

Los límites del poder constituyente . . . . .	241
I. Las dos etapas . . . . .	241
II. Los límites sustanciales o contenidos fijos . . . . .	248
III. La reforma total de la Constitución . . . . .	259
IV. Addenda: un repertorio de disposiciones constitucionales referentes a la rigidez y a la petrificación . . . . .	275
V. La posible inconstitucionalidad de la reforma constitu- cional . . . . .	279
VI. La norma de habilitación . . . . .	288
VII. Un juego de lógica: Alf Ross y la autorreferencia . . . . .	296
VIII. Responsabilidad del Estado por actos del poder constitu- yente . . . . .	304
IX. Una limitación encubierta: el control cualitativo de los par- tidos políticos . . . . .	311

## LOS LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE\*

*A la memoria  
de Carlos Sánchez Viamonte*

### I. LAS DOS ETAPAS

Esta *vexata quaestio* de los límites que obran sobre la actividad del poder constituyente, o si se quiere, de las limitaciones que éste encuentra en su ejercicio, exige una vez más aclarar el problema de las supuestas “etapas” o posibles clases de poder constituyente. La necesidad de la aclaración nace del hecho de que hemos separado netamente el mundo al cual pertenece el llamado poder constituyente “originario” o en etapa de “primigeneidad”, del mundo en que se desenvuelve el denominado poder constituyente “derivado” o en etapa de “continuidad”. Del primero hemos dicho que pertenece su estudio a la ciencia política, a la filosofía y a la sociología; creemos que se trata de una noción o idea metajurídica o extrajurídica, pues está más allá de toda y cualquier competencia; y, por eso mismo, no es un sujeto creado por el derecho, aunque sea un objeto de consideración circunstancial por el derecho. En la acepción del poder constituyente denominado “originario”, la palabra “poder” no está referida a las competencias o jurisdicciones del derecho, sino a la potestad en cuanto fuerza: energía política y fuerza social, o como quiera llamarse. Por todo ello, nos proponemos hablar sin eufemismos, y en lugar de la equívoca expresión de “poder constituyente originario”, utilizar los términos que directamente y sin rodeos se refieren a las dos funciones que puede cumplir esa potestad o, mejor dicho, a las dos situaciones en que se puede manifestar su presencia: el poder fundacional (en la creación de un Estado) y el poder de revolución (en el cambio de sus formas).

\* Tomado de Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, t. I: *Teoría constituyente*, Argentina, Depalma, 1975.

Del segundo conferimos que su estudio corresponde a la ciencia jurídica y que con él estamos en presencia de un concepto jurídico. Ese poder constituyente de reforma o reformador, es una “competencia” más, aunque extraordinaria o excepcional, en el sentido de que puede (es la indicada por el propio ordenamiento jurídico) modificar o redistribuir a las demás competencias (ordinarias) del Estado. No hay solución de continuidad en su actuar y con su actuar. Aquí sí podría utilizarse la tan criticada expresión “la competencia de las competencias” (a la cual no nos adherimos), no en el sentido absoluto que la vieja doctrina le dio lejanamente a esta frase, sino en sentido figurado y como índice de su incuestionable supremacía. Tampoco como origen final o causa última, sino como razón de validez.<sup>148</sup> Este poder “de reforma” o “reformador” abarcaría tanto la hipótesis de la reforma total como la de la enmienda parcial de la Constitución escrita, sin perjuicio del carácter polémico que envuelve a la “totalidad” de la reforma y al cual nos referiremos en este mismo capítulo.

La consecuencia de este replanteo es un notorio “vaciamiento” del grandilocuente y ensobercido concepto de poder constituyente, desde el ángulo visual del mundo jurídico. Hemos desglosado la *fuerza* de la *competencia*: esta separación sustancial es la que interesa para el estudio científico del problema, pues lo demás es cuestión de nombres, de palabras, que poco aportan al caso. Queda así abierto el camino para penetrar en el problema de los límites.

Si repasáramos los conceptos de poder constituyente ideados por la mayoría de la doctrina, tomando como “verdadero” poder al constitu-

148 Al respecto, aparece como muy oportuna una mención que hace Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución*, cuando advierte: “En algunas manifestaciones de Sieyès aparece el *pouvoir constituant* en su relación con todos los *pouvoirs constitués* en una analogía metafísica respecto de la *natura naturans* y su relación con la *natura naturata* según la doctrina de Spinoza: una última base no creada de todas las formas, pero no susceptible ella misma de ser encerrada en una forma; produciendo eternamente formas nuevas; formando, aforme, todas las formas. Pero hay que separar la doctrina positiva del poder constituyente, que corresponde a toda teoría constitucional, de aquella metafísica panteísta; en modo alguna son idénticas. La metafísica de las *potestas constituens* como análogo de la *natura naturans*, pertenece a la doctrina de la teología política”, *op. cit.*, p. 91.

También se ocupan de esto: Ayala, Francisco, en *La teoría del poder constituyente*, “La Ley”, t. 29, p. 874; y Carrió, Genaro R., *Los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, pp. 44-46. Dice Carrió que el rostro del poder constituyente originario elaborado por la doctrina tradicional “recuerda vívidamente al que podríamos elaborar sobre la base de los atributos que en la filosofía de Spinoza se asignan a Dios” (p. 44). Añade este autor que se le ha hecho notar “que en uno de sus primeros trabajos Kelsen utilizó el concepto spinoziano de *Dios* (o Naturaleza) para compararlo con la noción de soberanía” (p. 86).

yente “originario” o en etapa “de primigeneidad”, tendríamos que aseverar sin resquicios su carácter *ilimitado* y absoluto, a la vez que supremo y extraordinario, tal como se desprende de las características enunciadas al pretender definirlo, valiéndose o no de la apelación de identidad con la soberanía. Ése es el punto en que tanta coincidencia doctrinal llega a hermanar a Sieyès con Schmitt, ya que para aquél todo se resuelve en última instancia en la idea “*basta que la nación quiera*”, mientras que para el segundo todo se resume en la fuente de poder invocada por Hobbes: *voluntas facit legem*.

En ambos casos: poder ilimitado. Pareciera que nadie se hubiera liberado del presupuesto contractualista, ya sea reconociéndolo expresamente (en el caso Sieyès, de Rousseau), ya sea eludiéndolo aunque bebiendo en él indirecta o reflejamente (en el caso Schmitt, de Hobbes); uno de ellos optimistamente (Sieyès), el otro pesimistamente (Schmitt).

Podría sintetizarse la posición clásica de la doctrina constitucional, en materia de límites del poder constituyente, afirmando que en el caso del “originario” hay total *ilimitación*, tanto formal como sustancial (es decir, de procedimientos y de contenidos); y que en el caso del “derivado” hay —en principio— *limitaciones*, que en lo formal (procedimiento) existen siempre, aunque en lo sustancial (contenido) solamente algunas veces (las llamadas “cláusulas pétreas”). Esto sería válido para las Constituciones rígidas, en razón de que en el caso de las Constituciones flexibles el poder constituyente “derivado” no tendría limitaciones.<sup>149</sup> Para ser más completos en la fidelidad reproductiva de la tesis tradicional, deberíamos agregar con relación al poder constituyente “originario”, que puede estructurar al Estado como quiera, sin restricciones, libre de todo respeto a organizaciones pretéritas, con una amplia y *discrecional* potestad para elegir el régimen político a implantar.<sup>150</sup>

149 Para un panorama de la opinión de los autores sobre los “límites”, puede consultarse: Linares Quintana, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, t. II, pp. 447-454.

También Poviña, Jorge A., “El poder constituyente, los jueces y la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán*, 1956, núm. 13, pp. 200 y 201; y Rayces, Federico, “Alrededor de la noción de poder constituyente”, *Jurisprudencia Argentina*, del 16 de agosto de 1966, donde estima que cualquier ejercicio del poder constituyente —sea por vías legales previstas o sea por medios revolucionarios— no puede ir más allá de los límites definidos en el capítulo de “declaraciones, derechos y garantías” con que se abre la Constitución nacional.

150 Por ejemplo, lo que expresa Linares Quintana : “A nuestro juicio, el poder constituyente originario es jurídicamente ilimitado, en cuanto el pueblo, al constituirse originariamente en Estado y darse las bases de su ordenamiento jurídico, no se encuentra condicionado por limitación alguna

Del mismo tenor de estas manifestaciones pueden formularse muchas más, orientadas todas ellas a remarcar la ilimitación del poder constituyente “originario”, en cuanto expresión de una potestad suprema que se confunde con la soberanía. Pero del mismo examen de estas expresiones se desprende que la apuntada “ilimitación” es puramente positiva, es decir, que consiste en el no-reconocimiento de límites provenientes del derecho positivo, puesto que también hemos ubicado a ese “poder constituyente originario” fuera del ámbito jurídico, y sería contradictorio pretender que al mismo tiempo estuviera comprendido en las limitaciones que nacen del derecho. Situado así el problema, y habiendo descartado la existencia de limitaciones jurídicas, nada impide reconocer la presencia de otro tipo de límites que actúan sobre el poder constituyente “originario” y que, obviamente, deben ser considerados como *límites extrajurídicos*: a) los *ideológicos*, consistentes en creencias (para los orteguianos) o en valores (para los jusnaturalistas), que operan en el ámbito de la supraestructura (para los marxistas); y b) los *estructurales*, que conforman el ámbito social subyacente (la infraestructura), como el sistema productivo, las clases, etcétera. Aquí es importante advertir, desde ahora, que esta clase de limitaciones afectan no sólo al llamado poder constituyente “originario”, sino también al denominado poder constituyente “derivado”: cualquier clase de constituyente (de órgano Constituyente) tendrá que vérselas con esos factores que lo limitan o condicionan en sus decisiones. No son condicionamientos jurídicos ni asumen formas de tales; pero su presencia y gravitación es incuestionable en cualquier regulación constitucional que se considere: siempre el poder constituyente tendrá en cuenta la ideología dominante (la propia) y nunca podrá escapar a la realidad social y estructural que lo circunda; porque en caso contrario, conocería de antemano el riesgo señalado por Heller: que el “plan” u “oferta” del legislador constituyente no sea aceptado por la comunidad, que no se convierta en derecho vigente, que la normalidad de abajo rechace a la normatividad impuesta desde arriba. Y ese riesgo lo debe contemplar tanto el poder constituyente “originario” como el poder constitu-

de carácter positivo, por lo que posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que considere más adecuado y para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno, así como las relaciones entre éste y los habitantes”. El mismo autor se refiere más adelante a los condicionamientos extrajurídicos que operan sobre el poder constituyente, y se manifiesta en favor del reconocimiento y acatamiento por éste de ciertos valores absolutos. *Derecho constitucional...* cit., pp. 448 y 449.

yente “reformador”; ambos están comprendidos por las ideologías y por las estructuras sociales.<sup>151</sup>

Si trasladamos la cuestión al terreno del llamado poder constituyente “derivado” o “reformador”, veremos enseguida que como consecuencia de su ubicación conceptual en el plano de la normatividad, las limitaciones que en él reconocemos son de naturaleza jurídica, sin perjuicio de la simultánea presión de los condicionamientos extrajurídicos mencionados en el párrafo anterior. En efecto, el derecho positivo contiene numerosos ejemplos que delatan la existencia de varias clases de límites al poder constituyente de reforma, todos ellos previstos por el propio ordenamiento jurídico.

Según el plano de su jerarquía normativa, podemos distinguirlos en: a) *límites autónomos*, así llamados porque provienen de la propia Constitución positiva, o sea, que son “internos” al ordenamiento que se reforma; y b) *límites heterónomos*, así denominados por cuanto derivan de normas jurídicas ajenas a la Constitución en sí misma, o sea, que son “externos” al derecho local aunque éste los admite, recibe e incorpora.<sup>152</sup> Los límites “autónomos” —a su vez— pueden ser clasificados en: a’) *límites procesales*, y a’’) *límites sustanciales*; como su nombre lo indica, los primeros se refieren al trámite o recaudos adjetivos que debe cumplir la reforma en cuanto a su procedimiento, y los segundos aluden a las limitaciones de contenido o sustantivas, más frecuentemente conocidas

151 En la doctrina argentina, Juan Francisco Linares ha clasificado a las teorías sobre el poder constituyente en político-ideológicas, sociológicas y *ontológica*. Esta última “se funda en el dato ineludible del asentimiento comunitario consistente en la participación popular como consenso, estructurada por un mínimo normativo que es la ‘norma de efectividad’ ya mencionada y con un mínimo de sentido axiológico, que consiste en el respeto de ciertas valoraciones que considera esenciales la comunidad de que se trate y que debe observar la nueva Constitución para recibir acatamiento y consentimiento por esa comunidad”. Más adelante agrega: “Lo que hagan los autócratas, los pretendidos protectores del pueblo, los gobiernos militares triunfantes, las convenciones constituyentes anormales, nada vale si el pueblo, por lo menos, no acata lo que ellos pretenden como poder”. Cfr. “El pueblo como constituyente originario”, anticipo de *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XII, segunda época, núm. 9, p. 97. Cabe señalar la afinidad de estos conceptos con el pensamiento de H. Heller.

152 Para la elaboración de esta clasificación de los “límites” nos hemos basado en la distinción formulada por Walter Jellinek en su trabajo titulado *Grenzen der verfassungsgesetzgebung* (Berlín, 1931), citado por Pérez Serrano y Linares Quintana, que no está traducido al español. Allí, el autor alemán distingue tres clases de limitaciones: a) *heterónomas* (jurídicas y de procedencia exterior); b) *autónomas* (jurídicas y de origen interno); y c) *absolutas* (que exceden el área de lo jurídico). Véase la cita en Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Alfa, t. II, pp. 136 y 137. Hemos ampliado considerablemente esta clasificación, cuyo método nos parece muy correcto.

con el nombre de “cláusulas pétreas”, ya que son contenidos de reforma prohibida. Entre los límites autónomos “procesales” (*a*) cabría hacer una distinción entre: *a*'1) *límites formales*, que es el trámite a seguir por el órgano (mayorías, quórum, etcétera); y *a*'2) *límites temporales*, que son los plazos de prohibición, cuyo cumplimiento es indispensable antes de poder realizar la reforma (v. gr., la Constitución argentina de 1853, que establecía un término de 10 años, que no se cumplió).

En cuanto a los límites “heterónomos” (*b*), podemos distinguir tres hipótesis: *b*'1) los pactos federales, que conducen a una limitación del órgano Constituyente en cuanto a la forma de Estado a establecer (v. gr., Argentina, 1853); *b*'2) en cuanto a los alcances del poder constituyente de las provincias (v. gr., artículos 5, 31, 104, 105 y 106 de supremacía federal, en la Constitución argentina); y *b*'3) los tratados internacionales, que pueden darse en dos situaciones: *b*'3'1) de paz: como en los procesos de integración regional, en los cuales surge un cierto poder supranacional (v. gr., en Europa Occidental); y *b*'3'2) de guerra: como las condiciones que los países vencedores imponen a los vencidos, a los fines de su reordenación constitucional (v. gr., Alemania, Italia y Japón después de la Segunda Guerra Mundial). Los primeros tratados (en tiempos de paz) suponen la igualdad y el pleno arbitrio libre de los firmantes, mientras que los segundos (como consecuencia de la guerra) implican la desigualdad entre vencedores y vencidos y el sometimiento de estos últimos a las condiciones fijadas por aquéllos.<sup>153</sup>

La clasificación que antecede es meramente descriptiva de situaciones, y no encierra juicio valorativo alguno sobre las posibles ventajas y eficacia de ciertas limitaciones a los efectos de asegurar mejor determinados fines. La distinción entre límites “jurídicos” y límites “extrajurídicos”

153 En cierta medida podría quedar aquí incluido el peculiar caso de Canadá como “dominio” británico. Al respecto, comenta García Pelayo que “su primera Constitución, la *British North America Act 1867*, era una ley del parlamento británico y como tal sólo podía ser modificado por aquél, y no por el dominio. Otra ley británica, la *British North America Act núm. 2, 1949*, modificó sensiblemente la situación otorgando al Parlamento canadiense la posibilidad de reformar la propia Constitución. Sin embargo, la situación es compleja y confusa pues todavía se discute si existen o no materias constitucionales para cuya modificación se requeriría la intervención del parlamento de la Gran Bretaña. Una complicación adicional se deriva de que la propia Constitución autoriza en determinadas circunstancias a las asambleas legislativas de las provincias a modificar algunas de sus disposiciones”. Cfr., *Parlamentos bicamerales*, Caracas, 1971, p. 86.

El mismo comentario puede verse en Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, España, Ariel, 1964; quien añade que en cuanto a las reformas constitucionales de competencia del dominio “no existe ningún procedimiento especial diferente del procedimiento de legislación ordinaria” (op. cit., p. 178), o sea, que en esos aspectos trataría de una Constitución flexible.

no supone establecer por adelantado que los primeros tienen mayor operatividad que los segundos, ni tampoco a la inversa; por lo que será una cuestión política la que excogitará en función de los fines perseguidos los recursos técnico-legales para un mejor control de la futura actividad del poder constituyente reformador, que es el único sobre el cual puede recaer una regulación normativa. Sobre el poder constituyente “originario” —en cambio— sus limitaciones no reposan en normas, ni en órganos, ni en procedimientos, sino básicamente en el hombre y en la comunidad.<sup>154</sup>

Hemos dicho que el problema de los límites del poder constituyente permite su descripción y análisis por la ciencia jurídica, aspecto distinto de la valoración de los objetivos a que sirven esos mismos límites. Quizá sea esto, muy concretamente, lo que Hans Kelsen quiso significar cuando valiéndose de términos mucho más generalizados, marcó a toda la doctrina del poder constituyente como una doctrina que “no puede tener otro sentido que el de poner dificultades a la modificación de las normas que fundamentan ciertos casos del derecho positivo”,<sup>155</sup> o sea, que en última instancia, no sólo el problema de los límites del poder constituyente sino también la doctrina en sí del poder constituyente estarían en función de estimaciones apriorísticas pertenecientes al derecho natural, o sea, en compromiso con ciertos valores que se traducen en una cierta concepción sobre cómo debe ser organizado el Estado.<sup>156</sup> No es por ca-

154 Compartimos la convicción de Cueto Rúa en el sentido de que la más sólida y firme garantía de que una regulación constitucional que sea repugnante a nuestros valores no se imponga, está en el hombre mismo, y no fuera de él; ya que normalmente el poder constituyente se sentirá apresado como por mallas invisibles de las que no podrá escapar, porque el poder constituyente no vive en un trasmundo, sino que participa necesariamente de las valoraciones ambientales: su existir es un coexistir con los demás en el tiempo (cfr. autor citado, en sus trabajos: *El poder constituyente*, “La Ley”, t. 55, pp. 891-907; y *¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?*, “La Ley”, t. 36, pp. 1106 y ss.). En otra obra del mismo autor, se dice:

“Si ahora se nos preguntara quién nos defiende de la comunidad, quién nos pone a resguardo de normaciones injustas, inhumanas o irracionales, sólo nos quedaría una respuesta: nada nos defiende, sino la valentía y la altivez del hombre y la posibilidad que se le abre a su acción para procurar el mejoramiento comunitario mediante la enseñanza, la distribución equitativa de los bienes y la práctica de la justicia. La salvación está en nosotros y sólo en nosotros. Es una estéril esperanza la que se pone en la intervención milagrosa de un ordenamiento metafísico (jusnaturalismo), y un ciego fatalismo el que nada aguarda de la energía creadora del espíritu”. Cfr. “Límites de la normación positiva de la conducta”, *Del actual pensamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Arayú, 1955, p. 194.

155 Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, 1959, p. 331.

156 *Idem*. Dice el maestro vienés que “la función constituyente positiva no puede derivar, como “poder” cualitativamente específico, de la esencia del derecho o de la Constitución; no puede ser una

sualidad que un autor de la filiación de Hauriou asocie estrechamente este tema con los fines de la “rigidez” constitucional, señalando:

- a) Que es inherente a la concepción de la “superlegalidad constitucional” (cuyo significado jusnaturalista hemos visto al tratar el pensamiento de este autor).
- b) Que todo esto se liga al profundo sentimiento de la continuidad del Estado.
- c) Que la revisión regular de la Constitución no es más que un medio de evitar el rompimiento (aquí aparece el temor a la discontinuidad, que a nuestro entender no es el temor a la ruptura en sí, sino a una ruptura fuera de control).<sup>157</sup>

Antes de pasar al estudio en particular de los límites sustanciales, resumiremos en un cuadro (en la siguiente página) con la precedente clasificación de limitaciones al poder constituyente

## II. LOS LÍMITES SUSTANCIALES O CONTENIDOS FIJOS

Sabido es que la clásica clasificación de las Constituciones en rígidas y flexibles sólo se refiere a la mayor o menor dificultad para alcanzar la reforma de una Constitución, pero que no comprende en esas hipótesis el caso de la irreformabilidad total o parcial de la Constitución. La rigidez está dada, simplemente, por la previsión en la propia Constitución de un procedimiento para su reforma que sea distinto y más difícil que el establecido por ella para la sanción y modificación de las leyes ordinarias; circunstancia que pone el acento en la faz procesal y en la diferencia formal entre la legislación constitucional (del poder constituyente) y la

verdad teórica, como no lo era tampoco la validez “superior” de la Constitución positiva” (*ibidem*, p. 331). Termina diciendo Kelsen que la afirmación según la cual sólo al pueblo compete la reforma constitucional porque él constituye la fuente última de todo derecho, es una afirmación *de puro derecho natural*.

<sup>157</sup> Cfr. Hauriou, Maurice, *Derecho público y constitucional*, Madrid, Reus, p. 322. Este autor tiene presente la distinción entre el poder constituyente originario y el reformador, ya que comienza recordando que “la primera Constitución de un Estado se elabora forzosamente fuera de las previsiones constitucionales, aunque pueda elaborarse según el derecho anterior”. La salvedad final de este párrafo alude a la posibilidad de que un cambio constitucional sea regularmente realizado desde el punto de vista procesal, aunque promoviendo la transformación total de las estructuras estatales, o sea, sin límites de la “superlegalidad constitucional”. Es un razonamiento que parte de las premisas jusnaturalistas, pero con gran apertura.

legislación ordinaria (del Poder Legislativo constituido); diferencia que no cabe formular cuando la Constitución es de tipo flexible.<sup>158</sup> Sobre esa base, es compartible la definición que da Biscaretti, cuando indica que la reforma constitucional consiste en “la actividad normativa desplegada para modificar parcial o radicalmente una Constitución rígida, valiéndose del particular procedimiento predeterminado por ella (mientras que en las Constituciones flexibles tal actividad no puede diferenciarse formalmente de la legislativa ordinaria)”.<sup>159</sup>

Personalmente, nosotros no creemos que las Constituciones flexibles existan en realidad como una categoría tal cual surge de la clasificación de Bryce: aun en Inglaterra, país elegido como modelo de aquellos pocos que tienen Constitución flexible, existen diferencias formales y procesales que permiten distinguir *políticamente* la sanción de una ley ordinaria de la sanción de otra ley que afecta el orden constitucional o al régimen político del país. El acto en el parlamento (el rey en Parlamento) será el mismo que para cualquier ley, pero hay algo dis-

158 Como vemos, la nota distintiva entre Constituciones rígidas y flexibles se encuentra en el aspecto *formal* de los procedimientos de reforma con relación a los procedimientos de sanción legislativa ordinaria (si hay identidad de procedimientos, la Constitución es flexible; si hay diferencia de procedimientos —porque el de reforma sea más estricto—, hay rigidez en la Constitución). Accesoriamente, puede darse también la rigidez *orgánica*, que tiene lugar cuando el poder de reforma de la Constitución compete a un órgano distinto del que ostenta el Poder Legislativo ordinario. Por ello, la rigidez es una cualidad que admite gradación en más o en menos, según sean los obstáculos procesales y orgánicos que la Constitución contemple para proceder a su revisión. Luego veremos la variedad que ofrece el derecho comparado, en materia de procedimientos y órganos, al tratar el tema del *ejercicio* del poder constituyente.

La rigidez puede hallarse también en algunas Constituciones “dispersas”, como en el caso de España (es decir, Constituciones que no pertenecen al más frecuente tipo de las “codificadas”). En varias partes de esta obra nosotros sostenemos la tesis de que, en realidad, las Constituciones flexibles no existen, pues siempre es dable hallar alguna nota indicativa de cierta rigidez. De todos modos, la presencia de una Constitución rígida —y que realmente lo sea— es un presupuesto necesario para el funcionamiento del sistema jurisdiccional de *control* de constitucionalidad de las leyes.

Para estudiar en profundidad esta clasificación clásica de las Constituciones, véase Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, colección Civitas, 1963.

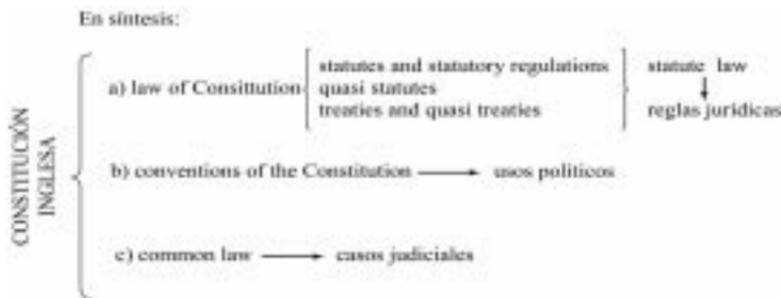
Para analizar las ventajas e inconvenientes de la rigidez y la flexibilidad, véase Linares Quintana, *Tratado...*, t. II, pp. 109-115. La principal ventaja de la *flexibilidad* radica en hacer viable una suave adaptación de la Constitución a las nuevas condiciones que sobrevengan en la comunidad. Las principales ventajas de la *rigidez* son: a) que favorece la permanencia de las Constituciones (en principio), b) que garantiza una mejor protección de los derechos humanos al exigir que las leyes reglamentarias de éstos se adecuen a la supremacía constitucional de la cual esos mismos derechos forman parte, c) que afianza la forma de gobierno y la pone por encima de la lucha agonal de los partidos, y d) que protege a las minorías de la dominación inconsiderada de las mayorías.

159 Cfr. Biscaretti, Paolo, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1965, p. 274.

tinto, consistente en la aplicación de una “convención constitucional” o “uso político”,<sup>160</sup> en virtud de la cual antes de sancionarse una ley de ese contenido (institucional) corresponde recabar un pronunciamiento del pueblo mediante una nueva elección del parlamento, previa disolución de éste.<sup>161</sup> Esto es lo que permitiría afirmar que más allá de la tradicional creencia de que en Inglaterra el poder soberano es el del Parlamento (el rey en Parlamento), a los efectos de la producción de “reformas” constitucionales (no en sentido formal, sino por el contenido de tales leyes) el poder actuante es —directamente— el del *cuerpo electoral*; y al ser convo-

160 Las “convenciones constitucionales” (*conventions of the constitution*) no son reglas jurídicas sino usos políticos, que se refieren al uso de la “prerrogativa” real. A diferencia de las reglas jurídicas, en el caso de las “convenciones” los jueces no pueden sancionar su violación (*the King do not wrong*). Tal como subraya Linares Quintana, las “convenciones” sirvieron al propósito de poner fin a la larga lucha entre la corona y el pueblo, asegurando que la autoridad discrecional de aquella sea ejercida de acuerdo con la voluntad de la Cámara de los Comunes, en cuanto poder predominante en el Estado y órgano representativo, en definitiva, de la voluntad popular (*Derecho constitucional e instituciones políticas*, t. III, p. 35). O sea que las “convenciones” han determinado la manera en que deben ser ejercidos los poderes discrecionales de la corona (p. 36).

Las otras partes de la “Constitución” inglesa son: el *statute law* o *law of constitution*, que son las reglas escritas de carácter jurídico, que los jueces pueden sancionar su violación (v. gr., los “estatutos”, los “cuasiestatutos” y los “tratados”); y el *common law*, que consiste en la jurisprudencia, proveniente de las decisiones o casos judiciales, es decir, los precedentes de los tribunales.



161 Cfr. Matienzo, José Nicolás, *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1926, p. 236. Señala Carl J. Friedrich que en Gran Bretaña el gobierno que está en el poder se considera obligado a apelar al cuerpo electoral en los problemas de máxima importancia: “Cambios fundamentales como los que implicaría, pongamos por caso, la derogación de un principio establecido y expuesto en la Ley de Establecimiento, como el de que los jueces conservan sus puestos mientras observen buena conducta, no podrían ser efectuados por un gobierno, a menos que hubiese ganado unas elecciones en las que ése hubiese sido el problema central. Cuando en 1911 los liberales quisieron recortar los poderes de la Cámara de los Lores, tuvieron que llevar el problema ante los electores. Por consiguiente, digan lo que digan los juristas acerca de la cuestión, desde un punto de vista político hay que afirmar que en la Gran Bretaña se reconoce que el poder de reforma corresponde al cuerpo electoral. Sólo un referéndum puede sancionar el cambio constitucional”. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 141.

cado el cuerpo electoral con ese fin, aunque sea por la vía de la elección de una nueva Cámara de los Comunes, aparece la *diferencia* formal de procedimiento que permite distinguir también en Inglaterra las leyes ordinarias de las leyes constitucionales.<sup>162</sup>

Por lo tanto, en puridad de concepto, no hay Constituciones flexibles: siempre encontraremos una diferencia entre el procedimiento de reforma y el procedimiento de sanción de las leyes ordinarias. Para algunos, esa diferencia tendrá solamente relevancia política; pero así y todo, se esfuma la distinción de Bryce para la teoría constitucional.

