

## EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

EDUARDO ALBERTO VASQUEZ

Profesor asociado interino de Introducción al Derecho

No se trata en las presentes notas de realizar una investigación ni un estudio crítico del pensamiento kelseniano con respecto de los problemas constitucionales.

Tampoco me propongo agotar en esta exposición el pensamiento del maestro vienes acerca del significado normativo de la constitución.

Me limito a resumir las clases que sobre el punto he dictado durante el período lectivo de 1958 a los alumnos de Introducción al Derecho, en las que intenté precisar, de manera sumaria, la ubicación de la problemática constitucional dentro de una teoría general del derecho.

### 1.—El tratamiento "puro" de la Constitución

El tema de la constitución es caro a los estudiosos del derecho político. En realidad, el vocablo arrastra consigo tantas connotaciones axiológicas que se puede afirmar que la historia del desenvolvimiento político de Occidente en los últimos dos siglos, ha estado girando en importante medida en torno de las constituciones.

La teoría política, por otra parte, no aparece solamente como una visión especulativa de sus problemas específicos, sino que, asumiendo valoraciones, se torna en actora —no pocas veces en protagonista— del efectivo acontecer histórico. Parece ser, en efecto, característica del pensamiento político, el integrar el propio objeto que se propone estudiar (George H. Sabine: *A History of Political Theory*, New York, pg. VII).

No es éste el enfoque kelseniano del tema. Las particularidades de cada sistema, el peculiar desarrollo histórico de las instituciones, sus repercusiones sociales, son giradas por la teoría

pura del derecho a las disciplinas especializadas: Historia Constitucional, Sociología del Derecho, Política.

Desde el punto de vista de una estricta teoría jurídica, se trata de aclarar el problema de la ubicación de la constitución como norma dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico.

Las valoraciones políticas dejan su impronta en los ordenamientos positivos. Pero, en todo caso, el menester del jurista es, según Kelsen, no el de investigar esas valoraciones, tendencias e intereses como tales, sino el de determinar cuál es su cristalización normativa; es decir, de qué manera el sistema jurídico ha recibido e informado normativamente tales ideologías.

## 2.—El ordenamiento jurídico

Se habla, siguiendo la metáfora de Merkl, de una pirámide jurídica. Las metáforas, moneda útil para el intercambio conceptual, no dejan de tener sus riesgos si son aceptadas literalmente.

Es evidente que en derecho no se puede hablar de dimensiones esenciales. Solamente a título de figura de lenguaje es legítimo referirse a normas "superiores" e "inferiores".

Si una norma "B" ha sido creada de acuerdo con lo establecido por otra norma "A" perteneciente a un sistema jurídico determinado, se dice que la norma "A" es superior a la norma inferior "B" (H. Kelsen: *Teoría General del Derecho y del Estado*, Traducción de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 1950, pg. 128).

La determinación de una norma inferior por otra superior se realiza en dos aspectos: 1) *Formal*, por el que la norma superior determina: a) el órgano encargado de dictar la norma y b) el procedimiento a que debe ajustarse dicho órgano; y 2) *Materia*, por el que determina el contenido de la norma subordinada (Kelsen: *op. cit.*, pg. 133).

Dentro del ordenamiento jurídico, pues, hay normas que determinan la manera en que deben ser creadas otras normas.

Hay preceptos, empero, que no determinan la creación de nuevas normas: una sentencia penal condenatoria, una sentencia de remate en una ejecución civil o comercial; ciertas resoluciones administrativas, sólo abren la posibilidad de su elección. (William Ebenstein: *La Teoría Pura del Derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica, pg. 184).

