

## EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Pablo Luis MANILI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El concepto de Constitución y el derecho internacional público*. III. *El concepto de Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comunitario*. IV. *El concepto de Constitución y la filosofía del derecho*. V. *El concepto de Constitución y la ciencia política*. VI. *El concepto de Constitución y la sociología*. VII. *Constitución y cultura*. VIII. *El concepto de Constitución y la historia*. IX. *La Constitución formal y la material*. X. *El bloque de constitucionalidad*. XI. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

La riqueza del término “constitución” se debe no sólo a que alude a varias circunstancias y realidades distintas, que varían de país en país, sino al hecho de que además, los abordajes para su estudio son variados: podemos intentar definirla desde *fuera* de las fronteras del país; es decir, desde el derecho internacional, para determinar qué es una Constitución y qué no lo es; o desde *dentro*, para explicar a qué llamamos Constitución. A su vez, ese segundo análisis puede hacerse desde la teoría política, desde la sociología, desde la historia, etcétera. Y según cuál sea el abordaje, la definición que se intente será también distinta.

En el presente trabajo intentaremos recorrer algunos de esos enfoques, sin la pretensión de agotar el análisis de cada uno (en atención a que ello excedería los límites impuestos) ni la de arribar a un concepto acabado, único o final de Constitución, sino al solo efecto de mostrar la riqueza que ofrece el término y las dificultades existentes a la hora de definirlo.

## II. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Desde el punto de vista de esa rama del derecho, puede definirse a la Constitución como el instrumento jurídico político que da origen a un Estado. La Constitución es lo que diferencia a un pueblo de un Estado y lo que otorga a aquél su partida de nacimiento como Estado, ya que es la que lo organiza políticamente.

La existencia de una Constitución es inherente, pues, al concepto de “Estado”, que se utiliza desde comienzos del siglo veinte en derecho internacional público, especialmente a partir de la organización de la comunidad internacional; es decir, a partir del surgimiento de organismos internacionales con tendencia a la universalidad y creados a fin de mantener la paz internacional, como la Sociedad de las Naciones (1919) y la Organización de las Naciones Unidas (1945).

Ello es radicalmente distinto del viejo concepto de “Estado”, que comenzó a utilizarse a partir de 1648: la doctrina internacionalista mayoritaria fija el momento del nacimiento del derecho internacional público en ese año, fecha en que se celebró el tratado conocido como La Paz de Westfalia, que puso fin a la Guerra de los Treinta Años, y tras el cual comenzó la reorganización política de Europa a través del surgimiento de los estados nacionales, con la caída del predominio de los Habsburgo.<sup>1</sup>

El concepto de “Estado” era, por entonces, el de una simple delimitación territorial del poder, es decir: Estado por oposición a feudalismo. Pero no se le exigía a ese ente que el poder que allí se ejercía estuviera regido por norma alguna, en que hubiera un gobierno que tuviera el dominio sobre una porción de territorio, y mucho menos que se condujera de determinada manera, ni hacia adentro ni hacia fuera de sus fronteras. No sólo no se le exigía, sino que no había forma de hacerlo, y tampoco era común que en los Estados hubiera normas referidas al ejercicio del poder, más allá de algunas cartas que eran otorgadas por los monarcas, en algunos casos en contra de su voluntad, como la Carta Magna inglesa de 1215, que fue impuesta por los barones y el clero al rey Juan Sin Tierra.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Moncayo, Guillermo *et al.*, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, De Zavalia, 1985, p. 31.

<sup>2</sup> La Carta Magna contiene el reconocimiento escrito de ciertos derechos esenciales de las personas, a los efectos de evitar sus constantes abusos de poder, pero, asimismo, consagra los mecanismos necesarios para la garantía de esos derechos y una forma

Según el derecho internacional moderno, se denomina “Estado” a todo ente que cuenta con los tres elementos necesarios para que la comunidad internacional lo reconozca como tal: una comunidad que tiene asiento sobre una determinada porción de territorio y que se encuentra organizada políticamente. Territorio, población y gobierno son, pues, los tres elementos que caracterizan al Estado, y dentro del concepto de gobierno se encuentra implícita la idea de Constitución. Pero las cartas constitutivas de los organismos internacionales agregan algún requisito a esa lista, a fin de que el Estado sea aceptado en su seno: por ejemplo, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas exige que sea amante de la paz y que esté en condiciones de cumplir con las obligaciones que la carta impone (artículo 4o.).

En otras palabras: desde el punto de vista del derecho internacional actual no se puede llamar “gobierno” a cualquier autoridad por el solo hecho de que ejerza el poder, si éste no es ejercido de acuerdo con algún tipo de reglas, aun cuando esas reglas no contengan los elementos básicos que caracterizan a las Constituciones, y que fueron definidos sabiamente por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (artículo XVI): “Un pueblo que no tiene dividido el poder y consagrados los derechos no tiene constitución”. Bastaría, entonces, con que el Estado se muestre organizado hacia afuera.

Llegamos así a un concepto mínimo de Constitución, según el cual ésta sería solamente un conjunto de reglas que rigen el ejercicio del poder y otorgan al Estado algún tipo de organización. ¿Es satisfactorio ese concepto mínimo de Constitución? Claramente no, pero sí creemos que es necesario partir de él para edificar un concepto completo de Constitución. El derecho internacional público exige, entonces, que el Estado tenga una Constitución, a la que denominamos “mínima”, pero ese concepto

—bien que embrionaria— de división del poder y de control al gobernante. Recién después de cuatro siglos se producen, también en Inglaterra, nuevos documentos referidos a la limitación del poder: la *Petition of Rights* (Petición de Derechos) de 1628, que ratifica la Carta Magna y agrega el principio de que el rey no podrá establecer impuestos sin el consentimiento de la Asamblea. Le siguió, medio siglo después, el Habeas Corpus Amendment Act (Ley de Enmienda de Habeas Corpus) de 1679, que perfecciona ese mecanismo procesal en defensa de la libertad ambulatoria como método de obtener su inmediata restitución en caso de violación, y el *Bill of Rights* (Lista de Derechos) de 1689, que concede mayores atribuciones a la Asamblea y reglamenta la elección de sus miembros, con lo cual podemos hablar ya de una verdadera organización del poder, además de su mera limitación.

de Constitución no es el mismo al que aludimos en derecho constitucional; es sólo un comienzo o un primer esbozo de ella.

