

## ESTADO CONSTITUCIONAL, CONVENCIONAL, DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO: ALGUNOS ASPECTOS SOBRE SU FORMACIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DEMOCRACIA, ¿IRRECONCILIABLES?\*

CATALINA M. DE LA TORRE\*\*

**Resumen:** El presente trabajo busca responder algunas preguntas: ¿Cómo construimos históricamente el Estado Constitucional, Convencional, Democrático y Social de derecho? ¿Tiene el poder judicial la única palabra frente al control de constitucionalidad? ¿Acaso tiene la última? ¿Qué rol le cabe asumir a la ciudadanía?

El trabajo se estructura primeramente en un trazo histórico, tanto del contexto previo al surgimiento de los estados modernos, como su desarrollo y consolidación, repasando cada una de las categorías que se le asignan y deteniéndome en el caso argentino.

Por último se plantea el problema de la interpretación judicial, la tensión entre constitucionalismo y democracia, con una mirada propia a la hora de valorarla.

**Palabras clave:** estado – constitucionalidad – convencionalidad – democracia – social – derecho – control constitucional – ciudadanía

**Abstract:** The present paper tries to answer at least basically, some questions: How do we have built historically the Constitutional, Conventional, Democratic and Social right State? Do the courts have the only word in order to make a constitutional control? Do they have at least the last word? Which is the role of the citizenship?

\* Este trabajo ha obtenido el Segundo Puesto en el I Concurso Interdisciplinario de Ensayos sobre Filosofía del Derecho.

\*\* Abogada y Lic. en Sociología (UBA).

The paper is structured first in a historic outline, within the social context before modern states emerged, its developments and consolidation, going through each of the categories the actual State has and analyzing the Argentinean case.

For the last, it is raised the problem of judicial interpretation, the tension between constitutionalism and democracy, with an own look in order to value it.

**Keywords:** state – constitutionality – conventionality – democracy – social – law – judicial control – citizenship

## I. INTRODUCCIÓN

Actualmente vivimos en un Estado Constitucional, Convencional, Democrático y Social de derecho y hablar de este tipo de Estado, es hablar de historia, tanto de la filosofía política como de aquellos sucesos históricos que por su trascendencia marcaron el destino de nuestro presente. Es una historia determinada, pues a la hora de analizarla se procede a recortarla, arbitrariamente, con el fin de identificar aquellos episodios, rupturas, continuidades que llevaron a nuestra historia actual y determinante respecto de las categorías estatales que hoy se invocan.

Es una historia en sus comienzos propia de un espacio, el europeo occidental, y de un tiempo que comenzó a gestarse por lo menos a partir del siglo XI.

En este contexto, el siguiente trabajo tiene como meta recorrer brevemente esta historia, mencionando algunos sucesos históricos significativos como así también algunos conceptos teóricos que contribuyeron a la formación de nuestro Estado.

Por último, se intenta reflexionar y poner hincapié acerca de uno de los tantos aspectos que surgen de la tensión propia entre el constitucionalismo y la democracia intentando, asimismo, contribuir en una superación beneficiosa de esta.

## II. DESARROLLO

### II.A. Sobre la Edad Media

Este siglo XI, propio de un mundo feudal, compuesto de señoríos, unidades económicas, sociales y políticas comenzó a experimentar transformaciones positivas a nivel producción y de aumento poblacional, que muy probablemente se debieron a un período de relativa paz en Europa, a mejoras técnicas en la producción y mejoras en la calidad de vida que favorecieron el excedente de producción y una mano de obra que, motivadas por el espíritu de aventura y la posibilidad de escapar a la servidumbre de la que estaban sometidos en tierras del Sr. feudal, se lanzó hacia lo que más adelante serían las ciudades. Comenzaron a repoblar viejas ciudades romanas semiabandonadas, a ubicarse en las proximidades de los monasterios, en el cruce de las rutas comerciales o a la vera de los caminos de peregrinación, generando nuevos asentamientos y constituyendo lo que posteriormente sería el núcleo de las futuras ciudades.<sup>1</sup>

Estos nuevos personajes históricos comenzaron a llamarse burgueses, dedicados a la producción artesanal y al comercio. Favorecieron su crecimiento el tráfico marítimo, que generaba intensos intercambios comerciales. Con ellos surgió el intercambio de moneda y nuevas formas de pago, el pagaré y letras de cambio, inaugurando con ello una economía mercantil.<sup>2</sup>

Estas ciudades, pertenecientes al ámbito territorial de los Sres. feudales, contaban con su protección, pero luego, a medida que estos pequeños comerciantes, burgueses, obtenían mayor poder económico, comenzaron a enfrentarse a aquellos reclamando mayores libertades económicas como también políticas.

Esta situación fue advertida por la monarquía quien, ni lerdia ni perezosa, encontró una forma de retrotraer el poder de la nobleza, y apoyó los reclamos de esta burguesía que comenzaba a consolidarse. De este modo, muchas ciudades consiguieron ser comunas autónomas.<sup>3</sup>

El mundo feudal se caracterizaba por un alto nivel de cohesión social entre el vasallo y la unidad a la que pertenecía. Cuando comienzan a aban-

1. PIPKIN, D., "Claves históricas para leer a Maquiavelo", en VÁRNAGY, T. (comp.), *Fortuna y Virtud en la República Democrática*, Buenos Aires, CLACSO, 2000, pp. 53-67.

2. *Idem.*

3. *Idem.*

donar los feudos y a establecerse en estos pequeños asentamientos que más tarde adquirirían autonomía, los ahora burgueses no llegaban a conscientizarse de los profundos cambios de los que eran protagonistas. Como sostiene Pipkin, se limitaban a operar espontáneamente en esa realidad.

Fue la propia vida urbana, el mercado, la taberna, las conversaciones cotidianas, la que comenzó a gestar en estos individuos una conciencia de clase, una mentalidad común. Ya no eran parte de un feudo, ni se debían a él. Comenzaron a darse cuenta de la existencia de otros, con ideas, sentimientos e intereses afines y sobre todo, de que tenían poder, de que eran los verdaderos protagonistas de esta etapa. Poseían un poder económico, por lo menos, suficiente para agrietar el mundo feudal y no estaban dispuestos a perder esta oportunidad.

Este crecimiento económico ubicó a los burgueses luego de la nobleza y el clero (primer y segundo estado), en un tercer estado,<sup>4</sup> que simultáneamente comenzó a diferenciarse por sus pequeñas fortunas de lo que el autor denomina cuarto estado, compuesto por artesanos, campesinos, sirvientes, que se ubicaban en los estrados más bajos del diseño social. Las diferencias entre uno y otro estado se convertirán con el tiempo en enfrentamientos y condicionarán, asimismo, la conceptualización del Estado.

## II.B. Sobre la Edad Moderna

Para el siglo XV, la colaboración que obtuvo la burguesía, por parte de los monarcas, en su lucha contra los Sres. feudales no fue gratuita. Para este siglo, las monarquías, aprovechando que aquellos, en su lucha contra la burguesía incipiente, cedían poder, ya se habían centralizado y comenzaban a surgir los primeros Estados Nacionales, con territorios unificados (España, Portugal, Francia, Inglaterra), y se conducían a constituirse en verdaderos Estados absolutos.