La teoría de la gradación del ordenamiento jurídico no significa sino que unas normas han sido creadas de acuerdo con lo dispuesto por otras pertenecientes a dicho orden. En verdad corresponde decir que una norma jurídica es reputada válida si y

sólo si pertenece a un orden jurídico válido en general. La unidad del orden jurídico reposa, en último término, en la norma básica o fundamental hipotética, que debe ser cuidadosamente diferenciada de la constitución en sentido positivo, objeto de nuestro estudio. Dicha norma hipotética, en cualquiera de sus posibles formulaciones: "Si A acostumbra a mandar y B a obedecer debe ser que A mande y B obedezca", "se debe obedecer al legislador originario", "la coacción debe ser en la forma y bajo las circunstancias establecidas por el legislador originario y las instancias por él delegadas" define el material jurídico y por ende, determina y delimita el objeto de la ciencia jurídica.

La norma superior reviste un mayor grado de generalidad, es decir, es más extensa y menos comprensiva que la inferior, en un proceso de paulatina individuación o concretización. La norma inferior, más próxima al caso concreto, es obviamente más rica en determinaciones.

### 3.—La constitución como norma general

El ordenamiento jurídico es un sistema dinámico formal que regula su propia creación, es decir, que sus normas determinan la creación de otras normas más particulares.

"La generalidad o individualidad de las reglas depende, primero, de si formulan una obligación para un número determinado o indeterminado de personas, y, en segundo lugar, si en su aplicación están comprometidos uno o más agentes". (Ebenstein, *op. cit.*, pg. 193).

Este proceso se realiza mediante una sucesiva delegación de instancias. Toda norma se refiere a conducta humana, es decir, es un precepto destinado a regir a hombres. Muchas de ellas se refieren a la totalidad de la comunidad o bien a sectores más o menos amplios de ella.

En los grados que llamamos superiores, empero, las normas van generalmente dirigidas a individuos encargados regularmente de la producción de otras normas, es decir, a "órganos del Estado" en sentido amplio.

La constitución es así una norma o un conjunto de normas de máxima generalidad destinado a regir la producción de las restantes normas del ordenamiento, a las que determina en su triple aspecto: órganos, procedimiento, contenido.

Este es el concepto de constitución que Kelsen denomina *material*, es decir, el que agrupa los preceptos que regulan la creación de las restantes normas. Por oposición, *constitución en sentido "formal"* es el documento solemne que contiene normas que sólo pueden ser abrogadas o modificadas mediante un proce-

dimiento especial, tendiente a dificultar tal modificación. (Kelsen: op. cit., pg. 128).

#### 4.—La supremacía de la constitución y su contralor

La existencia de la constitución en el sentido formal deriva precisamente del hecho de que existan constituciones en el sentido material, por así decirlo, en el sentido primario del término.

Solamente en esta acepción es posible hablar de la constitución como "norma suprema" o "ley de leyes". El significado estrictamente jurídico sólo tiene la connotación de norma generalísima, sin que esto implique calificación axiológica alguna.

Sólo así entendido el vocablo es posible hablar de una supremacía de la constitución, supremacía que deriva no de la particular organización política de un estado determinado, sino de la estructura ierárquica de todo posible ordenamiento jurídico.

El concepto de constitución debe mantenerse, pues, pulcramente separado de cualquier ideología filosófica o política que modifique su acepción técnica.

A partir del siglo XVIII el mundo occidental se ha inclinado a pensar que el nombre de constitución debe reservarse para los instrumentos formales que consagren la división de los poderes encargados de la creación y aplicación de las normas y garanticen un cierto número de derechos individuales considerados inherentes a la personalidad humana.

De esta suerte serían estados con constitución solamente aquellos regímenes liberales que, a partir de la altura histórica señalada, han adoptado tal estructura política. Esta tendencia de clara raigambre jusnaturalista comete el error de descalificar los datos jurídicos que se presentan al investigador cuando no concuerdan con su patrón axiológico.

Por el contrario, para Kelsen, en pura ciencia del derecho, afirmar la supremacía de la constitución significa solamente afirmar que ciertas normas, en consideración a su generalidad, forman el estrato superior de un ordenamiento jurídico cualquiera, y que las normas subordinadas deberán conformarse en su fondo y forma con lo dispuesto por aquéllas; y esto no en virtud del valor intrínseco de su contenido sino por definición.