Carlos Nino alude también al concepto “mínimo” de Constitución, pero en un sentido distinto, dado que no lo hace derivar del derecho internacional, sino que lo analiza como un punto de partida para llegar a otro concepto más acabado, al que denomina “pleno”, y que encierra ciertos mandatos sobre los que se edifica una democracia liberal. Pero su contenido coincide con el que aquí proponemos. Respecto de él, Nino agrega que con ese concepto mínimo es imposible negar que en la Unión Soviética de Stalin, en la Argentina de Videla y en el Chile de Pinochet, había Constituciones.<sup>3</sup>

### III. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN, EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO COMUNITARIO

Resulta interesante cuestionarse si el nacimiento del derecho internacional de los derechos humanos, verificado —en líneas generales— a partir de 1945, influyó en el concepto de Constitución. Sabemos que sí influyó en el texto de muchas Constituciones de Iberoamérica, que a partir de 1976 comenzaron a incorporar cláusulas que, con mayor o menor amplitud, daban recepción al derecho internacional de los derechos humanos (Portugal en 1976, España en 1978, Perú en 1979 y 1993, Chile en 1980, Guatemala en 1985, Nicaragua en 1987; Brasil de 1988, etcétera).<sup>4</sup> Pero el concepto de Constitución no ha sufrido, a nuestro criterio, modificaciones.

En efecto, aún en los países en que reconocen la máxima jerarquía a los instrumentos internacionales, el concepto de Constitución, su supremacía en el derecho interno y su rigidez permanecen incólumes. En ninguno de esos países puede afirmarse que la jerarquización de esas normas provocó cambio alguno; valgan como ejemplo de ello las siguientes normas:

La carta magna peruana, en su artículo 57: “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedi-

<sup>3</sup> Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 5.

<sup>4</sup> Puede verse el desarrollo de esas normas y otras en nuestro libro *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 105.

miento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.

La Constitución nicaragüense, pese a mencionar expresamente una serie de instrumentos internacionales y reconocerles el carácter de fuente autónoma de derechos y obligaciones, agrega la siguiente norma (artículo 182): “La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”.

La Constitución argentina, luego de enumerar once instrumentos internacionales de derechos humanos, a los que reconoce jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22), aclara que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución”.

En cuanto al derecho comunitario, si bien los tratados constitutivos de los órganos comunitarios (Unión Europea o Comunidad Andina) o de integración supranacional (Mercosur) consagran derechos para los habitantes y delegaciones de facultades en órganos supranacionales, ello no afecta el concepto de Constitución, dado que las leyes fundamentales de los distintos países han comenzado a incluir referencias a la integración supranacional, como mecanismo para englobar y ordenar esa nueva realidad en el mundo constitucional (por ejemplo, artículo 75, inciso 24, de la Constitución argentina,<sup>5</sup> artículo 4o. de la Constitución de Brasil<sup>6</sup> y artículo 145 de la Constitución de Paraguay).<sup>7</sup>

En otras palabras, si bien el derecho internacional de los derechos humanos enriquece a las Constituciones y las completa, por cuanto añade derechos nuevos, recicla derechos ya reconocidos o torna explícitos dere-

<sup>5</sup> “Corresponde al Congreso... Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con estados de latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara...”.

<sup>6</sup> “La República Federativa de Brasil procurara la integración económica política, social y cultural de los pueblos de América Latina, proponiéndose la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”.

<sup>7</sup> “La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones solo podrán ser adoptadas por la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.

chos que antes eran implícitos, no apreciamos que se haya producido una mutación del concepto de Constitución, ni siquiera en aquellas que reconocen jerarquía constitucional a todo o parte del derecho internacional de los derechos humanos. Tampoco ocurre algo similar con el derecho comunitario.

#### IV. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

El constitucionalismo ha resultado atractivo para muchos iusfilósofos, que han consagrado obras enteras al análisis de los problemas que en éste plantea. Hans Kelsen es tal vez quien más ha incursionado en ese terreno. El maestro austriaco concibe a la Constitución como el escalón más alto en la pirámide jurídica con que describe a todo sistema jurídico.<sup>8</sup> En su *Teoría pura del derecho*, donde hace abstracción de toda consideración sociológica, política, económica, etcétera, la Constitución pasa a ser solamente una norma que determina los mecanismos válidos para la creación de otras normas. Su carácter de norma fundamental se debe a esa circunstancia, y es independiente de que la propia Constitución establezca o no, en alguna de sus cláusulas, su carácter supremo. Es suprema no por una cuestión valorativa, ni histórica, ni de reconocimiento social, sino justamente porque es la que establece cómo se generan las demás normas que componen el sistema jurídico. Entre otras definiciones similares, citaremos la de Guastini, quien desde el positivismo normativista define a la Constitución como “el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político”.<sup>9</sup> En ambas concepciones, la validez de las normas infraconstitucionales no dependerá de su justicia ni de su bondad, sino solamente de su correspondencia o adecuación con la norma superior.

Carlos Nino, por su parte, sostiene que la Constitución, desde un punto de vista filosófico, es “un conjunto de reglas de reconocimiento que permiten individualizar al sistema jurídico”.<sup>10</sup> De ese modo, la Constitución también queda despojada de valoraciones, al igual que en la obra de

<sup>8</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 17a. ed., trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1981, pp. 100 y ss.; “El control de constitucionalidad de las leyes”, trad. de Domingo García Belaunde, en *El Derecho*, 156:793; *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, p. 111.

<sup>9</sup> Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle Fonti*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 311.

<sup>10</sup> Nino, C., *op. cit.*, p. 25.

Kelsen, motivo por el cual Nino construye, en otras partes de su obra, un concepto más acabado de Constitución. Pero, a los fines de nuestro análisis, nos quedaremos, por el momento, con este concepto.

