

LA CONSTITUCION COMO LA LEY FUNDAMENTAL DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

ISMAEL BUSTOS CONCHA

Profesor de Derecho Político, Universidad de Chile

“La Constitución (*politeia*), en efecto, es la organización de los poderes (*archas*) en los Estados (*polesis*), de qué manera se distribuyen, y cuál debe ser el poder soberano (*kyrion*) en el Estado y el fin (*telos*) de la comunidad (*koinonias*)”. ARISTOTELES, *La Política*, 1289, a 15.

I. INTRODUCCION

Si entendemos por *análisis* un estudio basado en algún método científico, quiere decir que el problema del *método* precede al del análisis¹. Y si esto es así, resulta lógico inferir que el problema *heurístico* es todavía anterior a ambos. De aquí las tres partes que comprende la *Introducción* al presente estudio.

1. HEURISTICA

El título de nuestra investigación —“La Constitución como la ley fundamental del ordenamiento jurídico”— indica bastante claramente su objeto material y, a la vez, sugiere de algún modo la metodología pertinente, que podría caracterizarse como *ex post*, en líneas gene-

¹ La brevedad del presente estudio no nos permite explicitar nuestra metodología. Como se trata, sin embargo, de una cuestión que reviste importancia, rogamos remitirse a nuestra *Introducción al análisis de la Constitución*, en Revista de Derecho Público, N° 29-30, enero-diciembre de 1981 (Publicación del Departamento de Derecho Público, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile).

rales. Partamos, pues, del concepto significado por la expresión aludida y, tomándolo como axioma, deduzcamos de él las consecuencias. Después, sistematicemos estas últimas en un modelo analítico que, aunque elemental, muestre el objeto formal a conocer. En suma, se trata de una metodología básicamente apodíctica, es decir, lógico-sistemática, técnicamente hablando.

2. METODOLOGIA

Toda metodología implica, además de las señaladas, otras cuestiones importantes que hay que tener en cuenta. Según el *approach* que se emplee, se plantearán asuntos de semántica, epistemología, dialéctica, etc. Respecto de uno de estos asuntos vale la pena detenerse un momento. Se trata de observar cómo la ideología del analista marca existencialmente la epistemología. Queremos decir que un tipo determinado de enfoque va a ser generado, existencialmente, por la ideología del analista. Así, por ejemplo, si el analista es existencialmente —es decir, de hecho o realmente— un demócrata, el análisis va a resultar —*velis nolis*— democrático, existencialmente o de hecho. Y algo análogo sucederá con el análisis resultante de quien no lo es: de hecho o existencialmente, ese análisis será no-democrático, quíéralo o no —sépallo o no— el analista mismo. La ideología, tratándose de materias como el Derecho Político —como son, precisamente, las que abordamos aquí—, es una especie de *Da sein* (“está ahí”) indelectible².

² “Ciertamente —como dice Karl Deutsch— no podemos prescindir totalmente de la ideología”. Y —como advierte también— “a veces sospechamos de las ideologías, porque sentimos que conduce a error; sin embargo, todos nosotros tenemos ideología, aunque algunos de nosotros tendemos a dividirlas en dos categorías: la ortodoxia (nuestras creencias) y la heterodoxia (las creencias de los otros); o nuestro campo y el otro campo, equivocada”. *Política y gobierno* (Fondo de Cultura Económica, México, 1976), pág. 21 y sig.

3. MODELO ANALITICO

Dada la naturaleza del presente trabajo, es comprensible que el modelo de análisis que ofrezcamos no pase de ser una estructura bastante simple. Con todo, esperamos que baste para expresar en alguna medida los resultados de nuestra investigación.

Primeramente, plantearemos la problemática constitucional como contexto que provee de sentido al concepto de Constitución como la ley fundamental del ordenamiento jurídico. Después, analizaremos los elementos de dicho concepto y extraeremos las consecuencias de este análisis. Finalmente, precisaremos las conclusiones generales a que hemos llegado en nuestro estudio.

II. LA PROBLEMATICA CONSTITUCIONAL

El análisis de la problemática constitucional tiene, para nuestro estudio, un triple valor. En primer lugar, sirve de introducción general al problema específico que nos ocupa, vale decir, el de la Constitución como la ley fundamental del orden jurídico. En segundo lugar, permite algunos *approaches* básicos relativos a la Constitución, como, por ejemplo, el semántico (relativo al término "Constitución") y el lógico (relativo al concepto y a la definición de Constitución). En tercer lugar, proporciona un contexto capaz de darle sentido al texto que debemos analizar, vale decir, "la Constitución como ley fundamental del ordenamiento jurídico".

