la constitución. A menudo, ello estriba en la firmeza de las convicciones de los jueces”⁵².

El tema es complejo. Ya se ha visto que, si la propia Constitución somete la efectivización de una norma suya al dictado de una ley reglamentaria, el asunto está resuelto: la norma constitucional es programática.

En los demás supuestos, la respuesta depende en buena medida de la redacción del texto constitucional (en el sentido de si tiene un mensaje concreto y claro o, por el contrario, tan impreciso que inevitablemente demanda ser especificado por el legislador), y especialmente de la voluntad de los operadores del sistema constitucional, en el sentido de hacer actuar o no a la constitución.

Si son renuentes, argumentan que la regla es programática. Caso contrario, se las ingenian para aplicarla directamente. En algunas constituciones,

⁵¹ Quiroga Lavié, Humberto. DERECHO CONSTITUCIONAL. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1978. Pp. 143

⁵² Vanossi, Jorge R. Op Cit. Pp. 3.

el *habeas corpus* tuvo aplicación en los tribunales, aunque el texto constitucional no lo desarrollaba claramente, y aunque no había ley procesal que lo instrumentase.

a. Valor de las reglas programáticas

En esta materia existen posiciones muy contrapuestas.

1) Teoría de la ineficacia. Algunas veces se ha sostenido que “esos principios son normas impropias o meramente formales, que padecen de una debilidad congénita y que carecen de importancia y de eficacia como normas constitucionales”⁵³.

2) Teoría de la eficacia. En el extremo opuesto, Pina explica que toda norma constitucional debe poseer su cuota de operatividad: “la calificación de una de ellas como programática es una estrategia de no vigencia de las cláusulas constitucionales sin fundamento jurídico. Si se acepta la existencia de reglas constitucionales puramente programáticas, se estaría dando grado de poder constituyente al poder legislativo ordinario, quien así tendría el criterio soberano de instrumentar o no a su gusto una cláusula constitucional”⁵⁴.

⁵³Dana Montaña, Salvador. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES. LAS CLÁUSULAS PROGRAMÁTICAS. Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional. Buenos Aires. 1972. Pp. 3.

⁵⁴Pina, Rolando. CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES OPERATIVAS Y PROGRAMÁTICAS. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1973. PP. 24

3) Teoría de la eficacia parcial. Una tercera posición advierte que las normas constitucionales programáticas tienen cierta eficacia, aunque ese vigor no es plenamente equiparable al de una norma operativa. Con un criterio relativamente similar al de las normas declarativas, esta postura enseña que la norma programática presenta las siguientes características: es una norma jurídica y actúa como material jurídico inductor del poder legislativo, desde el momento que lo insta a elaborar determinados preceptos reglamentarios.

Además, impide que un acto normativo, un decreto ejecutivo o una sentencia frustre el mensaje programático: “el legislador común, por ejemplo, no puede válidamente sancionar una ley contraria a la regla constitucional programática”⁵⁵.

Comentando las cláusulas sociales de las Constituciones, Casiello escribió que tenían mucho más que un simple alcance indicativo para el Congreso. En realidad, dijo, “regulan el comportamiento del legislador y resultan acondicionadoras de la validez de la legislación vigente, ya que, en definitiva, todo el orden jurídico creado o por crearse sólo podría tener vigencia entre nosotros en función de su ajuste a los principios orientadores de esta declaración constitucional”⁵⁶.

⁵⁵ Quiroga Lavié, Humberto. Op Cit. Pp. 142.

⁵⁶ Casiello, Juan. DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994. Pp. 115.

Asimismo, sirven para interpretar y hacer funcionar a la constitución como para llenar sus lagunas, en particular porque son portadoras, con frecuencia, de directrices ideológicas muy útiles en esos menesteres.

b. La inconstitucionalidad por omisión

La existencia de normas constitucionales programáticas, bloqueadas a menudo por el legislador ordinario al no sancionar las leyes reglamentarias, ha dado motivo a la doctrina de la *inconstitucionalidad por omisión*, que también se aplica a otros supuestos de mora legisferante.

Por ejemplo, si el poder ejecutivo no emite el decreto reglamentario de una ley, o excepcionalmente, si el poder judicial no elabora una norma que la constitución le encomienda dictar, como lo hace el artículo 319 de la Constitución de Honduras, al disponer que a la Corte Suprema le compete *aprobar su reglamento interior*.

En la Constitución de Colombia, la inconstitucionalidad por omisión también puede ser producida por el Consejo de la Magistratura (si no dicta *los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia*, a lo que está obligado, en los aspectos no previstos por el legislador, por el artículo 257, inciso 3, del texto constitucional).

Se está hablando de inconstitucionalidad por omisión en la emisión de normas generales. Si lo omitido es una decisión o un acto concreto, el asunto tiene generalmente remedio por vías jurisdiccionales como el amparo o los mandamientos de ejecución.

La inconstitucionalidad por omisión (también llamada *ocio legislativo*) ha generado un interesante debate en la doctrina, los tribunales y los mismos textos constitucionales. En cuanto a la primera, Bidart Campos ha señalado que, a falta de normas sobre el punto, cabe imaginar remedios jurisprudenciales. Así, cuando el poder legislativo se abstiene de pronunciarse la norma reglamentaria de la cláusula constitucional programática, su silencio implica una actitud inconstitucional, ya que tanto se viola a la constitución dictando leyes que la vulneren, como no sancionando las que ella manda aprobar.

Si ese silencio se prolonga por un lapso considerable, cabe reconocer al interesado la facultad de reclamar al poder judicial el libramiento de un mandato de ejecución dirigido al parlamento, para que cubra su inacción.

“Y si esa intimación no surte efecto, el tribunal del caso estaría incluso autorizado a integrar el orden normativo lagunoso resolviendo el caso con efecto

limitado al mismo, recurriendo a la analogía, a los principios generales del ordenamiento jurídico de ese país, a los valores jurídico-políticos, etcétera”⁵⁷.

Con igual criterio, Spota Concluye que “el principio de supremacía constitucional impone que el poder judicial procure hacer operativas a las reglas constitucionales programáticas, si el legislador guarda silencio. La tesis contraria, nada agradable y francamente inconstitucional, provoca que los humores políticos de los poderes constituidos tienen prevalencia jurídica y práctica, frente y ante los dictados del poder constituyente”⁵⁸.

“Esa actuación del poder judicial como una suerte de legislador suplente en nada impide que éste recobre de inmediato sus roles y dicte la norma reglamentaria faltante, cuando quiera hacerlo”⁵⁹.

Proposiciones de este tipo, compartidas en el derecho comparado por Bosch, Gutachten, Dorig, Fussy Seiwert, aunque con diversos matices diferenciales, cobraron auge a partir del fallo del 29 de enero de 1969, del Tribunal Constitucional Federal alemán. En esa sentencia se discutió la efectivización del artículo 6º, inciso 5º, de la Ley Fundamental de Bonn, que dice que *para los hijos*

⁵⁷Bidart Campos, Germán. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1986. Pp. 78

⁵⁸Spota, Alberto A. OPERATIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS PROGRAMÁTICAS INCUMPLIDAS. En: APORTES PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Primer Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial. Tomo I. La Plata. 1984. PP. 137.

⁵⁹Pina, Rolando. Op Cit. Pp. 109.

ilegítimos la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos.

El Tribunal Constitucional concluyó que el Poder Legislativo, como se dijo, viola la Constitución cuando sanciona leyes que no están de acuerdo con la Constitución, y que también la viola cuando no cumple con el mandato la misma dentro de un término prudencial. Asimismo, manifestó que veinte años de mora constituían un plazo que no podría atrasar más por tiempo indefinido el cumplimiento de la cláusula constitucional, porque ésta significaba un mandato al legislador, vale decir, un *encargo constitucional* cuyo cumplimiento no debía estar pendiente del agrado o no, de hacerlo por parte del Poder Legislativo.

De darse una situación así, "se hace necesaria (por la judicatura) la realización de la voluntad constitucional, en lo que es posible llevar a cabo por los jueces prescindiendo del legislador, y siempre, claro está, que la norma constitucional involucre un contenido legal suficientemente positivo y claro para que actúe como cláusula general sin que peligre insoportablemente la seguridad legal"⁶⁰.

En resumen, las directrices del Tribunal Constitucional Federal alemán para que opere la judicatura ante la inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo, son tres: a) transcurso de un tiempo prudente; b) regla constitucional

⁶⁰ *Ibidem*. Pp. 72.

clara y concreta; y, c) posibilidad de que el Poder Judicial pueda razonablemente cubrir el vacío legisferante.

El tema ha sido contemplado por algunas constituciones. Por ejemplo, el artículo 377 de la Constitución de Yugoslavia de 1974 dispuso que, si el Tribunal de Garantías Constitucionales hiciera constar que un órgano competente no hubiese dictado las normas de ejecución de la Constitución, debía informar de ello a la Asamblea de la República.

También, el artículo 279 de la Constitución de Portugal de 1976 atendió expresamente la inconstitucionalidad por omisión, y dijo que cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable.

En 1988, la Constitución de Brasil dispuso otorgar el mandamiento de ejecución en su artículo 5, inciso LXXI: *siempre que, por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía.*

El mismo texto programa la acción de inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional, en cuyo caso se comunicará al poder competente para la adopción de las providencias necesarias.

Mucho más terminante, el artículo 207, inciso 2°, de la Constitución de la Provincia de Río Negro (Argentina), contempla una acción por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios. Dicha acción se interpone directamente ante el Superior Tribunal de Justicia provincial, quien fija un plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo, y de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

Una disposición normativa de profundos alcances es también el artículo 336, inciso 7°, de la Constitución venezolana de 1999, que señala como atribución de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo municipal, estadual o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección. Esto último importa conferir ciertos roles legislativos al Tribunal Supremo.

En otros casos, la constitución ataca a la inconstitucionalidad por omisión, declarando que los derechos y garantías otorgados por ella son directamente operativos, no pudiendo alegar la falta de ley para justificar su desconocimiento. En ese sentido se expiden el artículo 18 de la Constitución ecuatoriana de 1998, y el artículo 30 de la paraguaya de 1992.

En pocos casos, algunas constituciones han dispuesto otorgar al órgano de la magistratura constitucional papeles de legislador suplente y precario, en el sentido de que pueda dictar la norma omitida, mientras que el legislador no cumpla con su deber constitucional de hacerlo. Por ejemplo, y con cierto antecedente (no idéntico) en la Constitución del Estado mexicano de Veracruz.

La Constitución ecuatoriana de 2008 autoriza a la Corte Constitucional a expedir la norma faltante, de modo provisional, mientras no lo haga el órgano pertinente previamente intimado a hacerlo.

“Tal solución es muy discutible, ya que un tribunal constitucional no cuenta con los medios corrientes para legislar ni, por lo común, con el tiempo material para hacerlo. Además, no es escenario adecuado para el debate y la confrontación de intereses que caracteriza la elaboración de leyes en una sociedad democrática”⁶¹.

⁶¹Sagües, Néstor. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR COMO LEGISLADOR SUPLENTE Y PRECARIO. En: Bazán, Víctor (coordinador). DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL AMERICANO Y EUROPEO. Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2010. Pp. 573.

El sistema que se describe se ha extendido, aunque con distintos matices, a otras Constituciones, como las de Chiapas y Querétaro.

c. Evaluación. Normas programáticas discrecionales o imperativas

Se ha entendido que hay dos tipos de normas constitucionales programáticas.

1) Normas constitucionales programáticas de cumplimiento discrecional. Están en primer término aquellas cláusulas en las que el constituyente deja a criterio absolutamente opcional del poder legislativo efectivizar o no, mediante la sanción de la ley reglamentaria. En tal hipótesis, la propia constitución deposita en manos de ese legislador común la elección de cumplimentar o no la norma constitucional programática, y la renuencia legislativa no importa incumplimiento de la constitución.

Si se quiere un ejemplo de norma de ese tipo, puede mencionarse al artículo 21, párrafo 5°, de la Constitución italiana que dispone: *La ley podrá disponer, por preceptos de carácter general, que se den a conocer los medios de financiación de los diarios.*

Otra norma parecida es el artículo 43 de la misma Constitución al estatuir: *La ley podrá, con finalidades de interés general, reservar a título originario o*

transmitir mediante expropiación y con indemnización al Estado, a entes públicos o comunidades de trabajadores o de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas que exploten servicios públicos esenciales o fuentes de energía o situaciones de monopolio, y tengan carácter de interés general predominante.

2) Normas constitucionales programáticas de cumplimiento obligatorio. Distinto es el caso en que el constituyente no deja al legislador opción alguna, ya que explícitamente le asigna una tarea concreta, aunque para realizar esta obligación constitucional, dicho legislador pueda arbitrar distintas alternativas específicas de ejecución.

