

I. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN

LA FORMA DE LA CONSTITUCIÓN —ESPECULACIONES SOBRE LA APARIENCIA DE UN ENTE SIN CONTORNOS—

Pablo RIBERI*

Es necesario que el pueblo luche por preservar el Derecho tal como lo hace con los muros de la ciudad.

HERÁCLITO
Fragmento 44 (Diog. Laert., 9-7)

SUMARIO: I. *Exordio*. II. *El conocimiento constitucional como ejercicio cauteloso de la observación*. III. *Autogobierno y segmentación del discurso dentro del conocimiento constitucional*. IV. *La forma de la Constitución y el polimorfismo de fuentes*. V. *Epílogo: lo político y la forma constitucional*.

I. EXORDIO

El conocimiento riguroso respaldado por el método científico porfía de manera invariable por lograr la objetividad y la universalización de sus predicados. Cualquiera que sea el área del saber —la teoría y el derecho constitucional incluidos—, tanto la razón pura como la llamada razón práctica se encuentran sin embargo obligadas a lidiar con las objeciones que históricamente han reivindicado tanto el escepticismo como distintas variantes de relativismo cognitivo.¹

* Profesor titular de Teoría constitucional y derecho constitucional en la Facultad de Ciencias Políticas de la UCC; profesor adjunto de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la UNC; vocal titular del Comité Ejecutivo de la International Association of Constitutional Law (IACL-AIDC).

¹ Recuérdese que para Kant, en el ámbito de la ética es posible el conocimiento auténtico. De todos modos, sólo si la reflexión práctica es dotada de un esquema formal de valoración y existiera también una fuerte noción de autonomía de la voluntad, ese conocimiento universal del bien puede llegar a volverse claro a la razón. En vez de recitar un código sobre

En este marco, un lugar común suele repetir apologeticamente la cita aristotélica llevada al latín: *amicus Plato sed amicus veritas* (“soy amigo de Platón, pero más amigo de la verdad”).² Ahora bien, ¿es esto necesariamente correcto en todas las disciplinas? ¿O puede tal vez ser más plausible en nuestras áreas de interés la menos conocida réplica de Cicerón?: *Errare malo cum Platone cum istis —Pythagorareis— vera sentire* (“Prefiero incurrir en el error con Platón que gozar la verdad con los pitagóricos”).³

El presente texto analiza la importancia de la forma constitucional como categoría teórica que permite instalar el conocimiento justificado del objeto llamado Constitución. Intenta desarrollar precisiones metodológicas y conceptuales que permitan la comprensión de eso que es Constitución; del derecho constitucional; de la estructura del Estado y sobre los derechos consagrados. En particular, se intenta hacer notar cómo la forma de la Constitución devela la necesaria naturaleza política de los fundamentos de una vida comunitaria civilizada. Cuando la Constitución se postula democrático-republicana, además, esa conexión política es una avenida que permite reconstruir una voluntad “performativa” pretérita; un camino que permite llegar hasta el sujeto colectivo que alguna vez decidió vincular libertad con autogobierno.

En las páginas que siguen se presentarán estas ideas y se hará notar como “poder” y “libertad”: las dos sustancias con las cuales toda Constitución se amalgama dentro de una única “forma” político-normativa. Precisamente, la forma constitucional. En lo que sigue, entonces, en cinco acápites principales —con algunas digresiones accesorias—, se recorrerán los temas que a continuación se describen.

En primera instancia, se darán algunas precisiones sobre cómo el conocimiento —entendido como saber crítico o creencia justificada— es un recurso de vital importancia para la vida práctica de observadores y participantes. La intención es saber qué, cómo y por qué toda Constitución debe ser originalmente aprehendida a través de su forma. En segundo lugar, se destacará cómo ha sucedido que este proceso de “ultrajuridificación” de las relaciones civiles ha traído consigo una creciente fragmentación semántica en la utilización del lenguaje técnico constitucional.⁴ Naturalmente, esta circunstancia ha ido impactando de forma negativa en el entendimiento cabal

lo que está bien, Kant invita a descubrir de dónde surge la ley moral. Al respecto, véase el teorema IV, dentro del capítulo primero, libro primero, primera parte de la *Crítica de la razón práctica*. Cfr. Kant, I., *Crítica de la razón práctica y la paz perpetua*, Porrúa, 1995.

² Aristóteles, *Ética nicomaquea*, 1096a11-15.

³ Cicerone-Tusculanae disputationes-I-17-39.

⁴ Rodotà, Stefano, *La vida y las reglas*, Madrid, Trotta, 2010, p. 25.

de los fundamentos de la materia. En tercera instancia, se repasarán algunos apuntes metodológicos, cuyos resultados provienen fundamentalmente desde el derecho constitucional comparado. En cuarto lugar, se explorará la idea de Constitución a partir de sus dos principales usos lingüísticos. Vale decir, se verá ésta desde el punto de vista formal y también desde el punto de vista material. Luego, se relevará cómo la atávica idea de la supremacía constitucional ha consolidado la “reificación” de ambas ideas. En quinto lugar, se abordarán los nudos epistémicos que revelan el contenido de los entes que, atrapados dentro de una forma común, permiten reconocer eso que es Constitución. Y a propósito de ello, se explicará por qué el preámbulo y el llamado “precompromiso” constitucional operan como categorías seminales desde el punto de vista del constitucionalismo político. Muy en particular, en los modos expresivos que designan las opciones democrático-republicanas de diseño constitucional. Habiendo aclarado estos términos, seguidamente, se revisarán los puentes teóricos por donde suelen transitar los discursos que todavía están comprometidos en inocular legitimidad democrática al poder político que crea la Constitución. Finalmente, llamando la atención sobre el vínculo existente entre “lo político” y la “forma constitucional”, se coronará el cuerpo principal de conclusiones de este trabajo.

II. EL CONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL COMO EJERCICIO CAUTELOSO DE LA OBSERVACIÓN

Saber y creer no es lo mismo. Esto es importante. Ya me he expresado al respecto en textos anteriores. Ahora bien, frente a nuestras elecciones y acciones constitucionalmente relevantes, ¿por qué es tan relevante advertir la diferencia entre ambos estados mentales? Dado que el tema que voy a analizar es al mismo tiempo teórico, aunque también práctico, las conexiones y diferencias entre saber y creencia —o entre mera creencia y creencia justificada—, sin duda, es algo que merece aclaración.⁵

Esto es interesante, además, porque frente al mundo de los objetos culturales —y para la comprensión y aplicación de categorías abstractas involucradas en la teoría constitucional—, resulta sensato dejar bien plantados los puntos de partida donde se asienta el saber específico.⁶ Lo concreto, lue-

⁵ Tanessini, Alessandra, “The Practices of Justification”, en *A4VV* —edited by Alcott, Linda M—, *Epistemology —The big questions—*, Blackwell Publishers, 1998, pp. 152-165.

⁶ Con relación a los objetos culturales, en este punto es interesante explorar los fundamentos antropológicos y filosóficos legados por Ernst Cassirer. En particular, su análisis acerca del carácter simbólico del lenguaje y su percepción de la cultura como un sistema

go, es que hay conocimiento cuando “eso” percibido —el objeto sometido a estudio— se nos revela como un ente dotado de plausible existencia. En nuestra materia, trátase de algo que exhibiendo permanencia y singularidad, en tanto ente existente, es un objeto complejo que estimula nuestros sentidos y percepciones. La racionalización de nuestra experiencia sensible y emocional, por lo tanto, se transforma en una clave insoslayable sin la cual no es posible acceder al saber constitucional.

John Dewey afirmaba “aprender es más importante que saber”. Esto parece tener sentido. De todos modos, con respecto a la Constitución, ello no necesariamente suele ser así. Y me atrevo a decir, incluso que, cuando el aprendizaje se da por mera repetición, contrariamente, es ignorancia la secuela más verosímil. Mi intuición, luego, va a en sentido inverso. Entiendo que frente a cualquier ente u objeto —físico o metafísico; material o ideal—, el conocimiento riguroso obliga a todo agente sensato a confrontar el producto de su experiencia sensible. Es ineludible acreditar y ordenar las observaciones establecidas.⁷ Ciertamente, en esa inteligencia, resulta necesario que el entendimiento pueda racionalizar la experiencia de los sentidos. En definitiva, con mayor ambición, para que la transmisión del entendimiento pueda tener lugar, es fundamental que exista un marco lógico-lingüístico-epistémico común entre las personas que comparten esa misma experiencia. Sin una plataforma de comunicación colectiva, sin una gramática estricta que ordene esa comunicación, la aludida distinción entre saber y creer tiende a convertirse en una quimera. Porque, ciertamente, sólo es conocimiento justificado aquel que se concreta por medio del lenguaje. Este es el único saber que puede compartirse con otros individuos.

De modo que el concepto de Constitución como idea reguladora del comportamiento civilizado no debiera mostrarse esquivia a las posibilidades del conocimiento práctico. A partir de la Constitución podemos reconocer tanto los límites normativos de la actividad estatal como las posibilidades legalmente aceptables del comportamiento de las personas. La verdad es

simbólico de formas. Cfr. Cassirer, Ernst, *El mito del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993. Asimismo, Cassirer, Ernst, *La filosofía de las formas simbólicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

⁷ En este punto Kant no creía como Sócrates, que la mera ignorancia llevaba a quebrar la ley moral. Para Kant, el conocimiento es crítica. Por eso, en este punto, cabe tener presente la afirmación de Luc Ferry y Alain Renaut en cuanto que el “críticoismo” es una tendencia epistémica que trata de resolver la histórica antinomia entablada por el dogmatismo —que creía que era posible el conocimiento del todo— y el escepticismo —que negaba absolutamente tal posibilidad—. Cfr. Ferry, Luc y Renaut, Alain, “Kant y Fichte”, en *AAVV*, ed. by Lilla, Mark, *New French Thought*, Princeton University Press, 1994, p. 75.

que los ciudadanos responsables difícilmente puedan consentir que el conocimiento del contenido de una Constitución pueda transformarse en una tarea esotérica; algo así como una empresa oscura, dispersa y aleatoria. Los falsos giros hermenéuticos de muchos intérpretes junto a los caprichos expositivos de no pocos legisladores y expertos, empero, precipitan una gran cantidad de vaguedades y equívocos en la materia.

Pues bien, de nuevo: no es lo mismo saber que creer. Porque, claro, muy a menudo sólo creemos saber algo, o bien repetimos las creencias de otros que dicen saber lo que nosotros hasta ese momento desconocíamos. Ciertamente, además, algo que pareciera inobjetable a nuestros sentidos —ante nuestra experiencia limitada—, apenas si es el reflejo episódico de un fenómeno sensible percibido de forma subjetiva. El mismo debe repetirse y verificarse incontables veces para abandonar la mera *doxa* para convertirse en *episteme*. Todo lo que es percibido sin cuestionamientos propone una alternativa de saber o conocimiento apenas precario. Lo que en verdad sucede es que ese supuesto conocimiento que puede parecer infalible, en rigor de verdad, es un registro que está inexorablemente integrado a una malla de información plagada de agujeros por donde se han infiltrado también otras evidencias y razonamientos de variable fiabilidad. Lo que sabemos y lo que no sabemos suele ser dudoso y mudable.

En materia de teoría constitucional esta precariedad merece atención. Ello es así porque cualquier adhesión irreflexiva a saldos de conocimiento y a experiencias ajenas, sin duda, constituye una vía rápida hacia la multiplicación del error en complementarios y/o derivados conocimientos supuestamente rigurosos. Esto está claro. Más allá de posibles desatenciones, es plausible entonces notar cómo hacemos propio y tomamos por verdadero el legado atávico de pretéritas y heredadas representaciones del mundo. Repetimos definiciones y ajustamos la comprensión a taxonomías y a lecciones reproducidas desde la autoridad académica, la ignorancia o, directamente desde la pereza. Sin suficientes resguardos ni elementos de convicción forjados en el pensamiento crítico, entonces, la firmeza y convicción de muchos expertos que han dicho saber y conocer los nudos y sutilezas de la libertad, de la igualdad y de los derechos ha terminado consolidando una situación cuanto menos confusa en la materia constitucional. Esto es, la repetición de estas lecciones ha ido componiendo campos semánticos de corrección cuya verosimilitud o veracidad debiera instalarse a partir de una instancia previa de determinación epistémica ineludible: la forma constitucional.

No está de más notar que la repetición perceptiva de nuestra limitada experiencia fenoménica/institucional es la que induce a asimilar vínculos o

relaciones causales como si en materia constitucional estuvieran operando las mismas leyes mecánicas que gobiernan la naturaleza. Con cierta despreocupación o negligencia, soslayamos la importancia del hecho estadístico que, efectivamente, puede eventualmente convalidar (o no) la sobreinclusión perceptiva de fenómenos que son dispuestos dentro de caprichosos marcos temporales o espaciales. Particularmente, en las ciencias sociales, la asimilación desatenta de hechos o comportamientos apenas similares precipita el agrupamiento de eventos o casos que, en contadas oportunidades, son efectivamente equiparables. Unas pocas veces, asociamos hechos o comportamientos análogos en apariencia. La mayoría de las veces, la some-
ra semejanza provoca confusión. En definitiva, pensamos como humanos.

De modo que “eso” que en la dimensión político-constitucional solemos llamar conocimiento empírico, a menudo, apenas si se trata de una universalización del pensamiento; se trata de un conjunto aislado de percepciones independientes que no siempre son asimilables o coherentes entre sí. Vale decir, en nuestra disciplina, claramente se aprecia una clara tendencia a expandir la certeza del “saber” episódico sin haber tomado el tiempo —y el universo de casos necesarios— que podrían razonablemente consolidar o definir un capítulo de observaciones como forma del saber o creencia justificada.

Tanto en las ciencias sociales en general como en el derecho constitucional, en particular, abundan los discursos que incuban sus propias falacias y contradicciones internas. Por ejemplo, sobre la descripción de la realidad política, económica y social, suelen montarse una dimensión retórica fungible de relaciones causales que traen consigo conclusiones normativas no siempre coherentes. Y así, no es posible distinguir entre saber y creencia. Porque, claro, ¿en qué casos los sujetos “deben” ser tratados efectivamente como iguales?; ¿cómo “debe” operar el debido proceso en un caso —y por qué no es lo mismo en otro—?; ¿cuándo “debe” un sujeto gozar la legítima capacidad de resistir una orden de una autoridad (y cuándo no)? Aun cuando la comprensión de la realidad no debiera depender de las destrezas retóricas —entre las opiniones en pugna—, sin embargo, es evidente que la misma difícilmente pueda llegar a ser una tarea objetivable o reducible a una unívoca óptica constitucional. Y esto trae problemas.

Los procesos de comunicación en materia constitucional no están habitualmente sometidos a parámetros o exigencias imparciales de validez. Entre otras razones porque el mundo real no puede quedar atrapado dentro de los límites del mundo del derecho. Por más expansiva que sea la legislación, la interpretación judicial y la dinámica del poder estatal, la verdad es que

las posibilidades del conocimiento normativo operan en un registro distinto al mundo de los problemas jurídicos. Es cierto que el derecho se ha transformado en un fenómeno invasivo que ha ido cambiando la percepción del mundo de la vida.⁸ Aun así, la contingente falta de precisión en el lenguaje como la ausencia de veracidad en el discurso potencia los desacuerdos y los conflictos de justicia. La mera repetición de ciertas respuestas normativas, en rigor de verdad, suele ser una estrategia para enmascarar precarias situaciones de poder o hegemonía en las relaciones involucradas.

En materia de creencias constitucionales, además, son abundantes las sinécdoques. Ese modo de reflexionar, muy a menudo, instala la repetición o genérica alusión fenoménica de ciertos hechos solapándolos con concomitantes soluciones normativas. En resumidas cuentas, bajo el ropaje de eruditas soluciones de justicia se consolidan nudos discursivos sin debida fundamentación. No es que haya un engaño deliberado y artero. No es eso. Sólo sucede que una realidad autoritativamente definida por otros es responsable de acabar con cualquier resistencia o apertura “nominalista”. Trátase de una realidad que en su aparente objetivación expulsa toda digresión analítica y/o percepción crítica.

Sea en el plano de la razón práctica, sea con relación a los fenómenos del mundo de la vida, en todos los casos, el conocimiento debe siempre minimizar los efectos desgraciados que se siguen del error y de la arrogancia de quienes tienen poder y dicen saber. Naturalmente, la mala voluntad, la despreocupación o el simple dogmatismo dejan secuelas negativas en el largo plazo. Por eso es importante la cautela. Ello es necesario porque sólo en algunas pocas ocasiones es posible jactarse de que lo que comunicamos es sabido cabalmente a ciencia cierta. De suerte que, en general, siempre resulta razonable mostrar desconfianza y/o es sensato mostrarse reticente ante el conocimiento jurídico que, viniendo elaborado por otros, pretende dominar el conflicto de derecho actual. Muy en particular, es conveniente desconfiar de las soluciones respaldadas por círculos endogámicos de expertos.

Siguiendo el temple pregonado por Hume, en cambio, resulta inteligente reconsiderar y desarmar analíticamente la compleja universalidad de las intuiciones y experiencias sensibles que dominan la explicación fenoménica de la realidad constitucional.⁹ En este territorio, de tanto en tanto, es conveniente incluso revisar nuestras creencias y certezas más elementales; someterlas a procesos deliberativos de ajuste. La moralidad pública, en

⁸ Rodotà, Stefano, *La vida y las reglas*, Madrid, Trotta, 2010, p. 25.

⁹ Nagel, Thomas, *Mind and Cosmos: Why the Materialist Neo-Darwinian Conception of Nature is Almost Certainly False*, Oxford University Press, 2012.

términos políticos y filosóficos, es una tarea también constitucional. Y en este sentido, por supuesto, es prudente mostrarse cauteloso con relación al rango epistémico que hasta el presente goza nuestra íntima percepción de los fenómenos políticos, económicos y sociales bajo análisis. Es civilizado encontrarse abierto a discutir el significado y valor de las instituciones y los procedimientos que elaboran y procesan las normas jurídicas con dimensión constitucional.