1. EL TERMINO "CONSTITUCION"

En el lenguaje corriente o vulgar, las cuatro primeras acepciones de la palabra "constitución", según el *Dic-*

*cionario de la Lengua Española*³, son las siguientes: 1) acción y efecto de constituir; 2) esencia y calidades de una cosa que la constituyen tal y la diferencian de las demás; 3) forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado, 4) ley fundamental de la organización de un Estado. Las acepciones 3 y 4 las utiliza también el lenguaje jurídico, es decir, forman parte de éste. La polisemia del término, en las Ciencias Jurídicas, aumenta, además, con algunas otras acepciones, que no es del caso consignar aquí.

2. EL CONCEPTO DE CONSTITUCION

Como se sabe, el concepto es el signo del pensamiento, y del pensamiento de un objeto formal (por contraposición al objeto material). Como tal, el concepto mismo nada afirma ni niega: sólo expresa o significa. Siendo esto así, el concepto depende del punto de vista formal o *approach* que se utilice para enunciarlo, tres de los cuales interesan particularmente a nuestro estudio.

En primer lugar, el concepto de Constitución como norma (jurídica), es decir, como un deber ser; en segundo lugar, la Constitución como un hecho o *factum*, es decir, como un fenómeno político o atingente al poder (político); y, en tercer lugar, como una relación recíproca entre norma y *factum*, y viceversa. Los *approaches* respectivos, que se ponen en el punto de vista formal de cada uno de estos conceptos, dan origen a otros tantos análisis de la Constitución. Así, tenemos, primeramente, el *approach* jurídico o deontológico de

³ Contrariamente a lo que podría parecerle al lego, un buen tratadista no desdenará comenzar a referirse a un concepto analizando, primeramente, el término respectivo. Así, por ejemplo, el ilustre MacIlwain comienza su análisis de la antigua concepción de la Constitución con una cita del famoso *Diccionario* de Oxford (*Constitucionalismo antiguo y moderno*, Nova, Buenos Aires, 1958, pág. 36).

la Constitución y el respectivo análisis, que interesan esencialmente a la Ciencia del Derecho y al Derecho Constitucional; luego, el *approach* empírico o fenomenológico de la Constitución y el respectivo análisis, y, finalmente, el *approach* que, a falta de una expresión consagrada, podría denominarse relacional o (quizá mejor) dialéctico o existencial (recordando a Loewenstein), dada su naturaleza óntico-deontológica. Este *approach* y su consiguiente análisis son los propios, típicos o característicos del Derecho Político, tal como nosotros lo entendemos y, por tanto, los que asumiremos normalmente aquí.

3. EL CONCEPTO DE CONSTITUCION COMO LA LEY FUNDAMENTAL DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

Como se sabe, es éste uno de los conceptos más conocidos, empleados y analizados de Constitución. Obviamente, hace referencia o dice relación con el concepto de Constitución como norma (jurídica), dado que la especie "ley" pertenece al género "norma", en la sistemática del Derecho. La utilidad de este concepto o modo de conceptualizar a la Constitución deriva, sobre todo, del hecho de proporcionar un *approach* (y el consiguiente análisis) de naturaleza jurídica. También es muy sabido cuán caros son este tipo de *approach* y de análisis a la dogmática jurídica, especialmente a la de tendencia kelseniana.

4. LA DEFINICION DE CONSTITUCION

A diferencia del concepto que, por sí mismo, no afirma ni niega nada, el juicio consiste precisamente en afirmar algo de algo; es decir, en unir dos conceptos afirmando (o negando) el uno del otro, cosa que se hace mediante el verbo "ser" o cópula. Tal ocurre cuando se dice que "la Constitución es la ley fundamental del ordenamiento jurídico". Esta observación resulta

indispensable cuando se quiere abordar el problema de *la definición*. Esta no es, en efecto, otra cosa que un juicio explicativo, aclaratorio o delimitativo del objeto definido.