Dos normas constitucionales pueden ejemplificar lo dicho. El artículo 4° de la Constitución de la República Árabe Unida (1964) dispuso: *La nacionalidad de la República está determinada por la ley.* Asimismo, el artículo 75, inciso 12, de la Constitución argentina dice que *corresponde al Congreso dictar leyes sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural.* (eso es, según la doctrina del *ius soli*).

En ambos casos, la Constitución encomienda imperativamente al legislador elaborar la ley sobre ciudadanía. En uno, sin pautas al respecto; en el otro, con un criterio constitucionalmente ya definido (el *ius soli*).

En síntesis, si la Constitución impone deber jurídico a los miembros del parlamento (o de otro órgano del Estado) el dictado de una norma para efectivizar cierto enunciado constitucional programático, y el poder legislativo no cumple tal misión, aparece inexorablemente la inconstitucionalidad por omisión en el enunciado de una regla general. Esto importa un agravio constitucional al perjudicado por la inacción legisferante, que exige algún tipo de remedio jurídico.

Conforme a lo dicho, es factible que, si no hubiese un trámite constitucional previsto para remediar el problema, por medio de una acción ante el órgano de la magistratura constitucional que corresponda se constate la mora legisferante, que se la declare inconstitucional y -por lo menos- que se intime al órgano moroso a dictar la norma faltante, en un plazo determinado.

De ahí en adelante caben distintas alternativas. Puede ocurrir que la judicatura constitucional esté en condiciones relativamente simples para suplir la mora legisferante, con efecto a un caso concreto y convertir así a la norma constitucional programática, en operativa.

De haber un vacío legal para instrumentar una norma programática, y previa intimación al Congreso para sancionar la norma pertinente, un juez podría arbitrar algún tipo mínimo de ese goce en los beneficios. Es cierto que ello también podría generar respuestas judiciales dispares -según los juicios, en un país con un control difuso de constitucionalidad- para cubrir una

inconstitucionalidad por omisión, pero esa desigualdad, por un lado, es preferible a que la constitución no sea cumplida en ninguno de esos casos.

Además, lo decidido por los jueces es sin perjuicio de las facultades del Congreso para dictar en cualquier momento una norma general sobre el punto, poniendo fin a la mora legisferante.

El problema es más difícil cuando la instrumentación de la cláusula constitucional programática demanda el planeamiento de estructuras, reparticiones, funcionarios, empleados y regímenes legales complejos, es decir, demanda la redacción de una ley orgánica o institucional. En verdad, resulta casi imposible pensar que aquí un magistrado judicial pueda cubrir la omisión legislativa diseñando por sí los organismos aludidos, su composición, atribuciones, situación institucional, operatividad, presupuesto, etcétera.

En tales supuestos, verificada la intimación judicial para que el órgano renuente dicte la norma reglamentaria, el Poder Judicial parece que ha agotado su misión posible. No obstante, cabe pensar que la violación a la Constitución por omisión no debe quedar impune, y que resulta perfectamente viable una acción indemnizatoria en favor del perjudicado por la mora, por los daños y perjuicios concretos que la inactividad legislativa del Estado le haya causado.

Esto concuerda, además, con el legítimo estándar jurisprudencial sentado por algunos órganos constitucionales, en el sentido de que *las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias*, de tal modo que corresponde a la judicatura, llegado el caso, disponer la consiguiente protección al derecho vulnerado.

**c. Normas operativas permisivas, preceptivas y prohibitivas.
Irrestringidas y de eficacia restringida**

En general, se ha admitido que las normas constitucionales operativas son autoaplicables, al no precisar de una norma inferior que las implemente o regule, para entrar en funcionamiento. Algunas veces el constituyente pretende que toda la constitución sea derecho operativo, como lo hizo el artículo 105 de la Constitución de la República Democrática Alemana de 1968, revisada en 1974, al proclamar: *La Constitución es derecho de aplicación directa*. Sin embargo, tal deseo es de difícil concreción, puesto que la efectivización de las cláusulas constitucionales demanda, a menudo, la colaboración del legislador ordinario.

Las normas operativas pueden ser de distinta índole, según el tipo de conducta al que hagan referencia:

1) Las *permissivas* facultan a los particulares, a la autoridad pública a realizar o no, determinadas conductas. Las reglas enunciativas de los derechos personales son, por lo común, normas constitucionales permissivas, en tanto los particulares pueden ejercer o no el derecho en cuestión (por ejemplo, derecho a ser o no propietario, a practicar o no un culto).

Muchas veces la constitución confiere a los órganos estatales la atribución, más o menos discrecional, de adoptar o no ciertas decisiones.

Por ejemplo, el polémico artículo 16 de la Constitución de Francia de 1958 señala: *Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales están amenazados de una manera grave e inmediata, y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales está interrumpido, el presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el primer ministro, los presidentes de las asambleas y el Consejo Constitucional.*

2) Están también las normas constitucionales operativas *preceptivas* que imponen a los particulares o agentes públicos determinados comportamientos. Son deberes de acción, como el indicado por el art. 30 de la Constitución italiana de 1948 para los progenitores: *Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, incluso a los habidos fuera del matrimonio.* En ciertos

casos, la constitución impone un deber de rechazo, como el artículo 66 de la Constitución de la Unión Soviética de 1977, que obligaba a los ciudadanos a ser *intransigentes con los actos antisociales*.

3) Las *prohibitivas* impiden realizar determinados actos a la autoridad pública o a los particulares: enuncian *deberes de omisión*. Así, la enmienda XIX a la Constitución de Estados Unidos de América declara: *El derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos no será desconocido ni limitado por los Estados Unidos o por Estado alguno por razón de sexo*.

Las prohibiciones van algunas veces hacia los particulares, además del Estado: *nadie puede, aplicando un derecho propio, dañar a otro o violar los intereses colectivos*, dice el artículo 40 de la Constitución iraní de 1979. El mismo texto agrega en el artículo 50 que *quedan prohibidas las actividades económicas de cualquier género que contaminen el ambiente y produzcan un deterioro ecológico irreversible*.

4) “Normalmente las atribuciones y derechos enunciados por el texto constitucional son reglamentables. Pero algunas veces el constituyente impide esa regulación legislativa. Tales serían las cláusulas *irrestringidas*, que no consienten limitación por ley o normas subconstitucionales”⁶².

⁶²Sagües, Néstor. ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Tomo 2. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003. Pp. 378

Tal intención algunas veces queda superada por los operadores de la constitución, que a través de una interpretación mutativa imponen de todos modos la reglamentación prohibida.

5) En el supuesto de eficacia restringida, la norma constitucional opera plenamente hasta tanto el poder del caso decida, bajo ciertas condiciones, inaplicarla. Un ejemplo clásico es el estado de sitio, en el cual quedan suspendidas, por ejemplo, las garantías constitucionales o la figura estadounidense de la suspensión del *hábeas corpus*.

d. Valor jurídico del preámbulo

Sobre este punto existen varias posiciones que provienen de las circunstancias particulares de aplicación.

1) Teoría negativa. “Parte del supuesto de que el preámbulo no forma parte de la constitución, le resta valor normativo y cuestiona que de él pueda desprenderse poder alguno para sancionar leyes o para conferir atribuciones al Estado o derechos a particulares”⁶³.

2) Tesis admisiva moderada. Tiende a equiparar las partes del preámbulo a las demás reglas de la constitución, concibiéndose como “reglas positivas de

⁶³ Corwin, Edward S. Op Cit. Pp. 19.

derecho que tienen valor constitucional y obligan al legislador ordinario"⁶⁴. Si el preámbulo no tuviera tal valor jurídico, se agrega, habría que suprimirlo, porque solamente sería una colección de palabras para no regular nada.

3) Tesis admisiva valorativa. “Estima que las palabras del preámbulo no constituyen cláusulas constitucionales operativas, pero sí que tienen valor jurídico asimilable a las cláusulas programáticas”⁶⁵. En concreto, el preámbulo sirve como fuente de interpretación de la Constitución y, también, como directriz de comportamiento constitucional, de tal modo que una norma o un acto emanado de alguno de los poderes constituidos que sea opuesto al preámbulo, peca de inconstitucionalidad. Desde esta perspectiva, “el preámbulo implica mandatos de acción y de omisión para los poderes constituidos”⁶⁶.

También cabe resaltar el papel del preámbulo como importante fuente para el trabajo de determinación de la norma constitucional y, en particular, para las tareas de integración de las lagunas constitucionales.

e. Normas y principios

Una corriente doctrinaria, por cierto, hoy divulgada, postula diferenciar, entre las cláusulas constitucionales, a las *normas* de los *principios*.

⁶⁴Lafferrière, Julien. MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Ariel. Barcelona. 1993. Pp. 152.

⁶⁵Casiello, Juan. Op Cit. Pp. 146.

⁶⁶ Story, José. COMENTARIO SOBRE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS. Tomo I. Editorial La Universidad. Buenos Aires. 1988. Pp. 345.

Aunque las pautas distintivas no siempre son uniformes, podría decirse que la cláusula-principio admite por su generalidad diversos grados de cumplimiento, y no dispone consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se den los supuestos a los que ella se refiera.

“Opera, más bien, como una especie de criterio o directriz que hace que el operador de la constitución tiende a inclinarse hacia una determinada solución jurídica”⁶⁷. La cláusula-norma, en cambio más específica, regula puntualmente una conducta y estatuye las consecuencias del caso.

Como ejemplo de ello, podría indicarse el artículo 90 de la Constitución de la Federación de Rusia de 1993, cuando puntualiza que *el individuo, sus derechos y libertades son valores excelsos*, una muestra de cláusula-principio, en tanto que el artículo 21 del mismo texto, al decir que *nadie puede ser sometido contra su voluntad a experimentos médicos ni científicos, entre otros*, es una cláusula-norma.

Para esta tesis, de haber conflictos entre dos o más principios de la constitución, el operador constitucional debe ponderarlos y balancearlos, sin extinguir en esa tarea a ninguno de ellos. En cambio, de haber oposición entre

⁶⁷Dworkin, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Editorial Ariel. Madrid. 1984. Pp. 72

normas constitucionales, bien podría ocurrir que una de ellas invalidase a la otra”⁶⁸.

En términos muy generales, cabe constatar que los *principios constitucionales* anidan a menudo en las normas declarativas, en las programáticas y en el preámbulo, mientras que las *normas o reglas*, en el sentido restrictivo que aquí se les da, se insertan en las cláusulas autoejecutivas y autoaplicativas de la constitución.

Por su parte, Robert Alexy prefiere hablar de *normas-reglas* y *normas-principios*, con soluciones, de haber de colisión, parecidas a las de Dworkin. Pero alerta que “en ciertos casos, como en el de la dignidad de las personas, este derecho podría estar instrumentado, simultáneamente, tanto por una norma-regla como por una norma-principio, ambas constitucionales”⁶⁹.

“Lo importante es constatar una fuerte cotización actual de los principios (o, si se prefiere, normas-principios), generalmente muy indeterminados, sobre las simples normas (o normas-reglas), ya que los primeros, según la moda dominante en el neoconstitucionalismo, o generan normas (normas-reglas), o nuevas interpretaciones de las normas-reglas, o dan razones para esas normas-reglas, o

⁶⁸Ibídem. Pp. 81.

⁶⁹Alexy, Robert. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Pp. 86.

dan razones para decisiones, en cuanto que proporcionan fundamento para que el juez, por ejemplo, se incline en una sentencia en un sentido o en otro”⁷⁰.

⁷⁰Ibidem. Pp. 101-102.

CAPÍTULO III

LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL

1. LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO EN LA CONSTITUCIÓN FORMAL

La costumbre, sea que se refiera al derecho constitucional propiamente dicho o a otras ramas del Derecho, rara vez es mencionada por las constituciones formales. Pero hay algunas excepciones.

Por ejemplo, el *Bill of Rights* inglés de 1679 dice en su artículo X, que no deben imponerse *castigos crueles ni desacostumbrados*. La Constitución de Grecia establece en su artículo 105, que la península de Athos será una parte autoadministrada del Estado *con arreglo a su antiguo estatuto privilegiado*. El decreto de la *nueva reforma* de Andorra en su artículo 4 *in fine* establecía que los copríncipes reconocían *las leyes, usos y prácticas tradicionales que no quedan modificadas por las variaciones arriba expuestas*.