Cuando hablamos de una Constitución edificada sobre la plataforma de un régimen político democrático, está claro, esta afirmación debe ser expresada con máximo compromiso y contundencia.¹⁰ En tal caso, en tanto que el concepto de Constitución alude a un objeto cultural complejo en diseño, estructura y valor; dado que, en cuanto tal, dicho concepto no puede eludir una necesaria dimensión normativa, resulta inevitable, entonces, que las ambiciones epistémicas de verdad, precisión y justicia tiendan a entrar en disputa. Eso es así, sobre todo, cuando las mismas ambiciones son definidas en un plano de libertad e igualdad.

Vale decir, lo que creemos saber de la Constitución, en gran medida, no sólo está atado a un significado y sentido lingüístico atribuido por los usos coloquiales que han mentado su aplicación práctica en el tiempo. El concepto, en gran medida, depende de la transformación del campo semántico en renovados procesos de resignificación y adaptación discursiva. En otras palabras, la Constitución como objeto de conocimiento no puede ser otra cosa que una representación pragmática de un ente ideal revelado en torno a un conjunto de reglas, principios y valores en contingente transformación.¹¹ Una representación asentada en una historia de acuerdos y desacuerdos; una forma sin contornos que permite reconocer la voluntad política que ha forjado y sostiene esa determinación. Lo que mentamos cuando hablamos de la Constitución, en rigor de verdad, no es una única ontología extraída del mundo del derecho. Por el contrario, trátase apenas de una representación poliforme que tiende a manifestarse de múltiples maneras y con diversos contenidos.

¹⁰ Sobre este particular, es muy interesante leer el capítulo II de la teoría democrática de MacPherson. MacPherson, C. B., *Democratic Theory — Essays in Retrieval—*, Oxford University Press, 1973, pp. 24-36.

¹¹ La conciencia de una realidad político-constitucional surgida a partir de la necesaria unidad del objeto —representado— por defecto de una representación (política) que comprende múltiples entes y/o identidades en potencial conflicto, precisamente, constituye uno de los desafíos más exigentes de la teoría constitucional en general y de una teoría de la representación en particular. A quien interese, sugiero revisar el siguiente libro de mi autoría: Riberi, Pablo, *Teoría de la representación política*, pp. 151 y ss., Rubinzal Culzoni, 2014.

1. *Sobre lo que se ha entendido que es una Constitución*

Lo que creemos saber sobre la Constitución, por lo tanto, depende de una combinación de presupuestos interpretativos, aptitudes cognitivas y posibilidades discursivas. Una combinación aleatoria que, dada la creciente sofisticación del lenguaje académico, inevitablemente, se nos va presentando en expansiva complejidad. De todos modos, en este punto sucede algo interesante, algo que alivia la mencionada complejidad. Sucede que, cualquiera que sea su contenido, toda Constitución en tanto tal, siempre debe cumplir una gama estricta de funciones específicas.

Sobre los pliegues de lo factual, y comprendiendo esas funciones, resulta entonces abandonar el plano de la simple creencia para ingresar en una dimensión más sólida de conocimiento. Vale notar, por ejemplo, que el objeto llamado Constitución ha estado históricamente atado a un concierto más o menos estable de expectativas asociadas al valor justicia. Toda Constitución, ante todo, está destinada a organizar el poder. Más acá en el tiempo, ciertamente, la norma llamada Constitución ha sido un instrumento eficaz para garantizar el cumplimiento efectivo de un expansivo cuerpo de derechos.

En términos conceptuales, por lo tanto, aun cuando sea problemático enumerar taxativamente cuáles deben ser las estructuras y funciones esenciales que deben necesariamente estar instaladas al interior del objeto llamado Constitución, ello no empece a que su variante composición reposa empero sobre una única “forma”. Es que, en tanto objeto del entendimiento, los usos lingüísticos históricamente relevantes son los que hoy permiten reconocer dentro del universo de todas las normas, una clase especial, que por su “forma” es norma distinta a todo el resto de las demás legalmente reconocidas por defecto de su imperio. De manera que, por su contenido, es correcto notar que toda Constitución puede verse reconocida, interpretada y/o valorada de manera dispar. La dinámica interna de su aplicación; la práctica interpretativa —con todas sus modificaciones y adiciones— es elusiva. Más allá de ello, sin embargo, como una especie única dentro de un género abierto común de normas, por su forma sólo una Constitución puede ser Constitución.

En consecuencia, apreciando las condiciones históricas que han llevado a esta ecuménica expansión de órdenes percibidas como constitucionales; si se aprecia cómo se ha producido la reproducción imitativa del discurso constitucional de los derechos en diversas culturas e identidades civilizadas; si se tiene en cuenta que la toma de decisiones público-estatales necesariamente se sostiene en procedimientos y modos político-participativos, que cuando se postulan democrático-republicanos permiten dotar de legítimi-

dad y autoridad a las normas; si todo ello fuera aceptado, entonces, resulta también evidente que el objeto llamado Constitución ha terminado por convertirse en un concepto universal reducible en una única forma. Esto es, un concepto que menta un constructo cultural singular aun cuando su contenido es muy diverso.

Tratase, por lo tanto, de una idea más bien práctica que hoy pertenece todo el colectivo humano. Aun cuando todavía sea inevitable la disputa constante en torno a su sentido y valor específico, no cabe duda, a pesar de ello, la Constitución se ha convertido definitivamente en un concepto prestigioso en el vocabulario de las personas. Más allá de ello, el término sigue siendo tan problemático como imprescindible. Y claro, ello es así porque con los usos lingüísticos aluden a un ente ideal que, no obstante su objetividad, nunca está en reposo, un objeto cultural cuya auténtica fisonomía, en rigor de verdad, se aprecia y valora en circunstancias de conflicto. Toda Constitución representa un producto colectivo, que a los ojos de observadores y participantes es ratificado, alterado o descartado sin perder su continuidad histórica con la comunidad política que le da autoridad. Es la norma que, al fin y al cabo, puede también lucir momificada, o que, por medio de instancias interpretativas más o menos positivas, más o menos hermenéuticas, puede también llegar a reconfigurarse de manera incontrolada.

De modo que, dentro de este paradigma de sentido, si se asumen condiciones democráticas de identidad y cambio, es inevitable, ese único objeto Constitución podría llegar a postular normas, principios y valores tan permanentes como diversos. Según sea la voluntad política establecida por el pueblo —o por una mayoría relevante, o por quienes ejercen el poder—, la Constitución, en todos los casos, sólo se nos revela bajo una única forma. Los contenidos son múltiples. La forma, en cambio, es siempre una sola. Precisamente, por esta sutileza, sabemos que la forma de una Constitución permite a cierto tipo de valores, principios y reglas ingresar y mudar su cualidad normativa en su exposición constitucional. Independientemente del nombre que presuma el objeto, la forma es la instancia que desencadena una operación perceptiva que permite identificar dentro del universo de todas las normas a cierto rango selecto que específicamente son reconocidas como constitucionales.

En consecuencia, más allá de toda alteración y cambio, una comunidad, el *demos* (o un conjunto de *demoi*) debe asumir esta realidad. Aun cuando el pueblo —o la mayoría que lo exprese— se haya apropiado del poder constituyente y haya decidido alterar radicalmente su contenido, de ello no se sigue que éste pueda degradar su forma. No hay poder autocrático ni de

ninguna naturaleza que pueda alterar esa fisonomía o dominar su contenido para siempre.

¿Por qué? Pues bien, ello es así, precisamente, porque la Constitución debe necesariamente verse montada sobre una estructura política de sentido. Para cumplir las funciones típicas del Estado, la dimensión política resulta una instancia política imprescindible. Pero además ello debe ser así por otra razón evidente. En efecto, ante la posibilidad de enmiendas, reformas o adiciones, frente al fenómeno de la mutación constitucional y ante cualquier alternativa que por vía interpretativa propiciara alteraciones —incluso ilegales o ilegítimas—, esto hay que saberlo, siempre vamos a terminar enterándonos de que para que tales alteraciones puedan volverse constitucionales deben estar fraguadas dentro de la misma forma que vinieron a desplazar. Y la forma como dijimos, sólo puede surgir cuando existe una dimensión política que previamente ha habilitado la matriz constitucional de su especificidad.

Como intentaré demostrar, entonces, la norma fundamental llamada Constitución siempre tiene una única forma, aun cuando esa forma no sea una figura simple o carezca de un perímetro preciso. Y claro, tal peculiaridad puede causar desorientación. La desorientación no sólo está instalada en la mente de ciudadanos, individuos y operadores del derecho. La misma suele incluso obnubilar a no pocos expertos. En efecto, así, muy a menudo, unos y otros, suelen confundirse con lo que (creen) saber respecto a (evanescentes o cambiantes) los contenidos de “eso” llamado Constitución. Esto es, por la interpretación sesgada de los enunciados contenidos por la Constitución A, B, C o Z. En consecuencia, así, puede uno apreciar cómo la discrepancia nunca atañe a la forma o al reconocimiento de la empinada jerarquía de la Constitución, sino que tal desacuerdo versa sobre el significado o contenido material que pudiera tener alguna sección de la Constitución. Luego, una cosa es creer —o saber— la pertenencia —o no— de una norma como parte de la Constitución (A, B, C o Z) y otra cosa distinta es tener un conocimiento acabado (“o una creencia justificada”) acerca de todos los contenidos normativos que deben informar el objeto Constitución en abstracto. Estos diferentes niveles de controversia, sin duda, merecen especial atención.

2. Gestación, supremacía y el carácter “formal” del derecho constitucional

Ahora bien, ¿por qué es fundamental poder reconocer a la Constitución por su forma? Pues bien, ello es importante por varias razones. Entre otras

cosas, porque tal certeza permite aprehender otra serie de elementos fácticos incidentales. Por caso, si hay Constitución, de paso, debo saber también que existe un Estado y un orden jurídico derivado de dicha Constitución. Este triángulo de factores (Constitución, Estado y orden jurídico), en sus vértices, a su vez, vuelve patente la conexión de otros elementos político-normativos también inescindibles. Además, como advierte Schmitt, “no hay ningún Estado sin representación, porque no hay ningún Estado sin forma política, y a la forma corresponde esencialmente la representación de la unidad política”.¹²

Por lo tanto, la sola certeza acerca de la existencia de uno de ellos implica la certeza acerca de la presencia de los otros con todas las consecuencias complementarias que tales categorías propician. Ciertamente, entonces, a partir del conocimiento de la existencia de un Estado, como es lógico, los otros factores son intuitivos aun cuando no se cuente con datos empíricos acerca de éstos. Una vez acreditada la existencia de uno, es inevitable, viene también la conciencia sobre existencia de los otros. Y sobre el reconocimiento de la realidad jurídica, estatal y constitucional, en última instancia, es pleno, se asume asimismo la existencia de una comunidad política concreta que ha desatado esa trilogía como identidad de referencia.

Para el caso de las Constituciones democrático-republicanas, además, es evidente que a partir de la concreción de un texto constitucional debe asimismo reconocerse la preexistencia de una decisión política fundamental de parte de un colectivo de individuos. La Constitución, luego, se nos revela como una decisión plural en virtud de la cual la comunidad política involucrada ha sabido alcanzar una organización política y jurídica. La vocación de convivir civilizadamente en el tiempo suele acompañar la aptitud constitucional. Si la Constitución refleja una “decisión política fundamental”, es evidente, la “forma” constitucional es el único criterio capaz de individualizar la naturaleza política de tal proteica decisión en un momento dado. Esa voluntad colectiva —emanada de sujetos libres e iguales—, de paso, es cabal expresión del autogobierno en ciernes.

La decisión constitucional, ante todo, tiene por objetivo organizar, racionalizar, limitar el poder. La lógica del precompromiso constitucional —como se hará notar más adelante— justifica la voluntad colectiva de obedecer la Constitución. Vale decir, la Constitución debe ser obedecida por el

¹² Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 207. Por otro lado, téngase la distinción que hace este autor entre Constitución y ley constitucional, diferencia esta relevante para la comprensión del concepto formal y material de Constitución. Schmitt, Carl, *ibidem*, p. 111.

solo hecho de ser Constitución. De todos modos, hay razones autopoiéticas para un genérico deber constitucional de obediencia. Además, si la Constitución puede resguardar derechos, precisamente, es porque la cooperación social es algo distinto a una expectativa derivada de su supuesta legitimidad inmanente.

Para la teoría constitucional, entonces, la forma y el carácter formal de la Constitución constituyen un par básico y complementario de conceptos. Se trata de una combinación de patrones que sirven para dar precisión a todo un campo de referencias específicas en materia de derecho constitucional. Ambas nociones resultan imprescindibles a la hora de identificar un selecto tipo de normas que, precisamente, por su forma —y gracias al carácter formal—, pueden luego ser individualizadas en toda su especificidad. Conforme fuera explicado precedentemente, de tal manera, es por su forma —antes bien que por su contenido y/o materia—, que ciertos preceptos normativos de una Constitución operan como tales. Según se ha argumentado, no hay otro camino de identificación más adecuado. En consecuencia, dada la voluntad política que forjó tales credenciales, su relevancia y función nunca debe ser soslayada ni confundida.

Por la forma —y valiéndonos del carácter formal—, podemos justificadamente comprobar que una norma que se manifiesta o que es denominada Constitución, efectivamente, opera como tal.¹³ Luego, si la forma es lo que determina que una cosa sea lo que es, si por la forma constitucional es posible diferenciar un ente normativo principal frente a otros entes normativos infra o paraordenados, si a partir de esa forma es factible que normas dispersas y de diversa estirpe —aunque ubicadas también en situación de prevalencia— pudieran estar compartiendo un mismo espacio de jerarquía, no cabe duda, todo ello es así porque ha sido el precompromiso constitucional la instancia que con anterioridad ha dado nacimiento a la genérica obligación política de obediencia a la Constitución y a las leyes. Vale decir, sin el concepto de supremacía constitucional no puede existir ese abstracto deber de obediencia.

Una vez que el genérico deber político de obediencia a la Constitución es aceptado, entonces, el complementario concepto de supremacía trae consigo también la presunción de legitimidad de todas las normas involucradas

¹³ Tagle Achával, Carlos, *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1976, pp. 91 y ss. Además, dado que poder y libertad son las sustancias exclusivas que informan la argamasa constitucional, en términos formales, es posible proponer una definición universal para todos los tiempos y lugares posibles, desde las comunidades primitivas hasta las eventuales colonias organizadas de extraterrestres en un recóndito planeta extrasolar. Sobre la base de lo dicho, esa definición afirma que la “Constitución es la norma que dice cómo se hacen las normas”.

con esta cualidad. Y el punto interesante es que sólo esta certeza inducida es lo que permite universalizar dicha obligación en abstracto. Compréndase, la supremacía alude a una cualidad normativa excepcional —o característica sobresaliente— que toda Constitución debe necesariamente ostentar. Ello es así, aun cuando por defecto de su imperio sea también posible que haya algunas otras normas que pudieran estar compartiendo dicho estatus.

Por lo tanto, hay que entender que si bien es posible que haya normas que integren el rango de supremacía aun cuando ellas no formen parte de la Constitución, es pleno, empero, que no puede haber norma de la Constitución que no sea suprema. Naturalmente, un sistema constitucional es compatible y puede incluso ser deferente respecto a otros sistemas jurídicos independientes. De hecho, ésa ha sido una característica del modelo poswestfaliano, que en muchos casos ha aceptado el llamado monismo respecto al derecho internacional. De todos modos, y esto es clave, en ningún caso es aplicable el concepto de supremacía del orden constitucional integrado si previamente no se acepta el genérico deber de obediencia a toda norma llamada Constitución.

De manera que si por su forma la Constitución es una entidad necesariamente fundante para todo sistema de normas, de ello se sigue que el contenido de aquélla nunca debe ser interpretado de manera desconectada de las condiciones procedimentales e institucionales que alguna vez habilitaron la creación, la modificación y/o derogación de sus provisiones. La Constitución, en consecuencia, en tanto fuente y fundamento de legitimidad de todo el orden jurídico, se presenta siempre como un ente normativo singular que debe verse diferenciado de otros cuerpos de normas independientes o complementarias de su contenido.

3. Interpretación y “forma” constitucional

Frente a la vaguedad interpretativa de cualquier precepto constitucional, ante la pregunta sobre cuál debe ser el significado correcto de una norma constitucional, sin duda, asoman varias posturas teóricas, semánticas, hermenéuticas, que merecen evaluación. De todos modos, más allá de la disputa en cada caso concreto, la reivindicación del “carácter formal” resulta un punto de partida inteligente para la tarea esclarecedora.

La verdad es que una pregunta de esta espesura no puede formularse con la secreta esperanza de que un interlocutor indolente podrá livianamente encontrar su respuesta hojeando el diccionario —o navegando en Wikipedia—. Naturalmente que no es así. Cualesquiera que sean las cir-

cunstances que rodean la incertidumbre o la naturaleza heurística de la indagación, a no dudarlo, ante la irrupción de tal pregunta constitucional, en su respuesta se encuentra cifrado un interrogante mayor, cual es aquel que indaga sobre la existencia de un tal objeto —claro y distinto— que históricamente hemos venido llamando Constitución.

La interpretación y aplicación de normas constitucionales, por lo tanto, necesitan estar apoyadas en el “carácter formal”. Dicha apertura resulta una pieza teórica fundamental, pero más importante, propone una alternativa práctica de rastreo genético de la supremacía.¹⁴ Más aún, si el fundamento de legitimidad de las previsiones constitucionales fuera democrático-republicano, es evidente, la cabal interpretación de su contenido requiere tal aptitud para evitar estratégicas normalizadoras intentadas por exégetas y/o expertos proclives a la manipulación moralizante.

Eso, a todas luces, es inadmisibile. Lo que en definitiva sea la Constitución, no puede estar confinado en la destreza autoritativa de jueces o académicos. Como advierte Waldron, la “supremacía” no es (del poder) judicial. La “supremacía” es constitucional.¹⁵ Ante el conflicto de derechos, entonces, resulta sensato que el Poder Judicial tenga que intervenir, y que en esa tarea sean los jueces quienes tengan la última palabra en la resolución de la disputa. Ahora bien, de ello no se sigue la ecuación —o el lugar común— que repica: (que) “la Constitución es lo que los jueces dicen que la Constitución es”.¹⁶ Si la Constitución es un *opus* colectivo ideal que representa un producto transaccional de muchas mentes, lo que su contenido en verdad

¹⁴ Tagle Achával, Carlos, *Derecho...*, *cit.*

¹⁵ A propósito de la repetida (y descontextualizada) cita del juez Hughes sobre que “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”, Jeremy Waldron elabora una contundente crítica en su texto “The Core of the Case against Judicial Review”. Véase Waldron, J., *Political Constitutionalism*, Harvard University Press, 2016, pp. 195-245.