La delimitación de ámbitos de dominación territorial, los tratados y acuerdos entre reyes, facilitaron y ampliaron las actividades económicas de la burguesía a nivel regional, nacional e internacional.<sup>5</sup> Asimismo, las bancas propiedad de los burgueses constituyeron espacios de financiamien-

4. SAGÜÉS, N., "El constitucionalismo" en *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

5. PIPKIN, D., ob. cit., pp. 53-67.

to para las campañas llevadas adelante por los monarcas. La asociación entre monarquía y burguesía era exitosa al punto que muchos burgueses se incorporaron como funcionarios de los reinos. Y el esplendor de muchas ciudades de entre la segunda mitad del siglo XV y primeras décadas del siglo XVI, contenidas en el renacimiento da cuenta de ello.<sup>6</sup>

Pero no todos los territorios lograron unificarse. Italia continuaba dividida y enfrentada en numerosos principados feudales, ciudades libres, reinos, repúblicas, ducados y otras unidades políticas que no lograron la unificación sino hasta la segunda mitad del siglo XIX,<sup>7</sup> en cuyo seno, además, albergaba el poderío papal.

Este contexto moderno, marcado por la violencia, injusticias, desigualdades, amenazas, inseguridad, suntuosidad, placeres, avaricia y corrupción envuelve a una Europa prerevolucionaria que comienza a adoptar una actitud crítica respecto de la autoridad, por parte de una clase consciente de que, obtenido el poder económico, solo restaba justificar ideológicamente su consolidación política en el poder, pues las teorías no nacen en el vacío, surgen para dar respuesta a determinados interrogantes. Es el curso de los acontecimientos histórico-políticos lo que en definitiva funda el saber en uno u otro sentido.<sup>8</sup>

Y es justamente en este contexto que comienza a hablarse de Estado.

## II.C. Sobre el Estado en sus comienzos

En la Edad Media no existía el concepto de Estado como hoy lo conocemos. Recién a finales del siglo XV y principios del XVI se introduce su concepto para identificar a un cuerpo político sometido a un gobierno y determinadas leyes.

Fue Maquiavelo, hombre del renacimiento italiano, de fines del siglo XV y primeras décadas del XVI, quien le dio a dicho vocablo el sentido

6. *Ibid.*

7. VÁRNAGY, T. (comp.), “Introducción”, en *Fortuna y Virtud...*, ob. cit., pp. 9-52.

8. GARCÍA JARAMILLO, L., “¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático”, en *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 60. Nro. 2, Curitiba, Universidade Federal do Paraná – Faculdade de Direito, mayo/agosto 2015, consultado en [<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41005>].

moderno que hoy conocemos,<sup>9</sup> asumiendo una postura de realismo político que se aleja de la política como *deber ser* (tal como venía desarrollándose en los dos mil años anteriores), para describir su cómo *es*, siendo esta postura y su modo de explicar la política uno de sus mayores aportes. Político innato y amante de su tierra, deseaba fervientemente verla unificada. Entendía que el fin del Estado es superior al fin del individuo y que su Italia debía unificarse bajo un mismo mando, bajo un poder central soberano e independiente al cual se subordinen todos los demás poderes, incluido el religioso, fundado no solo en la fuerza física que tiene como facultad el príncipe sino también y fundamentalmente en el consenso, aspirando al bienestar de su pueblo. Los conceptos de centralidad y absolutismo recorren todo el pensamiento maquiavélico.

Frente a la problemática de esta Italia dividida, azotada por los saqueos y las conveniencias de las grandes familias, papado y milicias, aparecen las propias de territorios unificados bajo absolutismos monárquicos donde los intereses de los monarcas colisionaban con los de un tercer estado, pujante y ansioso de modificar las bases en la construcción de poder y de su legitimación.

Ya en el siglo XVII comienzan a surgir cuestionamientos a la absolutización del poder en manos del monarca y empiezan a elaborar teorías sobre la soberanía. Esta, ya no proviene de Dios, desencajando con ello el histórico discurso legitimante del poder real. El poder es del pueblo; el pueblo es soberano, comenzando a pensarse en la idea de democracia y desarrollando teorías acerca del Estado.

En esta línea de pensamiento, el iusnaturalismo realiza un giro teórico de tal trascendencia que operará como un aporte fundamental, desarrollando y difundiendo la idea del derecho natural, entre comienzos del siglo XVII y finales del siglo XVIII.

Ahora bien, este derecho natural no debe comprenderse en el sentido aristotélico de ley natural. Para Aristóteles, las leyes naturales eran las leyes comunes a todos los pueblos civilizados, obtenidas a través de un método inductivo, a partir de un estudio comparado entre las diversas leyes. En estos términos, será ley natural la que surja del consenso de todas estas legislaciones.<sup>10</sup>

9. VÁRNAGY, T. (comp.), ob. cit., pp. 9-52.

10. BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. y PASQUINO, G., *Diccionario de Política (Soberanía)*, México, Siglo XXI Editores, 1991, pp. 1483-1492.

## II.D. Sobre el Iusnaturalismo

Entre los expositores más destacados de esta corriente de pensamiento moderno se encuentran Hobbes, Locke y Rousseau. Plantean y reflexionan sobre el fundamento y la naturaleza del Estado.

Si bien son autores que parten y finalizan en ideas distintas acerca de la concepción del Estado, todos ellos comparten un mismo esquema metodológico. A través de un razonamiento deductivo y racional entienden que es posible permitir la reducción del derecho y la moral (así como de la política), a ciencia demostrativa,<sup>11</sup> muy propio de su tiempo por cierto, donde sus protagonistas se encontraban seducidos por el éxito que tenían las ciencias naturales en la producción de conocimiento y predicción de sucesos.

Estos autores parten de pensar al individuo en un estado de naturaleza, sede de las relaciones más elementales entre los sujetos,<sup>12</sup> donde todos comparten una situación de igualdad, libertad y posesión de los derechos naturales. Que luego, por diversos motivos (sea por la violencia, la miseria, el caos en el caso de Hobbes, por la ausencia de un tercero que dirima los conflictos en el caso de Locke, o por el devenir corrupto de la sociedad, producto de la propiedad privada en el caso de Rousseau), se encontraran en la necesidad de suscribir un pacto, dando origen a la sociedad civil, o, en el caso de Rousseau a la República, donde los individuos cedan más o menos derechos a un tercero (sea en el monarca absoluto, en el parlamento, o en la voluntad general), con el fin de lograr paz y seguridad, justicia, o de transformar al individuo en un hombre nuevo, libre, en un ciudadano.

Lo fundamental de esta corriente es que viene a imponer límites al poder del soberano, delimitará un campo de acción donde no solo los súbditos se someten a la norma sino también la autoridad.

Este pensamiento iusnaturalista es tan importante para la Europa (y América, sometida al poder europeo) ya revolucionaria que sienta las bases del constitucionalismo. Pues ya no basta con acuerdos. Ahora será necesario escribir en textos legales la preeminencia de los derechos naturales, devenidos en positivos y que nadie puede avasallarlos, dando origen a los Estados de Derecho.

11. *Idem.*

12. *Idem.*

## II.E. Sobre las constituciones

El pensamiento iusnaturalista moderno tendrá una influencia directa en las tres grandes revoluciones burguesas, la inglesa de 1688, la estadounidense de 1776 y la francesa de 1789, por las cuales se tendió a legitimar y sostener ideológicamente su dominio, que sin embargo, fundaron la primera de las categorías que se invocan en la caracterización de Estado; es decir, la de un Estado de Derecho.