A su vez, el artículo 13, inciso 3°, de la Constitución de la India declara dentro del concepto de ley, a *cualquier uso o costumbre que tenga fuerza de ley*; el artículo 12, inciso f, de la Constitución de Namibia alude a las *parejas conceptuadas como matrimonios por el derecho consuetudinario*, y el artículo 149 de la Constitución del Perú admite que ciertas funciones jurisdiccionales en las

comunidades campesinas y aborígenes sean ejercidas *de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.*

De todos modos, la costumbre -esto es, el derecho consuetudinario constitucional- es en esta materia de mayor peso que en otras disciplinas del derecho, y ello ocurre por varios motivos

Por un lado, el texto formal de la constitución es casi siempre escueto. De ahí que sea necesariamente complementado con normas infraconstitucionales y también, con frecuencia, por comportamientos que a la larga generan reglas de derecho consuetudinario. Además, la habitual rigidez del texto de la constitución formal, muchas veces antiguo, hace que para resolver nuevos problemas el operador de la constitución arbitre soluciones que, con el tiempo, van perfilando también normas consuetudinarias.

Paralelamente, ocurre algo característico del derecho constitucional: si uno o varios de los órganos estatales supremos actúa al margen de la constitución formal, y esa infracción no es corregida por los órganos controladores de la supremacía constitucional, tal comportamiento inconstitucional quedará impune y de hecho, si se repite, puede producir asimismo normas constitucionales consuetudinarias y hasta superpuestas a las reglas formales de la constitución.

Algún sector de la doctrina opina que el derecho constitucional consuetudinario tiene un desarrollo más amplio que en otros sectores del derecho, porque el constitucionalismo es relativamente novedoso, y porque la teoría constitucional no tiene todavía un desarrollo y maduración semejante, por ejemplo, a la civilista o penal. Ante esa suerte de vacío intelectual, los hechos cubrirían rápidamente el espacio, es decir, decidirán la situación erigiendo normas de derecho consuetudinario.

Tal observación tiene su parte de verdad; por ejemplo, antes de la guerra civil de los Estados Unidos de América, la doctrina Constitucional no había esclarecido si una provincia o un Estado miembro de un Estado federal, podría jurídicamente separarse de éste. La cuestión se resolvió en sentido negativo, no en las academias universitarias sino en los campos de batalla, al resultar perdedores los Estados sureños secesionistas.

De cualquier manera, la teoría constitucional ha logrado a la fecha un desenvolvimiento aceptable, pero la costumbre constitucional sigue en auge.

2. DERECHO CONSUEUDINARIO CONSTITUCIONAL Y DERECHO CONSUEUDINARIO INFRACONSTITUCIONAL

El tema de la costumbre constitucional es dificultoso. Por un lado, cabe distinguir dos tipos de derecho consuetudinario constitucional. Uno, el primario, es

el conjunto de normas consuetudinarias con el mismo valor que las reglas de la constitución formal (esto es, que tienen supremacía constitucional). En su consecuencia, se superponen a las leyes comunes. Un caso paradigmático es el régimen de control judicial de constitucionalidad de las normas, en los Estados Unidos, creado y consolidado al margen de las reglas formales de su Constitución; pero nadie en su sano juicio afirmarí­a que puede ser dejado sin efecto por una ley común.

El derecho consuetudinario constitucional secundario se refiere a reglas que tratan temas constitucionales, pero sin poseer supremacía constitucional. Supóngase una regla consuetudinaria que complemente la Ley Orgánica del poder legislativo, o la existencia de una costumbre en la alternancia de la presidencia de un órgano colegiado cuando la ley guarde silencio.

Hay normas de derecho consuetudinario constitucional de distinto nivel jurídico. La ubicación de una regla en uno u otro orden no es siempre nítida, y como de derecho informal se trata, todo depende de la valoración o consideración que se dé a esas normas en la experiencia jurídica concreta de una comunidad. Además, la inserción de una norma consuetudinaria en alguna de las categorías señaladas puede no ser estable, sino móvil y mutante, y perder o ganar nivel, según cómo evolucione, vale decir, en función de cómo sea fácticamente cotizada en un Estado.

También conviene separar aquellas reglas de derecho consuetudinario constitucional, de otras reglas de derecho consuetudinario no constitucional, pero que aparecen mencionadas en la constitución. Por ejemplo, la Constitución de Namibia, hace remisiones a reglas consuetudinarias en materia de derecho de familia. Esto implica un reconocimiento constitucional del valor jurídico de reglas consuetudinarias de derecho civil, laboral, administrativo, etc., pero no significa que esas normas abordan necesariamente temas constitucionales, sino los de la rama jurídica a que se refieran.

3. DERECHO CONSUECUDINARIO. PRÁCTICAS Y USOS

“La doctrina constitucionalista diferencia la costumbre constitucional, que genera normas consuetudinarias reputadas obligatorias por los operadores de la constitución, de los simples usos, hábitos o prácticas, de realización optativa por parte de quienes los ejecutan”⁷¹.

En concreto, la costumbre constitucional (en sentido preciso) requiere como cualidad necesaria para su conformación la conciencia de su imperatividad (*opinio iuris necessitatis*).

Parte de la literatura especializada objeta la existencia de ese requisito, apuntando que “hay una especie de círculo vicioso en afirmar que la costumbre se

⁷¹Linares Quintana, Segundo V. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Tomo 2. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, Argentina. 1997. Pp. 462.

repite porque se conceptúa obligatoria, y que es obligatoria porque la comunidad la sigue repitiendo. Sin embargo, el elemento psicosocial de la conciencia -o si se prefiere, la creencia- de la obligatoriedad de la costumbre es un dato decisivo para tipificarla, ya que es tal factor, precisamente, aquello que la diferencia de los usos y prácticas (que se repiten, pero sin considerárselos imperativos), y que le otorga carácter de norma jurídica más o menos semejante a una del derecho formal”⁷².

4. COSTUMBRE CONSTITUCIONAL, CONVENCIONES, USOS Y CORRECCIÓN CONSTITUCIONAL

Precisamente, la incertidumbre que reina sobre las distintas categorías que puede asumir una regla consuetudinaria se refleja en la calificación jurídica de ciertas normas del Derecho anglosajón e italiano.

Las convenciones constitucionales inglesas (*constitutional conventions*) son preceptos de derecho consuetudinario referentes a la operatividad parlamentaria y ejecutiva, que para Loewenstein son *el sustituto de una constitución escrita* y para Lucas Verdu, *reglas de juego constitucional*.

“Basadas en precedentes, se reputan por lo común normas consuetudinarias obligatorias, para gobernantes y gobernados, aunque su

⁷²Pizzorusso, Alessandro. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Vol. II. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1984. Pp. 394.

cumplimiento no es exigible ante los tribunales en caso de inobservancia (por ello, no integran el *common law*)⁷³.

En el derecho inglés existe una profunda disputa sobre el vigor jurídico de las *constitucional conventions*. En un extremo, dice y escribe que, como no son compulsivamente aplicables por los tribunales, *no tienen por qué preocupar a ningún jurista ni a ningún profesor de derecho*. En otro, Jennings dirá que las convenciones son normas *cuya naturaleza no difiere fundamentalmente de las del derecho positivo inglés*.

En posiciones intermedias, Mitchell propone distinguir las *conventions* de las simples prácticas (estas últimas no resultan obligatorias ni, desde luego, compulsivas), y Marshall reconoce que “hay algunas convenciones tan firmes, claras y coactivas como las leyes, pero que son muy pocas las de esa categoría. De todos modos, puede constatar que las convenciones constitucionales son imprecisas en su aplicación y su significado se presta a discusión permanente”⁷⁴.

Algunas veces se ha dicho que las convenciones constitucionales se distinguen de la costumbre constitucional en el sentido de que la costumbre es *heterónoma* -se impone a los sujetos que deben obedecerla, independientemente de su voluntad individual-, en tanto que las convenciones son *autónomas* y, por tanto, derogables por quienes deben cumplirlas, razón por la que *en cualquier*

⁷³ Loewenstein, Karl. Op Cit. Pp. 166.

⁷⁴ Marshall, Geoffrey. TEORÍA CONSTITUCIONAL. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. 1982. Pp. 28

momento cabe desviarse de ellas. Sin embargo, “*las constitucional conventions* inglesas refieren, según los casos, a reglas autónomas como a reglas heterónomas, configurándose de vez en cuando como reglas jurídicas obligatorias”⁷⁵.

En el derecho inglés cabe diferenciar, por ende, las prácticas (no obligatorias), las *conventions* obligatorias, y las *conventions* de cumplimiento relativamente discrecional. La captación de un caso específico en una u otra categoría es por cierto algo importante y, al mismo tiempo, no siempre claro.

En el derecho norteamericano, los *usages of the Constitution* cumplen un rol análogo al de las convenciones constitucionales inglesas. “Su misión ha consistido en adaptar el texto constitucional, que tiene más de dos centurias de antigüedad, a la actuación cotidiana de un Estado moderno. Como ejemplo de ello se ha dado el comportamiento de los colegios electorales de presidente, que si bien pueden, según la Constitución formal, elegir a cualquier candidato, sigue siempre al nombre prometido en las campañas electorales”⁷⁶.

El lector debe tener cuidado en diferenciar los *usages* norteamericanos (palabra que literalmente podría traducirse como *usos*, pero cuya obligatoriedad es en ciertos casos evidente), de los usos o *prácticas* constitucionales vigentes en

⁷⁵De Vergottini, Giuseppe. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. 1983. Pp. 178.

⁷⁶Lucas Verdú, Pablo. CURSO DE DERECHO POLÍTICO. Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid. 1974. Pp. 518.

otros países, que más bien son hábitos en nada obligatorios y cuya continuidad es optativa para quien los realiza.

Por ejemplo, el veto de una ley por el Presidente en Guatemala, siempre que actúe con sus Ministros o el Ministro pertinente, se puede presentar al Congreso bajo la forma de un decreto del Poder Ejecutivo; pero nada impedirá que hiciera efectiva tal facultad por medio de una nota común, dirigida al Poder Legislativo.

Las normas de la *correteas costituzionale* (expresión que se atribuye a Santi Romano) se traducen al español como normas de corrección constitucional. En la doctrina italiana, el significado de esas reglas de cortesía *de* y *entre* los poderes públicos es bastante relativo; Biscaretti Di Ruffia apunta que son normas sociales, pero no jurídicas; Mohrhoff agrega que son reglas de moral política, de cortesía, ceremonial, práctica o rutina. En definitiva, pues carecerían de la importancia de las *conventions* inglesas y de los *usages* norteamericanos. No tipificarían, entonces, costumbre constitucional en sentido preciso, al presentarse como no obligatorias. Incluso se ha afirmado en alguna ocasión que *corresponden a una esfera irrelevante para el derecho*.

Sin embargo, el mismo Biscaretti Di Ruffia apunta que “la transgresión a una norma de *correteas costituzionale*, aunque no sea un ilícito jurídico, puede engendrar responsabilidades políticas; de todos modos, esas reglas tienen algún

valor jurídico, como medios coadyuvantes de la ejecución o de instrumentación de las normas de la constitución formal”⁷⁷.

En resumen, ciertas *conventions* y *usages* son auténtico derecho consuetudinario (derecho informal, normas obligatorias); pero no todos ellos. Las normas de *correteas costituzionale*, a su turno, rara vez parecen configurar derecho consuetudinario. Saber cuándo una *convention*, o un *usage*, o una *correteas costituzionale* llegan a ser costumbre (obligatoria) y cuándo no, es una cuestión de hecho estable sólo con una medición seria en el campo de la dimensión fáctica del mundo jurídico-político.

5. FORMACIÓN DE LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL. SUS AUTORES

¿Quién hace la costumbre? En casi todas las ramas del mundo jurídico se indica a la comunidad como la autora real del derecho consuetudinario. Seres anónimos, luego imitados y seguidos por grupos humanos, repiten comportamientos que a la postre son entrevistados como obligatorios por el pueblo.

“En el terreno del derecho constitucional, en cambio, los autores de la costumbre son, por lo común, los máximos operadores del sistema político, los supremos repartidores y no los particulares”⁷⁸. Poviña, Con toda precisión,

⁷⁷ Biscaretti di Ruffia, Paolo. DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Tecnos. Madrid. 1965. Pp. 170.

⁷⁸Xifra Heras, Jorge. DERECHO CONSTITUCIONAL. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona. 1957. Pp. 133

observa que “solamente los órganos inmediatos del Estado pueden elaborar derecho consuetudinario constitucional, a través de sus comportamientos (los titulares de los órganos inferiores generarán, en su caso, reglas consuetudinarias de derecho administrativo)”⁷⁹.

Lo dicho se explica porque los protagonistas corrientes del derecho constitucional son los titulares de los órganos básicos del Estado (jefe del gobierno y jefe del Estado, legisladores, jueces de la magistratura constitucional, ministros, etcétera). En ese quehacer la comunidad cumple un papel habitualmente pasivo, ya que su participación en la gestión de gobierno es a menudo reducida.

Sin embargo, la comunidad protagoniza también actos propios de derecho constitucional; como cuerpo electoral, por ejemplo, en los comicios de designación de autoridades o de algunos pronunciamientos (caso del plebiscito o del referéndum, cuando ellos están admitidos por la constitución).

