

## CINCO TESIS SOBRE LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Otto PFERSMANN\*

SUMARIO: I. *La recursividad interna*. II. *La tesis de la distribución y complementariedad*. III. *La tesis de la lingüística aplicada*. IV. *La tesis babilónica*. V. *Paralelismo*.

¿Tiene cimientos el derecho constitucional? El derecho constitucional representa el estamento más importante de normas dentro de un sistema jurídico, por tal motivo, tales disposiciones no pueden venir desde ningún lugar. Más allá de ello, “fundamentos” y “derecho constitucional” pueden tener significados diversos: puede ser una disciplina, su materia de estudio, la función del conocimiento jurídico específico o su objeto en una comunidad política determinada.

El derecho constitucional puede significar la disciplina que estudia los contenidos jurídicos que pueden ser identificados como Constituciones y en este capítulo la pregunta sería, entonces, si esta disciplina tiene fundamentos propios. Esta sería una cuestión epistemológica. Una vez más, la cuestión puede ser tomada como normativa cuando se pregunta qué condiciones deben cumplirse para obtener conocimiento sobre el objeto “Constitución”, mientras que la misma puede ser concebida como un problema empírico cuando están involucradas las actitudes fácticas de quienes pretenden adquirir o dicen poder explicar tal conocimiento. Si se considera que el “derecho constitucional” significa el objeto jurídico “Constitución”, la pregunta puede dirigirse al problema de si hay algo más básico que este objeto, algo a partir de lo cual es adquirida la propia existencia legal. Esta es una cuestión ontológica, y aunque las Constituciones son objetos normativos, no sería necesariamente una cuestión normativa, porque el punto no es imponer ciertas exigencias a las Constituciones, sino saber si en verdad existen exigencias

---

\* Universidad París I Panthéon Sorbonne.

que las Constituciones deben respetar. Si consideramos otros elementos de esta cuestión, nos enfrentamos a un problema meta-funcional con relación al tema epistemológico y normativo. La pregunta es qué papel juegan los temas epistemológico y normativo-ontológico cuando son analizados desde un punto de vista técnico-erudito, por ejemplo, bajo una perspectiva disciplinaria en contraposición a la de un lego, y más específicamente desde la perspectiva de grandes grupos de legos, sino de la comunidad de ciudadanos que generalmente las constituciones consideran como sus destinatarios. Sean lo que sean las Constituciones, lo cierto es que se han convertido en objetos más y más complejos, y por ello, en objetos bastante difíciles de entender no sólo para el destinatario común —sino para el mismísimo académico altamente capacitado—; razón por la cual podemos preguntarnos si la Constitución, algo tan difícil de ser comprendido, puede seguir teniendo la función que generalmente se le atribuye. El tercer problema, así considerado, se convierte en una cuestión epistemológica-ontológica, dado que es posible preguntarse si una Constitución imposible o muy difícil de ser comprendida puede todavía seguir siendo una Constitución —en una determinada concepción ontológica de lo que es una Constitución—.

Al considerar estas cuestiones, defenderé las siguientes tesis:

- 1) El derecho constitucional no tiene fundamento jurídico-legal dentro del sistema jurídico-legal al cual pertenece la Constitución (la tesis de la recursividad interna).
- 2) Los fundamentos normativos del derecho constitucional no le pertenecen al ámbito disciplinario del derecho constitucional; le conciernen al campo de la filosofía política (la tesis de la distribución y complementariedad).
- 3) Sin fundamentos epistemológicos, el derecho constitucional no puede existir como disciplina científica. Estos son más fáciles de ser concebidos en principio y más difíciles de ser aplicados en la práctica de lo que generalmente se asume en los debates teóricos (la tesis de la lingüística aplicada).
- 4) Debido a la ausencia de un programa disciplinario común, el derecho constitucional como disciplina empírica se encuentra sometido a crecientes discrepancias ocultas, desapercibidas por un equivocado consenso práctico (la tesis babilónica).
- 5) Existe una conexión entre la concepción disciplinaria del derecho constitucional y la filosofía política que no es fundacional sino estructural (la tesis del paralelismo).

## I. LA RECURSIVIDAD INTERNA

Una cosa puede ser el fundamento para otra cosa, si existiere una conexión ontológica tal que la existencia del segundo objeto es adecuadamente rastreada por medio de la existencia del primer objeto. En el derecho, el fundamento de una norma está dado por otra norma del mismo sistema.<sup>1</sup> Una norma de otro sistema no puede atribuir validez jurídica a una prescripción fuera de ese sistema y viceversa. Si hay una conexión fundacional entre dos o más normas, entonces es porque ambas pertenecen al mismo sistema. Si fuera de otra manera, las normas podrían existir sin fundamentos o con un fundamento no-normativo, lo cual resultaría lo mismo. Obviamente, si se acepta alguna variedad de naturalismo, tal imposibilidad desaparece. Ahora bien, con ello se vuelve imposible también la especificidad de la dimensión normativa, ya que al no haber diferencia entre las normas y los hechos, pierde sentido establecerlas por simple vía de hipótesis.

Lo mismo les cabe a los sistemas normativos de diferente estructura modal. Si ley y moralidad son modalmente diferentes, entonces, no es posible encontrar conexión fundacional alguna entre ambas, pero en cambio, si hubiera tal vínculo fundacional, entonces en un sentido modalmente relevante, no habría mayores diferencias: apenas nombres distintos para las mismas estructuras normativas.<sup>2</sup>

Sin embargo, a nivel normativo “fundamento” puede significar dos cosas completamente diferentes. En un sentido básico, una norma constituye el fundamento de otra norma, si dentro de un sistema relevante es capaz de definir las condiciones de existencia o validez de otra norma. Se trata de una simple relación de membresía.<sup>3</sup> En un segundo sentido, donde ya está asumida una relación de validez, una norma opera como fundamento o factor de conformidad, si la misma es capaz de establecer los requisitos necesarios para que otra (norma válida) pueda reputarse sin la menor mácula con respecto a su contenido jurídico y también con relación a consecuen-

---

<sup>1</sup> El derecho es un conjunto organizado de normas que poseen ciertas propiedades específicas. Una norma legal “existe” en la medida en que es un elemento de dicho sistema, y “ser un elemento de dicho sistema” a menudo supone tener “validez”. Cfr: Pfersmann, Otto, “Pour une typologie modale de classes de validité normative”, en Petit, Jean-Luc (ed.), *La querelle des normes — Hommage à Georg Henrik von Wright*, Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l’Université de Caen, 1995, pp. 69-113.