En una primera manifestación, el constitucionalismo –como aquel proceso político-jurídico que tiene como meta establecer un documento, la constitución, con características formales y de contenido–,<sup>13</sup> formula simplemente la doctrina de que el poder político del rey está limitado por los derechos de sus súbditos y por las competencias que el parlamento libremente elegido y reunido tiene para la aprobación de las leyes, los impuestos y las obligaciones militares. Con esta doctrina se altera la idea de soberanía, que pasa a ser popular y se asume la tarea de autolegislar, fundando el orden normativo que regirá la sociedad, que será la Constitución.<sup>14</sup> Se derrumbaron las prerrogativas del primer y segundo estado (nobleza y clero), arrinconando las pretensiones del cuarto estado, en lo que Sagüés llama una hábil maniobra ideológica por parte de la burguesía.<sup>15</sup>

Aunque esta doctrina se plasmó en algunos documentos legales importantes como el "*Bill of Rights*" de 1689, los británicos nunca aprobaron un texto constitucional que solemnizara la organización de la nación.<sup>16</sup> Sin embargo, fue este diseño inicial británico fundado en el marco teórico del iusnaturalismo el que influyó profundamente en el desarrollo del constitucionalismo francés y estadounidense, donde se procedió a aprobar un texto que solemnizara por lo menos dos principios básicos, garantía de derechos y división de poderes.

La diferencia esencial entre el constitucionalismo francés y estadounidense de aquella época es que si bien en ambos casos fue de un corte meta-

13. SAGÜÉS, N., ob. cit.

14. GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2012, Caps. I–V, IX y Conclusión, consultado en [[https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la\\_justicia\\_frente\\_al\\_gobierno.pdf](https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf)].

15. SAGÜÉS, N., ob. cit.

16. RUIZ MIGUEL, A., *Constitucionalismo y Democracia*, consultado en [<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13504408112572162922202/015125.pdf?incr=1>].



mente individualista y liberal, en el caso de Francia, el texto constitucional revestía de una superioridad más bien política que jurídica, como norma programática y no inmediatamente efectiva. La fuente jurídica superior seguía siendo la ley ordinaria. No se preveían controles constitucionales ni siquiera una dificultad o rigidez para modificar la constitución.<sup>17</sup>

El caso de Estados Unidos de América (EE. UU.), versó sobre una interpretación muy diferente. La constitución de EE. UU., aprobada en 1787 (y en 1789 se incluyen al texto original las 10 enmiendas relativas a una declaración de derechos), se proclamó e interpretó como una norma superior a cualquier ley ordinaria, tanto federal como de los distintos estados de la unión, dando lugar a la segunda categoría en la caracterización estadual; es decir, la de un Estado Constitucional de Derecho. Aunque no se hubiera previsto expresamente ninguna forma de control constitucional de las normas ordinarias.<sup>18</sup>

Este mecanismo de control constitucional se incorporó al sistema jurídico casuísticamente a través de la sentencia "Marbury v. Madison" (1803), donde en su célebre voto, el juez Marshall consagró el criterio de que si la constitución era la norma jurídica superior, cualquier tribunal tenía la competencia para dejar de lado la ley ordinaria que en un proceso se demostrara contraria a ella.<sup>19</sup>

Esta forma de función judicial propia del sistema jurídico de EE. UU. fue siempre desconocida en Europa, donde solo avanzado el siglo XX se comenzaría a generalizar, además de la rigidez constitucional, un procedimiento de control de constitucionalidad concentrado en un tribunal específico, mediante un análisis expreso y abstracto a diferencia del estadounidense como parte de un proceso individual y concreto.<sup>20</sup>

Es también en el mismo seno estadounidense donde han comenzado a surgir cuestionamientos, por parte del constitucionalismo democrático, a este tipo de control judicial constitucional, fundados básicamente, en la crítica que le merece al poder judicial haberse atribuido ciertas facultades que originalmente no les fueron conferidas, aun cuando este tipo de rol judicial haya estado orientado por el progresismo.<sup>21</sup>

17. *Idem.*

18. *Idem.*

19. *Idem.*

20. *Idem.*

21. GARCÍA JARAMILLO, L., ob. cit.

## II.F. Sobre el caso argentino en sus orígenes constitucionales y en el siglo XX

La Argentina no fue ajena a las tendencias iluministas de Europa y EE. UU. Tampoco fue ajena a los conflictos. En un territorio convulsionado por las divisiones y las discusiones acerca de qué tipo de país se quería organizar, se aprobaron varios documentos con textos propios de constituciones pero que no prosperaron. Es el caso del Estatuto Provisional en 1815, que contenía reconocimiento de derechos y fijación de los poderes estatales, propio de las constituciones, pero no tuvo la aceptación de las provincias, por emanar de un Gobierno provisional, el de Ignacio Álvarez Thomas. Lo mismo sucedió cuando el Congreso de Tucumán, que había declarado la independencia el 9 de julio de 1816, ya trasladado a Buenos Aires, dictó la Constitución de 1819 de carácter unitario, en la medida que el poder ejecutivo lo ocupaba un Director (CN 1819, art. LVI), elegido por las cámaras de representantes y senadores (CN 1819 art. LXII), con la atribución de Jefe Supremo (CN 1819, art. LXXIV), circunstancia que motivó el fracaso del texto por el rechazo de las provincias, aun cuando fue jurada por la mayor parte de las provincias (salvo las del litoral) y rigiera durante ocho meses, cuando se extinguió junto al Directorio y al Congreso.

En 1826, durante la presidencia de Rivadavia (cargo cuestionado en virtud de que fue creado mediante ley de presidencia y respondía a una gestión centralizada), se dictó una nueva constitución, que tampoco prosperó, con caracteres unitarios, donde el presidente elegía a los gobernadores de las provincias y donde estos dependían del presidente (CN 1826, art. 130-132).

Con la llegada de Rosas a la gobernación de Buenos Aires en 1829, el debate constitucional se suspende, hasta 1852, cuando Urquiza vence a Rosas en la famosa batalla de Caseros, y se dan las condiciones propicias para un congreso constituyente, a través del acuerdo de San Nicolás, de 1852, por el cual se ratifica el Pacto Federal de 1831 (alianza original entre Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, al que luego se fueron adhiriendo más provincias) y se conviene, finalmente, en celebrar el mencionado congreso constituyente. El Congreso General Constituyente se celebra sin representación porteña y deliberó en la ciudad de Santa Fe desde el 20 de noviembre de 1852 hasta el 7 de marzo de 1854. No solo se encargó de dictar la C.N. sino también de legislar, hasta tanto se estableciera el Congreso

de la Nación que la misma constitución creaba como cuerpo legislativo nacional.

La C.N. de 1853 tiene como fuentes a los pactos preexistentes que fueron sucediéndose a lo largo de la formación nacional (donde el Pacto Federal de 1831 fue fundamental), la Constitución de los Estados Unidos de América (EE. UU., 1789) y el proyecto de Alberdi, "*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*" (1852).

Esta constitución de 1853 implicó la adopción definitiva del pensamiento liberal y republicano preponderante de la época. Ejemplos de ello son la división de poderes, la temporalidad del ejercicio de los gobernantes, el derecho de usar y disponer de la propiedad, el derecho de los extranjeros que pueden poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos y el principio establecido en el artículo 17 que dispone la inviolabilidad de la propiedad.

Con la anexión de Buenos Aires a la Nación en 1860 queda, por fin, comprendido en su totalidad el primer momento constituyente de la República, culminando con éxito la instauración del estado nacional.