Aquí pueden generarse normas consuetudinarias por la propia comunidad, inclusive de aceptación de comportamientos inconstitucionales de los operadores de la constitución (por ejemplo, si participa en las elecciones existiendo proscripciones partidarias o discriminaciones ilegítimas, consintiéndolas, o también admitiendo pasivamente el fraude electoral). Otra hipótesis, desde luego

⁷⁹Poviña, Jorge R. COSTUMBRES Y USOS CONSTITUCIONALES. Instituto de Derecho Público de la Universidad Nacional de Tucumán. Argentina. 1990. Pp. 7.

preocupante, puede estribar en la admisión popular del quebrantamiento del orden constitucional, sea por *autogolpes* o por *golpes de Estado*.

Desde otra perspectiva, Duverger ha planteado otra intervención comunitaria en la confección de la costumbre constitucional. A criterio del profesor francés, "la costumbre requiere tanto la práctica y la conciencia de su obligatoriedad, como la creencia de la validez constitucional"⁸⁰, exteriorizada en una actitud de apoyo, o al menos de no objeción, por parte de la opinión pública. En otras palabras, al comportamiento de los poderosos habría que sumar el consenso social, para que una conducta repetida alcance estado de costumbre constitucional. Si el pueblo repudia el primero, nos urgiría el derecho consuetudinario constitucional.

Tal tesis parece mezclar dos ingredientes distintos del mundo jurídico: uno, el de la existencia y vigencia de una norma. El otro, el de su legitimidad. Si hay una regla de comportamiento constitucional en vigor, emanada del derecho informal y efectivamente cumplida por sus operadores, ella existe en el orden del derecho consuetudinario.

El mérito de esa norma, la injusticia que pueda padecer, o el grado de cuestionamiento de la comunidad (cuando ella no interviene en la aplicación de la

⁸⁰Duverger, Maurice. INSTITUCIONES POLÍTICAS Y DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial Astrea. Argentina. 1993. Pp. 508.

tal regla), resultan elementos muy importantes para descalificar axiológicamente, pero no obstan para destruir la constatación de la vigencia de dicho precepto.

Ahora bien, si la comunidad interviene decisivamente en el funcionamiento de dicha norma, como su protagonista, su aceptación o rechazo son entonces fundamentales para entender que no hay allí derecho consuetudinario constitucional, ya que falta su *opinio iuris*, esto es, su autoría o coautoría en la elaboración del derecho consuetudinario.

De todos modos, de faltar en dicho caso tal aporte, habrá norma impuesta y también norma vigente, bien que no consuetudinaria sino basada exclusivamente en la voluntad y en la fuerza de los detentadores (sean de facto o de iure) del sistema político en cuestión y sin perjuicio, claro está, del cuestionamiento axiológico hacia ésta.

6. EL PODER JUDICIAL COMO REALIZADOR DE NORMAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL CONSUECUDINARIO

Poviña puntualiza que “el poder judicial, por su naturaleza, no crea normas consuetudinarias”⁸¹.

⁸¹ Poviña, Jorge R. Op Cit. Pp. 7

La tesis es discutible. Por un lado, el poder judicial, como poder del Estado, cumple roles constitucionales, precisamente en el orden del funcionamiento de la norma, de naturaleza político institucional, máxime si le toca realizar (como en los Estados Unidos de América), papeles moderadores por medio del control de constitucionalidad.

Además, le corresponde descubrir el sentido de las normas constitucionales, determinar y elegir una opción constitucional (si la cláusula constitucional permite más de una interpretación, en cuyo caso, de hecho, esa cláusula contiene dos, tres o más normas, y tocará a la judicatura fijar, según su criterio, cuál de ellas es la auténtica) y cubrir las lagunas de la constitución. Asume, pues, inexorablemente, cumple con roles creativos, lo que permite detectar en la Corte Suprema de los Estados Unidos, por ejemplo, una suerte de *convención constituyente en sesión permanente*.

“Es innegable, entonces, la factibilidad de una fuerte presencia del llamado *derecho judicial*, fundado en sentencias que ocasionalmente alcanzan *el mismo rango que la constitución*. En definitiva, la constitución es lo que los jueces dicen que es”⁸².

⁸²Hugues, Charles E. LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS. Fondo de Cultura Económica. México. 1977. Pp. 7.

Por otra parte, a través de las sentencias judiciales, que son en principio normas individuales, pueden generarse, por su seguimiento y repetición, directrices que a su vez hacen nacer verdaderas reglas o normas generales, propias algunas veces del derecho consuetudinario constitucional.

Cabe insistir en que la doctrina del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, nacida en el derecho norteamericano en particular desde el caso *Marbury vs. Madison*, creó en definitiva un grupo de normas, vigentes, sobre tan significativo tema.

Algunas veces, asimismo, “una corte suprema da por su propia iniciativa (sin ley o precepto constitucional que lo contemple) a sus sentencias efectos expansivos o erga omnes, fuera del esquema constitucional formal, y ello, producto del derecho consuetudinario, genera a su vez otras normas de derecho consuetudinario constitucional (las después emanadas de las sentencias de la Corte)”⁸³.

Es útil aclarar que el derecho constitucional puede formalmente conferir a un órgano jurisdiccional (como las cortes constitucionales de Alemania, Italia, Austria, entre otras), competencia explícita para generar ciertas reglas jurídicas con efecto general, como cuando una sentencia deroga (actuando la corte como legislador negativo) a una norma inconstitucional. En tal hipótesis, la decisión de

⁸³Sagües, Néstor P. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINARIO. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2016. Pp. 184.

la corte no crea derecho consuetudinario, sino derecho positivo formal, por voluntad de la misma constitución.

Lo mismo ocurre si una constitución confiere a un tribunal la atribución de interpretar con efectos obligatorios generales a la constitución y sentar allí doctrina judicial imperativa (no solamente derogatoria de una ley inconstitucional), al estilo del artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional 7135 de Costa Rica, respecto de la Sala Constitucional de su Corte Suprema (es curioso, en cuanto este Estado, que esta competencia surja no de una disposición constitucional explícita -el artículo 10 de la Constitución al respecto sólo prevé la declaración de inconstitucionalidad de normas y actos-, sino de una ley infraconstitucional).

7. EL TIEMPO EN LA ELABORACIÓN DE LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL. EL DERECHO REPENTINO

La doctrina no es uniforme acerca de la cantidad de tiempo necesaria para que un comportamiento constitucional logre la condición de norma de derecho consuetudinario constitucional.

a) Una tendencia, restrictiva, distingue con cuidado entre precedente y costumbre. La costumbre, para esta posición, requiere *repetición* (la multiplicidad de comportamientos idénticos), *duración* (la persistencia de esa conducta durante un lapso prolongado) y *constancia* (no deben existir interrupciones en ese

comportamiento). Es posible que haya inobservancias aisladas, pero ese incumplimiento en la etapa de elaboración de la norma consuetudinaria debe ser visto como una violación y no como una contra-costumbre capaz de aniquilar. Por supuesto, para esta tesis un hecho aislado no genera costumbre, será precedente, pero no *norma consuetudinaria*.

b) Otra postura destaca que el factor tiempo es, en cuanto a la costumbre constitucional, mucho menos importante que en la costumbre del derecho privado. Desde esta perspectiva, la costumbre constitucional puede nacer ante la repetición de un número muy reducido de comportamientos. Ello depende de las circunstancias de cada caso: "Es indeterminado el tiempo que transcurre entre el primer precedente y el momento en que puede comprobarse la existencia del *usus communis*"⁸⁴.

c) Una tercera tesis, todavía más permisiva, advierte que el derecho informal constitucional puede surgir incluso con la aparición de un solo hecho, siempre que sea visto como ejemplar y digno de imitación por los sujetos que protagonizan la vida constitucional. Es lo que Goldschmidt llama *derecho repentino*; en tal caso, el *precedente* tiene el vigor jurídico suficiente, por su recepción en un medio social, que lo divisa como modelo paradigmático, para imponerse de ahí en adelante como norma imperativa.

⁸⁴Hauriou, André. DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Editorial Ariel. Barcelona. 1971. Pp. 164

“En rigor de verdad, la medición del factor tiempo para generar una norma de derecho consuetudinario constitucional es tarea difícil, ya que varía de situación en situación. La costumbre nace cuando una conducta prevista o no prevista por el derecho formal, o incluso opuesta a el, es vivida como obligatoria por protagonistas del derecho constitucional (que casi siempre, se insiste, son los magistrados y funcionarios integrantes de los poderes estatales)”⁸⁵.

Se trata entonces de una evaluación fáctica, que se origina en el ámbito de la dimensión existencial del derecho constitucional. Ante la hipótesis de un hecho inicial, es posible (o no) que goce de repetición, y que esa repetición sea vista como opcional por tales sujetos (en cuyo caso, nacerá un simple uso o práctica), o como obligatoria (y aquí irá consolidándose la regla de derecho consuetudinario constitucional).

La convicción de obligatoriedad puede realizarse en los protagonistas del derecho constitucional ya a partir del primer hecho inicial precedente, configurándose entonces una muestra de derecho repentino, o solamente después de haberse reiterado tal hecho durante cierto lapso, más o menos prolongado según los distintos casos (derecho consuetudinario propiamente dicho).

⁸⁵Ibidem. Pp. 314.

En la experiencia jurídica pueden encontrarse ejemplos de varios casos de derecho repentino muy trascendentes. La creación del control judicial de constitucionalidad, en los Estados Unidos de América, prácticamente a partir de la sentencia de su Corte Suprema de Justicia en el caso *Marbury v. Madison*, en 1803, es una muestra de ello.

En otros supuestos, bien puede ocurrir que un precedente, no obstante, su interés y gravitación, no llegue a configurar *derecho repentino* y al no contar además con actos posteriores de repetición, tampoco genere una regla de derecho consuetudinario.

8. DERECHO CONSUECUDINARIO PROCEDENTE DEL CONFLICTO INTERNO EN EL DERECHO FORMAL

Existe un problema particular en la creación del derecho consuetudinario cuando ciertas normas inferiores a la constitución formal (leyes ordinarias, reglamentos, decretos presidenciales, etc.), contravienen la constitución escrita y, por diversos conductos (su reiteración, su convalidación mediante fallos jurisdiccionales, entre otros), permanecer en vigor.

Algunas veces esas normas quedan como reglas inferiores a la constitución, constitucionalizadas al no haber operado eficazmente el mecanismo de saneamiento constitucional, pero en otros, asumen rango constitucional

primario, al incorporarse o amalgamar, como cláusulas de derecho consuetudinario, a la constitución formal.

Un ejemplo de lo que se está diciendo es, en el caso de algunas Constituciones de Estados federados (como el caso de Los Estados Unidos de América), la permisión de las intervenciones federales a uno de sus Estados (artículo IV). Este artículo prevé tal extrema medida para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores y disturbios internos.

En los casos de otros Estados (algunos de Latinoamérica, por ejemplo), sin embargo, las intervenciones federales se han dispuesto para dirimir conflictos partidarios, derrumbar gobiernos de los Estados pertenecientes a la federación de signo político opuesto al del gobierno federado, resolver controversias entre poderes locales, etcétera.

Nestor Sagüés manifiesta: “La jurisprudencia de la Corte Suprema entendió hasta hace poco al menos, que la intervención federal era un acto político no justiciable (*political question*) y por ende, la mayor parte de esas intervenciones quedaron convalidadas ante la inacción del Poder Judicial. De hecho, una interpretación desnaturalizadora del art. 6° de la Constitución argentina ha terminado por autorizar la intervención federal cuando el Gobierno de la Nación lo entienda discrecionalmente conveniente y, además, con efectos ajenos a los previstos por aquel precepto, dado que eventualmente puede provocar el

desplazamiento de las autoridades locales, incluidas las judiciales, y hasta el ejercicio del poder constituyente provincial, por parte del interventor federal”⁸⁶.

En resumen, el reiterado conjunto de infracciones a una norma de la constitución puede producir la aparición de una regla consuetudinaria superpuesta a la misma constitución. Pero conviene aclarar que no siempre queda claro el momento en que una conducta inconstitucional, por su repetición, pasa de ser infracción a ser regla consuetudinaria constitucional.

9. PUBLICIDAD, PRUEBA E INTERPRETACIÓN DE LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL

Estos temas se encuentran estrechamente vinculados entre sí.

En este sentido, Lucas Verdú sostiene que “la costumbre constitucional tiene la característica de su intrínseca publicidad, ya que emana del comportamiento de las autoridades supremas del Estado, cuya percepción es fácil porque es posible individualizar inmediatamente”⁸⁷.

Al revés de la costumbre privada, que se origina en conductas no siempre divulgadas, el derecho consuetudinario constitucional surgiría a plena luz pública.