¹⁶ Es habitual toparnos con la frase —tomada fuera de contexto— del juez Hughes, quien dijo que “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”. Quienes repiten este lugar común pierden de vista el problema de la pluralidad de fuentes y soslayan la importancia de los métodos interpretativos. Porque, claro, en última instancia, la primacía de la Constitución (interpretada) no debiera ser una tarea exclusiva reservada a los expertos; sin embargo, para esta rendencia, la agresividad sin límites del control de constitucionalidad como la admisibilidad irrestricta de la adjudicación constitucional es irrenunciable. Naturalmente, no advierten cómo esta postura ha venido minando el significado anímico de la Constitución republicana y ha empobrecido las creenciales democráticas del constitucionalismo. Una tarea pseudotécnica, individualista, y esencialmente antipolítica, esta postura hegemónica está descentrando a la Constitución de sus horizontes originarios de sentido. Obviamente, para sostener que la Constitución *es lo que los jueces dicen que es*, resulta esencial asumir un problemático “objetivismo constitucional”, que curiosamente reniega en sus postulados teóricos de toda referencia empírica.

pudiera llegar a ser, no puede depender de eventuales argumentos de autoridad. Si la Constitución se jactara de una estirpe democrático-republicana, mucho menos puede su contenido quedar atrapado dentro de la opinión aristocrática de unos pocos “mandarines” que dominan su significado.¹⁷ Esta forma de pensar, inexorablemente, es una avenida rápida que aleja a la Constitución de las aludidas claves democráticas.

Por cierto, es entonces evidente que toda respuesta interpretativa sobre el contenido de la Constitución tiende a ser más verosímil y legítima en la medida en que ésta se encuentre inscrita dentro de un encadenado registro institucional de decisiones políticas y jurídicas individualizables en la historia. De todos modos, cualquiera que sea este registro, cualquiera que sea el tenor de las demandas presentes, la interpretación de una norma constitucional que venga a resolver un conflicto en esta jerarquía, es evidente, la apelación al “carácter formal” puede ser un recurso necesario si la filiación normativa de la respuesta estuviera en disputa.

En este punto se me ocurre una intuición que, seguramente, ya está sospechando el lector atento. En efecto, si se apela al carácter formal de la Constitución, toda complejidad complementaria intra o extrasistémica, todo particularismo idiosincrático, ciertamente, pasa a ser o bien irrelevante o bien sofisticación erudita. Porque, claro, sobre la base pragmática del potencial desconocimiento, confusión o duda, la pregunta concreta sobre qué es la Constitución, necesariamente, debe contar con una respuesta directa, firme, sin vueltas.

De manera que, más allá de posibles contornos o elementos difusos, cualquier observador atento está en condiciones de reconocer el fenómeno constitucional de forma plausible. De manera tal que en todo proceso deliberativo democrático, en mayor o menor medida, los interlocutores están en condiciones de discernir la presencia de un conjunto de predicados constitucionales comunes. El aludido fenómeno constitucional, además, supone una carga normativa. Vale decir, la percepción del fenómeno constitucional presupone la potencial accesibilidad de la razón práctica a esos predicados de justicia.

¹⁷ Me interesa remarcar algunas ideas que he desarrollado en otros textos. En particular, deseo destacar un concepto que hube de acuñar para referir críticamente las dominantes intuiciones que resume el llamado neoconstitucionalismo. El término que resume esta sensibilidad hegemónica lo denomino “criptoconstitucionalismo”. Esta corriente se opone al llamado constitucionalismo político, y está en las antípodas de la tradición democrático-republicana. Además, está claro que, en su desarrollo, los neo(cripro)constitucionalistas apuestan a un patrullaje de contenidos por parte de jueces y académicos. Véase Riberi, Pablo, “Límites al poder constituyente: subjetividades y agonías del criptoconstitucionalismo”, en Núñez Leiva, José I. (ed.), *Nuevas perspectivas en el derecho público*, Santiago de Chile, pp. 55 y ss.

De todos modos, una vez más, la Constitución es verosíblemente percibida por medio de su forma o, mejor, por defecto del carácter formal que caracteriza al concepto de Constitución. Este es el camino. La utilización de este recurso, en consecuencia, nos ubica en la trayectoria adecuada. Por su forma, y aplicando el carácter formal —que distingue el concepto de Constitución—, es factible aprehender el objeto Constitución de una manera confiable. Es curioso y hasta irónico, pero lo que se quiere destacar es que el carácter formal permite reconocer a la Constitución material.

El repertorio de enunciados relevantes acerca de una Constitución, de tal suerte, deben estar dotados de justificación adecuada y deben ser compatibles con la “forma” y el “carácter formal” del concepto de Constitución. Tales atributos sostienen la pretensión de certeza que el discurso constitucional necesita. Éstos, además, suponen que los interlocutores se someten a un proceso “no ideal” de descubrimiento y disputa retórica. De manera que si la “forma” es la vía segura que permite la individualización de cualquier ente que sea Constitución, sólo a partir de la “forma”, es evidente, toda norma que forme parte de la Constitución puede luego llegar a ser apreciada por su cualidad o valor normativo intrínseco. En rigor de verdad, según lo dicho, todo el orden político-jurídico y la existencia misma del Estado están operando mancomunadamente dentro de una compleja constelación de subcircuitos normativos dominados por el carácter formal de la Constitución.

En síntesis, no es mi intención que el argumento quede reducido a una simple abstracción. No es así. Aquí no hay sofisticación ni se trata de naderías. El carácter formal de la Constitución, comprendase, es el camino que se nos abre para conocer cualquier objeto llamado Constitución. El carácter formal de la Constitución, con mayor contundencia —y con mayor ambición teórica—, es la clave esencial que permite reconocer la identidad ontológica de todo orden jurídico vigente. En otras palabras, es el instrumento que permite atrapar todos los órdenes constitucionales y/o circuitos subconstitucionales que existen por defecto de la “forma” dominante. Vale decir, más allá del contenido específico —más allá de sus eventuales reformas o mutaciones—, el ordenamiento jurídico “A” puede existir y desarrollarse porque previamente existe una plataforma constitucional que *informa* y establece la autoridad, los procedimientos, los límites y las competencias de los órganos que han permitido y permiten hacer derecho por defecto de la Constitución A.

III. AUTOGOBIERNO Y SEGMENTACIÓN DEL DISCURSO DENTRO DEL CONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

Ahora bien, si lo político tiene que ver con el poder, entonces, tautológicamente, el poder es la resultante de “lo político”.¹⁸ La utilización de la indeterminación genérica —sin sujeto—; como mero acontecer que fluye, es lo que se quiere mentar cuando la teoría constitucional utiliza la expresión “lo político”. Es decir, “lo político” como un sustantivo indeterminado, sin duda, se reporta a una referencia que, aun en su abstracción denotativa, alude a un campo empírico. Por medio de este giro lingüístico, entonces, apelar a “lo político” —como categoría distinta a la “política”—, sutilmente, propone un mecanismo que permite expandir el significado del fenómeno analizado.¹⁹ Dicha expresión, ciertamente, además, permite inferir la existencia de una realidad anímica e intencional plural por medio de la cual una comunidad política involucrada puede domeñar el poder y puede decidir hacer, deshacer o cambiar —entre otras cosas—, una Constitución.

De suerte que, analíticamente, la teoría constitucional ha ido perfilando la idea de “lo político” como una referencia diferente de la política y de todas las políticas también. Tal lo expuesto, trátase de un dominio abstracto que especifica el nacimiento del vínculo entre el poder con la agencia humana que da origen el Estado, sus instituciones y los derechos. La relación de toda esta familia de palabras con el poder se edifica sobre una plataforma de fenómenos que no deben verse confundidos. Como en última instancia, correctamente lo pone de manifiesto Prélot: “Polis, Politeía, Tá Politiká y Politiké”, son todas formaciones lingüísticas que en su conjunto han ido dando forma a la idea del autogobierno.²⁰ La vecindad discursiva entre lo político —y la política— con relación al lenguaje de lo jurídico-constitucional, empero, suelen traer confusión sobre dónde está la exacta frontera entre lo estrictamente fenoménico y dónde irrumpe la dimensión normativa ordenadora de la Constitución. Ciertamente, esta confusión se ha ido agudizando en la medida en que hemos ingresado en un proceso creciente de sobrevaloración de las capacidades civilizatorias atribuidas a la Consti-

¹⁸ Tagle Achával, Carlos, *Derecho...*, cit., t. I, pp. 26 y ss.

¹⁹ Más allá de lo estrictamente constitucional, a propósito de esta idea, no cabe duda de que aquí hay densa filosofía política. Desde Platón y Aristóteles hasta nuestros días existe un cuerpo importante de pensamientos que exceden los propósitos de este texto. Más allá de ello, sugiero asimismo ver Espósito, Roberto, *Confines de lo político*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 19 y ss.

²⁰ Prélot, Marcel, *Histoire des idées politiques*, París, Dalloz, 1961, pp. 15-108. Asimismo, Prélot, Marcel, *La science politique*, París, Presses Universitaires de France, 1961.

tución. En efecto, para muchos, el orden constitucional representa hoy un epítome casi mágico de la felicidad proyectada. Sobre la base de destrezas narrativas “ideales”, *ad libitum*, algunos expertos se dedican a multiplicar derechos y reordenar las relaciones civiles como si ello dependiera exclusivamente de la razón ilustrada.

“Libertad positiva” y “autogobierno” son asimismo referencias conceptuales que sólo pueden manifestarse ahí donde “lo político” y la “política” dan marco a una consciente actividad de tipo constitucional. Como es obvio, “lo político”, muy elementalmente, propone un campo semántico en oposición a lo “jurídico”.²¹ Lo político supone la autodeterminación colectiva para hacer, regular, impedir, ordenar, castigar. Es expresión de esa libertad y fundamento del autogobierno.

Naturalmente también, tratase de una instancia desde donde la Constitución regulariza el funcionamiento de los mecanismos institucionales y legales del poder. En términos formales, ¿qué es la Constitución sino una norma que dice cómo se hacen todas las normas? Porque, claro, toda disputa adversarial de sujetos libres e iguales, como es lógico, necesita de la Constitución y del derecho para asegurar la convivencia pacífica de quienes piensan distinto. Ello es ineludible, sin duda, para todos aquellos que, más allá de sus creencias e intereses diversos, apuestan de todos modos a convivir dentro de una misma comunidad política.

Ahora bien, frente a la potencia de “lo político”, de tanto en tanto, la regularidad del mundo del derecho se ve obligada a resignar su habitual hegemonía. No hay más remedio. ¿Por qué podría acaso existir autogobierno, libertad e igualdad si así no fuera? Claro que no. Entiéndase: el mundo juridizado, por el contrario, propone un espacio autoritativo donde las normas han sido dispuestas para limitar las posibilidades desiderativas de los mismos agentes involucrados en su diseño.

De manera que cuando la arquitectura constitucional ha sido creada y desarrollada por una comunidad que se autogobierna, el poder constituyente, que nace en las entrañas de “lo político”, puede llegar a comportarse de forma impredecible. Naturalmente, eso suele ser peligroso o, quizá, impredecible. Al menos suele ser para el conjunto de valores y creencias establecidos. En esa hipótesis, puede estallar un proceso revolucionario, o

²¹ Riberi, Pablo, “La «Querelle» entre política y derecho (cuando ya casi nadie recuerda el origen de tan prolongada discordia)”, en Parmigiani, Consueo, Miranda, Magalí y Barbará, Martín (comps.), *Derecho y política en la encrucijada: problemas y perspectivas*, Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, 2019, pp. 21-43.

puede suceder que el poder de reforma en rebeldía pueda decidir quedarse fuera de control dinamitando los puentes con el mundo del derecho vigente.²² Permitiéndome una metáfora, diría que es factible que ese dragón aletargado que estaba hibernando en su caverna se despierte, se bostece, y de su aliento deje todo el paisaje jurídico incinerado. La metáfora del dragón aletargado representa la figura de un “poder” a menudo domesticado dentro de las competencias del Estado. Otras veces, en su vigilia, representa la pura acción; nuda soberanía. En todos los casos, lo político y el poder —que son uno—, operan entonces dentro de una lógica a veces indecifrable e incontenible. Una muy distinta a la que fluye dentro del orden jurídico-constitucional establecido.²³

Desde aislados miradores, entonces, expertos —constitucionalistas, filósofos, reformadores morales—, muy a menudo, proponen, debaten o rechazan ideas sobre el poder político y sobre los derechos humanos. De esa manera, de algún modo, están suministrando la arcilla ideológica con la que se moldean los trazos finos que informa el contenido normativo de la Constitución. Éstos, sobre todo, atinan a concentrar su atención en la sustancia “libertad”. Más allá de ello, si el régimen político establecido por la Constitución fuera democrático, la opinión de *lege lata* o de *lege ferenda* de los expertos en materia constitucional, en verdad, sólo puede tener un valor relativo.

La universalidad del concepto de Constitución, que quede claro, nunca ha sido ni puede llegar a ser vista como la traducción normativa de una idea platónica de perfección normativa. Un aporte infalible de mentes esclarecidas. Tampoco es sensato apreciar su contenido en función de un desarrollo optimista sobre un conjunto más o menos acertado de buenas decisiones morales tomadas en algún punto de esta trayectoria. No hay catálogo y/o canon que imitar. Ésa es la verdad. Por otro lado, no pocos idealistas y/o optimistas respecto al curso de la historia han terminado volviéndose fanáticos de sus propios presagios. A menudo, se han transformado en autoritarios recitadores de un catecismo reformador intolerante.

A contramano de ello, las Constituciones democráticas se han ido consolidando sobre la base de la responsabilidad pública de representantes y

²² A propósito de las diversas teorías que analizan la naturaleza de los fundamentos de la Constitución, sugiero ver un texto de mi autoría. Véase Riberi, Pablo, “Los fundamentos de la Constitución y un dogma incierto —política y filosofía interpeladas—”, en Riberi, Pablo (coord.) *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, pp. 21-73.

²³ “Lo político”, de algún modo menta lo que Karl Engisch llama *Die Rechtsfreie Raum*. Esto es, el ámbito de lo “no-jurídico”. Véase Engisch, Karl, *El ámbito de lo no jurídico*, Ediciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1960.

funcionarios encargados de un proceso deliberativo que no conoce solución de continuidad. La voluntad, el compromiso y la aptitud de quienes detentan y quienes son destinatarios del poder, de tal suerte, han ido forjando un conjunto concreto de valores, principios y reglas que permiten regular la relación entre “poder” y “libertad” de un modo más o menos transparente. En las Constituciones democrático-republicanas, al interior de ciertos tipos de acuerdos —cualquiera que sea la causa, razón o inspiración de éstos—, se aprecian entonces las claves políticas que permiten potenciar la cooperación social entre sujetos que, aun manteniendo sus diferencias, se comprometen a vivir juntos y en paz.

En consecuencia, no hay modelo ni hay recetas inmodificables que pudieran asegurar un óptimo constitucional. Aun cuando la mayoría de los neo(cripto)constitucionalistas quieran convencernos de lo contrario, la verdad es que estas posturas claramente exhiben meras “creencias” más que certezas incontrastables.²⁴ Por otro lado, está claro que la Constitución tampoco debe ser entendida conforme un nominalismo indiferenciado. Es correcto notar, luego, que la pretensión normativo-ordenadora del canon constitucional difícilmente pueda asimilar exitosamente toda la multiplicación de objetivos/valores/intereses y todas pretensiones de derecho en juego. Sea como fuere, la mirada constitucional —aun estando comprometida con los postulados democráticos/republicanos—, nunca puede prescindir de cierto cuerpo de objetivos y contenidos normativos deseables. Por lo tanto, si por la forma identificamos a algunas normas como constitucionales, está claro que, en términos prácticos, el operador del derecho siempre debe intentar discernir un perímetro más o menos preciso —un mapa más o menos estable— de normas que se reportan a esa filiación constitucional de referencia.

El concepto de Constitución, como he dicho, presupone una forma, y esta forma —constitucional— es la que permite que todas las relaciones humanas se encuentren reguladas dentro del un sistema o dentro de un pluriverso de sistemas de normas integrados por esa Constitución. De modo que el comportamiento de las personas y la actividad del Estado se estructuran al interior de un conjunto articulado de preceptos jurídico-constitucionales que existen por defecto de una única ley fundamental. Pues bien, en conformidad con lo dicho, y reparando también cómo ha sido el desarrollo en el tiempo de esta idea, es factible apreciar otro aspecto interesante. Es

²⁴ A propósito de esta categoría véase Riberi, Pablo, *Límites al poder constituyente: subjetividades y agonías del criptoconstitucionalismo*, pp. 122 y ss., en Núñez Leiva, J. I. (ed.), *Nuevas perspectivas en derecho público*, Santiago de Chile, Librotécnica, 2011.

dable asimismo esperar que todo orden jurídico —sea éste unidimensional o sea éste abierto a un sistema de fuentes polimórficos—, en todas sus múltiples dimensiones, conexiones y transformaciones, de algún modo, en algún punto, categorice la ontogénesis del orden constitucional primario que regula y/o que da sustento a todos los sistemas de normas habilitados por defecto.²⁵ Naturalmente, la identificación de criterios de validez o justicia respecto a los predicados involucrados, inevitablemente, está llamada a integrarse dentro de un metalenguaje de sentido que, de tanto en tanto, intenta alterar la proclamada condición democrática del orden constitucional bajo examen.

De manera que, más allá de cada idiosincrasia democrática, de la calidad de sus instituciones y de la peculiaridad legal de cada sistema de normas, lo cierto es que la idea de Constitución necesita sostenerse sobre la aceptación mayoritaria de algunas condiciones ultranormativas de validación, condiciones éstas que no necesariamente deben reflejar criterios normogénéticos de legitimidad irreprochables. Trátase, más bien, de la simple aceptación mayoritaria del fenómeno constitucional desprovisto de cualquier adjetivo o calificación. Ésa es la clave. La determinación política de vivir bajo el orden aleatorio que una Constitución prohija. Lo que se quiere significar, en pocas palabras, es que más allá de la sensata aspiración normativa sobre justas y/o valiosas figuras jurídicas en su contenido, toda Constitución resume una combinación de buenas (o no tan buenas); más o menos razonable combinación de normas constitucionales que, en tanto tales, merecen respeto.