Al igual que en EE. UU., nuestra Constitución sí es declarada Ley Suprema de la Nación (art. 31), superior a cualquier ley ordinaria, y aun las constituciones provinciales.

A través de los fallos "Sojo" (1887) y "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo" (1888), dictados por el Tribunal Supremo Argentino, se adopta también, pretorianamente, el criterio de control constitucional judicial adoptado por la justicia de EE. UU. en "Marbury v. Madison".

En "Sojo", la Corte sostuvo "no es posible reconocer en la honorable Cámara de diputados de la nación, de cuyo mandamiento de prisión procede el recurso entablado de 'habeas corpus', el carácter de tribunal en el caso, sujeto al recurso de apelación para ante esta Corte. Ello es repugnante a la independencia de los poderes legislativo y judicial y a otros principios fundamentales del orden constitucional que nos rige. Para tal consideración sería necesario que esta Corte hubiese sido investida de la facultad de revisar los actos de las Cámaras legislativas en los casos en que ellas tienen peculiar y exclusiva jurisdicción, lo que no se puede sostener sin evidente error".

En "Municipalidad..." más claramente se sostuvo "*es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de*

*la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos*" (las itálicas son propias).

Este criterio sostenido sobre la base del artículo 97 de la Constitución original de 1853, que con las sucesivas modificaciones pasó al artículo 95 (1949), luego al 100 (1957), y finalmente al 116 (1994), y que dispone "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución", se ha sostenido hasta la actualidad, independientemente de las distintas integraciones de nuestro máximo tribunal (más recientemente el fallo "Rizzo"<sup>22</sup> y "Uriarte").<sup>23</sup>

Estos fallos han sido paradigmáticos, en la medida que la C.S.J.N., en el fallo "Rizzo", trunció, en mi opinión, de modo impecable, el intento de modificar cuestiones relativas a la selección de consejeros del Consejo de la Magistratura y designación y destitución de jueces, con un claro mensaje político tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo. Es importante, además, destacar, el contexto político social en que la Corte se expidió, pues estaba enmarcado en una profunda discusión institucional y política, con amplia repercusión mediática.

Lo mismo ocurrió con el fallo "Uriarte", sumamente actual (noviembre 2015), donde la Corte resolvió declarar la inconstitucionalidad del régimen de subrogaciones establecido en la ley 27.145, y declarar la invalidez de las listas de conjuces que habían sido nombrados por mayoría simple, por los mismos fundamentos con los que trabajó en "Rizzo", es decir, la necesidad de hacer cumplir la Constitución Nacional (y cuando hablo de C.N. también hablo de los Tratados Internacionales). En "Uriarte" se hace mención a la CIDH<sup>24</sup> que destaca la importancia de las mayorías califica-

22. "Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo - Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855 (Consejo de la Magistratura)", 2013, CSJN.

23. "Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", 2015, CSJN.

24. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 44, del 5 de diciembre de 2013, punto 93, "Garantías para la independencia de las y los ope-

das pues “constituyen una salvaguarda para reforzar los procedimientos de selección de magistrados pues evitan las mayorías partidarias e incrementan la transparencia, resultando más evidente para el público que elige a los candidatos con base al mérito y las capacidades personales”. Se procura la supremacía del bloque constitucional federal y no la del Poder Judicial, o la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En este fallo también se dejó en claro que (votos Petracchi y Argibay) “la incorporación del artículo 114<sup>25</sup> a la Constitución Nacional (1994), fue reformular la relación de los poderes Ejecutivo y Legislativo –que responden básicamente a la dinámica del proceso político– con el Poder Judicial, en el sentido de fortalecer su independencia, al reducir, en cierta medida, la influencia de los actores políticos [...] para evitar la fractura del balance que la Convención de 1994 juzgó apropiado para mantener el Poder Judicial la distancia justa de los otros dos poderes que expresan más directamente la representación democrática”.

El siglo XX, dio paso a un Estado garante de derechos sociales, promocionando una estructura social más uniforme, abandonando la concepción de Estado protector de derechos individuales<sup>26</sup> propia del primer momento constitucional, el individualista y liberal.

Nuestra Constitución Nacional absorberá los componentes ideológicos del constitucionalismo social. Aquel que motivará su desarrollo producto también de las pujas y conquistas históricas, esta vez del cuarto estado, grupo que comenzó a diferenciarse del tercer estado o burguesía a partir del siglo XIV, cuando esta comenzó a amasar pequeñas fortunas y cuyos oficios se traducían en banqueros, profesionales, incipientes empresarios. Con el paso del tiempo (y las conquistas propias de la burguesía que luego se plasmarían en las constituciones escritas relegando del poder a la nobleza y al clero), la diferencia y los enfrentamientos con los pequeños aprendices, artesanos, campesinos es ya insalvable, relegando a este cuarto estado a los márgenes de una sociedad que no pretendía hacer lugar para ellos.

---

radores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas”.

25. Que trata expresamente sobre el Consejo de la Magistratura.

26. GARCÍA DELGADO, D. R., “Del Estado de Bienestar al Estado Postsocial”, en *Estado y Sociedad. La nueva relación a partir del cambio estructural*, Buenos Aires, Tesis Grupo Editorial NORMA, 1996, pp. 27-54. Consultado en [<http://www.flacoandes.edu.ec/libros/digital/43136.pdf>].

Con las revoluciones europeas de 1848, aparece junto con la burguesía, este grupo, el (ahora) asalariado, que demanda su coparticipación en el ejercicio del poder político. Un nuevo constitucionalismo, inspirado en este grupo social y reflejado por la constitución francesa de la Segunda República, de 1848, va a cambiar parte del neto corte individualista preponderante hasta esa época.<sup>27</sup>

Con la "comuna de París" se proclama la "emancipación de los trabajadores"<sup>28</sup> inaugurando el período del constitucionalismo social (empoderado por la acción de los sindicatos), que en nuestro país lo receipta recién la constitución de 1949 (2° momento constituyente junto con 1957). Las principales reformas incorporadas en el segundo momento constituyente argentino incluían los derechos del trabajador, la familia y la ancianidad, el derecho a la propiedad privada con una función social y el capital al servicio de la economía nacional (artículo 37). Se nacionalizaban los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas y las demás fuentes de energía exceptuando los vegetales. Nacionalizaba también los servicios públicos y prohibía su enajenación o concesión a particulares (artículo 40). Con la revolución libertadora de 1955, el gobierno militar de facto deja sin efecto la constitución de 1949, y en 1957 se sanciona la constitución nacional que mantenía la intangibilidad de la de 1853 en su redacción pero incorporaba la protección de los derechos del trabajador en su artículo 14 bis (estructurado en tres párrafos: derecho individual del trabajo, derecho colectivo del trabajo, y derecho de la seguridad social).

Nuestro Estado pasa a caracterizarse como un Estado constitucional, social de derecho.

Con la reforma de 1994, queda por fin configurado el tercer momento constituyente argentino, donde se cristaliza la facultad de control judicial constitucional (artículo 43 "[...] el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma [...]"). Y donde se incorporan los tratados internacionales al texto de la Carta Magna, otorgando a determinados tratados de derechos humanos, jerarquía constitucional.

El artículo 75 inc. 22, enumera los diez tratados con jerarquía constitucional: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;

27. SAGÜÉS, N., ob. cit.

28. *Idem.*

la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara gozarán de jerarquía constitucional.

También se establece que los tratados internacionales y los concordatos con la Santa Sede tienen jerarquía superior a las leyes.