⁸⁶Sagües, Néstor. P. LA INTERVENCIÓN FEDERAL EN LOS ESTADOS UNIDOS Y ARGENTINA. UN ENFOQUE COMPARISTA. En: CUADERNOS DE FEDERALISMO. Universidad Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina. 2016. Pp. 131.

⁸⁷ Lucas Verdú, Pablo. Op Cit. Pp. 498.

Sin embargo, otro sector de la doctrina apunta que la costumbre constitucional puede no tener más notoriedad que la de otra rama del derecho. Lo peculiar de la costumbre constitucional, escribe Pizzorusso, “es que su publicidad no implicará siempre que las conductas sean dadas a conocer a cualesquiera personas. Pueden darse costumbres relativas a ciertas actividades confidenciales o secretas (como autoridades de policía, agentes fiscales), de tal modo que allí hay costumbre, pero su publicidad sólo se opera en el ámbito en el que son observadas”⁸⁸.

En rigor de verdad, cabe concluir que la costumbre constitucional es normalmente accesible al conocimiento del público; pero puede haber numerosas excepciones, porque su protagonista no es casi siempre la comunidad, sino los gobernantes. Naturalmente, estos sí deben conocerla, ya que sería absurdo que puedan obedecer lo que ignoran.

“Si la costumbre goza de publicidad general, constituye un *hecho notorio* que, por tal carácter, no necesita prueba, y que tanto, puede aplicarse de oficio por los operadores de la constitución. Regirán también los principios de *iura novit curia e ignorantia juris non excusat*. La costumbre constitucional política podrá efectivizarse por el operador constitucional aunque no se alegue, e incluso aunque se invoque desconocerla”⁸⁹.

⁸⁸ Pizzorusso, Alessandro. Op Cit. Pp. 393.

⁸⁹ Couture, Eduardo. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1989. Pp. 233

Pero si la costumbre constitucional no es de conocimiento general, sino que está reservada a ciertos círculos del poder, el asunto varía sustancialmente. Como norma genérica, Pizzorusso dice que "la prueba de la costumbre, al faltar un procedimiento que la identifique de modo indubitado, habrá de conseguirse caso por caso, sirviéndose de los medios normales de prueba reconocidos para todos los demás hechos jurídicos"⁹⁰.

Es factible, por eso, que en algunos supuestos pueda discutirse la existencia o inexistencia de un precepto de derecho consuetudinario constitucional, de manera parecida, explica el autor citado, a la prueba del derecho extranjero cuando debe aplicarse por el juez nacional, en virtud de un precepto de derecho internacional privado.

Un tema de sumo interés es el de la interpretación del derecho consuetudinario constitucional.

10. TIPOS DE COSTUMBRE CONSTITUCIONAL. LA COSTUMBRE *SECUNDUM CONSTITUTIONEM*

Como la costumbre en general, la constitucional puede dividirse en tres tipos: *secundum constitutionem*, *praeter constitutionem* y *contra constitutionem*.

⁹⁰Pizzorusso, Alessandro. Op Cit. Pp. 402.

La costumbre *secundum constitutionem*, también llamada *interpretativa* o *costumbre justa*, es aquel comportamiento conceptualizado como obligatorio y coincidente con el texto constitucional.

Dado que la norma constitucional puede con frecuencia entenderse en varios sentidos, la importancia y la utilidad del derecho consuetudinario constitucional *secundum constitutionem* es evidente, en términos de seguridad jurídica, al haber una de esas vías interpretativas como la más adecuada, de ahí que se hace el adagio romano, que la costumbre es la mejor intérprete de las leyes (*optima enim est legem interpreconsuetudo*).

Diversos autores niegan que la costumbre interpretativa sea realmente derecho consuetudinario: el cumplimiento obediente de la norma escrita es, para Legaz y Lacambra, derecho escrito convertido en costumbre, o un simple instrumento del proceso interpretativo, o la mera aplicación del derecho escrito (Ferrari, Voigt, Lucas Verdú). En otras palabras, “esta costumbre no sería una fuente jurídica distinta del derecho formal, sino la efectivación del derecho formal”⁹¹.

No obstante, tales observaciones, debe advertirse que, en ciertos casos, la costumbre *secundum constitutionem* opta entre varios caminos interpretativos de una norma ambigua, y en eso hay un ingrediente creativo en cuya base está no

⁹¹Lucas Verdú, Pablo. Op Cit. Pp. 112.

sólo la voluntad del autor histórico de la norma formal, sino también voluntad de los operadores posteriores.

Además, cuando la costumbre se limita a cumplir literalmente lo que indique una norma constitucional formal de sentido unívoco, ello evidencia un concurso de voluntades (la del constituyente histórico y de los operadores posteriores), con basamento sociológico bien distinto.

En tal caso, puede hablarse de un derecho positivo *puesto* por el constituyente y de un derecho consuetudinario emanado de los operadores de la norma, ratificadorio del primero.

Para Lucas Ver du, la llamada costumbre constitucional *secundum constitutionem* es sustancialmente estática, desde el momento en que repite la norma formal.

“Sin embargo, si la norma formal es ambigua y admite dos o más exégesis diversas, y la costumbre abandona una arcaica y opta por otra nueva, siempre dentro del marco de posibilidades de la norma, es posible detectar allí una actitud dinámica y evolutiva. En tal supuesto, la costumbre *secundum constitutionem*, sin salirse de la norma constitucional formal, encara nuevos caminos, probablemente flexibiliza la norma formal y la adapta a las exigencias del momento”⁹².

⁹² *Ibidem*. Pp. 503-504.

11. COSTUMBRE *PRAETER CONSTITUTIONEM*

Este tipo de costumbre complementa a la constitución formal, sin contradecirla. “Su ámbito de acción, eminentemente innovador o introductorio de nuevas normas, estará en función del campo cubierto por las fuentes escritas: si las lagunas normativas formales son extensas, existirá desde luego una mayor posibilidad de acción del derecho consuetudinario *praeter constitutionem*”⁹³.

Esta costumbre presenta dos problemas fundamentales. El primero ocurre cuando la constitución formal dispone que un determinado asunto será normado por medio de una ley formal infraconstitucional. En tal caso, ese espacio jurídico no debería válidamente ser cubierto por la costumbre *praeter constitutionem*, sino por una ley formal; y si fuera llenado por la costumbre, ésta sería en rigor *contra constitutionem*, al oponerse al mensaje expreso del constituyente.

El segundo problema es que “el llenado de la laguna constitucional por vía de costumbre complementaria o innovativa no debe ser discrecional, sino acorde con el plexo axiológico y el resto del aparato normativo de la constitución. Si esto no ocurriera, la costumbre también sería *contra constitutionem*”⁹⁴.

⁹³Pizzorusso, Alessandro. Op Cit. Pp. 3999.

⁹⁴Linares Quintana, Segundo V. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Op Cit. Pp. 476.

No siempre es sencillo distinguir una costumbre *secundum constitutionem* de una costumbre *praeter constitutionem*, salvo que se dé a la primera un simple rol repetitivo del texto constitucional formal. El asunto se puede dirimir así: cuando la norma formal admite varias interpretaciones y la costumbre escoge una de ellas, no hay innovación propiamente dicha y, por tanto, la costumbre será allí *secundum constitutionem*. La costumbre *praeter constitutionem*, en cambio, sólo existe ante la presencia de una laguna constitucional, y tiene por objeto colmar dicha laguna. Lo primero que deberá determinar el investigador, es si la costumbre del caso está o no colmando una laguna constitucional.

Pero otra variable de costumbre *praeter constitutionem* surgiría cuando el operador jurídico no colma precisamente una laguna (esto es, algo faltante), sino que crea una norma constitucional adosándola a la formal, siempre que no contradiga a ésta. En una palabra, en tal supuesto el operador suma a la regla constitucional formal, otra, por su voluntad, sin que sea indispensable que así lo haga (en el llenado de la laguna, en cambio, hay necesidad de cubrirla).

Tal vez el caso histórico más relevante de costumbre *praeter constitutionem* fue el ya mencionado de creación pretoriana del control judicial de constitucionalidad, en los Estados Unidos de América.

De Vergottini cita otro ejemplo, con referencia al derecho constitucional suizo: “los artículos 95 y 96 de la Constitución helvética de 1874 (hoy artículo 175

de la Constitución de 1998) disponen que el Consejo Federal se compondrá de siete miembros, y que no es factible elegir más de uno de un mismo Cantón. Como reglas consuetudinarias se cumplen las siguientes: no puede haber más de cinco miembros del grupo étnico suizo-germano; los tres cantones mayores están siempre representados; y los cuatro partidos de la coalición tradicional mayoritaria logran un número de miembros proporcional a los votos obtenidos⁹⁵.

12. COSTUMBRE *CONTRA CONSTITUTIONEM*

Es la opuesta a una prescripción explícita o implícita de la constitución formal o a su techo ideológico.

Diversas constituciones, al estilo del artículo 44 de la de Guatemala, afirman que, además de los derechos personales enumerados, existen otros (llamados *no enumerados* o *implícitos*) que derivan de la naturaleza humana, de la soberanía del pueblo o de la forma republicana de gobierno. Una costumbre que negase alguno de esos derechos implícitos sería también *contra constitutionem*.

Desde luego, la costumbre *contra constitutionem* es la que más problemas provoca entre el derecho formal y el consuetudinario, máxime si el primero tiene carácter de rígido o pétreo.

⁹⁵ De Vergottini, Giuseppe. Op Cit. Pp. 181.

“En su oposición a la constitución formal, la costumbre *contra constitutionem* puede operar añadiendo algo contradictorio con la constitución, restándole algo, o conjuntamente sustrayendo y añadiendo otro precepto, sustitutivo del afectado. Lo puede hacer directamente, de manera manifiesta, o indirectamente, a través de una interpretación mutativa que, si bien deja aparentemente incólume al texto formal, lo altera en su contenido, por adición, sustracción o sustracción-adición. Ello puede acarrear casos de falseamiento y de corrupción de la constitución”⁹⁶.

Conviene insistir aquí en distinguir casos de violación de la constitución, de supuestos de costumbre contra la constitución. Por supuesto, la costumbre *contra constitutionem* importa una muestra de quebrantamiento o infracción a la constitución, pero se distingue precisamente de un simple acto constitucionalmente ilícito (o acto inconstitucional), porque pretende erigir una norma de derecho consuetudinario opuesta a la constitución formal (en su letra o en su espíritu).

Dicho de otro modo, la costumbre *contra constitutionem* es mucho más que una lesión a la constitución: importa un acto de alteración permanente de la constitución formal, reconocido con mayor o menor sinceridad, según los casos.

⁹⁶Sagües, Néstor P. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. Editorial Depalma Buenos Aires. 1998. Pp. 58.

“Por supuesto, no siempre será sencillo diferenciar un comportamiento inconstitucional, por parte de un operador de la constitución, del comienzo, también por él, de una costumbre *contra constitutionem*. Eso dependerá de la intención del operador y de los demás protagonistas del juego constitucional, del afianzamiento fáctico de esa conducta y de las ocasiones de repetición que se den en la experiencia jurídico-política”⁹⁷.

Los casos de derecho consuetudinario *contra constitutionem* son abundantes, máxime en naciones donde la brecha entre la norma y la realidad es considerable. Pero tal costumbre puede darse en cualquier lado.

“Como ejemplo de costumbre *contra constitutionem* abrogatoria puede citarse el poder de veto que varias constituciones otorgan al Rey (países escandinavos, Holanda, Bélgica), pero que no se aplica desde hace tiempo”⁹⁸.

“La Corte Constitucional italiana ha reconocido también costumbre derogatoria respecto del artículo 103 de la Constitución, concerniente a la jurisdicción de la Corte en materia de contabilidad pública”⁹⁹.

“Una muestra de costumbre *contra constitutionem* por adición o suma ha sido la prohibición de la reelección presidencial en los Estados Unidos de América,

⁹⁷ Pizzorusso, Alessandro. Op Cit. Pp. 423.

⁹⁸ Lucas Verdú, Pablo. Op Cit. Pp. 519.

⁹⁹ Cabellero Sierra, Gaspar & Anzola Gil, Marcela. TEORÍA CONSTITUCIONAL. Editorial Temis. Bogotá. 1995. Pp. 34.

por más de un período (la regla fue contravenida por Franklin D. Roosevelt, pero al fin resultó expresamente constitucionalidad por vía de la enmienda XXII)¹⁰⁰.

Hipótesis de costumbre *contra constitutionem* mixta (por sustracción y adición de reglas constitucionales) se encuentran en los supuestos de transferencias de competencias o subordinación de los órganos constitucionales, en contravención al texto constitucional.

Lucas Verdú recuerda el caso del nombramiento de ministros que, “en diversas constituciones europeas monárquicas, compete al rey, pero que de hecho es realizado por el primer ministro”¹⁰¹.