Una vez definida la línea divisoria entre la rigidez y la flexibilidad, estamos en condiciones de avanzar hacia el terreno de la pretendida *irreformabilidad total o parcial* de la Constitución; problema que ha hecho derramar más tinta que sangre —como algunos otros de la ciencia constitucional—. Dejando de lado el supuesto extremo y anacrónico de una Constitución que no contemple la posibilidad de su reforma o que la prohíba completamente, podemos centrar nuestro comentario en la existencia en muchas Constituciones (que felizmente no son la mayoría, como luego veremos) de partes, artículos, cláusulas o principios contenidos en ellas, que por propia determinación constitucional resultan jurídicamente declarados de imposible reforma, es decir, irreformables. Es lo que los autores llaman *cláusulas pétreas, intocables, irreformables, o eternas*.<sup>163</sup> Se

162 La práctica británica es, desde hace muchísimo tiempo, la mencionada en el texto. La mayoría de los autores y comentaristas del sistema inglés estiman que las reformas que signifiquen alteración de las “convenciones constitucionales” existentes deben contar con esa forma de aprobación plebiscitaria que hemos explicado. Como expresión algo distinta de la opinión mayoritaria, podemos citar a Karl Loewenstein, para quien “una modificación de una convención constitucional realizada por el gobierno con su mayoría no es inválida por el hecho de no haber sido cubierta por un mandato electoral” (*Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964, p. 167). Este autor apunta —en realidad— no a la validez sino a la eficacia que tendría una reforma consagrada por la sola mayoría parlamentaria; aunque de todos modos el electorado —en un caso así— se pronunciaría con motivo y en oportunidad de la primera renovación de la Cámara de los Comunes que tenga lugar después de la aprobación de la susodicha reforma.

163 Nosotros vamos a tratar conjuntamente el problema de estas cláusulas, tanto en el caso de que son “expresas” como en el caso de su supuesta existencia como “implícitas” (salvo en aquellos casos en que hagamos la diferencia). Son dos situaciones diversas, que si bien plantean problemas análogos (no idénticos), merecen su aclaración; tal como lo hace Loewenstein (*op. cit.*), cuando distingue: “por una parte, medidas para proteger concretas instituciones constitucionales —intangibilidad articulada—, y, por otra parte, aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la Constitución que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como “implícitos”, “inmanentes” o “inherentes” a la Constitución. En el primer caso determinadas normas constitucionales se sustraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional, y en el segundo caso la prohibición de reforma se produce a partir del ‘espíritu’ o ‘telos’ de la Constitución, sin una

trata, pues, de límites fijados al contenido o sustancia de una reforma constitucional, o sea, que operan como verdaderas limitaciones al ejercicio del poder constituyente reformador o “derivado”. En tal carácter, estos *límites sustantivos o de contenido* (según la clasificación que hemos formulado) pueden asumir la condición de límites *expresos* o *tácitos*, ya se trate de cláusulas que la propia Constitución determina en concreto que no son modificables, o que la doctrina y los intérpretes (incluso órganos del Estado) entiendan que conforme con el sistema constitucional hay que inferir una prohibición implícita de alterar el texto y la sustancia de tales cláusulas o partes de la Constitución.

En un estricto razonamiento de derecho positivo, no cabe duda que tales prohibiciones se proponen enervar la función reformadora, impidiendo que ésta pueda recaer sobre ciertos aspectos de la Constitución que el poder constituyente originario ha considerado demasiado importantes, para sustraerlos definitivamente de la competencia de los órganos de revisión establecidos por ese mismo poder constituyente originario. Y con prescindencia del juicio de oportunidad que motiven estas prohibiciones, la respuesta lógico-formal al cuestionamiento que cause una reforma sancionada a pesar de la prohibición (*v. gr.*, la modificación de una cláusula “pétreo”) no puede ser otra que sostener la *nulidad* de una creación normativa que —visiblemente— ha sido irregular por haber ido más allá de un límite impeditivo fijado por la propia Constitución.<sup>164</sup>

proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional” (p. 189). Ni aun los autores que defienden la existencia de contenidos pétreos hablan en la actualidad de una Constitución íntegramente pétreo. Por ejemplo, Bidart Campos, que dice: “Se habla también, dentro del tipo rígido, de una Constitución *pétreo*. Con ello se quiere señalar una clase de Constitución escrita y rígida que se declara a sí misma irreformable. En general, aun cuando la escuela racionalista quiso revestir a su tipo constitucional de una inmutabilidad y permanencia indefinidas, hoy sólo podemos hablar de cláusulas pétreas, pero no de una Constitución íntegramente pétreo. La totalidad del complejo normativo no queda sustraída a la alteración, sino únicamente ciertas disposiciones fundamentales: la forma de gobierno, el régimen, los derechos individuales, etcétera”. *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1964, t. I, p. 118.

164 Conforme con la opinión de Hans Kelsen: *Teoría general del Estado*, México, 1959, que afirma: “Desde el punto de vista del orden jurídico estatal, que es desde el único que se plantea esta cuestión, la respuesta es la siguiente: del mismo modo que la violación de las normas que se refieren a la creación jurídica —a falta de otra determinación constitucional— implican la nulidad de la norma irregularmente establecida; es decir, así como es jurídicamente imposible una creación irregular de normas, así también es jurídicamente imposible la reforma de una Constitución o precepto constitucional declarado irreformable” (p. 332). O sea, que para el maestro vienés no es éste un fenómeno específico de las normas constitucionales, sino propio de todos los dominios del derecho.

Pero si trascendemos las fronteras del formalismo jurídico y buscamos una respuesta que no se encierre en las pautas lógicas de una creación regular del derecho constitucional, avizoraremos otro panorama: el de la *revolución*, en el sentido de que la existencia en las Constituciones de cláusulas “pétreas” o irreformables es —con el tiempo— una invitación y una incitación a practicar la gimnasia de la revolución, para poder obtener así la modificación ansiada de los contenidos prohibidos. De donde resulta que en el plano de la dinámica constitucional, tanto la excesiva “rigidez” (cuando los mecanismos de reforma son excesivamente complicados) como la pretendida “eternidad” de ciertas cláusulas, vienen a servir al extremo opuesto de su original finalidad: no evitan los cambios, sino que favorecen la consumación de esos cambios por vías revolucionarias, es decir, al margen o en oposición al estilo evolucionista que caracteriza al pensamiento del constitucionalismo. Hoy en día, con excepción de los autores jusnaturalistas más recalcitrantes, la mayoría de las opiniones son adversas a la presencia o mantenimiento de ese tipo de cláusulas, por estimarlas inútiles y hasta contraproducentes. Los principales argumentos en contra de tales cláusulas son los siguientes:

- a) Esas prohibiciones ocasionan —paradójicamente— el efecto político de privar al poder constituyente reformador de su función esencial, que es la de evitar o hacer innecesaria la aparición de un poder constituyente revolucionario.<sup>165</sup>

165 Sobre este efecto contraproducente que tienen los contenidos pétreos, es terminante la opinión de Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, cuando refiriéndose al valor de estas cláusulas, afirma: “Políticamente no significan nada, sino la obligación de recurrir a la revolución para modificar las disposiciones proclamadas inmutables en el momento del establecimiento de la Constitución”, p. 228.

De igual opinión es Friedrich, quien señala: “Sea cual sea la validez última de tales disposiciones (se refiere a las cláusulas pétreas) y argumentos, hacen más probable una revolución violenta al limitar la posibilidad de efectuar cambios “revolucionarios” de modo gradual... Al obligar de este modo a quienes pudieran constituir un naciente poder constituyente a recurrir a la revolución violenta, tales prohibiciones tendrían el efecto político de privar al poder de reforma de su función esencial, a saber, prever la aparición revolucionaria de un poder constituyente”, p. 145. El mismo autor cree que “una Constitución prudentemente redactada puede anticiparse a las potencialidades revolucionarias del poder constituyente construyendo el poder de reforma en forma tal que una presión continuada pueda producir cambios tajantes en el sistema de limitaciones puestas al gobierno”, *op. cit.*, p. 151.

El primer autor que en la doctrina argentina advirtió los peligros que entrañan las pretensiones de irreformabilidad fue Matienzo, José Nicolás, en sus *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1926, al decir: “Cuando se encuentra en las instituciones de un país, y en el modo de practicarlas, el medio de que se efectúen los cambios que la opinión auspicia, que las nuevas ideas y los nuevos sentimientos requieren como indispensable condición del mantenimiento de la vida en forma progresiva;

- b) Esas prohibiciones —preñadas de soberbia eternidad— no consiguen mantenerse enhiestas más allá de los tiempos de normalidad y estabilidad, fracasando en su finalidad cuando sobrevienen tiempos de crisis, cuyas eventualidades no pudieron contemplar o no consiguen someter (es bien claro —al respecto— el caso argentino con la prohibición contenida en el texto de 1853, que impedía la reforma por diez años, pero que la crisis de 1860 privó de toda normatividad).<sup>166</sup>
- c) Se trata de un “renacimiento” del derecho natural como defensa frente al positivismo jurídico.<sup>167</sup> que pretende fulminar con la nulidad el intento de producir ciertos cambios en las estructuras constitucionales.
- d) Antes que un problema jurídico, se trata de una cuestión de creencias,<sup>168</sup> la cual, como tal, no parece muy “natural” que pueda servir de fundamento para que la generación de los constituyentes originarios pretendan atar por los siglos de los siglos las manos de los futuros constituyentes reformadores, que han de pertenecer —obvia-

cuando se encuentra en las instituciones el modo de hacer esas transformaciones, digo, la paz está siempre asegurada. Pero si las instituciones o los que las manejan no permiten reformas, el orden no estará jamás garantizado”, p. 240.

166 De acuerdo, Loewenstein dice: “En general, sería de señalar que las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una Constitución pueden suponer en tiempos normales una luz roja útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales —y según la experiencia tampoco existe para esto una garantía completa—, pero con ello en absoluto se puede decir que dichos preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión. En un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero en épocas de crisis son tan sólo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política”, *op. cit.*, p. 192.

167 De acuerdo, Loewenstein con el interrogante de si: “¿Existen normas constitucionales anticonstitucionales, cuya anticonstitucionalidad radique en el hecho de que el legislador constitucional haya sobrepasado los límites internos que le están impuestos por los valores fundamentales immanentes a una Constitución?”, *idem*. También, Biscaretti, quien acusa a la construcción de los contenidos pétreos de “viciada con premisas jusnaturalistas”, *op. cit.*, p. 283.

168 Loewenstein señala: “El ámbito en el que se suelen producir estos conflictos en torno al contenido ideológico fundamental de una Constitución suelen ser en la mayor parte de las veces los posibles casos de aplicación de los derechos fundamentales... En el fondo de lo que se trata es de si los derechos fundamentales —o mejor, los derechos del hombre— son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal, siendo pues inviolables e inalienables dado su carácter natural, o si por el contrario son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser por lo tanto limitados y determinados en su ámbito de aplicación”, *op. cit.*, p. 193.

mente— a generaciones venideras (con lo que se impediría concretar la posibilidad de que cada generación sea artífice de su propio destino).<sup>169</sup>

- e) Por último —*the last but not the least*—, que nos parece muy atendible la objeción de Biscaretti: “Así como se admite ampliamente que un Estado pueda decidir, con un procedimiento plenamente jurídico, su propia extinción..., verdaderamente no se comprende por qué el Estado no podría, en cambio, modificar igualmente en forma sustancial su propio ordenamiento supremo, o sea, su propia Constitución, aun actuando siempre en el ámbito del derecho vigente”.<sup>170</sup>

Por lo dicho, nos pronunciamos en un doble sentido:

- 1) *Por la inexistencia de cláusulas pétreas implícitas*, es decir, de contenidos constitucionales pretendidamente irreformables por supuesta afectación del “espíritu” de la Constitución escrita, compartiendo en un todo la opinión de Biscaretti en el sentido de admitir “la plena posibilidad que todo Estado puede modificar, también sustancialmente, el propio ordenamiento supremo, o sea, la propia Constitución si bien moviéndose siempre en el ámbito del derecho vigente (como corroboran las numerosas Constituciones modernas que prevén también la propia reforma total), incluso en la hipótesis extrema que así se cambia su misma forma de Estado”.<sup>171</sup>

169 Linares Quintana, que es defensor de los límites sustanciales al poder de reforma, observa —sin embargo— que una Constitución sin posibilidades de transformarse es una Constitución sin posibilidades de existencia; y recuerda —en ese orden de ideas— el pensamiento de Jefferson, que llegó a afirmar que el mundo pertenece a la generación viviente, por lo que ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua: la Constitución se extinguiría con aquellos que le dieron ser, calculando la duración normal en treinta y cinco años. Véase *Derecho constitucional e instituciones políticas*, t. II, p. 464.

170 La cita pertenece a la obra de Cattaneo, Mario A., “El concepto de revolución en la ciencia del derecho”, Depalma, 1968, p. 102, y corresponde a un trabajo de Biscaretti publicado en los *Anales de la Universidad de Catania*, 1948-1949, pp. 127 y 128.

171 *Cfr.*, Biscaretti, *op. cit.*, pp. 279 y 280. Este autor recuerda que en muchos países ya es una verdad aceptada que se consideren plenamente jurídicos los cambios de la estructura constitucional cuando se han realizado conforme a los procedimientos de reforma prefijados, aun los cambios fundamentales (véanse pp. 280 y 281). Este autor rechaza todos los argumentos esgrimidos por la doctrina en favor de las limitaciones *implícitas*; destacando que:

“Tampoco parecen convincentes los diversos argumentos doctrinales que se basan en la *naturaleza jurídica* de las disposiciones que se afirman inmodificables, a la luz de la orientación dogmática aquí seguida: no convence la tesis de que también los órganos de reforma son órganos constituídos, y, por tanto, no pueden innovar sustancialmente la misma Constitución sin destruir al mismo tiempo

2) *Por la inutilidad y relatividad jurídica de cláusulas pétreas expresas*, que si bien responden a una inquietud política de conservación y perdurabilidad tendientes a disipar el rápido cuestionamiento de ciertos apoyos constitucionales (v. gr., en el caso de la irreformabilidad de la forma de gobierno o de la forma de Estado), su virtualidad jurídica se reduce a cero frente a hipótesis —muy posibles— de:

- a) Violación o “quebrantamiento” revolucionario, cuando no se cumplen las prohibiciones y, a pesar de ello, la reforma de un contenido prohibido alcanza efectividad por su vigencia ante los órganos del Estado y el ulterior acatamiento comunitario.
- b) Superación revolucionaria de toda la Constitución, con lo cual el problema se torna abstracto, pues desaparece la norma misma que establecía la prohibición o condición pétrea.
- c) Derogación de la propia norma constitucional que establece la prohibición, siguiendo los mecanismos previstos por la Constitución a los efectos de su reforma regular, para proceder luego —y en consecuencia de la derogación operada— a modificar la cláusula que ya no tiene más carácter pétreo.<sup>172</sup>

las bases de la propia autoridad (ya que el ordenamiento estatal venido a luz vive ya su propia existencia y puede desarrollarse como mejor crea, valiéndose de los procedimientos y de los órganos destinados a ello); ni la tesis de que no es posible atacar los cimientos político-jurídicos del régimen (o de la Constitución en sentido material) (Mortati, Barile) propio del Estado sin interrumpir su continuidad; tampoco satisface la afirmación de que toda la estructura del Estado aparece rígidamente enmarcada, desde arriba, por obra de una *supernorma*, que imprime irremediamente la forma esencial (Bon: inspirada en la *Ursprungsnorm* kelseniana); etcétera. Está claro, además, que para quien sigue una *concepción puramente normativa del derecho* —según la cual las distintas normas se reconducen a unidad sólo porque dimanen y dependen de una, o más, normas fundamentales— entonces el cambio de tales normas puede considerarse fundadamente que implica una innovación completa de todo el ordenamiento jurídico correspondiente (que está enraizado, en cambio, según nuestra concepción, en la continuidad de la institución concreta con la cual se identifica)”, p. 280.

172 Biscaretti respalda esta solución, o sea, la de la abrogación previa del mismo artículo que establece la prohibición (que tendría la misma eficacia que todos los demás artículos de la Constitución), para después proceder a la reforma deseada proponiendo contenidos constitucionales aunque contrasten con el anterior. Con este temperamento, el valor de las cláusulas “pétreas” se reduciría al de ser un obstáculo más en el procedimiento de reforma, que aumentaría el tiempo necesario para consumar la realización de ésta (véanse pp. 282 y 283). El mismo autor considera que las tesis de irreformabilidad contrastan con la regla interpretativa según la cual la norma posterior en el tiempo puede modificar o derogar a la norma anterior de igual eficacia; al propio tiempo

Es fácilmente perceptible que las conclusiones que anteceden, fundadas en razones objetivas, no se compadecen con las exigencias y premisas del jusnaturalismo constitucional, y tampoco con una aplicación coherente de la teoría constituyente elaborada por el decisionismo de Carl Schmitt, ya que en este último caso, nunca la reforma constitucional (que únicamente comprende las prescripciones legal-constitucionales) puede abarcar o incluir en su acción los contenidos políticos fundamentales (las “decisiones”) que, según dicha teoría, son materia de cambio o “supresión” de la Constitución, pero no de reforma.<sup>173</sup>

Con relación a las finalidades tenidas en cuenta por el constitucionalismo liberal al incorporar cláusulas o contenidos pétreos en las constituciones, *destinados a la mayor preservación del sistema o régimen político*, creemos que en una visión actualizada del problema y de los medios que la técnica constitucional tiene contemporáneamente a su disposición para tal objeto, es más conveniente incluir en las constituciones varios niveles de rigidez constitucional, pero no prohibiciones de reforma. La técnica liberal consiste no tanto en impedir la reforma como, antes bien, *espaciarla*, volviendo difuso el poder de concretarla y consumarla, mediante la intervención de diversos órganos según los casos.<sup>174</sup> Por otra parte, la riqueza de la técnica constitucional permite también contar con un nivel de normas situadas intermedio entre las normas supremas de la Constitución y las leyes ordinarias del Poder Legislativo constituido: me refiero a las “leyes orgánicas” que contempla el derecho constitucional francés, cuya importancia es

que contraría la tendencia a permitir una constante evolución de las normas jurídicas en relación directa con las continuas mutaciones de las exigencias sociales, que es la práctica seguida en los principales ordenamientos constitucionales positivos (p. 282).

173 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, p. 123: “Si por una expresa prescripción legal-constitucional se prohíbe una cierta reforma de la Constitución, esto no es más que confirmar tal diferencia entre revisión y supresión de la Constitución... Aun más, es éste el caso cuando se prohíben expresamente las reformas que vulneren el *espíritu* o los *principios* de la Constitución”.

174 Friedrich considera que las limitaciones constitucionales al poder de reforma “no deben tomar la forma de prohibiciones absolutas, sino que deben proveer a una mayor difusión de este poder, haciéndolo operar lentamente y en localidades separadas”, *op. cit.*, 153. Este autor considera un modelo en la materia a la Constitución de los Estados Unidos de América (1787), que establece varias posibilidades o métodos de reforma: cualquiera que sea el seguido, ningún funcionario u órgano tiene el monopolio del poder de reforma constitucional; a diferencia de lo que ocurre en casi todos los países, en que ese poder se concentra en un único cuerpo, permanente o *ad hoc*. Véanse pp. 142 y 143.

muy grande por cuanto son las normas que implementan el sistema constitucional.<sup>175</sup>

Por último, cabe señalar que si bien es cierto que la inclusión de cláusulas pétreas es parte de la técnica constitucional del liberalismo para perpetuar ciertos principios o premisas ideológicas, también es cierto que se valen de la misma técnica otros regímenes que no son precisamente expresión del liberalismo político: así, por ejemplo, es el caso actual de España, por existir un precepto en una de sus “leyes fundamentales” —la Ley de Principios del Movimiento— que declara “permanentes e inalterables” los principios que allí se establecen, y dispone la nulidad de todas las leyes o disposiciones que entren en colisión o contradicción con aquéllos.<sup>176</sup>

### III. LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN

No obstante que este aspecto del poder de reforma está comprendido en el tema que terminamos de considerar en los párrafos anteriores, su importancia nos mueve a dedicarle algunas reflexiones más, en orden a su estimación teórica, ya que con referencia al concreto caso de la Constitución argentina esperamos hacerlo al momento de reseñar la evolución constitucional-constituyente de nuestro país.

175 Sobre las “leyes orgánicas” del derecho constitucional francés, véase Biscaretti. “Son aquellas leyes ordinarias cuya emanación es dispuesta, o al menos está prevista directa o indirectamente por la Constitución en orden a materias de relieve particular”, *op. cit.*, p. 273. El nombre de *leyes orgánicas* proviene de la Constitución de 1848.

Asimismo Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, p. 187, señala que se trata de leyes emitidas y reformadas por un procedimiento más complicado que el de la legislación ordinaria, aunque los requisitos son menores que en el procedimiento de reforma constitucional propiamente dicho. Ello hace que estas leyes tengan una garantía superior de existencia que las leyes ordinarias.

Según el artículo 46 de la Constitución de 1958, que se refiere a las “leyes orgánicas”, éstas sólo pueden ser promulgadas previa declaración del Consejo Constitucional de conformidad con la Constitución; o sea que están sujetas al control previo y automático de constitucionalidad, a diferencia de las leyes ordinarias, que sólo son sometidas a ese control cuando existe pedido del presidente de la República, del primer ministro o del presidente de cualquiera de las Cámaras legislativas (artículo 61). Para mayores referencias sobre las “leyes orgánicas”, Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, 1971, pp. 634 y 635; quien destaca el gran uso que la Constitución de 1958 hace de esta categoría de normas, pues remite en 19 ocasiones a las “leyes orgánicas”. Piensa el autor que estas leyes “no están caracterizadas de una manera meramente formal, sino que tienen también un contenido específico, a saber, precisar la organización o el funcionamiento de los poderes públicos, desarrollando principios o reglas enunciados en la Constitución”.

176 Véase M. Herrero de Miñón, *El principio monárquico*, Madrid, 1972, pp. 94 y ss., y Zafra, José, *Régimen político de España*, Pamplona, 1973, pp. 399 y ss.

Muchas Constituciones prevén la posibilidad de su reforma “total” y establecen el procedimiento a seguir para ello. No todas lo han puesto en práctica para tal hipótesis extrema (la reforma “total”), habiendo utilizado con más asiduidad los mecanismos contemplados para las reformas parciales o enmiendas (v. gr., en el caso de Estados Unidos de América). Inversamente, en otros países donde sus constituciones no han previsto aquella hipótesis de totalidad reformadora, los procesos políticos han superado los cauces institucionales, avanzando más allá de la posibilidad regular de operar reformas parciales y, en cambio, precipitando acontecimientos revolucionarios que se han traducido en el cambio total del sistema o régimen constitucional de esos países.

Esto conduce a sostener que las permisiones o prohibiciones de reforma total que contienen las propias Constituciones, tienen un valor normativo que debe ser cuidadosamente desglosado del problema extrajurídico de la perpetua lucha de sectores por el poder y de su mayor o menor acatamiento a las “reglas del juego” que significa toda ordenación constitucional.<sup>177</sup> Esto se vincula con, por lo menos, tres órdenes de consideraciones atinentes a las profundas interacciones y condicionamientos que se producen de modo constante entre la normatividad y la normalidad, a saber:

1) Los imponderables que en toda comunidad políticamente organizada tiene la más o menos difundida aceptación de la Constitución como un mito, generador de una creencia o sentimiento que tiende a identificar la nación con su Constitución: lo que Loewenstein<sup>178</sup> denomina el “sen-

177 Dice Loewenstein: “Como una necesaria válvula de escape, la revisión total no puede ser criticada teóricamente; pero su valor práctico puede ser pequeño. Si el descontento de los destinatarios del poder con su Constitución está tan extendido que aspira a una transformación radical, o —el caso más frecuente— si un grupo desea apoderarse del poder pero se siente impedido por el procedimiento de reforma en vigor, suele producirse por lo general un golpe constitucional revolucionario”, *op. cit.*, p. 185.

Aunque las previsiones de revisión constitucional no sean un seguro contra los cambios revolucionarios, siempre es preferible su acertada inclusión, que puede encauzar el cambio. Como dice Lozada: “A la Constitución le va, pues, su propia posibilidad de permanencia en el permitir la posibilidad de transformación de sí misma. Para seguir siendo debe admitir el ir dejando de ser: he aquí el patético sino de las Constituciones”, *Instituciones de derecho público*, 2a. ed., t. I, p. 233.

178 Este autor describe el *sentimiento constitucional* “como aquella conciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes políticopartidistas, económicosociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la Constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad” (*ibidem*, p. 200). Sostiene Loewenstein que este sentimiento constitucional puede ser fomentado pero no puede ser producido racionalmente, ya que su formación

timiento constitucional” y que López llama “el mito de la Constitución”.<sup>179</sup>

2) La magnitud de los cambios producidos en la estructura sociopolítica y económica de un país, con la consiguiente aptitud del sistema constitucional (el orden político más el orden constitucional) para asimilar esos cambios dentro y por la vía de la legalidad existente; en lo que mucho tendrá que hacer la *interpretación* como función de ciertos órganos del Estado y las *mutaciones* constitucionales como obra de otros órganos que participan en el proceso político.<sup>180</sup>

depende ampliamente “de los factores irracionales, de la mentalidad y la vivencia histórica de un pueblo, especialmente de si la Constitución ha salido airosa también en épocas de necesidad nacional”.

Dice también este autor que el citado sentimiento constitucional no puede ser equiparado con la llamada “conciencia nacional”, pues se da el caso de muchos países que tienen ampliamente desarrollada a esta última pero que carecen del primero (pone el ejemplo de Francia). Y generalizando, demuestra cómo en nuestro tiempo el pueblo ha dejado de tener un contacto personal con su Constitución: “La Constitución no dice nada sobre lo que más le interesa al hombre de la calle, el pan diario, el trabajo, la familia, el descanso, la situación y la afirmación de la existencia del individuo en una sociedad cada vez más complicada. Para la masa de los ciudadanos, la Constitución no es más que un aparato con el cual se efectúa la lucha por el poder entre partidos y fuerzas pluralistas, siendo ellos tan sólo los espectadores pasivos” (*ibidem*, p. 202).

<sup>179</sup> Justo López, Mario, *El mito de la Constitución*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 7-14. Este autor estima que frente al desvanecimiento de los mitos de “clase”, “raza”, y “Estado”, a los hombres contemporáneos no les queda otra alternativa que aferrarse *al mito de la Constitución*, que habían abandonado por estimarlo un mito incoloro, silencioso e inasible. Estima López que “ante el colapso de los mitos traspersonalistas, renace, tiene que renacer, hay que hacerlo renacer, vivificándolo desde las entrañas espirituales del ser, el mito de la Constitución, que es el mito del hombre, de cada hombre, elevado a la categoría de persona”. También López se ha ocupado de este tema, en *El mito político*, Macchi, s/f.

<sup>180</sup> A esta altura del desarrollo de la teoría constitucional parece ya superfluo resaltar la gravitación de la “interpretación” en la vida de las normas constitucionales. Wilson caracterizó a la Corte Suprema de los Estados Unidos como una convención constituyente en sesión permanente, queriendo significar así el importante papel cumplido por ese órgano final de control de constitucionalidad.

En cuanto a las “mutaciones constitucionales”, la diferencia entre éstas y las reformas constitucionales propiamente dichas fue realizada doctrinalmente a partir del famoso estudio de G. Jellinek, publicado en Berlín en 1906, con el título de *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, cuya traducción corresponde a los términos de “reforma” y de “mutación”. Véase al respecto, Biscaretti (*op. cit.*, pp. 284 y 285) y Loewenstein (*op. cit.*, pp. 164 y ss.). Este último autor advierte que una Constitución no es jamás idéntica consigo misma y está sometida constantemente al *panta rhei* que Heráclito afirmaba de todo lo viviente (una transformación permanente); y dice: “Cada Constitución íntegra, por así decirlo, tan sólo el *statu quo* existente en el momento de su nacimiento, y no puede prever el futuro; en el mejor de los casos, cuando esté inteligentemente redactada, puede intentar tener en cuenta desde el principio necesidades futuras por medio de apartados y válvulas cuidadosamente colocados, aunque una formulación demasiado elástica podría perjudicar a la seguridad jurídica” (*ibidem*, p. 164). Y añade: “En la mutación constitucional, por otro lado, se

3) La idoneidad de los procedimientos de reforma, que si bien no son un seguro contra la eventualidad de cambios revolucionarios, pueden incidir en las motivaciones de conducta política de la comunidad o de ciertos factores de poder para disuadirlos del uso de la vía irregular o persuadirlos de la inutilidad de respetar procedimientos intolerablemente rígidos o, aun, pétreos.<sup>181</sup>

Si bien la posibilidad de la reforma total estaba presente en el clima constitucional que dio lugar al nacimiento de la Constitución norteamericana y de las primeras Constituciones hijas de la Revolución francesa (todo ello a fines del siglo XVIII), ya que las declaraciones de derechos de esa época proclamaban enfáticamente el derecho a cambiar la forma de gobierno; en verdad, es a mediados del siglo XIX que las Constituciones escritas positivizan con claridad la competencia reformadora

produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la Constitución permanece intacto. Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una Constitución escrita y son muchos más frecuentes que las reformas constitucionales formales. Su frecuencia e intensidad es de tal orden que el texto constitucional en vigor será dominado y cubierto por dichas mutaciones sufriendo un considerable alejamiento de la realidad, o puesto fuera de vigor” (*ibidem*, p. 165).