La modificación de la Constitución Nacional que incorpora a ella el reconocimiento de derechos de tercera y cuarta generación (C.N. 41 y 42, en relación con la protección del medio ambiente, consumo e información), las convenciones y tratados dándoles jerarquía constitucional abre la última etapa del diseño constitucional; la convencional y democrática. El Estado Constitucional, Convencional, Democrático y Social de derecho.

El elemento democrático (ahora como un elemento normativo), es, por primera vez, explicitado en el texto constitucional a través de cláusulas que promueven su protección. Así, algunos de los nuevos artículos se vinculan con el funcionamiento de la democracia representativa, desde las sanciones a quienes se alcen contra el orden institucional y el sistema democrático, interrumpiendo la observancia de la Constitución (artículo 36) asimismo establece que atentarán "contra el sistema democrático quien incurra en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento", inhabilitando al responsable para ocupar cargos o empleos públicos. También se consagran los derechos políticos, especialmente a través del sufragio universal igual, secreto y obligatorio (artículo 37) y la igualdad de sexos para acceder a cargos electivos y partidarios, lo que queda resguardado a través de acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral (artículo 37). Se constitucionalizan los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático (artículo 38) como también se introducen la iniciativa y la consulta popular (artículos 39 y 40) tanto para la presentación de



proyectos de ley como para someter a consulta vinculante o no vinculante otros proyectos.

## II.G. Sobre la democracia

Bobbio, en su diccionario de política enseña que en la teoría contemporánea de la democracia confluyen tres grandes tradiciones de pensamiento político. Por un lado, la clásica, transmitida como teoría aristotélica; de gobierno de todos aquellos que gozan los derechos de ciudadanos que se distingue de la monarquía, como gobierno de uno solo y de la aristocracia, como gobierno de pocos. La democracia directa ateniense (que en realidad se trataba de una isonomía, gobierno de los semejantes pero que la llevaron adelante a través de la participación ciudadana), aquella del siglo V a.C. se caracterizaba por la existencia de asambleas que juzgaban, administraban, imponían impuestos, que intervenían en todos los ámbitos de las *demos* (tribus), con una gran invención legislativa, la creación de una ley que prohibía la neutralidad a los ciudadanos. Se los obligaba, de este modo, a la participación ciudadana, que a su vez daba sustento a este tipo de gobierno con amplia participación ciudadana.

Lo novedoso de esta democracia participativa ateniense fue el modo de cohesión de esta pequeña sociedad, y que radicaba en la amistad, un vínculo de proximidad entre los semejantes favoreciendo la gobernabilidad.

Por otro lado, la teoría medieval de la soberanía popular, con base en la cual se contraponen una concepción ascendente a una descendente de la soberanía según que el poder derive del pueblo y sea representativo o derive del príncipe y sea transmitido por delegación del superior al inferior.

En la teoría de la soberanía popular la concepción ascendente de poder inauguraba la distinción entre titularidad (pueblo) y ejercicio (gobernante) del poder, reservándose el pueblo el derecho de hacer las leyes. Esta concepción operará como punto de referencia para los pensadores modernos considerados padres de la democracia, Locke y Rousseau.

Y, por último, la teoría moderna, conocida como maquiavélica, nacida con el surgimiento del Estado moderno donde las formas históricas de gobierno son esencialmente dos, la monarquía y la república (entendida esta como "aquella forma de gobierno en la que el poder no está concentrado en las manos de unos solo sino que está distribuido diversamente en dife-



rentes cuerpos colegiados").<sup>29</sup> Esta república "encierra un elemento fundamental de la democracia moderna en la medida en que por democracia se entiende toda forma de gobierno opuesta a toda forma de despotismo".<sup>30</sup>

Asimismo, la democracia puede ser formal caracterizada por determinados procesos universales para la constitución del gobierno y para la toma de decisiones políticas (es una democracia en sentido mínimo, pues reduce su significado a un conjunto de reglas), como sustancial, inspirada en el concepto de democracia que refiere a democracia como gobierno del pueblo para el pueblo y que refiere a contenidos cuyos fines no solo se basan en principios igualitarios sino también sociales, bogando por una igualdad material en las condiciones de vida y oportunidades de los diversos sectores en que se ve diferenciada la población.<sup>31</sup>

La democracia formal al reducir su concepto a determinadas reglas de procedimiento (derecho al voto, regla de la mayoría o libertades públicas reconocidas), no hace más que devaluarla, sobre todo si se tiene en cuenta el concepto ateniense o rousseauiano de democracia, entendido como participación ciudadana, como voluntad general que funda el concepto de soberanía popular, que en los sistemas actuales de gobierno democráticos se apoyan en la representatividad de la soberanía popular.

Este principio de soberanía popular está en la base de nuestro diseño constitucional original, pues se apoya en la participación política, en una igualdad formal. La soberanía popular es un principio metafundante y descriptivo, que legitima el Estado de Derecho y que recién, en la Argentina del siglo XX, la igualdad formal cede a la igualdad material, a un componente profundamente social que busca promover la igualdad de oportunidades y de participación donde la democracia y lo social se relacionan íntimamente, pasando a ser componentes, más bien ideológicos y normativos de la constitución.

Así también lo ha entendido nuestra C.S.J.N., quien en el fallo "Rizzo" sostuvo "La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, para cumplir

29. BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. y PASQUINO, G., *Diccionario de Política (Soberanía)*, México, Siglo XXI Editores, 1991, p. 1483-1492.

30. *Idem.*

31. STRASSER, C., *Filosofía de la Ciencia Política Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.

con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación".

Estos elementos, democrático y social, se incorporan y adquieren un sentido normativo en nuestro país a través de las modificaciones a nuestra constitución nacional de 1949/57 (social) y 1994 (democrático), donde "la democracia no es ya entonces la mera representación de los intereses del mayor número de personas [...], significa actualmente también, y sobre todo, respeto a los derechos y principios constitucionales, así como a las reglas del juego democrático".

En la actualidad las teorías normativas de la democracia han contribuido a transformar la idea de constitución, como expresa Ferrajoli: "Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular".<sup>32</sup>

## II.H. Sobre la convencionalidad

Con el fin de la segunda guerra mundial, con la liberación del fascismo y del nazismo hacia 1947, con la finalización de las dictaduras fascistas residuales de los años 70 (Grecia, Portugal, España) y la caída del totalitarismo comunista de 1989 se dio paso a una nueva etapa que consistía en la necesidad, por parte de los Estados, de proteger determinados derechos formando un "vallado infranqueable para las potestades del Estado que no podrá avanzar sobre los principios así descriptos"<sup>33</sup> (por lo menos teóricamente), generando, asimismo, una expansión en el proceso de control judicial constitucional con base a una regla general fijada en un principio de interpretación de los derechos consagrados en los tratados de carácter extensivo, amplio<sup>34</sup> y la creación de tribunales ajenos al Estado, reduciendo la manipulación que eventualmente pudieran ejercer sobre ellos (por ej. la Corte Interamericana de DD.HH. con referencia a la Convención Americana de DD.HH.).

Esta necesidad de protección y de generar mecanismos de supervisión de cumplimiento constitucional se puso de manifiesto en Europa con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas de 1959

32. GARCÍA JARAMILLO, L., ob. cit.

33. GORDILLO, A., y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

34. *Idem*.

y en nuestro ámbito con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica en 1969.