Se advierte, entonces, que desde la filosofía del derecho hay dos abordajes del concepto de Constitución: uno resulta un poco más sustantivo (Kelsen, Guastini y otros), y otro, con un matiz más instrumental que sustantivo (Nino). El primero pone el acento en lo que la Constitución *es* (una norma sobre la cual se asientan otras), mientras que el segundo pone el énfasis en aquello para lo que la Constitución *sirve* (regla de reconocimiento del sistema jurídico).

#### V. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LA CIENCIA POLÍTICA

El solo hecho de que sea la Constitución la encargada de crear (constituir) los poderes del Estado, y de que, por lo tanto, todo poder dependa de ella, la coloca en el centro del estudio de la ciencia política. No obstante, como es sabido, la ciencia política es más antigua que el derecho constitucional. En efecto, desde *La República y las Leyes* de Platón, *La Política* de Aristóteles y *Las leyes y la República*, de Cicerón (por nombrar sólo algunas obras clásicas) en adelante, el ser humano se dedicó al estudio científico de la realidad política y a la explicación del fenómeno del poder en la sociedad. Si bien en la antigüedad esta rama del saber aparecía mezclada con la filosofía, luego fue ganando autonomía, y su existencia es varios siglos anterior a la existencia de las Constituciones escritas y al estudio de éstas.

Según Germán Bidart Campos, el orden político se encauza a través de lo jurídico, y a ese orden jurídico se le denomina derecho constitucional o Constitución material.<sup>11</sup> Y sobre esa base agrega:

El derecho impregna organizacionalmente al estado, a esa realidad social con estructura política que, juridizada, se llama estado... Cuando decimos “constitución” solemos pensar en normas jurídicas; acaso en la codificación formal de las mismas. En cambio, deberíamos pensar primariamente en una realidad. Realidad social, realidad política, realidad jurídica, pero realidad ante todo.

<sup>11</sup> Bidart Campos, Germán J., *Ciencia política y ciencia del derecho constitucional ¿unidad o dualidad?*, Buenos Aires, Ediar, 1982, p. 79.

Creemos que en esa afirmación está contenida una definición de lo que es la Constitución, apreciada desde la ciencia política.

Por su parte, Domingo García Belaunde afirma que la Constitución puede ser definida desde la ciencia política como “Una manera de ser que hace que las instituciones del Estado estén vertebradas y respondan de determinada manera a la colectividad a la cual pretenden conducir”.<sup>12</sup> Es decir, el énfasis está puesto en el ser, y no en el deber ser, a diferencia de las definiciones elaboradas desde el derecho constitucional.

Josep Aguiló se refiere al concepto de “la Constitución del constitucionalismo político”, a la cual define como una “ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los derechos, y en este sentido, la Constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política...”.<sup>13</sup>

Carl Schmitt, por su parte, elabora una definición de Constitución relacionada, no ya con la ciencia política, sino con la política, puesto que, para diferenciarla de las leyes constitucionales, la caracteriza como “una decisión consciente sobre el modo de existencia de una unidad política, realizada por el poder constituyente”.<sup>14</sup>

Como se advierte, la ciencia política pone el acento en el estudio de hechos y realidades, y las normas son, para los politólogos, un hecho más; mientras que para el derecho constitucional son el objeto principal de estudio, y los hechos sólo son estudiados en cuanto influyen sobre las normas (revoluciones, golpes de Estado, emergencias, conflictos armados, etcétera). Además, como se adelantó más arriba, quienes definen al derecho constitucional desde la óptica de la ciencia política ponen el acento en el ser, y no en el deber ser, o, mejor dicho, en el derecho que se aplica más que en el derecho que está positivizado. Ese énfasis en lo fáctico nos conduce a un tema directamente relacionado con éste, como es la distinción entre Constitución formal y Constitución material, al que nos referiremos más abajo.

<sup>12</sup> García Belaunde, Domingo, *Constitución y política*, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1981, p. 25.

<sup>13</sup> Aguiló, Josep, *La Constitución del Estado constitucional*, Lima-Bogotá, Pales-temis, 2004, p. 38.

<sup>14</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Madrid, 1982, p. 45.

## VI. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LA SOCIOLOGÍA

Dos aspectos resultan interesantes desde este punto de vista: el concepto de Constitución y la vigencia sociológica de la Constitución, aunque —como veremos— ambos están relacionados.

En cuanto al primero, Emile Durkheim, en su obra *La división del trabajo social*, la definió como un *símbolo de cohesión social*, lo cual implica que la Constitución es una especie de representación colectiva o de imaginario popular respecto de aquello que se relaciona con el poder. Cuanto mayor sea el grado de avance en la educación y cultura de un pueblo, más sofisticada será esa imagen respecto de qué es la Constitución y cuáles son las realidades que ella regula (que, en verdad, son todas las realidades políticas y sociales); por el contrario, cuanto menor sea ese avance, más rudimentario será el concepto de Constitución, ésta será entendida como “eso que manejan los políticos”, y se la considerará aplicable sólo al funcionamiento de los órganos de gobierno, sin apreciar su utilidad como factor de ordenación social.

Rudolf Smend, al definir al Estado como una integración, esboza un concepto de Constitución, que también consideramos influido por la sociología; en este sentido para Smend, el Estado es un “entramado de sentido de las relaciones humanas”,<sup>15</sup> es un concepto prejurídico basado en el sentimiento de comunidad presente entre los miembros de una colectividad, y que él nomina “integración”. Con base en ello, la Constitución sería, al mismo tiempo, un resultado y un cauce de esa integración, y si no fuera por ese contexto de sentimientos que identifican a una comunidad, la Constitución, como mero texto jurídico, carecería de la relevancia que hoy tiene.<sup>16</sup> Ese concepto de Constitución se contrapone al concepto formalista de Kelsen y, con base en él, el autor construye lo que denomina una “teoría material del estado”, dado que en su opinión una teoría puramente normativa del Estado sería una teoría del Estado sin Estado.

Elías Díaz define a la Constitución como un puente entre el derecho y la justicia, entre la realidad y la idealidad, y agrega:

<sup>15</sup> Smend, Rudolf, “Staat”, en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humbolt, 1968, pp. 520 y ss.

<sup>16</sup> García Amado, Juan A., “Estudio preliminar”, en Kelsen, Hans, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Madrid, Tecnos, 1997, p. XI.