Sobre el efecto que produce el tiempo en la vigencia de las Constituciones, el mismo autor estima que “las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas son las responsables de que una norma constitucional, que parecía razonable y suficiente en el momento de crear la Constitución, haya perdido su capacidad funcional y tenga que ser por lo tanto completada, eliminada o acoplada de alguna otra manera a las nuevas exigencias en interés de un desarrollo sin fricciones del proceso político”. Por último, Loewenstein considera que una de las causas de las reformas constitucionales es la necesidad de cubrir en el texto “lagunas” que puedan existir en él; y que éstas son de dos tipos: *descubiertas* u *ocultas*. Las primeras existen “cuando el poder constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo”, (p. 170); y las segundas se producen cuando “en el momento de crear la Constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada”, p. 171.

181 De acuerdo, Friedrich afirma: “Es cierto que el poder de reforma constitucional se establece con la esperanza de anticiparse a la revolución mediante cambios legales y, en consecuencia, como una restricción adicional al gobierno existente. Pero en caso de no operar el poder de reforma, puede surgir en el momento crítico el poder constituyente” (*op. cit.*, p. 133); es evidente que en las palabras finales, el autor se refiere al poder constituyente “originario” o revolucionario.

Y más adelante expresa: “Cuando las disposiciones relativas a la reforma constitucional no consiguen ajustar el documento original a las nuevas necesidades, el resultado puede ser la revolución. Esto es algo que hoy se admite por todo el mundo. Pero además, muchas personas se dan hoy cuenta de que ni siquiera un procedimiento de reforma que responda a la necesidad de un cambio sentida por muchos ciudadanos puede proteger completamente la Constitución contra la revolución, ya que ésta puede ser obra de personas distintas de las que podrían formar un grupo constituyente. Pero, a pesar de ello, el hecho de que todos los hombres tengan que morir no invalida los argumentos a favor de recurrir al médico cuando se está enfermo”, *op. cit.*, p. 144.

“total”: así ocurre, por ejemplo, con las Constituciones francesa y suiza de 1848, la segunda de las cuales sirvió de fuente en muchos aspectos a la Constitución argentina de 1853. A ese tiempo, la experiencia universal (del universo conocido) se polarizaba en dos ejemplos opuestos: mientras la Constitución de los Estados Unidos llevaba más de seis décadas de vida ininterrumpida, con la sola introducción de algunas “enmiendas” parciales —y ello mediante el mecanismo previsto en su artículo 5o.— la vida constitucional francesa ofrecía ya un frondoso muestrario de Constituciones de la más variada factura, todas las cuales tenían al común denominador de su reemplazo “revolucionario”, a pesar de que en su texto estaba prevista la vía legal para su reforma, que obviamente no se cumplió.

Podríamos agregar que, a más de cien años de esa realidad, se puede comprobar que la situación francesa no ha variado mucho al respecto.<sup>182</sup> Es que los mecanismos de reforma sólo inciden secundariamente en la conformación de un estilo de vida constitucional de un pueblo políticamente organizado, pero ello no impide observar que entre los dos extremos, el de la *facilidad* plena para la reforma y el de la *dificultad* extrema para impedirla, es este último el que más fácilmente puede arrastrar al decaimiento de un régimen constitucional, ya sea por la vía del desborde cotidiano de algunos de sus límites obsoletos (que habría que reformar si no fuera el gran obstáculo que la propia ley pone), ya sea por el camino más desenfadado de su extinción o lisa abrogación fáctica (con lo cual la fuerza de la realidad se impondrá fatalmente). Sin erigirse en un reaseguro de estabilidad del régimen, los dispositivos de reforma pueden contribuir eficazmente a facilitar la continuidad, evitando aquel extremo que Ortega y Gasset denominaba “la subitaneidad del tránsito”: para ello, creemos útil que las constituciones no cierren el paso de su posible reforma “total”, pues aparte de la inutilidad comprobada de cláu-

182 Recuerda Legón, Faustino J. que la Constitución de 1791 cayó el año siguiente, la del año tercero terminó con el 18 Brumario del año octavo, la de este año fue modificada por senadoconsultos imperiales y desapareció con la caída de Napoleón, la Carta de 1814 sucumbió con la revolución de 1830, la Carta de este año es aniquilada por la revolución de 1848, la Constitución de 1848 desaparece a causa del golpe de Estado de Luis Napoleón Bonaparte el 2 de diciembre de 1851, el régimen constitucional establecido por éste para el Segundo Imperio perece en 1870, y la Segunda Guerra Mundial provocó el ocaso de las leyes constitucionales republicanas de 1875 (Legón, Faustino J., *Mutabilidad e inmutabilidad en el área constitucional*, Buenos aires, 1949, p. 38). A ello podríamos agregar que la accidentada Constitución de 1946 (nacida después de un segundo referéndum) desapareció ante los embates de la crisis argelina, dando paso a la actual Constitución de 1958, creatura del régimen degaullista.

sulas con ese fin, su único efecto visible es la excitación temeraria de quienes sostienen irracionalmente que la única forma de mejorar las cosas es provocando la destrucción y el cambio violento del régimen existente. Las prohibiciones de reforma “total” no consiguen aquietar los impulsos reformistas, al propio tiempo que consiguen alentar intentos temerarios de cambios por vías ilegales. Aquí sí que la virtud está en el justo medio..., medio que se halla entre las posibilidades técnicas de regular la “facilidad” y la “dificultad” de la reforma total o parcial de la Constitución, según los casos y según las circunstancias, e incluyendo la posibilidad de reformar el propio mecanismo de reforma.<sup>183</sup>

La negación de la posibilidad de una “reforma total” de la Constitución por las vías que ella misma señale es una postura ideológica que sus sostenedores llevan al terreno jurídico con cierta variedad de argumentos, que van desde la supuesta existencia de contenidos pétreos o inmutables hasta la también supuesta contradicción lógica que implicaría la admisión de modificar el propio mecanismo de reforma (Ross). En esa gama de razones aparece incluida la afirmación de la doctrina clásica de muchos autores en el sentido de que la reforma “total” de la Constitución equivaldría al “cambio” de la Constitución, lo que no sería jurídicamente posible desde el momento que la propia Constitución prevé y admite su enmienda o corrección, pero no su cambio. Éste es un argumento de derecho positivo, ante el cual no hay respuesta evasiva de la prohibición, pues si en una Constitución no se ha contemplado la posibilidad o viabilidad de su cambio total, la única forma constitucional de operar los cambios es por medio de reformas “parciales” o “enmiendas” a distintas partes de la citada Constitución, que —cabe subrayarlo— si no va acompañada de la inclusión de cláusulas pétreas o irreformables, bien podría entonces arrojar el resultado de que por la vía de las reformas parciales sucesivas se llegara finalmente al producto de una nueva totalidad constitucional. Es decir, que aun en los casos de Constituciones que impiden

183 Señala Loewenstein que el legislador constitucional ha tenido que enfrentar siempre un dilema en materia de procedimientos de reforma: “si los requisitos pedidos se pueden cumplir *fácilmente* de tal manera que la reforma constitucional puede ser efectuada en cualquier momento sin ningún impedimento esencial, se producirá una situación que invite a la mayoría parlamentaria que se encuentre en el poder a moldear la Constitución según sus intereses... Si, por otra parte, las exigencias para llevar a cabo una reforma constitucional son tan *difíciles* de cumplir que solamente podrá ser efectuada en el caso de un consenso extraordinario, se corre el peligro de que una enmienda necesaria no pueda ser realizada, o caso de que lo fuera, sería a costa de un considerable retraso”, *op. cit.*, p. 176.

su reforma total, los mecanismos de revisión “parcial” de ellas podrían servir de curso para alcanzar el mismo resultado no admitido, desde el momento que la sucesión de enmiendas comprendiera el conjunto del sistema constitucional y cambiara —inclusive— las llamadas “decisiones políticas fundamentales”. En síntesis: no hay forma de impedir la reforma “total”.

Otro argumento adverso al cambio de la Constitución por la vía de la Constitución es el que se funda en el pretendido carácter “inalienable” del poder constituyente, del cual resultaría que este poder soberano no podría consentir su propia enajenación en favor de órganos que lo reemplacen para el futuro en su titularidad primigenia: si es “inalienable”, el poder constituyente no puede admitir su propia destrucción o sustitución, ni su transferencia a formas y órganos que sólo en el futuro accionar puedan llegar a formalizarse. Esta postura también es ideológica, y parte de la premisa del endiosamiento de la noción de poder constituyente hasta el punto de no admitir su predeterminación o configuración: el poder constituyente es inasible. Sin embargo, este razonamiento aparece en contradicción con otra de las premisas que formulan sus mismos sostenedores, que es la afirmación del carácter “ilimitado” del poder constituyente originario. No puede comprenderse entonces cómo se compadece lo uno con lo otro, ya que si la fuerza constituyente originaria es tan amplia que no conoce limitaciones jurídicas (pues no reconoce un orden positivo previo), nada impediría que en ejercicio de esa potencia generadora de normas fundamentales hiciera formar parte de ellas a los mecanismos conducentes a la futura recreación del mismo ordenamiento. Si Dios es tan poderoso, entonces, nada le impide transferir parte de su poder.

Es curioso —pero coherente— observar el fuego cruzado contra la posibilidad teórica de la reforma “total”. Por un lado, el jusnaturalismo se autoconcentra en la preservación de sus contenidos ideológicos, a los cuales asigna carácter “pétreo” o eterno, como forma de enervar cualquier intento de cambio de los valores que están ínsitos en esos contenidos. La precisión de cuáles contenidos o de qué cláusulas de las Constituciones son destinatarias de ese mandato de irreformabilidad, es una cuestión hartamente discutible, que siempre dependerá —en última instancia— de la prelación axiológica que imponga la *autoridad de decisión* (que deberá estar en manos de verdaderos custodios de los preceptos del derecho natural). Por otro lado, el decisionismo schmittiano

sustraer de la posibilidad de reforma legal y pacífica a todas las decisiones políticas fundamentales, que las pone así en un plano reservado a la acción del “verdadero” poder constituyente, cuyo ejercicio o actividad no se puede prever ni regular jurídicamente. Es decir, que para esta línea de pensamiento está también descartada la posibilidad de evolución dentro de las “reglas del juego” constitucional, ya que todo cambio del régimen o sistema requerirá un ejercicio de la *autoridad de decisión* (que estará en manos de quienes tengan voluntad para tomarla). Como puede verse, por razones distintas y por caminos diversos, pero en ambos casos —jurnaturalistas y decisionistas— arriban a un resultado parejo, que se traduce en la falta de fe y de confianza en la capacidad de cambio político de los pueblos por medio de sus representantes legales: se cree en algo extraordinario e impredecible, que operará ese cambio, antes que confiar en el encauzamiento de las tendencias revisionistas del andamiaje jurídico-constitucional. Prefieren el misterioso encanto de la ruptura (que suele ser doloroso) antes que el rutinario perfeccionamiento que medianamente garantizan o aseguran los mecanismos fríos y abstractos de la Constitución vigente. En una posición muy distante a ésta, el racionalismo admite e incorpora expresamente las hipótesis reformistas totales, pues está en su razón de ser procurar la *seguridad jurídica*; y sabiendo de antemano que los cambios son inevitables, opta por juridizar su producción como una manera de disminuir el “costo político” de esas transformaciones, al propio tiempo que consigue así incorporar al constitucionalismo lo que pretende incorporar a todo un régimen de vida social de los pueblos: la calculabilidad o previsibilidad,<sup>184</sup> que en el caso de la reforma quedará cumplida con la anticipación de las formas y órganos habilitados para la realización de los cambios que el cuerpo político impulsa.

La ilusión de continuidad infinita que abrigó el racionalismo era y es una utopía, mas ello no empece a que como factor motivante de comportamientos colectivos, la normatividad que prevea la reforma de sus propios contenidos esté asentándose sobre una base más convincente y

184 Nos hemos referido a la importancia de esta motivación —la calculabilidad— en nuestra obra *El misterio de la representación política*, Buenos Aires, América Actual, 1972, pp. 26 y ss., al comentar el pensamiento de Max Weber expuesto en *Economía y sociedad*, p. 238, sobre los rasgos que la organización del Estado moderno debe al influjo y a las exigencias de la burguesía triunfante. Todo sistema de dominación racional cuenta en su favor con una mayor presencia de la previsibilidad como nota dominante de la organización.

duradera —es decir, menos vulnerable a la necesidad eterna del cambio—, en razón de que reconoce y respeta las energías encerradas en la normalidad y no pretende ahogarlas con proclamas jurídicas. Es que lo único eterno en materia constitucional es la necesidad e impulso del cambio: cambio de formas y cambio de contenidos.

Es por los motivos que preceden que estamos en disidencia —en respetuosa y amistosa disidencia— con los autores que en nuestro país niegan la posibilidad de la reforma “total” de la Constitución de 1853-1860, no obstante que el artículo 30 de esa norma suprema contempla la posibilidad totalizadora. Quien más nítidamente perfila esa tendencia es Bidart Campos, cuya argumentación parte y se inspira en la plausible idea de preservación de las bondades del sistema establecido a partir de aquella Constitución. Nuestra discrepancia comienza allí, pues no creemos que la preservación esté mejor asegurada por medio de la petrificación normativa. Veamos un poco el pensamiento de este autor: la Constitución entraña en su *ideología* una posición jusnaturalista, creyente en un derecho natural preexistente al Estado, del cual derivan los derechos individuales; se trata de un derecho natural teísta, proveniente de Dios, como fuente de toda razón y justicia, concepción ésta, admitida por la Constitución,<sup>185</sup> que si bien no incluye en su texto cláusulas “pétreas” explícitamente establecidas, puede afirmarse que algunos de sus contenidos son *implícitamente pétreos*, en cuanto ingredientes necesarios que identifican un modo existencial de ser.<sup>186</sup> ¿Y cuáles son esos contenidos irreformables por el poder constituyente?

185 Véase Germán J. Bidart Campos, *Historia e ideología de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1969, p. 158; que, además, considera que en este punto la Constitución asimila la corriente doctrinal de la tradición hispano-indiana y del jusnaturalismo norteamericano.

186 *Cfr.*, *ibidem*, pp. 148 y 149. Señala Bidart Campos que cuando el artículo 30 de la Constitución dice que ésta puede ser reformada en el *todo* o en cualquiera de sus partes, está indicando que *cuantitativamente* todos y cualquiera de sus artículos son modificables, pero no *cualitativamente*, pues algunos contenidos son implícitamente pétreos. El mismo autor aclara, al respecto: “Es claro que no hay que confundir los contenidos que son pétreos en razón de la tradición histórica, con los que, sin provenir de esa fuente, son petrificados exclusivamente por virtud de la normación constitucional... Los últimos son pétreos porque una Constitución así lo dispone, en tanto los contenidos pétreos de una Constitución tradicional-historicista son recepcionados por ella: la Constitución escrita los recoge porque son pétreos, y no viceversa”, p. 148. En una posición bastante análoga a la de Bidart Campos podemos ubicar en el derecho mexicano a Ignacio Burgoa, quien sostiene la inalterabilidad de los contenidos constitucionales que hacen al “*ser*” al “*modo de ser*” y al “*querer ser*” de un pueblo (*Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1973, pp. 284, 438 y ss.) Este autor incluye en tal situación al principio republicano, el federal, el democrático, el de no reelección presidencial, y las garantías sociales, que sólo los podría modificar el pueblo mediante una revolución o un referéndum.

A juicio de Bidart Campos, se hallarían en esa situación de fijeza: la democracia, el federalismo, la confesionalidad del Estado, y la forma republicana de gobierno; los artículos que se refieren a esos contenidos pueden ser modificados y perfeccionados, ya que tales contenidos pétreos admiten una pluralidad de medios y modos de realización, pero lo que no admiten es su abrogación o cambio en cuanto contenidos.<sup>187</sup> ¿En ningún caso? No, mientras subsistan esos contenidos como expresión o traducción de una estructura social que nos pertenece; sí, cuando cambie esa estructura, pues entonces cambiará el espíritu de la Constitución y con él su misma ideología.<sup>188</sup> En síntesis: para este autor la Constitución no tiene cláusulas pero sí contenidos pétreos, que se los puede modificar o retocar en su literalidad o expresión textual, pero que no se los puede suprimir “so pena de desfigurar la identidad y la fisonomía del régimen político y de la propia comunidad”.<sup>189</sup> A nuestro entender, lo más posi-

187 Dice Bidart Campos: “A nuestro juicio, no dudamos en calificar de pétreos a los siguientes contenidos: a) La democracia como forma de Estado, consistente en un régimen de respeto a la dignidad y libertad del hombre, y de plena vigencia de sus derechos individuales. b) El federalismo como forma de Estado, que llegó a la Constitución por las causas prolijamente analizadas. c) La confesionalidad del Estado, que reconoce a la Iglesia católica como persona jurídica de derecho público (o de existencia necesaria, según la terminología de Vélez Sarsfield en su código civil), en razón de la composición cultural y religiosa de la población, de los antecedentes coloniales y patrios (incluso del constitucionalismo provincial) y de la valoración que los constituyentes hicieron de la propia religión católica. d) La forma republicana de gobierno, asumida desde el 25 de mayo de 1810”, *op. cit.*, p. 152.

188 Estima Bidart Campos que: “como producto, pues, de un pensamiento político de síntesis y de conciliación, la Constitución de 1853 consagra un espíritu intangible, que no puede destruirse ni alterarse sin detrimento de nuestra tradición y de nuestra fisonomía. Mientras la estructura social subyacente no acuse transformaciones viscerales —que es tanto como decir, mientras nuestra comunidad no deje de ser la misma ni pierda su identidad— ese espíritu de la Constitución no podrá ser válidamente cambiado”, *cfr. ibidem*, p. 139.

189 Luego señala Bidart Campos: “La consistencia y dureza que la estructura social subyacente imprime a los contenidos pétreos implica una limitación al poder constituyente derivado, porque éste no puede válidamente, en el proceso de reforma a la Constitución, eliminarlos o frustrarlos en su esencia. Tal endurecimiento puede parecer una parálisis para la dinámica constitucional y para el devenir del régimen político, frenado en sus posibilidades de cambio y de movilidad. Pero no hay tal cosa, porque la persistencia de los contenidos pétreos —con la consiguiente imposibilidad del poder constituyente derivado para abolirlos o alterarlos— queda pendiente de la permanencia de la estructura social que está por debajo de la Constitución. Cuando esa estructura subyacente padece mutaciones tan esenciales como para no soportar más aquellos contenidos en la estructura constitucional, se puede considerar que la petrificación cede, y que es válido prescindir de los contenidos pétreos: el poder constituyente derivado ya podrá sustraerlos sin incurrir en violación al poder constituyente originario”, *cfr. ibidem*, p. 146.

Bidart Campos se ocupa también de este asunto en “La tipología de la Constitución argentina”, anticipo de *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, serie II, núm. 13, 1971, que contiene el discurso de incorporación del autor a la citada Academia.

tivo de la postura doctrinal defendida por Bidart Campos radica en la percepción de que los supuestos contenidos “pétreos” están condicionados y en función de la estructura social subyacente de nuestra comunidad, con lo cual el autor admite la posibilidad de la desaparición del carácter pétreo mencionado y, consiguientemente, de la supresión o cambio de tales contenidos, en caso de que varíen sustancialmente los datos de la realidad o normalidad constitucional.

Pero si es así (la fuerza normativa de la normalidad, en la terminología de Heller), cabe preguntar: ¿quién, cómo y cuándo determinará jurisdiccionalmente la falencia de las viejas estructuras condicionantes de la petrificación de aquellos contenidos, para poder así dar vía libre al hasta ese momento prohibido cambio de ellos? La respuesta nuestra: si no admitimos que sean los órganos que constitucionalmente están facultados para decidir la oportunidad o necesidad de la reforma (más el órgano capacitado para realizarla), estaremos señalando como único camino la salida revolucionaria. Y si son los órganos constitucionales los únicos lógicamente competentes para sustraer de la petrificación a ciertos contenidos, entonces: ¿qué sentido tiene establecer cláusulas o contenidos pétreos, que se acepta anticipadamente que podrán dejar de tener esa calidad de irreformables, si jurídicamente no puede haber más órganos y procedimientos para sí decidirlo que los órganos y procedimientos previstos por la propia normatividad para su permanente e incontenible crecimiento? Estas preguntas llevan a nuestra convicción el acierto de los autores que, como Biscaretti, afirman lisa y llanamente que las cláusulas pétreas pueden ser modificadas sin otro trámite previo que el de la derogación constitucional de la cláusula que establece —precisamente— su carácter pétreo.<sup>190</sup> Es que las buenas intenciones que insuflan espíritu a la postura asumida por Bidart Campos no hallarán garantía de intocabilidad en sistema constitucional alguno, desde el momento que toda afirmación dogmática (que no tolera refutación) y axiomática (que no admite comprobación) de eternidad de contenidos (o de permanencia de contenidos, en el caso de Bidart Campos) choca o entra en colisión con una dinámica general de la cual es parte la dinámica del proceso político-constitucional, que cuenta, a su vez, con su traducción en mecanismos e instituciones que son indetenibles en la exigencia vital y perentoria de su adaptación a nuevas y más nuevas condiciones de supervivencia: para

190 *Cfr.* Biscaretti, *op. cit.*, pp. 282 y 283.

subsistir, los propios órganos constitucionales como expresión de una positividad normativa que entra en crisis, intentarán acoger por sus vías y sus medios el cambio o los cambios que la realidad va imponiendo y, en definitiva, con o sin presupuestos de petrificación, los contenidos quedarán a la suerte de las competencias establecidas en la Constitución, que si no pueden actuar o no lo consiguen hacer a tiempo, resultarán sustituidas por otras fuerzas extracompetentes surgidas del impulso de la normalidad o de una nueva generación en rebeldía con los dictados de la arrogante perpetuidad.<sup>191</sup>

¿Cuál es el camino técnico aconsejable? No establecer cláusulas ni contenidos “pétreos” explícitamente. Tampoco defender la existencia implícita de esas cláusulas o contenidos. Lo que sí puede hacer el poder constituyente es crear en la Constitución escrita diversas categorías de normas en cuanto a sus posibilidades de revisión o reforma, de tal modo que algunos contenidos resulten más fáciles de modificar y otros contenidos queden más a cubierto de los cambios: la discriminación entre unos y otros será una cuestión política que dependerá del arbitrio o criterio de la autoridad de decisión, mientras que la articulación de los dispositivos mediante una pluralidad de mecanismos será una cuestión de técnica constitucional. Hay que establecer, pues, no una sino varias formas de rigidez, en modo tal que entre el orden de la Constitución escrita y el orden de las leyes ordinarias que sanciona el Poder Legislativo, haya uno o más órdenes de normas cuya modificación (y establecimiento) corran por cuenta de procedimientos *más fáciles* que el previsto para la reforma de la Constitución, pero *más difíciles* que el contemplado para la sanción y modificación de las leyes comunes. Ya nos hemos referido anteriormente al caso de las “leyes orgánicas” del derecho francés (véase nota 158),

191 Legón, Faustino J. recuerda que Jeremías Bentham (1748-1832), en su *Tratado de los sofismas políticos*, (1a. parte, capítulo V), al analizar el “sofisma de las leyes irrevocables” afirma que el profundo respeto por los muertos, por aquellos a quienes ya no podemos hacer ni bien ni mal, no es sino vano pretexto cuando se opone al bienestar de la generación actual y cubre cualquier otro designio. Y añade: podrán hacerse leyes perpetuas cuando se haya llegado a un estado de cosas perpetuo, cuando se tenga la certidumbre de que las circunstancias serán perpetuas. El despotismo, aun cuando fuera el de Calígula o de Nerón no produciría efectos tan perniciosos como una ley irrevocable: el déspota viviente puede mudar sus disposiciones opresivas, pero el déspota muerto ¿qué puede hacer?, ¿qué acceso puede tenerse a su tumba? Otro *sofisma* que analiza Bentham es el de alegar un futuro más oportuno o que aún no ha llegado el momento, frente a la posibilidad de reformas o innovaciones legales (*ibidem*, 2a. parte, capítulo II). Este sofisma lo hemos visto actuar o esgrimir con frecuencia en nuestro medio, a propósito de la determinación de la “oportunidad” de la reforma constitucional, *op. cit.*, p. 42.

pero el repertorio no se agota allí; y podríamos enunciar las principales formas de recepción técnica de esta idea, a saber:

- 1) Que la Constitución reserve ciertos contenidos para su normación mediante “*leyes constitucionales*”, tratándose, éstas, de leyes sancionadas y modificadas por el mismo procedimiento previsto para la reforma de la Constitución, aunque sin integrar tales normas el texto codificado de ésta, ya que estaríamos en presencia (según nuestra opinión) de leyes constitucionales “dispersas” que complementarían a una Constitución *predominantemente* “codificada”.<sup>192</sup>
- 2) Que la Constitución establezca en su contenido la necesidad de acudir a un *procedimiento maxidificultado o superagravado de reforma*, en el caso de ciertas modificaciones que se quiere —por razones políticas— obstaculizar enormemente, pero sin llegar a convertir esos contenidos en cláusulas “pétreas”: tal es el caso del artículo 5o. de la Constitución de los Estados Unidos, que subordina la reforma de la igualdad de todos los Estados en su representación en el Senado a la condición de que consienta cada Estado perder esa situación de igualdad en su representación (algunos autores, por error de apreciación, ponen esta disposición como ejemplo de cláusula pétrea, pero en rigor se trata nada más que de una rigidez agravada).
- 3) Que la *Constitución prevea para su reforma dos procedimientos* diferentes, que podrían articularse en función de estas variables:
  - a) que un procedimiento —más difícil— sea empleado para los supuestos de reforma “total” de la Constitución y otro mecanismo —más fácil— sea utilizado en los casos de reformas “parciales” del texto constitucional;<sup>193</sup> o bien,
  - b) que para la modificación de

192 Dice Loewenstein: “Bajo ley constitucional se entiende la regulación de una materia de derecho público que si bien no es recogida en el texto constitucional mismo, al poder constituyente le parece de tal importancia que ordena en la Constitución que tanto su regulación por la legislación como su reforma tendrán que llevarse a cabo según las disposiciones especiales válidas para la enmienda constitucional propiamente dicha”. Los ejemplos más importantes que se encuentran en la Constitución italiana vigente (artículo 138, 1o.) son los Estatutos de las Regiones y las leyes sobre la Corte Constitucional, *op. cit.*, p. 187.

193 Es lo que nosotros propusimos en el proyecto de reforma integral de la Constitución elaborado en 1970 para la VIII Conferencia Nacional de Abogados, que se reproduce en: Vanossi, Jorge Reinaldo A., “Sugerencias para una eventual reforma constitucional”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, 1970, pp. 207-245. El nuevo artículo 30 que allí proyectamos dice:

ciertos artículos de la Constitución que se reputan muy importantes y definitorios del régimen exista un procedimiento lento, mientras que para la reforma de los artículos que se ponderan menos trascendentales se siga un mecanismo más rápido y menos complicado, debiendo establecerse en la propia Constitución qué casos corresponden al primero y cuáles al segundo.<sup>194</sup>

“La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, por iniciativa del Congreso o del Poder Ejecutivo. La necesidad de la reforma es declarada por el Congreso, que también fija su alcance; requiriéndose para ello el voto de las dos terceras partes, al menos, de los miembros de cada Cámara, reunidas en asamblea.

“Si la reforma es *total*, no se efectúa sino por una convención elegida por el pueblo al efecto; correspondiendo a una ley especial establecer en cada oportunidad el número de sus miembros, la forma de su funcionamiento y el plazo en que debe cumplir su cometido.

“Si la reforma es *parcial*, consistiendo en la enmienda de no más de cinco artículos de esta Constitución, es el Congreso, quien dentro de los noventa días de la declaración de la necesidad de la reforma formula su contenido, aprobándola en dos votaciones, separadas por un término no menor de veinte días, requiriéndose en ambas el voto de dos terceras partes, al menos, de los miembros de cada Cámara, reunidas separadamente. Las enmiendas así introducidas entran en vigencia una vez que resultan aprobadas por la mayoría absoluta de los votos válidos y afirmativos, en comicios populares celebrados al efecto dentro de los noventa días siguientes a la sanción del Congreso. Éste tiene a su cargo la publicación del texto.

“La regularidad del procedimiento de la reforma queda comprendida en los alcances del control de constitucionalidad de las normas. “La Constitución no puede reformarse total ni parcialmente durante la vigencia del estado de sitio.” El Congreso puede decidir en el acto de declaración de la necesidad de la reforma y de fijación de sus alcances, que siendo ésta parcial se le dé el trámite de una reforma total”. Por su parte, la actual Constitución de Venezuela distingue los supuestos de “reforma” (total) y de “enmienda” (parcial) de la Constitución, reservando para los dos casos la vía de procedimientos distintos. Sin embargo, la distinción es meramente *formal*, ya que en la Constitución no se establecen qué contenidos o materias necesitarán de una u otra de las vías señaladas: la única diferencia está en el procedimiento, que en el caso de la reforma (total) requiere mayorías especiales y ulterior aprobación popular por referéndum (al revés de nuestro proyecto, que lo requiere para las reformas parciales). Véase, Tovar, Orlando, *Derecho parlamentario*, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1973, p. 143.

