

CONSTITUCIÓN Y REALIDAD: UN PROBLEMA CAPITAL¹

CONSTITUTION AND REALITY: A CAPITAL PROBLEM

CONSTITUIÇÃO E REALIDADE: UM PROBLEMA CAPITAL

RAÚL GUSTAVO FERREYRA²

Universidad de Buenos Aires (UBA). Buenos Aires. Argentina

RESUMEN: La Constitución es un objeto complejo que se encuentra en el mundo y que posee cuatro piezas: composición, entorno, mecanismos y estructura. Al tratarse de un instrumento eminentemente normativo presenta una suerte de doble rostro: los problemas relacionados con la existencia de las reglas y los problemas vinculados con la eficacia de las mismas. La naturaleza y alcance de esos problemas, es decir, entre la normatividad y la facticidad de la Constitución ya fueron alertados desde fines del siglo XVIII, con menciones en el siglo anterior. Los estudios se mantuvieron desde entonces y hasta la actualidad y son una preocupación constante de la teoría constitucional, universal o particular. Por tales razones, la fuerza normativa de la Constitución constituye una afirmación elemental, en tanto todas las realizaciones antinormativas llevadas a cabo, en especial, por los servidores públicos, deberían carecer de existencia. Afirmar, pues, la fuerza normativa de la Constitución significa que hay un Derecho positivo de la Constitución que ha sido creado para ser cumplido y una conciencia de una ciudadanía que desea y aspira a vivir y coexistir con base en reglas de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Constitución; Existencia; Facticidad; Conciencia ciudadana.

ABSTRACT: The Constitution is a complex object in the world with four parts: composition, environment, mechanisms and structure. Being an eminently normative instrument, it presents a sort of double face: the problems related to the existence of the rules and the problems linked to their effectiveness. The nature and scope of these problems, i.e., between the normativity and the factuality of the Constitution, have already been highlighted since the end of the eighteenth century, with mentions in the previous century. The studies were maintained since then and up to the present day and are a constant concern of constitutional theory, universal or particular. For these reasons, the normative force of the Constitution constitutes an elementary affirmation, inasmuch as all anti-normative realizations carried out, especially by public servants, should be non-existent. To affirm, then, the normative force of the Constitution means that there is a positive law of the Constitution that has been created to be complied with and a conscience of a citizenry that desires and aspires to live and coexist based on rules of law.

KEYWORDS: Constitution; Existence; Factuality; Citizen consciousness.

RESUMO: A Constituição é um objeto complexo no mundo, com quatro partes: composição, ambiente, mecanismos e estrutura. Como instrumento eminentemente normativo, ela apresenta uma espécie de dupla face: os problemas relacionados à existência das regras e os problemas ligados à sua eficácia. A natureza e o alcance

¹ Texto para la “conferencia magna” realizada el 20/3/2024 en el Webinar internacional “La fuerza normativa de la Constitución y la sociedad abierta”, organizado por el Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2024/webinarios-la-fuerza-normativa-de-la-constitucion-y-la-sociedad-abierta>.

* Contribución dedicada al Dr. Roberto Coronel.

² Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5089-8136>

desses problemas, ou seja, entre a normatividade e a facticidade da Constituição, já foram destacados desde o final do século XVIII, com menções no século anterior. Os estudos continuaram desde então e até os dias atuais e são uma preocupação constante da teoria constitucional, universal ou particular. Por essas razões, a força normativa da Constituição constitui uma afirmação elementar, na medida em que todas as realizações antinormativas levadas a efeito, especialmente por servidores públicos, devem ser inexistentes. Afirmar a força normativa da Constituição, portanto, significa que existe um direito positivo da Constituição que foi criado para ser cumprido e uma consciência de uma cidadania que deseja e aspira viver e conviver com base nas regras do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; existência; factualidade; consciência cidadã.

INTRODUÇÃO

“No poseemos medio alguno para alcanzar exactamente en nosotros lo que de nosotros deseamos obtener”.

Paul Valéry

I. PLANTEO

La realidad de nuestro mundo se encuentra integrada por una totalidad de cosas, tanto naturales como artificiales. Dentro de esa realidad se encuentran las Constituciones escritas, instrumentos artefactuales, cuyas pretensiones se engloban en determinar un orden jurídico y político fundamental, institucionalizado para una comunidad de ciudadanos igualmente libres que desean vivir en paz.

Una teoría general de la Constitución, realizada mediante el “aislamiento” del objeto, con sus proposiciones descriptivas o valorativas, procura un estudio abstracto, acaso o preferentemente, sin atender a un orden jurídico estatal específico. Esa teoría general de la Constitución, asimismo, puede ofrecer aspiraciones o rasgos de “universalidad”, como se computa, por ejemplo, en la obra de Peter Häberle, *Sobre el principio de la paz. La Cultura de la paz. El tópico de la teoría constitucional universal* (2021); en la de Germán J. Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa* (1995); o en la de Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional* (1980). Entre otros tantos aportes fragmentarios para esa misma teoría, aunque segmentada o particularizada, este escrito surge desde América del Sud hacia una teoría general de la Constitución sobre la realidad sudamericana.

En el campo de la teoría general de la Constitución, universal o particular, se presentan diferentes problemas. Uno de los huecos en ese conocimiento queda configurado por la divergencia —muchas veces insoluble, otras tantas patológica— entre la “normatividade” o

regulación institucionalizada de la Constitución; es decir, la imperatividad que desde su “ser” vigente se prescribe para que “deba ser”, frente a la “normalidad” que se contesta y contrasta en su realización efectiva en la realidad objetiva de la comunidad sindicada y determinada para su ordenación.