De modo que, conforme lo explicado, toda Constitución necesita contar con precisos procedimientos y cánones formales que permitan regular la creación de normas primarias y/o secundarias. Sólo una Constitución puede exhibir esa capacidad. Por lo demás, la apelación a la necesaria subordinación de todo el orden jurídico a un orden superior de razones y/o principios normativos metaconstitucionales; o la utilización de una norma hipotética fundamental o la reivindicación de principios y prácticas que debieran dar cuerpo a la llamada regla de reconocimiento, en toda esta variedad, en mi opinión, sólo componen un conjunto complementario de

²⁵ El orden jurídico puede involucrar la sumatoria de diferentes subsistemas de normas. Naturalmente, cada sistema —o subsistema jurídico— está compuesto por un conjunto de normas válidas que han sido reconocidas como pertenecientes a dicho sistema. Vale decir, tratase de normas que no contradicen a otras normas superiores; tratase de normas han ingresado al sistema conforme a un procedimiento previamente establecido. *Cfr.* Alchourrón, Carlos y Buliygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1991, p. 190.

recursos retóricos; simples meandros filosófico-narrativos que intentan fortalecer la justificación de ese imprescindible deber abierto de obediencia a la Constitución.²⁶

1. *Saber, poder y autoridad en materia constitucional*

La validez de la Constitución, al interior de la tradición político-ideológica asociada tanto al constitucionalismo político como al filosófico-legal, entonces, parece estar recostada en condiciones ultranormativas de fundamentación, que en mi opinión no pueden dejar de ser homogéneamente constitucionales. Esto resulta bastante evidente, aun cuando es correcto notar también cómo las normas y prácticas implicadas siempre están sometidas a procesos de influencia y fertilización con otros sistemas normativos. Por ejemplo, con la moral dominante (en tanto *sittlichkeit*); con las enseñanzas de la filosofía práctica; con la religión, etcétera. Vale decir, renovados criterios de justicia surgidos como ideas de derecho desde otros órdenes paralelos suelen inocular contenidos normativos dentro de nuevas fórmulas legales y constitucionales, que en el tiempo pueden también desatar grandes transformaciones en la trama constitucional. Los llamados “momentos constitucionales”, en este proceso, expresan la conciencia de colectiva del cambio producido, y, así por caso, es posible notar cómo las Constituciones liberales decimonónicas alteraron y/o cambiaron pretéritos contenidos de justicia por otros nuevos aportados por el llamado constitucionalismo social.²⁷ En esta misma línea de observación de transformaciones normativas paradigmáticas, es correcto notar también cómo el proceso de internacionalización de los derechos humanos y las demandas por los llamados derechos de tercera generación, nuevamente, terminaron poniendo en crisis viejos contenidos y/o promovieron alteraciones sustanciales en los contenidos de normas y decisiones con relevancia constitucional.

Los valores, principios y reglas de toda Constitución no pueden evitar sufrir renovados ciclos vitales de florecimiento y declive. Sostenidos des-

²⁶ A propósito de ello, repasar la llamada hipótesis de la “recursividad” en los fundamentos del derecho constitucional según nos lo explica Otto Pfersmann. *Cfr.* Pfersmann, Otto, “Cinco tesis sobre el fundamento de la Constitución”, en Riberi, Pablo (ed.), *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 7.

²⁷ Al respecto, es conveniente explorar este concepto en detalle, especialmente la conexión del mismo con la diferenciación del llamado “modelo constitucional dual”. *Cfr.* Bruce Ackerman, *We the People*, Harvard University Press, 1998, pp. 7 y 8.

de la moral crítica o en la mera confirmación estadística del apoyo de las mayorías, competitivos criterios de justicia suelen nacer; algunas veces se consolidan y de tanto en tanto fenecen. Quizá por ello, es un dato cierto que, en tanto objeto cultural, está claro que la Constitución nunca debe ser comprendida como un documento estático. La verdad es que ésta no es un documento petrificado. De todos modos, atención, tampoco se trata de un ente viviente, como suele adjudicársele.

Lo que sucede, en verdad, es algo por demás interesante. Trátase de un fenómeno cuya percepción no es sencilla. Ante todo, la Constitución es “pura forma”. Luego, atenta su permanencia o su contenido mudable, aquélla puede ser vista como algo estático o dinámico. La precisión o veracidad de estas antagónicas percepciones depende de las circunstancias aludidas en la utilización del concepto. De todos modos, en todos los casos hay que comprender que sólo la *forma* permite asimilar y solapar la universalidad del concepto de Constitución con los diversos objetos aludidos en particular. Sólo ello permite reconciliar las múltiples interpretaciones sobre su contenido con la función ordenadora que la forma prohija. Y en ello, dicho sea de paso, es posible también advertir cómo se ha producido esta expansión agresiva de su significado normativo aun cuando pocas veces los intérpretes están de acuerdo sobre el significado de las normas bajo examen.

Sumergidos en este fenómeno, *urbi et orbe*, la idea de Constitución ha terminado por cobrar autonomía y se ha consolidado sobre un repertorio técnico-lingüístico propio. El estudio de la Constitución (sus fundamentos, sus normas, sus instituciones y sus prácticas) es hoy una disciplina compleja y sofisticada. Esta singularidad ha desbordado al derecho, a la filosofía y a la política. Su especificidad está determinada por su relevancia cotidiana en la vida de las personas. El lenguaje de la Constitución opera “performativamente” tanto respecto al cuerpo de derechos consagrados como respecto al funcionamiento de los poderes superiores del Estado por ella creados.²⁸ Sin vacilaciones, más allá de los contenidos —y sin necesidad de contornos fijos—, entonces, todo objeto llamado Constitución se ha ido afianzando ecuménicamente como un ente reconocible por su forma. El discurso constitucional, en consecuencia, ha desarrollado registro de observaciones y valoraciones político-jurídicas que endogámicamente legitiman tanto el mo-

²⁸ Para la construcción del ente pueblo, según Laclau, es necesario utilizar un “significante vacío”. Asimismo, aclara que cuando se utiliza esta palabra, los representantes nunca están en condiciones de “controlar” las demandas que dicen encarnar o “representar”. Laclau, Ernesto, *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 140 y 204.

nopolio del ejercicio de la fuerza del Estado como los derechos y libertades que éste debe asegurar.

Tal como fue subrayado páginas atrás, el carácter formal, de tal suerte, es la clave que permite reconocer ese peculiar tipo de norma que es la Constitución. El carácter formal, por otro lado, es también un factor epistémico relevante, toda vez que el mismo ayuda a ordenar analíticamente toda la diversidad de arreglos sobre valores, reglas y principios que, al amparo del orden constitucional, pasan a cobrar diversa jerarquía. Lo cierto es que las múltiples fórmulas retórico-normativas que orbitan en torno al concepto de Constitución, invariablemente, nos hacen notar que la norma Constitución nunca ha de ser norma infraordinada dentro del sistema donde ella ha creado. Nos permite saber que el poder político ordenado por defecto de una Constitución, necesariamente, trátase de un poder que está configurado sobre condiciones existenciales de soberanía. Pero, además, nótese aquí otro dato insoslayable: la Constitución es la norma que crea las instituciones fundamentales del Estado.²⁹ El concepto de autoridad de la ley, de tal modo, es lógica consecuencia de este hecho seminal, que, por otro lado, permite explicar por qué el funcionamiento legítimo del Estado debe estar ceñido a los términos establecidos por la norma constitucional. En síntesis, la Constitución es fuente autorreferencial de las reglas y procedimientos que pueden habilitar la reforma de su contenido; así como lo es también de todas las normas del orden jurídico que ella auspicia.

La norma que es Constitución, en suma, es la única norma que puede regular la legalidad y las condiciones de legitimidad que coronan la designación de los integrantes de los poderes superiores del Estado. La norma que es Constitución, de tal suerte, no podría ser tal si hubiera otra norma superior que designara, reconociera y/o subordinara las autoridades del Estado a dicha instancia alternativa de habilitación. Luego, todo esquema superior de asignación de competencias que pudiera unilateralmente permitir la alteración de la organización del poder y el orden de derechos establecidos, sin importar el nombre que le identifique, en términos teóricos, es Constitución.

El poder político —su conformación y ramas—; la libertad —con los derechos consagrados—, tal lo dicho, conforman lo que denomino “sustancias constitucionales”. Vale decir, son la arcilla con la cual es posible hacer una Constitución. De manera que si la forma de la Constitución es lo que

²⁹ Para Carré de Malberg, la Constitución es condición absoluta de existencia de un Estado. Cfr. Carré de Malberg R., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

hace que una Constitución sea lo que es, o, en otras palabras, si es por su forma que, en tanto norma fundamental, la Constitución es ordenadora y forjadora de la autoridad y de la ley, si ello es así, entonces, sólo el carácter formal puede darnos la llave que permite abrir la puerta de entrada para un específico conocimiento del objeto constitucional.³⁰

En rigor de verdad, la forma de la Constitución es una precondition epistémica que, como principal aporte, nos permite verificar la relevancia práctica del concepto de “supremacía”. Luego, la combinación de ambas: el carácter formal y el concepto de supremacía, permite obtener un punto estable de referencia a partir de donde otras jerarquías normativas subordinales pueden ser también discernidas. Por la forma, por último, es posible también reconocer competencias estatales en materia de autoridad legislativa e interpretativa. Es por la “forma” que, en términos pragmáticos, nos es posible individualizar límites al ejercicio razonable de los derechos. La forma constitucional, en pocas palabras, constituye una suerte de precuela interpretativa para habilitar decisiones políticas y jurídicas fundamentales.

En otro orden de ideas, es interesante marcar otro aspecto relevante. Es importante notar cómo el discurso constitucional ha ido cobrando cierto expansionismo denotativo. Y ello, a menudo, suele confundir al incauto observador de la materia. Por eso, es oportuno advertir que el campo semántico que se ha desarrollado en torno al vocablo Constitución debiera ser primariamente circunscrito al objeto normativo impar, fundamental y eminente que ordena y regula el poder. Que quede claro: la Constitución sólo puede ser norma básica-fundamental. Identificada esa cualidad, entonces, resulta también pleno que la Constitución necesariamente debe ser la fuente exclusiva del derecho interno, así como la criba indispensable que permite la incorporación y/o aplicación de toda otra norma jurídica cuya autoridad no está concedida por la comunidad política de referencia.

Esta realidad, en consecuencia, ha hecho que la potencia normativa del objeto Constitución se expanda más allá de todo parroquialismo. Más allá de ello, es imprescindible reconocer la naturaleza y jerarquía de las normas involucradas con el sistema constitucional que habilita la apertura. Si el observador o el participante no han captado el contenido de la Constitución por defecto de su “forma”, es verosímil que el error y la desorientación do-

³⁰ Para Aristóteles, la forma es lo más importante, precisamente, porque por su forma una cosa es lo que es. En el libro V de la *Metafísica*, el nombrado entre las diversas causas, distingue la que llama causa formal. Ésta es fundamental, a punto tal que, la misma se constituye en la clave de bóveda en la teoría del conocimiento aristotélico. *Cfr.* Aristóteles, *Metafísica*, México, Porrúa, 1992, pp. 75 y ss.

minen el debate tanto sobre las fuentes del derecho como sobre el orden y jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos.

Entre la abstracción y la singularidad, entonces, muchos factores pueden enturbiar el conocimiento constitucional. Las ciencias sociales en general, y nuestra disciplina en particular, no cuentan con métodos de experimentación como lo tienen algunas disciplinas extrañas a las ciencias sociales. Eso es evidente. Además, es indiscutible la coexistencia de elementos ideológicos, valorativos y filosóficos en la determinación semántica del lenguaje utilizado. Enterados de ello, grupos de interés y hasta algunos fanatismos intentan colonizar —y/o administrar— un campo especializado de certezas hegemónicas bajo el ropaje que prodiga la autoridad académica.

Quizá por ello sucede también que en el ámbito de la academia una masa variable de creencias jurídicas antagónicas se encuentran pugnando sin descanso para hegemonizar el saber erudito en la materia. Y éste no es un detalle menor. Esa disputa no se reduce a una simple y sofisticada competencia lúdica/retórica que mantiene entretenidas las mentes entrenadas del mundo académico. Aquí hay mucho en juego. Al interior de la esfera de lo constitucional, las contiendas suscitadas tienen impacto tanto en los intereses como en los valores de la gente y en los modos de utilización del poder. Vale decir, la resolución de este tipo de conflictos termina afectando la vida de las personas. Algunas veces de forma ostensible, otras de forma más sutil. En el vientre de tales disputas, es evidente, intereses, creencias y valores constitucionales juegan su supervivencia. El discurso de los derechos, dicho sea de paso, provee un territorio fértil para la contienda vigorosa. Allí, claramente, “saber” y “poder” procuran amalgamarse para lograr dar estabilidad a la interpretación de lo que luego se reporta como contenidos de justicia. Cualquiera que sean las credenciales de la autoridad, y más allá de la aptitud técnica de quien desentrañe el contenido de las normas constitucionales, en este contexto, no es posible evitar la multiplicación y profundización de renovados procesos de desacuerdo.

Ahora bien, concentrando la atención en el territorio constitucional, ¿cómo se ha desarrollado esta relación entre “saber” y “poder”? Pues bien, esta alianza se ha ido consolidando de diversas maneras; por medio de diversas estrategias y caminos. Más allá de ello, es posible notar algo interesante común a todos esos procesos. Es posible advertir cómo la opinión de expertos, jueces y/o operadores del derecho suele a menudo mostrarse presta a defender un rango peculiar de intereses, valores y creencias constitucionales, que en muchos casos asoman “inconmensurables” entre sí. Vale decir, trátase de intereses, creencias y valores que no cuentan con un crite-

rio de validación uniforme. A pesar de ello, empero, por medio de eruditas observaciones técnicas sobre el lenguaje de la ley, unos intereses, valores y/o creencias desplazan a otros en un cuerpo retórico de argumentos jurídicos. En este sentido, por caso, el dominante “realismo” jurídico no ha tenido problemas en ir convalidando la más variada y amplia gama de interpretaciones antagónicas. Lo ha hecho tanto sobre la base de reglas o supuestos principios neutrales como apelando a subjetivos argumentos de autoridad para ponderar el caso concreto.

Por eso, el pensamiento de Marmor me parece inapelable. Lo sintetizo de la siguiente manera: la interpretación (constitucional) no depende del método, sino que sucede justamente al revés: el método depende de la interpretación.³¹ Y si ello fuera correcto, se puede comprender también por qué para ésta el realismo jurídico tales inconsistencias no suelen deparar mayores controversias. Para propios y extraños, de todos modos, resulta curioso advertir un elemento incidental o concomitante a esta observación. En efecto, cualquiera que sea el caso, resulta interesante notar cómo la consolidación de tendencias interpretativas —o la ruptura en esa tendencia—, suele producirse para que el discurso jurídico se permita estar alineado detrás de intereses, creencias y valores afines a los registros del poder político hegemónico vigente. Esto es, intereses, creencias y valores que no necesariamente coinciden con el cuerpo de normas constitucionales interpretadas en la especie.

La verdad sea dicha: la mayoría de las interpretaciones prevalentes en materia constitucional y de derechos humanos no necesariamente se nos revelan más rigurosas, certeras o justas que otras desplazadas interpretaciones rivales. Repásese, por ejemplo, cómo se ha reconfigurado estratégicamente el atávico duelo entre iusnaturalistas (de derecha) frente a iuspositivistas (de izquierda). La verosimilitud de éxito dentro del discurso técnico-jurídico de los tribunales o en el acalorado debate legislativo ha hecho que últimamente los primeros refugien sus expectativas en la dimensión política, mientras que los segundos se dedican a colonizar ideológicamente con sus valores y creencias la subyacente dimensión epistémica de lo que es correcto, verdadero o justo en el lenguaje jurídico.

Detrás de estas operaciones mentales y prácticas discursivas, invariablemente se encuentra subyaciendo un conjunto último de intuiciones y saberes concretos que ayudan a definir, interpretar y aplicar eso que llamamos Constitución. Ahora bien, esos saberes o intuiciones aludidos, según lo dicho, no siempre conviven en armonía. Y a propósito de ello, no

³¹ Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1993.

hay que soslayar que, muy a menudo, incluso interlocutores y/o expertos que afirman estar compartiendo —o que dicen asumir— las mismas raíces y/o compromisos teóricos e ideológicos que sus (equivocados) oponentes, en verdad, sólo se están poniendo de acuerdo —o están discrepando— para fortalecer razones estratégicas de conveniencia retórica. Tales presupuestos son declamados para definir pretensiones de verdad o justicia que involucren a sus adversarios. Las disputas y los acuerdos, en resumidas cuentas, se arman y desarman en función de cierto rango dominante de intereses, creencias o valores. Vigorosos en un momento (T1), pueden mermar o desaparecer en otro (T2).

En materia constitucional —como en cualquier disciplina normativa compleja—, cualquiera que sea la intención o la actitud en juego, siempre se vuelve necesario contar con algún punto cierto de apoyo o criterio gramático común que regule la comunicación entre participantes y/o observadores. En materia constitucional, para poder determinar el valor o sentido de los términos de una disputa, es esencial reconocer primero el objeto Constitución. Sin el reconocimiento de la “forma” de ese objeto, está claro, resulta inaccesible la justificación de todo conocimiento constitucional relevante.