194 Por ejemplo, en Sudáfrica, Suazilandia y Trinidad-Tobago. Observa Friedrich que: “es a todas luces irrazonable poner en pie de igualdad una disposición como la que establece que Alemania es una república, o que su poder emana del pueblo, con la que determina que todos los niños al graduarse en la escuela primaria recibirán un ejemplar de la Constitución” (el autor se refiere a normas contenidas en la Constitución de Weimar, de 1919, que inició la era de la frondosidad en los textos constitucionales). Luego, Friedrich se queja de que en ningún país han sido organizadas las disposiciones relativas a la reforma constitucional de tal modo que tomen en cuenta la diferente importancia de los contenidos. Y dice: “La técnica más simple para hacer frente a la dificultad parecería ser una disposición estableciendo que las diversas partes del mismo documento constitucional podrían ser modificadas por métodos diferentes. Habría que establecer un procedimiento que exigiese mucha deliberación y un plazo largo para la reforma de las partes fundamentales del documento, en tanto que las disposiciones constitucionales de naturaleza legislativa podrían reformarse de modo más sencillo y rápido”, *op. cit.*, p. 147.

4) Que la Constitución contemple la existencia de un grado de maximalidad que no llegue a constituirse en la superlegalidad constitucional, sino en un punto intermedio con las leyes ordinarias: es el caso de las llamadas “*leyes orgánicas*” del constitucionalismo francés, que pueden asegurar mayor estabilidad o permanencia normativa con relación a las leyes comunes (por ejemplo, exigiendo el recaudo aprobatorio de una mayoría especial de votos).<sup>195</sup> Un sistema así adopta la Constitución del Brasil (1969), con el nombre de leyes complementarias, las que requieren para su aprobación el voto de la mayoría absoluta de los miembros que componen ambas Cámaras del Congreso (artículo 50).

La adopción de una técnica como la propuesta permitiría superar la cada vez más creciente antinomia entre Constituciones *genéricas* y Constituciones *analíticas*, en cuyo camino encontramos a las primeras como exponentes de la sobriedad en los textos y a las segundas como testimonio de frondosidad en los contenidos; aquéllas, propias del constitucionalismo del siglo pasado; éstas, comunes a partir de la Constitución alemana de Weimar (1919);<sup>196</sup> todas ellas —las genéricas

195 En el recordado proyecto de reforma (1970) propuse una solución así para la mayor fijeza del concordato celebrado en 1966 con la Iglesia, por iniciativa del gobierno constitucional de Illia. En el nuevo artículo 2o. que proyectaba, se decía: “Las relaciones entre la Iglesia católica y el Estado argentino se rigen por el acuerdo celebrado el 10 de octubre de 1966. Toda modificación al mismo requiere la aprobación del Congreso por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, reunidas separadamente”.

196 Señala Faustino J. Legón —citando a Ruini, uno de los redactores de la actual Constitución italiana— “que mientras las cartas constitucionales del ochocientos se limitaban a un perfil casi solamente político, las más modernas tienen contenido económico y social; pero el hábito que prevaleció en la otra posguerra, sobre la forma de Weimar, de abundar en afirmaciones socializantes y programáticas, que no reflejaban la realidad de entonces sino exponían propósitos que, en verdad, fallaron, parece hoy venir a menos, como resulta de los esquemas de las Constituciones francesa, yugoslava, japonesa. La Constitución no debiera ser tan larga que los niños de las escuelas no puedan aprenderla. Minuciosas y prolifas son las de los Estados extraeuropeos que no han alcanzado un alto grado de educación. Las corrientes de vanguardia parecen propensas a transferir en la carta constitucional todas sus aspiraciones; pero contra el tipo de Constitución-programa se ha pronunciado abiertamente aun Stalin. El tipo de Constitución más difuso y detallado —subraya Ruini— es el sudamericano; en el cual, aparte del hábito espiritual, el temor de las continuas violaciones induce a introducir muchas normas”, pp. 49 y 50. Como ejemplos, Legón recuerda la Constitución de la República española (1931), que incluía la protección a los pescadores y una tabla de los derechos del niño; y algunas Constituciones estatales de los Estados Unidos de Norteamérica, que dedican abundantes regulaciones a las sociedades anónimas, patrimonio familiar, bancos, seguros, tipo de interés y hasta pureza del aceite de querosén (*sic*).

Con más actualidad, nosotros podemos arrimar el ejemplo de frondosidad que ofrece la Constitución de la India, con 395 artículos, que la convierten en la más extensa del mundo según Theo Stamm (Sistemas políticos actuales, Madrid, Guadarrama, 1969, p. 275). Y como ejemplo de la caprichosidad de las inclusiones

y las analíticas— sumergidas por igual en la problemática de los cambios políticos y de su estabilidad. Y recogiendo la razonable observación que ha formulado Cavalcanti (“La mística de *inmutabilidad* de las Constituciones sólo debe prevalecer en los países en que el tipo de Constitución permite reformas políticas, sociales y económicas, que no se aferran a su texto porque disciplinan apenas las líneas generales de la estructura política. No puede ocurrir lo mismo en aquellas que son más analíticas”),<sup>197</sup> es que sugerimos superar la dicotomía mediante un decantamiento de la técnica constitucional que conduzca a distribuir los hoy frondosos contenidos esparcidos en la mayoría de las constituciones contemporáneas, mediante su inclusión según las materias a que se refieren, ya sea en normas pertenecientes a diversas categorías (v. gr., Constitución y leyes orgánicas), ya sea dentro de la Constitución en cláusulas sujetas a diversos procedimientos de reforma (más fáciles y más difíciles), o, finalmente, por la utilización combinada de las dos técnicas expuestas precedentemente.

De esa manera, la obsolescencia parcial de que puedan llegar a adolecer ciertos contenidos constitucionales no arrastrará consigo a la totalidad de la Constitución, posibilitando así preservar a ésta de cambios o alteraciones que recaerán —en vez— sobre un nivel de normas o por una vía de fácil acceso que no implica la plenitud positiva de la Constitución.

A mayor posibilidad concreta de hacer asequibles los cambios en un nivel informal (por vía de la interpretación y de las mutaciones) o en un nivel formal pero inferior al del rango constitucional (leyes orgánicas, etcétera), resultará una mayor perdurabilidad de las formulaciones constitucionales propiamente dichas; e inversamente, a la mayor improbabilidad o imposibilidad (de facto, allá; de iure, acá) de tornar asequibles esos cambios, sobrevendrá un aumento notable de los riesgos a que está sometida la perduración del texto constitucional.

Tales riesgos son de muy variado origen y pueden manifestarse polifórmamente, por lo que parece difícil —y acaso inútil— querer sistematizarlos en un enunciado taxativo, y es mejor entregarlos al estudio —más competente— de la sociología política que se interesa por la funcionalidad o

de contenido en los textos constitucionales, podemos recordar que en algunas constituciones estatales de los Estados Unidos se prescribe el detalle del sistema de “voto acumulativo” para la elección de los directores de las sociedades anónimas. Cfr. Arecha *et al.*, *Sociedades comerciales*, Depalma, 1973, p. 236.

197 Cfr., Brandao Cavalcanti, Themistocles “¿Cuándo y por qué deben reformarse las Constituciones?”, *Poder político*, Buenos Aires, núm. 11, septiembre de 1971, pp. 10 y 11.

disfuncionalidad de las instituciones políticas, entre las cuales está claramente incluida la Constitución.<sup>198</sup>

#### IV. ADDENDA: UN REPERTORIO DE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES REFERENTES A LA RIGIDEZ Y A LA PETRIFICACIÓN

A manera de apéndice de este título, ofrecemos una clasificación de normas pasadas y presentes, cuyo interés consiste en ilustrarnos —en algunos casos— sobre la muy relativa eficacia que pueden tener ciertas pretensiones de intocabilidad constitucional, por así llamar a los intentos eternistas:

##### 1) *Cláusulas pétreas explícitas.*

###### *A) Inalterabilidad de los principios fundamentales o del “espíritu” de la Constitución:*

- Noruega, 1814 (artículo 112).
- Alemania Federal, 1949 (artículo 79).
- Camboya (artículos 111 y 112).
- Grecia, 1927, 1952 (artículo 108).
- Vietnam (artículo 107).

###### *B) Inderogabilidad de la declaración de derechos:*

- Alemania Federal, 1949 (artículo 79)
- Puerto Rico (artículo 7, sección 3).

<sup>198</sup> En un breve pero sustancioso artículo publicado en *Poder político*, núm. 12, Buenos Aires, pp. 2 y 3, Carl J. Friedrich reitera una vez más que la noción prevaleciente en el tiempo de la Revolución francesa de que se podía establecer una Constitución que habría de durar para siempre y que nunca necesitaría ser cambiada, es muy errónea. En la citada colaboración, que se titula *La Constitución: ¿cuándo es necesario cambiarla?*, Friedrich contesta: “El cambio que se da a entender en esta pregunta es, yo supongo, un cambio formal, ya que una Constitución cambia constantemente por medio de su uso, resoluciones judiciales, etcétera. Cuanto más se produzcan estos cambios informales, menos probable es que un cambio formal se convierta en necesario. El cambio formal se vuelve necesario (o deseable):

— Cuando la Constitución existente evita que se adopten resoluciones importantes, como ocurrió en Francia en 1958.

— Cuando desarrollos técnicos alteran los factores de un orden político, por ejemplo el desarrollo armamentista, que requieren rápidas decisiones en política exterior.

— Cuando cambios en los valores y creencias del pueblo requieren su reconocimiento, tal como ha ocurrido con la creencia difundida en los derechos económicos y sociales (derecho a trabajar, etcétera).

— Cuando, por medio del abuso y corrupción, algunas características de la Constitución se vuelven obsoletas como ocurrió en los Estados Unidos con el “colegio electoral” para las elecciones presidenciales”.

## 2) Irrevisibilidad de la declaración de derechos:<sup>199</sup>

### A) Republicana:

— Francia, 1884, 1946, 1958 (artículo 89).

199 Si bien imitamos esta lista a las cláusulas “pétreas” explícitamente incorporadas a los textos constitucionales, conviene recordar la insistencia de algunos autores argentinos en sostener la existencia de tales petrificaciones en nuestra Constitución nacional de 1853-1860. Y así, a la ya citada opinión de Bidart Campos, hay que sumar el criterio de Luis Botet, que afirma que “es claro que la forma republicana y el sistema federal son cláusulas pétreas, pues los constituyentes de 1853 tenían al respecto mandato expreso por el Acuerdo de San Nicolás y no podrían conceder al poder constituyente derivado lo que no les había sido concedido originalmente, como ser el establecimiento de otras formas y sistemas de gobierno. Por eso el artículo 30 al decir que puede reformarse ‘en el todo’, debe ser entendido con la restricción antedicha”, *cf.*, *Reforma constitucional*, tesis de doctorado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1969, p. 28.

A iguales conclusiones llega César Enrique Romero, en su estudio sobre *Pactos preexistentes y voluntad constituyente* (“La Ley”, 19 de julio de 1960, y *Estudios de ciencia política y derecho constitucional*, Córdoba, 1961, pp. 239 y ss.), cuando sostiene que “los pactos preexistentes imponían ciertas normas al Congreso Constituyente de 1853; y ellas mantienen vigencia actual porque la Constitución es producto de su cumplimiento. Tales son la forma federal de gobierno y la libertad de tránsito de productos en el territorio nacional, así como sus carruajes, bestias o buques en que se transporten (artículos 10, 11 y 12, Constitución nacional). Una reforma constitucional no podría derogarlas. Sostenemos que el régimen federal, por el que luchó el país más de cuarenta años después de su revolución emancipadora, es definitivo en la República, constitucionalmente considerado el problema”. Y más adelante dice: “En nuestro país, sólo la actuación de un nuevo poder constituyente originario, podría suprimir el régimen federal y organizar la República bajo el sistema unitario... Pensamos que un poder constituyente derivado, o sea, el que se haga cumpliendo los recaudos del artículo 30 de la Constitución nacional —pese a la totalidad de la reforma que pueda postular la declaración sobre necesidad de la misma—, nunca podría cambiar la forma de Estado, porque ella está impuesta, de modo permanente, para el devenir institucional argentino. Tal imposición estuvo, incluso, presente en la instancia constituyente originaria de 1853; y se prolonga *sine die*”.

Nosotros disentimos con las opiniones de Botet y de Romero, para coincidir en cambio con la sustentada por Sánchez Viamonte, Carlos, en su *Poder constituyente*, Buenos Aires, 1957, según el cual “al dictarse la Constitución, la voluntad constituyente de las provincias no puso condición alguna al futuro ejercicio del poder constituyente nacional, que tiene ahora como único titular al pueblo de la nación argentina, sin tener en cuenta para nada la voluntad específica de las provincias que forman la nación,” (p. 378); tesis que se compadece con la estimación de que las provincias pasaron de voluntad a poder constituyente que eran antes de la sanción de la Constitución de 1853, a poderes constituidos que son ahora en el mecanismo institucional de la nación (p. 377), ya que si bien el Congreso de 1853 se reunió por voluntad y elección de las provincias, es el pueblo de la nación el que sancionó la Constitución nacional (p. 385). Nosotros nos hemos adherido a esta tesis, comentándola con mayor extensión, en Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Situación actual del federalismo*, Buenos Aires, Depalma, 1964.

Con respecto al párrafo del artículo 18 de la Constitución nacional, que proscribió “para siempre la pena de muerte por causas políticas, tampoco creemos que se trate de una cláusula pétreas pues de su contexto así como también del artículo 30 no se puede desprender que sea una excepción al enunciado amplio que admite la “totalidad” de la reforma.

En rigor, todas las afirmaciones limitativas se apoyan en el adagio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, que es la expresión de un principio jusprivatístico de muy dudosa aplicación extensiva al ámbito del derecho público, desde el momento que la propia Constitución no lo recoge ni consagra expresamente.

- Italia, 1947 (artículo 139).
- Alemania Federal, 1949 (artículo 79).
- Brasil, 1934 1969 (artículo 47).
- Puerto Rico (artículo 7, sección 3).
- Albania, 1925 (artículo 141).

#### B) Monárquica:

- Grecia, 1952 (artículo 108).
- Camboya (artículo 111).
- Marruecos (artículo 108).

#### C) Federal:

- Brasil, 1891, 1934, 1946, 1969 (artículo 47).
- Australia, 1900 (artículo 128).

#### D) Democrática:

- Los Länder alemanes, actualmente: Constituciones de Baden, Baviera, Hesse, Palatinado del Rin.
- República Dominicana (artículo 111).

### 3) *Irreversibilidad de la prohibición de reelección presidencial:*

- Guatemala, 1945, 1965 (artículos 2 y 206).
- El Salvador, 1886.
- Perú, 1933 (artículo 142).
- China nacionalista, 1947 (artículo 47).

### 4) *Imposibilidad de cambio de la religión oficial:*

- Marruecos.

#### A) Términos de prohibición de reformas:

- 4 años: Francia, 1791 (fuente de la cláusula argentina de 1853).
- 5 años: Paraguay, 1870.

- Grecia, 1927 (artículo 125).
- 8 años: España, 1812.
- 10 años: Colombia, 1821.
- Argentina, 1853 (artículo 30).
- Nicaragua, 1911 (artículo 328).
- Paraguay, 1940 (artículo 94, para la reforma total).
- Estados Unidos: únicamente para reformar el artículo 1o., sección 9, cláusula 1a. y 4a., de 1787-1808.
- Rhodesia del Norte: únicamente para modificar la proporción de la población blanca y negra en el parlamento (1956).

#### B) Plazos de reforma obligatoria

- Polonia, 1921 (artículo 125): cada 25 años.
- Portugal, 1933 y 1951 (artículo 176): cada 10 años, reducibles a 5 por la Asamblea Nacional.

#### C) Procedimiento maxiagravados o superdificultados de reformas

- Estados Unidos, 1787: artículo 5o., para modificar la igualdad de los estados en el Senado.
- Australia, 1900 (artículo 128), que dice: “Ninguna modificación que disminuya la representación proporcional de los Estados en cualquier Cámara o Parlamento o el número mínimo de representantes de un Estado en la Cámara de Representantes y tampoco ninguna modificación que aumente, disminuya o de cualquier otra manera modifique los límites de un Estado o que afecte de cualquier modo la disposiciones de esta Constitución con relación a ello, se convertirá en ley, a menos que la mayoría de los electores que votaron en el Estado afectado aprobara el proyecto de ley respectivo”.
- Francia, 1946: artículo 90, para la supresión del Consejo de la República.
- Italia, 1947: artículo 132, para la fusión o creación de nuevas regiones.
- Austria: artículo 35-4, para reformar la composición del Consejo Federal (se requiere además la aprobación de por lo menos cuatro Länder).

— India: artículo 368, para reformar la estructura federal (se requiere además la aprobación de la mitad de la asamblea estatales).

#### D) Cláusulas rígidas en Constituciones flexibles

— Sudáfrica (artículo 118): para reformar el artículo que rige la propia reforma constitucional y la igualdad de idiomas.

— Suazilandia: para la revisión de ciertas materias especiales previstas en la 1a. y 2a. parte del anexo 4 de la Constitución.

— Trinidad-Tobago (sección 38): para ciertos asuntos.

#### E) Irreformabilidad por circunstancias excepcionales.

a) Durante una ocupación extranjera del territorio nacional:

— Francia, 1946, 1958 (artículo 89)<sup>200</sup>

b) Durante la vigencia del estado de sitio:

— Brasil, 1967 (artículo 50, inciso 2).

## V. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Este tema contiene una cuestión que es secuela inmediata del problema de los límites del poder constituyente reformador. Nunca podría referirse al ejercicio del llamado constituyente “originario”, pues ya hemos subrayado su ilimitación desde el punto de vista jurídico positivo. La posibilidad o el interrogante acerca de si se puede o no se puede declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional aparece luego de que reconozcamos la existencia de limitaciones que, desde el punto de vista jurídico, únicamente tienen operatividad en la llamada etapa reformadora o poder constituyente de reforma. De modo tal que la cuestión de si el control de constitucionalidad comprende o no a la creación de normas constitucionales es una cuestión que debe ser vista *dentro* y *según* la existencia de los mecanismos de revisión articulados en la propia

200 La Constitución francesa de 1946 incluyó esta prohibición para evitar así una repetición del caso suscitado en 1940, cuando en guerra con Alemania y parte del territorio ocupado, la asamblea francesa dictó leyes constitucionales que implicaron la mutilación de la Constitución de la Tercera República (1875).

Constitución. Y, como podrá imaginarse, esta cuestión desemboca en dos respuestas antagónicas: por un lado, la *afirmativa*, que admite que las normas creadas por la vía de la reforma constitucional estén incluidas en los contenidos del control jurisdiccional de constitucionalidad, posición, ésta, que luego de tal afirmación se divide entre quienes distinguen y quienes no distinguen las cuestiones de *sustancia* y las cuestiones de *procedimientos*; por otro lado, la *negativa*, que rechaza totalmente la perspectiva de que el control de constitucionalidad pueda recaer sobre el ejercicio del poder constituyente reformador, que estaría exento de toda posible verificación jurisdiccional por parte de órganos del poder constituido, como es la Corte Suprema entre nosotros.

La cuestión que esbozamos ha sido ampliamente tratada en la polémica Linares Quintana-Cueto Rúa, donde constan los razonamientos y los antecedentes que pueden llevar a un resultado o al otro.<sup>201</sup> Por esa razón y, además, por la circunstancia de que las respuestas afirmativa y negativa son una consecuencia lógica de los presupuestos que se afirmen en materia de validez de la Constitución y de límites del poder constituyente, es que no vamos a reiterar acá ese cúmulo de afirmaciones doctrinales, remitiéndonos a su lectura de origen. Asimismo, la cuestión queda en alguna medida comprendida en el gran problema de la justiciabilidad de las llamadas “cuestiones políticas”, sobre el cual nos hemos expedido en numerosas oportunidades, a las que también nos remitimos *brevitatis causa*.<sup>202</sup>

Pero a pesar de todo ello, antes de concretar nuestra posición al respecto, es conveniente desglosar de nuevo las diversas hipótesis en juego: las cuestiones de procedimiento y las cuestiones de sustancia o contenido. Mientras que en la jurisprudencia de nuestro país no existe excepción

201 Véase Linares Quintana, “¿Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional?”, *La Ley*, t. 34, pp. 1153 y ss.; también en *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 2, pp. 143-163.

Cueto Rúa, “¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional? A propósito de un trabajo de Segundo V. Linares Quintana”, *La Ley*, t. 36, pp. 1100 y ss.

202 Véase las siguientes obras de Vanossi, Jorge Reinaldo A., “Poder moderador”, *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. 22, p. 487; “La Corte Suprema: ¿tribunal o poder?”, *Revista Jurídica de San Isidro*, III-1969, p. 237; “El fallo ‘Baker vs. Carr’ y la justiciabilidad de las cuestiones políticas” —en colaboración con Pablo A. Horvath—, *La Ley*, 14 y 15 de mayo de 1964, “Félix Frankfurter y su aporte a la jurisprudencia constitucional”, *Jurisprudencia Argentina*, 26 y 27 de agosto de 1965, “El juicio de las elecciones”, *Jurisprudencia Argentina*, 8 de noviembre de 1963. “Hacia una plena justiciabilidad”, *Gaceta de Paz*, 4-6 de noviembre de 1963; “Las facultades privativas ante la dimensión política del Poder Judicial”, *Jurisprudencia Argentina*, 9 y 10 de marzo de 1971. En este último trabajo se puede ver nuestra posición más decantada sobre tan escabroso tema.

alguna a la regla de la no-justiciabilidad en materia de *sanción* y *aprobación* de normas legales, en los Estados Unidos de América ha sido posible discriminar embrionariamente los diversos supuestos:

1. *Matters of substance* son “cuestiones políticas”, no justiciables (*political questions*)
2. *Matters of procedure* (*procedimientos*)
  - a) en la jurisprudencia de los Estados: es cuestión justiciable.
  - b) en la jurisprudencia federal: b’) durante el siglo XIX no era justiciable, b’’) en el siglo XX sí es justiciable.

Esa distinción la caracterizamos de “embrionaria”, por cuanto no está definitivamente formulada con precisión y en todos sus alcances, debido a que la Corte Suprema de aquel país no ha tenido aún la oportunidad de pronunciarse en todas las hipótesis posibles (por ejemplo, en materia de contenido, si se tratara de una enmienda totalmente contradictoria con los fines de la Constitución vigente, etcétera). Y en materia de procedimientos, cabe recordar lo que dice Linares Quintana en el sentido de que en ese rubro ha habido casos que fueron considerados “cuestiones políticas” y por ende fueron eximidos del control judicial: *v. gr.*, en el caso *Coleman vs. Miller* (año 1939) se dijo que el efecto del rechazo previo de una enmienda por un Estado y el intervalo de tiempo en el cual los Estados podían ratificar la enmienda, eran cuestiones no justiciables. Por último, en materia de *validez* es famoso el caso *Luther vs. Borden*, con motivo de la rebelión de Dorr en Rhode Island —en el siglo pasado— en que la Corte Suprema declaró “cuestión política” la consideración de la validez de una reforma.<sup>203</sup> En el plano doctrinal, la cuestión y sus antecedentes jurisprudenciales han encendido la polémica entre los juristas norteamericanos, pues según muchos de ellos, esta apertura judicial hacia la justiciabilidad de las sanciones constitucionales podría conducir a la negación de la validez de normas supremas, lo que sería equivalente a la declaración *de que el*

203 El caso *Luther* fue resuelto en 1849; puede consultarse en Cushman, *Práctica constitucional*, Buenos Aires, Omeba, p. 230; o directamente en la colección oficial de fallos de la Corte Suprema estadounidense: *Luther vs. Borden, Howard*, t. 7, p. 1.

*tribunal mismo no existe*, ya que es creación de aquellas normas fundamentales.<sup>204</sup>

En nuestro país, la Corte Suprema inició en 1893, con el caso *Cullen vs. Llerena* (*Fallos*, 53-420), la tesis mayoritaria de ese tribunal en el sentido de que la jurisdicción no llega a los casos en que se ventila la *forma* en que el Congreso ha sancionado las leyes (se trataba de una cuestión en torno del artículo 71 de la Constitución), estimando “que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejerce las facultades que ella les confiere respectivamente”. Sobre la base de esta premisa, la Corte Suprema se ha inhibido de intervenir en numerosas oportunidades en que la cuestión recaía sobre posibles vicios en el *procedimiento* seguido para la sanción y promulgación de las leyes: así, cuestiones de quórum, mayorías, votaciones, veto, etcétera.<sup>205</sup> Hasta que finalmente, en 1963, la Corte tuvo oportunidad de expedirse sobre una impugnación al artículo. 14 *bis* o 14 *nuevo* de la Constitución, sancionado por la Convención de 1957, norma a la cual se pretendía negar validez en razón de que la Convención —al quedar definitivamente sin quórum en la sesión posterior a su sanción efectiva— no pudo aprobar el acta de la sesión correspondiente. En el caso “*Soria de Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hermanos*” (*Fallos*, 256-558) la Corte rechazó la impugnación con fundamento en la exigencia institucional de preservar la separación de los poderes del Estado, asegurando a cada uno de ellos el goce de la competencia constitucional que le concierne en el ámbito de su actividad específica”, trasladando al ámbito constituyente la doctrina jurisprudencial que se había aplicado en el caso “*Cullen vs. Llerena*” en la esfera de la creación legislativa por el poder constituido.<sup>206</sup>

204 Véase Linares Quintana, *op. cit.*, *supra*.

205 Véase Vanossi, Jorge Reinaldo A., “Problemas constitucionales del veto”, *Revista Derecho del Trabajo*, año XXVI, núm. 6, junio de 1966, pp. 291-300. Pueden verse las sentencias de la Corte Suprema en *Fallos*, 53-420; 141-271; 143-131; 210-855; que ilustran sobre la tradicional abstención de la Corte en el control *extrínseco* de constitucionalidad.

206 La Corte Suprema sostuvo: “que reconocida, pues, la facultad del Poder Legislativo para aplicar la Constitución dentro de los límites de su legítima actividad, no constituye cuestión justificable la consistente en el modo en que aquél cumplió las prescripciones constitucionales atinentes al punto mencionado en el primer considerando. Tal principio sólo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley.

“Que si ello es así con respecto a la observancia del procedimiento constitucional vigente para las Cámaras del

En disidencia, el juez Boffi Boggero defendió la tesis de la plena justiciabilidad, siguiendo un razonamiento en todo coherente con la posición sustentada por él en casos análogos sobre la extensión del poder de revisión judicial para el control de constitucionalidad en las llamadas *cuestiones políticas*, que se originan en el ejercicio de *facultades privativas* de los poderes políticos.<sup>207</sup>

Congreso, con mayor razón la intervención de esta Corte tampoco es pertinente para decidir, como se pretende en el caso, si el artículo 14 nuevo de la Constitución nacional fue sancionado de conformidad con las normas del reglamento interno dictado por la Convención Constituyente de 1957, relativas a la exigencia de la aprobación, por dicho cuerpo, de las versiones taquigráficas de sus sesiones. No resultando comprobado que la sanción de la norma constitucional impugnada se encuentra comprendida en el supuesto excepcional precedentemente recordado, la índole de las objeciones formuladas en el caso reafirma la estricta aplicabilidad, en el *sub lite*, de la jurisprudencia a que se ha hecho mención”.

En este fallo, la Corte afirma *obiter dictum* (a mayor abundamiento) que el control sería posible, con lo que su decisión hubiera sido distinta, en el caso de controvertirse la existencia misma de una norma. No nos parece clara la diferencia entre esa hipótesis-límite y la del caso juzgado, pues acá también estaba en juego la validez y, por lo tanto, la existencia del artículo 14 nuevo de la Constitución nacional. La dificultad apuntada es la que nos lleva con más fundamento a pensar que la impugnación de los vicios procesales de una reforma no es —o no debe ser considerada— una “cuestión política” y, por ende, a admitir su plena justiciabilidad. Es la misma tesis que creemos debe imponerse para todos los casos de impugnación de las leyes por defectos de procedimiento en su sanción y promulgación.

207 “8o.) Que la opinión adversa al juzgamiento por esta Corte, encuentra su raíz en una doctrina que, con invocación del principio de la separación de los poderes, en realidad detrae al Poder Judicial el conocimiento de causas en las cuales, con fundamento precisamente en aquel esencial principio, ha de intervenir, según lo establecen los artículos 100 y 101 de la Constitución nacional y normas afines. En efecto, para referirse a esas causas, el infrascrito expresó, en *Fallos*, 243-260, 264, “que los poderes políticos deben ejercer sus facultades respectivas sin afectar los derechos y obligaciones establecidos por el ordenamiento jurídico, porque lo contrario transformaría las facultades privativas en facultades sin control de los jueces. Que ello es así porque una cosa significa la política en sí misma y una u otra es el derecho político que regula jurídicamente la vida de aquélla; y una es, en consecuencia, la política en materia de elecciones y una muy diferente es el derecho electoral que regula.