<sup>2</sup> Véase nota 1.

<sup>3</sup> Véase nota 1.

cias por potenciales deficiencias.<sup>4</sup> Los dos sentidos se confunden a menudo, pero deben ser diferenciados con precisión. Las condiciones de validez son necesarias y suficientes. Si falta un elemento, el acto no tiene validez normativa dentro del sistema. Y viceversa, si todas las condiciones se cumplen, entonces una norma válida existe en el sistema. De tal manera, si algo no fuera válido en el sistema, ni siquiera es necesario ni posible anularlo. Las consecuencias de la falta de adecuación o conformidad pueden ser muy complejas dependiendo las mismas de la capacidad de acción o de la falta de acción que un órgano pertinentemente habilitado pudiera exhibir.

Las Constituciones son por definición la base normativa de un sistema jurídico, por ejemplo: una Constitución es un conjunto de normas que define las condiciones para la validez de otras normas.<sup>5</sup> Aún si admitiéramos una hipotética meta-norma o una regla-maestra para explicar la normatividad de la Constitución, sigue siendo la Constitución de todos modos considerada como un conjunto de normas explícitamente enunciadas para dar cimiento a la validez de otras normas dentro del sistema.<sup>6</sup> En consecuencia,

---

<sup>4</sup> Una norma N1 guarda conformidad con una norma N2 si N1 no sólo ha sido creada de acuerdo con condiciones necesarias y suficientes de validez, sino que, además, si la misma ha sido creada respetando los otros requerimientos posibles dispuestos por N2. La conformidad supone validez, pero no al revés. Y si los requisitos normativos a los que se refieren la validez son tales a punto que la ausencia de un elemento necesario implica la ausencia de validez normativa, los requisitos normativos con respecto a otras normas son meras exigencias. Pero si ello fuera poco, hay que notar que las mismas suponen conocer además las consecuencias normativas de una eventual violación: anulación, modificación correctiva o la no aplicación de la norma por parte de otro órgano distinto del que creó la norma problematizada. Esta es la idea principal del “cálculo por default”, desarrollado en primer lugar por Adolf Merkel, *cf.* Pfersmann, Otto, “La production des normes: production normative et hiérarchie des normes”, en Troper, Michel y Changollaude, Dominique (eds.), *Traité international de droit constitutionnel*, París, Dalloz, 2012.

<sup>5</sup> *Cf.* Pfersmann, Otto, “La production des normes...”, *cit.*

<sup>6</sup> El fundamento último de las normas del sistema es por definición algo que no puede haber sido creado siguiendo una norma de creación de normas que pueda aún ser más elevada. De tal suerte, tal norma suprema sólo puede verse supuesta, considerando que no puede existir por sí misma. Este es el punto de vista principal de la idea de Hans Kelsen de una “norma fundamental” o “Grundnorm”. Aunque la construcción precisa y plausible del fundamento último de un sistema normativo es, por supuesto, central al problema de los “fundamentos del derecho constitucional”, a los fines de este tema, no nos concierne inmiscuirnos en el fondo del debate. Baste decir empero que, en nuestra opinión, se está confundiendo regla y práctica. Y que ello es así en tanto que la regla rectora, la “regla de reconocimiento” de Herbert Hart, no ha hecho otra cosa que violar la división fundamental del “ser-deber ser” (*Is-Ought*). Para mayores detalles, véase también Pfersmann, Otto, “La production des normes...”, *cit.* El tema principal es que una norma fundamental, aunque asegure la formulación de un texto que se postula como Constitución, no puede ser una norma establecida por un creador de normas.

no puede haber ninguna norma *jurídica* que pueda ser el fundamento de la Constitución. Si hubiera tal norma, entonces, simplemente sería ésta la norma que tendría la función de ser la Constitución; con lo que cualquier posible suposición previa que viniese a atribuir esta cualidad a otro conjunto de normas legales dentro del sistema, se encontraría irremediablemente falseada.

Este enunciado general trae consigo alguna sutileza. El mismo debe enfrentarse a dos objeciones (una política y otra internacional). En efecto, las Constituciones pueden contener distintos niveles, y a menudo suelen mostrarse *polimórficas*.<sup>7</sup> Las Constituciones, en tanto cimiento de los sistemas jurídicos, pueden ellas mismas asimismo reconocer otras fuentes jurídicas.

Las Constituciones son en su mayoría concebidas como estructuras monolíticamente ensambladas, en particular, cuando las mismas (son rígidas y) se encuentran estrictamente formalizadas; por ejemplo, cuando una regla relativa a la creación de los contenidos mismos de la Constitución establece un procedimiento hiper-mayoritario específico, el cual a menudo, está adscrito en forma expresa al interior de un texto específico que lleva el nombre de “Constitución” u otro término indicativo del mismo concepto fundacional. De todos modos, aun cuando pueda haber una forma constitucional —y este obviamente es el caso en la mayoría de los actuales sistemas jurídicos— de ello no necesariamente se sigue que las Constituciones sean *monomórficas*; lo que, por ejemplo, indicaría que, dentro de un sistema, sólo existe una única forma suprallegal de normas. En realidad, hay tantas formas como métodos de producción de normas para las diversas condiciones y/o efectos normativos previstos. En muchos casos, el texto constitucional abarca distintos grupos de normas, y en algunas hipótesis las normas siquiera pueden ser modificadas o sólo pueden serlo mediante un procedimiento que es aún más complejo que el establecido por el ordinario formalismo constitucional. Esto suscita interrogantes muy desalentadoras, dado que, en tal caso, ciertas normas constitucionales pueden verse anuladas cuando las mismas violasen otras normas constitucionales de mayor jerarquía. Ahora bien, si las Constituciones fueran de tal manera polimórficas y más específicamente, si dicho polimorfismo constitucional fuera “no-equivalente”,