2. *Apuntes sobre el método constitucional comparado*

El conocimiento del derecho constitucional comparado, en esta inteligencia, suele verse cristalizado sobre un juego aleatorio de similitudes y diferencias. Ahora bien, esto puede también precipitar juicios superficiales que sólo atinan a componer comparaciones aleatorias sobre el cuerpo de reglas, principios y valores establecidos en diversos textos y documentos constitucionales.³² Y, así las cosas, equívocos varios suelen abrumar tanto a quienes proponen una lectura semántica de los contenidos de la Constitución como a quienes se inclinan por opciones hermenéuticas de comprensión de su

³² En términos metodológicos, son específicamente interesantes los aportes de autores como Mark Tushnet, Armin von Bogdandy, Vicky Jackson y Michel Rosenfeld. Por ejemplo, Tushnet, Mark, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Edward y Elgar Publishing, 2014, pp. 10 y ss. Asimismo, corresponde reparar en el reconocido texto de Jackson y Tushnet, Jackson V. y Tushnet, M., *Comparative Constitutional Law*, 141, Thompson West, 2006, pp 157 y ss. Por último, sugiero repasar los siguientes trabajos del Oxford Handout of Comparative Constitutional Law. Véase Von Bogdandy, A., “Comparative Constitutional Law: a Continental Perspective”, pp. 25 y ss.; Rosenfeld, M., “Comparative Constitutional Analysis in the United States Adjudication and Scholarship”, pp. 38 y ss.; Jackson, V., “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, András (ed.) *The Oxford Handout of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 54 y ss.

significado. Ello resulta casi inevitable. En verdad es así, aun cuando de todos modos es posible mitigar muchos problemas interpretativos cuando, precisamente, el carácter formal de la Constitución es debidamente utilizado para evitar quedar entrampado dentro de los hegemónicos dictados de algunos jueces y expertos citados autoritativamente.

Lo concreto, es que, bajo la mirada de jueces y especialistas, plexos constitucionales semejantes bien pueden desarrollar interpretaciones razonablemente divergentes. Vale decir, la mirada académica —o la del juez o intérprete en general— suele desandar caminos alternativos para dotar o descubrir el significado cierto del texto constitucional bajo examen. A veces, cuando una tradición “interpretativista” robusta florece, es posible que optimistas y dogmáticos repetidores de principios y valores evanescentes puedan expandir y/o potenciar un saldo ampliado de derechos relevantes. Para ello, curiosamente, algunas veces se apela a conclusiones apodícticas que no son otra cosa que el resultado inducido de la lectura comparada de normas provenientes de sistemas constitucionales carentes —o con tangentes— puntos de conexión.

Vale decir, a partir de la recopilación de ciertos contenidos (sin recurrir a la forma), se opera el trasplante. En otras palabras, aun cuando las Constituciones, la legislación consultada, o cuando las instituciones o prácticas no hayan surgido en un contexto de diseño compatibles o sobre circunstancias históricas asimilables, la cita comparada de textos y opiniones parece ser suficiente para la fertilización interpretativa. Otras veces, por el contrario, aun con contextos análogos, la interpretación, empero, se libera del canon semántico original y/o de los principios y valores que motivan su vigencia. Lo hace porque, como ya lo he remarcado, la interpretación —y en especial la interpretación constitucional— no conoce de cartabones ni metodologías que restrinjan o limiten su eventual potencia disruptiva. Un mismo texto constitucional, en síntesis, puede auspiciar soluciones mudables y hasta opuestas en el tiempo.

Ante este cuadro de situación, entonces, es conveniente formularse la siguiente pregunta. El interrogante obligado debe ser cómo poder estar seguros de que el material comparado, efectivamente, responde a tipos de normas que guardan una misma o muy semejante estructura de sentido. Muy en particular, lo que prioritariamente debe estar bien establecido es si el objeto sometido a comparación guarda suficiente conexión político-normativa respecto a la fuente primera: el otro objeto que también es Constitución. Y aquí de nuevo, dado que las transposiciones están hechas fuera del eje político-legal específico de cada caso, entonces, se vuelve complicado

dar una respuesta categórica. ¿Cómo poder estar seguros?; ¿cómo saber a ciencia cierta si la norma “r” posee en el sistema A igual jerarquía —y función— a la que “r” propone en el sistema B? Por caso, piénsese en cualquier derecho o garantía regulados en o a partir de la Constitución ¿tienen acaso las disposiciones comparadas idéntico significado, semejante y sentido tutelar en ambas jurisdicciones involucradas?

Desde un punto de vista externo, más allá de la lectura textual, es siempre necesario indagar en la historia; es importante escudriñar en el interior de las prácticas constitucionales concretas; conviene analizar el cuerpo de los debates legislativo-constitucionales y, naturalmente también, es esencial estar atentos a la evolución interpretativa de la doctrina y de la jurisprudencia efectivamente aplicados. Ése parece ser el camino más o menos seguro.³³

Sobre esta ruta, entonces, el análisis teórico-comparado impone reconocer tanto la diversidad como los contextos y peculiaridades de cultura y tradición jurídica involucrados. Y a propósito de ello, incluso en términos dogmáticos, ni el mismo “contextualismo” ni el “funcionalismo” pueden proponernos certezas de derechos universalizables que merezcan ciego acatamiento. No pueden asegurarlos en el orden doméstico, mucho menos es posible dentro del derecho internacional de los derechos humanos. No alcanza con apoyarse en las enseñanzas del derecho constitucional comparado. Más allá de algunos principios que también requieren precisiones, como los que se desprenden de la idea abstracta de “libertad” e “igualdad”, no está muy claro qué contenidos, principios o valores en concreto merecen efectiva universalización.³⁴ Porque, claro, frente al caso concreto, ¿no suelen acaso ser nuestras abstracciones y emociones de justicia de algún modo inconmensurables? Es más, aun admitiendo la posibilidad de alcanzar algún conocimiento detallado del significado original o de las calves morales precisas donde apoyarse, mi intuición, sin embargo, es que en materia de derechos, su articulación concreta opera conforme un restringido microuniverso histórico de sentido.

³³ Desde un punto de vista estrictamente normativo, propósito de un canon comparatista riguroso, es muy interesante el trabajo de Uwe Kischel. Por medio de metodologías tradicionales que buscan captar puntos de contacto entre los órdenes comparados, este autor exitosamente logra capturar el análisis estrictamente jurídico del fenómeno. Véase Kischel, Uwe, *Comparative Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 87 y ss.

³⁴ Una alternativa podría restringir la latitud de la universalización pretendida a los confines de una tradición o cultura constitucional común. Aun manteniendo discrepancias con el autor, son muy interesantes los aportes de Armin von Bogdandy sobre, por caso, la existencia de un derecho latinoamericano *commune*. Cfr. Von Bogdandy, Armin, *Por un derecho común para América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.

Pues bien, frente a este tipo de interrogantes, la interpretación constitucional nos pone ante un desafío difícil, un desafío que nos lleva a un camino difícil, aunque de inevitable tránsito. Para dar comienzo a la marcha del conocimiento, en primer lugar, se debe empezar por identificar la calidad normativa constitucional del objeto sometido a interpretación. Para hacerlo, hay que afrontar el contexto de incertidumbre y hay que procurar dotar de máxima precisión al lenguaje utilizado. Y en esta inteligencia, está claro, no hay recurso epistémico más eficiente que empezar estableciendo el carácter formal de la Constitución. Esa estrategia, dicho sea de paso, nos permitirá reconocer la calidad ordinal de todas normas integradas a partir —y sobre— el objeto llamado Constitución. Vale decir, aquí cuenta lo dicho: la “forma” es lo que hace que una cosa sea lo que es. Y, precisamente, por la Constitución, es también que otras normas no pueden ser lo que ella es, y sólo son lo que ella ha permitido que sean.

De modo que toda anatomía complementaria respecto al sistema jurídico de referencia; toda analítica de valores, principios y reglas, en última instancia, no puede ser otra cosa que un ejercicio útil —quizá erudito—, que complementa esa primera inteligencia constitucional aplicada por defecto de su carácter formal. El operador del derecho, el observador dogmático, el comparatista, el teórico del derecho constitucional, el filósofo político —o del derecho—, entonces, cuenta con un marco cognitivo primario y seguro donde poder instalar sus reflexiones político-normativas. La apelación al carácter formal, de tal suerte, habilita la exploración exhaustiva de cada uno de los elementos de cada orden jurídico-constitucional en particular. El carácter formal de la Constitución, en tanto *factum* inequívoco del fenómeno, finalmente, nos pone también frente a una certeza tan sutil como incommovible. Me refiero a que “la forma constitucional” es la plataforma o categoría del entendimiento que luego habilita las cadenas de conocimiento derivadas del carácter formal de la Constitución.

Porque, claro, amén de utilizar un vocabulario técnico específico, es esencial que toda comunicación de ideas en torno a la Constitución puede verse sustentada sobre un paradigma racional de argumentación. Asumido este supuesto, la *forma* de la Constitución —de toda Constitución—, los interlocutores pasan a contar con un criterio común e imparcial a partir del cual todos los discursos que traducen observaciones o ensayan juicios crítico-normativos pueden conformar juicios de adecuación. El edificio dogmático de todo orden constitucional: la expansión derivada de legislación orgánica sobre los poderes y/o el desarrollo tutelar sobre los derechos consagrados, en resumidas cuentas, encuentra en este criterio epistémico

de identificación la piedra basal de cualquier tarea analítica, comparativa, deconstructiva y/o hermenéutica.

En consecuencia, por defecto de la forma constitucional, el objeto Constitución, está claro, no puede quedar subordinado a la contingente sensibilidad o aptitud interpretativa que pudieran tener juristas, jueces, abogados, funcionarios, presidentes, ministros, politólogos, etcétera.³⁵ En sí misma, la Constitución debe ser entendida como un ente valioso. Es un error pensar que el valor político, jurídico o moral de la Constitución pueda depender de la sensibilidad, inteligencia o aptitud retórica de los operadores y expertos que la aplican. La capacidad perceptiva de políticos, funcionarios, o tecnócratas, en rigor de verdad, puede facilitar o enturbiar el valor, el significado o el alcance de la Constitución en un momento o circunstancia en particular. Aunque suceda, ello no debiera ser así. No debiera ser así siquiera cuando el hecho estadístico nos revelara la coincidente opinión de mayorías importantes dentro o fuera de la academia.

3. *El concepto de Constitución en su doble manifestación*

La forma y la materia constitucionales asoman como elementos inseparables. En cerrada alianza, de tal suerte, ambas categorías se presentan como intuiciones esenciales y complementarias.

He sostenido que todos los enunciados que integran el objeto llamado Constitución necesitan verse identificadas por defecto del carácter formal que, de tal manera, precisa la pertenencia de un tal valor, principio o regla al referido objeto. Tal relación, por otro lado, excluye otros enunciados, que en otro registro podrían empero tener algún vínculo remoto con el fenómeno constitucional. Por la forma, entonces, el contenido normativo “X” es apreciado como un enunciado integrado dentro de un plexo normativo circunscrito al objeto Constitución (A).

Por su forma, entonces, es posible reconocer una Constitución y todo un conjunto derivado de normas infraconstitucionales. La forma de la Constitución, por lo tanto, permite categorizar tal norma —o un conjunto de nor-

³⁵ Por ejemplo, cabe notar las pertinentes referencias que formula Waldron con relación a la denominada doctrina de la sabiduría de la multitud (DSM) desarrollada por Aristóteles. Y en este punto, el nombrado destaca una observación relevante. Dice: “...the connection between DWM and a constitutional order respectful of the rule of law is not merely contingent”. Véase Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, p. 99. Asimismo, sobre este concepto y su desarrollo histórico en la *polis*, véase Riberi, Pablo, *Teoría de la representación política*, cap. 2.1.1, Rubinzal Culzoni, 2014.

mas— dentro del referido por caso orden constitucional “A”. Tal singularidad distingue esa norma o enunciado de otras que no lo son o que, siéndolo, pertenecen sin embargo a otros órdenes constitucionales, como B, C, D, Z. En síntesis, para pasar de una mera creencia a una certeza o creencia justificada, luego, corresponde aplicar el criterio formal que permite establecer si el enunciado bajo examen está efectivamente integrado al objeto normativo que presume constitucionalidad. Luego de verificar el criterio formal, los textos que se nos presentan como constitucionales pueden ser auténticamente reputados como tales. En este orden, entonces, es posible indagar las leyes fundamentales del orden constitucional involucrado; cotejar las leyes orgánicas e indagar sobre la legalidad de todas las normas sustantivas que pudieran estar dando orden a las relaciones civiles bajo análisis.

En otras palabras, este derrotero es imprescindible para poder saber con precisión si la ley L o si el fallo F, efectivamente son normas derivadas del orden constitucional de referencia. En esta inteligencia, también es posible intentar comparaciones entre distintos sistemas constitucionales. Y en este sentido, una lectura atenta, por ejemplo, permite advertir eso que en el orden constitucional A es llamado garantía de *habeas corpus* o, también, cómo dadas ciertas condiciones “s”, el “Estado de sitio” está distintivamente regulado en el artículo x de la Constitución A. Esto es, cómo la regulación de ciertas instituciones, institutos, garantías, derechos en un orden dado (digamos A), comparten similitudes y diferencias con relación al orden B, C o D.

La Constitución es norma, aun cuando por su naturaleza es la menos jurídica de todas las normas. De todos modos, antes bien, es la más política de todas las decisiones normativas que una comunidad civilizada pudiera concebir. Es ley, aunque su existencia reposa en una proteica decisión colectiva que tuvo nacimiento cuando todavía no había ley constitucional. Propios y extraños, luego, no podemos evitar vernos a menudo desbordados por la ambición ultranormativa del discurso constitucional, que no puede desconocer esta doble naturaleza.

No huelga decir que el término Constitución siempre nos sitúa ante una instancia inapelable de atribución pública-estatal de autoridad y de reconocimiento de libertades. Ciertamente, donde hubiera enunciados relativos a un orden constitucional, en su reconocimiento, además, intuimos que las más exigentes condiciones de validez y legitimidad han sido tenidas en cuenta al momento de su sanción. La Constitución y (lo) constitucional, no cabe duda, son términos que no pueden evitar llevar consigo una carga emotiva en cada acto de habla o en cada párrafo escrito que se invoque/n su/s predicado/s.

Conflictos, debates, interpretaciones y resistencias utilizados con, bajo y/o a partir del sustantivo Constitución (o apareado con el adjetivo constitucional), han ido configurando un amasijo polisémico de ideas y categorías retóricamente prestigiosas. Eso pasa en todas partes, en distintos idiomas y en ámbitos político-culturales muy diversos. Si en términos jurídicos, políticos y filosóficos ello ha sido posible; si esto se aprecia dentro del lenguaje coloquial, precisamente; todo ello es así, porque los usos lingüísticos y la carga informativa del lenguaje técnico político-constitucional ha logrado crear un vínculo robusto entre las normas constitucionales que crean condiciones para el autogobierno y las prácticas jurídicas que custodian los derechos que la misma Constitución consagra.

Los inevitables problemas de interpretación constitucional, sin embargo, difícilmente van a ser superados por defecto de las mejores teorías interpretativas. Las discrepancias y los desacuerdos son inexorables. Y ello es así, precisamente, porque el conocimiento constitucional se desarrolla dentro de un universo lingüístico abierto. Esto, de paso, supone también que el significado y la latitud de los valores, los principios y las reglas constitucionales siempre van a estar sometidos a condiciones de potencial indeterminación, vaguedad denotativa y manipulación semántica.

La valoración y sofisticación técnico-discursiva de los expertos, por otro lado —y por diversas razones—, puede traer más oscuridad que respuestas esclarecedoras.³⁶ A veces por defectos de la norma interpretada; a veces por simple porfía interpretativa. Más allá de eso, aquí hay algo simple a destacar. Y esto que ni los eruditos dictámenes de expertos ni la sofisticación de la disciplina constitucional pueden detener la irrupción y la multiplicación de problemas anejos, de nuevas prioridades, y también, de la consolidación de nuevos desacuerdos relevantes en materia de interpretación constitucional. Ciertamente, además, siempre quedan las discrepancias por defectos de diseño; quedan los casos difíciles; queda la mala fe de quienes manipulan el significado y valor de una Constitución. El reconocimiento técnico de esos desacuerdos por la disciplina constitucional, no obstante, y, a menudo, suele consolidar un registro histórico-práctico donde muchos desacuerdos absurdos o estériles logran ser eliminados.

En resumidas cuentas, no existe un modelo ideal de Constitución. La forma de la Constitución es una e inalterable aun cuando no existe un modelo ideal. En otras palabras, no hay una dimensión platónica desde donde se puedan extraer los contenidos materiales idóneos que permitan asegurar óptimos de libertad y de derechos. Tampoco hay un modelo ideal desde

³⁶ Sobre esta categoría repasar referencia nota 16.

donde podamos asegurarnos arreglos institucionales para maximizar la eficiencia, el equilibrio y el control de los poderes del Estado. Haya o no haya una reforma o un “momento constitucional”, en rigor de verdad, los valores, las creencias y muchos intereses afincados en la Constitución, no pueden evitar la disputa agonal por mantener o ganar existencia. Cualquiera que sea la forma de resolver tales disputas por medios de acuerdos, negociación y/o cambio, lo único seguro es que la forma siempre será una sola. No lo serán sus contenidos, que inevitablemente mudan en el tiempo.

A. La Constitución desde un punto de vista formal

Un sistema jurídico, es sabido, supone un conjunto de normas válidas cuyos criterios de producción y pertenencia, de una manera u otra, dependen de la Constitución.³⁷ Luego, si una norma jurídica pertenece a un orden constitucional, ello es así porque ésta ha logrado superar dos condiciones esenciales. Por un lado, porque la norma ha sido creada, sancionada o incorporada por un procedimiento preestablecido por la Constitución, y, por el otro, porque su contenido no resulta incompatible con la misma Constitución o con ninguna otra norma de mayor jerarquía.

De manera que ha sido la forma de la Constitución —categoría ésta cuya ecuación no equivale a la sumatoria de todos los contenidos materiales de la misma—, el factor epistémico que ha permitido conocer cuándo una norma (nx) es verdaderamente constitucional (o perteneciente a la Constitución A). Esto es lo que quiero subrayar. Más allá del *locus* normativo o de toda etiqueta, entonces, es por el carácter formal de la Constitución que cualquier observador atento está en condiciones de afirmar que (nx) es una previsión compatible con la Constitución A. Y más importante aún, es por el carácter formal que singulariza a toda Constitución, que resulta posible inferir también otra serie de conocimientos adicionales. Por ejemplo, es posible saber a ciencia cierta que, contrariamente, la norma (ny) o bien no está incorporada dentro de la supremacía constitucional, o bien, si lo estuviera, se trata empero de una norma que no está vigente dentro del sistema jurídico ordenado por la Constitución A.