Que cuando las transgresiones de los poderes políticos afectan la materia sometida a la competencia jurisdiccional de esta Corte, se impone la sustanciación de las causas respectivas para decidir, en consecuencia, sin que esos poderes del Estado puedan legítimamente alegar que se trata del ejercicio de facultades privativas (*Fallos*, 147-286)”.

Esa doctrina fue sostenida en numerosas oportunidades, por lo que cabe la remisión *brevitatis causa* a cada una de ellas (*Fallos*, 248-61 y 66, 253-386, 389...).

“9o.) Que a este respecto, cabe recordar que el pueblo, mediante su decisión constituyente, distribuyó en tres poderes la potestad de gobierno, fijando a cada una su esfera. Al Poder Judicial le asignó la de decidir las causas mencionadas en los aludidos artículos de la Constitución nacional.

“10o.) Que si por parte legítimamente interesada se niega la existencia válida de un precepto constitucional, a mérito de no haberse guardado el procedimiento establecido por la Convención Constituyente, o se sienta como necesaria la convocatoria de una nueva Convención que, al declarar existente la norma, en rigor la crearía en su misión específica, que no es de *juzgar* sino de *constituir*; o

También en Argentina, en el plano doctrinal y teórico, las posiciones están divididas: la mayoría de los autores no se ocupa del problema, o se pronuncia negativamente, en consonancia con una posición adversa a la justiciabilidad de las cuestiones políticas.<sup>208</sup>

Cueto Rúa admite el control de constitucionalidad en materia de procedimiento y, también como vía parra atacar el contenido de la reforma en los casos en que existe prohibición por tratarse de cláusulas

bien el juzgamiento de la materia correspondería —no en violación sino, a la inversa, en auténtico uso del principio de la separación de los poderes— a la justicia, por haberle la Convención Constituyente, como se dijo, atribuido esa misión a ella y no al Poder Ejecutivo ni al Poder Legislativo (artículo 95 y afines de la Constitución nacional). La materia *sub examen* es, en consecuencia, claramente justiciable” (cfr. *Fallos*, 256-561).

208 Por ejemplo, Luis Botet comparte la tesis de la no-justiciabilidad de la reforma constitucional, sumando otros argumentos. Dice al respecto: “Porque un nuevo texto “constitucional” lo es en el sentido pleno de la palabra; previa la aprobación por los poderes políticos previstos para el caso, pasa a integrar la Constitución con idéntico valor que el resto del texto preexistente. Una Constitución es un todo orgánico y no un conglomerado de normas independientes. Por ello enseña Alberto G. Padilla que sí se alegase contradicción entre un artículo reformado y uno o varios artículos no reformados, esa identidad absoluta de valor determina que se trate de *un problema de interpretación* con relación al asunto judicial en litigio, pero jamás de inconstitucionalidad del texto nuevo.

Adviértase que si fueran oponibles tales textos, más validez tendría el últimamente sancionado por ser norma posterior. Si la reiteración de fallos judiciales que por vía interpretativa dejare sin virtual aplicación el texto nuevo, afectare la constitución social del pueblo, éste podrá corregir la contradicción por el mecanismo de la reforma y decidir en forma clara cuál es su voluntad constitucional”. Cfr. *Reforma constitucional*, 1969, tesis de doctorado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, pp. 22 y 23.

Más adelante agrega este autor: “Al Poder Judicial le corresponde asegurar que la aplicación de la ley a casos concretos se ajusta a la Constitución; el texto de ésta es reservado a los poderes constituyentes, con la participación de los poderes políticos constituidos” (p. 23). Y por último, Botet se pregunta qué significación tendrían los pronunciamientos judiciales adversos a la constitucionalidad de una reforma, cuando los demás poderes del Estado —tanto los constituidos como el poder constituyente— han estado coincidentes en la promoción y aprobación de esa reforma: “Serían actos contrarios a la Constitución social vigente, actos que determinarían necesariamente el juicio político a cargo de parte de aquella misma representación popular, imputándoseles exceso de las atribuciones específicas. Y si fuere la mayoría de la Suprema Corte nacional la que mantuviese esta oposición, mientras no se corrigiere la situación por dicho juicio político, o por derogación de la reforma en posterior convención, existiría un conflicto de poderes con cesación del Estado de derecho, pues habría un texto constitucional válido para los poderes políticos y otro, opuesto, para el Poder Judicial. Al no haber un texto único, la doctrina de la supremacía de la Constitución sería letra muerta” (p. 25). En rigor de verdad, los temores manifestados por Botet no se concretarían, ya que la decisión de la Corte Suprema es última y final. Lo que es cierto, en cambio, es que un fallo de la Corte negando la constitucionalidad de una reforma no tendría efecto derogatorio de ésta. En ese caso, lo más probable a ocurrir sería la reunión de una nueva Convención Constituyente, a fin de confirmar las normas irregularmente sancionadas por la anterior o anularlas *erga omnes*. Un fallo judicial, aun de la Corte, sólo tiene efecto *inter partes*; es menester un pronunciamiento de la Convención para producir la derogación total de la norma cuestionada.

pétreas;<sup>209</sup> Linares Quintana extiende esa posibilidad a todas las hipótesis, admitiendo expresamente que cabe declarar la inconstitucionalidad de una reforma que esté en conflicto con los principios básicos o el espíritu de la Constitución;<sup>210</sup> Bidart Campos sostiene la tesis de la plena justi-

209 *Cfr. op. cit., supra.* Cueto Rúa distingue tres supuestos:

a) Sentencia de tribunal supremo en única y última instancia, que convalida una reforma inconstitucional: se opera una *revolución* por la acción conjunta del poder constituyente y del Poder Judicial.

b) Sentencia apelable de tribunal inferior que declara la constitucionalidad de una reforma inconstitucional: no es *revolución*; el mismo ordenamiento positivo prevé la posibilidad de la sentencia que no esté de acuerdo con las normas superiores, y las juridiza en el sentido de lo lícito, por *habilitación*.

c) Que por diversos motivos, otros órganos del Estado puedan imponer coactivamente la reforma constitucional, no obstante los vicios que la afectan y la declaración de inconstitucionalidad hecha por el tribunal: es un caso de *revolución*.

En el primer caso (a), si la sentencia tiene *vigencia*, resulta convalidada jurídicamente por la “norma fundamental” kelseniana; y la unicidad de esta norma se recobra por apelación al supuesto epistemológico del primado del derecho internacional.

Con respecto a los contenidos pétreos *implícitos*, estima Cueto Rúa que si se afirma la inconstitucionalidad de una reforma que afecta contenidos de derecho natural, entonces, la misma cuestión de validez ofrecen las leyes, las sentencias, las reglamentaciones, los negocios jurídicos, en cuanto contradigan las prescripciones eternas e invariables, inviolables del derecho natural. En consecuencia, cualquier norma jurídica —según la tesis jusnaturalista— carecería de validez, una vez comprobada su discordancia con el derecho natural. Cueto Rúa, obviamente, rechaza esta tesis. Y con relación a los límites procesales y a los límites expresos de contenido, el mismo autor considera que la Convención Constituyente una vez reunida en forma legal es *soberana* para pronunciarse *positiva* o *negativamente* sobre la reforma propuesta, pero nada más: si excede dichas facultades, habrá *revolución* (jurídicamente hablando).

210 “A nuestro juicio, ninguna convención reformadora podría, en nuestro país, ejercitando el poder constituyente constituido o derivado —regulado por el artículo 30 de la ley suprema—, sancionar válidamente una reforma total o parcial de la Constitución que afectara los principios fundamentales que hacen a su esencia misma, y el Poder Judicial, en cuanto guardián de la Constitución y de la supremacía de ésta, tendría competencia para declarar la inconstitucionalidad de una enmienda semejante que comportaría la destrucción de la Constitución, según la terminología de Schmitt, o un fraude a la Constitución, conforme con la calificación de Liet Veaux” (*cfr.* Linares Quintana, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, t. II, p. 484).

Por su parte, Arturo Enrique Sampay se aproxima más a la opinión de Cueto Rúa, en el debate sobre este punto. En efecto, estima “que las interdicciones jurídico-positivas a que se encuentra sometida una convención constituyente *de jure*, convocada para una reforma total, deben encontrarse expresamente establecidas en la Constitución y, por tanto, una convención constituyente *de jure*, que no tenga ante sí cláusulas pétreas, inmodificables, puede sustituir una Constitución, necesariamente informada por una cierta idea del Estado, con otra animada por una concepción filosófica radicalmente distinta. Con este sentido es acertada la refutación de Cueto Rúa..., siempre que la cuestión se explique sobre el campo de la dogmática jurídica y renuncie a mixturar este problema con una colisión entre el derecho natural y lo resuelto por una convención constituyente *de jure*, pues esta tensión pertenece al campo de la filosofía moral y desemboca en el problema del derecho de resistencia a la opresión, extraño a la dogmática jurídica y oriundo de la moral” (“Las facultades financieras de las convenciones constituyentes”, *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, 1951, p. 103).

ciabilidad que hace jugar en los casos de violación por el poder constituyente reformador de los contenidos pétreos establecidos en la Constitución originaria.<sup>211</sup>

En los países de Europa, por su parte, no existen definiciones constitucionales expresadas en esta materia. Sin embargo, nosotros pensamos que la tendencia desarrollada por las Constituciones de Italia y Alemania Federal al establecer una “Corte Constitucional” la primera, y un “Tribunal de Garantías Constitucionales” la ley fundamental de la segunda, están abriendo la posibilidad de un control sobre los actos del poder constituyente reformador, desde el momento que recae sobre la *jurisdicción constitucional* así creada la competencia para controlar la regularidad del proceso legislativo, y es sabido que en esos países la reforma constitucional es materia del órgano parlamentario, y no de un cuerpo constituyente *ad hoc*. En el caso de Italia, no ha sido excluido de ese control la faz o el aspecto procesal y formal de la sanción de las leyes (como ocurre por vía de interpretación en nuestro país, a partir del caso “Cullen”), lo que reafirma la orientación amplia con que se ejerce la nueva función de control de constitucionalidad.<sup>212</sup>

211 “La existencia de límites conduce a sostener que cuando una reforma se lleva a cabo sin respetarlos —sea porque en el procedimiento no se atiende a las formas preestablecidas, sea porque en cuanto a las materias viola los contenidos pétreos— la enmienda constitucional es *inválida o inconstitucional*. El vicio o defecto en el ejercicio del poder constituyente derivado invalida el producto surgido de una reforma que se ha realizado sin habilitación” Bidart Campos, Germán J., *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1972, p. 81.

Puede considerarse que esta posición doctrinal tiene antecedentes del siglo pasado en el derecho constitucional argentino; v. gr., Gorostiaga, Manuel, *Facultades de las convenciones constitucionales*, publicado en Rosario en 1898, puede leerse que “un cuerpo representativo, llámese convención constitucional o lo que se quiera, reunido por mandato de la Constitución, que intentara alterarla en su esencia, o sacrificar los principios sobre los que descansa, sería un cuerpo revolucionario, alzado contra la Constitución misma, y contra la voluntad de la nación, expresada por todos sus órganos legítimos” (*op. cit.*, pp. 45 y 46); y más adelante dice: “Colocar las convenciones constitucionales, en una órbita incondicionada, sería crear un poder superior al pueblo mismo que lo crea, es decir, caer en la demencia” (p. 52); y por último: “Un paso fuera de los principios cardinales de la Constitución, sería un paso hacia la revolución, que no tiene ley superior sino la fuerza” (p. 53). Sin embargo, la posición no parece irreductible, pues el mismo Gorostiaga admite lo que en la actualidad acepta Bidart Campos para el supuesto de que cambie o se modifique la *estructura social subyacente*, aunque dicho con otras palabras: “En tanto que *el pueblo* no reasuma la soberanía, declare caduca la ley orgánica y fundamental, sobre la cual ha construido un gobierno propio, no hay autoridad, dentro de la nación, con capacidad para alterar el gobierno constituido, o destruir los principios sobre los cuales descansa” (pp. 47 y 48).

212 Véase Petriella, Dionisio, *La Corte Constitucional italiana y la Corte Suprema argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1960; Paolo Biscaretti, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 545-583; Guido Gonella, “Problemas morales y jurídicos de la experiencia constitucional italiana”, *El Derecho*, 29 de noviembre de 1963. En el sistema “kelseniano” (Austria-Alemania-Italia) la declaración

Pensamos que en el caso de Francia, en nuestra opinión, también se insinúa una apertura hacia el control —a pesar de los antecedentes refractarios en la materia—, desde el momento que en la Constitución actual (1958) el “Consejo Constitucional” vela por la regularidad de las operaciones de *referéndum* (artículo 60), y es este procedimiento una de las vías previstas para concretar la reforma de la Constitución (artículo 89).

De todos modos, no hay que olvidar que la corriente francesa fue siempre adversa a todo sistema de control que no fuera el control político, por lo que es más fácil esperar una orientación de apertura en los países que —como Italia y Alemania Federal— han optado por el modelo kelseniano de la Constitución austríaca de 1920, que fue la iniciadora del sistema de la jurisdicción constitucional consistente en crear un tribunal o corte con la función monopolizadora de asumir el control de la constitucionalidad (sistema concentrado), a diferencia del sistema norteamericano que deposita ese control en todo el Poder Judicial (sistema difuso).<sup>213</sup>

No sería justo cerrar esta mención europea sin antes recordar que en el plano doctrinal se registra —precisamente en Francia— un categórico pronunciamiento en favor de la revisión judicial de la constitucionalidad de las reformas constitucionales: es la opinión sin reservas de Hauriou, que avanza hasta el extremo —consecuente con su idea— de llevar dicho control al terreno de la defensa de la “superlegalidad constitucional” como medio de preservar el fondo o contenido de la Constitución en que radica su legitimidad;<sup>214</sup> posición, ésta, que está reflejada entre nosotros

de inconstitucionalidad surte efecto derogatorio con respecto a la norma cuestionada, a diferencia del sistema “americano”, que sólo vale para el caos y la norma únicamente puede ser derogada por el legislador. Un sistema intermedio fue el de la República española (1933), en que los efectos eran sólo para el caso cuando se trataba de vicios de contenido, pero eran totales (anulación de la ley) cuando se trataba de vicios de forma o procedimiento. Véase Poviña, Jorge A., *op. cit.*, *supra*, pp. 219 y 220.

213 Véase Vanossi A., Jorge Reinaldo, “La Corte Suprema: ¿tribunal o poder?”, *Revista Jurídica de San isidro*, 1969, t. III, pp. 237-253.

214 Al defender el sistema jurisdiccional-judicial de control, Maurice Hauriou proclama que “la ley constitucional misma no debe escapar al control del juez; hay ocasiones en que el control podría ejercerse sobre ella. Por ejemplo, en el caso de que la Constitución se haya revisado irregularmente, sin observar el procedimiento formal, o bien, en cuanto al fondo, en el caso de que la enmienda constitucional está en contradicción con esta *legitimidad constitucional* de que hemos hablado, que es superior a la superlegalidad misma, porque ésta se compone de principios, y los principios son siempre superiores a los textos...”; y añade Hauriou: “Después de todo, ¿por qué el juez, dentro de los límites de sus poderes constitucionales, no ha de poder juzgar la ley constitucional como juzga la ley ordinaria y como juzga el reglamento? No hay razón de principio que a esto se oponga; por afirmativa”, *Derecho público y constitucional*, Reus, p. 334.

en el pensamiento ya comentado de Bidart Campos y, en materia de justiciabilidad, en una solución que *in extremis* no difiere de la asumida por Linares Quintana, que también parece compartida por Orlandi<sup>215</sup> y por González Calderón.<sup>216</sup>

Para todos estos autores no queda otra salida que la admisión expresa o implícita de un pleno ejercicio de la justiciabilidad de la reforma constitucional, pues de lo contrario se correría el peligro de que no tuviera sanción o pena una violación a la prohibición de reformar ciertos contenidos de la Constitución. Por coherencia y eficacia, estos autores deben aceptar un control jurisdiccional amplísimo, sin límites o excepciones.

## VI. LA NORMA DE HABILITACIÓN

Para poder concretar nuestra posición en la materia en discusión, o sea, en el debate sobre la posible inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución, es menester previamente desarrollar la construcción argumental de la “norma de habilitación”, que ya hemos utilizado en otra ocasión para fundar la constitucionalidad del Concordato de 1966.<sup>217</sup> De esta “norma de habilitación” se han ocupado en nuestro país muchos autores, y con particular referencia al problema de la creación constitucional: Cueto Rúa<sup>218</sup> y Poviña,<sup>219</sup> pero acudiremos directamente a la fuente de su explicación.

La idea que encierra la *norma de habilitación* ha sido tomada en la obra de Fritz Schreier titulada *Conceptos y formas fundamentales del*

215 Véase Orlandi, Héctor Rodolfo, “La Constitución argentina: inmutabilidad y problemática”, *La Prensa*, 9 de agosto de 1969 y *La Ley* del 11 de noviembre de 1970, bajo el título de “La Costitución argentina y el cambio de estructuras”.

216 Véase González Calderón, J., “Las bases necesarias y permanentes de la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1929, t. 8, núms. 28 y 29, p. 658, citado por Linares Quintana, *Tratado...*, t. II, p. 161.

217 Véase Vanossi, Jorge Reinaldo, *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, Coloquio, 1969, pp. 263-273. Asimismo, véase el comentario de Humberto Quiroga Lavié, *La Ley* del 9 de marzo de 1970.

218 Véase los trabajos ya citados *supra*, de Cueto Rúa, especialmente en su respuesta a Linares Quintana sobre el problema de la justiciabilidad de una reforma constitucional.

219 Véase el magnífico trabajo titulado “El poder constituyente, los jueces y la Constitución”, de Poviña, Jorge A., *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán*, núm. 13, año 1956, pp. 187-260, especialmente la p. 245.

derecho, en la cual se propone el esbozo de una teoría formal del derecho y del Estado sobre una base fenomenológica, que culmina en el capítulo referente al Estado con el estudio de los problemas que se derivan de la positividad de las normas y los conflictos de significaciones opuestas entre normas jerárquicamente distintas.<sup>220</sup> La positividad o postulación de las normas sugiere dos aspectos de los hechos: su significación y el portador. Ahora interesa el primero, tratándose de un orden jerárquico de normas: “La relación fundamental entre las significaciones consiste en que la significación de grado inferior no puede rebasar los límites que le impone la de grado superior, ya que de lo contrario carecería de validez”.<sup>221</sup> De esta regla general, propia de toda supremacía y, por ende, también de la primacía constitucional, resulta el límite impuesto a toda significación inferior por el grado superior, en tal medida que cabe decir que “el grado inferior se halla contenido en el que le está supraordinado”,<sup>222</sup> quedando planteado el interrogante lógico de cómo dar solución al traspase de límites o extralimitación de grados que pueda ocurrir.

La respuesta es la *sanción*, por la que se quita validez jurídica formal a la norma producto de esa extralimitación; dado que ese grado inferior que ha sobrepasado los límites del grado superior es *un hecho dependiente* o nuevo hecho de positividad que ha ido más allá o en contra mismo de su fundamento en la fuente o hecho jurídico fundamental. Ha traspasado los límites de significación impuestos por la norma suprema (Kelsen), a la que Fritz Schreier denomina “hecho jurídico fundamental”.<sup>223</sup>

Pero puede acontecer que la consecuencia prevista no es la sanción y, en tal caso, se equipara el resultado de validez con el de ausencia de extralimitación, en manera tal que el acto dado en exceso no carecerá de validez jurídica, no perderá su significación.<sup>224</sup> Esto es así merced a lo que el autor llama la *norma de habilitación*, es decir, aquella norma “que equi-

220 Schreier, Fritz *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, traducción de Eduardo García Máynez, Buenos Aires, Losada, 1942, Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social.

221 *Cfr. ibidem*, p. 266.

222 *Idem*.

223 *Ibidem*, p. 264.

224 “En el ámbito de un ordenamiento jurídico especial puede haber una norma a la que el hecho jurídico de la postulación le otorgue, en el caso de una extralimitación del sentido señalado por la norma superior, las mismas consecuencias que hubiera tenido de no existir la extralimitación”, *ibidem*, p. 267.

para el hecho de postulación de otra al de una norma válida y considera la postulación nula como si no lo fuera, basándose solamente en la existencia de un hecho exterior”;<sup>225</sup> figura que implica el siguiente enunciado:

Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación de grado superior, deben producirse las consecuencias jurídicas establecidas en la norma nula. De este modo y mediante un rodeo —a través de la norma de habilitación— el precepto nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido.<sup>226</sup>

Llegamos al sitio del razonamiento que nos da la pauta para la reforma de la Constitución. ¿Cómo puede darse la habilitación a ese nivel? Pues, sencillamente, por la falta de un recurso, por la imposibilidad de impugnación, por la carencia de un medio que quite validez a la norma de significación inferior que contradice a la superior. Por esa vía, es decir, por la inexistencia de un recurso que impida la habilitación, que evite la consumación de la consecuencia jurídica prevista (sanción), se produce, precisamente, la habilitación. En definitiva, *la habilitación equivale a la no impugnación*, a la imposibilidad de impugnación; y ésta es la acepción máxima del concepto de habilitación como hecho jurídico inatacable,<sup>227</sup> vale decir, que “un hecho de postulación no puede ser destruido por otro cuyo sentido se opone al del primero”.<sup>228</sup>

A los efectos de la reforma constitucional, la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema hace que la Constitución opere como una norma de habilitación, ya que por su interpretación (casos *Cullen* y *Pulenta Hnos.*) se excluye la posibilidad de su impugnación. En tales condiciones, se acude a la norma de habilitación como una estructura apriorística del ordenamiento jurídico, que opera como una instancia convalidante en los casos de conflictos entre normas de diferente jerarquía; y que por ello mismo muestra bajo qué condiciones es posible afirmar la validez de una decisión, no obstante su aparente contradicción con normas de mayor jerarquía. Aquí la norma de habilitación juega

225 *Cfr. ibidem*, p. 268.

226 *Idem*.

227 “El ejemplo más importante de hecho jurídico absolutamente inatacable es la Constitución rígida, ya que ésta sirve de base, como hecho fundamental de la positividad, no susceptible de impugnación, a todos los demás hechos de postulación”. *Ibidem*, p. 271.

228 *Ibidem*, p. 272.

u opera en el sentido de la no impugnabilidad de esta norma, es decir, de las reformas a la Constitución que sancione el constituyente “derivado”.

El argumento de la norma de habilitación sirve tanto para cubrir la hipótesis de violaciones *procesales* como el caso de violaciones *sustanciales* en el camino de la reforma constitucional. El órgano convalidante, en el caso argentino de la jurisprudencia vigente, es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que lo hace con la declaración de no-justiciabilidad de las cuestiones que pudieran suscitarse con motivo de una reforma: violaciones de forma o violaciones de prohibición de contenido. Ésta es, exactamente, la función que tiene en teoría la *norma de habilitación*.<sup>229</sup>

La citada norma permitiría distinguir dos supuestos de validez en materia de reforma de la Constitución, a saber:

- a) Que la reforma sea hecha *regularmente*, es decir, conforme con las prescripciones de forma y de fondo que contiene la Constitución vigente, sin violación alguna, en cuyo caso es fácil (o automático) extraer una conclusión de validez del acto; o
- b) Que la reforma sea hecha *irregularmente*, ya sea por violaciones de contenido o de procedimiento a lo que determina la Constitución vigente, pero que por la vía del órgano y de los mecanismos de impugnación esas impugnaciones queden rechazadas y, por lo tanto, las normas así creadas obtengan firmeza y convalidación.

Si acontece la segunda hipótesis, es decir, la sanción irregular y el rechazo de las impugnaciones, como es la Corte Suprema el órgano que en nuestro país tiene la palabra final en materia de control de constitucionalidad, podemos afirmar que es ella la que tiene la facultad de *habilitación*. La Corte tendrá así la posibilidad, en cada caso, de confirmar la norma o de privarla de validez.<sup>230</sup> Tal poder en manos de la Corte

229 Dice Quiroga Lavié, en comentario citado *supra*: “La norma de habilitación opera como razón de validez de las normas inconstitucionales dictadas por órganos que en dicha función no se encuentran controlados”.

Por su parte, Vilanova entiende que a tenor de la norma de habilitación, la norma superior prescribe que la inferior pueda crearse con el procedimiento y contenido que ella determina, o con cualquier otro procedimiento y contenido, siempre que sean convalidados por el órgano autorizado al efecto. “Exposición de la teoría pura del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 40, 1954, p. 34.

230 Véase Linares, Juan Francisco, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 250. El mismo autor afirma que “bajo cualquier sistema jurídico es necesario reconocer que toda norma jurídica *vigente* dictada por un órgano, sea ella regular o no

Suprema coloca a la Constitución en situación de *ser rígida o ser flexible* según la interpretación que ese órgano jurisdiccional realice sobre las distintas cláusulas constitucionales y sobre los aparentes conflictos entre éstas y otras normas que se crean en su consecuencia; con lo que se vería una vez más confirmada la verdad de aquella aseveración —que a primera vista puede parecerse exagerada— según la cual la Corte Suprema es algo así como una convención constituyente en sesión permanente.

En realidad, por la vía de la habilitación, lo que ocurre es que con la convalidación hecha por la Corte Suprema adquieren carácter constitucional —y si se trata de una reforma, adquieren carácter supremo o fundamental— actos normativos que se producen como si la Constitución fuera flexible en vez de rígida.

Esto no se ve tan claramente entre nosotros, como se puede ver en otros ejemplos, porque en el régimen argentino la rigidez no es sólo formal sino que tiene un grado orgánico, habida cuenta de que la reforma se produce por un órgano distinto del legislativo ordinario; pero de todos modos, la construcción de la habilitación viene a significar, en la práctica, un atentado contra las pretensiones de la rigidez.<sup>231</sup>

La creación normativa irregular e inconstitucional, pero que resulta convalidada por la “habilitación”, pertenece en definitiva a la categoría que Ymaz denomina “soluciones jurídicas con una base normativa mínima”, que se operan por la convalidación definitiva del órgano jurisdiccional supremo: en nuestro país, la Corte Suprema de Justicia. Así, en virtud de ello, advierte Ymaz que son posibles soluciones jurídicas definitivas (finales) *carentes de fuerza de convicción*, desde el momento que

—y salvo disposición en contra de otra norma superior—, es norma jurídica y vale en cierto modo mientras no sea dejada sin efecto por revocación o por anulación” (p. 249). Luego se refiere a la anulación, y agrega:

“Pero establecido el sistema de impugnación, es evidente que el procedimiento tiene siempre un punto final en el que un órgano supremo pronuncia la última palabra. Y esto tiene dos consecuencias muy importantes. La primera es que el solo hecho de que tenga fin el proceso de ataque a la norma irregular, ante un órgano final, implica la posibilidad de que se confirme la norma vigente o que se la deje sin efecto. Si ocurre lo primero, ella —pese a su irregularidad— tiene los mismos efectos que si hubiera sido regularmente dictada. Con lo que esa norma puede quedar *definitivamente* incorporada como *válida* al ordenamiento jurídico”, p. 249.