---

<sup>7</sup> Utilizo este término para indicar que las Constituciones son conjuntos de normas formalmente supra-legislativas, donde puede haber varios niveles formales por encima de la forma “ley”. Introduzco dicho concepto en Pfersmann, Otto, “La production des normes...”, *cit.*, y en “Enmiendas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativa”, a publicarse en *Journal of Public Law/Zeitschrift für öffentliches Recht*. Véase asimismo mi trabajo, “La única Constitución y sus muchos enemigos”, en Sajó, Andras y Uitz, Renata (eds.), *Topografía constitucional: valores y Constituciones*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2010, pp. 45-68.

por ejemplo, si hubiere efectos invalidantes reales, entonces ¿por qué seguir hablando de una Constitución? Cualquiera sea el nombre o el estatus legal que ostenten, aplicando nuestra definición de manera estricta, la verdadera Constitución solamente estaría integrada por esos pocos principios que otras normas del sistema están llamadas a respetar. De todos modos, este argumento debe ser distinguido. En efecto, en algunos casos, las más empinadas normas constitucionales simplemente contienen prohibiciones, es decir, imposibilitan toda clase de cambio en algunos ámbitos, como la forma republicana de gobierno en Francia y en Italia, o la dignidad de los seres humanos y la estructura federal y democrática del Estado en Alemania.<sup>8</sup> En tales hipótesis, la Constitución no contendría norma alguna con la capacidad de especificar las condiciones normativas de validez para la producción de otras normas, no siendo la misma, por lo tanto, en absoluto constitucional. En segundo lugar, aun cuando pudieren estar albergadas normas que definan la producción específica de otras normas, como la llamada “revisión total” en Suiza o Austria, la mayoría de las normas constitucionales de mayor jerarquía tienen en su contenido límites sobre su alcance y, por lo tanto, al estar reguladas las condiciones para producción de normas ordinarias desde el derecho constitucional, de algún modo, se estaría excluyendo otras normas firmemente afianzadas. De manera que parece más conveniente, aunque también más complejo tener que admitir el polimorfismo constitucional, es decir, tener que aceptar que, por oposición al proceso común de creación de leyes, la “Constitución” es el conjunto de normas que responden a las más altas exigencias formales. Entiéndase, dicho sea de paso, que por “proceso ordinario de creación de leyes”, se alude a la forma que permite definir la producción de normas generales y abstractas.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Constitución francesa, artículo 89, párrafo 5; Constitución italiana, artículo 139; Norma-Fundamental Alemana, artículo 79, párrafo 3. La bibliografía con respecto al significado y aplicación de estas cláusulas es extremadamente rica. Para dar sólo unos ejemplos: Association Française des Constitutionnalistes: Pfersmann, Otto y Favoreu, Louis (eds.), *La révision de la Constitution*, París, Economica, 1993; según reciente literatura: Winterhoff, Christian, *Verfassung, Verfassungsgebung, Verfassungsänderung: zur Theorie der Verfassung und der Verfassungsrechtserzeugung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007; Gambino, Silvio y Guerino, D'Ignazio (eds.), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milán, Giuffrè Editore, 2007; Scriba, Florian, *Legale Revolution: zu den Grenzen verfassungsändernder Rechtssetzung und der Haltbarkeit eines umstrittenen Begriffs*, Berlín, Duncker und Humblot, 2008; Pedrazza Gorlero, Maurizio, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, Giuffrè Editore, 2010.

<sup>9</sup> La legislación ordinaria es por supuesto a menudo polimórfica, especialmente en Estados cuya estructura política es federal o, de manera más general, descentralizada. También puede haber una distribución de competencias entre un legislador parlamentario y uno judicial o entre un legislador parlamentario y uno ejecutivo, como en el caso de la Constitución francesa, que en principio atribuye “la legislación ordinaria” al primer ministro como cabeza

No obstante lo dicho, aun el polimorfismo constitucional más complejo y desarrollado está atrapado dentro de la función recursiva de validez. En otras palabras, si bien podemos tener distintos niveles de jerarquizados principios constitucionales, por construcción, ninguno de ellos puede estar por encima o por fuera de una Constitución considerada en su totalidad. Para dar cuerpo al argumento, admitamos que un tribunal de última instancia en una decisión judicial sostuviera que existen algunos elevados principios que nunca han sido expuestos por autoridad judicial alguna y/o que los mismos provienen de una norma extraña al sistema, por lo que dicho órgano judicial, aprovechándose de la existencia de tales entidades, anula una norma que concierne al más alto nivel de principios constitucionales explícitamente formalizados. Tal aclamada acción, empero, realizada, por ejemplo, por la Suprema Corte de India, no constituye prueba alguna acerca de la existencia de tales supuestas entidades.<sup>10</sup>

Lo único que queda demostrado con ello es que el tribunal adopta el punto de vista de que las cosas son tal como están expresadas por sus opiniones. Más allá de ello, el problema, precisamente, es si el punto de vista adoptado por el tribunal guarda alguna correspondencia con la realidad jurídica. En este punto, dos concepciones opuestas y contradictorias confluyen. Según un grupo de teorías, a las que podemos llamar en términos generales “realismo”, en verdad, los tribunales no sólo deciden sobre casos concretos, sino que ellos son también responsables de establecer la ley. Es decir, si un tribunal sostiene una determinada opinión, entonces, la ley es eso. De tal suerte, si un tribunal con competencia constitucional establece que hay algo por encima de la Constitución, entonces, por un “fiat interpretativo judi-

---

del poder regulatorio (artículo 37, párrafo 1, junto con artículo 21, párrafo 1). El tema es que en tales casos se realiza una diferenciación dentro de un conjunto de normas que, por vía de hipótesis, ubica esas variedades de legislación por encima del nivel ordinario de normas; lo que precisamente, y en sentido formal del término, permite conocer una norma específica: Constitución. De tal modo, el punto de referencia para reconocer una Constitución es la forma en la que las normas generales y abstractas son producidas dentro de un sistema relevante de normas. En un sistema parlamentario, esto sería la legislación mayoritaria.