13. VALOR DE LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL. TRASFONDO IDEOLÓGICO

La discusión sobre el valor jurídico de la costumbre constitucional se plantea con distinta intensidad según el tipo de costumbre de que se trate. Por ejemplo, casi en nada se objeta la admisión de la costumbre *secundum constitutionem*. En cambio, la polémica puede surgir respecto de la costumbre *praeter constitutionem*, y es muy dura en cuanto a la costumbre *contra constitutionem*. Esto es explicable, porque en particular es en el último caso donde se plantea la oposición entre el derecho formal y el derecho informal.

¹⁰⁰ Loewenstein, Karl. Op Cit. Pp. 34.

¹⁰¹ Lucas Verdú, Pablo. Op Cit. Pp. 520.

Detrás de la controversia afloran aparte de argumentaciones estrictamente teóricas, planteos ideológicos. Existe una tendencia que minimiza el valor de la costumbre constitucional. El origen de esta corriente está (especialmente en Francia) en el rechazo de la costumbre como vestigio del *ancien régime*; vale decir, porque se le ve como supervivencia de un sistema político anacrónico, derrumbado por la revolución de 1789, al que cabía combatir mediante el nuevo derecho revolucionario francés, plasmado en las leyes formales que debían ser expresión de la voluntad general.

Eso, por un lado. Otra razón de cuestionamiento de la costumbre es que el derecho informal puede adoptar actitudes de autonomía y de separación frente al derecho formal, emanado éste de la voluntad de los titulares oficiales del poder estatal. Si la constitución es ideológica (como toda constitución, indica Lucas Verdú), es natural que el constituyente oficial privilegie el valor de su mandato ideológico, enunciado en la cláusula constitucional escrita, y reduzca en lo posible la autoridad del derecho informal, que en alguna dosis es derecho rebelde y que no siempre es dominable por la autoridad.

Simultáneamente, cabe recordar que “las doctrinas totalitarias se han rehusado casi siempre a admitir el valor de la costumbre (como la fundada en el derecho natural), al resultar manifestaciones normativas ajenas a la voluntad del

Estado y, por tanto, indicadores de autoridad distinta a la del poder oficial, expresado monopólicamente en la ley positiva formal”¹⁰².

Desde otro punto de vista, puramente formalista, la objeción al derecho consuetudinario se ha basado en el valor seguridad, perjudicado por la existencia de un derecho informal sumamente maleable, flexible y no siempre preciso, que erosiona la certeza de la vigencia y aplicabilidad del derecho formal.

13.1 ENFOQUE LEGAL-FORMALISTA

Quien se inscriba en esta postura analizará el valor del derecho consuetudinario constitucional del siguiente modo: a) admisión de la costumbre *secundum constitutionem*, que es la que se subordina al texto constitucional formal y, por ende, está bajo él; b) aceptación (no sin oposición) de la costumbre *praeter constitutionem*, siempre que se conforme con los principios y con las demás normas del derecho positivo de la constitución formal; y, c) rechazo de la costumbre *contra constitutionem*.

Una buena exposición de tal punto de vista puede hallarse en Carré De Malberg: "no hay costumbre capaz de resistir a la potestad del legislador"¹⁰³. La característica de la constitución, añade, "es la de ser una ley que posee una

¹⁰²De la Bigne de Villeneuve, citado por Lucas Verdú, Pablo. Op Cit. Pp. 502.

¹⁰³Carré de Malberg, Raymond. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. Fondo de Cultura Económica. México. 1998. Pp. 1346.

potestad reforzada, en tanto que no puede ser modificada por una ley ordinaria, esta consideración, por sí sola, basta para excluir la posibilidad de un derecho constitucional usual. Los términos constitución y costumbre son incompatibles. La costumbre no posee la fuerza superior que caracteriza al derecho verdaderamente constitucional"¹⁰⁴.

“Para el formalismo jurídico, la idea de constitución rígida descarta la posibilidad de que existan reglas de derecho consuetudinario del mismo rango jurídico que las normas formales de la constitución”¹⁰⁵.

La constitución, en efecto, se establece mediante una autoridad particular (por ejemplo, la Asamblea Constituyente) y por un procedimiento legislativo específico, del que no participa la costumbre.

Además, “si se autorizase la costumbre *contra constitutionem*, se constitucionalizaría la violación de la constitución y, en definitiva, se subordinaría el valor de la constitución formal al derecho consuetudinario constitucional, hipótesis que obligaría a replantear todo el sistema jurídico”¹⁰⁶.

Hay que hacer ver, también, que la costumbre *praeter constitutionem* es consentida por esta doctrina con ciertas mutaciones. En especial, se la admite

¹⁰⁴ Ibídem. Pp. 1346.

¹⁰⁵ Laferrière, Julien. Op Cit. Pp. 347.

¹⁰⁶ Lucas Verdú, Pablo. Op Cit. Pp. 507.

como fuente de derecho, pero sin supremacía constitucional, con el valor jurídico de una ley ordinaria.

13.2 ENFOQUE DE HECHO

Naturalmente, desde este ángulo de observación, la costumbre constitucional vale como hecho real independientemente de que se la quiera reconocer o no.

En el campo existencial, el comportamiento consuetudinario constitucional algunas veces va parejo con la constitución formal, pero en otras cubre sus vacíos o deroga a la norma de la constitución escrita. Una cosa es indudable, escribe Jellinek: "que las constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desenvuelva junto a ellas y contra ellas un derecho constitucional no escrito"¹⁰⁷.

El uso constitucional, prosigue Loewenstein, "puede anular a una disposición constitucional expresa"¹⁰⁸.

La costumbre contraria a la constitución formal, agrega Bidart Campos, "provoca la derogación sociológica del artículo constitucional afectado, y a eso, no se puede oponer la norma escrita"¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Jellinek, Georg. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. Editorial Albatros. Buenos Aires. 1954. Pp. 405.

¹⁰⁸ Loewenstein, Karl. Op Cit. Pp. 169.

Kelsen añadirá que "una norma puede ser derogada consuetudinariamente, por una costumbre contraria a ella, así como puede ser creada por otra costumbre"¹¹⁰.

Existe otra explicación sociológico-normativa de la costumbre constitucional, en particular de la costumbre *contra constitutionem*.

La constitución, explica Tamayo y Salmorán, "es un conjunto de reglas que funcionan como el primer acto condicionante de un sistema jurídico nacional. Todo acto condicionante (y la constitución como el más importante de ellos), significa una propuesta de cierta normatividad (la condicionada a él)"¹¹¹.

La costumbre *contra constitutionem*, por su parte, opera como un elemento innovador que postula otra pretensión o proposición, desde luego diferente a la propuesta de la constitución formal.

La solución del conflicto se encuentra en los destinatarios u operadores de la norma, que deben realizar un pronunciamiento de preferencia: seguir la propuesta formal, o adoptar el comportamiento consuetudinario innovador. La disyuntiva, añade Tamayo y Salmorán, puede ser respecto de toda una

¹⁰⁹Bidart Campos, Germán J. FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Ediar. 1969. Pp. 100.

¹¹⁰Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. Op Cit. Pp. 140.

¹¹¹Tamayo y Salmorán, Rolando. Op Cit. Pp. 155.

constitución, o en cuanto a una norma aislada de una constitución. Si la propuesta innovadora es aceptada, el todo de una constitución formal o sus cláusulas concretas afectadas, deja de funcionar como tales y su lugar es ocupado por una disposición consuetudinaria, que es la efectivamente realizada por los aplicadores de la aludida constitución.

14. EVALUACIÓN DE LA FUNCIÓN CONSTITUYENTE DE LA COSTUMBRE

La comprensión del derecho consuetudinario, y en particular de la costumbre *contra constitutionem*, no puede realizarse solamente desde una perspectiva unilateral -sea ella normativista formal o, en cambio, sociológica.

Por supuesto, desde el punto de vista de la constitución formal, el derecho consuetudinario no vale prácticamente nada. Desde el ángulo de la realidad, la norma escrita tampoco tiene valor, si no es obedecida por sus destinatarios, o si su infracción no es castigada de hecho por los órganos vigilantes de la supremacía constitucional.

A fin de delimitar el problema y verificar un análisis conjunto, factico-normativo, conviene separar primero aquellas reglas relativas a usos, hábitos o prácticas constitucionales, de por sí útiles y habitualmente cumplidas, pero que no son reputadas sociológicamente como obligatorias. Ellas, claro está, no ofrecen mayores dificultades en cuanto a su compatibilidad con la constitución formal,

desde el momento en que esta última, de haber conflicto, prevalecerá sobre las reglas usuales no imperativas.

También es útil diferenciar los supuestos de violación de la Constitución, de los casos de nacimiento de una regla consuetudinaria constitucional. Ciñéndonos a éstos, resulta obligado también distinguir entre reglas consuetudinarias de derecho constitucional secundario, de las mismas normas, pero de derecho constitucional primario. Las de derecho secundario no tienen primacía y, por ende, podrán perjudicar a alguna ley común, pero no a los artículos de la constitución.

La cuestión más grave se suscita cuando una regla de derecho consuetudinario primario, esto es, con pretensiones de supremacía, se suma o ataca a una norma de la constitución formal.

Para intentar asumir esta temática, el jurista debe primero tener presente que las reglas del derecho consuetudinario constitucional son también normas jurídicas. Vale decir, *reglas de derecho*, como las llamaba Hauriou. Su eficacia deriva, según él apunta, “de la coacción de la opinión de los círculos competentes, es decir, de las gentes que participan en el juego constitucional. No son, pues,

simples hechos: son verdaderos hechos normativos; una muestra concluyente del poder normativo de lo fáctico. O sea, de la creación social del derecho”¹¹².

En ese orden de ideas, “el jurista tiene también que asimilar que al lado del poder constituyente formal, cuyo trabajo se traduce en las cláusulas de la constitución escrita, coexiste otro poder constituyente informal, conformado entre otros por los supremos repartidores del Estado, esto es, por los aplicadores e intérpretes máximos de la constitución”¹¹³.

Ellos reciben del poder constituyente histórico formal a la norma constitucional escrita, pero la ejecutan en la medida y con la modalidad que determinan ellos mismos, incluso, pueden llegar a retacear o a negar su cumplimiento, o a crear normas informales, compatibles o no con la constitución escrita; y estas normas, conceptuadas como imperativas por los operadores de la constitución, tienen de vez en cuando el mismo vigor (o más) que algunas reglas de la constitución formal.

Que una constitución sea viva, escribe Loewenstein, “debe ser efectivamente vivida, y ello solamente ocurre en la proporción de que sus operadores realmente la concreten, y según la concreten”¹¹⁴.

¹¹² Hauriou, Maurice. DERECHO PÚBLICO Y CONSTITUCIONAL. Editorial Reus. Madrid. 1987. Pp. 298

¹¹³ Pérez Guilhoum, Dardo. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: ÓRGANO POLÍTICO Y CONSTITUYENTE. En: Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina. 1983. Pp. 38

¹¹⁴ Loewenstein, Karl. Op Cit. Pp. 125.

El conflicto entre la prevalencia del derecho constitucional formal y el derecho consuetudinario constitucional -que es una confrontación entre dos géneros normativos, y no entre un orden jurídico y un conjunto de hechos- se resolverá, en definitiva, en el teatro de operaciones de la realidad. alguna norma vencerá, y ésta será la que efectivamente apliquen los operadores de la constitución.

Aquí ya no puede discutirse la evidencia de lo que no puede negarse: que las cláusulas de la constitución escrita pueden no prevalecer contra la tradición, el tiempo y la costumbre; que la costumbre puede derogar, y de hecho deroga, determinadas disposiciones de la constitución formal; que ella modifica- extendiéndolas o recortándolas- a las prescripciones de la constitución formal. Que transfiere competencias de un órgano supremo a otro; que puede crear un cuerpo normativo paralelo a la constitución oficial, al estilo del Pacto Nacional libanés; que sustituye, vacía y altera el alcance de los artículos constitucionales escritos. “Debe reconocerse, pues, un innegable *rol constituyente de la costumbre*”¹¹⁵, según lo expresa Prélot.

¹¹⁵ Linares Quintana S.V. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Op Cit. Pp. 472.

“Ese papel constituyente de la costumbre provoca en parte la confusión entre el poder constituyente y los poderes consuetudinarios, cuando éstos elaboran derecho consuetudinario constitucional primario”¹¹⁶.

15. DEROGACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CONSUETUDINARIO

Aquí pueden darse distintas alternativas, que conviene considerar por separado.

15.1 POR EL MISMO DERECHO CONSUETUDINARIO

Esta hipótesis es perfectamente posible y encaja dentro de la lógica del derecho informal: una costumbre puede modificar o cambiar otra costumbre. La forma en que opera este fenómeno puede ser más o menos lenta (caso del derecho consuetudinario propiamente dicho), o rápida (caso de un *derecho repentino* que por su fulminante ejemplaridad diluya una norma consuetudinaria preexistente).