231 En el comentario citado *supra*, Humberto Quiroga Lavié observa que de ser llevada la argumentación hasta sus últimas consecuencias, “podría sostenerse que toda la Constitución nacional es flexible, pues como los jueces no invalidan las leyes inconstitucionales (sólo las declaran inaplicables al caso), el Congreso actuaría también sin control alguno como el Parlamento inglés”, p. 9.

la norma de habilitación implica “que la solución adoptada por el órgano más alto de la jerarquía jurisdiccional constituye el derecho que rige el caso, con prescindencia del acierto de la conclusión acordada”.<sup>232</sup>

*En síntesis:* sobre la base de los elementos teóricos conocidos y de los datos de nuestra dinámica constitucional, podemos afirmar, por nuestra parte, que:

- A) La doctrina seguirá discutiendo si en nuestro régimen constitucional existen cláusulas pétreas explícitamente establecidas (artículo 18, “para siempre”) y contenidos pétreos o inmodificables implícitamente consagrados (federalismo, república, etcétera), mientras que el artículo 30 admite la reforma de la Constitución en el “todo” o en cualquiera de sus partes.
- B) La jurisprudencia seguirá sosteniendo que las impugnaciones sobre las reformas constitucionales pertenecen al capítulo o a la categoría de las “cuestiones políticas” y, por tanto, son no-justiciables, por tratarse del ejercicio de facultades privativas de los poderes políticos.
- C) La Corte Suprema actuará, así, como órgano que consuma la “habilitación”, dando o confiriendo efectos convalidantes a posibles casos de reformas sancionadas inconstitucionalmente por supuestas violaciones de forma o de fondo a las prescripciones y a las limitaciones establecidas en la Constitución vigente.
- D) El rol asumido por el intérprete final de la Constitución (la Corte Suprema) convierte a dicho órgano en uno de importancia igual a una convención u órgano constituyente, imprimiendo, en consecuencia, a su función máxima de control de la constitucionalidad (sistema jurisdiccional) una nota soberana, en que la ilimitación del poder de sus jueces no encuentra otro límite que el límite político de la posibilidad de remoción de los integrantes de ese tribunal por medio del procedimiento de “juicio político” (artículos 45, 51 y 52 de la CN).
- E) En concordancia con nuestra postura que rechaza la existencia de los contenidos pétreos implícitos y relativiza completamente la operancia de las llamadas cláusulas pétreas explícitas (al punto de

232 Cfr. Ymaz, Esteban, “La continuidad jurídica”, *La Ley* del 13 de agosto de 1958.

aceptar su posible derogación, en aquellas Constituciones que existan, por la previa derogación de la norma que asigna el susodicho carácter pétreo, para poder así, enseguida, modificar los contenidos que se liberan de la prohibición reformativa), estimamos:

- a) Que no tiene sentido hablar de una revisión o control jurisdiccional *de contenido* sobre las normas creadas en ejercicio del poder constituyente de reforma o reformador.
- b) Que si se quiere modificar la situación actual de injusticiabilidad de las posibles impugnaciones a *la regularidad del procedimiento* seguido para la reforma de la Constitución, atacando violaciones o vicios que pudieran afectar la supremacía y rigidez en que se halla comprendida la norma del artículo 30 de la ley suprema, será menester neutralizar la actual jurisprudencia inhibitoria de la Corte Suprema asignando a este órgano expresamente la función de control para tales casos,<sup>233</sup> bien entendido que esto último no priva a la Corte de su posible función de “habilitación”, ya que sobre sus decisiones no recae ningún control superior (salvo el político, ya mencionado) y podría, en fin, seguir convalidando violaciones, pero ahora por la vía de la justiciabilidad (*v. gr.* sentenciando en un caso que no se registra violación, cuando en realidad sí la hubo).
- c) Que del cuadro mencionado se desprende que —salvo los supuestos excepcionales que mencionaremos— la Corte Suprema tiene la palabra final, ya sea: 1) *por justiciabilidad* plena que asuma, o bien, 2) *por habilitación* al negar recurso o acción impugnatoria frente a posibles violaciones del artículo 30; situación que se modifica: 1’) parcialmente, cuando por juicio político el Congreso decide remover la composición humana de la Corte y luego de ello se modifica —con la nueva composición— la orientación jurisprudencial vigente; 2’) *totalmente*, cuando ante un cuestionamiento de la validez constitucional de una reforma constitucional realizada en

233 Es lo que hemos propuesto en nuestro Proyecto citado *supra*, como parte de un nuevo artículo 30 de la Constitución nacional: “La regularidad del procedimiento de la reforma queda comprendida en los alcances del control de constitucionalidad de las normas”. *Cfr.* Vanossi, Jorge Reinaldo, *Sugerencias para una eventual reforma constitucional*, 1970.

aparente violación de los procedimientos indicados, el Congreso convoca a una nueva convención constituyente, la cual, reunida, decide resolver inapelablemente sobre el valor jurídico de la reforma anterior que se impugna, pero que además —para que su decisión no pueda ser enervada ulteriormente— establece categóricamente que ese acto suyo no podrá ser discutido en sede de los órganos constituídos que tienen a su cargo la función de control de constitucionalidad (entendemos que esta última es la única posibilidad cierta de evitar la “habilitación”, aunque siempre queda la hipótesis extrema de que el órgano constituido asuma *revolucionariamente* la decisión de desconocer la validez de esa prohibición y, erigiéndose en competente, decreta la nulidad de la primitiva reforma que fue impugnada).

El examen de esta cuestión no hace más que confirmar la diáfana explicación que Kelsen hace de la aparente “contradicción” entre normas de estratos diferentes, que no es tal —en términos lógicos— desde el momento que las normas de la Constitución relativas a la creación del derecho tienen el carácter de disposiciones *alternativas*, no existiendo la nulidad *ab initio* de las normas supuestamente infractoras, sino tan sólo una anulabilidad en virtud de la cual la norma es válida en tanto no se produzca el acto constitutivo del órgano con competencia para privar de efectos a dicha norma impugnada.<sup>234</sup> Estimamos que el razonamiento kel-

234 Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960, p. 158; “No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establece para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada”. También afirma Kelsen que “la alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto” (*ibidem*, p. 160). Es en consonancia con estas premisas que Kelsen considera que en el ámbito del derecho no hay jamás *nulidad* sino sólo *anulabilidad*, registrándose diversos grados de esta última, cuyas verificaciones siempre tienen carácter “constitutivo”, aun en los casos en que el efecto anulatorio es retroactivo (pp. 158-160): por lo que la nulidad absoluta es una noción metajurídica, que rebasa las fronteras del derecho. Véase Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., México, Imprenta Universitaria, pp. 185-192.

seniano es perfectamente aplicable al problema de la anulabilidad de una reforma constitucional, por cuanto en la sanción de ésta se trata —como ya vimos— del ejercicio de una competencia establecida en la misma norma superior (la Constitución) que regula la creación de leyes: estamos en el poder constituyente “instituído”.

## VII. UN JUEGO DE LÓGICA: ALF ROSS Y LA AUTORREFERENCIA

En su obra *Sobre el derecho y la justicia*, Ross se plantea el problema de la irreformabilidad —en términos lógicos— del propio artículo constitucional que regula el mecanismo de la reforma (v. gr., nuestro artículo 30); y en un trabajo posterior considera las críticas y refutaciones que recibió su argumentación, ensayando refutarlas y explicar con nuevos aportes cuál fue el verdadero alcance de su primera afirmación.<sup>235</sup> Vamos a referirnos brevemente a este divertimiento lógico, que el autor estima como “un difícil problema de derecho constitucional”.

Partiendo de la ya conocida afirmación de que el derecho regula su propia creación (Kelsen), en la versión de Ross encontramos que todo este proceso dinámico gira en torno de “competencias” y “autoridades”: las normas del derecho escrito reciben su *autoridad* de las normas de *competencia* que definen las condiciones bajo las cuales la sanción tendrá fuerza legal; y esas condiciones se refieren a la indicación de las personas u órganos que harán la creación, a los procedimientos que seguirán para ello y a los límites materiales que tendrán en el objeto de la creación. De esa manera, toda regla de competencia constituye una *autoridad*, entendiendo por tal a “una personificación de todo el proceso de creación del derecho definido a través de las reglas que se refieren a la competencia personal, procesal y material”.<sup>236</sup> Y como en un plano dinámico nos encontramos que el derecho creado mediante leyes muchas veces tiene por objeto erigir nuevas autoridades que a su vez pueden ser competentes para establecer otras autoridades, es decir, que una autoridad puede ser constituída por otra autoridad; entonces, como esta serie de *competencias* y *autoridades* no puede ser infinita, “surge la conclusión inevitable de que debe haber una autoridad suprema cuya competencia no de-

235 Véase Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1996, pp. 76-83 y *Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional*, en el volumen titulado *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, 1969, pp. 47-81.

236 Cfr. *Sobre la autorreferencia...*, cit., p. 50; y *Sobre el derecho...*, cit., pp. 77 y 78.

riva de ninguna otra autoridad”<sup>237</sup> o sea, que en última instancia “las normas más altas de competencia no pueden ser sancionadas, ellas tienen que ser presupuestas”<sup>238</sup>.

A partir de aquí, Ross observa que la norma que fija la competencia para proceder a la *reforma* de las leyes está establecida al mismo tiempo que la determinación del mecanismo para la *sanción* de esas leyes, o sea, en la constitución, siendo ésta la norma superior que a la vez que establece una neta diferenciación entre la autoridad *constituyente* y la autoridad *legislativa*, fija el procedimiento especial para su *reforma*. Y si recordamos que con respecto a las leyes la lógica indica que:

- a) Es imposible que una norma determine las condiciones para su propia sanción.
- b) Una proposición no puede referirse a sí misma, entonces debemos admitir lo mismo con relación a la constitución: ésta, como la ley, *no puede expresar las condiciones para su propia reforma*,<sup>239</sup> pues siempre la indicación del procedimiento para la sanción o para la reforma de una norma se halla lógicamente situado en otra norma de nivel superior, y no en la misma norma que es objeto de creación o de reforma. Llevando este razonamiento al caso de la constitución y su artículo que contiene la norma que establece las condiciones de la reforma, Ross estima que una norma así (*v. gr.*, nuestro artículo 30), aunque esté formalmente en la constitución, *no es derecho legislado sino presupuesto*: “no es lógicamente parte de la constitución, sino que comprende normas presupuestas de un plano más alto”, que a su vez no pueden establecer las condiciones para su propia reforma porque, si existieran, estarían establecidas en un plano más alto aún.<sup>240</sup>

¿Cuál es entonces la situación y el carácter que reviste la norma que regula el procedimiento de reforma de una constitución? Estamos ante el

237 *Cfr. Sobre la autorreferencia...*, cit., p. 51.

238 *Cfr. Sobre el derecho...* cit., p. 78.

239 *Cfr. ibidem*, p. 80.

240 Afirma Ross que si el artículo que regula la reforma (*v. gr.*, nuestro artículo 30) es reformado en la práctica por un procedimiento que se conforma a sus propias reglas, no es posible considerar al *nuevo* artículo como derivado del anterior o como válido en razón de ser derivado de éste: “Una derivación tal, presupone la validez de la norma superior y con ello la existencia continuada de la misma, y mediante derivación no puede establecerse una nueva norma que contraría la que le sirve de fuente”, *cfr. ibidem*, p. 80.

“cuello de botella” del razonamiento lógico. Y habiendo afirmado que no es una norma puesta sino *supuesta*, Ross no tiene otra salida que sostener que la norma en cuestión (v. gr., nuestro artículo 30) es *la norma básica* del ordenamiento jurídico del Estado,<sup>241</sup> que encarna *al más alto presupuesto ideológico* de dicho orden jurídico, no pudiendo ser considerada como sancionada por ninguna autoridad ni pudiendo ser reformada tampoco: cualquier reforma de esa norma que se lleve a cabo *en la práctica*, debe ser considerada como *un hecho a-jurídico* y nunca como creación por medio de un procedimiento instituido.<sup>242</sup> A partir de esta premisa, el derecho nada tiene que ver con el cambio de la norma que en una constitución regula el procedimiento para su reforma (v. gr., nuestro artículo 30), pues ya no se trataría de cambiar una norma positiva sino de cambiar una *ideología*: “la ideología constituyente superior presupuesta”, que en los hechos cambia —por revolución o por evolución—, pero que su cambio no es una cuestión a resolver por el derecho sino un fenómeno consistente en “un puro hecho sociopsicológico”.<sup>243</sup>

En la formulación original de su argumentación, Ross explicaba el sentido “político” que habitualmente se reconoce a la reforma de la norma que regula la reforma constitucional, *como un acto de magia*, ajeno a la especulación racional, que permitiría captar a la gente el sentido de una creación normativa que se emancipa del propio poder originario de su creación,<sup>244</sup> y que por la vía de la apelación ideológica nunca impediría —en los hechos— la posibilidad del cambio del procedimiento de la reforma constitucional, ya que siempre existiría la apelación a una ideología más fundamental aún en apoyo del cambio: el derecho del pueblo a darse en cualquier tiempo una Constitución.<sup>245</sup>

241 Cfr. *Sobre la autorreferencia... cit.*, p. 52.

242 Cfr. *Sobre el derecho... cit.*, p. 79.

243 *Idem*. En *Sobre la autorreferencia... dice*: “Esto no significa que sea inmodificable. Pues así como una costumbre jurídica puede ser reemplazada por otra costumbre jurídica, así también una norma básica puede serlo por otra. Pero en ambos casos la transición no es el resultado de un proceso jurídico; es un hecho, es el hecho socio-psicológico de que la comunidad ahora acepta como derecho otra costumbre u otra norma básica como piedra angular de su orden jurídico”, p. 52.

244 “...que en realidad los seres humanos están dominados por ideas que no pueden ser expresadas racionalmente sino tan sólo en términos mágicos. Esto es, la reforma de la Constitución es concebida como un acto de magia en el cual aquel que posee el ‘poder’ opera su transferencia a otro. En la magia la secuencia temporal es decisiva: el acto mágico extingue el poder originario”. *Ibidem*, p. 56.

245 Cfr. *Sobre el derecho... cit.*, p. 81.

En síntesis, la construcción lógica de Ross, tal como fue enunciada en su obra *Sobre el derecho y la justicia*, se resumiría así, según el autor:

Todo sistema de derecho legislado se basa necesariamente en una hipótesis inicial que constituye la autoridad suprema, pero que no ha sido creada por ninguna autoridad, ya que sólo existe como una ideología política que forma el presupuesto del sistema.

Cualquier enmienda por el procedimiento jurídico establecido es sólo posible dentro del sistema, cuya identidad está determinada por la hipótesis inicial.

Todo cambio en la última, esto es, toda transición de un sistema a otro, es un fenómeno extrasistemático, un cambio fáctico sociopsicológico en la ideología política dominante, y no puede ser descrito como creación jurídica mediante un procedimiento.<sup>246</sup>

Como puede verse fácilmente, la construcción de Ross llega como punto final a negar la posibilidad de la reforma de la norma que regula la reforma constitucional (v. gr., el carácter pétreo de nuestro artículo 30), porque toma como punto de partida la premisa de equiparar a la norma que establece el procedimiento de reforma de la constitución con la “norma básica” o norma fundamental del sistema jurídico. De esa manera, la argumentación de Ross tiene como resultado la afirmación de un nuevo contenido *pétreo* en las constituciones, a partir del momento en que no podrían modificarse por los procedimientos constitucionales de reforma las propias cláusulas que regulan el mecanismo de esas reformas. Esto significaría, en consecuencia, establecer *un nuevo límite* o limitación al ejercicio del poder constituyente, que se sumaría a la existencia de los demás límites jurídicos explícitamente establecidos y a los límites meta-jurídicos que se suponen implícitos en la constitución; con todo lo cual se complicaría más aún el ya de por sí intrincado problema de los límites del poder constituyente en la etapa de reforma. El error de esta formulación original de Ross está en creer que la norma que regula el mecanismo de reforma constitucional contiene la “ideología constituyente superior

246 *Idem*. En *Sobre la autorreferencia...* dice Ross: “Podemos también formular la cuestión de la siguiente manera: todo acto de creación jurídica tiene que ser intrasistemático, es decir, llevarse a cabo dentro de un orden jurídico dado, de acuerdo con una regla de competencia que pertenece a este orden. La transición de una norma básica a otra, es decir, de un sistema a otro, no puede, por consiguiente, ser el resultado de un acto de creación, en el sentido de creación de derecho dentro del sistema, sino que tiene que ser un hecho extrasistemático que conduce a la fundación de un nuevo sistema que reemplaza al anterior”, p. 53.

presupuesta” del ordenamiento jurídico-constitucional, o sea, que una norma así (por ejemplo, nuestro artículo 30) es la norma que encarna “el más alto presupuesto ideológico del orden jurídico”, algo así como una superconstitución sobre la Constitución misma. Ross llega a decir que estas normas (las que regulan la reforma) son normas que “no pueden ser consideradas como sancionadas por ninguna autoridad y no pueden ser reformadas por ninguna autoridad”,<sup>247</sup> lo que constituye una afirmación que contradice abiertamente los hechos históricos universalmente aceptados, al mismo tiempo que significa equiparar o confundir los presupuestos ideológicos de un sistema constitucional con sus normas de derecho positivo. La gravedad de este nuevo caso de *petrificación* de normas tendría la virtualidad de transferir la positividad del poder constituyente reformador —y sus órganos y procedimientos— a una suerte de superlegalidad constitucional en el sentido jusnaturalista de la expresión, con lo que paradójicamente un autor del realismo jurídico como es Ross, estaría brindando elementos y prestigio a las suposiciones de la escuela del derecho natural.

Por último, al negar totalmente la posibilidad de un cambio intrasistemático y rechazar toda transición de un sistema a otro por la vía de una creación jurídica, Ross no sólo petrifica esta construcción de la norma en cuestión sino que además —como toda petrificación— envuelve una pretensión de *eternidad* de la constitución misma y del sistema constitucional en sí (*in totum*) que, fatalmente, conduce al camino *revolucionario*, es decir, a la modificación o al cambio de las normas y del sistema con prescindencia de ellas. Es, en definitiva, una devaluación de las posibilidades de cambio que ofrece y permite el derecho positivo; e, inversamente, una sobrevaloración de la ideología como apelación ineludible a ella para poder explicar ciertos cambios constitucionales que en la experiencia histórica pueden verificarse (y se han verificado) por la evolución y no por la revolución. La construcción de Ross, animada de propósitos de especulación lógica, puede servir en su seguimiento a una orientación francamente conservadora del *statu quo* constitucional (lo que a veces puede tener una connotación reaccionaria en política).

La construcción que Ross hizo originalmente en su obra *Sobre el derecho y la justicia*, que acabamos de explicar y de criticar, mereció una reformulación del autor en su posterior trabajo *Sobre la autorreferencia*

247 Cfr. *Sobre el derecho...*, cit., p. 79.

y un difícil problema de derecho constitucional, que parte del reconocimiento de la imposibilidad de seguir sosteniendo la misma explicación, desde el momento que si el pueblo actúa de hecho con una cierta comprensión del significado de las normas que regulan las reformas constitucionales (v. gr., nuestro artículo 30), “esta comprensión *tiene que ser expresable en términos racionales*”.<sup>248</sup> Ross reconoce que la afirmación de la irreformabilidad del artículo que contiene la norma regulatoria de la reforma constitucional “es rechazada porque contradice hechos obvios”;<sup>249</sup> pero que también la afirmación opuesta —que admitiría la reforma— es rechazada porque implica autorreferencia (lo que sería algo lógicamente absurdo) y porque implica la suposición de una inferencia en la cual la conclusión es contraria a una de las premisas (lo que sería también absurdo). Ross acepta como válido que los principios de reflexividad aplicables con relación a las proposiciones son también aplicables a las normas jurídicas, de donde “la regla que proscribe la autorreferencia está relacionada con el significado de un acto lingüístico y es independiente de que el contenido significativo sea usado para enunciar cómo el mundo es, o para prescribir cómo *debe ser*”.<sup>250</sup>

Manteniéndose firme en esos presupuestos lógicos, Ross no acepta la crítica fundada en la secuencia de tiempo, que permitiría sostener que no hay contradicción entre el *viejo* artículo que regula la reforma constitucional y el *nuevo* que reemplaza al anterior como consecuencia de la aplicación creadora de aquél (v. gr., un artículo 30 que sustituyera a nuestro actual artículo 30), ya que el *viejo* deja de ser derecho válido en el momento en que el *nuevo* entra en vigencia: según Ross, este argumento de sus críticos confunde la contradicción jurídica con la contradicción lógica,<sup>251</sup> y mientras esta última permanece en pie, aquélla se salvaría por aplicación del principio de la *lex posterior*. Para salir del círculo vicioso, Ross desata el nudo gordiano de la cuestión y, lisa y llanamente, acuerda conceder que la norma que regula el procedimiento de la reforma constitucional *no es la norma básica del sistema*, con lo que desaparece para Ross el problema de la inferencia en virtud del cual la conclusión de la validez del artículo *nuevo* estaba en contradicción con una de sus premisas que era la validez del artículo *viejo*.

248 Cfr. *Sobre la autorreferencia...*, cit., p. 56.

249 Cfr. *ibidem*, p. 72.

250 Cfr. *ibidem*, p. 74.

251 Cfr. *ibidem*, pp. 75 y 76.

Y tomando las palabras de Ross, podemos sintetizar su nuevo razonamiento de la siguiente manera:

Cualquier intento de solución tiene que partir del principio de que de la validez de una norma regulatoria de la reforma es imposible derivar la validez de cualquier norma incompatible con aquélla.

Por consiguiente, la norma básica de un sistema de derecho tiene que ser inmodificable mediante un procedimiento jurídico. Si la norma básica de un sistema es modificada de hecho, este cambio no puede derivar de ninguna regla de competencia (reforma) dentro del sistema.

De una norma de competencia no puede derivarse ninguna norma incompatible con aquélla; y de aquí se infiere que la idea de *transferencia de competencia* en virtud de esta competencia es ella misma infundada.

Aun si la norma básica da a la autoridad suprema una competencia ilimitada, esta última no puede incluir el poder de transferir su poder a otra autoridad o, en general, el poder para limitar de alguna manera su propia competencia. Si así no se entiende, caemos en las bien conocidas paradojas de la omnipotencia: ¿puede Dios crear una piedra tan pesada que no sea capaz de levantarla?

*Solución del problema:* la norma que constituye la autoridad suprema, en este caso la autoridad constituyente, no es la norma básica del sistema.

Aunque no hay ninguna otra norma superior que establezca un procedimiento de reforma (pues esto constituiría una autoridad superior), *hay sin embargo una norma superior que inviste de validez constitucional a la norma que regula el procedimiento de reforma de la constitución:* esta norma es la *norma básica*, es la norma *inmodificable* del sistema.

Este intento de solución del problema evita la idea de una “transferencia de competencia” autodestructora; y, en su lugar, aparece la noción de *delegación de competencia*, es decir, de una competencia derivada que no destruye la competencia de la cual se deriva, sino que funciona dentro de ella.

Se trata de una delegación temporalmente limitada: su validez deriva de la norma básica, pero la norma que regula la reforma de ninguna manera elimina o restringe la norma básica.<sup>252</sup>

Esta *norma básica* funcionaría como fundamento último de la validez de un orden jurídico que contenga reglas para la reforma de la constitución, tales como el artículo 30 de la Constitución argentina; y diría: *obedece la autoridad instituída por el artículo 30 hasta que esta autoridad designe un suce-*

252 Ross estima que esta construcción no implica ningún regreso al infinito, lo que de ocurrir la privaría de significado; y considera que desde el punto de vista lógico, esta construcción puede ser comparada con una ley que establezca que es delito mencionar un número mayor a otro número mencionado por alguien con anterioridad: cada delito cometido define un nuevo delito (cfr. *ibidem*, p. 80).

*sor; entonces obedeced esta autoridad hasta que ella misma designe un sucesor; y así indefinidamente.*

*Conclusión de Ross:* si se acepta a la anterior como la norma básica del sistema, podemos entender una reforma del artículo 30 (en el caso de la Constitución argentina) conforme al procedimiento descrito por dicho artículo, como una creación jurídica que no es válida en virtud del artículo 30 sino en virtud de la norma básica, que sigue siendo la base jurídicamente inmodificable del sistema.<sup>253</sup>

Queda así formulada la última construcción de Ross, que trata de salvar las objeciones que despertó su primitivo enunciado en *Sobre el derecho y la justicia*. En esta nueva versión Ross opta por no equiparar más la norma de reforma con la norma básica del sistema, omitiendo, por lo tanto, cualquier confusión, o mejor dicho, asimilación, entre la ideología y la positividad. Es que —en nuestra opinión— la evidencia de la reformabilidad de la norma de reforma es tal, que ante su posible negación sólo cabía reaccionar frente al peso de la argumentación lógica, con la misma respuesta de Galileo: *ep pur si muove...!* El artículo 30 —o cualquier norma equivalente— está allí, existe y se aplica. Sólo conocemos una constitución que en su texto proclama expresamente que es irreformable la norma que regula la reforma de la propia constitución: es el artículo 129 (párrafo 3) de la constitución del *Länder* del Palatinado del Rin, perteneciente a la República Federal de Alemania. Pero aquí se trata de la máxima petrificación por obra y gracia de la positividad, no de la lógica ni de la metafísica; lo que no obsta a que reiteremos para ella las reservas que en su oportunidad expresamos sobre todas las cláusulas pétreas en general. Verdaderos atentados, que son inútiles intentos, contra la dinámica constitucional.<sup>254</sup>

253 *Cfr. ibidem*, pp. 77-81.

254 Curiosa coincidencia de Carl Schmitt con la formulación originaria de Alf Ross: fue el famoso decisionista el primero que planteó categóricamente la imposibilidad de la reforma de la norma que regula la reforma constitucional. Y lo afirmó como una consecuencia de su neta diferenciación entre las *decisiones* y las prescripciones *legal-constitucionales*, de donde venía a resultar que los mecanismos de reforma pertenecían a las primeras y, por lo tanto, no podían ser objeto de cambio por la vía jurídica de la competencia de reforma. Véase al respecto, Schmitt, Carl *Teoría de la Constitución*, p. 120.

## VIII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE

Sólo desde el punto de vista del derecho administrativo ha sido estudiado el problema de la eventual responsabilidad en que pueda incurrir el Estado como consecuencia de actos normativos emanados del órgano que en determinadas circunstancias asume el ejercicio del poder constituyente. La teoría constitucional no se ha ocupado aún de la cuestión, que debe ser encarada y resuelta en consonancia con toda la construcción de la teoría constituyente.

En las pocas opiniones doctrinales emitidas alrededor de la cuestión, encontramos argumentos —en un sentido o en otro— que buscan respaldar una determinación favorable o adversa al reconocimiento de tal responsabilidad. Así, por ejemplo, en la tesis favorable, Miguel S. Marienhoff estima que la responsabilidad del Estado puede derivar “de una *reforma constitucional* que, si implicare un agravio a principios esenciales contenidos en la constitución originaria, resultaría viciada de nulidad (*inconstitucionalidad*)”; pero advirtiendo que tal afirmación abarca únicamente la reforma de la Constitución vigente, y no “la aceptación, sanción o establecimiento de la *Constitución originaria*”.<sup>255</sup> Y aun dentro de ese reconocimiento de la responsabilidad, el citado autor cuida señalar que no toda “reforma” de la constitución determinará responsabilidad para el Estado, ya que no tendrá lugar “en tanto el objeto o contenido de ella impliquen ”*actos institucionales*“, es decir, actos que no afecten directa e inmediatamente la esfera jurídica del administrador”.<sup>256</sup> De las demás palabras de Marienhoff parece desprenderse, además, que habría lugar a responsabilidad del Estado aun en los supuestos de *reformas* constitucionales realizadas constitucionalmente (es decir, sin incurrir en vicio de inconstitucionalidad) cuando resultaran por ella afectados los derechos de los particulares:

En un país *constitucionalmente* organizado, la ulterior reforma de la constitución no puede despojar —es decir, privar *sin indemnización*— a parte de los habitantes de derechos esenciales que la constitución originaria les atribuyó. La comunidad tiene el deber jurídico de seguir respetando las consecuen-

255 Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, t. IV, p. 739.

256 *Idem*. La teoría de Marienhoff sobre los “actos institucionales” está expuesta en el tomo II del citado *Tratado*, pp. 755 y ss. Nos hemos referido a ella en: Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, Coloquio, 1969, pp. 223-232.

cias de lo originariamente concebido y establecido como regla básica de convivencia. Por lo demás, es de suponer que toda “reforma” constitucional tiene por objeto satisfacer requerimientos de *interés general* o de *interés público*, de donde deriva la obvia necesidad de resarcir los daños que los administrados reciban en semejantes condiciones.<sup>257</sup>

En la tesis opuesta, María Graciela Reiriz considera que los particulares damnificados no tienen acción para responsabilizar al Estado por las consecuencias de una reforma constitucional que “suprimiera derechos que el instrumento reformado había concedido”. Su argumentación en tal sentido parte de la suposición de que la Convención Constituyente no es órgano del Estado, “por cuanto se encuentra por encima de él y es su fuente de creación”, y que la responsabilidad por la decisión (de reforma) cabe “exclusivamente al pueblo a través de su órgano constituyente”.<sup>258</sup> En síntesis, el criterio de la autora es el siguiente:

*...el ejercicio del poder constituyente no puede responsabilizar al Estado, porque no es el Estado quien lo ejerce. Siendo ejercido directamente por el pueblo, a través de la convención constituyente, su conducta y sus decisiones no pueden imputarse sino al pueblo mismo.*<sup>259</sup>

257 Agrega Marienhoff: “Estos criterios básicos no pueden ser desconocidos sin agraviar elementales principios de ética jurídica, valor éste, inapreciable en la estructura de un Estado, dado el apoyo que, a través de la garantía de seguridad, implica como factor estimulante para asegurar el trabajo honesto y el progreso, lo que indiscutiblemente integra los “*finés*” del Estado. Resolver o pretender lo contrario implica un agravio a la *civilización*, cuyos adelantos requieren el respeto a principios immanentes de cultura que tanto han contribuído al bienestar de la humanidad, bienestar que se traduce en la variedad de *bienes* (materiales, científicos, morales) que es posible esperar de una situación de paz moral para el desarrollo de las actividades y ejercicio de los derechos”, *cfr. ibidem*, p. 740.

258 *Cfr.*, Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, p. 139.

259 *Cfr. ibidem*, p. 140. No compartimos la línea argumental de la autora, por cuanto ella parte de una distinción entre Constituciones *rígidas* y Constituciones *flexibles* que no es la ortodoxa. Según Reiriz, en las *primeras* “...el poder constituyente lo ejerce directamente el pueblo, que es así el titular de la soberanía”, y “el pueblo se da una Constitución, por medio de una convención constituyente; y sólo él puede modificarla o alterarla por otra convención especialmente convocada al efecto” (p. 138); mientras que en las *segundas*, “como la francesa, el poder constituyente se confunde con el Poder Legislativo” y “la Constitución emana del propio Estado, a través de su órgano legislativo, quien crea y reforma la carta constitucional” (pp. 138 y 139).