No aspiro a alcanzar aquí una verdad absoluta sobre la “fuerza normativa de la Constitución”. Prefiero compartir estos modestos pensamientos. Dentro del ámbito de una “óptima” y continuada oportunidad para la concreción del presente y el porvenir de la cooperación científica con Brasil, con acciones precisas y concordantes para afirmar y desarrollar el “Estado constitucional”: tanto Estado como el diseñado sólo y exclusivamente por la Escritura fundamental (V. HÄBERLE, 2003, p. 14). Me refiero a un Estado constitucional y democrático, un tipo de organización de la comunidad que facilitaría y tutelaría, basado en un método abierto, racional, respetuoso y dialógico, la “respiración natural” de cada uno de sus ciudadanos.

II. TESIS PROVISORIA

La correlación, la negación o el abismo entre el “ser” y el “deber” del Derecho, en especial, del Derecho de la Constitución, se ha planteado en el siglo XX, por ejemplo, en las obras de Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1934), y de Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (1928), con muy diferentes orientaciones. Las reglas del Derecho constitucional se deben encontrar dirigidas a una realidad. Son reglas para la acción del ser humano encerradas en un sistema, el constitucional. Ese sistema, que tiene hasta cuatro piezas (composición, entorno, estructura y mecanismos)³, resulta pensado y gestado con miras ideales. Por lo tanto, es un ingrediente elementalísimo de ese sistema construido por ciudadanos que, a su vez, sea “humanamente realizable” (V. WRIGHT, 1997, p. 99). Queda fuera de la realidad la validez existencial de cualquier regla de la Constitución que, en su concepción escritural, traspase las fronteras de posibilidades de la realización humana.

³ Presento la idea sobre un sistema constitucional en *Bosquejo sobre la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2022. También en lengua portuguesa: *Esboço sobre a Constituição*, Núcleo Interamericano de Direitos Humanos - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2023.

Sin embargo, en este escrito no me refiero a las idealidades que podrían imaginarse y que serían siempre de imposible cumplimiento, porque, pese a su logicidad, la cruel facticidad acabara por demolerlas. Así, aunque comparto el altruismo, porque resulta lógicamente pensable, emplazo en ese marco “la búsqueda de la felicidad”, preceptuada en la Declaración de la Independencia del 4 de julio de 1776 de los Estados Unidos de América. Con la idea de “respiración natural”, pienso en las posibilidades y los límites concretos para una realización racional del Derecho constitucional.

Esa “respiración natural” se puede realizar en un Estado constitucional y democrático que tutela la dignidad de la persona humana, determina la separación de las funciones gubernativas y fulmina cualquier posibilidad de que el poder constituido se favorezca de una suma del poder público, o cualquier modelo tan autocrático como despótico y arbitrario. La Constitución es la suma regla del orden estatal. Dicha condición regulativa, institucionalizadora y ordenadora de la vida comunitaria, provoca que los problemas constitucionales, una vez que la Escritura fundamental ha sido creada, tengan una cualidad eminentemente jurídica, porque no se trata, con simpleza, de meras hojas de papel colectadas o esparcidas al viento.

Los problemas de la Constitución también son jurídicos y merecen ser atendidos y resueltos con las propias piezas del sistema jurídico constitucional del Estado que funda y arraiga con sus reglas. Obviamente, si un gobernante elegido por las vías estructuralmente democráticas de una Constitución decidiese, más temprano que tarde, conductas autocráticas hacia la concentración del poder, se estaría en presencia de un problema político, cuya solución debería encontrarse en las reglas de la Escritura fundamental sobre el desempeño de los servicios públicos. No habrá razones valederas para desjuridizar la cuestión. Tales principios reglados, tanto la dignidad personal como la división del poder, son las razones para una vigorosa o suficiente fuerza normativa de la Constitución. En su ausencia o demolición, sólo cabe esperar la consecuente devastación o el cumplimiento parcial del programa jurídico para la ordenación de la comunidad.

III. REGLA Y REALIDAD

El Derecho del Estado es una combinación de formas jurídicas o una “suma de formas jurídicas” (MARKKL, 2004, pp. 235-236 y 244); básicamente: reglas de naturaleza diversa para

la regulación institucionalizada de la conducta humana. Se trata de una creación con aspiraciones de unidad, pretensiones de coherencia y autoridad prescriptiva, siempre dentro de un ámbito espacial y temporal. Su máxima expresión jerárquica la instituye su Constitución escrita, que al determinar el único origen e implantar el criterio para el escalonamiento y la gradación de todo el Derecho inferior, autoriza una existencia ciudadanamente pactada de un “Estado constitucional”. Ella, con sus enunciados altísimos e insuperables de Derecho, es la forma de las formas del orden jurídico estatal; acaso, junto a un determinado cuerpo del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), en el supuesto de que, en tanto Ley fundamental, les autorice desde su propia fuente matricial una validez con semejante, menor o prevalente jerarquía.

La Constitución, producto exclusivo de la razón humana, es un objeto que se encuentra en el mundo social. Es un instrumento normativo que el Derecho promete para desarrollar y conservar la vida de todos los seres humanos, así como un determinado cuidado de la naturaleza. Fue inventada para que abandonaran un incierto estado antisocial o sin política gregaria (o apolítico). La Escritura fundamental, con su sistema, debe alcanzar un compromiso tanto para construir consensos homogéneos como para tramitar los intereses opuestos de la ciudadanía, que minimice sus fricciones y garantice la paz.