Naturalmente que un orden jurídico puede designar expresamente algunas normas como específicamente constitucionales, reunir las en un cuerpo de preceptos (sentido formal de constitución) y aún establecer una jerarquía de las normas del sistema. Nuestra constitución es un ejemplo de esta técnica.

"El grado en el que las constituciones escritas son consideradas superiores varía de país a país. Encuentra su más com-

" plena aceptación en aquellos países en los que los tribunales ejercen el derecho de dejar sin efecto las leyes consideradas violatorias de la constitución. Se reivindica así la supremacía de la " constitución de una manera práctica". Howard Lee McBain: *Constitutions. Encyclopedia of the Social Sciences*, Ed. 1957, Vol. 4, pág. 261.

El hecho de que la constitución sea escrita y se halle recogida en un instrumento solemne hace que generalmente se disponga en la misma que su modificación debe hacerse de acuerdo con un sistema especial que tiene por objeto dificultar los cambios y dar mayor firmeza a las normas que determinan la organización política del país. Por el contrario, en los países de constitución de origen predominantemente consuetudinario las reformas constitucionales suelen producirse en la misma forma de producción que las del resto del ordenamiento jurídico.

La supremacía de las normas constitucionales tiene también como efecto la posibilidad de nulificación de las normas subordinadas que no se ajusten a lo prescrito por aquéllas en cuanto a su forma o a su contenido, dando lugar, eventualmente, a la responsabilidad de los órganos o funcionarios que hayan intervenido en su creación. (Kelsen: *op. cit.*, pg. 290).

Si se trata de mantener de hecho la mencionada supremacía, el método a que se recurre usualmente es el de ejercer un control sobre la constitucionalidad de las normas generales por medio de un tribunal *ad hoc*, el tribunal superior del ordenamiento de que se trate o bien de un organismo político.

En el sistema norteamericano, el controlador de la constitucionalidad de las normas subordinadas se ejerce mediante el poder judicial, procedimiento al que se ha denominado *judicial review*. Este método es particularmente interesante para nosotros ya que en substancia es el que ha sido adoptado por el ordenamiento positivo argentino.

Sus antecedentes pueden hallarse en Inglaterra, en la doctrina sustentada por el juez Sir Eduardo Coke (1552-1634) según la cual los tribunales de derecho común eran superiores en cuanto a su autoridad a la Corona y al Parlamento. (González Calderón: *Derecho Constitucional Argentino*, Ed. 1930, tomo I, pág. 473; García Pelayo: *Derecho Constitucional Comparado*, págs. 178 y 332; Linares Quintana: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, tomo II, pág. 257).

En los EE. UU. de Norteamérica, la doctrina fue recogida antes de la sanción de la constitución por diversas cortes de justicia de los Estados (Ogg and Ray: *Introduction to the Government of the United States*, pág. 78; González Calderón: *op. cit.*, pág. 474).

La Constitución dictada en 1787, en su artículo VI, inc. 2º, antecedente del artículo 31 de nuestra constitución, establece:

"Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella sean hechas y todos los tratados hechos o que se hagan bajo la autoridad de los Estados Unidos, será la ley suprema del país, y los jueces de cada estado estarán subordinados a ella, a pesar de lo que en contrario disponga la Constitución o las leyes de cada Estado".

Por otra parte, la Judiciary Act de 1789, en su sección 25ª, daba fundamento legal a la facultad revisora de los tribunales (judicial review) al establecer que:

"las sentencias definitivas o decretos de los tribunales supremos de los Estados pueden ser revisados en la Corte Suprema de los Estados Unidos y revocadas o confirmadas por medio de un writ of error cuando recaiga resolución en un asunto en que se haya cuestionado la validez de un tratado o de una ley (statute) de los Estados Unidos o de una autoridad ejercida en su nombre y la decisión sea en contra de su validez; o donde se cuestione la validez de una ley de un Estado o de una autoridad ejercida en su nombre en razón de ser repugnante a la Constitución, a los tratados o a las leyes de los Estados Unidos, y la decisión sea en favor de su validez; o donde se cuestione la inteligencia de cualquier cláusula de la Constitución de los Estados Unidos, de sus tratados, de sus leyes o de una comisión ejercida en su nombre y la decisión sea contraria al título, derecho, privilegio o exención especialmente alegado o invocado por cualquiera de las partes en nombre de tal cláusula, de la mencionada Constitución, tratado, ley o comisión" (*The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation, 1952*", Edición Oficial del Senado de los Estados Unidos, pg. 554).

Pero se reconoce generalmente como fundamento de la revisión judicial el leading case "Marbury v. Madison", en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1803, por boca de su presidente Marshall, sostuvo claramente la doctrina del controlador de la supremacía de la constitución por la judicatura.

Allí afirmó que:

"... la fraseología particular de la Constitución de los Estados Unidos confirma y corrobora el principio, supuesto como esencial a todas las constituciones escritas, de que una ley repugnante a la Constitución es inválida, y de los Tribunales, como los demás departamentos, están obligados por aquel instrumento". (*Cronch's Reports 137, 1803*).

Nuestro país ha adoptado un sistema similar al de los Estados Unidos.

La Constitución Nacional establece en su artículo 31 un orden de prelación de normas: 1) la Constitución Nacional; 2) las leyes dictadas en su consecuencia; 3) los tratados concluidos con potencias extranjeras. Estas normas son consideradas como "leyes supremas del país" y el orden de prelación es obligatorio para los Tribunales Nacionales (ley 48, art. 21).

Es decir, que en nuestro sistema cualquier juez está facultado para declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma.

Por otra parte, y con el propósito específico de mantener la supremacía de la Constitución y de las autoridades por ella creadas, la legislación ha suministrado el remedio del recurso extraordinario para ante la Corte Suprema. Dicho recurso se funda en lo dispuesto por los arts. 100 y 101 de la Constitución y se halla establecido en las leyes 48, art. 14; 4055, art. 6°. 13.998, art. 24 y Decreto-ley 1285/58, art. 24, inc. 2°).

En uno de sus primeros fallos la Corte estableció que:

"Este Tribunal es el intérprete final de la Constitución, por cuya razón siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión sea en contra del derecho que en ella se funda aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión de la Suprema Corte". C.S.N., Tomo I, pág. 348. "Fiscal v. B. Calvete".

Donde aparece más claramente expuesto el principio es en el caso "Municipalidad de Buenos Aires, v. I. G. de Elortondo", el verdadero *leading case* de la jurisprudencia argentina en materia de revisión judicial en el que la Corte afirmó:

"Es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarla si las encuentran en oposición con ella". C.S.N., tomo 33, pág. 194.

Es de hacer notar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley no tiene por efecto su anulación o veto sino que el pronunciamiento judicial se limita a establecer que la norma cuestionada es inaplicable al caso sometido a examen. (Ogg and Ray: *op. cit.*, pág. 79, nota 2; Linares Quintana, tomo II, pág. 350).

Paralelamente a la declaración de inconstitucionalidad de la norma, se puede aplicar un segundo método, es decir, el de la responsabilidad de los funcionarios intervinientes en la creación de preceptos incompatibles con la constitución. Entre nosotros, son de aplicación los arts. 29, 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional.

Es interesante observar que el propio Kelsen, autor de la constitución austríaca de 1921, instituyó un tribunal especial encargado de velar por su correcta aplicación, la Alta Corte Constitucional, a la que correspondía, entre otras cosas, reprimir las violaciones de la Constitución o de las leyes por los órganos ejecutivos supremos.

##### 5.—La llamada separación de poderes

La doctrina de la separación de los poderes se halla informando el pensamiento político liberal a partir del siglo XVIII. Aunque ya había sido tratada por algunos autores ingleses (Locke, Bolingbroke), su formulación clásica se encuentra en *El Espíritu de las Leyes* de Montesquieu.