La Constitución, el puente, es algo que ha de estar siempre abierto a la sociedad de la que procede, a sus problemas y aspiraciones, al juicio de la moral crítica y de la moral social, a razones de legitimidad, a las exigencias de la justicia; desde ahí se expresará institucionalmente en la legalidad, en el derecho y, en ese marco, también después en el trabajo de los operadores jurídicos, de los profesionales, de los jueces.<sup>17</sup>

Nos resulta atractiva la permeabilidad que el autor le reconoce a la carta magna, especialmente a los “problemas y aspiraciones” de la sociedad. Ello implica reconocer a la Constitución escrita un carácter evolutivo más allá de lo textual; de alguna manera, una permanente influencia del “ser” sobre el “deber ser”, pero ello debe ser interpretado cuidadosamente para no tergiversarlo: hablamos del “ser” social, y no del “ser” de los gobernantes de turno.

En ese sentido, la opinión de Díaz puede ser interpretada como continuación de las ideas de Dau Lin, quien en 1932 la definía como “el status de un determinado Estado o una forma especial de orden social o, finalmente, el principio de un devenir dinámico”.<sup>18</sup> Comentando la opinión de Dau Lin, Estévez Araujo sostiene que “[p]or ‘constitución’, en este sentido, se entiende algo ‘fáctico’ es decir, una determinada realidad, un modo de ser las cosas y no una regulación jurídica de las mismas. Generalmente suele calificarse de ‘material’ a este tipo de concepción de la Constitución como hecho...”.<sup>19</sup>

Advertimos, pues, que el concepto de Constitución, abordado desde la sociología, pone el énfasis en las aspiraciones, representaciones y consensos que se presentan en la comunidad a la cual ella rige, descuidando los contenidos jurídicos y la influencia política.

## VII. CONSTITUCIÓN Y CULTURA

Peter Häberle construye un concepto de Constitución vinculado a la cultura de los pueblos. Comienza por criticar las definiciones formalistas

<sup>17</sup> Díaz, Elías, “El puente de la Constitución”, *El País*, Madrid, 4 de diciembre de 1999, p. 15.

<sup>18</sup> Dau Lin, Hsü, “Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXII/1 (1932).

<sup>19</sup> Estévez Araujo, José A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, p. 41.

de Constitución, como la de Jellinek, quien sostiene que la Constitución es “una ley con una más elevada fuerza de validez formal”, que sólo puede ser reformada con mayorías calificadas y mediante procedimientos especiales.<sup>20</sup> Su crítica se basa en que, desde el punto de vista de su objeto y funciones, la Constitución significa mucho más. Según Häberle, debe formularse una concepción combinada de Constitución, en la que se recojan las distintas funciones que ésta cumple: la Constitución es: i) en cuanto a las metas estatales y a la división de poderes: un motor y un freno, y en forma simultánea, una norma y una tarea; ii) en relación con el principio de Estado de derecho y con la fijación de valores fundamentales: una limitación al poder, pero a la vez su fundamento y legitimación; iii) la Constitución crea procedimientos para la resolución de conflictos (por ejemplo, en el parlamento); iv) organiza competencias e instituciones para la identificación y concreción de determinadas tareas (las tres funciones estatales: administrar, legislar y juzgar); v) funda el estado abierto hacia el mundo; vi) constituye una sociedad frente a terceros, generando posibilidades de identificación y de consenso para los ciudadanos y para los grupos; vii) prescribe valores que fundamentan culturalmente a la sociedad; viii) desde el punto de vista temporal, la Constitución es un proceso abierto.<sup>21</sup> Häberle culmina esa enumeración de funciones de la Constitución con su tesis, según la cual la Constitución es una cultura, que no está dirigida solamente a los juristas, sino fundamentalmente a los ciudadanos, a modo de hilo conductor de una sociedad; no es sólo un texto jurídico, “sino también la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas”, y agrega que la Constitución es la expresión de una cultura, un marco de referencia cultural.<sup>22</sup>

El énfasis está puesto, como vemos, en lo que la Constitución es, pero más allá de lo jurídico y lo político. Esos dos elementos sólo aparecen al momento de enumerar las funciones que la Constitución desempeña, pero a la hora de definirla parecen ser dejados de lado por el maestro alemán.

<sup>20</sup> Häberle, Peter, *Constitución como cultura*, trad. de Ana María Montoya, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002, p. 51.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 71 y 72.

## VIII. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LA HISTORIA

Juan Bautista Alberdi, el máximo ideólogo de la Constitución argentina de 1853, sostenía que ésta era un *pacto político fundacional*. Se trata de una definición que pone el énfasis en el rol histórico de la Constitución y en su importancia en la evolución jurídico-política de un pueblo, más que en su papel de orientadora de las conductas de los poderes y de los individuos. Además, este concepto traza implícitamente una clara línea divisoria entre las cartas medievales, que eran otorgadas por los monarcas, y el concepto moderno de Constitución (posterior a 1787), que implica necesariamente la intervención del pueblo en su sanción, con base en las doctrinas contractualistas (Rousseau, Hobbes y otros).

Pero también existe otro concepto de Constitución desde la óptica de la historia, al que se denomina concepción historicista de la Constitución,<sup>23</sup> que es aquel según el cual, al ser la Constitución un producto de la historia de un determinado pueblo, no puede existir un modelo de Constitución válido para todo tiempo y lugar. Esta concepción difiere de la idea de los revolucionarios franceses, para los cuales una Constitución era la sumatoria de derechos fundamentales más división del poder (según expresamos más arriba). Para esta postura, la Constitución tendría algunos contenidos esenciales o necesarios y muchos contenidos contingentes, dependientes de los momentos históricos y variables de país en país.

Hay un modo de conciliar lo analizado en este punto, y en el anterior: Nino sostiene que la Constitución, “si se la toma como un evento, constituye el origen de una convención social, y si se la ve como un proceso, ella misma es una práctica social continua”.<sup>24</sup> La Constitución como evento es la descrita por la historia, y la Constitución como proceso es la descrita por la sociología.

## IX. LA CONSTITUCIÓN FORMAL Y LA MATERIAL

El antecedente más remoto en cuanto a distinguir los conceptos de Constitución formal y material se remonta a la conferencia dictada por Ferdinand de Lasalle en 1862, titulada *¿Qué es una Constitución?*,<sup>25</sup> don-

<sup>23</sup> Estévez Araujo, José A., *La Constitución... cit.*, p. 44.