³⁷ Escribe Otto Pfersmann: “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, núm. 27, 1995, pp. 69-113.

La tarea dogmática y/o teórica de dar claridad a los contenidos comprendidos bajo el concepto de Constitución sólo puede ser intentada en la singularidad de cada Constitución. Ahora bien, tales contenidos son ase- quibles y deben ser entendidos como tales, si y sólo si, en tanto tales, los mismos pudieren estar acreditados como pertenecientes a ese sistema. En otras palabras, es necesario contar con una *scientia a priori* cuya amplitud perceptiva permita abrirse camino hacia la aprehensión universal de todos los entes susceptibles de ser atrapados dentro del concepto de Constitución. Por la forma, entonces, esta certeza se vuelve plausible. Es la forma de la Constitución la condición necesaria y suficiente que permite la precom- prensión ontológica de todos los entes ideales que reconocemos como Con- stitución. Y así, en tanto valores, principios y reglas dotados de supremacía, todo conjunto de normas concretas mentadas como pertenecientes al orden constitucional, en definitiva, deben ser entendidas como normas singulares que comparten una única forma.

Lo que el lenguaje técnico constitucional permite transmitir no es otra cosa que la confirmación del sentido semántico de ciertas formaciones dis- cursivas que históricamente han venido dando cuenta de un objeto cultural ideal básico llamado Constitución, un objeto cultural ideal que está definido por un complejo dispositivo de prácticas político-normativas diseñadas para la convivencia civilizada. Lo que el vocabulario constitucional patentiza, en consecuencia, es ese vínculo discursivo que refleja la relación entre el carác- ter formal del objeto llamado Constitución con todas las variaciones mate- riales que especifican un registro lingüístico de posibilidades antes inciertas. Pero, claro, ante cada potencial incertidumbre, discrepancia o vaguedad denotativa, ese carácter formal de la Constitución es lo único que permite abandonar toda confusión.

Vale decir, aquí sucede algo notable. Lo que pretendo hacer notar es que no es por su contenido ni por la carga de justicia ni por razones nor- mativas o teleológicas; tampoco, ni mucho menos lo es por algún capricho teórico que se nos pueda ocurrir que un cuerpo normativo que denomi- namos Constitución, en rigor de verdad, puede efectivamente llegar a ser Constitución. No es así. Muy por el contrario, es algo más elemental lo que en verdad permite tener un saber justificado en materia constitucional. Sólo por la forma es posible saber que algo que dice ser Constitución es en reali- dad una Constitución. De modo que, por *default*, la “forma” resulta “forma constitucional” cuando ésta exhibe la capacidad de revelarnos cuál ente normativo es en verdad el objeto Constitución (por ejemplo, la Constitución A). Cuando dentro un sistema complejo de normas, una norma en particu-

lar se postula —y se instala— eminente entre todas; cuando al interior de dicho sistema, un cuerpo ordenado de reglas específicas organiza el poder, entonces, ese cuerpo de normas definitivamente es Constitución.

De modo que si la mejor manera de definir formalmente lo que es una Constitución pudiéramos sintetizarlo *como norma que da el conocimiento sobre cómo se hacen todas las normas* de un orden constitucional determinado, la noción de “fuente” del derecho, como es obvio, pasa a ser un elemento fundamental en todo proceso de esclarecimiento y conocimiento normativo constitucional. Esta idea, dicho sea de paso, permite identificar todas las instituciones, los actos y procedimientos por los cuales se realiza la producción de normas en cualquier sistema jurídico. Cuando exista pluralidad de fuentes, tal como nos lo propone el orden constitucional argentino luego de la reforma de 1994, potenciales conflictos de derechos de diversa estirpe, es pleno, han de ser inevitables consecuencias en el tiempo.³⁸

En efecto, el orden constitucional argentino, efectivamente, ha conferido (máxima) jerarquía a los tratados internacionales de derechos humanos que fueron incorporados al sistema, o bien por la convención constituyente de 1994, o aquellos otros que ingresen por el procedimiento legislativo que la misma Constitución regula para el futuro. También se han establecido algunas vagas pautas interpretativas en el artículo 75, inc. 22, CA. En síntesis, no obstante contarse con reglas y criterios específicos, la adjudicación de derechos no ha podido evitar precipitar algunos conflictos que denotan la contingente incompatibilidad por el polimorfismo de fuentes. Por ejemplo, nótese el conocido caso “Ministerio de Relaciones Exteriores o caso Fontevicchia D’Amico”.³⁹

Ahora bien, más allá de eso, aquí hay algo muy interesante. Lo que es importante notar aquí es que por defecto del “carácter formal” de la propia Constitución, ninguna de las fuentes complementarias en eventual competencia tiene una prevalencia segura. Y ciertamente, esta circunstancia no debe desorientarnos. En términos formales —no materiales—, la Constitución nunca puede resignar su máxima eminencia dentro del orden doméstico. En todo sistema jurídico complejo, la validez de sus fundamentos de apertura hacia otros sistemas, en rigor de verdad, nunca puede estar alojada

³⁸ Está claro que, por definición, el concepto de “fuente” no admite la gradación jerárquica o subordinación de las mismas. Es simple: no hay jerarquía entre fuentes. *Cfr.* Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes del orden constitucional chileno*, Santiago de Chile, Thompson Reuters, 2016, p. 12.

³⁹ En este punto, vinculada con la Corte Interamericana de Derechos humanos, se resalta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 14 de febrero de 2017 (causa “Ministerio de Relaciones Exteriores s/informe”).

por fuera del sistema de base. Ello es así, precisamente, porque sólo esta alternativa ascendente ha permitido en la práctica la apertura y convivencia de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos con plena vigencia en el orden constitucional doméstico. Correctamente nos lo indica Otto Pfersmann, por otro lado, la llamada “ficción recursiva de validez”, en términos argumentativos, puede ser una alternativa fundacional sensata que sin embargo requiere dicha eminencia a partir del fenómeno constitucional que le antecede.⁴⁰ A guisa de conclusión, entonces, a caballo de esta ficción, el carácter formal del derecho constitucional es una categoría que ayuda a entender y reforzar este razonamiento.

B. Aspectos materiales de la Constitución y la condición de supremacía

A propósito de los usos lingüísticos que aluden —o reconocen— diversas clases de Constituciones, una vieja distinción conceptual distinguía entre Constitución formal y Constitución material. La primera, se señalaba, se encuentra condensada en el texto escrito; por lo general en un cuerpo codificado. La segunda, en cambio, informa de las normas positivamente incorporadas (o no) que efectivamente tienen vigencia dentro un dominio territorial determinado.⁴¹ Está claro, entonces, que ese alcance denotativo del concepto “formal” así expresado, apenas si guarda relación con el ca-

⁴⁰ Explicando la llamada tesis de la “recursividad interna”, con precisión, Otto Pfersmann sostiene: “no puede haber ninguna norma jurídica que pueda ser el fundamento de la constitución. Si hubiera tal norma, entonces, simplemente sería esta 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”. Cfr. Pfersmann, Otto, “Cinco tesis sobre el fundamento de la Constitución”, en Riberi, Pablo (ed.), *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 7.

⁴¹ En este punto, ha sido pedagógicamente reveladora la prolija taxonomía elaborada por Germán Bidart Campos, quien supo claramente diferenciar “tipologías” y “clases” de Constitución. Mientras las primeras dan cuenta del sustrato teórico, ideológico-normativo de las cartas fundamentales, las segundas nos revelan sus características externas. De tal suerte, por un lado, Bidart Campos distingue Constituciones del tipo racional-normativo, historicista y también sociológicas. Por otro lado, entre varias clases, el autor reconoce la diferencia entre Constitución formal, por oposición a la Constitución material. Textualmente dice al respecto: “la Constitución formal (escrita o codificada), se caracteriza por la reunión sistemática de las normas reunidas en un cuerpo unificado”. Con relación a la Constitución material, sostiene: “es la vigente y real en la dimensión sociológica del tiempo real, como modo y estructura de ordenación de un régimen”. Cfr. Bidart Campos, Germán, *Derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, 1988, p. 52. Para abundar respecto a las diferencias entre las mencionadas tipologías sigue siendo muy esclarecedor el análisis meticuloso que ensaya

rácter formal que hemos estado investigando. Mientras el carácter formal de la Constitución, precisamente, es utilizado expansivamente como recurso epistémico para identificar la genealogía constitucional de toda norma —escrita o no escrita, codificada o no codificada—; el concepto de Constitución formal, por el contrario, es un concepto limitante que, contrariamente, reduce el campo semántico de todas las posibles normas constitucionales para circunscribirse sólo a aquellas que están efectivamente integradas dentro del texto (o textos) escrito/s Constitución. Tal como se ha remarcado páginas atrás, es que el carácter formal, curiosamente, es la vía directa para llegar a reconocer la Constitución material.

A contramano de la Constitución formal (al libro o conjunto de reconocidos textos constitucionales escritos), el contenido material de una Constitución es utilizado para mentar un universo normativo en condiciones más comprensivas y prácticas. Por Constitución material, entonces, se entiende no sólo el conjunto total de reglas, principios y valores que efectivamente integran el plexo positivo textual vigente, sino también a todo el conjunto de prácticas y comportamientos que van definiendo el comportamiento constitucional real del poder. Lo relevante y curioso de esta idea es que, más allá de la voluntad del poder constituyente, por encima del intérprete o del ejecutor de las normas derivadas, tal conjunto de prácticas impuestas como obligatorias, por simple facticidad, son prácticas que están formando parte de la concreta vida constitucional de la comunidad política involucrada. Ése es el misterio que intenta resolver el concepto de Constitución material. Vale decir, la consolidación de esta taxonomía y vocabulario, el desarrollo de estos usos lingüísticos para distinguir la Constitución formal y material, en el tiempo, han propiciado un misterio o antagonismo en la prevalente mirada del observador.

En efecto, aquí hay un aspecto interesante que merece atención. Me refiero a que supremacía y Constitución —no pueden evitarlo—, por definición, son *formalmente* categorías inseparables. No son reversibles, pero sí son inseparables. Supremacía y Constitución, por otro lado, son además elementos esenciales para la acreditación del fenómeno constitucional. ¿Por qué? Lo son porque sin supremacía, ciertamente, no es posible asegurar la potencia ordenadora ni la cualidad paradigmática que necesariamente distingue a todo orden constitucional. Y esto es, ciertamente, es también un *factum*. Sin supremacía, además, no nos sería posible justificar la aplicación jerárquica de normas ni sería posible concebir el control de constitucionalidad. Por

García Pelayo. Véase García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1957, pp. 33-53.

definición, luego, la supremacía es una cualidad esencial que necesariamente tiene toda Constitución. Y es por eso, precisamente, que la supremacía es un elemento por el cual la eminencia de la Constitución siempre ha de materializarse tanto normativa como fácticamente. No podría ser de otro modo. Ello siempre es así. Lo es aun cuando pudiera darse el caso de que, en tanto predicado normativo, fuera posible empero adjudicar esta cualidad a otras normas que no fueran estrictamente Constitución.

Pues bien, más allá del texto, entonces, esa materialidad de la Constitución, en rigor de verdad, sólo está registrada en el conjunto concreto de prácticas y comportamientos que aseguran el efectivo acatamiento de la ley fundamental. La supremacía, luego, es a las normas vigentes lo que la soberanía es al poder. Y si la soberanía es una cualidad excelsa y singular de cierto poder que no se rinde ni se somete a ningún ímpetu exógeno, la supremacía, a su turno, es una cualidad de cierto tipo de normas que se muestran normativamente discretas y cimeras; siempre por encima de otras normas que se hallan en posición de subordinación.

De modo que, resignificándose, leyes y tratados internacionales a los que se les pudiera haber concedido tal superlativa jerarquía, sin duda, trátase de leyes y tratados que nunca pueden competir ni pueden tampoco desafiar la eminencia de la carta magna que les ha habilitado tan peraltada estatura normativa. El razonamiento es simple: degradada o menoscabada la supremacía de la Constitución que habilita la apertura del derecho interno al derecho internacional, queda inexorablemente también degradada la fuente de validez de dicha apertura. La apertura que tienen algunos órdenes constitucionales —como es el caso de la Constitución argentina: artículo 75, inc. 22—, lejos de ello, lo que en realidad está propiciando es el robustecimiento del carácter normativo fundamental de todo el orden protector de derechos. En pocas palabras, trátase de un mecanismo de diseño que, dicho sea de paso, nos permite verificar cómo el carácter formal puede ser también un elemento que define y multiplica la práctica tutelar de derechos humanos por medio de la habilitación de complementarias jurisdicciones y garantías.

La idea de supremacía, por otro lado, sirve para convalidar la jactancia que distingue al constituyente y a los actores políticos procelosamente comprometidos en aumentar y/o fortalecer la vigencia de los derechos humanos. Más allá de ello, no siempre sucede que el mundo normativo pensado por el constituyente se ve confirmado por medio de prácticas homogéneas de parte de autoridad, operadores del derecho, e individuos en general.

Más genéricamente, entonces, la supremacía puede ser vista como corolario derivado del carácter formal de la Constitución. Lo es aun cuando

se trate de un *non-sequitur* de su invocación. La utilización del concepto material de Constitución, ciertamente, suele ser utilizado también para poner a prueba el alineamiento de las prácticas concretas por correspondencia u oposición a las prescripciones del texto constitucional. Y aquí conviene aclarar algo interesante. Dado que sólo las normas efectivamente vigentes pueden ser parte de la Constitución material, es pleno que todas las normas sin vigencia —incluso las que se mantuvieron escritas en el texto constitucional— son normas que ya no gozan de supremacía.

La Constitución material, por lo tanto, está determinada por el saldo objetivo de observaciones registradas del fenómeno constitucional. La misma Constitución, por otro lado, se consolida por medio de prácticas e interpretaciones repetidas y homogéneas. Aceptando el uso corriente de la expresión, luego, la categoría “Constitución material” comprende en primer lugar a todas aquellas normas que exhiben la capacidad efectiva de organizar el poder, normas, en última instancia, que permiten discernir no sólo atribuciones y competencias de los poderes superiores del Estado, sino también a aquellas otras previsiones que aluden los derechos efectivamente vigentes. Por tal motivo, el concepto material de Constitución es una categoría imprescindible. Lo es en tanto ella permite una necesaria ampliación del foco de observación.

De manera que el concepto material de Constitución permite identificar aquellas reglas, prácticas y usos que, integrando —o no— el código constitucional escrito, condensan las normas fundamentales que regulan el orden establecido. Su mención permite reconocer el conjunto de todas las normas constitucionales efectivamente activas: aquellas que están en la Constitución formal y aquellas otras que, aun no estándolo de manera expresa, de todos modos, están gobernando un universo subordinado de normas obviamente infraconstitucionales.

El concepto material de Constitución, en pocas palabras, se edifica sobre una sutil sustracción y adición de diferencias respecto a la Constitución formal. La Constitución material es una categoría útil que, entre otras cosas, permite discernir un mapa dinámico de jerárquicas normativas. Lo interesante es que estas operaciones son realizadas —y pueden ser comunicadas— apelando a un conjunto de enunciados susceptibles de apreciación empírica. Y, de tal suerte, el coherente uso lingüístico del concepto permite al observador atento apreciar de paso otra serie derivada de certezas sociológicas complementarias.

La observación del fenómeno constitucional, de tal suerte, permite notar cómo al interior del viejo concepto de supremacía hoy pueden reconocerse nuevos pliegues y nuevas relaciones intraordinadas. En efecto, luego

de la reforma constitucional de 1994, en el caso argentino, por ejemplo, asoman nuevas “jerarquías” definidas por el legislador constituyente. La nueva analítica de jerarquías, de tal manera, ha estabilizado la incorporación de normas internacionales bajo el manto atávico del concepto de supremacía antes aludido. En efecto, si se analiza con detenimiento el texto del artículo 75, inc. 22 de la Constitución argentina, es posible notar cómo esta noción de “jerarquía” está complementando el concepto de supremacía que ya había sido establecido por el artículo 31 de la Constitución histórica argentina. Naturalmente, la mencionada modificación en la Constitución formal ha tenido un impacto reflejo en la Constitución material. En resumidas cuentas, en materia interpretativa, la citada noción de “jerarquía constitucional” —en función de la Constitución material—, sin lugar a duda, es una categoría esencial que ha robustecido los mecanismos de protección de los derechos humanos.

En rigor de verdad, es relevante notar que toda norma constitucional, por construcción, debe ser necesariamente suprema. Conforme se desprendería de las características reseñadas renglones arriba, empero, esta condición no es reversible. Vale decir, no toda norma que goce de supremacía es ella misma Constitución. Si la idea de supremacía, por cierto, está sustancialmente incardinada al concepto de Constitución, la pregunta ineludible es por qué la misma opera en una única dirección. ¿Cómo explicar mejor esta relación? Pues bien, según lo dicho, ello es así porque amén de las normas de la Constitución formal que operan directamente, la autoridad normativa de la misma Constitución —como sucede en el orden constitucional argentino y en todo orden constitucional exitoso—, es la única capaz de ampliar el espectro de normas con tal peraltada estatura. No sucede a la inversa.

En consecuencia, sobre este punto es importante advertir otro dato relevante. La supremacía es una categoría esencial no sólo en términos teóricos, sino también porque la misma tiene una gravitante conexión práctica. En efecto, esa calidad permite individualizar el código genético-normativo del orden constitucional en trato. Tal calidad revela la pertenencia (o no) de una norma bajo análisis al selecto núcleo de todas las normas cimeras que gobiernan el orden jurídico de referencia.

De manera que resulta conveniente estar atentos al concepto de supremacía tanto en sus pliegues internos —con sus jerarquías— como con relación al vínculo de ésta con el concepto formal de Constitución. De todos modos, dentro del zenith de supremacía, frente a la gradación de jerarquías preestablecidas, todo observador puede encontrarse con que muchas de esas normas pueden estar desplazadas, asimiladas y/o subordinadas por defecto

de renovados ciclos materiales de disputa. Ahora bien, tal como lo destaca la misma Constitución argentina —por caso, cualquiera que sea la hipótesis—, aquí es necesario apreciar algo incommovible. Y esto es que, al interior de la supremacía, las normas de la Constitución formal deben necesariamente estar siempre interpretadas como tales. Vale decir, tautológicamente, como normas que gozan de supremacía por ser normas constitucionales.⁴² El concepto de Constitución material, empero, permite advertir quién/quienes se está/n apartando y quién/quienes está/n trazando los nuevos confines de una línea asintótica de fronteras competenciales que no puede contener cierta inestabilidad.