<sup>10</sup> La Suprema Corte inventó una “estructura básica” en el caso *Kesavananda Bharati* (1973 (4) SCC 225ff) y luego en *Minerva Mills Ltd. v. Union of India* (1980) 3 SCC 625. Lo interesante es que la Corte estableció que ciertos elementos de la Constitución no pueden ser modificados dado que la Constitución establece explícitamente que “Ninguna enmienda a esta Constitución (incluyendo las cláusulas de P art. III) realizada o supuestamente realizada según este artículo [ya sea antes o después del inicio del artículo 55 de la Constitución (Enmienda cuarenta y dos: Act, 1976)] puede ser invocada por tribunal alguno por ninguna razón (5). Para disipar dudas, se declara por el presente que no habrá ninguna limitación sobre el poder constituyente del Parlamento para enmendar por medio de adición, variación o revocación las cláusulas de la presente Constitución según este artículo” (artículo 355 [4]).

cial” algo pasa a estar por encima de la Constitución. Mientras que otras variedades más tradicionales de “realismo” atinan en cambio a considerar que la ley sólo es lo que los tribunales —u otros órganos— *decidan* que es. Para esta tendencia mayoritaria la ley es sólo un conjunto de razonamientos que sirven para justificar este tipo de decisiones.

Ahora bien, según la concepción contraria, los tribunales establecen o desarrollan posturas relevantes porque la verdadera ontología de los sistemas jurídicos no es otra que la de organizar las cosas de esa manera. A veces ambas posiciones están mezcladas, como cuando se dice que las Constituciones utilizan un “amplio lenguaje moral”, el cual debe ser interpretado “bajo la mejor luz interpretativa”, aunque de todos modos la supuesta prueba de esta posición puede verse en el hecho de que los tribunales están dispuestos a referirse a tales datos “morales”.<sup>11</sup> Según este punto de vista, los tribunales apelan a estándares más elevados, precisamente, porque ellos existen, y en el hecho de que estos estándares elevados existen se encuentra demostrado por las mismas afirmaciones que hacen los tribunales con respecto a la existencia de tales principios supuestamente más elevados. Como se ve, es un argumento perfectamente circular.

Ambas posiciones son problemáticas. En efecto, teniendo en cuenta que los tribunales pueden establecer la ley, uno puede siempre preguntarse acerca de la razón jurídica para el caso y pareciere bastante difícil tener que admitir que la única base jurídica deba ser el mismo hecho de que un tribunal lo ha dicho.

En segundo lugar, si el razonamiento es un conjunto de argumentos que están ordenados con la intención de justificar un determinado resultado compuesto por proposiciones acerca de contenidos jurídicos y no sobre

---

<sup>11</sup> Este es el punto de vista que expresa Ronald Dworkin en su *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (*La ley de la libertad: lectura moral de la Constitución Americana*, Oxford University Press, 1996, en particular la introducción: “The Moral Reading and the Majoritarian Premise” (La lectura moral y la premisa mayoritaria), pp. 1-38. Para ver un debate ampliado, *cfr.* Pfersmann, Otto, “Rechtstheorie und Grundrechtsdemokratie. Eine Auseinandersetzung mit Ronald Dworkin”, en Angerer, Thomas *et al.*, *Festschrift für Gerald Storz*, Böhlau, Wien, 1999, pp. 145-164. Este es un ejemplo típico del uso ideológico del término “moral”, porque decir que la Constitución contiene elementos “morales” sugiere que, aunque debe ser considerada como un instrumento legal, la misma a la vez sería algo más que sólo legal; es decir, lo que está por fuera de la Constitución estaría al mismo tiempo ya dentro de la Constitución. Esta posición es obviamente inconsistente. O bien “moral” significa aquí sólo que el lenguaje de la Constitución es general e indeterminado, entonces la tesis no diría nada particularmente nuevo ni interesante; o bien “moral” se refiere a algo que está fuera de la Constitución, pero entonces, se trata de algo que no puede encontrarse dentro de la Constitución. Naturalmente, si se ignora esta contradicción, la tesis se vuelve mucho más original y emocionante.

estos contenidos jurídicos en sí mismos, y si fuera una manifestación de contenidos jurídicos, entonces, las decisiones no estarían justificadas, pudiendo uno nuevamente preguntarse en qué otros contenidos jurídicos este paradójico razonamiento-informado podría encontrar fundamentos.

La posición opuesta se basa en la idea de que la ley tiene necesariamente un fundamento extralegal o que los dominios jurídico y moral están entrelazados de manera inextricable.

Ahora bien, en aras de robustecer el argumento, admitamos que estas proposiciones fueran verdaderas. Tendríamos entonces un cierto dominio que podría llamarse, por ejemplo, “LM”. Todos los fundamentos de la Constitución, luego, deberían estar dentro de este dominio mayor. Sucede de tal suerte, empero, que tendríamos exactamente el mismo problema, porque aún tendríamos que responder la pregunta sobre dónde se encuentran los fundamentos más allá de este nuevo dominio y así interminablemente. De modo que o bien algo en verdad está completamente fuera de otro dominio, por lo que consecuentemente no nos puede proporcionar ningún tipo interesante de fundamento, o si está dentro de este dominio, usando una terminología que sugiere *diferencia* dentro de un enunciado teórico que reclama *identidad*, es porque tal referencia ya no sería enteramente coherente al aparecerse dentro y fuera a un mismo tiempo y a la vez.