<sup>24</sup> Nino, Carlos S., *op. cit.*, p. 47.

<sup>25</sup> Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Rocés, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1980, *passim*.

de afirma que más allá de los conceptos formalistas que utilizan los juristas y que se aplican a hojas de papel firmadas por reyes o por naciones, existe otro concepto de Constitución, que es la suma de los factores reales de poder que rigen en un país.<sup>26</sup> Se encuentran allí delineados los dos conceptos de referencia: la “hoja de papel” de Lasalle es lo que la doctrina constitucional en general ha denominado *Constitución formal, o textual*, mientras que el otro sentido es más realista y pragmático; apunta a la aplicación práctica de la Constitución, con todo el entorno que la rodea. Ello es lo que se denomina *Constitución material*.

Bidart Campos, por su parte, aplicando la filosofía realista (según la cual el mundo jurídico puede ser analizado desde tres dimensiones: normológica, dikelógica y sociológica), se refiere a la Constitución en estos términos:

Cualquiera que desea conocer cómo es el régimen político de un Estado no se conforma con leer su constitución escrita o formal... (a)mbiciona saber si esa constitución funciona, se aplica, se cumple... se preocupa por indagar qué otros contenidos... han ingresado a la dimensión sociológica a través de diferentes fuentes: la costumbre, el derecho internacional, la legislación, la jurisprudencia.<sup>27</sup>

Y en otra obra completa la idea:

La constitución en sentido material es también una realidad. Realidad social y jurídica. Es el derecho constitucional vigente y un derecho es vigente no porque esté formulado en normas expresas, sino porque funciona. El derecho escrito que no se aplica carece de positividad, no es derecho positivo. La constitución material es siempre... derecho vigente, positivo, actual, presente. Funciona, se aplica, ordena... Es el orden constitucional real.<sup>28</sup>

García Belaunde aporta una definición interesante de Constitución material, linderada con la ciencia política: “conjunto de fuerzas que canalizan la dinámica política del Estado”.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> *Op. cit.*, pp. 37 y 48.

<sup>27</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. I-A, p. 289.

<sup>28</sup> Bidart Campos, G., *Ciencia política...*, *cit.*, p. 82.

<sup>29</sup> García Belaunde, D., *op. cit.*, p. 25.

A nuestro entender, el problema que presenta el concepto de Constitución material es que no todo el contenido de lo que así se denomina tiene jerarquía constitucional ni puede ser utilizado como parámetro para el control de constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía. Es decir, el hecho de que existan elementos de materia constitucional por fuera de la Constitución escrita no implica necesariamente que todos esos elementos compartan con ella su máxima jerarquía, ya que el criterio para agruparlos en el concepto de Constitución material es simplemente *rationae materiae*, pero no implica un juicio de valor acerca de su jerarquía.

En ese orden de ideas, encontramos que Sagüés<sup>30</sup> clasifica a las fuentes del derecho constitucional, según tengan o no jerarquía constitucional, en:

- a) Formal primario (el texto escrito de la Constitución y los instrumentos, que en algunas Constituciones poseen su misma jerarquía, como analizaremos más abajo);
- b) Informal primario (costumbres con jerarquía constitucional);
- c) Formal secundario (leyes y demás normas de materia constitucional), y
- d) Informal secundario (costumbres sin jerarquía constitucional).

En definitiva, lo que generalmente se denomina Constitución material es la sumatoria de la Constitución *formal* (escrita) con todo aquello que está fuera de ella, pero que tiene *materia* constitucional. Dentro de ese conglomerado se incluyen la costumbre, la jurisprudencia, las leyes de desarrollo constitucional, y hasta ciertos principios y valores que se consideran superiores. Es de destacar que en los Estados de Constitución no escrita, como el Reino Unido, ambos conceptos se identifican. Por ello es que el tema de las fuentes del derecho constitucional debe ocupar un capítulo importante en el estudio del concepto de Constitución, ya que ellas no se agotan en el texto escrito de la carta magna, sino que incluyen —junto a ella— todo aquello que conforma la Constitución material.

<sup>30</sup> Sagüés, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, t. I, p. 197.

## X. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Paralelamente al concepto de Constitución, varios países utilizan el concepto de bloque de constitucionalidad, el cual designa realidades muy distintas según el país de que se trate, y generalmente no se identifica con el concepto de Constitución material.

a) *Francia* fue el país en el que se creó este concepto, a partir de la existencia de normas fuera de la Constitución formal, pero que comparten con ella su máxima jerarquía, y que sirven conjuntamente como parámetros de la constitucionalidad de las normas inferiores. En ese país, el bloque de constitucionalidad nace por la expresa remisión de la Constitución vigente a otros textos normativos; la mayoría de ellos ya ostentaba jerarquía constitucional antes de la sanción de la Constitución de 1958, como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>31</sup> y el preámbulo de la Constitución de 1946; mientras que otras tenían valor supralegal: los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y los objetivos de valor constitucional.<sup>32</sup> Por lo tanto, las primeras quedan ratificadas en su vigencia, y las segundas son jerarquizadas a través de su inclusión en el bloque.

Otra característica del bloque francés es que todas las normas que lo integran son de derecho interno, y que no se consideran incluidas en él —hasta ahora— normas internacionales, ni siquiera las de derechos humanos, que serían las más factibles de ingresar al bloque, por estar exentas de la contingencia que a las demás normas internacionales les impone el principio de reciprocidad contenido en el artículo 55 de la Constitución francesa. No obstante, no se puede descartar que en un futuro se incorporen al bloque francés algunas normas internacionales de derechos humanos.

Por último, señalaremos que todas las normas que ingresan al bloque reciben el mismo tratamiento y gozan de la misma jerarquía; es decir, que no existen gradaciones intrajerárquicas en su seno. Puede concluirse entonces que la idea de asimilar ciertas normas a la misma jerarquía de la Constitución nacional tuvo su origen en el derecho francés, y fue aplica-

<sup>31</sup> Vedel, Georges, “La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité”, *La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et la Jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 44.