La mayoría de los países europeos adoptaron además tribunales constitucionales, a excepción de Francia, donde el control de constitucionalidad lo ejerce un *conseil Constitutionnel*, formado por políticos y es previo a la aprobación de las leyes, y el Reino Unido, que sigue sin contar con una constitución escrita que incorpore declaraciones de derechos por encima de las leyes ordinarias, pero que desde el año 2000 está en vigor el *Human Rights Act* de 1998, por el que ciertos tribunales superiores pueden declarar la incompatibilidad de una ley con los derechos del Convenio Europeo de DD.HH. y Libertades Públicas de 1959.<sup>35</sup>

En el caso Argentino, hasta 1994 se discutía la jerarquía constitucional de los tratados y dicha discusión se ponía de manifiesto en las diversas sentencias de nuestra C.S.J.N. La cuestión queda felizmente zanjada en 1994, cuando, a través de la voluntad del constituyente, se modifica la Constitución Nacional (3er momento), dándole jerarquía constitucional, como se dijera precedentemente, a 10 documentos relativos a la protección y defensa de DD.HH. (ver acápite II.F).

De este modo, los tribunales no solo deben controlar la adecuación de las normas ordinarias a la constitución sino también deben controlar su adecuación a los tratados y convenios suscriptos por el Estado. De hecho, podríamos hablar de solo un control constitucional pues, en virtud de que el artículo 75 inc. 22 de la C.N. otorga jerarquía constitucional a los tratados de DD.HH. antes descritos, los incorpora al texto magno, puede resultar redundante hablar además de un control de convencionalidad.

Esta última modificación constitucional significó una revitalización, ratificación y actualización del compromiso asumido por estas generaciones actuales respecto de los valores, derechos y principios arraigados en la Constitución Nacional original y posteriores modificaciones por parte de la mayoría de aquellos pertenecientes a determinados momentos históricos. Vaya aquí mi humilde crítica hacia quienes sostienen el reproche del resguardo constitucional mediante el control judicial basado en la tesis de que congela los criterios éticos y políticos de la mayoría de un momento histórico pasado a expensas de las generaciones sucesivas.

Con la reforma del 94 no solo se reivindica la consagración del texto

35. RUIZ MIGUEL, A., ob. cit.

constitucional como norma suprema y efectiva para todos los individuos por igual sino que además se perfecciona con la incorporación a ella de determinados catálogos de derechos suscriptos a niveles regionales e internacionales y la expansión de mecanismos para su protección toda vez que dichos instrumentos internacionales contemplan el control de convencionalidad por parte de tribunales internacionales, superiores a los tribunales jurisdiccionales internos, capaces de determinar la responsabilidad del Estado Argentino en caso de incumplimiento de las normas contenidas en dichas convenciones y tratados. Asimismo, se legitima, ratifica y explicita el consentimiento por parte de la sociedad a, por un lado, la rigidez constitucional (artículo 30 C.N.), y por otro, al control judicial de constitucionalidad (artículo 43 C.N.), que había sido adoptado de modo jurisprudencial, resguardando, además, a las minorías de la acción de una mayoría encapsulada en un triunfo electoral.

Nuevamente la C.S.J.N. destacó (fallo "Rizzo"): "no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional". Agregando: "*La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos a la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas de las que le ha otorgado o suprimir algunas de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución*" (las itálicas son propias).

Con este tercer momento constitucional concluido podemos, por fin, hablar de un Estado Constitucional, Convencional, Democrático, Social de Derecho.

## II.I. Sobre el problema de la interpretación constitucional

Ahora bien, legitimado que sea el control judicial de constitucionalidad no puede tampoco desconocerse una cuestión que es relevante y que refiere a la vaguedad semántica de ciertas formulaciones constitucionales.<sup>36</sup>

36. *Idem.*

Pues una cuestión es que los tribunales deban analizar la compatibilidad de una norma con otra del texto constitucional y otra muy distinta es dotar de contenido a los significantes presentes en la C.N.

Esta compleja cuestión ha sido puesta en evidencia por el constitucionalismo democrático, un "movimiento de origen estadounidense que, además de teórico, procura contribuir a que el progresismo y el activismo constitucional tengan incidencia efectiva en la práctica política".<sup>37</sup>

Qué debe entenderse por función social de la propiedad privada, por dignidad humana, por vida, por los límites de la libertad de expresión, por honor, por intimidad, por tratos discriminatorios y por muchos de los derechos o declaraciones presentes en el bloque constitucional federal es una cuestión fundamental pues, actualmente, está librado a la discreción de la judicatura, obligando a los magistrados a adoptar opciones y criterios morales e ideológicos que no siempre están claramente establecidos en las constituciones.<sup>38</sup>

En este orden de ideas, sí podemos hablar de una tensión entre el control judicial de constitucionalidad (en la medida que son los tribunales los que disponen discrecionalmente el contenido de las formulaciones constitucionales) y democracia (es decir, el derecho de la voluntad popular a otorgar sentido a los conceptos constitucionales, de tener participación en la toma de decisiones públicas).

¿Cómo se salva esta tensión? Un primer paso consistiría en que el Tribunal que conoce un asunto constitucional debe ser consciente de esta situación,<sup>39</sup> del mismo modo que también la ciudadanía no debe quedarse en la comodidad de delegar en otros su propia responsabilidad advirtiendo el valor deliberativo y participativo de la democracia.<sup>40</sup>

Advertida esta situación tanto por los jueces (que en el fallo "Rizzo" sí se la reconoce cuando la C.S.J.N. manifiesta "Las decisiones de los poderes públicos, incluidas las del Poder Judicial, se encuentran sometidas y abiertas al debate público y democrático. Es necesario y saludable que exista ese debate"), como por los ciudadanos, un segundo paso radicaría en encontrar formas de considerar, a la hora del control judicial, las

37. GARCÍA JARAMILLO, L., ob. cit.

38. RUIZ MIGUEL, A., ob. cit.

39. *Idem.*

40. *Idem.*

perspectivas de la sociedad civil organizada,<sup>41</sup> pues "la toma de decisiones imparciales se favorece tomando en cuenta, efectivamente, la opinión de todos los individuos potencialmente afectados por la decisión en juego".<sup>42</sup> Para esto es sumamente necesario generar un intercambio fluido entre las ramas del poder público, las organizaciones (sean partidos políticos, sindicatos, colegios de profesionales, grupos minoritarios, sea por su escaso poder efectivo de presión o porque son numéricamente minoritarios) y los individuos de la sociedad civil, a la hora de definir los contenidos previstos en el bloque constitucional federal, pues "cada persona debe tener la oportunidad de incidir en el contenido de las decisiones colectivas, sus intereses deben ser tenidos en cuenta con igual consideración y se le debe dejar en libertad para elegir el tipo de vida que le resulte más valiosa".<sup>43</sup> Pues los valores y demandas de los distintos grupos que integran la sociedad civil no siempre están representados en el poder legislativo y es parte de lo que hoy llamamos "crisis de representación".

Estos espacios de intercambio entre los distintos poderes públicos y a su vez con la sociedad es sumamente beneficioso, pues, empodera la dimensión democrática del Estado en la medida que amplía y valoriza cualitativamente el ámbito de participación ciudadana, generando de ese modo un vínculo de proximidad entre los individuos, al estilo, si se quiere, ateniense propio del siglo V a.C. y empodera el control judicial de constitucionalidad, descontracturando una actividad que es tildada, muchas veces, de elitista y monopolizadora de la interpretación judicial, abonando con estos intercambios los cimientos de toda democracia constitucional.