De manera que, ciertamente, se sigue de lo expuesto que más allá del mismo derecho constitucional, en tanto información jurídica, no puede haber contenidos jurídicos sustantivos. Afirmándose en consecuencia, que sea cual fuere lo que una Constitución establezca sobre su ámbito, la misma otorga exclusivamente toda información relevante acerca de todos los contenidos jurídicos del sistema.

En este punto encontramos otra dificultad, por cuanto la internacionalización del derecho constitucional o, más genéricamente, en los sistemas jurídicos, tiene sus bemoles. En efecto, con instrumentos y tribunales supranacionales que imponen sus decisiones sobre los Estados, vale preguntarse si las Constituciones pueden todavía afirmar que son la piedra de toque de un sistema jurídico. Hay todo un movimiento de constitucionalismo internacional que, entre otras cosas, muestra la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional. Y obviamente, si admitimos que los sistemas jurídicos pueden ser subsistemas; incluso subsistemas parciales de otros sistemas más elevados, entonces, claro es, esos sistemas más elevados pasan a convertirse en fundamento con relación a los subsistemas. La recursividad interna se encuentra entonces estratificada; un sistema jurídico puede efectivamente encontrar fundamentos en otro sistema jurídico. Sin embargo, estos fundamentos son específicos

en el sentido que apenas si autorizan a un orden jurídico a establecer una Constitución, posiblemente con limitaciones más o menos débiles o más o menos fuertes con respecto a ciertos dominios, tal es el caso, por ejemplo, en lo atinente a una política agrícola común, o en lo que atañe a los derechos humanos en Europa o ante la Organización de Estados Americanos. Si la validez final reposa en el derecho internacional como un sistema global, esto de ninguna manera viene a significar que el derecho internacional esté regulando todo en cada uno de los Estados. Significa en cambio que los Estados están autorizados para existir como sistemas jurídicos, y que de ello, se sigue que tienen una Constitución a partir de la cual es factible la transferencia de competencias hacia otros sistemas. En principio esto parece paradójico, toda vez que la validez de la norma requiere acciones por parte de los Estados, aunque a su vez es plausible que una vez promulgada la norma puede adquirir una función fundacional con respecto a los mismos Estados. En realidad, esto no difiere medularmente de cualquier otro contrato, donde las partes pueden actuar de conformidad para trabar acuerdos y una vez que el contrato entra en vigor, las mismas háyanse obligadas a respetar tales compromisos. Cuando todas las competencias se transfieren a otro sistema, el Estado se convierte en un subsistema de otro sistema; pero siempre que el mismo retenga competencias continuará siendo un subsistema dentro del sistema global. Y así, un subsistema de un Estado, por ejemplo, una entidad federada, puede llegar a tener una fuerte autonomía, mientras que por el contrario un Estado nacional suele gozar de una autonomía muy limitada con respecto al nivel más elevado.

Resulta interesante la cada vez más compleja integración parcial y singular de sistemas jurídicos —y entre los Estados—, dentro de otros sistemas, sobre los que la conformidad de las acciones de gobierno se vuelve crecientemente limitada, mientras que la validez de la Constitución como tal, permanece inmutable. Por supuesto, que todo esto está sujeto a modificaciones, porque el sistema global puede presentar un grado mayor o menor de centralización.

Para el presente debate, baste decir que dentro de un sistema jurídico estatal determinado —que puede ser y en general se trata de un subsistema dentro de otro sistema más elevado—, las Constituciones definen los fundamentos para otros contenidos jurídicos en el sistema, con las limitaciones presumiblemente establecidas por sistemas más elevados, especialmente en lo que concierne a la conformidad.

En verdad, los problemas con los que se enfrenta el debate fundacional actualmente no involucran fundamentos extralegales, sino tan solo a una creciente complejidad de integraciones parciales estratificadas.

Sin embargo, dado que los fundamentos jurídicos del derecho constitucional siempre son legales y recursivamente cerrados dentro de un sistema o subsistema, es que precisamente resulta posible preguntarse por fundamentos normativos “no legales”, por caso, por aquellos que careciendo de carácter fundacional intra-legal, otorgan, empero, características normativas a las Constituciones.

## II. LA TESIS DE LA DISTRIBUCIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD

Fundamento significa aquí algo que no es interno al sistema *jurídico*, es decir, no informa las condiciones de validez ni determina los elementos para la conformidad. En este tercer sentido, los fundamentos son requisitos normativos —así como argumentos sobre tales requisitos— que, sin ser bajo ningún concepto requisitos jurídicos, se encuentran centrados en la sustancia de la Constitución. El dominio disciplinario de tales reflexiones no es otra cosa que la filosofía política. En tanto reflexiva y crítica es filosófica, y es política en la medida que se aboca a la cuestión de cómo mejor establecer una estructura estatal, mientras que, por el contrario, la creación jurídica de una estructura estatal, precisamente, se trata de una definición de la misma Constitución.

La distinción entre filosofía política y derecho constitucional es relativamente reciente —a fines del siglo XVIII—, correspondiéndose al periodo durante el cual las Constituciones se volvieron instrumentos cada vez más democráticos. *El contrato social* de Rousseau (1762), por ejemplo, todavía mantiene en su título *Du contrat social ou principes du droit politique* (*Del contrato social o de los principios de derecho político*). La famosa exposición de Montesquieu sobre su concepción de la división de poderes está presentada bajo el título de *La constitution d'Angleterre* (*La Constitución de Inglaterra*); y las traducciones más modernas de la *Política* de Aristóteles utilizan la voz “Constitución” de acuerdo con la expresión griega *πολιτεία*, la cual alude al gobierno de la ciudad.<sup>12</sup>

Aunque por otras diversas razones no sea recomendable, la verdad es que es bien posible estudiar derecho constitucional sin ningún conocimiento de filosofía política. Por el contrario, empero, sin ninguna idea de derecho constitucional, es inviable reflexionar sobre cómo establecer una estructura estatal; sin contar con un marco normativo sobre el que se puede finalmente postular la misma. En efecto, lo cierto es que la filosofía política está plagada

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, Aristóteles, *La Politique*, trad. de Jules Tricot, París, Vrin, 1962, *passim*.

de referencias jurídicas, sean éstas ejemplos concretos de estructuras o formas gubernamentales y estatales ya existentes; sean acaso estos productos abstractos del entendimiento.