La escritura de la Constitución se puede desarrollar sólo en dos contextos: el de su producción y el de su realización o cumplimiento. Puesta la Constitución en el mundo, en el marco de una sociedad abierta y democrática, inevitablemente, desde la comprensión jurídica, debería sobrevenir su cumplimiento. El cumplimiento puede realizarse por el mero acatamiento de los ciudadanos o de los servidores públicos encargados de los poderes constituidos del Estado. Por ejemplo, el presidente al emitir un decreto, el juez al pronunciar una sentencia o el Congreso al sancionar una ley, se dirá que acatan la Constitución, dado que con su fundamento construyen el decreto, la ley o la sentencia. También se podrá decir que acata la Constitución el lector de este texto, en virtud de que, con asiento en reglas de esa raíz y jerarquía normativa, dispone de derechos para leer, discutir y refutar, incluso en la plaza pública.

No obstante, producida la norma constitucional, no todo en el mundo jurídico será puro, listo y liso acatamiento. Hay ocasiones en las que el cumplimiento, merced a los conflictos que se suscitan, queda reservado a los poderes constituidos, en particular, los órganos del poder

jurisdiccional. Asimismo, el saber doctrinario o teórico sobre el objeto “Constitución” implica otro modelo de realización.

La realización de la Constitución, que según el caso se puede cumplir por el acatamiento, la interpretación judicial o el saber doctrinario, será siempre concreción o ejecución de Derecho positivamente creado. Concretamente: el Derecho constitucional lo produce el poder dotado por la Escritura fundamental con específicas y exclusivas atribuciones constituyentes del Estado.

El legislador constituyente, el gran arquitecto, discute, proyecta y sanciona la “Biblia Política” del Estado. En la lengua del poder fundador sólo ha de existir un número finito de enunciados de Derecho, porque la Constitución determinará las formas del orden jurídico y, hasta cierto punto, todo su contenido. La realización de la Constitución autorizará una utilización casi “infinita” o ilimitada del instrumento o “medio finito” (V. HUMBOLDT, 1988, p. 91). No ha existido una inteligencia natural que pueda concebir estados de cosas infinitos, porque su propia finitud estatuye con rigor insuperable los límites de aquello que ha de ser calculable y previsible. Las reglas constitucionales son las reglas básicas que, pensadas siempre en el momento originario o de cambio, han de determinar y condicionar todo aquello que nazca directamente debido a su regulación jurídica. El don de esas reglas finitas, integradas en las piezas del sistema de la Constitución, autorizará que puedan deducirse de ellas, a la sazón como una especie de árbol de derivación, una combinación casi ilimitada de regulaciones sobre las conductas humanas, cuyo objetivo máximo es buscar la paz comunitaria y, una vez conseguida, mantenerla, y, una vez mantenida, desarrollarla con alcance duradero.

Nótese que toda norma constitucional tiene un ámbito semántico, cuya certeza no es ni será aritmética. Hay un ejemplo muy didáctico. Colocada la norma constitucional en el mundo, se la puede comparar con un barco. Así, necesitará de prácticos para llevar una ruta marcada por expertos en puerto y, luego, en mar libre dependerá para seguir el rumbo propio asignado por la “autoridad constituyente” (la “carta de navegación”) (ALBERDI, 1856, p. 158) de las tareas idóneas del capitán y de la tripulación de la embarcación (las “autoridades constituidas”) (V. RADBRUCH, 1944, p. 148). Que tomase cualquier otro rumbo no asignado significaría naufragar el barco, extraviar la semántica propuesta por la Constitución y negar su naturaleza prescriptiva.

IV. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

El Derecho de la Constitución “es potencialmente la base de todos los principios y procesos del Estado constitucional” (HÄBERLE, 2021, p. 273). Sin embargo, el hecho de que la Constitución sea la base, el fundamento de la ordenación de todas las formas jurídicas y que conlleve la necesidad de su cumplimiento, no significa que ella sea cumplida. En toda vida se encuentran divergencias entre los planes ideados y los resultados obtenidos, gracias a un programa predeterminado o en contra de él. Del mismo modo, en gran cantidad de casos, el “deber ser” previsto por las reglas constituyentes y su grado de cumplimiento muestran diferencias notorias.

La Constitución, como norma, forma parte de la realidad en cuanto escritura publicada. Ella tiene un ámbito de validez y otro ámbito de eficacia. Con el término “validez” (V. KENSEN, 1993, p. 23) se designa la existencia específica de la regla. Su “eficacia” consiste en el hecho de que ella sea realizada y obedecida, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma (V. KENSEN, 1993, p. 24). Además, la eficacia es condición de la validez en aquella medida en que debe aparecer en la imposición de la norma jurídica para que no pierda su validez (V. KENSEN, 1993, p. 25).

El “no cumplimiento” de la regla constitucional no ocasiona su eliminación o su entierro. La divergencia mostrada por la eficacia de una facticidad de las autoridades constituidas que contraríe la normatividad de la autoridad constituyente pone de manifiesto la existencia de prácticas anti normativas, pero no han de ser un vehículo para extinguir la fuerza normativa de la Constitución. En otras palabras, si un presidente de una república se creyese iluminado por una providencia y, dentro de los cúmulos irracionales de esa creencia, considerase que debe arrogarse facultades legislativas en sustitución del Congreso y configurar él mismo y en soledad el Derecho, dicha asunción autocrática podría poseer eficacia, pero jamás calzaría congruentemente con la Ley fundamental, dado que no tendría validez constitucional, porque ese abuso iría en contra de la división racional de poderes. El triunfo de la bruta facticidad no supone el triunfo de la razón, porque aquella solamente se arregla con la fuerza irracional, mientras que ésta descansa en el diálogo y el respeto del prójimo para la construcción comunitaria. Tengo la esperanza de que, con el tiempo, toda brutalidad quede desvanecida.