¹¹⁶Quiroga Lavié, Humberto. LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES A TRAVÉS DE LA COSTUMBRE Y DE LA JURISPRUDENCIA. En: En: LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES. UNAM. MÉXICO. 1985. Pp. 119.

15.2 POR EL DERECHO CONSTITUCIONAL FORMAL

Se ha dicho que es raro que el derecho constitucional formal se ocupe del derecho constitucional consuetudinario. Más raro, todavía, que pretenda dejarlo sin efecto.

De todos modos, buena parte de la doctrina apunta que una disposición normativa formal que establezca la inderogabilidad del derecho escrito por el derecho consuetudinario es inoperante.

Así, Goldschmidt manifiesta que: “la prohibición legal de la costumbre *contra legem* queda derrumbada por la aparición de una costumbre *contra legem* opuesta a la norma formal, dado que el derecho consuetudinario posee una fuerza superior que dimana de la misma ley natural. A lo dicho habría que agregar que aunque el texto constitucional intentara defenderse, descartando imperativamente y por anticipado su neutralización o aniquilación por vía del derecho informal, este último podría derogar (al restarle eficacia, por medio de una costumbre negativa) a la cláusula constitucional formal en cuestión”¹¹⁷.

Cabe atender también al supuesto de que, si una norma de derecho constitucional formal fue derogada por desuetudo, y después el legislador constituyente intenta implantar a la primera por medio del dictado de otra norma

¹¹⁷ Goldschmidt, Werner. Op Cit. Pp. 102.

constitucional formal, ello será teóricamente posible, aunque la suerte de esta iniciativa dependerá del acatamiento futuro que le presten los operadores de la constitución.

Otra situación interesante puede presentarse si una regla del derecho constitucional formal fue derogada por otra consuetudinaria y en determinado momento los operadores de la constitución quieren recurrir a aquélla, y recomenzar a cumplirla.

Con acierto, Goldschmidt distingue cuidadosamente dos posibilidades. Si una norma de la constitución formal no se aplica simplemente por inacción o falta de uso, nada obstaría a que el operador de la constitución le hiciera recobrar vigencia.

Por el contrario, si la norma constitucional formal está derogada por desuetudo (costumbre constitucional derogatoria), cosa que implica la convicción social de su no vigencia y de la imposibilidad de su exigencia, Goldschmidt entiende que “haría falta sancionar una nueva norma coincidente con la derogada, para poder efectivizarla”¹¹⁸.

¹¹⁸Ibidem. Pp. 250.

16. LEGITIMIDAD DE LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL

La discusión sobre la legitimidad del derecho constitucional consuetudinario no finaliza con la conclusión de que éste existe y que en determinadas ocasiones vence al derecho constitucional formal. Como la estructura del mundo jurídico comprende valores, además de normas y de hechos, cabe ahora inquirir sobre la legitimidad (justificación o injustificación) de la costumbre constitucional.

En términos generales, puede decirse que la costumbre tiene buenas razones para presumirse legítima. “El argumento democrático observa que ella surge de la conciencia popular (tesis historicista de Savigny y Puchta), nace *directamente de las entrañas mismas de la nación, y traduce exteriormente la voluntad colectiva de las generaciones que se suceden*. Extremando este punto de vista, se ha dicho que la costumbre expresa la voluntad del pueblo como si él fuera expresamente consultado, y que, en caso de la costumbre constitucional, es la reserva de las facultades no delegadas por el pueblo a sus representantes”¹¹⁹.

El *argumento de la eficacia* agrega que la costumbre traduce igualmente la voluntad de los órganos estatales, y que su observancia regular se explica por razones de necesidad, de utilidad y hasta de comodidad en el funcionamiento gubernativo.

¹¹⁹Quiroga Lavié, Humberto. LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES A TRAVÉS DE LA COSTUMBRE Y DE LA JURISPRUDENCIA. Op Cit. Pp. 120.

“Otras escuelas han esgrimido el *argumento providencial*: la costumbre - obra de las circunstancias- manifiesta indirectamente la voluntad de Dios, guiando los acontecimientos por sobre las cláusulas del derecho escrito”¹²⁰.

Sin embargo, y con específica referencia al derecho consuetudinario constitucional, el valor axiológico de la costumbre debe examinarse con bastante cuidado. El *argumento democrático*, por ejemplo, importa aquí mucho, puesto que la costumbre constitucional no nace habitualmente de la comunidad, sino que es elaborada por los operadores de los órganos supremos del Estado.

A lo más, podría hablarse de un consentimiento popular a la norma consuetudinaria constitucional (si ese consentimiento efectivamente existe en una comunidad concreta). Pero tal consenso no siempre es fácil de detectar, al no ser corrientemente el pueblo, en los Estados con gobierno representativo, un protagonista cotidiano del quehacer gubernativo.

Fuera de esto, cabe puntualizar que, en cuanto al contenido mismo de la costumbre, ésta será legítima, únicamente si crea una norma constitucional justa (la *costumbre praeter* o *contra constitutionem*), o si cumple con una regla constitucional justa (la *costumbre secundum constitutionem*).

¹²⁰ Linares Quintana. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Op Cit. Pp. 209.

“Hay, por cierto, costumbres constitucionales buenas y costumbres constitucionales malas. Ejemplo de las últimas son, la existencia de leyes secretas o la adopción de la intervención federal a las provincias por motivos puramente discrecionales”¹²¹.

También es discutible axiológicamente la costumbre constitucional *contra constitutionem* desde el momento en que, aunque fuere justa en el fondo, viola los valores de orden y seguridad, al atentar contra la gradación jurídica que patrocina la constitución formal y afectar así al principio de supremacía constitucional.

Como regla es injusto alterar ese postulado jurídico-político, cuyo valor no es meramente histórico o teórico, sino profundamente ligado a la construcción del Estado de derecho.

En síntesis, el apartamiento de la norma constitucional escrita por vía consuetudinaria solo encontraría legitimación, en principio, si la primera se tratara de una norma constitucional formal notoriamente injusta, o cuya aplicación resulta gravemente dañina para la comunidad, es decir, si mediase un genuino estado de necesidad que autorizase incumplirla.

Sin embargo, si de hecho se produce una costumbre *contra constitutionem* no justificada, y por ella queda caduca alguna regla de la constitución formal, el

¹²¹Sagües, Néstor P. LAS LEYES SECRETAS. EL SIGILO LEGISLATIVO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1977. Pp. 98.

jurista debe constatar el hecho y reconocer que en el ámbito de la realidad se ha operado un caso de desuetudo. Tal circunstancia podrá lamentarse, pero no puede, en aras del valor verdad, ocultarse o negarse, o dejar de enseñarse en colegios y universidades, o de aplicarse por los tribunales.

Así, si por vía de derecho constitucional consuetudinario se ha implantado una regla constitucional injusta, corresponde reconocer también tal hecho, y alertar sobre la existencia de la norma consuetudinaria ilegítima vigente, en lugar de disimular u ocultarla. En otras palabras, cabe denunciar su existencia, y después trabajar para removerla, mediante la elaboración de otra regla consuetudinaria opuesta, o mediante la iniciativa de una regla de derecho constitucional formal que derogue a la costumbre ilegítima del caso, o medie su inaplicación, de haber un caso de laguna axiológica.

CAPÍTULO IV

LOS PRINCIPIOS DE DERECHO POSITIVO Y DE DERECHO NATURAL Y LA DOCTRINA COMO FUENTE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. DISTINTOS TIPOS DE PRINCIPIOS COMO FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. PRINCIPIOS CON RANGO CONSTITUCIONAL

“Algunas veces, los principios están incluidos explícitamente en la misma constitución y, desde luego, son fuente de interpretación de ella, al tiempo que desarrollan decisiones constitucionales en el sentido que proponen esos principios. Concomitantemente, un principio constitucional puede irradiar de inconstitucionalidad a la ley o norma inferior a la constitución, que lo contravenga, o a la sentencia judicial que se aparte de él”¹²².

Por ejemplo, la Constitución de Honduras de 1982, en su Preámbulo, incluye los de justicia social, justicia, libertad, seguridad, estabilidad, pluralismo, paz, democracia representativa, bien común y realización del hombre. El principio de la dignidad del hombre, definida por el artículo 1º de la Constitución de Alemania como *sagrada*, es muy seguido en el actual derecho comparado, como súper principio constitucional (por ejemplo, la Constitución de Chile, en su artículo 1º; la Constitución del Perú, en su artículo 1º; la Constitución de España, en su artículo 10; la Constitución de Colombia, en su artículo 1º, entre otras).

¹²²Sagüés, Néstor P. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINARIO. Op Cit. Pp. 276.

En otros textos se formulan como principios constitucionales creencias religiosas. Así, "En humilde reconocimiento de todas nuestras obligaciones con Nuestro Señor Jesucristo con la debida observancia de las virtudes de Prudencia, Justicia y Caridad" (Preámbulo de la Constitución de Irlanda); o el "principio cristiano de justicia social" (Constitución de Costa Rica, artículo 74). La Constitución argentina invoca en su Preámbulo a Dios, "*fuerza de toda razón y justicia*", y la Constitución de Guatemala invoca en su preámbulo el nombre de Dios".

Entre las de corte fundamentalista puede citarse el art. 2º de la Constitución de Irán de 1979, que fundamenta al Estado en: "a) un Dios único (no hay más que un solo Dios), que posee la soberanía exclusiva, y en sus leyes ante las cuales es necesario someterse totalmente; b) la revelación divina y en su impronta fundamental en la formulación de las leyes; c) la resurrección y su trascendencia en el perfeccionamiento de los hombres en su camino hacia Dios; d) la justicia divina en las obras de creación y legislación; e) el imanato, en su función permanente de guía a los fines de la prosecución de la revolución islámica, y) la dignidad y el valor del hombre y en su libertad imprescindiblemente unida a su responsabilidad ante Dios".

También hay principios constitucionales basados en estudios de autores concretos, como los de "José Martí y las ideas político-sociales de Marx, Engels y Lenin" (Preámbulo de la Constitución de Cuba de 1992).

En otros supuestos, la constitución se remite a principios basados en normas legislativas, como es el caso del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, reiterado por la de 1958, que menciona a "los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República", que quedan así constitucionalizados.

Finalmente, de vez en cuando una constitución puede mencionar los principios del derecho internacional (por ejemplo, Guatemala de 1985, artículo 149; Portugal de 1976, artículo 89), cuyo significado, proyectados sobre el derecho interno, puede ser muy trascendente.

La fuerza normativa de los principios, conviene recordarlo, es muy importante, ya que generan normas, dan razones para interpretarlas y para fundar las decisiones judiciales.

“El origen jurídico de los principios es diverso. Aparte de los proclamados en el texto constitucional, muchos provienen del derecho consuetudinario o, directamente, de la actividad y voluntad de los jueces”¹²³, como destaca Ronald Dworkin. En otros casos, son deducidos, muchas veces también por los tribunales, de algunos enunciados expresos, aunque bastante generales, de la Constitución. Por ejemplo, de las ideas de afianzar la justicia y de *alterum non laedere*, el derecho constitucional a obtener una reparación integral, si alguien causa un daño a otro.

¹²³Dworkin, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Op Cit. Pp. 81.

2. PRINCIPIOS CIENTÍFICOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Aparte de los principios insertados directa o indirectamente en la Constitución, están los propios de la disciplina jurídica derecho constitucional, y los generales del derecho. Aunque no tengan fuerza normativa (salvo que la constitución los incorpore a ella), lo cierto es que poseen vigor conceptual y rigen el funcionamiento del derecho constitucional. “El comportamiento de un órgano del poder que olvide, verbigracia, los postulados de fundamentalidad, responsabilidad, funcionalidad, eficacia, etc., o la sanción de una norma que los infrinja, pueden provocar la descalificación como arbitrario o absurdo a lo decidido, y ello, ocasionalmente, puede a su turno acarrear su declaración de inconstitucionalidad. Además, estos principios intervienen decisivamente en la intelección y en la efectivización de las reglas de la constitución”¹²⁴.

3. PRINCIPIOS DE DERECHO NATURAL.

“Para las posiciones iusnaturalistas, a las que nos adherimos, el derecho natural es fuente del ordenamiento jurídico, y prevalece incluso sobre el derecho positivo, en el constitucional. Una cláusula de la constitución contrapuesta al derecho natural es, desde este criterio, derecho impropio, o derecho inaplicable, extremo que provoca una *laguna ideológica o axiológica*”¹²⁵.

¹²⁴Sagüés, Néstor P. ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Pp. 699.

¹²⁵ Goldschmidt, Werner. Op Cit. Pp. 291.