No huelga decir que en concreto las Constituciones han sido y siguen siendo inspiradas por alguna suerte de filosofía política. Lo interesante es que la filosofía política raramente está interesada en las especificidades de las estructuras jurídicas. Los filósofos a menudo ignoran el hecho de que su descripción de un posible estado de cosas simplemente se encuentra basada en muchos pasos sin los cuales sus representaciones quedan incompletas; en particular ello es así cuando damos respuesta a la pregunta sobre qué debe suceder cuando ciertas acciones no son llevadas adelante de la manera en que sus descripciones optimistas lo habían sugerido. La legislación no puede evitar rellenar los vacíos que deja la filosofía política, a veces con consecuencias inesperadas. Rousseau nunca dijo cómo exactamente puede alcanzarse la verdadera voluntad general aun cuando la realidad jurídica francesa indica que durante más de un siglo reinó la suposición de que cualquiera que fuera el procedimiento legislativo, había tal voluntad general. Dado que en política no puede haber nada más elevado que, precisamente, la voluntad general, la consecuencia era que la institución del control de constitucionalidad estaba descartada. Es imposible que la voluntad general pudiera verse atada a algo más elevado.

Más recientemente, John Rawls identificó este problema de manera precisa, aun cuando lo hiciera para dejarlo inmediatamente de lado. El nombrado concibe su teoría de justicia explícitamente como una “teoría ideal”; por ejemplo: una teoría en la que no hay contrafacticos, sino que simplemente es utilizada para determinar lo que debe hacerse. Y esto conduce a enormes problemas en la comprensión de la teoría, toda vez que dentro del marco del sistema jurídico donde otras normas concretas van a establecerse, Rawls también auspicia una asamblea constitucional para incorporar los principios de justicia. De todos modos, aun si admitiésemos que la Constitución de Rawls pudiera lograr ser concretada de acuerdo con los principios constitucionales que él enuncia, empero, parece imposible asumir la continuidad de estos en futuras actuaciones de asambleas constitucionales. Esto es, aun si fuera cierto que estos principios pudieran llegar a verse constitucionalizados, no resulta inverosímil pensar que los mismos pueden en algún momento llegar a ser expulsados del marco jurídico para verse reemplazados, por ejemplo, por los principios de un “Estado mínimo” siguiendo a Nozick. Y, una vez más, un Estado mínimo como el de Hayek o Nozick, no puede tampoco evitar que las modificaciones constitucionales transformen a ese sistema en un Estado de bienestar completamente desarrollado o, que

un orden cosmo-jurídico-Hayekiano se convierta posteriormente en un Estado legislativo descomunal con control de constitucionalidad.

Aunque no siempre es tenido en cuenta, la filosofía política se encuentra necesariamente confrontada con la especificidad de las estructuras jurídicas.

Considerado en estos términos, entonces, el problema no es tanto que el derecho constitucional no tiene fundamentos filosóficos —en realidad, hay tantos como se deseen—, sino que todos ellos tienden a mostrar inconsistencias, precisamente con relación a su factibilidad legal. Y no tener en cuenta la viabilidad jurídica significa con contundencia, que la filosofía política, en líneas generales, no es actualmente fundacional en el sentido en que debería y podría serlo.

De manera que, si mi argumento efectivamente dice que la disciplina de explicar los fundamentos legales de un sistema jurídico no tiene ontológicamente ningún vínculo con la teoría de los fundamentos normativos meta-legales de tales sistemas, de todos modos se observa también que ambos dominios aparecen complementarios y que esa complementariedad no ha sido todavía alcanzada.

### III. LA TESIS DE LA LINGÜÍSTICA APLICADA

Ahora volvamos al derecho constitucional en concreto. Sus fundamentos jurídicos deben ser encontrados en la misma Constitución, aunque sabiendo que existen limitaciones originadas de su integración sistémica al interior de órdenes más elevados. De todos modos, hasta ahora esto concierne tan solo a la ontología de los sistemas jurídicos. El derecho constitucional en tanto disciplina que estudia como objeto jurídico el derecho constitucional como importa un dominio del conocimiento que debe ofrecer fundamentos epistemológicos.

Aunque de nuevo, esto es también una cuestión muy discutida. Para algunas escuelas de pensamiento jurídico, el derecho y en particular el derecho constitucional, sólo es conocimiento en tanto y en cuanto el mismo sea una práctica interpretativa, en sí ello es correcto, y no podría ser exactamente distinguible de su mismo objeto. Para muchas posturas académicas, el derecho constitucional es una auténtica disciplina con rigor conceptual susceptible de sistemática comprensión. Ello es así aun cuando el mismo careciera de todos o de la mayoría de los elementos que le otorgarían precisión y objetividad científicas. Sólo para una posición minoritaria el derecho constitucional es una disciplina científica cuya naturaleza no difiere de ningún otro dominio de investigación, aunque, posiblemente, el mismo estaría menos avanzado que esos otros dominios.

La principal división está entonces entre aquellos que consideran al derecho constitucional como una disciplina autónoma con métodos específicos no reductibles y aquellos otros que entienden que la autonomía es un problema ontológico y no epistemológico.

Sin embargo, si como objeto el derecho constitucional está constituido por un conjunto de normas jurídicas específicas, entonces, dichas normas exclusivamente pertenecen al derecho constitucional como disciplina. Y atento que las normas jurídicas revelan afirmaciones acerca lo que debe o no debe hacerse o, de lo que está permitido realizar, en ciertas circunstancias, una disciplina que involucre tales enunciados no puede concentrarse en otra cosa que no sea en los contenidos lingüísticos sobre los cuales dichas proposiciones están expresadas. Se sigue de ello que el derecho constitucional no es otra cosa que lingüística aplicada. En tanto disciplina, los fundamentos del derecho constitucional son los fundamentos de la lingüística y de la lógica formal.