Las dificultades entre las idealidades normativas del modelo constituyente y sus inespecíficas concreciones, es decir, su ineffectividad, han sido abordadas por Kelsen y Schmitt, como ya mencioné. El grado de eficacia de las normas o el grado apto que puede vislumbrarse en la fuerza de la facticidad marcaba lados opuestos de la discusión. Con otros argumentos, en otro país y otra realidad, también preocupó a Piero Calamandrei, quien en 1955, con la publicación de *La Constitución inactuada*, expresó sus pesares sobre el grado de incumplimiento de la Constitución de la República de Italia sancionada en diciembre de 1947, muy posiblemente uno de los textos más logrados en el siglo XX, por su concisión, claridad, solvencia política, racionalidad jurídica y compromiso democrático.

Si bien la Constitución es la norma de las normas, no se ha inventado —y jamás se inventará— una herramienta que pueda medir o calcular tanto su fuerza normativa como sus grados de incumplimientos. Lamentablemente, no existen dispositivos para medir la eficacia del instrumento mayor de la ciudadanía y de los servidores públicos. No habrá invención factible de la inteligencia artificial que detecte o mensione el recorrido que asumen las reglas constitucionales inventadas por la inteligencia humana. Tampoco existen servicios preventivos o de mantenimiento. El único recurso disponible es que la Constitución democrática sea conocida por todos. Quizá una fuente de inspiración radique en el artículo 377 de la Constitución francesa de 1795:

Le peuple français remet le dépôt de la présente Constitution à la fidélité du Corps législatif, du Directoire exécutif, des administrateurs et des juges; à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français. [El pueblo francés deposita la presente Constitución en la fidelidad del Cuerpo legislativo, del Directorio ejecutivo, de los administradores y jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, al afecto de los jóvenes ciudadanos, al coraje de todos los franceses] (FRANCIA, [1795]).

Naturalmente, la fuerza normativa de la Constitución se reduce cuando una autoridad pública actúa contra sus mandamientos o cuando esa misma autoridad pública no concreta los planes de la Escritura fundamental. A tono con aquello escrito más arriba, la Constitución es una creación para dotar de “unidad” al orden jurídico del Estado. Las prácticas antinormativas, concretadas en la generalidad de los casos por todos aquellos servidores públicos elegidos o designados para el cumplimiento de las normas constitucionales, erigen una zona de actuación contra la Constitución.

La correlación o la ausencia de correspondencia entre norma y realidad fue una preocupación para Konrad Hesse, quien en 1959 publicó “La fuerza normativa de la Constitución”. Allí postuló que la coincidencia entre realidad y norma es “sólo un hipotético caso límite” (HESSE, 1992, p. 58). Además, con sobrada intuición se preguntó si junto a las fuerzas determinantes, políticas y sociales, también ha de existir una “fuerza determinante” del Derecho constitucional (HESSE, 1992, p. 59). De este modo, Hesse llegó a la conclusión de que existe, por un lado, el problema perpetuo sobre la normatividad constituyente. Sin embargo, advirtió que la “Constitución posee una fuerza propia, aunque sea limitada, motivadora y ordenadora de la vida política” en la comunidad. En su afanosa búsqueda descubrió un texto de Wilhelm von Humboldt escrito en 1791:

Ninguna Constitución establecida por la razón, en la inteligencia de que ésta dispusiese de un poder ilimitado que le autorizase convertir sus proyectos en realidad —con arreglo a un plan en cierto modo predeterminado— puede prosperar. Solamente podría triunfar aquel que surgiese de la lucha entre la “poderosa y fortuita realidad y los dictados contrapuestos de la razón” (V. HUMBOLDT, 1983, p. 78).

A partir de esta clave anunciada premonitoriamente en el siglo XVIII, Hesse entendía que la realización de una Constitución y su texto escrito, esto es, norma jurídica escrita y realidad viviente en la práctica, se han de hallar en una “situación de coordinación correlativa”. Para aliviar que una norma quedase vacía de realidad o que una realidad vaciase la norma o se encontrase vacua de ésta, Hesse se sirvió de la tesis de Humboldt:

La fuerza y la eficacia de la Constitución descansan en su vinculación a las fuerzas espontáneas y a las tendencias vitales de la época, en su capacidad para desarrollar objetivamente estas fuerzas, para ser, por su mismo objeto, el orden global determinado, es decir, material de las relaciones sociales concretas (HESSE, 1992, p. 65).

La fuerza normativa de la Constitución también se ha de fundar en determinadas condiciones de realización, que Hesse apodó “voluntad de la Constitución”: *a*) la conciencia sobre la necesidad de un orden normativo objetivo e inviolable que aleje la “arbitrariedad desmedida e informe”; *b*) la convicción de que ese orden constitucional es legítimo y en continua legitimación; *c*) la advertencia de que el orden constitucional, auspiciado por la razón en su génesis, solamente podría “adquirir y conservar” vigencia a partir de una adecuada

realización, pues se encuentra supeditado o se concreta por intermedio de actos de voluntad (HESSE, 1992, pp. 65-66).

En 1995 Germán J. Bidart Campos escribió como su proposición capital que la Constitución de un Estado democrático inviste esa naturaleza; tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicitudes (BIDARDT, 1995, p. 20). El maestro argentino aseveró que la Escritura fundamental, objeto de su tratamiento, es la del Estado democrático. Con lealtad a sus pensamientos, añadió la idea de los contenidos implícitos que yacen en la Constitución, además, por cierto, y descontado de los contenidos que por explícitos requieren, acaso, menor esfuerzo en su descripción y valoración (BIDARDT, 2004, pp. 90-98).