También es cierto, más allá de los espacios de intercambio público entre todos los actores sociales, que es necesario un cambio de mentalidad en los magistrados, que empieza, como se dijo, advirtiendo la circunstancia de que son ellos los que, hoy por hoy, dan sentido a las vaguedades semánticas presentes en el bloque federal constitucional, son ellos y no los políticos, académicos o intelectuales, mal que les pese, los que, en la mayoría de los casos, y fruto de la práctica jurídica, descubren las inconsistencias en el derecho y que es necesario, antes de resolver una cuestión federal, recibir y escuchar, no solamente oír, a todos los involucrados en el conflicto, a fin

41. *Idem.*

42. GARGARELLA, R., ob. cit.

43. GARCÍA JARAMILLO, L., ob. cit.

de abrir sus mentes hacia concepciones diversas sobre lo que puede ser o no constitucional.

En este sentido, aunque no sea suficiente, el Poder Judicial ha avanzado positivamente con la apertura a audiencias públicas (a través de la acordada 30/2007 la C.S.J.N. dispuso convocar a audiencias públicas, donde, en mi opinión, con un saludable criterio, entendió que "la participación ciudadana en actos de esa naturaleza y la difusión pública del modo en que esta Corte conoce de los asuntos en que, con carácter primordial, ha de ejercer la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional, permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal (dictamen del Procurador General de la Nación en la causa 'Penjerek', al que remite la sentencia de esta Corte del 14 de noviembre de 1963, Fallos 257:134)", los *amicus curiae* (a través de la acordada 28/2004 la C.S.J.N. autorizó la intervención de Amigos del Tribunal en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general), publicación de fallos, y con ello acceso a la información (como el portal web [cij.gov.ar](http://cij.gov.ar)), indicando un camino de modernización y de compromiso con la ciudadanía.

Ahora bien, sentado el criterio de la C.S.J.N. y en aras de prosperar hacia un trabajo beneficioso respecto de la tensión entre constitucionalismo y democracia, es necesario que el magistrado se comprometa verdaderamente con un ejercicio responsable de su profesión. Y en función de esto, es necesario diferenciar al profesional que sucumbe ante los intereses del gobierno de turno (y que sobran ejemplos en nuestra historia argentina), el que "se limita a hacer su trabajo", circunstancia compatible con la mediocridad y el que tiene un compromiso con la excelencia en la profesión, donde sesea consciente del rol protagónico que asume la judicatura en la actualidad y la necesidad que existe de generar confianza y respeto en la ciudadanía. Para esto es necesario que los jueces trabajen su capacidad de liderazgo, de comunicación, de argumentación, de disuasión, de racionalidad práctica, capaz de armonizar el análisis del derecho desligándose de aquella mirada insular de este. Es, en definitiva, un cambio de mentalidad, de cómo se concibe la actuación judicial.

En sociedades tan frágiles institucionalmente como la nuestra, muchas veces algunos magistrados resultan fuertemente dependientes del Poder Ejecutivo. Y no me atrevo a decir que el Poder Judicial es el que es depen-

diente pues dicha afirmación se traduciría en una injusticia para aquellos jueces que ejercen su jurisdicción con un alto compromiso con la ética (que va más allá de los códigos de ética) o en un desconocimiento de lo que sucede en muchos tribunales, aun cuando es corriente escuchar tal afirmación tanto de parte de la opinión pública, como de los medios o los ámbitos eruditos. Lo que sucede es que la tarea de estos jueces, que trasciende los gobiernos de turno, no se conoce con la misma intensidad que aquellos cuyas resoluciones son altamente cuestionadas o por el papel político que cumple una Corte Suprema en tal o cual gobierno de turno.

Por eso también creo en la capacidad comunicativa de los jueces, aquellos comprometidos con la realidad, pues en el camino de mantener viva la legitimidad de la magistratura es sumamente necesario que acerquen su labor a la comunidad.

### III. CONCLUSIÓN

Lo que se intentó con este trabajo fue poner en evidencia el largo recorrido que la mayoría de las sociedades occidentales han transitado para llegar, en nuestro caso particular, a un Estado Constitucional, Convencional, Democrático y Social de Derecho, donde estas categorías son el fruto de luchas, enfrentamientos, exclusiones, alianzas y divisiones.

Sin duda, en mi opinión, lo que se rescata de todos los conflictos a lo largo de la historia es que se ha sabido superarlos en lo que considero, un paulatino desarrollo hacia el reconocimiento de la necesidad de una pacífica convivencia, donde todos podamos realizarnos como sujetos, eligiendo el mejor modo para ello, a través de una necesaria organización.

Con ese fin se reconocieron los derechos de todos y cada uno, junto con mecanismos para su goce, promoción y protección.

Algunas sociedades, como la nuestra, entendieron que ese modo de organizarse, de reconocer derechos, obligaciones y garantías debía estar por escrito, y entiendo que la Constitución Nacional, como instrumento que contiene, en definitiva, nuestro pacto social de convivencia, fue el mejor modo de lograrlo. Habrá surgido como necesidad de una clase dominante para cristalizar su poder, es cierto, pero tal circunstancia no obsta el mérito de haber sabido incluir, con el tiempo y también producto de luchas de poder, el reconocimiento de quienes no ocupaban ni ocupan dicha clase dominante; esta posición refuta el argumento de quienes se oponen al con-



trol judicial de constitucionalidad sosteniendo que "cuando se redactó la Constitución, buena parte del 'pueblo' [...], resultó directamente ignorado o excluido, puesto que no se los consideraba 'ciudadanos': los esclavos, las personas de color, las mujeres y los que no tenían una posición económica decente no participaron ni directa, ni indirectamente, en el proceso constitucional"<sup>44</sup>.

En la Argentina esta defensa de la supremacía constitucional y de su control judicial, como se dijo antes, fue consensuada, ratificada, revitalizada y legitimada explícitamente con la modificación de la Constitución Nacional de 1994. El artículo 43 de ella no deja lugar a dudas, "el juez puede decretar la inconstitucionalidad de la norma" despejando, nuevamente, la intención de otro de los argumentos de aquellos en disidencia con el control judicial de constitucionalidad y que sostienen que "si se valora especialmente ese 'primer' momento constitucional, ello se debe a que se valora el consenso popular, profundo y meditado, que distinguió a este. Ahora bien, ¿por qué no puede pensarse que, con el paso del tiempo, volvamos a encontrarnos con un consenso popular profundo y meditado? ¿Qué razón vamos a tener, si es que se presenta un caso semejante, para hacer prevalecer la voluntad de unos sujetos tal vez ya muertos hace mucho tiempo, sobre la voluntad actual de la ciudadanía?"<sup>45</sup>, a la vez que comparte el criterio de que, con el paso del tiempo, nos hemos vuelto a encontrar con un consenso popular profundo y meditado, que compartió los de antaño. No debemos subestimar, entonces, a la voluntad actual de la ciudadanía.

La tensión entre constitucionalismo y democracia existe, prueba de ello es la cuestión problemática que suscita la interpretación del texto constitucional, pero entiendo que es una sana tensión. Ella permite el delicado equilibrio necesario que debe existir en toda república, obligando a perfeccionarnos como sociedad, en la medida que la tensión permite reflexionar, cuestionar, pensar y repensar cada uno de los poderes y el rol de la ciudadanía, a la vez que se descubren nuevos ejes de discusión. Esto favorece la búsqueda de una mejor calidad de vida.