Si esto fuera correcto, la relación entre Constitución formal y Constitución material reposa sobre enunciados donde la verificación, adaptación y/o sustitución de reglas (y principios) es también objeto de disputa. Sea como fuere, es importante advertir que este tipo de juicios sólo tienen sentido en la medida en que el observador se encuentre dispuesto a articular ambos campos semánticos. Vale decir, el concepto material de Constitución sólo es concebible en la medida en que el mismo puede estar confrontado con el concepto formal de Constitución, y viceversa. Conforme lo expuesto, entonces, ambas categorías confluyen al interior de una matriz cuyas celdas raramente coinciden, una matriz donde los términos normativos en cotejo sólo contingentemente encuentran idéntico significado.

Desde el punto de vista teórico, por otro lado, se vuelve interesante prestar atención a un incidente poco preciso, a veces confuso. Me refiero a un aspecto muy singular de la teoría constitucional. En términos metodológicos, resulta curioso que el concepto formal de Constitución, extrañamente, pocas veces es utilizado para el reconocimiento de su propia autoridad. Esto suele causar confusión, incluso al experto. Amén del texto escrito, por oposición al saldo especulativo de sus diferencias o adiciones relativas con respecto a la Constitución material, el concepto “Constitución formal”, en

⁴² Las pautas interpretativas establecidas justo a la apertura irrestricta del orden tutelar de los derechos humanos por parte de la Constitución argentina, de algún modo, ha provocado cierto grado de desorientación y críticas de algún sector de la academia. A través de un procedimiento preestablecido —artículo 75, inc. 22 de la Constitución—, el Congreso de la Nación Argentina puede decidir la incorporación ilimitada de nuevos tratados de derechos humanos al orden interno. Tal habilitación, luego, suele ser impugnada acusando un argumento evidente. Dada la “máxima jerarquía” que la carta magna otorga a este tipo de tratados, en paridad con la misma Constitución, es inevitable, la misma trae consigo la afectación de la consagrada “rigidez” constitucional sellada mediante rigurosos mecanismos regulados en el artículo 30 CA. Vale decir, por un procedimiento diverso al establecido y por voluntad de un poder constituido, luego de la reforma de 1994, se ha vuelto posible la alteración de la parte dogmática, aunque también ello puede impactar la parte orgánica de la Constitución.

términos de teoría constitucional, es especialmente relevante para el reconocimiento del orden textual legado por la voluntad legítima del órgano constituyente. Y, dicho sea de paso, en esta referencia es posible notar aquí cómo el carácter formal de la Constitución y el concepto formal de Constitución, tal vez, puedan encontrar algún punto de contacto.

Por último, en los casos pertinentes, desde el punto de vista de la teoría del Estado —y desde el punto de vista de la interpretación constitucional—, siempre resulta fundamental la identificación oportuna del cuerpo positivo de normas en práctica. Ello resulta imprescindible. Por eso, ciertamente, el conocimiento de la Constitución no puede tener otro punto de partida más confiable que no sea el contenido textual que alguna vez fue establecido por el legislador constituyente. Vale decir, no podemos olvidar el carácter normativo de la misma Constitución. Para comprender el derecho constitucional, en pocas palabras, es imprescindible conocer la Constitución formal.

IV. LA FORMA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL POLIMORFISMO DE FUENTES

De modo que las preguntas centrales siguen siendo ¿cómo alcanzar conocimiento cierto en materia constitucional?, ¿cómo establecer creencias justificadas sobre derechos constitucionales? O, más en concreto, ¿existe acaso un criterio idóneo por medio del cual el cuerpo de reglas, principios, valores y toda práctica asociada al objeto Constitución puede llegar a ser efectivamente individualizado como perteneciente a tal objeto? Si pensamos en claves aristotélicas, *a priori*, no debiera haber contenido ni materia diferenciada por fuera del marco político que ha dado nacimiento al fenómeno constitucional. Sin embargo, el conocimiento del mundo de los entes ideales pareciera estar atrapado dentro de una mecánica nominalista que el entendimiento asociativo suele expandir o restringir caprichosamente. Pues bien, para evitar estas arbitrarias operaciones, la “forma” nos otorga un criterio fidedigno que despeja esa inseguridad primaria. Porque, claro, recuérdese, precisamente, que *la forma es lo que hace que una cosa sea lo que es*.⁴³

Por la forma, entonces, un objeto “x” debe ser identificado como tal (y no como objeto “z”). La diversidad de la materia, entiéndase, se materializa por medio de la forma de los diversos entes que, por caso, nos permite

⁴³ Para mejor comprender el sentido de este enunciado, conviene repasar el pensamiento de Aristóteles en la materia. Para abundar, véase nota a pie 18.

inferir que como madera llegó a ser silla, mesa, puerta o barco. Y lo mismo sucede con objetos culturales como la Constitución. En consecuencia, y en este entendimiento, dentro del universo posible de normas, resulta evidente que es la forma de la Constitución lo que permite individualizarla como norma primera, como norma fundante. De entre todas las normas —con supremacía o sin ella—, la Constitución exhibe una naturaleza o un conjunto de caracteres relevantes que le son singulares. No es ordenanza, decreto, o simple ley, claro está. Más allá del contenido concreto, luego, es por su forma que cualquier Constitución puede ser distinguida en tanto Constitución.

Si esto fuera correcto, el discernimiento de su forma es fundamental. No puede ser por prepotencia retórica que un conjunto de preceptos legales autoproclamados como constitucionales tengan que ser ciegamente reivindicados como normas constitucionales. Eso sería un error. Porque más allá de su apariencia o dimensión autoritativa específica, en rigor de verdad, sólo algunas pocas normas tienen caladura suficiente como para ser reconocidas como normas constitucionales. Y si esto fuera correcto, entonces, otra pregunta adquiere especial significación. Esta es: ¿existen características o notas empíricas relevantes que habilitan distinguir a una norma o un conjunto de normas como constitucionales?

Pues bien, para responder este interrogante es conveniente transitar un camino lateral de pensamiento. Y ello es así porque previamente hay que reflexionar sobre la probable conexión entre las posibilidades prácticas de la observación con relación a una supuesta ontología sin referentes empíricos singulares. Si tal intuición fuera plausible, entonces, el conocimiento justificado necesitaría respaldarse en los resultados de la observación aplicados a un amplio espectro de registro, digámosle constitucionales.

Quizá por eso, más allá de los resultados observacionales concretos, todo observador atento debe necesariamente comprender el objeto Constitución más allá de la sumatoria de casos individuales conocidos. La naturaleza política con la que se inculca la legitimidad fundamental que toda norma fundamental, luego, precisa reparar también en las circunstancias históricas que han rodeado la creación y aplicación de sus preceptos. Para un cabal conocimiento constitucional, es importante acceder a toda la pléyade de razones negociadas y disputadas que han ido moldeando su contenido. Ahora bien, en ningún caso es admisible soslayar el cuerpo de valores y principios que han dominado la construcción de su sentido. Tanto cuestiones de diseño como aspectos vinculados al llamado *ethos* constitucional, entonces, conforman una única esfera que combina dos hemisferios complementarios. En resumidas cuentas: la eminencia de lo constitucional se percibe por la

“forma”. Ello necesariamente es así aun cuando el valor de sus preceptos excede la importancia otorgada en el proceso desiderativo previo.

En consecuencia, tanto la naturaleza histórica de su creación como las condiciones prácticas de su vigencia material forman los cimientos donde se asienta la vida constitucional de toda comunidad política civilizada. Si tal naturaleza histórico-política fuera un hecho consciente, en términos de autogobierno, resulta entonces sensato distinguir el conjunto específico de conquistas y jalones constitucionales que dan legitimidad al orden político-institucional de referencia.

En un eventual conflicto de normas, claro es, no puede haber ningún orden o sistema jurídico integrado que pudiera ser superior a la Constitución. Naturalmente, desde el punto de vista interno, tampoco es posible que haya otras normas competitivas que pudieran prevalecer por encima de la Constitución. Las normas morales o de cualquier otra índole, por otro lado, no gozan de autoridad específica como para solapar sus prescripciones sobre aquellos verbos regulados por el orden constitucional de base. En pocas palabras, no es imaginable otra dimensión normativa alternativa que pudiera siquiera aportar razones complementarias que refuercen el deber de obediencia a la Constitución. Con relación a ciertas normas del derecho internacional, sin embargo, desde el punto de vista interno —mucho más desde el punto de vista externo y/o desde el monismo jurídico—, es factible pensar que la misma Constitución pudiera darle eminencia.

De todos modos, aun así, el estatus jurídico de tales normas depende del orden doméstico que ha permitido tal habilitación. Esto es, su validez es *ex nunc* mientras no haya denuncia en contra del tratado. Lo que esto quiere decir es que, en tanto reglas o preceptos integrados a un orden constitucional —o a lo que algunos llaman “bloque de constitucionalidad”—, tales normas provenientes de otras fuentes o sistemas normativos concomitantes van a mantener su obligatoriedad a nivel doméstico sólo en tanto y en cuanto éstas —una vez incorporadas— no sean luego denunciadas por los órganos competentes del sistema político-jurídico habilitante.

Está claro que todos los enunciados contenidos por la Constitución han sido hechos para ser obedecidos por todos los miembros de la comunidad política involucrada. Y, en este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos —con las convenciones internacionales de derechos humanos— debe aceptar compartir su eminencia con el orden doméstico constitucional que ha admitido la ampliación de fuentes y/o los circuitos alternativos de tutela.

De manera tal que, desde el punto de vista interno, por el solo hecho de ser constitucionales, las normas involucradas deben siempre ser normas

respetadas. Sin excusas. El operador del derecho debe saber que no hay razón de contenido material excluyente ni razón justificatoria —ni derogatoria posible— que sea legítimamente capaz de hacer prevalecer otra norma alternativa en detrimento del orden constitucional. Y lo mismo sucede a la inversa. Sea en el orden internacional de los derechos humanos —o en el orden doméstico—, por más valiosa y sensata que fuere, ninguna norma proveniente de un sistema integrado puede ser aplicada para desplazar a otra norma pertinente del orden habilitante. Es posible de todos modos que, dentro de marcos interpretativos complejos y en contextos de aplicación abiertos, se multiplique la posibilidad de casos difíciles. En efecto, tal como sucede en países como Argentina o Bolivia, es posible que algunos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos estén dotados de máxima jerarquía —y, obviamente, supremacía— por la misma Constitución. Pero atención, que quede claro que esta proliferación de fuentes —e instrumentos protectorios— es posible, precisamente, porque el carácter formal de la Constitución así lo ha permitido.

De manera que sólo unas pocas normas llegan a ser efectivamente normas constitucionales. Y en cuanto tales, de tal suerte, éstas operan al interior de un microuniverso de tutela de derechos, que en algunos casos puede estar integrado dentro de un pluriverso mayor de protecciones concomitantes. Vale decir, se trata de normas que están integradas dentro de un orden jurídico polimórfico con pluralidad de fuentes y mecanismos tutelares alternativos sin subordinación ni rivalidades de antemano resueltas.

La voz “derecho constitucional” siempre está refiriendo a un conjunto selecto de normas que operan dentro de un dispositivo llamado Constitución.⁴⁴ En particular, lo constitucional de los derechos, en consecuencia, define autoritativamente la prevalencia retórica de algunos contenidos normativos que, sin más remedio, están llamados a lidiar con otras tantas pretensiones competitivas que restringen o socaban la latitud de los derechos humanos. La vigencia de los derechos, en gran medida, depende de una reglamentación razonable y un eficaz/eficiente compromiso de los órganos del Estado democrático-constitucional para hacerlos respetar. De algún modo, la misma depende también de la prudente interpretación que hiciera el Poder Judicial y demás órganos encargados de aplicar las Constitución y todas las normas del sistema jurídico involucrado.

Aceptada la raíz genealógica de lo constitucional, entonces, es posible notar la especial legitimidad político-jurídica que dicho adjetivo propicia.

⁴⁴ Riberi, Pablo, “Qué (no) son los derechos constitucionales”, en Rivera, Julio; Grosman, Lucas; Elías, Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014.

Ahora bien, es cierto que otras normas integradas al orden constitucional, aun sin formar parte del texto, pueden de todos modos gozar también de esta peraltada cualidad. El polimorfismo de fuentes que caracteriza la protección de derechos humanos en varios sistemas jurídicos modernos, en este sentido, plantea una serie de desafíos e interrogantes prácticos a los cuales hay que brindarles máxima atención. Aquí es importante notar algo básico. Los modelos pluridimensionales integrados de protección de los derechos humanos, en tanto estén propiciando la multiplicación de circuitos tutelares, a no dudarlo, han de lidiar con la posible erosión de algunos derechos sometidos a disputa intersistémica.

En consecuencia, el bidimensionalismo del sistema interamericano o el tridimensionalismo que tiene lugar en Europa, sin duda son hitos positivos en la lucha por la defensa de los derechos humanos. Pero atención, de ello no se sigue un salto cualitativo ni una simplificación en los mecanismos procesales de tutela efectiva. Estamos en un proceso en pleno desarrollo; un proceso dinámico que va mostrando episodios de complementación, resistencia y/o eventual conflicto entre todos los sistemas involucrados. Porque, claro, los sistemas normativos pueden adecuarse y/o complementarse sobre la base de relaciones de subsidiariedad y/o de subordinación de uno o varios subsistemas con respecto a otro dominante. Naturalmente, es posible que los sistemas puedan también vincularse en un pie de igualdad. Vale decir, en un mismo plano sin hegemonías. Y si este fuera el caso, con relación a las prácticas interpretativas, es importante comprender la trascendencia político-constitucional que tiene la tarea de los jueces.⁴⁵ Por ejemplo, advertir cómo la “deferencia” o la doctrina del llamado “margen de apreciación” y/o de la llamada teoría de los “contralímites” pueden jugar un papel armonizador para el equilibrio entre los subsistemas.⁴⁶

⁴⁵ A propósito del supuesto diálogo interjurisdiccional en la doctrina judicial es apropiado analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en la saga de casos Taricco I y Taricco II, donde se desarrolla la tesis de los “contra-límites”. *Cfr.* Corte Constitucional italiana, orden del 23 de noviembre de 2016 no. 24/2017; sentencia del 10 de abril de 2018, no. 115/2018 ECJ, 8 de septiembre de 2015, Case C-105/14, Ivo Taricco y otros; 5 de diciembre de 2017, Caso C-42/17, M.A.S. y M.B. En esta misma tendencia, asimismo, tiene especial trascendencia el caso Solange II del Tribunal Constitucional alemán del 22 de octubre de 1986. *Cfr.* BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83. Asimismo, el más reciente fallo sobre aspectos financieros donde controvierte la Corte de Karlsruhe controvierte la postura de la Corte Europea de Justicia. *Cfr.* BVerfG Judgment of the second Senate, 5 de mayo de 2020 —2 BvR 859/15—, paras. 1-237.

⁴⁶ A propósito, véase CSJN, sentencia del 14 de febrero de 2017, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso «Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina» por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

La Constitución —si fuera democrática/republicana—, por otro lado, ostenta un ADN político que no puede admitir pretensión alguna de subordinación o delegación definitiva de competencias de ninguna índole. La Constitución democrática republicana reserva al pueblo soberano (o sus representantes directos) la decisión última en el tiempo de crear mecanismos institucionales que pudieran habilitar o inhibir la apertura y aplicación del derecho convencional. Aun cuando sea correcto pensar que de las credenciales de legitimidad político-democrática no se sigue la necesaria prevalencia normativa del orden constitucional doméstico —por encima del orden internacional convencional—, de esta premisa tampoco puede seguirse la tesis contraria. Más aún, es bastante débil la intuición monista que intenta integrar las relaciones recíprocas de los sistemas multidimensionales de protección de los derechos humanos, tal como si las mismas relaciones pudieran acomodarse conforme una gradiente mecánica donde los sistemas domésticos quedan irremediablemente subordinados. Los puntos de fricción y los conflictos potenciales en materia de aplicación de normas concurrentes en materia de derechos humanos, inevitablemente, demandan flexibilidad y altas dosis de prudencia en la inteligencia del intérprete. En síntesis, para robustecer la convivencia de múltiples circuitos integrados con el objetivo común de la protección de los derechos humanos, es en todos los casos necesario sostener la prevalencia formal del orden constitucional habilitante. Tal punto de partida constituye un requisito esencial para lograr la complementariedad de todos los sistemas integrados.

En resumidas cuentas, una comunidad política que ha logrado darse su propia Constitución, cuando tal poder político sea expresión democrática de la soberanía popular, está claro, tal poder soberano nunca puede admitir lealtades normativas desafiantes o puede aceptar subordinarse a otros centros competitivos de poder. La Constitución democrática siempre revela el rostro auténtico de la comunidad política que logra autogobernarse. Por eso, la Constitución habilita todas las instancias normativas posibles. Por lo tanto, no hay legado cultural o moral cosmopolita —ni agenda internacional— que pueda presumir de mayor autoridad que aquella que marcó la voluntad constitutiva primera.

Más allá de eso, el poder político que exhibe soberanía puede no obstante transferir o descentralizar competencias hacia órganos supranacionales que alguna vez nacieron por el consentimiento de los órganos, instituciones constitucionales constituidos en el Estado. Eso sí es posible. Lo que resulta inimaginable es que por vía de adhesión hacia sistemas internacionales de tutela de derechos o sobre un proceso de transferencia de competencias ha-

cia órganos supranacionales se pueda decretar el propio desmembramiento o se legitime la fractura y sometimiento irreversible del dominio constitucional que habilita ambas posibilidades. El poder soberano no puede fragmentarse, dividirse o enajenarse.⁴⁷ Tampoco puede voluntariamente mutilarse. La potencia seminal que su existencia entraña no puede degradarse en tanto mantenga tal cualidad.