Aun cuando no se vislumbren muchas alternativas, a los abogados en general no les gusta esta idea. En verdad no puede sino observarse que dentro de este campo las ciencias del lenguaje no han hecho mucho para promover el desarrollo de conocimiento entre los abogados, así como los esfuerzos de los abogados también se observa relativamente endeble para comprometerse en esta empresa común. En general, ellos prefieren otras disciplinas como la sociología o la ciencia política, las cuales, siendo mucho más distantes del ámbito propio del derecho, empero, se supone que ya han provisto conocimientos de las conductas relevantes respecto de las cuales versan las normas.

#### IV. LA TESIS BABILÓNICA

Lejos de una reflexión y elaboración común, el último punto nos muestra que en la actualidad el derecho constitucional como disciplina académica está más bien sufriendo por la ausencia de programas disciplinarios que por la divergente multiplicidad de estos. Naturalmente, esto de hecho conduce también a pronunciadas discrepancias.

Este dilema puede ilustrarse con el ejemplo de un famoso debate en años recientes, donde la divergencia de concepciones ontológicas y epistemológicas trajo importantes implicancias, no sólo académicas, sino también prácticas.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Este punto se analiza en profundidad en “The New Revision of the Old Constitu-

El ex presidente francés Valéry Giscard d'Estaing supo tener una idea fantástica: dada la carencia de nuevas y atractivas ideas para promover un marco común más robusto para Europa; teniendo en cuenta que los políticos europeos estaban superados por una dinámica menguante en la integración europea, propuso entonces redactar el borrador de un Tratado de Constitución para Europa. Se extrajeron símbolos y máximas maravillosas de las tradiciones más antiguas e ilustres, desde la oración funeral de Pericles hasta la Novena Sinfonía de Beethoven. Claro, las interminables discusiones sobre aspectos técnicos; sobre éstos y otros puntos más sutiles terminaron luego con sendos desastrosos referéndums en Francia y en Holanda. Aunque las razones que precipitaron estos resultados quizá nunca queden completamente claras, parece de todos modos interesante notar que tras la intención de utilizar el discurso y la narrativa constitucional para hacer a Europa más atractiva para sus pueblos —en lugar de hacerlo a través de la normatividad constitucional—, más que cualquier otra cosa, sin duda, esto fue lo que en definitiva infundió temor a esos pueblos.

Por otro lado, tanto especialistas en derecho europeo como en derecho constitucional se embarcaron en interminables controversias tendientes a discernir si el tratado que establecía una Constitución podría en realidad convertirse en una verdadera Constitución. El rechazo popular al Tratado pudo haber sido quizás aún peor si la gente en general hubiera tenido cabal conciencia de la existencia de incapacidad de expertos en derecho y en ciencia política para saldar sus desacuerdos. Y aun cuando los académicos del derecho nunca van a poder ponerse totalmente de acuerdo sobre qué hubiera devenido finalmente el extinto Tratado, la verdad es que la sustancia principal del mismo ha sido integrada de manera relativamente fácil al actual Tratado de Lisboa. De manera tal que es posible que ya tengamos una Constitución sin ese nombre o, tal vez, que pudimos haber tenido algo muy alejado de lo verdadero, aunque hubiera ostentado orgullosamente ese nombre.

Este bien conocido ejemplo muestra que no sólo existe desacuerdo entre la comprensión popular y la erudita en torno de lo que es una Constitución; de lo que debe entenderse por *derecho constitucional*, sino que, dentro de todas las disciplinas concentradas en estas materias, campea el desacuerdo; que las teorías y los discursos no cesan de dar vueltas en torno a objetos cuyas estructuras y métodos aparecen como completamente distintos.

---

tion”, *Icon (International Journal of Constitutional Law)*, 2005, t. 3, pp. 383-404; también apareció en *Altneland: The EU Constitution an a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper Series (5/04), New York University School of Law, 2004, pp. 201-218.

Probablemente haya maneras de eludir esta babilónica confusión; aunque claro, ello solo es posible si los participantes atrapados en dicha confusión tienen la capacidad anticipatoria de ponerse de acuerdo en eludir la misma y deciden hacer esfuerzos comunes para clarificar el problema. De todos modos, en apariencia, esto asoma como demasiado fácil. La real paradoja parece ser que a pesar del persistente y dominante desacuerdo sobre casi todo lo que se refiere al derecho constitucional, existe no obstante un abrumador consenso práctico acerca de la materia del derecho constitucional: nadie duda que Argentina tiene una Constitución formal, redactada primero en 1853, reformada en varias oportunidades cuya última reforma tuvo lugar en 1994. Nadie duda que, tal como los Estados Unidos y Argentina, Alemania es un Estado federal que, a diferencia de Argentina y los Estados Unidos, tiene sin embargo un Tribunal Constitucional tal como lo poseen Austria, Italia y España. Nadie tampoco desconoce que el Parlamento francés se encuentra compuesto por dos cámaras y que, al igual que Argentina, su presidente es directamente elegido por todos los ciudadanos. Puede haber diversas razones para la controversia, pero nadie duda en que la Suprema Corte de Estados Unidos ha sostenido que la segregación racial es inconstitucional<sup>14</sup> o que, dentro de ciertos límites, el aborto también es constitucional.<sup>15</sup> Nadie duda en que el Concejo Constitucional francés ha afirmado que carece de competencia para revisar las enmiendas constitucionales<sup>16</sup> y que, en determinadas circunstancias, la prisión como medio de investigación policial por parte de la policía ha sido declarada inconstitucional.<sup>17</sup> Y por último, nadie duda en que, en la medida que no está menoscabada la estructura constitucional fundamental de la democracia alemana, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha dicho que el Tratado de Lisboa es constitucional.<sup>18</sup>

Aun cuando hay un nivel en el que los expertos del derecho parecen estar de acuerdo al menos sobre una cierta ontología mínima, si tuvieran que expresarla de manera explícita en un conjunto teórico coherente, la verdad es que no se pondrían de acuerdo en casi ninguna de todas las proposiciones de esa misma ontología. El consenso práctico trae consigo tareas prácticas: cada litigio en concreto, como práctica discursiva y de conversación en torno

---

<sup>14</sup> *Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>15</sup> *Jane Roe, et al. v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County*: 410 U.S. 113; 93 S. Ct. 705; 35 L. Ed. 2d 147; 1973 U.S. LEXIS 159.