<sup>32</sup> Favoreu, Louis, “Le principe de constitutionnalité: essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, *Mélanges Eisenman I*, Paris, Cujas, 1975, p. 33.

da para rescatar ciertas reliquias de su pasado constitucional y mantenerlas vigentes, como una manera de no renegar de su historia, sino de sumar y edificar el futuro a partir de él.

b) En *España*, la doctrina y la jurisprudencia tomaron la expresión “bloque de constitucionalidad” del derecho francés, porque les era útil como común denominador para referirse a las normas que están dentro y fuera de la Constitución, pero que sirven por igual para el reparto competencial entre el estado central y las comunidades autónomas. En palabras de Rubio Llorente: “La heterogeneidad de las normas que lo integran impide incluirlas en el concepto de constitución, que, como concepto jurídico formal sólo en parte las engloba, pero su común naturaleza materialmente constitucional hace imposible regatearles, al menos, el adjetivo...”.<sup>33</sup> En otra obra, el mismo autor agregó: “El bloque de la constitucionalidad, con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de la constitución del estado español”.<sup>34</sup> Es en este último sentido —formalista, si se quiere— que se asemeja al bloque francés (y también, como veremos más abajo, al panameño y al argentino), al menos en el sentido mínimo de tratarse de normas de distinto tipo (es decir, no sólo las de la Constitución formal) y de distinta fuente, pero que comparten con la Constitución el papel de parámetro de la constitucionalidad de otras normas. Las normas que principalmente componen el bloque español son los estatutos de autonomía, sancionados por las comunidades autónomas. Resulta muy interesante el hecho de que esas comunidades participen del dictado de la Constitución nacional, a posteriori de la sanción de ésta, por la vía de limitar los poderes centrales al delimitar sus propias competencias. De algún modo se produce una confusión o superposición del poder constituyente primario (nacional) con el poder constituyente secundario (local), el cual debe ejercerse según las pautas y condicionamientos de la Constitución nacional.<sup>35</sup>

En España no está definido con exactitud cuál es el contenido del bloque, ya que la lista de normas que lo integran no parece estar cerrada ni tener contornos claros, sino que las distintas normas ingresan —o sa-

<sup>33</sup> Rubio Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 27, septiembre-diciembre de 1989, pp. 9 y ss., esp. p. 25.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>35</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Sagüés, N., *op. cit.*, p. 110.

len— del bloque según la función o la finalidad que cumplen, pero no por rasgos o cualidades inherentes a la norma: también se consideran integrantes de él ciertas leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias. La tarea del Tribunal Constitucional español ha sido prolija en lo atinente a la delimitación de los contornos del bloque.<sup>36</sup>

Otro detalle interesante es el relativo a la jerarquía normativa, que es fundamental en otros bloques (como el francés o el argentino), pero que es extraño al bloque español, el cual se basa en el sistema de delimitación de competencias. En consecuencia de ello, en el caso español queda la duda acerca de si existen gradaciones intrajerárquicas dentro del bloque, y en consecuencia no existe certeza sobre si cabe o no el control de constitucionalidad de las normas de jerarquía inferior a la Constitución, pero que integran el bloque.<sup>37</sup> Este interrogante lleva a poner en duda si—luego de la creación del bloque por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional— aún se mantiene el principio de división de competencias para decidir la legalidad o constitucionalidad de las normas, o si ha sido reemplazado por el de jerarquía.

c) En el caso de *Panamá*, la doctrina del bloque fue presentada en 1990 por Arturo Hoyos. Lo hizo en dos artículos,<sup>38</sup> y luego fue acogida por el máximo tribunal —que él mismo integraba— en una sentencia del 30 de julio de 1990<sup>39</sup> y otras subsiguientes. El autor define al bloque como “el conjunto normativo de jerarquía constitucional que la Corte Suprema de Justicia ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y otros actos sujetos al control judicial de esta institución”.<sup>40</sup> En ese país estaría integrado por las siguientes normas:

<sup>36</sup> Puede verse la reseña de las decisiones de ese tribunal que fueron perfilando el bloque en nuestro libro *El bloque... cit.*, p. 303.

<sup>37</sup> Rubio Llorente, F., *op. cit.*, p. 30, nota 63. Por su parte, Ignacio de Otto (*op. cit.*, p. 95) sostiene que “no hay... relación jerárquica entre las leyes que integran el bloque de la constitucionalidad y las restantes y por ello (el artículo 28, LOTC) introduce el bloque de la constitucionalidad como criterio para apreciar la conformidad o disconformidad *con la Constitución*, lo que no tendría sentido si existiese superioridad jerárquica del bloque..., pues la infracción de la jerarquía no es infracción directa de la constitución” (destacado en original).

<sup>38</sup> *El Panamá América*, ediciones del 20 de marzo y 2 de mayo de ese año.

<sup>39</sup> *Gaceta Oficial* del 8 de febrero de 1991.

<sup>40</sup> Hoyos, Arturo, *La interpretación constitucional*, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1993, p. 98.

- i) La Constitución formal,
- ii) La jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional. En la sentencia ya referida, de julio de 1990,<sup>41</sup> la Corte sostuvo:

...la doctrina constitucional sentada por el pleno de la Corte Suprema de Justicia en sentencias constitucionales, al ser declarada como de carácter definitivo y obligatorio por el art. 203 de la Constitución Política, es un elemento integrante del bloque de constitucionalidad, siempre que sea compatible con el Estado de Derecho y sin perjuicio de la potestad de la Corte de variar la doctrina cuando exista justificación suficiente para ello.

- iii) La costumbre constitucional. Si bien se asume el carácter secundario de la costumbre como fuente de derecho —como ocurre en todos los sistemas de derecho escrito— se reconoce valor constitucional a las costumbres siempre que no sean *contra legem*.
- iv) El Reglamento de la Asamblea Legislativa. En la sentencia del 16 de octubre de 1991, la Corte sostuvo que ‘ciertas normas del Reglamento de la Asamblea Legislativa pueden integrar parte del bloque de constitucionalidad de Panamá. Tales normas son las que se refieren exclusivamente al ejercicio de la función legislativa de la Asamblea’, por lo cual, si una ley es aprobada “en violación del procedimiento previsto en ese reglamento, la consecuencia es que aquélla puede ser declarada inconstitucional por el vicio de forma que presenta”.
- v) El Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional (dictada luego de la intervención norteamericana de octubre de 1989).

d) En *Colombia*, la Constitución de 1991 expresa en su artículo 93 que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, *prevalecen en el orden interno*. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

En el seno de la convención constituyente que sancionó estas normas, según refiere Nieto Navia,<sup>42</sup> varios convencionales coincidieron en que

<sup>41</sup> El caso se refería a la constitucionalidad de una norma del Código Judicial.