Toda Constitución ha sido creada sobre la base de pactos y acuerdos que de tal suerte dan cuerpo a las aludidas decisiones políticas fundamentales. Eso es así. El involucramiento del orden constitucional con otros sistemas normativos; la integración del orden competencial del Estado con formaciones supraestatales, claramente, deben ser entendidos como expresión de esa aptitud soberana del orden concedente. Luego, sin la constancia de una voluntad política precisa en este sentido, naturalmente, no es posible justificar acoplamiento alguno. No hay otro modo.

La forma del preámbulo: el “precompromiso” y las decisiones políticas fundamentales

A esta altura del desarrollo, conviene retornar a una pregunta exigente. Ésta puede presentarse de la siguiente manera: ¿cómo nace la potencia —y de dónde surge la matriz autoritativa—, capaz de imprimir forma constitucional sólo a un grupo selecto de normas —y no a otras—? La respuesta, sin duda, desborda las posibilidades del lenguaje jurídico. Luego, para lidiar con este interrogante, inevitablemente, es importante insistir con algo básico ya destacado en el punto II.2. de este trabajo. Es necesario entender que el camino argumental debe ser coherente con los presupuestos de observación, y hay que respetar las lecciones de la historia constitucional.

En efecto, hay que advertir que la observación y la narrativa académica que da cuenta del fenómeno constitucional han revelado que, inexorablemente, los valores, los principios y las reglas de la Constitución, siempre, sin

⁴⁷ Desde el punto de vista republicano, es importante llamar la atención de un aspecto central en el pensamiento de Rousseau. En el llamado segundo discurso, Rousseau advierte que no se puede representar la soberanía del pueblo. Textualmente dice que (la) “volonté general” depends on peoples actual participation. He underscores: “La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu’elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point: elle est la même ou elle est autre; il n’y a point de milieu. Les députés du peuple ne son donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Tout loi que le peuple en personne n’a pas ratifiée es nulle; c’est ne point une loi”. Rousseau, Jean Jacques, *Du contract social*, F. Rieder et Cie Éditeurs, 1922, p. 71.

excepciones, se encuentran fraguados por una voluntad política inicial. El fenómeno se aprecia en su dimensión constitucional por defecto de una voluntad política que así lo ha determinado. Vale decir, nace en el vientre de un *locus* prejurídico donde lo político —que caracteriza ese poder— logra dar a luz al orden constitucional que luego regulará la vida colectiva de esa comunidad política. De manera que una decisión colectiva —de naturaleza política— debe haber preludiado la existencia del orden constitucional en ciernes.⁴⁸ Si el orden constitucional fuera democrático-republicano, es dable pensar que ha habido participación y consentimiento en libertad e igualdad; esto es, es dable intuir que el poder se organizó como una instancia anímica desiderativa de sujetos libres e iguales dispuestos a cooperar recíprocamente. La Constitución, así entendida, resulta claro, es el *opus magnum* del autogobierno de todo pueblo libre.

El preámbulo —que a su vez revela en su alocución el propio carácter “formal” respecto al articulado de la Constitución—, entonces, resulta manifestación plausible de esa voluntad colectiva que, seminalmente, se encarga de volver patente el momento exacto del alumbramiento constitucional. El enunciado apodíctico que remata la gran mayoría de los preámbulos, como un *fiat lux*, se nos revela el epítome que amalgama el nacimiento de la Constitución junto al Estado y al orden jurídico. Luego, la expresión autoritativa que “crea” o “sanciona” la Constitución, de algún modo, debiera comprendérsela como una fórmula retórica solapada con la decisión fundamental que ciertamente define también los objetivos y valores del orden constitucional alumbrado.

Más allá del catálogo de las creencias y compromisos ideológicos allí compilados, entonces, el sujeto colectivo que domina la declaración preambular (“Nosotros”, “Nos: el Pueblo” —o “los representantes del pueblo”—), es el auténtico protagonista en ejercicio de la proteica —y formidable— tarea de “ordenar”; “mandar” el cumplimiento del articulado de la Constitución y de todas las normas por ella habilitadas. Y muy importante, de paso, nos está informando qué contenidos, creencias, valores deben ser desarrollados materialmente a partir de esa instancia decisional de mandar, ordenar el cumplimiento de la norma básica Constitución. Más aún, esta misma voluntad ordenadora, autorreferencialmente, en un curioso plano de igualdad —integrándose al resto del articulado constitucional—, nos reseña cómo es el procedimiento y cuál será el órgano —Poder constituyente— que, eventualmente, estará habilitado para alternar el contenido material

⁴⁸ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, pp. 47, 48 y 137.

de la misma Constitución que contiene dicha regla por defecto del carácter formal del mismo preámbulo.⁴⁹

En países como Argentina, las normas constitucionales: las determinaciones sobre derechos y todas las normas elaboradas en torno al poder; esto es, todo el conjunto de valores, principios y reglas contenidos dentro de la norma fundamental, son constitucionales, precisamente, porque se encuentran en conexión directa con el preámbulo que así lo dispone. Lo que se quiere enfatizar es que todo el articulado de la Constitución tiene una legitimidad insuperable y eminente existencia normativa por una razón indisimulable. Ello es así porque el preámbulo se ha encargado de identificar dicha excepcionalidad normativa vinculando de manera directa a un rango limitado de normas con la decisión política fundamental que crea un orden constitucional exitoso.

Efectivamente, en tanto y en cuanto las normas y preceptos de un texto constitucional se encuentren formalmente atados a un acto anímico de expresión colectiva soberana del pueblo —o sus representantes más directos—, la validez de los preceptos constitucionales no puede desconocer la forja política que le ha dado autoridad y sentido. Es evidente, de tal suerte, que los enunciados del preámbulo deben ser interpretados como razones político-normativas que instan la obediencia a la Constitución. Más importante, ellos se nos revelan como la prueba textual que acredita la existencia histórica de una decisión colectiva soberana, “causa formal” que distingue a la Constitución como norma fundamental de todo el sistema jurídico.

Por otro lado, aquí se puede advertir otro elemento teórico cuya inteligencia tampoco admite distracciones. Estoy refiriéndome al llamado “precompromiso constitucional”, categoría ésta que sólo puede ser plausible si la Constitución es entendida como norma fundamental que ha sido forjada por una voluntad política colectiva que ha convalidado esa instancia previa. El precompromiso constitucional, además, opera como una categoría teórico-práctica que permite comprender las razones prudenciales y morales en virtud de las cuales la Constitución democrático-republicana necesariamente debe ser un objeto ideal que refleje el debate y la negocia-

⁴⁹ Esta cuestión tiene su ostensible complejidad teórica. A propósito de las normas autorreferenciales, son conocidas las reflexiones que han terminado rotulando lo que se conoce como “paradoja de Alf Ross”. Me refiero con ello a la observación del citado autor aludiendo al procedimiento de revisión establecido por el artículo 88 de la Constitución de Dinamarca de 1953. Asimismo, sugiero ver Alarcón Cabrera, “El *puzzle* constitucional de Ross en el marco teórico de las reglas constitutivas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1990, pp. 325-329.

ción de sujetos libres e iguales.⁵⁰ No es posible que esta idea pueda ser comprendida de otra manera. El carácter formal de la Constitución, en este sentido, resulta nuevamente una clave teórica fundamental. Lo es porque su aplicación permite justificar el sentido y valor del concepto de Constitución más allá de la calidad de los contenidos establecidos.

En consecuencia, esta reducción abstracta de toda diversidad de móviles y razones a la singularidad confirmatoria del instante previo a la creación del orden constitucional hace que el precompromiso pueda erigirse como una categoría analítica esencial en la teoría constitucional. Una ficción irremplazable.⁵¹ El precompromiso constitucional, de tal suerte, está instalado dentro de un eje temporo-espacial, una línea intangible que prelude la naturaleza normativa del objeto Constitución con la voluntad política que urge la creación y obediencia a la misma. Sobre la base de renunciaciones y promesas constitucionales, reconociendo un pasado común, una voluntad colectiva soberana, entonces, puede diseñar un futuro compartido a partir de la Constitución.

El llamado precompromiso constitucional, en consecuencia, es una expresión desiderativa compleja que revela una voluntad política en dos momentos esenciales. Dos instancias singulares, bien distintas entre sí. Por un lado, aquél asume una antesala conflictiva de eventos políticos donde se gesta la voluntad colectiva capaz de producir el objeto Constitución. Y, por otro lado, el mismo precompromiso propone un momento concreto donde esa voluntad refleja la decisión de los involucrados en aceptar la obligación política fundamental de obedecer la Constitución. El preámbulo nos acredita ambos momentos

De tal suerte, *ex nihilo*, el preámbulo constituye una manifestación seminal que permite reconocer en los hechos la aptitud política del sujeto colectivo pueblo —o de sus representantes más directos—. El llamado

⁵⁰ A propósito de la racionalidad imperfecta y la utilidad de esta categoría, es fundamental ver la metáfora de Ulises y la Sirena en los aportes seminales legados por Jon Elster. Elster, Jon, *Ulises y las sirenas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 66 y ss. Asimismo, son muy esclarecedoras las reflexiones de Stephen Holmes. Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Holmes, S. y Slagstad, R., *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 217 y ss.

⁵¹ Aun cuando el supuesto “precompromiso” constituye una ficción de naturaleza política, a propósito de esto, Daniel Mendoca aclara las notas esenciales que identifican este tipo de representaciones en el mundo del derecho. Diferenciándolas de las llamadas presunciones, aclara Mendonca: “...en el caso de la ficción se asume... una proposición que se sabe es falsa, mientras que en el caso de la presunción se asume una proposición que puede ser (y probablemente sea) verdadera”. Mendoca, Daniel, “Estudio preliminar”, en Mendoca, Daniel y Schmill, Ulises (comp.), *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, 2003, p. 16.

precompromiso, en este escenario, cumple su cometido cuando, efectivamente, los involucrados logran ponerse de acuerdo y alcanzan el objetivo constitucional. Mediante el precompromiso, además, sucede que la diversidad de intereses y ventajas relativas de los individuos quedan relegadas o desaparecen definitivamente. La concreción de la manda preambular, a decir verdad, permite notar cómo dichas preferencias, intereses y puntos de vista anteriores se han ido transformado y fundiéndose en una composición anímica y moral cualitativamente distinta. Lo que superficialmente puede verse como la sumatoria de impresiones, puntos de vista, intereses y creencias diferenciadas, en rigor de verdad, con la creación constitucional, pasa todo a ser otra cosa.

En síntesis, el precompromiso constitucional es la instancia previa donde el carácter formal del preámbulo es forjado para dar nacimiento al articulado de la Constitución. Por otro lado, es también una referencia teórica que luego propicia el carácter formal de la toda la Constitución respecto a todo el orden jurídico derivado. El precompromiso, en pocas palabras, nos muestra el rostro anticipado de un compacto poder político cuya potencia constitucional está presta a irrumpir.

Afirma Schmitt: “Las decisiones planteadas en relación directa con la situación política no pueden, naturalmente, ser soslayadas en la Constitución, pues sino, ésta no existiría”.⁵² Aludiendo los llamados “momentos constitucionales” —en los términos de Ackerman—, entonces, el poder político, de forma deliberada —o incidentalmente—, suele apurar decisiones colectivas que impactan tanto en la organización del poder como en la implementación de los derechos individuales.⁵³

Muy a menudo, el poder político, por medio de las instituciones del Estado, es responsable de precipitar subrepticamente la transformación del orden constitucional vigente. En consecuencia, a menudo, en una suerte de “gatopardismo”, grandes reformas constitucionales son enunciadas para que nada cambie.⁵⁴ Y, por el contrario, una lectura apropiada de este fenómeno puede indicarnos cómo decisiones menores de parte de

⁵² Schmitt, Carl, *On the Three Types of Juristic Thought*, Westport, CT, Praeger Publishers, 2004.

⁵³ Me interesan las ideas de Ackerman asociadas a su visión teórica comparada sobre el constitucionalismo. A propósito, sugiero ver Ackerman, Bruce, *Revolutionary Constitutions —Charismatic Leadership and the Rule of law—*, Harvard University Press, 1999, pp. 1-27. Asimismo, Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 145 y ss.

⁵⁴ Alude con la referencia a la famosa cita que ha inmortalizado la habilidad política del príncipe Fabrizio di Salina en la obra de Di Lampedusa. Véase Di Lampedusa, Giuseppe, *Il Gattopardo*, Milano, Feltrinelli, 1974.

los poderes superiores del Estado pueden terminar provocando un cambio copernicano en el orden jurídico afectado. Cualquiera que sea el caso, recurrir al carácter formal de la Constitución es una estrategia que permite reconocer la continuidad —o no— del orden normativo regulado por cierto núcleo de normas. De paso, en esos episodios de creación y cambio, puede verse afianzada la llamada identidad constitucional del orden político-estatal, que crea, altera, y/o ejecuta normas y decisiones normativas a lo largo del tiempo.

El cambio constitucional, para ser legítimo, necesita de la aptitud y la vocación democrática del poder político que expresa las nuevas decisiones fundamentales. En esa inteligencia, el carácter formal de la Constitución puede servirnos como un recurso epistémico para evaluar las credenciales democráticas de la autoridad.

Poder y libertad, ya se ha dicho, son las dos sustancias exclusivas con las cuales una Constitución alcanza a materializarse. No hay otro secreto ni existen materiales alternativos. En términos democrático-republicanos, la voluntad política de las mayorías se afirma por medio del autogobierno; aunque no hay democracia ni república posible cuando las decisiones político-jurídicas consagradas en la Constitución no son respetadas por mayorías y minorías.

Así las cosas, entonces, el poder político democrático —canalizado por medio de las instituciones del Estado— puede edificar valladares para reforzar la dignidad, la autonomía, la libertad y los derechos de las personas. La historia constitucional y el legado de la Ilustración dan testimonio de una tendencia sostenida en este sentido. Más allá de eso, al interior del orden constitucional, lo cierto es que Poder y Libertad no pueden dejar de operar en variable tensión. Y así, al interior de esta inestable aleación, frente a débiles o agresivos intereses colectivos o en oposición a autoritarios designios desde el Estado, los derechos pugnan y/o fronteras móviles. En todos los casos, sea para resolver conflictos de derechos, sea para definir la latitud de atribuciones estatales, la invocación a la Constitución, inexorablemente, opera como el ancla sagrada para la convivencia civilizada y pacífica de las personas.⁵⁵ En los momentos de crisis o zozobra, sólo la Constitución prohija un peso seguro donde fijar la paz y la seguridad en las relaciones civiles.

⁵⁵ González Trevijano, *La Constitución pintada*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 230.

V. EPÍLOGO: LO POLÍTICO Y LA FORMA CONSTITUCIONAL

¿Es posible tener entonces un “conocimiento” justificado de la Constitución? ¿Existe el objeto constitucional como *factum* o, acaso, toda apreciación del fenómeno está sometida a interpretaciones arbitrarias? Mi intuición indica que, al menos en cierto nivel discursivo, es posible tener conocimiento fundado en materia constitucional. Y, por lo tanto, que es esencial dar cuenta del objeto —cultural— llamado Constitución cuando nos involucramos con las sustancias constitucionales. Si esto fuere aceptado, naturalmente, el escepticismo epistémico en la materia debe ser soslayado. Claro, en la medida en que el “carácter formal” sea utilizado como llave de ingreso a la trama de contenidos de la Constitución, tal intención, sin duda, es una intención sensata.

Como fue apuntado al comienzo de este trabajo, entonces, se han avanzado precisiones analíticas y lexicográficas relevantes. Este trabajo, entre otras cosas, ha argumentado acerca de dos categorías imprescindibles para acceder al conocimiento cierto o justificado en materia constitucional. Para explorar el fenómeno y para poder reconocer sus fundamentos y contenidos, el concepto de “lo político” y la “forma constitucional” deben ser reconocidos como categorías esenciales en la materia. Habiéndose explorado aspectos metodológicos y epistémicos, por una parte, se han analizado también los efectos secundarios de la “ultrajuridificación” y la denominada “fragmentación semántica” del discurso político-constitucional contemporáneo, por la otra. Posteriormente, distinguiendo los usos lingüísticos más relevantes, se han ofrecido precisiones sobre qué caracteres relevantes permiten diferenciar la Constitución desde el punto de vista formal y cuáles nos permiten hacerlo desde el punto de vista material. En todos los casos se ha enfatizado que la “reificación” del concepto de Constitución sólo es posible si ésta se articula desde una dimensión histórico-política de sentido. Finalmente, para convalidar condiciones de validez y eficacia, se ha hecho notar que el concepto formal de Constitución necesariamente requiere complementarse con la noción de la supremacía constitucional. Y, en esta inteligencia, se ha demostrado cómo operando al interior del preámbulo, el llamado “precompromiso” constitucional constituye una categoría seminal desde el punto de vista del constitucionalismo (político).

De acuerdo con lo expresado en este desarrollo, en términos democrático-republicanos, por tal motivo, “lo político” debe ser comprendido como un concepto teórico-práctico que devela el carácter existencial de una voluntad desiderativa colectiva que antecede la forja de la Constitución.

Como lo indica su uso lingüístico en la historia constitucional, lo político es algo más que un recurso retórico. Tal concepto informa sobre una dimensión ontológica que permite acceder a dos certezas importantes. Por un lado, el mismo concepto nos abre la puerta de un ámbito extrajurídico donde explorar y reconocer el origen de la autoridad (sus credenciales de legitimidad), y, por otro lado, nos ofrece un instrumento confiable para que el fenómeno constitucional pueda ser aprehendido como expresión civilizada de organización del poder. Por estas dos certezas, sucede que la deliberación, la disputa y los acuerdos alcanzados en dicha dimensión son los únicos capaces de aportar insumos estratégicos y normativos para lograr cooperación social y convivencia civilizada.

Puesta en el plano de lo político, la forma de la Constitución, en pocas palabras, nos permite comprender cómo es posible que la masa amorfa de creencias, deseos e intereses individuales pueda en algún momento llegar a transformarse en otra cosa cualitativamente superior, cómo ese amasijo puede llegar a convertirse en valores, principios, objetivos constitucionales. Aun cuando no podamos asegurar la fórmula del éxito, la “forma” de la Constitución, al fin y al cabo, nos permite de todos modos constatar esta alquimia excepcional. Es simple; ello es así porque, como enseñaba Aristóteles, sólo por la forma, una cosa es lo que es.