Para los que hacen hincapié en la dimensión democrática del Estado, el Poder Judicial no debe tener la última palabra, ni mucho menos la única palabra en materia de constitucionalidad. Para otros, entre los que me

44. GARGARELLA, R., ob. cit.

45. *Idem.*

incluyo, el Poder Judicial no debe tener la única palabra pero sí la última, contemplando el intercambio público porque en definitiva, es la misma ciudadanía la que acude al Poder Judicial para que dirima una cuestión. Los jueces no deciden la inconstitucionalidad o no de una norma por fuera de un procedimiento concreto. En cada presentación judicial que se hace los ciudadanos ponen en manos de la judicatura la resolución de un conflicto, sobre la base de las defensas que hacen las partes de cada una de sus posiciones. Y este principio se vislumbra con mayor claridad en el sistema adversarial propio del derecho procesal penal, aun con todas sus falencias.

Esta afirmación, de que el Poder Judicial sí tiene la última palabra, no es caprichosa, pues obedece a lo normado en la Constitución Nacional, fruto de siglos de intensas luchas intentando proteger y hacer efectivos los derechos y garantías, haciendo valer la soberanía popular, en la medida también que son los ciudadanos los que así lo requieren cada vez que acuden a la justicia, exaltando una democracia lo más real y abarcativa posible.

Esta postura no es en detrimento de la dimensión democrática del Estado, por el contrario, busca proteger la voz de todos los que integramos la nación, aún de las que son minoría, a través del sabio actuar de una generación fundacional que supo ser continuada y reivindicada por las generaciones posteriores.

En palabras del juez Marshall "hay solo dos alternativas –demasiado claras para ser discutidas–: o la Constitución, controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza".

Esta postura tampoco significa que no deban mejorarse muchos de los aspectos constitucionales y democráticos. Así lo ha demostrado la historia a través de los muchos debates que llevaron a modificaciones constitucionales y que hoy, dichos debates obligan a repensar por lo menos, la cuestión aquí planteada, es decir, la de la interpretación constitucional.

El Poder Judicial no es ajeno a este debate, y por ello asumió la difícil tarea de reconocer la necesidad de una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones, y procurando que así sea pero sabiendo que tiene la última palabra a la hora de declarar inconstitucional una norma y siempre como una medida excepcional, de última *ratio*, pues la “declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última *ratio* del orden jurídico; solo cabe acudir ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho garantía amparado por la Constitución Nacional” (Fallo “Rizzo”).

Esta facultad no lo pone en superioridad de otros poderes, pues, tal como lo afirma la C.S.J.N. en “Rizzo”, “solo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema”. “En este sentido *el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de los jueces que han recibido del pueblo argentino* –a través de los constituyentes– *el legítimo mandato democrático de defender la supremacía de la Constitución Federal* (artículos 31, 116 y 117), no los coloca por sobre los restantes poderes del Estado” (las itálicas son propias). Y la voluntad de los constituyentes no sacrifica la voluntad de las generaciones futuras. Muy por el contrario, actuó pensando en el futuro, en las generaciones que vienen, aspirando a la madurez de nuestras instituciones.

No se trata de qué dimensión tiene más fuerza, sino de equilibrarlas en una sana tensión, donde las próximas generaciones puedan vivir mejor. Y hoy como actores de nuestra sociedad tenemos la obligación moral de trabajar para ello, mejorando, y no destruyendo lo que tenemos a mano, que por ser viejo, para algunos, hay que desecharlo.

En este contexto, y como se sostuvo a lo largo de este trabajo, esta tarea no será posible si el Poder Judicial no adopta una posición acorde a la necesidad de capitalizar la intervención ciudadana, pero tampoco será posible si esta ciudadanía, por fuera de la representación parlamentaria, no asume un rol activo en las discusiones de las cuestiones públicas.

Es de esperar que quienes disienten con la postura aquí defendida continúen en el intento de convencernos de que por qué el Poder Judicial no debe tener la última palabra en materia de control constitucional, subestimando con ello a la Constitución Nacional (en la medida que así lo ordena), la soberanía popular y debilitando la República.

Nunca más oportuno, para finalizar este trabajo, las palabras del Dr. Favaloro: “Solo lo lograremos si entendemos que estamos convocados por

un compromiso ineludible: debemos luchar por una sociedad más justa y equitativa, sin prejuicios de ninguna índole. Solo lo lograremos si no nos apartamos nunca de los lineamientos éticos basados en el respeto a la dignidad del hombre.

Debemos trabajar, trabajar y trabajar con pasión. [...] Hemos de esforzarnos para mejorarnos individualmente pero entendiendo que formamos parte de una sociedad que demanda nuestra participación. Cuanto más destacada sea nuestra posición individual más grande será nuestro compromiso social. Ha llegado la hora de trabajar con humildad y modestia verdaderas" (Mensaje de René Favalaro a los estudiantes reunidos en Glacier Park Lodge, Montana, Estados Unidos, 1993).

## BIBLIOGRAFÍA

Acordada 28/2004 - Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Acordada 30/2007 - Corte Suprema de Justicia de la Nación.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco, *Diccionario de Política (Soberanía)*, México, Siglo XXI Editores, 1991, p. 1483-1492.

Constitución de la Confederación Argentina, 1853.

Constitución de la Nación Argentina, 1949.

Constitución de la Nación Argentina, 1957.

Constitución de la Nación Argentina, 1994.

CSJN, "Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo el Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar", 2013.

—, "Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", del año 2015.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, "¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático", en *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 60. Nro. 2, *Curitiba*, Universidade Federal do Paraná – Faculdade de Direito, mayo/agosto 2015, consultado en [<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41005>].

GARCÍA DELGADO, Daniel R., "Del Estado de Bienestar al Estado Postsozial", en *Estado y Sociedad. La nueva relación a partir del cambio estructural*, Buenos Aires, Tesis Grupo Editorial Norma, 1996, pp. 27-

54. Consultado en [<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/43136.pdf>].
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2012, Caps. I–V, IX y Conclusión, consultado en [[https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la\\_justicia\\_frente\\_al\\_gobierno.pdf](https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf)].
- GODOY, Miguel, “Constitucionalismo y Democracia” en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Año V, Número Especial, Buenos Aires, 2011, consultado en [[http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005\\_0005\\_p\\_-d\\_-constitucional1.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0005_p_-d_-constitucional1.pdf)].
- GORDILLO, Agustín, y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.
- PIPKIN, Diana, “Claves históricas para leer a Maquiavelo”, en VÁRNAGY, Tomás (comp.), *Fortuna y Virtud en la República Democrática*, Buenos Aires, CLACSO, 2000, pp. 53-67.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Constitucionalismo y Democracia*, consultado en [<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13504408112572162922202/015125.pdf?incr=1>].
- SAGÜÉS, Néstor, “El constitucionalismo” en *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001.
- STRASSER, Carlos, *Filosofía de la Ciencia Política Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.
- VÁRNAGY, Tomás (comp.), “Introducción”, en *Fortuna y Virtud en la República Democrática*, Buenos Aires, CLACSO, 2000, pp. 9-52.
- VITA, Leticia., “El concepto ‘Estado’ en la ciencia política moderna”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año II, Nro. 3, Buenos Aires, 2008, consultado en [[http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0003A002\\_0004\\_investigacion.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0003A002_0004_investigacion.pdf)].