<sup>42</sup> Nieto Navia, Rafael, “Los derechos a la igualdad y a la propiedad y la expropiación sin indemnización”, *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, cit., pp. 893 y ss., esp. 924.

el derecho internacional de los derechos humanos debía tener primacía sobre todo el derecho interno,<sup>43</sup> incluida la Constitución nacional; algunos de ellos, inclusive propusieron la primacía de todo el derecho internacional sobre el interno, con una fórmula muy interesante “debemos hacer... el examen previo de constitucionalidad de los tratados, pero que una vez adoptados, ellos son nuestra norma real y suprema y debe ser aceptada por todos”.<sup>44</sup> Queda en claro cuál es el sentido que el constituyente quiso darle a la norma en cuestión, y queda en claro también que ello fue una transacción de mínima, ya que hubo planteos superadores del que finalmente se volcó al texto de la ley fundamental.

Sin embargo, en contraposición a la doctrina colacionada, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en un primer momento<sup>45</sup> declaró la inconstitucionalidad de tratados que contemplan la obligación de indemnizar en caso de expropiación, por considerarlos contrarios a la norma constitucional, que establece la posibilidad, en ciertos casos, de expropiar bienes sin abonar suma alguna (artículo 58 *in fine*, de la Constitución). Pero luego dictó un fallo trascendental,<sup>46</sup> en el que debió evaluar la jerarquía normativa y la aplicabilidad en el ámbito interno del Protocolo II de 1977, de derecho internacional humanitario, referido a las víctimas de conflictos armados no internacionales. Bajo el título “La integración de las normas de derecho internacional humanitario en un bloque de constitucionalidad”, la Corte se expidió, en primer lugar, a favor de la integración del derecho internacional humanitario en el marco del derecho internacional de los derechos humanos,<sup>47</sup> “puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho hu-

<sup>43</sup> Constituyentes Diego Uribe Vargas y Alfredo Vázquez Carrizosa, citados por Nieto Navia, *op. cit.*

<sup>44</sup> Constituyente Augusto Ramírez Ocampo, citado por Nieto Navia, *op. cit.*

<sup>45</sup> Sentencias 106/95, 178/95.

<sup>46</sup> Sentencia 225, del 18 de mayo de 1995, titulada: “Revisión constitucional del Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) hecho en Ginebra el 8 de Junio de 1977, y de la ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo” (expte. L.A.T. 040). El fallo ha sido publicado íntegramente en Argentina en *El Derecho* 164:439, con nota al pie de Germán Bidart Campos (“El derecho internacional humanitario en Colombia”).

<sup>47</sup> En nuestro artículo “El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario: su interrelación” defendimos la postura de que el segundo es una especialización del primero, aplicable a los casos de conflicto armado (*La Ley*, Buenos Aires, 20 de agosto de 1998).

manitario son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana”.<sup>48</sup> A continuación analizó el juego de los artículos 4o. y 93 de la Constitución, ya que por el primero la Constitución es suprema, y por el segundo los tratados de derechos humanos prevalecen sobre el orden interno, siempre que reconozcan derechos humanos no suspendibles en estados de excepción. A tal efecto sostuvo que la referida prevalencia, que es también avalada por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, puede ser válida desde la perspectiva del derecho internacional, pero entiende que desde la óptica del derecho constitucional colombiano esta interpretación debe ser matizada, por lo cual descarta la supraconstitucionalidad pregonada por cierta parte de la doctrina, y se inclina por la adopción del concepto de bloque de constitucionalidad, en los siguientes términos: “La Corte considera que la noción de ‘bloque de constitucionalidad’ proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4o. y 93 de nuestra Carta”.<sup>49</sup> Luego analizó la práctica del Consejo Constitucional francés y el modo en que la doctrina de ese país interpreta el bloque, como parámetro del control de constitucionalidad, concluyendo que

...el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución, por diversas vías y por mandato de la propia constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado *stricto sensu*... de esa manera se armonizan plenamente el principio de supremacía de la constitución... con la praevalencia de los tratados... que reconocen los derechos humanos...<sup>50</sup>

Este párrafo es aplicable íntegramente al caso argentino, como analizaremos más abajo.

<sup>48</sup> Fundamento jurídico 11.

<sup>49</sup> Fundamento jurídico 12.

<sup>50</sup> *Idem*.

En conclusión, la Corte Constitucional de Colombia adoptó expresamente el concepto de bloque de constitucionalidad como expresión de la comunidad normativa que se forma por la carta magna y ciertos tratados de derechos humanos, en el caso, los de derecho internacional humanitario. Ello sirvió como fórmula de armonización de dos principios en tensión: la supremacía constitucional y la prevalencia de esos tratados sobre el derecho interno. Frente a esa tensión, al decir de Bidart Campos,<sup>51</sup> la Corte no se amilana frente a las concepciones clásicas, y hoy vetustas, de la supremacía constitucional, del poder constituyente y de la soberanía del Estado.

d) En *Argentina*, la reforma constitucional de 1994 incorporó el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, el cual, luego de enumerar once instrumentos internacionales de derechos humanos, establece que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”. Es decir, que el constituyente eligió ciertos instrumentos internacionales (nueve tratados y dos declaraciones)<sup>52</sup> y los colocó en pie de igualdad con la Constitución misma, conformando lo que se ha denominado *bloque de constitucionalidad*. Quien lo introdujo en la doctrina nacional fue Germán Bidart Campos en 1995, que fue luego seguido por diversos autores.<sup>53</sup>

Esos instrumentos internacionales de derechos humanos no se han convertido en derecho interno, sino que siguen siendo derecho internacional, pero directamente aplicable en el ámbito interno y con la máxima jerarquía. El bloque de constitucionalidad argentino, en su conjunto, y sin diferencias jerárquicas dentro de él, es el nuevo parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad, tal como ha reconocido la

<sup>51</sup> Bidart Campos, Germán, “El derecho internacional humanitario en Colombia”, *El Derecho*, 164:437.