Un inventario de cuanto se ha escrito hasta aquí autoriza a sugerir que la Constitución democrática del tipo de Estado constitucional de Derecho ha de ser el resultado de un plan de la razón humana. La Constitución es el plano del edificio, motivo por el cual el edificio sin planos siempre caerá o poseerá deficiencias imposibles de superar. Sin embargo, los planos no pueden condicionar completamente la realización del edificio, el que se encuentra disponible al presente y al futuro de la ciudadanía en el seno de una sociedad abierta. Ese plano maestro tiene normatividad; ésta descansa, por un lado, en su energía regulativa y, por el otro, en la disposición que ha de poseer su propia arquitectura para retroalimentarse de las condiciones de realización en el presente y que se invoquen para el futuro.

Las Constituciones son redactadas hoy, siempre en el presente, con la curiosidad de que su vigencia comenzará el día de mañana. Así, el objeto a regular, la fundamentación del Estado, proveería con su inmediata actualidad convicciones necesarias y racionales para motivar la realización del programa constituyente. En suma, la Constitución como programa por excelencia de la razón humana para gobernar el tiempo y el espacio de determinado espacio de la comunidad también recibe, inteligentemente, un complemento para su fuerza normativa de la misma realidad a la que se dirigen sus reglas.

V. ALGUNAS APLICACIONES PRÁCTICAS

Toda Constitución se celebra en una unión indestructible de sus principios y de sus reglas. La elaboración de un listado de esos principios y de esas reglas, una constelación inmensa y

difícil de culminar, sería una tarea muy relevante. Sin embargo, no es la finalidad de este texto, dado que como expresé antes, la idea aquí proyectada sobre la fuerza normativa de la Constitución se encuentra dirigida a mantener y desarrollar “una respiración natural” de toda la ciudadanía de una comunidad.

Asimismo, ya insinué que la dignidad de la persona y la división del poder constituyen pilares del constitucionalismo global. La “dignidad de la persona humana” posee una de las más espléndidas consagraciones en el artículo 1.III de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[Art. 1. La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

I - la soberanía;

II - la ciudadanía;

III - la dignidad de la persona humana;

IV - los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa;

V - el pluralismo político.

Parágrafo único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos directamente, en los términos de esta Constitución] (BRASIL, [1988])

El otro principio de la organización del poder estatal se refiere a la distinción y separación de las funciones del gobierno republicano y la representación de la ciudadanía. El artículo 1 de la Constitución federal de la República Argentina, uno de los textos “republicanos” más antiguos del mundo (1853), representa con gran fidelidad esta idea y se yergue como paradigma, en tanto el gobierno republicano es impensable sin distinción y separación de funciones: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

La dignidad comporta conferir reconocimiento a todo ser humano, y que todos y cada uno tiene igualdad para el ejercicio de su vida en libertad. Así, el Estado constitucional, respetuoso y promotor de la dignidad de cada ser humano, por el solo hecho de serlo, concederá y protegerá la inmaculada posibilidad de millones de planes de vida. La dignidad humana jamás podría

ligarse o vincularse al mercado o a los negocios privados; es inherente a la humanidad de la persona, no a las probabilidades negociales. Toda la vida del ser humano debe ser protegida, incluso en su etapa final. En el sistema constitucional de la Argentina, desde el 2022, goza de jerarquía constitucional la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; ya desde 1957 el artículo 14 bis de su Constitución determina que el Estado se compromete a establecer y otorgar “jubilaciones y pensiones móviles”.

¿Qué sucedería, por ejemplo, con la fuerza normativa de la Constitución si un presidente elegido por una mayoría electoral supusiese que se hace necesario congelar y destruir las jubilaciones y pensiones de las “personas mayores” en el marco de una situación económica de altísima inflación? ¿Sería suficiente que ese presidente asumiese que para reducir el gasto del Estado se hace necesario incumplir los compromisos constitucionales y así enterrar las prestaciones mensuales y dinerarias que deben percibir jubilados y pensionados? La desnaturalización de las jubilaciones y pensiones, que se ejecutaría de manera sangrienta por la vía de esa política pública de un presidente, resultaría clara y manifiestamente violatoria de la Constitución y causaría la corrosión casi completa de la dignidad de las personas afectadas.

La idea desarrollada sobre la intangibilidad de la dignidad de la persona humana tiene también como fuente la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, que en 1948 instituyó para la teoría general del constitucionalismo global la siguiente tesis normativa en su artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente”⁴.

En un despiadado panfleto publicado en 1956, Ludwig von Mises, con profunda irracionalidad, sostuvo que constituye un error suponer que la naturaleza ha concedido a cada individuo una serie de derechos inalienables. Más adelante supuso que el nivel de vida del hombre medio occidental no se consiguió a base de ilusorias disquisiciones en torno a cierta

⁴ Hay “un texto constitucional en sentido general” escrito por I. Kant: “Todo hombre tiene un legítimo derecho al respeto de sus semejantes y también él está obligado a lo mismo, recíprocamente, con respecto a cada uno de ellos. La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas” (KANT, 2008, p. 335). Todas las ideas sobre la dignidad encuentran en el filósofo alemán las palabras generadoras.

etérea e inconcreta dignidad justicia; se alcanzó, por el contrario, gracias al actuar de “explotadores” e “individualistas sin entrañas” (V. MISES, 1979, pp. 149 y 151). La naturaleza inhumana y consabida crueldad de la manifestación del economista citado sólo puede constituir una fuente de autoridad para una sociedad negacionista de la libertad, la igualdad y la solidaridad. Sólo esas ideas brutales y contrarias a la dignidad y a la justicia social pueden ser asumidas por un presidente para arrasar la entidad de los haberes de los jubilados.