<sup>16</sup> Decisión nb. 2003-469 DC, 26 de marzo de 2003.

<sup>17</sup> Decisión nb. 2010-14/22 QPC, 30 de julio de 2010.

<sup>18</sup> BVerfGE 123, 267, 30 de junio de 2009.

al litigio concreto, deviene un ejercicio académico. Permite también identificar otras acciones particulares, si no como jurídicas, al menos como jurídicamente relevantes: Constituciones, leyes, decretos, opiniones doctrinarias emitidas por tribunales. Sin este consenso práctico, el pluralismo discursivo de manera clara parecería lo que efectivamente es: discrepancia incompatible.

## V. PARALELISMO

He manifestado que existe una cierta complementariedad entre el derecho constitucional como disciplina jurídica y la filosofía política como ámbito de reflexión en torno a los cimientos normativos extralegales de la misma. Este tema debe verse desarrollado y reforzado. Ello es así aun cuando la relación de complementariedad no puede ser fundacional toda vez que la filosofía no da sustento jurídico a la validez de las normas jurídicas.

De tal manera, la relación, si es que la misma existe, sólo puede ser estructural; en otras palabras, el enfoque en un dominio tiene su reflejo en el enfoque del otro ámbito.

La idea es más o menos la siguiente: en tanto disciplina, el derecho constitucional muestra una división teórica principal entre aquellos que piensan que su objeto es sólo un conjunto de normas y aquellos que ven un conjunto de opiniones auscultadas principalmente a la hora de decidir casos. Desde el punto de vista normativo, cualquier aproximación tiende a la sistematización y, junto a ello, al desarrollo del hábito de dar razones (normativas) para cada paso en el argumento jurídico. Esta mirada prestará menos atención a las narrativas y a los elementos fácticos sobre los cuales el enfoque “causalista” encontrará terreno más propicio para la reflexión. Lo mismo se aplica al ámbito de la filosofía política.

En efecto, mientras que una escuela de pensamiento tiene por fundamento los métodos de la filosofía analítica, el que persigue consistencia lógica busca resultados ajustados a la lógica formal y auspicia un análisis preciso de oraciones significativas, el otro enfoque, en cambio, se aproxima más bien a la hermenéutica y a la deconstrucción. Idéntica divergencia puede notarse en el dominio jurídico entre la academia. Mientras la filosofía analítica toma la formulación de normas como información lingüística, la interpretación se ha ido convirtiendo en una variedad simple de análisis semántico. Así considerada, la interpretación no puede ir más allá del texto mismo. Si el texto es indeterminado y vago, la interpretación mostrará y analizará dicha indeterminación y vaguedad. De tal modo, la misma hará evidente el posible rango permitido de aplicación de la norma sin elegir lo que en sí

misma ella no ha elegido. Si el texto es inconsistente, la interpretación mostrará inconsistencias. Si el texto es idiota, la interpretación no tendrá más remedio que hacer emerger dicha idiotez.

Por otro lado, si el caso fuera abordado con un enfoque hermenéutico, la interpretación pasa, por el contrario, a ser un ejercicio creativo y sustitutivo para el desarrollo de nuevos contenidos. En lugar de perseguir una aparentemente inalcanzable objetividad, dará características ideales a sus contenidos. La diferencia en el método se precipita fundamentalmente en una básica alternativa académica a partir de la cual, o bien corresponde ceñir el análisis a un estricto y riguroso ejercicio descriptivo o bien hay que proponer notas creativas y sustitutivas en el mismo.

Mi postura final, probablemente la más controvertida, es que los valores de una Constitución democrática están mejor resguardados por el “normativismo analítico”. Si una Constitución refleja los valores de la teoría democrática, los académicos del derecho no pueden transformarse en órganos competentes para cambiar la ley. La verdad es que toda ley que no puede ser conocida como tal, en rigor de verdad, difícilmente puede luego llegar a ser modificada con transparencia. Si la interpretación fuera una actividad creativa, es pleno que la misma no tendría otro significado que, dado que los académicos y los estudiosos tienen la tarea de interpretar la ley —en nuestro caso, sobre normas fundamentales como la Constitución—, académicos y estudiosos tendrían entonces también la tarea y posiblemente la atribución de cambiar la Constitución. No hace falta decirlo, dicho sea de paso, que ello es así aun cuando nada en la Constitución les habilita a hacerlo. En consecuencia, esta posición no responde sino a la abierta reivindicación y pertenencia a un gobierno extraconstitucional, aristocrático y abiertamente secreto. “Abiertamente secreto”, claro está, es un oxímoron. El experto constitucionalista en tanto filósofo-rey, no está reclamando ningún título de poder que sea ajeno a la legitimidad electoral. En verdad, sólo quiere “interpretar” la Constitución.

En el caso de que la Constitución no fuera democrática, podría ser una obligación moral —no de naturaleza jurídica— impulsar y promover la democracia. Así, cualquier estrategia que permita realizar un paso en esta dirección merece ser bien recibida. Bajo esas condiciones, el “interpretacionismo” creativo puede ser muy útil; pero sólo en la medida en que el mismo sirva a la causa de la Constitución democrática. Y claro, ello impone saber que la real naturaleza de una Constitución no democrática no tiene que verse ocultada, porque, precisamente, solamente un objeto jurídico objetivamente identificado está en condiciones de recibir críticas por parte de la filosofía política.