<sup>52</sup> Ese número ha sido ampliado a trece, en virtud de la elevación a jerarquía constitucional de dos nuevos tratados, en 1997 y 2003.

<sup>53</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental... cit.*, pp. 271 y ss.; en *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 264; y en *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994, p. 123, y por Moncayo, Guillermo, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 89. También puede verse nuestro libro *El bloque...*, *cit.*, pp. 196 y ss.

Corte Suprema en cantidad de sentencias. En el fallo “Giroidi”, de 1995, ese tribunal sostuvo que la frase “en las condiciones de su vigencia” significaba que los tratados deben ser aplicados tal como rigen en el orden internacional; es decir, tal como son interpretados por los órganos internacionales encargados de su aplicación.<sup>54</sup> En 1996, en los fallos “Chocobar, Sixto c/ ANSSES”<sup>55</sup> y “Monges, Analía”<sup>56</sup> sentenció que la frase “no derogan artículo alguno de la primera parte” de la Constitución “indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”.

La diferencia con los demás bloques analizados está en el tipo de normas que se incorporan al bloque: en Francia, España y Panamá ingresan al bloque distintas normas de derecho interno, mientras que en Argentina, al igual que en Colombia, ingresan al bloque ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos. Y las similitudes son las siguientes:

- i) El objetivo de la conformación del bloque es *completar y perfeccionar* un sistema: en Francia, Colombia y Argentina, el sistema de derechos; en España, el sistema de repartición de competencias estatales, y en Panamá, el sistema constitucional en su totalidad.
- ii) Asimismo, salvo en el caso español (en el cual no se habla de jerarquías), en los otros tres todas las normas que integran el bloque ostentan la misma jerarquía normativa.
- iii) En el bloque de constitucionalidad argentino los instrumentos internacionales incorporados al bloque son parámetros de la constitucionalidad de las normas inferiores al igual que la Constitución formal; su elevación al rango constitucional respondió al objetivo de *completar y perfeccionar* el sistema de derechos de la persona humana, y todas las normas que lo componen gozan de *la misma jerarquía*.

<sup>54</sup> Fallos 318:514.

<sup>55</sup> Fallos 319:3241, voto de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor y López, considerando 12.

<sup>56</sup> Fallos 319:3148, voto de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, López y Bogiano, considerandos 20 y 21.

Las diferencias entre el concepto de Constitución material —analizado más arriba— y el de bloque de constitucionalidad, son notorias:

- i) El concepto de Constitución material excede lo jurídico, y se traslada a lo político (Lasalle), a lo sociológico (Bidart Campos) y a lo pragmático (Sagüés), mientras que el concepto de bloque es estrictamente jurídico.
- ii) El bloque de constitucionalidad se forma por mandato expreso o tácito (según el país de que se trate) de la Constitución. Es, por lo tanto, un concepto objetivo y de contornos perfectamente determinados. Mientras que la Constitución material es una idea vaga y con contornos difusos, ya que cada intérprete va a tener una idea distinta acerca de qué elementos lo integran, acerca de si una determinada costumbre ingresa a él o no, o si determinada jurisprudencia conforma o no una doctrina constitucional establecida. Es por lo tanto un concepto subjetivo.
- iii) La Constitución material es un corolario, una abstracción doctrinaria que se extrae de la letra y de la vida constitucional de un país (por eso decimos que es subjetiva); tiene por lo tanto su origen en un acto intelectual exterior a la carta magna. Por su parte, el bloque está contenido en la propia Constitución, más las normas que en cada país ingresan en él, por lo cual no es una abstracción, sino que tiene su origen en la Constitución.

## XI. CONCLUSIONES

El concepto de Constitución que se esboza desde el derecho internacional público es un concepto mínimo que poco o nada aporta para elaborar una definición de Constitución.

Cuando se aborda la tarea desde dentro de las fronteras del Estado, encontramos que ni la filosofía ni la sociología ni la historia ni ninguna otra ciencia alcanzan por sí solas para abarcar el cúmulo de realidades, aspiraciones, declaraciones, mandatos, prohibiciones, permisiones, estructuras y funciones que una Constitución contiene, regula y representa.

Cada una de esas ciencias sólo aporta un grano de arena en la elaboración de un concepto acabado de Constitución, pero —afortunadamente para los constitucionalistas— la Constitución es mucho más que lo que

cada una de ellas puede aportar aisladamente para su definición. De ahí, quizá, la magia que las Constituciones encierran y que tanto nos atrae a quienes nos dedicamos a su estudio. Es necesario, pues, combinar las enseñanzas que aporta cada uno de esos enfoques para arribar a un concepto “completo” de Constitución. Pero aún así, por completo que sea el concepto que elaboremos, lo será sólo para el intérprete que lo formula, dado que siempre habrá algún otro intérprete que pueda agregar elementos que lo enriquezcan. De alguna manera, el concepto pareciera ser, o inasible o tan evolutivo, que cualquier definición que se elabore quedará desactualizada en breve plazo.

Paralelamente a ello, es dable constatar que, con el tiempo, han surgido:

- i) Conceptos paralelos al de Constitución: como el de Constitución viviente, de la doctrina norteamericana (“the living Constitution”), destinado a explicar y justificar las interpretaciones aggiornadas de su texto;
- ii) Disecciones del concepto de Constitución: dividiéndolo en Constitución formal y material;
- iii) Sistemas jurídicos que, proviniendo de otra fuente, regulan realidades que se superponen parcialmente con las reguladas por el derecho constitucional, como ocurre con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comunitario, y
- iv) Conceptos superadores del de Constitución, como el de bloque de constitucionalidad.

Esas realidades novedosas no hacen sino reavivar el debate acerca de su definición, a la vez que demuestran lo inasible de un concepto que encierra, en definitiva, la vida misma de un país y de sus habitantes.