En primer lugar, la distinción entre ambas clases de Constituciones está basada en la diferencia de procedimiento para la sanción de las leyes y para la reforma de la Constitución (cuando hay un procedimiento más difícil la Constitución es rígida, cuando ambos son iguales es flexible), pero no requiere ni la existencia de órganos distintos ni el requisito de una mayor o menor inmediatez en la participación popular. En segundo término, la Constitución francesa no es flexible sino rígida (el error de Reiriz radica en tomar como único punto de referencia la sanción por convención o no). Y en tercer término, si bien el problema de la responsabilidad es peculiar en una Constitución rígida,

Por nuestra parte, hemos de plantear este problema sobre otras bases, pues estimamos que en la revisión de la constitución pertenece a las competencias constitucionales, cualquiera que sea el órgano y el procedimiento previstos para su realización; y que el órgano y el procedimiento así habilitados para llevar a cabo las reformas *son órganos y procedimientos del Estado*. En cuanto al pueblo, vista la equiparación kelseniana entre Estado y derecho, debe ser considerado como el *ámbito o esfera personal* de validez del ordenamiento jurídico: la convención (o el parlamento, etcétera) es un órgano del Estado, pero *el pueblo* es un elemento del mismo Estado. En consecuencia, nosotros estimamos que:

- 1) Es menester distinguir las diversas modalidades de lo que clásicamente ha sido considerado como ejercicio del poder constituyente, para observar que:
  - A) En el *poder constituyente fundacional* no cabe hablar de posibles manifestaciones de la responsabilidad del Estado, por cuanto dicho acto no reconoce la existencia de una legalidad preexistente y, por el contrario, es el acto de nacimiento de la legalidad estatal.
  - B) En el *poder constituyente revolucionario* tampoco cabe hablar de la responsabilidad del Estado, ya que se trata de un acto transformador que no reconoce la continuidad del régimen legal-institucional.
  - C) En el *poder constituyente reformador* es menester distinguir:
    - c') Si se respetan los límites con que actúa ese poder, es decir, si su ejercicio es constitucional, o
    - c'') Si no se acatan los límites, o sea, cuando su manifestación es inconstitucional.
- 2) Tomando en cuenta la distinción formulada en lo., c, habría posibilidad de enunciar que —en principio— cabe reconocer la responsabilidad del Estado por reformas inconstitucionales a la constitución, si es que toda norma (ley, decreto, resolución, etcétera)

también puede admitirse su existencia en un régimen de Constitución flexible, donde quedarán equiparados los supuestos de responsabilidad estatal por actos legislativos materialmente ordinarios o comunes y materialmente extraordinarios o especiales (ya que en una Constitución flexible no hay diferencia entre ambos desde el punto de vista formal): serían casos de autolimitación del principio —propio de las Constituciones flexibles— de soberanía del parlamento.

que adolece del vicio de inconstitucionalidad engendra una responsabilidad del Estado por ilegalidad de sus actos. En tales circunstancias tendría aplicación el fundamento de la responsabilidad por *culpa*, dado que la ley inconstitucional (cualquiera que sea su ubicación en la escala normativa) supone un comportamiento culposo del órgano legisferante correspondiente.<sup>260</sup>

- 3) Pero puede ocurrir que el ordenamiento jurídico-positivo haya previsto o no haya previsto el reconocimiento de tal responsabilidad por inconstitucionalidad: en caso negativo, si además la jurisprudencia judicial no reconoce ni acepta tal responsabilidad (o la acción indemnizatoria emergente de ella), entonces tendremos que concluir que no la hay en el derecho vigente.
- 4) Este tema plantea algunos interrogantes que surgen con motivo de tratarse de la responsabilidad por *reformas* inconstitucionales, que es la especie superior del género de los actos ilegales. ¿Hasta qué punto los órganos del poder constituido pueden establecer responsabilidad hacia terceros por actos del poder constituyente? ¿Podría un decreto reconocer por sí la responsabilidad del Estado nacida de un acto legislativo considerado inconstitucional?
- 5) Parece difícil admitir que órganos y normas de escala inferior tengan capacidad para constituir responsabilidades emanadas de actos o normas pertenecientes a órganos de grado superior en la pirámide jurídica (supraordinación y subordinación de las normas).
- 6) Una convención constituyente reformadora *podría* prever un régimen de reparaciones para los particulares que sufrieran perjuicios con motivo y como consecuencia de las reformas introducidas por la convención en la constitución. Pero tendría que establecerlo expresamente, ya que por encima de la constitución no hay ninguna otra norma positiva superior en la cual se pueda fundar un tal derecho de reparación.

Distinto es el caso de la eventual responsabilidad por actos legislativos —y por leyes inconstitucionales—, pues la ley reconoce siempre la supremacía de la constitución y podría, en consecuencia, fundarse un dere-

260 Véase Marienhoff, *op. cit.*, p. 740 y nota 97, donde cita idéntico criterio de Hauriou.

cho indemnizatorio en alguna cláusula constitucional de protección (v. gr., en el derecho de propiedad).

- 7) Sólo es viable el establecimiento de obligaciones legales resarcitorias mediante normas de la misma o de superior gradación jerárquica que la norma de la cual provienen luego los actos generadores de responsabilidad: si es la ley la que crea el régimen de responsabilidad por los actos de los poderes constituídos, debe ser la constitución misma la que establezca la responsabilidad por los actos del poder constituyente reformador.

No sería completa esta consideración si no añadiéramos dos aspectos que inciden en su tratamiento positivo y que, no obstante estar referidos al plano en que operan los cambios legislativos ordinarios, también valen para las hipótesis de revisión de normas constitucionales. Se trata de que:

- A) *Nadie tiene derechos irrevocablemente adquiridos frente a una norma de orden público* (principio incorporado al Código Civil argentino, artículo 21).

Las normas constitucionales revisten carácter de normas de orden público, por lo que su cambio o reforma no puede dar lugar al nacimiento de responsabilidades especiales con respecto a particulares, salvo que así lo disponga expresamente la propia norma constitucional.<sup>261</sup>

- B) *Nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de un orden jurídico dado* (principio enunciado por Berthélemy y Duez, que ha incorporado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina). Nuestra Corte Suprema tiene declarado que la modificación de las leyes (y vale para todas las normas) por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que, por ejemplo, no se vulnera la garantía constitucional de *igualdad* (*Fallos*, 256-235; 259-432; 267-247; etcétera), ni el derecho de *propiedad* (*Fallos*, 158-78; 237-556; 251-7; 267-247). Tratándose de *impuestos*, la Corte ha reiterado el principio, aunque haciendo reserva en favor del efecto liberatorio del pago.<sup>262</sup>

261 Véase Vanossi, Jorge Reinaldo A., “El orden público: de Roma al constitucionalismo moderno”, *Romanitas*, Brasil, núms. 6 y 7, 1965, pp. 217-245.

262 Ha dicho la Corte Suprema en el caso “Ernesto de Milo c. Nación Argentina” (“Fallos”, 267-247) con respecto a ello: “*Es obvio que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones ni a la inalterabilidad de los gravámenes creados por ellas. Sólo cuando*

En el plano jurisprudencial las soluciones no parecen uniformes, ya que por un lado la Corte enfatiza el criterio de que los actos normativos regulares no traen aparejada responsabilidad para el Estado “aunque su aplicación ocasione daños a los particulares”:<sup>263</sup> criterio sustentado en materia de facultades impositivas (*Fallos*, 180-107; 182-146), de poderes de guerra (*Fallos*, 245-146) y de organización y prestación de servicios públicos (*Fallos*, 258-322); mientras que por otro lado la misma Corte hacía excepciones al principio general, admitiendo la responsabilidad del Estado por cambios normativos cuando éstos originen un perjuicio especial, y no un perjuicio general y uniforme (*Fallos*, 248-79, que sigue al precedente “Fisco Nacional c. Arrupé”, del 20 de octubre de 1933), cuando hay lesión concreta al derecho de propiedad (*Fallos*, 185-137; 195-66; 211-53) y cuando la lesión proviene de una norma declarada inconstitucional (*Fallos*, 177-237; 252-39; 262-22). La línea jurisprudencial favorable al reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actos legislativos encuentra apoyo en opiniones doctrinales y, ciertamente, en argumentos constitucionales;<sup>264</sup> pero de esos precedentes no cabe deducir una formulación general que sea aplicable a los supuestos de responsabilidad por actos del poder constituyente.

el contribuyente ha oblado el impuesto de conformidad con la ley en vigencia al momento en que realizó el pago, queda éste, por efecto de su fuerza liberatoria, al amparo de la garantía constitucional de la propiedad, que se vería afectada si se pretendiese aplicar una nueva ley que estableciera un aumento para el periodo ya cancelado” (considerando 12o.).

<sup>263</sup> Cfr. Reiriz, *op. cit.*, p. 65, donde reitera el principio consagrado por la Corte en el sentido de que “el ejercicio de sus poderes propios por parte del gobierno de la nación no es, en principio, fuente de indemnización para los particulares perjudicados por ello”.

En los casos de responsabilidad por “inconstitucionalidad”, Marienhoff recoge una distinción formulada por Couture, que parece relevante desde el punto de vista del procedimiento a seguir: “...si una ley *inconstitucional* no hubiere causado aún un perjuicio efectivo, por no haber sido puesta en práctica, no cabría poner en juego el instituto de la ‘responsabilidad del Estado’, ya que todo puede subsanarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley; pero si ésta hubiere sido puesta en ejecución y ello hubiere determinado un daño, el Estado debe ser responsabilizado por las consecuencias de ese acto legislativo”, *op. cit.*, p. 738.

<sup>264</sup> Véase Linares Quintana, Segundo V., “La responsabilidad del Estado-legislador”, *La Ley*, t. 36, pp. 1088 y ss.; que afirma: “Es el principio de la igualdad de los habitantes ante las cargas públicas, el fundamento lógico de esta responsabilidad. No resulta ni justo, ni lógico, ni admisible, que las consecuencias dañosas de la actividad legislativa del Estado —que se dirige al bienestar de la colectividad— sean soportadas exclusivamente por unos pocos, sino que por el contrario deben ser repartidas entre toda la colectividad, beneficiada con la sanción de la ley”. Este autor alude al artículo 16 de la Constitución nacional como sustento normativo de la responsabilidad del Estado por actos legislativos.

En conclusión, nosotros estimamos que la situación del problema de la responsabilidad en el plano de las reformas constitucionales, es la siguiente:

a) Si se trata de un poder constituyente “derivado” o reformador, que ha llevado a cabo una reforma de la constitución conforme con las normas de revisión previstas en aquélla, o sea, que la reforma de la constitución es *constitucional* pues se han respetado todos los “límites” preestablecidos: no puede nacer responsabilidad del Estado ni habría norma superior en qué fundarla, salvo que en la propia reforma así se la estableciera para sus consecuencias (una cláusula constitucional especial de responsabilidad por los efectos de la reforma en sí).

b) Si se trata de una reforma constitucional violatoria de la constitución vigente, por haberse apartado de los “límites” (procesales o sustanciales) que la misma constitución establece, podría ocurrir que aun en carencia de cláusula de previsión constitucional expresa, la jurisprudencia fundara el reconocimiento de la responsabilidad en la falta o “culpa” que implica la comisión de un acto de *inconstitucionalidad*: sería una creación pretoriana de los jueces, que no tiene precedentes entre nosotros, y que resultaría al margen del punto 7 de las formulaciones que hemos expuesto *supra* (por tratarse de la aplicación de fundamentos nacidos de los poderes constituídos a actos emanados del poder constituyente).

Una construcción sobre la responsabilidad, como la que hemos adoptado, reposa necesariamente en fundamentos de derecho positivo y vigente. Podrá ser buena o mala, justa o injusta, adecuada o inadecuada, pero tiene como punto de referencia el ordenamiento constitucional del Estado. Otras podrían ser las conclusiones si el razonamiento partiera de presupuestos metafísicos o premisas axiológicas ineludibles, en cuyo caso sería perfectamente natural arribar a soluciones caracterizadas por un criterio de reparación integral de los derechos afectados por las reformas constitucionales. En definitiva, la última palabra la tendrá siempre el propio órgano constituyente, que en sus posibilidades tiene la de contemplar expresamente un régimen general o especial de responsabilidad para los eventuales perjuicios que puedan causar como efecto sus sanciones normativas.

## IX. UNA LIMITACIÓN ENCUBIERTA: EL CONTROL CUALITATIVO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

El *status* adquirido por los partidos políticos en los regímenes contemporáneos, plantea o suscita una serie de problemas e interrogantes que van más allá de la problemática técnica de la regulación de esas agrupaciones, para comprender en definitiva el dilema que los partidos pueden provocar al régimen político en sí, tomando en consideración el tipo de sociedad y de Estado que se quiera establecer o transformar en un país determinado. La resultante del régimen político depende en medida apreciable de la acción de los partidos políticos; y el punto de llegada a un régimen monocrático o a su opuesto “pluralista” está señalado no sólo por el producto o resultado de partidos que ofrezca, sino también por el desenvolvimiento de esos partidos en todo el curso del proceso desde el comienzo de la transformación hasta la transformación ya consumada del régimen político.

Las más variadas tipologías de los regímenes actuales convergen en la cuestión del rol o papel de los partidos, por lo menos en la consideración que éstos merecen en cuanto agentes reveladores de la naturaleza del sistema político en cuestión. Así, en una distinción muy amplia y generalizada entre “monocracias” y “pluralismos” (para no repetir los estereotipos de “autocracias” y “democracias”), el régimen o sistema de partidos políticos es decisivo para la ubicación de los ejemplos, ya que los casos de apartidismo o unipartidismo corresponderán a las “monocracias”, mientras que los casos de pluripartidismo nos conducirán a los regímenes “pluralistas”. Lo que en la opinión de algunos autores sería la diferencia entre un “Estado partidario” y un “Estado de partidos”.<sup>265</sup> Cualquiera que sea la terminología a emplear, parece indiscutible que existe estrecha relación entre el sistema de partidos y el régimen político, por lo que es razonable afirmar que el régimen de reconocimiento de los partidos políticos constituye una pieza importante en la definición y preservación del modelo de un régimen político determinado.

Esta incidencia de los partidos políticos en la tipología de los regímenes políticos actuales es la principal causa de la obsolescencia de las clasificaciones clásicas de formas de gobierno, que por razones de tiempo histórico prescindían del dato de los partidos (que no existían tal como hoy los conocemos); mientras que ahora es imposible completar una ubi-

265 Cfr., Aron, Raymond, *Democracia y totalitarismo*, Barcelona, Seix Barral, 1968, p. 67.

cación o perfil de tal o cual régimen si no nos valemos de su sistema de partidos, no sólo en los aspectos formales o legales sino preferentemente en la realidad de su vigencia.

Para llegar al encuadre actual del problema que tratamos, es conveniente describir rápidamente la evolución experimentada por los partidos políticos ante el Estado. El *iter* recorrido en el curso de un siglo y medio, se inició con la actitud de indiferencia del Estado hacia estas agrupaciones, cuya aparición pretendía introducir una nota de heterodoxia en el enfoque absoluto de la única dualidad reconocida: el individuo y el Estado. Por eso es que los partidos recibieron entonces el mismo trato de indiferencia que las demás asociaciones o agrupaciones intermedias surgidas en la vida social de los países occidentales, cuando no y para peor, un trato de hostilidad efectiva o legal por parte de los detentadores del poder. En una etapa posterior, los partidos merecieron el mismo *status* que las demás asociaciones privadas; y, así, se los podía o no llamar partidos políticos (o clubes, listas, etcétera), que su organización y funcionamiento correrían por los mismos cauces que las asociaciones civiles erigidas en virtud del “derecho de asociación” que todas las constituciones decimonónicas proclamaron entre los derechos civiles del hombre (v. *gr.*, artículo 14 de la Constitución argentina de 1853: derecho de asociarse “con fines útiles”). Esto obviaba los controles, pues si bien tales “asociaciones” debían pertenecer a alguna clase de las previstas en la ley civil, en la práctica se desenvolvían como sociedades de hecho, aceptadas por la comunidad y tácitamente reconocidas por los poderes del gobierno, al punto de conversar y negociar con ellas.

Más adelante, la situación varió en dirección al derecho público; y los partidos políticos —sin perder su condición de personas jurídicas del derecho privado— se encontraron con que el poder estatal los consideraba como entes auxiliares del Estado, imprescindibles para la intermediación entre la sociedad y el poder. Y el proceso culminó en algunos países, con el establecimiento de un monopolio de los partidos políticos para la oferta de dirigencia política: es lo que se ha llamado “partidocracia”, algunas veces con una connotación despectiva, pero que alude a una realidad presente, en la que únicamente son los partidos políticos reconocidos los que legalmente pueden participar en las elecciones mediante sus listas de candidatos. Tal es el caso del régimen legal vigente en la República Argentina, en que si bien es cierto que las candidaturas de ciudadanos no afiliados (candidatos independientes) podrán ser presentadas por los

partidos y tal posibilidad deberá admitirse en sus cartas orgánicas, la ley determina categóricamente que a los partidos políticos les incumbe “en forma exclusiva” la nominación de candidatos para cargos públicos electivos (*cf.* artículo 2o. de la ley 16.652, vigente, como asimismo el artículo 3o, decreto-ley 19.102/71). Esto permite aseverar que la calificación correcta del régimen vigente en dicho país es una “partidocracia”, en razón del apuntado monopolio o exclusividad en la intermediación.

Admitida por el Estado la existencia de los partidos políticos, primero, y reglamentada su formación y su funcionamiento, después, la etapa siguiente ha consistido en la precisión de esas relaciones entre el Estado y los partidos desde el punto de vista de los poderes de aquél para compatibilizar la libertad política y su ejercicio con la preservación del tipo de Estado que admite —precisamente— el “pluralismo” de los partidos políticos. Esta situación comienza a ser evidente en el constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial, como parte de ese enorme esfuerzo arquitectónico que se denominó la “racionalización del poder” (que junto con los derechos sociales y las cláusulas económicas forman el aporte más valioso de esa etapa del constitucionalismo), para perdurar hasta los días actuales con formulaciones que oscilan entre una mayor y una menor intensidad normativa,<sup>266</sup> como lo exhibe la ley fundamental de la República Federal de Alemania (1949) en el primer extremo, y los regímenes de los países anglosajones en el opuesto. En este orden de ideas, cabe tipificar esos dos criterios antagónicos con las denominaciones de “maximalista” y “minimalista” respectivamente, correspondiendo al primero la tendencia a una profunda intervención del Estado en la vida de los partidos, mientras que el segundo se caracterizaría por una menor penetración estatal y, por ende, un más amplio juego del libre desenvolvimiento societario. Pero más allá de la medida o extensión del poder ejercido por el Estado sobre los partidos, esos dos criterios son indicadores de dos actitudes o concepciones en torno del destino o fin de los partidos con relación a la democracia: para los “maximalistas” es menester alcanzar una democracia *de* partidos, utilizando para ello la mayor medida de intervención estatal en la vida interna de tales agrupaciones; en cambio, para los “minimalistas” es suficiente con obtener un juego tal que signifique una democracia *entre* partidos, abandonando la preten-

266 *Cfr.* Linares Quintana, Segundo V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 330.

sión ideal de convertir a cada una de esas agrupaciones en tipos puros de vida democrática.<sup>267</sup> Estas dos posiciones quedan reflejadas en las normas que establecen los recaudos mínimos a cumplir por las agrupaciones para obtener el *status* de “partidos políticos”; y, así, mientras las reglamentaciones inspiradas en el criterio “maximalista” regulan minuciosamente todos los aspectos previsibles de un partido, desde los requisitos o exigencias para su reconocimiento legal (personalidad jurídico-política) hasta las pautas indispensables para el encauzamiento de sus actividades (organización y funcionamiento), las normas de filiación “minimalista” se limitan a establecer generalidades o, a veces, ni siquiera tienen un carácter explícito, pues resultan de la aplicación de otras normas que se refieren a etapas del proceso político que en su aplicación suponen la existencia de los partidos políticos (es el caso de las leyes que regulan las elecciones legislativas o presidenciales). Esta disparidad entre criterios antagónicos u opuestos no se limita a su incidencia en el plano legislativo, ya que en las últimas décadas encuentra también expresión en las formulaciones constitucionales, cuyo ejemplo más categórico es la constitución del Brasil de 1969, que dedica un capítulo a la fijación de las condiciones atinentes a la formación y actividad de los partidos políticos, que significan una extensión del poder estatal sobre los derechos de éstos.

Desde un punto de vista sustancial, la dificultad en distinguir los criterios o actitudes de regulación de la vida de los partidos políticos no puede hacerse con exactitud si se vale para ello únicamente de los esquemas conocidos con los nombres de “maximalismo” y “minimalismo”, ya que tales términos pueden tener connotaciones múltiples y equívocas, no respondiendo por ahora a una precisión tal que nos permita encasillar sin margen de error a cualquier legislación de partidos en uno u otro de esos moldes o esquemas. Por ello, se hace necesario buscar otro patrón o medida, que permita alcanzar mayor objetividad y menor riesgo en el encasillamiento de los diversos regímenes existentes en lo constitucional y en lo legal. En este sentido, nos inclinamos por la adopción de dos grandes tipos, cuyo sentido parece fácilmente verificable en las normas y en la aplicación de éstas: uno, de *control cuantitativo*, y otro, de *control cualitativo*. El primero limita los recaudos legales para

267 Cfr. “Comisión Asesora para el estudio de la Reforma Institucional”, *Dictámenes y antecedentes*, Buenos Aires, 1971, p. 178.

el reconocimiento de un partido político al cumplimiento de exigencias formales (carta orgánica, declaración de principios, plataforma electoral) y a la reunión de cierta cantidad de afiliados o miembros, cuyo número se establece en una proporción fija sobre el total del cuerpo electoral del distrito o del país (en los Estados federales y en los Estados unitarios, respectivamente). El segundo, en cambio, avanza sobre otras exigencias, sumando a las anteriores la necesidad de la conformidad ideológica de las postulaciones del partido con los fines del Estado constitucional que lo ha de reconocer como tal: así, únicamente alcanzarán el reconocimiento de “partidos” aquellas agrupaciones que acrediten fehacientemente su homogeneidad ideológica con el sistema imperante, es decir, con las pautas dominantes del régimen político vigente, de tal modo que resulta inconcebible —para este criterio— que sean admitidos partidos de tendencia autocrática o monocrática en un Estado que garantiza el pluralismo o, inversamente, que sean legalizados partidos de orientación pluralista en un Estado cuyas bases de sustentación peculiarizan una autocracia o monocracia. En este sistema “cualitativo”, el Estado se reserva abiertamente el poder indispensable para aceptar en el “juego” político solamente a los partidos que profesan las mismas “reglas del juego” que la constitución establece para la vida política del país, negándole el reconocimiento y la legalidad a las agrupaciones que aspiran a obtener el reconocimiento estatal con la finalidad —conocida o encubierta— de transformar esas mismas “reglas del juego” o de cerrar el propio “juego”. La primera dificultad que presenta el sistema “cualitativo” consiste en la posibilidad de detectar con acierto y exactitud cuál es el verdadero programa ideológico del partido en cuestión, habida cuenta de que en varios ejemplos históricos ha quedado demostrado que a veces no coinciden el programa “oficial” y público con el programa “real” y secreto. Los defensores del control cualitativo, para ser coherentes y eficientes, deben sostener siempre que el reconocimiento de un partido político por el Estado se hace en relación con el programa *real* de esa agrupación, o sea, que el Estado debe llevar adelante su poder hasta el punto de poner en ejercicio atribuciones de investigación necesarias para el conocimiento del verdadero programa político.<sup>268</sup>

268 Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia, en la República Argentina, en el caso del “Partido Obrero”, resuelto el 27 de junio de 1962 (*Fallos*, 253-133), considerandos 18 y 19 de la sentencia, por aplicación del principio de la necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva e impedir su ocultamiento ritual.

Para el Estado constitucional que es cobertura o fachada de un régimen autocrático o monocrático, la cuestión debatida en el punto anterior es cosa juzgada, desde el momento que ningún régimen político de esa estirpe (sea autoritarismo o sea totalitarismo) habilitará en su legalidad la posibilidad de la existencia y actividades de partidos políticos que pre-diquen la transformación del sistema político en “pluralista” o abierto. No se conoce ningún caso en la historia contemporánea de Estados así que hayan reconocido en concreto la manifestación de la “libertad política” consistente en el derecho subjetivo a practicar la libertad de asociación con fines políticos en la formación de otros partidos políticos. Por el contrario, la nota distintiva de las autocracias es el a-partidismo o el unipartidismo, según los casos; y en aquellos supuestos en que aparecen síntomas de pluripartidismo, en realidad su existencia no llega al punto de permitir su libre confrontación electoral, ya que al tiempo de las elecciones presidenciales o legislativas o municipales se oficializa un “frente único” que elimina toda posibilidad de lucha competitiva entre aquellos partidos (v. gr., en la República Democrática de Alemania).

Para el Estado constitucional que es cobertura o fachada de un régimen democrático-pluralista, la cuestión en debate está lejos de ser cosa juzgada, ya que un interminable debate traduce la división de opiniones entre quienes estiman que el régimen democrático-pluralista no puede renegar de su “pluralismo” estableciendo proscripciones y, por otro lado, quienes consideran que la defensa del Estado democrático requiere preservar la vida política de aquellos agentes que valiéndose de la legitimidad democrática aspiran al cambio total del régimen y la consiguiente implantación de otro perteneciente al tipo autocrático-monocrático. Esta opción de hierro traduce claramente el dilema de los regímenes pluralistas: o la democracia es sólo para “los democráticos”, o, por el contrario, la democracia es tan generosa que debe admitir en sus beneficios y garantías a la prédica por su ultimación y conversión en una autocracia.<sup>269</sup> En el primer caso, salta enseguida la pregunta: ¿quién y cómo determinan quiénes son y qué son los “democráticos”? Si la democracia puede ex-

<sup>269</sup> En los *Dictámenes y antecedentes*, los doctores Carlos S. Fayt, Mario Justo López y Alberto A. Spota se hacen cargo de la dificultad, al expresar “se ha dicho que el dilema es trágico. Si el régimen democrático permanece inerme e indefenso frente a enemigos que se valen de él para destruirlo, se suicida *de hecho*. Si, por el contrario, restringe la libertad y viola la igualdad excluyendo a algunos, discriminatoriamente, de la creación del futuro, se suicida *dialécticamente* al negar sus propios principios”, p. 160.

cluir a los antidemocráticos, es particularmente importante saber con qué criterio se ha de determinar qué es lo democrático y qué es lo no democrático, para poder así continuar respetando el valor *seguridad* que es, precisamente, uno de los valores más defendidos por los mismos democráticos. La aplicación del control cualitativo por parte de los Estados democrático-pluralistas encierra dificultades como las señaladas aquí; al mismo tiempo que entraña consecuencias no menos graves desde el punto de vista de la coherencia del *substratum* filosófico en que se apoya la democracia pluralista: por ejemplo, la posibilidad de proscripciones electorales, en virtud de las cuales los detentadores del poder (democráticos) puedan excluir de la competición “democrática” por el acceso al poder a numerosos sectores políticos que sean descalificados sobre la base de ser supuestamente “antidemocráticos”.

Sin desconocer la presencia de otros factores de dificultad, comentaremos ahora dos problemas que se hacen presentes en los sistemas que adoptan el control cualitativo: me refiero a las cuestiones emergentes del *límite* de ese control y de la determinación del *órgano* encargado de él.<sup>270</sup> Sobre el primer aspecto, las normas legales que establecen dicho control se orientan —por lo general— a la exigencia de: *a*) que la declaración de principios y el programa o bases de acción política deban sostener los “fines” de la constitución y expresar la adhesión al sistema democrático, representativo, republicano, pluripartidista, el respeto a los derechos humanos y no auspiciar el empleo de la violencia para modificar el orden jurídico o llegar al poder (*v. gr.*, artículo 25 del decreto-ley 19.102/71 y cláusulas análogas de la ley 16.652, sancionada en 1965); y *b*) que los partidos se comprometan a observar en la práctica esos principios, comenzando por la vigencia del sistema democrático en su vida interna, mediante elecciones periódicas para designar sus autoridades y elegir sus candidatos.

La regulación legal no puede avanzar más allá de estos supuestos; y los ejemplos históricos demuestran que los medios de poder puestos a disposición de esta función de control han consistido —principalmente— en el descubrimiento del programa y de la ideología reales y concretos del partido político en examen. Sobre el segundo aspecto, es decir, el del *órgano* con competencia para ejercer el control cualitativo, los sistemas constitucionales ofrecen una variedad de soluciones, cuyos lineamientos

270 *Cfr.* Linares Quintana, *op. cit.*, p. 358.

van desde la concesión de tan importante resorte —como es el acto de reconocimiento o no de un partido— a órganos políticos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo) hasta el otorgamiento de dicha función a órganos judiciales (tribunales ordinarios o justicia electoral). En la ley fundamental de Bon, el Tribunal de Garantías Constitucionales tiene jurisdicción constitucional para expedirse sobre la inconstitucionalidad de los partidos “que por sus fines o por la actitud de sus miembros tiendan a atentar o a suprimir el orden fundamental libre y democrático o a poner en peligro la existencia de la República Federal” (artículo 21). En la República Argentina, desde 1963 la justicia electoral es órgano del Poder Judicial de la nación, y después del paréntesis a-partidista de 1966-1971 se ha restablecido la existencia de la Cámara Electoral a partir de 1971, correspondiendo la primera instancia judicial a los jueces federales —que también pertenecen al Poder Judicial— (decretos-leyes 19.108 y 19.277/71).