Nuevamente nos encontramos aquí con una ideología encaramada al pensamiento estrictamente jurídico. La realidad no es tan nítida ni tan simple como lo pretenden las doctrinas políticas que la preconizan.

Kelsen ha tratado de delimitar claramente los conceptos, para que, con una terminología adecuada, sea posible ver hasta qué punto se puede hablar con propiedad, en una estricta teoría jurídica, de una separación de poderes.

La doctrina tradicional establece una tricotomía de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, en la cual las esferas de competencia se encuentran delimitadas de manera tajante y en la cual no cabe superposición posible de funciones. Al poder legislativo corresponde la creación de normas generales, leyes en sentido estricto; al poder ejecutivo su aplicación y al poder judicial la resolución de los conflictos concretos que se suscitan con motivo de la aplicación de las leyes, sea entre particulares, sea entre éstos y el Estado.

Por lo pronto importa distinguir entre la expresión *poder* del Estado y *poderes* del Estado.

Para Kelsen, la primera expresión, liberada de sus implicaciones históricas y políticas sólo puede significar la validez y eficacia del orden jurídico dado. Cuando, por el contrario, se habla de "poderes" del Estado, se alude a las diversas funciones que deben ser cumplidas por aquél. (Kelsen: *op. cit.*, pág. 268).

Aquí surge la primera observación. La división, aparentemente tricotómica, es, en realidad, dicotómica. Detrás de la clasificación yace la distinción entre creación de normas y ejecución de las mismas. El poder ejecutivo y el poder judicial están en realidad encarrados de la ejecución de las normas dictadas por el poder legislativo.

Ahora bien, dentro de la doctrina de la gradación del ordenamiento jurídico no existe un abismo insalvable entre creación y aplicación del derecho, por cuanto cada acto de creación de una norma es al mismo tiempo aplicación de otra superior, salvo en los casos límites. Más bien estamos aquí en presencia de una técnica de creación normativa contingente, particular de ciertos ordenamientos políticos históricamente determinados; en el caso, los de tipo liberal democrático.

En casi todos éstos (excepción hecha de los países anglosajones), las normas generales son dictadas por un organismo *ad hoc*, un congreso o parlamento, el que cumple sus funciones de manera exclusiva y deliberada. La producción de normas generales se halla, de manera lata, monopolizada por tales organismos.

En cuanto a los restantes poderes, tienen la misión de establecer normas particularizadas sobre la base de las normas generales dictadas por el poder legislativo: decretos o reglamentos del poder ejecutivo, sentencias del poder judicial.

Agreguemos que tampoco en este sentido la diferencia es terminante.

Los decretos o reglamentos son ciertamente normas generales, en tanta medida como lo son las leyes.

El poder ejecutivo se encuentra constreñido a dictar esas normas dentro del marco que le ofrecen las leyes dictadas por el congreso o parlamento. Con lo cual, se establece a lo sumo una especie de supremacía o preeminencia del poder legislativo en la creación de normas generales, pero de ninguna manera una separación esencial de funciones.

El sistema de la separación de poderes tiene pues un eminente sentido político, que resulta más fácilmente explicable por razones históricas que estrictamente jurídicas.

Al mismo tiempo que se trataba de salvaguardar las libertades individuales por un método de *check and balances* entre los diversos poderes, las monarquías constitucionales europeas trataron de hallar un refugio a los poderes del monarca en la doctrina de un poder administrativo independiente del poder legislativo, única versión viable, en la época, del principio del *princeps legibus solutus* (Ebenstein: *op. cit.*, pág. 214).

Aún dentro de nuestra técnica constitucional positiva se ve claramente que resulta más plausible hablar de una cooperación en el proceso de creación del derecho que de una separación de poderes.

El ejecutivo actúa como poder colegislador en la formación de las leyes, tanto en su iniciativa (art. 69) como en su sanción (art. 72) ya que tiene la posibilidad de ejercer la facultad del veto.