Para las corrientes positivistas, no: el derecho constitucional, aun violatorio del derecho natural, sigue siendo derecho vigente.“ Algunas veces hay términos de conciliación, como, por ejemplo, cuando la constitución institucionaliza al derecho natural, recibéndolo en su seno. De modo explícito, no es una solución muy frecuente”¹²⁶.

4. LA DOCTRINA

4.1 CONSIDERACIONES SOBRE LA DOCTRINA COMO FUENTE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Generalmente se concibe a la doctrina constitucionalista como fuente del conocimiento de normas, en el sentido de que explica, desarrolla y fiscaliza científicamente al orden jurídico constitucional.

Desde luego, ello es cierto, pero “también es verdad que la doctrina opera de hecho como *fuentes real* de normas constitucionales, en cuanto colabora materialmente a la producción de reglas constitucionales, gestando así el *derecho nuevo*, aunque para acceder a tal rango requerirá ser aceptada por quien ejerza el poder constituyente, o por los operadores posteriores de la constitución”¹²⁷.

¹²⁶Sagüés, Néstor P. CONSTITUCIÓN NACIONAL. DERECHOS NO ENUMERADOS. En: ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Editorial Driskill. Buenos Aires. 1986. Pp. 33.

¹²⁷Longhi, Luis R. GÉNESIS E HISTORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y COMPARADO. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1995. Pp. 53.

Con relación al poder constituyente, hay obras que han moldeado un texto constitucional, influyendo notoriamente en el poder constituyente. En cuanto a los poderes constituidos, los escritos que integran por ejemplo *El Federalista* de Hamilton, Jay y Madison, son otra muestra de la trascendencia de la doctrina en la aplicación de una constitución, en este caso, la estadounidense.

La validez de la doctrina en un derecho constitucional concreto depende de muchos factores. Así, de su calidad, sentido común, acierto y justicia en las soluciones propuestas, coincidencia con los requerimientos de la sociedad, etcétera. No toda doctrina, desde luego, es legítima; también existe la desnaturalizadora o pervertidora de la constitución, en beneficio, por ejemplo, de intereses partidistas, gubernativos o sectoriales que pretenden manipular al texto constitucional en su estricto favor.

La corrupción constitucional, por cierto, necesita a menudo de ciertos juristas que pueden cumplir el triste papel de justificar la evasión del cumplimiento de la constitución mediante interpretaciones ingeniosas y espurias a la vez, diseñadas a medida de los deseos de quienes los convocan y pagan.

El peso de la doctrina constitucional depende, simultáneamente, de factores exógenos a ella, como la aceptación que tenga en los poderes constituidos, en los factores de poder y en la opinión de una sociedad. Pueden presentarse casos de receptividad, indiferencia o rechazo, o también, según se vio en el párrafo anterior,

de peticiones de esos poderes, o de grupos de interés o de presión, para que algún sector de la doctrina les elabore una solución en su provecho.

En términos muy generales, cambiantes de país en país, la doctrina ha cumplido con cierta frecuencia un papel renovador, crítico y positivo en el desenvolvimiento del derecho constitucional.

CONCLUSIÓN

Las fuentes del derecho constitucional son diversas y de naturaleza distinta, sin embargo, como se pudo verificar en la investigación realizada, dada la diversidad de casos de la experiencia jurídica en el ámbito constitucional que el órgano constitucional debe resolver, resulta de suyo razonable afirmar que ninguna de ellas posee prelación absoluta en todos los casos. Ello es así, porque las constituciones por lo general mayoritariamente contienen en su texto normas-principio que adolecen muchas veces de los vicios de los lenguajes naturales como vaguedad, indeterminación y equivocidad, debiendo ser complementada su interpretación por otras fuentes del derecho constitucional como las informales, los principios y la doctrina.

Por otro lado, la interpretación constitucional a veces, se encuentra notoriamente influenciada por los modos de ser y de pensar del intérprete, agregándole éste elementos ético-políticos e ideológicos a los elementos extraídos de las fuentes del derecho constitucional.

En una síntesis se puede afirmar que las fuentes del derecho constitucional pueden clasificarse así: a) las normas jurídicas denominadas *de constancia*, que están integradas por las normas constitucionales de *derecho formal* (el texto de la Constitución, las leyes constitucionales, los tratados sobre derechos humanos y otras normas); y por las normas constitucionales de *derecho informal* (la doctrina

legal, la costumbre constitucional, la convención constitucional, los principios constitucionales no positivizados, los valores constitucionales) y; b) las fuentes materiales, también denominadas *indirectas* o *mediatas* que consisten en los factores políticos, económicos, sociales, religiosos, éticos que influyeron en la formación de los preceptos constitucionales y de alguna manera explican su contenido.

En cuanto al orden de prelación en que deben utilizarse las fuentes del derecho constitucional en la interpretación constitucional, en observación de los principios del imperio de la ley y de legalidad, debería ser de la siguiente forma: a) las normas constitucionales de derecho formal; b) las normas constitucionales de derecho informal y; c) las fuentes materiales, indirectas o mediatas. Sin embargo, nada obsta y así lo verifica la práctica de los órganos constitucionales, que dicho orden se vea alterado por razones diversas dependiendo de factores particulares de cada caso y de cada tribunal constitucional.

Respecto de las hipótesis formuladas en el diseño de la investigación, puede afirmarse que se ha verificado su verosimilitud epistemológica, dado el contenido del informe de investigación y los análisis y ejemplos citados en el mismo.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aftalión, R. E., Vilanova, J., & Raffo, J. (1956). *Introducción al derecho* (Tomo I).

Argentina: Abeledo-Perrot.

Alberdi, J. B. (1956). *Organización política y económica de la confederación*

Argentina. Buenos Aires, Argentina: Besanzón.

Alexandrov, N. G. (1962). *Teoría del estado y del derecho*. México: Grijalbo.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

Bidart, G. J. (1964). *Derecho constitucional* (Tomo I). Buenos Aires, Argentina:

Ediar.

Bidart, G. J. (1969). *Filosofía del derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina:

Ediar.

Bidart, G. J. (1986). *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*.

Buenos Aires, Argentina: Ediar.



Bidart, G. J. (1995). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (Tomo IV). Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Bidegain, C. M. (1975). *Cuadernos del curso de derecho constitucional* (Tomo I). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Biscaretti, P. (1965). *Derecho constitucional*. Madrid, España: Tecnos.

Cabellero, G., & Anzola, M. (1995). *Teoría constitucional*. Colombia. Temis, S.A.

Recuperado de:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5MsqsH2OzGEJ:>

<https://www.editorialtemis.com/Temis/Contenidos/09-000->

[0126.pdf+%&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=gt](https://www.editorialtemis.com/Temis/Contenidos/09-000-0126.pdf+%&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=gt)

Carré, R. (1998). *Teoría general del estado*. México: Fondo de Cultura Económica.

Casiello, J. (1954). *Derecho constitucional argentino*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.



Couture, E. J. (1989). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires Argentina: Depalma.

Corwin, E. S. (1987). *La constitución de los Estados Unidos y su significado actual*.

Buenos Aires, Argentina: Fraterna.

Dana, S. (1972). Clasificación de las normas constitucionales. Las cláusulas programáticas. *Encuentro argentino de profesores de derecho constitucional*.

Congreso llevado a cabo en Buenos Aires, Argentina.

Daranas, M. (1979). *Las constituciones europeas* (Tomo 2). Madrid, España: Editorial Nacional.

De Otto, I. (1987). *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona, España: Ariel.

De Vergottini, G. (1983). *Derecho constitucional comparado*. Madrid, España: Espasa-Calpe.



Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel.

Duverger, M. (1993). *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona, España. Ariel.

Edelman, B. (1980). *La práctica ideológica del derecho*. Madrid, España: Tecnos.

Friedrich, C. (1948). *Teoría y realidad de la organización democrática en Europa y América*. México: Fondo de Cultura Económica.

Goldschmidt, W. (1973). *Introducción filosófica al derecho*. Buenos Aires: Argentina:
Depalma.

Hauriou, A. (1927). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona, España: Ariel.

Hauriou, M. (1971). *Derecho público y constitucional*. Madrid, España: Reus.



Hesse, K. (1983). *Escritos de derecho constitucional*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

Hoyos, A. (1993). *La interpretación constitucional*. Bogotá, Colombia: Temis.

Hugues, C. E. (1971). *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica.

Jellinek, G. (1954). *Teoría general del estado*. Buenos Aires, Argentina: Albatros.

Jiménez, P., & Cabrera, M. (1958). *La Quinta República Francesa*. Madrid, España: Tecnos.

Kelsen, H. (1969). *Teoría general del derecho y del estado*. México: UNAM.

Laferriere, J. (1947). *Manuel de droit constitutionnel* (2.^a ed.). Paris, Francia: D. Montchrestien,



Lasalle, F. (1975). *¿Qué es una constitución?*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XX.

Linares Quintana, S. V. & Amadeo, M. (1949). *La constitución de los Estados Unidos de América* (Tomo I). Buenos Aires, Argentina: Kraft.

Linares Quintana, S. V. (1987). *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Plus Ultra.

Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la constitución*. Barcelona, España: Ariel.

Longhi, L. R. (1965). *Génesis e historia del derecho constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.

Lucas, P. (1974). *Curso de derecho político* (Tomo I). Madrid, España: Tecnos.

Lucas, P. (1974). *Curso de derecho político* (Tomo II). Madrid, España: Tecnos.

Manili, P. L. (2017). *El bloque de constitucionalidad* (2.^a ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.



Marshall, G. (1982). *Teoría constitucional*. Madrid, España: Espasa-Calpe.

Miqueo, E. (1966). *Leyes fundamentales argentinas. La revolución argentina. Análisis y prospectiva*. Buenos Aires, Argentina: DePalma.

Olano, H. (2005). *La constitución del reino de Araucanía*. Santiago, Chile: Centro de Estudios Constitucionales.

Padilla, M. (1972). Naturaleza de las cláusulas del art. 14 bis de la constitución nacional. *Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional*. Encuentro llevado a cabo en Buenos Aires, Argentina.

Pérez, D. (1983). La corte suprema de justicia: órgano político y constituyente. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina*. Argentina: ANALES.

Pina, R. (1983). *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.



Pizzorusso, A. (1984). *Lecciones de derecho constitucional* (Vol. II). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Poviña, J. R. (1950). *Costumbres y usos constitucionales*. Argentina: Instituto de Derecho Público de la Universidad Nacional de Tucumán.

Quiroga, H. (1977). *Los cambios constitucionales a través de la costumbre y de la jurisprudencia*. En los cambios constitucionales. México: UNAM.

Quiroga, H. (1978). *Derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

Rasmussen, J. (1971). *El proceso político. Estudios comparativos*. México: Editorial Diana.

Ricord, H. E. (1977). *Las crisis políticas y las cuatro constituciones panameñas del siglo XX*. México: UNAM.



Romano, S. (1962). Principio de derecho constitucional general. *El concepto de constitución en la doctrina contemporánea*. España: Instituto de Derecho Público de la Universidad Nacional de Córdoba.

Rubio, F. (1983). *La forma del poder. Estudios sobre la constitución*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Sagües, N. P. (1977). *Las leyes secretas: el sigilo legislativo en el derecho constitucional argentino*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Sagües, N. P. (1978). *Mundo jurídico y mundo político*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Sagües, N. P. (1979). *La demagogia*. México: Cárdenas.

Sagües, N. P. (1986). Constitución nacional. derechos no enumerados. En: Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, Argentina: Driskill.

Sagües, N. P. (1998). *La interpretación judicial de la constitución*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.



Sagües, N. P. (2003). *Elementos de derecho constitucional* (Tomo II). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Sagües, N. P. (2010). *La corte constitucional de ecuador como legislador suplente y precario. Derecho procesal constitucional americano y europeo* (Tomo II). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Sagües, N. P. (2016). *Derecho procesal constitucional: Recurso extraordinario* (Tomo I). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Sagües, N. P. (2016). *La intervención federal en los estados unidos y argentina. Un enfoque comparista*. Argentina: Universidad Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Sagües, N. P. (2017). *Derecho constitucional I: teoría de la constitución*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Sánchez, L. (1959). *Derecho político*. Granada, España: Prieto.



Spota, A. A. (1984). *Operatividad de las cláusulas programáticas incumplidas. Aportes para la Reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Primer Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial (Tomo I)*. La Plata, Argentina.

Story, J. (1988). *Comentario sobre la constitución federal de los estados unidos (Tomo I)*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Universidad.

Tamayo, R. (1985). *El derecho consuetudinario y la constitución*. México: UNAM.

Vanossi, J. R. (1976). *Teoría constitucional (Tomo II)*. Argentina: Depalma.

Vázquez, A. (1996). *Tratado del derecho del trabajo. (Tomo II)*. Buenos Aires, Argentina. Astrea.

Xifra, J. (1957). *Curso de derecho constitucional (2.^a ed.)*. Barcelona, España: Bosch.