Como puede observarse, la aplicación del control cualitativo implica que asociaciones tales como los “partidos políticos” y los actos que realizan, pueden ser sometidos al control de constitucionalidad y, eventualmente, pueden llegar a ser descalificados por su inconformidad con la superlegalidad constitucional del Estado. De esta manera, llegamos al punto en que resulta imprescindible determinar claramente cuál es el dato o la pauta que configura la precitada “inconstitucionalidad” de un partido político, o sea, en virtud de qué circunstancia se opera la contradicción entre los “fines” de la constitución y el contenido ideológico o doctrinal del partido.

Hay dos fuentes hacia las cuales puede dirigirse la búsqueda del elemento definidor que —en un sistema de control cualitativo— sirva de base para la eventual declaración de inconstitucionalidad de un partido:

- a) Si esa descalificación por anticonstitucionalidad ha de recaer sobre las “actividades” del partido, la circunstancia arcóntica<sup>271</sup> o principal a ser tenida en cuenta consistirá en el uso de la violencia practicada o predicada por el citado partido, ya que el ejercicio de la fuerza como sistema está erradicado en el Estado constitucional y sólo puede invocarla el poder público —que la concentra— en determinados supuestos de excepción.

271 “Arcóntico”, de “arconte”, *primer* magistrado de las repúblicas griegas; lo utilizan algunos autores (Cossio, etcétera), para significar una circunstancia primera o fundamental, la principal entre otras.

- b) La descalificación por anticonstitucionalidad ha de recaer sobre las “ideas” o “doctrinas” sustentadas por el partido, entonces, la circunstancia decisiva radicará en la proclamación expresa o implícita por ese partido de su vocación y aspiración a constituirse en partido único, esto es, su pretensión a eliminar los demás partidos y convertir el régimen pluripartidista en unipartidista, suprimiendo toda competencia política en la lucha institucional por el acceso al poder.

Mientras que la comprobación de uso o la prédica de la violencia es una cuestión de hechos y pruebas, a ser dilucidada por las autoridades competentes con base en los elementos documentales y testimoniales que obren a tal efecto; la comprobación de la vocación a erigirse en partido único es materia que puede depender de la interpretación de los documentos doctrinales que presente el partido —en sus actuaciones oficiales—, según sea el grado de penetración que adquiera la compulsa de los datos a considerar. Este parece ser el principal argumento lógico, ontológico y deontológico que invocan los defensores del control cualitativo: si el “partido” es por concepto una parte y una parcialidad, que presume la coexistencia en el todo con otras partes y otras parcialidades, no cabe concebir un “partido” que las excluya, pues de su pretensión de “totalidad” surgirá una contradicción conceptual.<sup>272</sup> De donde resultará que el partido “único” no es propiamente un “partido”, sino otra estructura de intermediación o “polea de trasmisión” (Marx) que reemplaza a los partidos en un régimen en que no se admite la libre competencia entre asociaciones políticas libremente formadas. En última instancia, tendremos que concluir —en esa línea de pensamiento— que “partido único” y “partidocracia” son incompatibles, desde el momento que si bien los dos regímenes suponen un *monopolio* en la selección de la dirigencia política y en la ocupación de los cargos electivos, acontece que en el primer caso —partido único— el monopolio o exclusividad *de jure* está predefinido en la titularidad de una agrupación que no coexiste con otras, mientras que en el segundo caso —partidocracia— también hay una exclusividad *de jure* —en favor de los partidos—, pero la determinación de cuál de ellos ha de ocupar los roles dominantes queda deferida a la voluntad popular o consenso. O sea, que mientras el pluripartidismo habilita la existencia de la oposición competitiva, el unipartidismo sólo deja opción

272 Cfr. Neumann, Sigmund, *Partidos políticos modernos*, Madrid, Tecnos, 1965, p. 595.

a la formación de una oposición conspirativa, ya que únicamente con el cambio del sistema puede darse una posibilidad de alternancia en el poder.

Nos hallamos así ante la siguiente situación:

- a) Los sistemas autocráticos o monocráticos, que funcionan con un régimen unipartidista, existe de hecho un monopolio o exclusividad que hace innecesario todo control (cualitativo o cuantitativo), por cuanto no existen otros partidos políticos además del oficial (por eso se denomina “Estado partidario”, por oposición al régimen multipartidista que algunos llaman “Estado de partidos”,<sup>273</sup> con lo que resulta que la oposición no puede expresarse competitivamente y sólo puede intentar un disenso conspirativo desde la ilegalidad.
- b) En los sistemas democrático-pluralistas que adoptan un control cualitativo de los partidos políticos, los que resulten privados de reconocimiento legal y, consecuentemente, inhabilitados para actuar dentro del régimen, quedan de hecho compelidos a ejercitar una oposición también conspirativa, ya que no cuentan con una vía apta para aspirar competitivamente al juego de la alternancia en el poder.
- c) En los regímenes democrático-pluralistas que no practican el control cualitativo (porque no practican ningún tipo de control o porque sólo practican el control cuantitativo) se puede dar la situación de que no existan óbices legales impeditivos de una libre competencia en la postulación electiva del poder, permitiendo que todos los partidos políticos —que estén organizados como tales— concurren a las elecciones y tengan igualdad jurídica de oportunidades para la alternancia en el gobierno. Esta última hipótesis (c) supone la admisión de la posibilidad de que por la vía electoral y competitiva pueda adquirir legalmente el poder un partido cuya ideología y cuyos actos conduzcan a la transformación del régimen, en un tránsito de la democracia pluralista a la monocracia unipartidista (como aconteció en Alemania en 1933), es decir, a la extinción de un sistema constitucional y la instauración de un nuevo régimen

273 Véase nota 112.

político-institucional. La elección y consiguiente adopción de uno de los tres sistemas señalados es materia u objeto de una decisión política fundamental del régimen constitucional y, por lo tanto, escapa a cualquier posibilidad de derivación lógico-jurídica. Adoptado determinado sistema, las consecuencias de su aplicación serán, en cambio, materia de interpretación y control por vías jurídicas, sin perjuicio de que también lo sea la adopción misma del sistema si lo que se cuestiona es la legalidad o competencia de su sanción (por ejemplo, que haya sido establecido el control cualitativo por medio de una ley inconstitucional, o de un decreto ilegal, o de una resolución antirreglamentaria, etcétera). Pero si la constitución del Estado contiene previsiones concretas sobre este problema y, en consecuencia, habilita la competencia de órganos de los poderes constituídos para su reglamentación, no podría ser controvertida la existencia misma de aquel sistema, por cuanto su adopción ha sido materia resuelta por el poder constituyente (por ejemplo, el caso contemporáneo de Alemania, por la ley fundamental de Bon).

En síntesis: el control de los partidos políticos es una competencia constitucional más, que se suma a las otras competencias creadas y distribuidas por el hacedor de las competencias, que es el poder constituyente.

Después de haber desarrollado las reflexiones que preceden, estamos en condiciones de intentar una tesis alrededor de las consecuencias que ocasiona el control de los partidos políticos. Y nuestra afirmación es la siguiente: *la adopción de un sistema de control “cualitativo” de los partidos equivale —en sus consecuencias— al establecimiento de cláusulas pétreas en la constitución*, es decir, que por el camino de la práctica del control cualitativo se puede llegar al mismo resultado propuesto con la sanción de contenidos pétreos en las leyes fundamentales de los Estados. Claro está que esta situación es propia de aquellos regímenes políticos que admiten la existencia de partidos políticos, desde el unipartidismo hasta el multipartidismo. La razón de tal situación puede encontrarse en el hecho de que tanto las cláusulas o los contenidos “pétreos” como el control “cualitativo” de los partidos se traducen en la imposibilidad de cambiar o de establecer determinadas prescripciones constitucionales; y esto ocurre tanto en el caso de que sea la propia constitución la que im-

ponga la prohibición a manera de un límite al poder constituyente de revisión, cuanto en el caso de que el Estado prohíba el funcionamiento y actuación de aquellos partidos políticos que por la vía de las “reglas del juego” del sistema se propongan cambiar el sistema mismo o aquellas partes del sistema que por autodeterminación constitucional han adquirido carácter pétreo o inmodificable. En cualquiera de las dos hipótesis la situación es la misma: la imposibilidad legal y competitiva de proponer y alcanzar cambios de cierta naturaleza en el sistema constitucional del Estado.

La única diferencia consiste en que en un caso el procedimiento que fija la intocabilidad tiene un sentido o manifestación *directa*: es así porque la constitución prohíbe lisa y llanamente la reforma de ciertas cláusulas o contenidos que obran en su texto (cláusulas pétreas); mientras que en el otro caso se sigue una técnica diferente, que podríamos denominar el camino *indirecto*: porque la constitución no prohíbe los cambios sino que elimina del juego institucional a los únicos agentes promotores de esos cambios, que son ciertos partidos políticos, entendidos, éstos, como entes auxiliares del Estado y como vehículos indispensables para el ejercicio de los derechos políticos (control cualitativo). En el primer caso, el poder constituyente se autolimita, limitando las atribuciones del poder de revisión constitucional; en el segundo caso, el poder constituyente crea una competencia (poder constituído) con aptitud para admitir o ilegalizar los partidos políticos según que éstos profesen o no adhesión a la idea de mantenimiento, preservación y conservación de los contenidos establecidos oportunamente por el constituyente anterior. Y en los dos casos, el resultado final es el mismo: una incitación a la revolución, o sea, un emplazamiento a los partidarios del cambio (que no se puede obtener legalmente) para que lo asuman por vías revolucionarias, quebrando la legalidad existente mediante el intento de su reemplazo por una nueva legalidad sin base o fundamentación en la preexistente. Por las mismas causas que las cláusulas pétreas, el control cualitativo aparece a nuestra vista como un intento desesperado de las tendencias jusnaturalistas para abroquelarse en la defensa de ciertos contenidos ideológicos y políticos.

Los datos de la experiencia constitucional argentina ilustran sobre la existencia del control “cualitativo” en diversos periodos del ciclo de vigencia de los partidos políticos en el marco de una democracia pluralista. Y ese fenómeno lo comprobamos tanto bajo la vigencia de la Constitu-

ción nacional de 1853-1860 —que no contenía disposiciones explícitas sobre el tema—, cuanto bajo la efectividad de la Constitución de 1949 —que incluía cláusulas explícitas al respecto—. Luego de restablecida la vigencia de la primera de las constituciones mencionadas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como intérprete final de la ley suprema, tuvo oportunidad de pronunciarse en favor de la constitucionalidad de un régimen de control “cualitativo” de los partidos políticos, con motivo del rechazo del pedido de reconocimiento de un partido, planteado bajo la vigencia del decreto-ley 19.044/56 (ratificada por ley 14.467). Los principales argumentos invocados por la Corte fueron:

La admisión de un derecho ilimitado importaría una concepción antisocial.

La legitimidad de la reglamentación de todo los derechos también comprende al de asociarse con fines políticos.

Entre lo bienes jurídicos cuya tutela justifica la restricción de los derechos se encuentra *la defensa del Estado democrático*, para la preservación de las instituciones vigentes (en especial de las aludidas en el artículo 1o. de la Constitución).

Mientras la humanidad continúe políticamente dividida en naciones, corresponderá a cada una de ellas tutelar las instituciones que se han dado y que resulten de su particular idiosincraía.

Los partidos políticos han llegado a convertirse en órganos de la democracia representativa: *de lo que ellos sean depende en gran medida lo que ha de ser en lo hechos la democracia del país en que actúan*.

Uno de los objetivos de la reglamentación legal de los partidos es establecer controles gubernamentales para *garantizar la pluralidad* de esos partidos.

La existencia y *pluralidad* de los partidos políticos se sustenta en el artículo 1o. de la Constitución, que adopta la forma de gobierno representativa y republicana.<sup>274</sup>

274 *Fallos*, 253-133, caso “Partido Obrero”. Además de los argumentos señalados, la Corte Suprema invoca el poder del Estado para prohibir en determinadas circunstancias ciertos modos de ejercicio de los derechos que la Constitución prevé, por tratarse de actividades *incompatibles* con los intereses que aquella potestad tutela. Frente a la amenaza, vulneración o destrucción de “valores jurídicos de contenido público”, es admisible que el Estado prohíba la conducta socialmente dañosa. La Corte Suprema aplica acá la *teoría del “peligro cierto y real”*, en virtud de la cual cuando esté en juego la subsistencia del Estado democrático al legislador le es permitido valerse de medidas prohibitivas con respecto a los partidos subversivos. Tales restricciones —a juicio de la Corte— son *razonables*: “Siempre que sea forzoso optar por la salvación de uno entre dos valores jurídicos contrapuestos, la elección hecha en favor del que posee más jerarquía de ningún modo puede ser considerada irrazonable”; y el tribunal estima que tal principio es aplicable al caso de la prohibición de ciertos partidos, ya que lo contrario equivaldría a que “para no impedir a alguno una actividad particular, e lícito crear el riesgo grave de que desaparezca la genérica libertad de todo”, considerandos 13-16.

De estos párrafos se desprende que el dato o pauta que principalmente tuvieron en cuenta los jueces para decidir la proscripción ideológica del partido solicitante fue, precisamente, su vocación reñida con el régimen pluripartidista, demostrada por diversos elementos de juicio que a criterio del tribunal eran indicativos de la aspiración a convertirse en partido “único” y, por ende, a transformar el régimen político de democrático-pluralista a monocrático-unipartidista. En última instancia, la valoración en juego se inclinó hacia la defensa del control cualitativo, por estar implícitamente dicho que hay una diferencia nacida de la experiencia política, y no del ordenamiento jurídico en sí, que basta para motivar la decisión en favor de aquel control: mientras que la democracia pluralista admite el funcionamiento de partidos políticos que se proponen convertir el sistema en su modelo antagónico (monocrático unipartidista), los regímenes autocráticos no toleran la existencia o actuación de agrupaciones o entidades que aspiren a cambiar la naturaleza del régimen; y, además, cuando esto ocurre, es siempre por vías revolucionarias. De la democracia a la monocracia puede haber un tránsito legal o un tránsito revolucionario, pero de la monocracia a la democracia no se conoce otra vía que la conspirativa, pues la legal está vedada.

Sobre la base constitucional de las mismas disposiciones citadas por la Corte Suprema en el caso del “Partido Obrero”, las reglamentaciones posteriores han mantenido el criterio de la exigencia de conformidad ideológica de los partidos con los fines de la Constitución; y esto, con mayores o menores alcances, ha estado presente en las normas legales anteriores y en las posteriores al periodo político de autocracia apartidista que existió entre junio de 1966 y marzo de 1971, fecha en que se restableció la existencia de los partidos. La ley 16.652 (año 1965) exigía a los partidos para su reconocimiento la adopción de una doctrina “que en la determinación de la política nacional promueva el bien público, a la vez que propugne expresamente el sostenimiento del régimen democrático representativo y republicano y el de los principios y los fines de la Constitución nacional” (artículo 3o., inciso b). La ley disponía que debían ajustarse a esa exigencia, de manera formal y real, todos los documentos e instrumentos fundamentales del partido político; no cumpliendo con esa exigencia “los partidos que *por su doctrina o en su actuación* lleven a la práctica en su organización y vida interna o en su acción exterior la negación de los derechos humanos, la sustitución del sistema

democrático, el empleo ilegal y sistemático de la fuerza y la concentración personal del poder” (artículo 23).

La consecuencia de esa violación era la “extinción” del partido (su disolución), sin posibilidad de nuevo reconocimiento hasta seis años después (artículos 62-66): estando el control otorgado a la justicia nacional electoral, como órgano del Poder Judicial (artículo 60.). Por su parte, el *decreto-ley* 19.102 (año 1971) disponía expresamente en su artículo 25:

La declaración de principios y el programa o bases de acción política, deberán sostener los fines de la Constitución nacional y expresar la adhesión al sistema democrático, representativo, republicano, *pluripartidista*, el respeto a los derechos humanos y no auspiciar el empleo de la *violencia* para modificar el orden jurídico o llegar al poder. Los partidos se comprometerán a observar en la práctica y en todo momento, los principios contenidos en tales documentos, los que se publicarán, por un día, en el Boletín Oficial.

Esta misma ley también estableció el procedimiento de la “extinción” de los partidos que aparecieran en violación de la citada exigencia, como asimismo por “impartir instrucción militar a sus afiliados u organizarlos militarmente” (artículo 50, incisos *b* y *c*); quedando el partido así sancionado en la imposibilidad de solicitar su reconocimiento nuevamente hasta ocho años después (artículo 52, II). El régimen de extinción requería la declaración por sentencia judicial “con las garantías del debido proceso legal”, en el cual es parte el partido cuestionado (artículo 51). Por último, cabe señalar que si bien el decreto-ley 19.102/71 tuvo su origen en los “dictámenes” de la *Comisión Asesora para el estudio de la Reforma Institucional*, de ese mismo año, es menester subrayar que en el seno de esa Comisión los doctores Botana, Peña, Ramella y Vanossi votaron expresamente en el sentido de que “no debe existir ninguna clase de control ideológico en lo referente al reconocimiento de los partidos políticos”,<sup>275</sup> Es perfectamente compatible la afirmación de estos mismos autores, en el sentido de que “en ciertas circunstancias, el mayor peli-

<sup>275</sup> Cfr. *Dictámenes y antecedentes*, p. 181. También en el dictamen de minoría, los doctores Fayt, López y Spota se pronunciaron por el no establecimiento de un control doctrinal-programático. Si bien esos autores admitieron la posibilidad de tal control, sobre la base de que todo régimen político tiene vocación a persistir y, por lo tanto, el derecho de establecer las normas tendientes a lograrlo; también es cierto que expresaron su creencia en que “al régimen democrático le conviene más absorber que repeler a los partidos que se proponen destruirlo” (p. 161), y que “en la actual coyuntura argentina, cuando se trata, en realidad, de establecer un nuevo régimen político y no de retornar a moldes obsoletos, parece aconsejable dejar de lado toda discriminación”, *idem*.

gro no está en el enemigo sino en la ilusión de que para la defensa bastan trincheras legales” (*idem*). criterio al cual el autor se remite y ratifica en esta oportunidad.

La máxima dimensión alcanzada en las previsiones constitucionales del ordenamiento jurídico argentino, del control “cualitativo”, tuvo lugar en el texto de la Constitución nacional de 1949, que contenía cláusulas muy explícitas en materia de competencia para el ejercicio de ese control. En efecto, dos artículos deben ser citados a propósito de este tema. por un lado, el artículo 15, que establecía el principio general en la materia y, aun, lo implementaba con pautas concretas de aplicación; a saber:

*El Estado no reconoce libertad para atentar contra la libertad.* Esta norma se entiende sin perjuicio del derecho individual de emisión del pensamiento dentro del terreno doctrinal, sometido únicamente a las prescripciones de la ley.

El Estado no reconoce organizaciones nacionales o internacionales cualesquiera que sean sus fines, que sustenten principios opuestos a las libertades individuales reconocidas en esta Constitución, o atentatorias al sistema democrático en que ésta se inspira. Quienes pertenezcan a cualquiera de las organizaciones aludidas no podrán desempeñar funciones públicas en ninguno de los poderes del Estado.

“Quedan prohibidos la organización y el funcionamiento de milicias o agrupaciones similares que no sean las del Estado, así como el uso público de uniformes, símbolos o distintivos de organizaciones cuyos fines prohíbe esta Constitución o las leyes de la nación”.

Por otro lado, fue incorporada como segunda parte del artículo 21 (referente a la reforma constitucional) la siguiente norma:

Una ley especial establecerá las sanciones para quienes, de cualquier manera, *preconizaren o difundieren* métodos o sistemas mediante los cuales, por el empleo de la *violencia*, se propongan suprimir o cambiar la Constitución o alguno de sus principios básicos, y a quienes organizaren, constituyeren, dirigieren o formaren parte de una asociación o entidad que tenga como objeto visible u oculto alcanzar alguna de dichas finalidades.

Estas normas motivaron en su momento críticas fundadas en el temor a que por su conducto se instituyera el “delito de opinión”.<sup>276</sup> Sobre la

276 Por ejemplo, la opinión de Segundo V. Linares Quintana, en su *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1953, t. II, p. 236, cuando dice: “Ahora, nos limitaremos a expresar que el sistema creado por los artículos 15 y 21, parte segunda, de la Constitución, si bien responde

base de los artículos 15 y 21 cabía no sólo la represión de la prédica violenta sino también de la prédica de la violencia, aunque dejando a salvo el *derecho individual de emisión del pensamiento dentro del terreno doctrinal* (artículo 15, párrafo 1). Pero el límite es siempre impreciso: ¿cuándo termina el acto docente de enseñanza científica de una doctrina “totalitaria” y cuándo comienza el acto proselitista de su difusión y exaltación? Existe un debate interminable en torno de este tema, cuyas implicancias desde la filosofía general hasta el derecho penal indican su magnitud y, por ende, la imposibilidad concreta de resolverlo en estas páginas, que apuntan a otro aspecto de la cuestión.<sup>277</sup>

En materia de partidos políticos, las bases establecidas en los artículos 15 y 21 de la Constitución de 1949 fueron implementadas por la ley 13.645, que admitió explícitamente el control cualitativo, en su artículo 2o.:

Los requisitos exigidos para el reconocimiento no se tendrán por cumplidos, si los elementos que los acreditan:

- 1) Importan desconocer la Constitución, las leyes de la nación o las autoridades que de ellas emanan.
- 2) Contienen principios ideológicos susceptibles de alterar la paz social.
- 3) Incitan a la violencia o a la alteración del orden como forma de propaganda política.

al plausible propósito de la protección de la libertad y del amparo de las instituciones democráticas, en la práctica es susceptible de poder transformarse, en instrumento de defensa en poderoso medio de aniquilamiento de los derechos individuales, al dejarse librada a los funcionarios la formulación de valoraciones poco menos que imposibles de efectuar, como la de nada menos que determinar la medida precisa en que el ejercicio de un derecho deja de constituir el uso de la libertad y se convierte en el abuso de ésta”.

<sup>277</sup> Para un análisis detenido de los artículos 15 y 21 de la Constitución de 1949, sus fuentes y su interpretación, véase Frías, Pedro J., *La defensa política en la Argentina*, Depalma, 1951. El autor sostiene la tesis de que “por grave razón de bien común, todo régimen político lícito puede defenderse, no sólo contra toda concepción ilícita sino contra otra concepción lícita”, p. 19. Entiende que en el primero de esos artículos están enjuiciadas las *ideologías* (defensa sustantiva) y en el segundo los *medios* (defensa instrumental); y que por el origen doctrinal de la primera parte del artículo 15 —en el pensamiento de Sebastián Soler— debe éste enunciarse así: “el Estado no reconoce libertad *natural* para atentar contra la libertad *jurídica*”, pp. 40 y 41, pues según ese autor lo que se intenta hacer contra la democracia es destruir con la libertad natural el bien jurídico de la libertad, pero invocando la protección que el derecho otorga a la libertad jurídica (*Ley, historia y libertad*, Buenos Aires, 1943, p. 273). Sin embargo, Frías admite expresamente que para el poder constituyente argentino no hay cláusula irrevocable en la Constitución, que la Convención puede recibir competencia para la reforma de la totalidad del texto constitucional, y que ningún valor del orden público condiciona a la operación constituyente, *op. cit.*, pp. 92-95.

4) Admiten vinculación con entidades internacionales o permiten el apoyo de las mismas en las contiendas políticas.

En todo el debate de tales normas —las constitucionales y las legales— estuvo presente en el ánimo de sus sostenedores el alejamiento de aquella actitud liberal de garantía absoluta a la igualdad de oportunidades, que Schmitt había descalificado al sentenciarla como una actitud de “neutralidad hasta el suicidio”. Pero también es cierto que a ese peligro, como también al derivado del abuso o discrecionalidad administrativa que pudiera derivar de la aplicación de “tipos” o pautas tan extensas, se puede agregar la observación, no menos trascendente, que nace del hecho de que tales cláusulas constitucionales implican delegar en las competencias por ellas creadas (poderes constituídos) la determinación de *contenidos pétreos* en nuestro ordenamiento institucional, con las consiguientes secuelas que ello supone.

La estrecha relación que media entre las “cláusulas pétreas” y el “control cualitativo” aparece aquí en toda su virtualidad y coherencia, para demostrarnos que detrás de ambos instrumentos está presente el propósito de vigorizar la defensa formal y legal del ordenamiento constitucional vigente, proscribiendo el disenso con el sistema mismo. Las “cláusulas pétreas” y el “control cualitativo” son diversos *medios* para alcanzar un mismo fin, que es la defensa del régimen político frente a cualquier intento de transformación sustancial, aun la transformación intentada mediante el procedimiento legal de la reforma o revisión constitucional.

Hemos intentado demostrar la íntima conexión que existe entre el control cualitativo de los partidos políticos y las cláusulas o contenidos pétreos de la Constitución. Sostenemos que ambos son medios utilizados por la técnica constitucional al servicio de ideas o fines que responden a la inquietud de privilegiar la protección del régimen o sistema político en cuestión. Creemos que como instrumentos legales —ya que de eso se trata— tienen una eficacia relativa, que no alcanza a asegurar la extirpación de las tendencias e ideologías que profesan los adversarios de ese mismo régimen político. Si la salvación de una idea o doctrina dependiera de estos esquemas normativos, sería inútil toda creencia en la superioridad de esa idea o doctrina, ya que en definitiva su supervivencia estaría garantizada nada más que por el control del aparato jurídico dominante.

Quienes dudan de la eficacia y del acierto de los sistemas de control cualitativo, como también de las cláusulas pétreas, estiman que la salvación de la democracia pluralista depende de otros factores que se constatación con la conciencia colectiva y mayoritaria en torno de la superioridad de dicho sistema sobre los regímenes de filiación autocrática. Piensan que la democracia debe y puede generar sus propias defensas en el cuerpo social; y que lejos de ser ilusa o ingenua, conserva el sentido de la realidad cuando no se unilateraliza en la búsqueda de remedios normativos únicamente, sino que penetra en el proceso infinito de su realimentación social en las fuentes de su mayor vigor: la demostración de que se trata del sistema que mejor viabiliza la convivencia pacífica entre los hombres y los pueblos, sin acudir a la coacción como herramienta permanente y total de la dominación (que es un remedio excepcional y parcial), sino acudiendo a medios de motivación de la conducta en convivencia, en virtud del consenso y del juego del disenso, ambos organizados por “reglas del juego” que den cabida a todos. De allí en más, los únicos marginados del “juego” son los automarginados, que se excluyen por su práctica de vida en contradicción con las vivencias comunitarias de la mayoría. Que se excluyen, no por sus ideas, sino por sus actos.<sup>278</sup> Lo que en definitiva nos permite aseverar, una vez más, que *en la democracia hay cabida para todos, excepto para quienes reniegan del sufragio*, ya que la *edificación* y la *verificación* del *consenso* son dos expresiones esenciales del régimen político en las cuales se confunden o amalgaman las concepciones de la democracia como forma de gobierno y la democracia como estilo de vida: la forma y el contenido, el procedimiento y la sustancia, lo adjetivo y lo sustantivo.

Es, pues, el “consenso” el eje o línea de confluencia de ambas vertientes o despliegues, que necesita del sufragio como medio o instrumento insustituible para la permanente “edificación” y la periódica “verificación” de ese estado de inquietud colectiva que (por no llamarla voluntad) es la que mueve o impulsa la determinación de los pueblos. Y que cuando no se puede expresar, asume formas extrasistemáticas que ratifican su existencia y su actuar: del consentimiento

278 “Si hay ideas malsanas, que se esgrimen pretendiendo destruir nuestra Constitución, nuestra democracia, el legado de nuestros mayores, nosotros debemos oponerles ideas. Hay un arma más fuerte y más cortante que la espada: es el raciocinio. Las ideas no pueden destruirse sino con otras ideas” (palabras de Alfredo L. Palacios en el Senado de la Nación, año 1933, al discutirse la reforma penal, que cita Linares Quintana, *op. cit.*, t. II, p. 239).

al asentimiento, de la resistencia pasiva a la resistencia activa, del acatamiento a la subversión, de la legalidad a la ilegalidad. Acaso, para instaurar una nueva legalidad, que también buscará su defensa.<sup>279</sup>

279 Mucho se ha hablado de la neutralidad cultural del “liberalismo” y de su tónica agnóstica frente a los valores, incluso, a las ideologías. A pesar de todo ello, la fe en el “sufragio” es uno de los aspectos más encomiables y compartibles de su cosmovisión. Porque es la vía de una apertura permanente. Desde un punto de vista crítico, ha señalado Frías lo siguiente, que para nosotros no es peyorativo sino encomiástico de ese liberalismo: “Lo que no despreciaba eran los requisitos formales. Toda mutación podía y puede operarse, pero no por el arbitrio de los poderes históricos, no por la gravitación directa de las “fuerzas reales de poder”, no por la usurpación o la violencia, sino por el *sufragio*. Se exigía una legitimidad procesal, no una ortodoxia sustantiva. Lo que se intentara contra las instituciones era excusable. Pero no lo era el *cómo* se intentara, el *modo* de la innovación. De ahí que la inicial coincidencia en la actitud defensiva haya versado sobre los medios. La interdicción de la violencia es a más de clara consecuencia del Estado de derecho, la primera nota común en la legislación tutiva del orden político y son muy numerosas sus concordancias”, *op. cit.*, pp. 55 y 56.