Además, los Tribunales ejercen una especie de poder colegislador en sentido negativo, mediante la técnica del contralor judi-

cial de las leyes al que hemos aludido anteriormente (Kelsen: *op. cit.*, pág. 268).

En resumen, la llamada separación de los poderes alude más a una particular ideología política que a una conformación necesaria de cualquier ordenamiento jurídico. Y aún en este sentido, la doctrina ortodoxa se ha visto atecada por autores como Carré de Malberg, *op. cit.* (trad. de la *Revue de Droit Constitutionnel*, trad. española, Madrid 1931, pág. 147, pág. 156).

Finalmente, es de interés destacar que, en el derecho positivo, la división de poderes entendida como un sistema de *check and balances* produjo precisamente una fuerte interdependencia entre los poderes (Ogg and Ray: *op. cit.*, pág. 17).

#### 6.—*La determinación del contenido de las leyes por la constitución. Las garantías constitucionales y las declaraciones de derechos.*

Como hemos visto, toda norma superior puede determinar a la inferior en tres aspectos: órgano que debe dictar la norma, procedimiento y contenido.

Con respecto al proceso de delegación, se puede esponder un ordenamiento jurídico tal que se limitara a designar un solo órgano con todas las atribuciones posibles, en cuanto a procedimiento y contenido, en la creación de las normas inferiores a la constitución. En este sentido, no difiere mucho de este tipo, teóricamente posible, la realidad de una monarquía absoluta.

Pero en las constituciones modernas, los órganos encargados de elaborar normas suelen encontrar sus funciones reglamentadas por la constitución de una manera más o menos precisa.

Es frecuente que las constituciones incluyan las llamadas "declaraciones de derechos" en las que se enuncian principios políticos generales a los que deben ajustarse las normas inferiores derivadas de aquéllas. Estos derechos, reconocidos al todo o a una parte de la comunidad, son esferas de libertad que los órganos encargados de elaborar las normas inferiores no pueden violar, so pena de eventual declaración de inconstitucionalidad de tales preceptos y aún de responsabilidad personal de los órganos.

Tales enunciados responden al propósito de determinar el contenido de las normas inferiores a la constitución.

Dichas declaraciones pueden enunciarse de una manera negativa, por ejemplo en el caso del art. 18 de nuestra constitución "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso", o bien, como en el caso del art. 14, de manera afirmativa: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos...", pero, en

cualquiera de los dos casos su función es la misma. Técnicamente, la única diferencia que se puede anotar es que en caso de enunciaciones negativas, equivalentes a una prohibición de determinados contenidos de las leyes para los órganos y funcionarios encargados de su creación, la violación de la misma puede determinar su responsabilidad y la anulación de la ley. Para el caso de que el órgano omita, por el contrario, la sanción de una ley con un contenido determinado por la constitución, no se sigue normalmente consecuencia jurídica alguna para el órgano responsable de la omisión.

Cabe señalar que en ningún caso tales declaraciones son contenido esencial de una constitución en sentido material.

En nuestro caso, la Constitución Nacional, en su primera parte (arts. 1 a 35) incluye una declaración de derechos siguiendo la experiencia norteamericana.

Sin embargo, al dictarse originariamente el año 1787 la Constitución Norteamericana, los convencionales no incluyeron declaración alguna de derechos. Más aún, en el sentir de algunos, de Hamilton por ejemplo, tal cosa era superflua. Pocos años después fueron sancionadas las diez primeras enmiendas en las que se incluyeron las mencionadas declaraciones de derechos.

Es sintomática la posición de Hamilton, que no hace más que llevar a su lógica consecuencia los presupuestos ideológicos que hicieron políticamente posible la formulación de la doctrina de las declaraciones de derechos. Para sus defensores, tales declaraciones de derechos fueron vistas (y en gran medida lo son aún en ciertos medios políticos) como la expresión de derechos inherentes al hombre por su propia naturaleza y frente a los cuales el Estado debe limitarse a reconocerlos.