Un presidente también podría distorsionar o eliminar la división del poder y asumir una suma del poder público. Así, quedarían destituidas las funciones del Congreso y su tarea de representación política de la ciudadanía. En la conjetura imaginada, ese presidente, en desprecio de la juridicidad constituyente, evitaría el diálogo y dictaría órdenes que, por su generalidad y abstracción, podrían ser consideradas con rango semejante a una ley del Congreso, con una escandalosa vocación de permanencia en el tiempo. El presidente haría la ley y también, por supuesto, los decretos reglamentarios.

En la Argentina, por caso, el presidente puede dictar “decretos por razones de necesidad y urgencia (DNU)”⁵. Ya he advertido en varias ocasiones que se trata de un hecho maldito constitucionalizado por la reforma de 1994, porque eleva a la enésima los vastísimos poderes presidenciales. Téngase en cuenta, sin embargo, que el presidente no debería dictar un DNU cuando se le antojase; si así fuera, arrasaría con la Constitución⁶.

⁵ En el art. 99.3 de la Constitución federal Argentina se dispone que el presidente tiene las siguientes atribuciones: “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

⁶ Las prestaciones para cubrir las contingencias asociadas a la vejez, con las respectivas jubilaciones y pensiones, constituye uno de los principales e irrenunciables compromisos que debe cubrir el Estado. En el presupuesto se deben contemplar las partidas para cubrir ineludiblemente esta erogación del Estado que, en la actualidad, alcanza a más de 7.000.000 de personas en la Argentina. En escándalo de la división de poderes, el presidente, junto a su jefe de gabinete y sus ministros, por medio de dos DNU “con rango legal” (n° 70 del 20/12/2023 y n° 274 del 22/3/2024, respectivamente), ha recortado drásticamente los haberes jubilatorios. Se trata de una demolición de la equidad, la solidaridad, la prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo y de calidad de vida e igualdad

Repárese, además, en que la Ley fundamental del tipo Estado constitucional se debe inclinar decisivamente por la división del poder. Se juzga que la repartición del poder debería impedir o devaluar la concentración absoluta. Así, la división de la titularidad y el ejercicio del poder político pareciera constituirse en una de las más fabulosas utopías: someterlo con la adjudicación de reglas que tendrán por finalidad contenerlo y disciplinar su funcionamiento. Además, la desconcentración del poder político también insinúa el perímtero de un anhelo: la existencia de un escudo de protección para la libertad del ciudadano. El tipo de Estado fundamentado por un sistema constitucional, tal como aquí se describe, posee, en rigor, un solo enemigo: la concentración absoluta del poder político. No hay otro enemigo que la indiscriminada colección de atribuciones en un poder absoluto sin control. Por dicha razón, la idea de dividir el poder no tiene rival, pero sí un enemigo: la concentración absoluta.

En esta conjetura también se observa una ruptura de la forma de gobierno republicana y la división del poder que ella impone. De las herramientas inventadas, la división del poder instrumenta la ilusión de que la separación en departamentos (ejecutivo, legislativo y judicial) impediría la concentración o suma del poder público. Esa suma del poder, en que incurriría el presidente del ejemplo descrito, haría que la vida, la libertad y la propiedad quedasen a expensas de una sola persona. El fundamento epistémico sobre la división de poderes es irrefutable: el diálogo de todos es superior, siempre, al monólogo de un individuo —aquí, el presidente que intentaría gobernar por la vía de una “autocracia electiva” (V. BOVERO, 2015).

Las crisis constitucionales son muy frecuentes en América del Sud. En esos momentos desgraciados se pone a prueba la fuerza normativa de las Constituciones. Ciertamente, no hay justificación para ninguna política pública que intente lastimar, erosionar o dañar de cualquier modo la dignidad de la persona humana, en particular, en la hipótesis de los jubilados antes descrita. Tampoco ningún presidente debería concentrar una suma del poder público. La violación de la dignidad humana, al devaluarse y licuarse las jubilaciones, junto al jaque mate

de oportunidades asegurados por la Constitución federal de la República (arts. 14 bis y 75, incs. 2 y 8). Así, la existencia para todos los jubilados y pensionados se convierte, injustamente, en indigna por acto del “príncipe”. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido, por mayoría, que “el texto de la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”, *Fallos*, CSJN: 333:633, *in re* “Consumidores Argentinos”, 19/5/2010. Ver, también, BIANCHI, Alberto B. “Casos ‘fáciles’ y casos ‘difíciles’ en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre DNU. A propósito del DNU 70/2023”, *La Ley*, 13/3/2024.

a la división del poder por la vía de la irracionalidad aupada en su concentración son test suficientes para la fuerza normativa de una Constitución.

En cualquier caso, los sistemas constitucionales pueden prevalerse de esa fuerza normativa, al concentrar “razones objetivas” debidamente positivizadas en sus órdenes jurídicos para repeler las agresiones. No es una mera agresión, porque se trata de la afectación de la “unidad” que sólo una Constitución puede proporcionar a un Estado. Sin esa unidad en el Derecho, resulta casi de imposible pronóstico la legitimación democrática. Antes del telón leamos a Kelsen:

Si hubiera algo así como un derecho contrario a Derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico, quedaría eliminada. Pues una norma “contraria a norma” es una autocontradicción; y una norma jurídica, en cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna (KELSEN, 1991, p. 274).

Por de pronto, huelga decir que, en las hipótesis descritas, las normas inferiores del presidente son genuinamente inválidas y nulas, pese a que reclamen o muestren cierta eficacia, porque nunca aquello que es inferior podrá superar o alcanzar la magnitud de aquello que resulta superior.

VI. CIERRE

Primero. La construcción de los trazos de una teoría general de la Constitución, con base sudamericana, constituye un desafío para la ciencia o el saber constitucionalista.

Segundo. La distinción entre la creación de la Escritura fundamental y el ámbito de su realización muestra con suficiente aptitud los límites y las posibilidades para estudiar y valorar la fuerza normativa de la Constitución. Por lo tanto, el empleo doctrinario que distingue entre Constitución formal y material carece de sentido y cae por su propio peso. Una apelación al confronte entre “Constitución formal” y “Constitución material” genera distorsiones epistemológicas insalvables, motivo por el cual la irracionalidad debe ser condenada en el seno del Estado de tipo constitucional⁷. Así, hay y habrá una sola Constitución, la Escritura

⁷ En igual sentido se expidió Konrad Hesse, quien apodó como “superflua” a la distinción, al insinuar que debe entenderse por “Constitución” a la “Ley fundamental y su contenido” (V. HESSE, 1996, p. 2).

fundamental dirigida para la convivencia de la ciudadanía y los servicios públicos, cuyo grado de cumplimiento por las autoridades y la ciudadanía es una escena en continuo movimiento, se cumpla o no se cumpla, se realice en muchas de sus piezas o se aplique de modo ínfimo.

Tercero. La fuerza normativa, al menos desde 1791, posee expresión en la literatura científica sobre la Constitución, tal como se computa con Humboldt. Con todo debe reputarse que, ciento cuarenta años antes (1651), Thomas Hobbes ya había planteado, más bien genéricamente, que “el legislador no es aquel por cuya autoridad se hicieron inicialmente las leyes, sino aquel otro por cuya autoridad continúan siendo leyes, ahora” (HOBBS, 2011, p. 220). Evidentemente, tanto Humboldt como Hobbes, uno más fundado en los quehaceres de la razón y el otro en los de la experiencia, despuntaron sus preocupaciones capitales sobre la “autoridad del Derecho”. Por cierto, ninguno de ellos pudo entrever las aporías, perplejidades ni paradojas, así como tampoco la marcada desilusión y la falta de esperanza que la historia y el presente del constitucionalismo han demostrado entre las orillas de la producción de la norma constitucional (o fragmentos de ellas) y la radicalidad, dolosa o culposa, que trastoca y corrompe el ámbito de su “deber ser”.

Cuarto. Durante el siglo XX se han realizado notables aportes sobre “normatividad y facticidad”, tanto en el ámbito de la teoría general del Derecho como de la teoría general de la Constitución, que en su conjunto demuestran que la fuerza normativa de la Escritura fundamental no es un problema exclusivo de poder político. El saber constitucional, la doctrina de los autores y la judicial han dicho suficiente y tienen mucho para disertar.

Quinto. La Constitución es una obra por excelencia de la razón humana. El cumplimiento de sus principios y reglas debe tener en cuenta el pasado y el presente de la comunidad, cuyo objeto fomenta y alienta la realización de sus normas. Por eso, la tesis provisoria puede ser mantenida y completada: la Constitución fundamenta al Estado y requiere, para ahondar en sus posibilidades normativas, la necesidad de aceptar y recibir las demandas del presente.

La existencia de la Constitución, la Escritura fundamental producida y expuesta en el mundo, seriamente, forma parte de la realidad. No puede derivarse a su eficacia, porque sigue existiendo, incluso con el incumplimiento. La tensión entre validez y facticidad, en el escenario constitucional, adquiere la mayor transcendencia jurídica y, también, cierto dramatismo político.

La fuerza normativa de la Constitución constituye el presupuesto de la democracia. La divergencia entre la validez normativa y la eficacia distorsiona y pone en riesgo la estructura democrática. Así, comparto la idea de Gilmar Ferreira Mendes, en tanto define que el momento actual es crítico para las democracias occidentales. Están abiertamente desafiadas por las hordas de un autoritarismo peligrosamente empeñado en estrategias de desinformación que radicalizan el discurso político y convierten al adversario en un enemigo a eliminar. Deforman el debate público, destruyen las posibilidades de diálogo. Todo esto genera un escenario hostil, que pone en jaque el proyecto del constitucionalismo moderno (órdenes políticos basados en la libertad, la igualdad y la fraternidad) (MENDES, 2024).

Por todo ello, el texto constituyente del Estado requerirá, además de su válida existencia, de un grado de eficacia para garantizar la imperatividad de su fuerza normativa para defender la democracia. En este sentido se inscribe la proposición de Raúl Zaffaroni: “las leyes son vigentes cuando emanan de autoridad legítima, pero para ser Derecho requieren un mínimo de eficacia, es decir, que en alguna medida se cumplan en la realidad social” (ZAFFARONI, 2022). Nuevamente, la preocupación sobre la creación de la norma y la efectiva regulación de la realidad. Éste es el problema capital del Derecho constitucional, cuya solución se debe perseguir sin pausas y sin declinación ni abdicación sobre la normatividad de la Constitución, en correlación racional con las escenas cotidianas del presente.