#### 7.—Constituciones rígidas y flexibles.

En el sentido material anteriormente anotado, constitución es el conjunto de normas que de manera más general determina la creación de las restantes normas del ordenamiento jurídico.

Frecuentemente aquellas normas son recogidas en un documento solemne (sentido formal), por lo general dictado de manera deliberada por un cuerpo designado al efecto y en el cual se incluyen provisiones tendientes a dar a sus preceptos mayor firmeza y perdurabilidad que la que gozan las restantes normas, con fines de estabilidad política.

El método elegido habitualmente es el de establecer que la necesidad de una reforma deberá ser declarada por una mayoría parlamentaria superior a la necesaria para sancionar las leyes ordinarias. Tal reforma suele ser posteriormente llevada a cabo

por el organismo legislativo o, como en el caso de la nuestra, por una convención constituyente o reformadora, según la terminología adoptada (Kelsen: *op. cit.*, pág. 272; Linares Quintana: *op. cit.*, tomo 2, pág. 133).

Otros ordenamientos, por el contrario, permiten la modificación de las normas constitucionales por el mismo procedimiento que se dictan las normas comunes. Una ley que dispusiera algo en contrario a lo estatuido en la constitución, no sería inconstitucional sido derogatoria de la constitución, de acuerdo con el principio de *les posterior derogat priori*.

De acuerdo con la clasificación de Bryce, las constituciones del primer tipo son las llamadas rígidas; las del segundo, flexibles.

En virtud de lo dispuesto por el art. 30, nuestra constitución pertenece al primer tipo.

En los países cuya constitución tiene origen consuetudinario, es evidente que su reforma tiene lugar en la misma forma que la creación de normas comunes, es decir, por la costumbre, lo que las coloca entre las de tipo flexible.

#### 8.—Interpretación de la Constitución

En la medida en que una norma debe ser aplicada, es decir, en la medida en que se desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico, al crear una norma inferior se debe interpretar la norma superior (Kelsen: *Théorie Pure du Droit*, Editions de la Baconniere, Neuchatel 1933, pág. 135).

En este sentido, la constitución, como toda norma, es interpretada por los legisladores cuando se trata de dictar una ley o por el ejecutivo al ejercer sus funciones o en cualquiera de los casos en que los órganos del Estado deben aplicar directamente cláusulas constitucionales.

La constitución determina la forma y el contenido de las normas que le están subordinadas. Como hemos visto el poder legislativo tiene cierta "supremacía" en la elaboración de las normas generales, así que precisamente a él le compete la interpretación de las cláusulas constitucionales cuando se trata de dictar leyes. Pero los demás órganos del Estado también la interpretan cuando deben aplicarla y esto es particularmente exacto en lo que se refiere a los Tribunales cuando ejercen el llamado contralor jurisdiccional (Bryce: *La République Américaine*, ed. francesa, París, tomo I, pág. 528 y sig.).

De todos modos, la constitución, como cualquier norma, solamente determina de manera parcial el acto jurídico por el cual es aplicada, sea que se trate de un acto que crea otra norma o un acto de pura aplicación. Como toda norma es un cuadro abier-

to a varias posibilidades "sea reteniendo una de las diversas significaciones que el texto de la norma pueda tener, sea conformándose a la voluntad del autor de la norma si se la ha podido determinar de otra forma..." (Kelsen: *op. cit.*, pág. 137).

Dentro del sistema argentino y norteamericano, en que se ejerce un control de la constitucionalidad de las leyes por medio del poder judicial, es particularmente relevante la interpretación que de la constitución hagan los tribunales y, en particular, el tribunal supremo.

En efecto, tal o cual norma será o no repugnante a una cláusula constitucional según la inteligencia que se dé a la misma, y esta interpretación, aunque aplicable en principio a un caso concreto, establece un precedente. La interpretación de la Corte Suprema no es legalmente obligatoria en nuestro país para los tribunales inferiores. Pero el sentido de una resolución hace previsible no solamente una cierta orientación de la jurisprudencia de aquéllos, sino también contribuye a informar el comportamiento efectivo de los sectores de la población que puedan ser afectados por esta pauta objetiva de conducta.

Las resoluciones de un tribunal supremo son irrevisibles por órgano alguno, de manera que realmente es aquél quien tiene la palabra definitiva en materia de interpretación constitucional. (González Calderón: tomo 3, pág. 44 y sig., párrafo 1558, citando la sentencia dictada por la Corte en 1872 en el juicio *Pirco Nacional c/ Manuel Ocampo*; prólogo a *La Suprema Corte de Estados Unidos*, de C. E. Hughes, ed. Fondo de Cultura Económica, pág. 7; Bryce: *op. cit.*, pág. 529; Ebenstein: *op. cit.*, pág. 228).

### 9.—La Constitución como norma incompleta

De acuerdo con la definición kelseniana de norma, ésta se presenta como un juicio hipotético de deber ser, cuyo segundo término menciona un acto de fuerza o sanción. Esto permite caracterizar al derecho como un sistema dinámico coactivo de normas.

Si examinamos empero un texto constitucional observamos que no se encuentran en él disposiciones que enlacen determinados tramos de conducta humana o actos ilícitos con hechos de fuerza que les estén imputados como sanciones.

Las normas constitucionales se limitan a determinar, de manera general, la creación de normas inferiores. Estas a su vez establecen las sanciones específicas para aquellos actos que determinen los legisladores. De esta manera, es menester integrar las normas constitucionales con aquéllas que han sido creadas de acuerdo con ellas, desde un punto de vista dinámico.

En cada caso concreto, el tribunal o juez que juzgue un caso concreto, deberá imponer una sanción específica, si encuentra que se han dado de hecho las circunstancias previstas por las normas generales, cuya existencia debe declarar. Y precisamente, una de las condiciones de la existencia de esas normas generales, por ejemplo, del código penal, es que haya sido dictada por un órgano competente (es decir, designado por la constitución o por las instancias delegadas) de acuerdo con el procedimiento establecido para la sanción de las mismas y con el contenido constitucional posible. (Con respecto de este último punto, generalmente determinado de manera negativa, por ejemplo, que no se trate de una norma penal retroactiva).

Es decir, la constitución no establece directamente sanciones sino que, desde un punto de vista dinámico, delega en los poderes constituidos su establecimiento.

En cambio, desde un punto de vista estático, el juez que se aboca a un caso determinado, encuentra las normas constitucionales "proyectadas" sobre las inferiores, como una condición de su existencia. (Kelsen: *op. cit.*, pg. 148).

#### CONCLUSIONES

En resumen, el concepto positivo de constitución, según Kelsen, aparece con las siguientes características:

1. Se trata de un concepto estrictamente normativo. No lo integran consideraciones políticas, axiológicas o sociológicas.

2. Debe entenderse por constitución, en el sentido "material", el conjunto de normas de máxima generalidad que determinan el modo de producción de las restantes normas del orden jurídico.

3. Tal concepto debe ser diferenciado del de constitución en sentido formal, es decir, del documento solemne en el cual se recogen normas consideradas esenciales para la organización política de una comunidad determinada. Dicho documento comprende generalmente las normas integrantes de la constitución material en sentido estricto, pero puede contener otras que no tienen tal jerarquía.

4. Tal designación de "material" no debe conducir a equívocos terminológicos. El concepto de constitución "material", en tanto que se refiere a normas supremas no por intrínseca digni-

dad axiológica, sino por su generalidad en la determinación de las restantes normas del ordenamiento, es un concepto dinámico formal.

5. Por otra parte, las constituciones pueden incluir, aunque no necesariamente, "declaraciones de derechos", es decir, determinaciones negativas o positivas del contenido de las normas subordinadas.