Por último, aunque no haga falta escribirlo: la necesidad no crea ni justifica al Derecho de la Constitución, la suma regla del orden. No hay necesidad suprema que pueda elevarse o equiparar a la Ley fundamental. Nada posee ni debe poseer mayor jerarquía que ella como Ley Altísima. Sin impronta litúrgica: siempre sería preferible no escuchar la misa a celebrarla en los lugares donde no debe celebrársela (GRACIANO, *Decretum*). La Escritura fundamental es la única, exclusiva, excluyente e inviolable “ley suprema” para todas las autorizaciones jurídicas en el Estado constitucional. Toda habilitación que los poderes constituidos intenten en transgresión manifiesta de la normatividad de la Constitución democrática será insanablemente nula y viciada de nulidad absoluta.⁸

⁸ Agradezco los valiosos comentarios de E. Raúl Zaffaroni, Leandro Vergara, Carolina Cyrillo, Leandro Eduardo Ferreyra, María Alejandra Perícola, Diego A. Dolabjian, Mario F. Cámpora, Enrique Javier Morales, Siddharta Legale, Maite Alvado, Nerina Da Rin, Nancy Cardinaux, Francisco Balbin, Paulo Sávio Nogueira Peixoto Maia y Rodrigo Vissotto Junkes.

REFERÊNCIAS

ALBERDI, Juan Bautista. **Bases y punto de partida para la organización política de la República Argentina**: Organización política y económica de la Confederación Argentina. Besanzón, Imprenta de José Jacquin, 1856, p. 158.

BIANCHI, Alberto B. Casos “fáciles” y casos “difíciles” en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre DNU: A propósito del DNU 70/2023. **La Ley**: Buenos Aires, Argentina, n. 41, 2. ed., 13 mar. 2024. Disponível em: <https://amja.org.ar/wp-content/uploads/Bianchi-DNU-70.pdf>. Acesso em: 11 de jul. de 2024

BIDART CAMPOS, Germán J., Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho constitucional y el Derecho internacional. In: **La Constitución que dura**: 1853-2003 1994-2004. Buenos Aires: Ediar, 2004, p. 90-98.

BOVERO, Michelangelo. Autocrazia elettiva. In: **Costituzionalismo.it**. Fascicolo 2, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf>

FALLOS, CSJN: 333:633. In: **Consumidores Argentinos**. 19 mai. 2010.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Esboco sobre a Constituição**. Núcleo Interamericano de Direitos Humanos, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://nidh.com.br/raul-gustavo-ferreyra-uba-esboco-sobre-a-constituicao/>. Acesso em: 11 de jul. de 2024

FERREYRA, Raúl Gustavo. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. **Sobre el principio de la paz: La cultura de la paz**. El tópico de la teoría constitucional universal. México, D. F.: Ediar e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2021.

FERREIRA MENDES, Gilmar. **La fuerza normativa de la Constitución y la sociedad abierta**. Conferencia magna, IDP-UBA, texto gentilmente entregado por su autor, 20 mar. 2024. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2024/webinarios-la-fuerza-normativa-de-la-constitucion-y-la-sociedad-abierta>. Acesso em: 11 de jul. de 2024.

FRANCIA. [Constitución (1795)]. Disponível em: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/cf1795.htm>

GRACIANO, **Decretum** (1140).

HÄBERLE, Peter. **Sobre el principio de la paz: La cultura de la paz**. El tópico de la teoría constitucional universal. México, D. F.: Ediar e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2021.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. México D. F.: UNAM, IJ, 2003, p. 14

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho constitucional**. Madrid: CEPC, 1992, pp. 58, 59 e 65-66.

HESSE, Konrad. Constitución y Derecho constitucional. In: BENDA, Ernst. et al. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: CEPC, 1996, p. 2.

HOBBS, Thomas. **Leviatán: O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 220.

KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Madrid: Tecnos, 2008, p. 335.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del Derecho**. México D. F., Porrúa, 1991, p. 274.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del Derecho**. 2. ed., México, Porrúa, 1993, p. 23-25.

MERKL, Adolf. Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (I). **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada: Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, 2004, n.º 2, pp. 235-236 e 244.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofía del Derecho**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 148.

VALADÉS, Diego. Consideraciones preliminares. In: HÄBERLE, Peter. **Sobre el principio de la paz: La cultura de la paz**. El tópico de la teoría constitucional universal. México, D. F.: Ediar e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2021.

VON HUMBOLDT, Wilhelm. Ideas sobre el régimen constitucional del Estado sugeridas por la nueva Constitución francesa. In: **Escritos políticos**. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 78.

VON HUMBOLDT, Wilhelm. **On Language: The Diversity of Human Language-Structure and its Influence on the Mental Development of Mankind**. New York et al., Cambridge University Press, 1988, p. 91.

VON MISES, Ludwig. **La mentalidad anticapitalista**. Fundación Bolsa de Comercio de Buenos Aires, 1979, pp. 149 e 151.

VON WRIGHT, George H. Ser y deber ser. *In*: AARNIO, Aulis. et al., **La normatividad del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 99

ZAFFARONI, E. Raúl. El pueblo ante la ausencia de derecho. **La Tecl@ Eñe Revista de Cultura y Política**, 26 de diciembre de 2022. Disponível em: <https://lateclaenerevista.com/el-pueblo-ante-la-ausencia-de-derecho-por-e-raul-zaffaroni/>.

ZAFFARONI, E. Raúl. Epílogo. *In*: HÄBERLE, Peter. **Sobre el principio de la paz: La cultura de la paz**. El tópico de la teoría constitucional universal. México, D. F.: Ediar e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2021.

Sobre os(as) autores(as):

Raúl Gustavo Ferreyra | *E-mail*: rgferreyra@gmail.com

Advogado. Doutor pela Universidade de Buenos Aires. Professor Titular Regular Catedrático de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA). Professor da Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA). Consultor da Defensoría del Pueblo da Cidade Autônoma de Buenos Aires.

Artigo Convidado.