De los varios tipos de definición que pueden darse, la más importante para nuestros propósitos es la que expresa la esencia lógica de lo definido, enunciando el género próximo y la diferencia específica. Tal cosa se da, precisamente, si definimos la Constitución como "la ley fundamental del ordenamiento jurídico".

Pero hay más, y es que las definiciones no son juicios aislados —por así decirlo—, sino integrantes de un sistema de conocimientos o estructura científica. Tal es el caso, precisamente —agreguemos— de la aludida definición de Constitución, referible, en general, a la Ciencia jurídica, y al sistema o estructura de pensamiento que implica nuestro estudio.

III. LA CONSTITUCION COMO LA LEY FUNDAMENTAL DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

Esta problemática la abordaremos en dos etapas. Primeramente, analizaremos este concepto en sus elementos estructurales, vale decir, la Constitución: 1) como *ley*; 2) como *ley fundamental*, y 3) como *la ley fundamental* (del ordenamiento jurídico). Este análisis exige, lógicamente, el del ordenamiento jurídico, que también haremos aquí. Finalmente, deduciremos las conclusiones de dicho análisis, relativas a: 1) la *hermenéutica* o interpretación de la Constitución; 2) la *praxis* o aplicación de la misma, y 3) la *judicatura* constitucional.

Sección I

ANÁLISIS DE ESTE CONCEPTO

1. LA CONSTITUCION COMO LEY

En el lenguaje jurídico, el término "ley" tiene varios significados. Dos de ellos son tenidos generalmente como fundamentales, a saber:

a) *Stricto sensu*, la expresión designa a la norma jurídica legislada, es decir, producida por el Poder Legislativo. Como tal, se distingue de la Constitución (originada en el Poder Constituyente), del Reglamento (generado en el Poder Ejecutivo) y de la Sentencia (procedente del Poder Judicial). Para nuestro análisis, no interesa particularmente este significado restringido del término.

b) *Lato sensu*, el término "ley" es sinónimo de norma jurídica positiva o estatal, como se suele decir. De los dos mencionados, éste es el significado que interesa a nuestro análisis, de modo que procederemos a desarrollar el concepto respectivo a tenor de lo que usualmente se tiene por tal. En lógica, esto equivale a determinar la comprensión del concepto, lo que también equivale a dar la definición del término respectivo. Recordemos, pues, que en este sentido, la ley es una norma jurídica positiva, generada por el poder estatal, el que, asimismo, garantiza coactivamente su aplicación, instituyendo, a tal efecto, los órganos, procedimientos y acciones, jurídicos del caso. De modo que, cuando se dice que la Constitución es una ley, se hace referencia al término en su sentido amplio o, lo que es equivalente, se alude al segundo de los conceptos mencionados. Ello significa, lógicamente, atribuirle a la Constitución las notas características de la ley *lato sensu*, es decir, su positividad o estatalidad, coercitividad, etc.

2. LA CONSTITUCION COMO LEY FUNDAMENTAL DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

Lógicamente, se plantea aquí, en el carácter de previa, la cuestión de qué sea el ordenamiento jurídico, por cuanto se dice de él que contiene, dentro de sí, a la Constitución, a título de ley fundamental del mismo. De modo que, determinado este concepto, se posibilita el análisis de la Constitución como ley fundamental del ordenamiento jurídico. Procederemos, pues, a tenor de lo dicho.

a) EL CONCEPTO DE ORDENAMIENTO JURÍDICO

Esta cuestión se puede analizar desde dos puntos de vista, según sea el *approach* (formal o material) que se utilice al efecto.

1. *Materialmente*, el ordenamiento puede conceptuarse como el conjunto de las normas (jurídicas), de toda clase, de un Estado. En otras palabras —tal vez más técnicas— la estructura jurídica estatal, de la cual son elementos constitutivos las diversas normas que la integran, cualquiera sea la naturaleza específica de éstas.

2. *Formalmente*, el ordenamiento jurídico es la jerarquía (o sistema jerárquico) a que pertenecen o se hallan afectas las normas, dentro del conjunto o estructura que las engloba. Es decir, el orden de supra y subordinación que se da o debe darse entre las diversas normas que, lógicamente, se las supone de diversa especie, categoría o naturaleza.

b) EL CONCEPTO DE LEY FUNDAMENTAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Este concepto se puede enunciar, también, desde dos diferentes punto de vista, dependiendo ello del *approach*.

1. *Materialmente*, ley fundamental del ordenamiento jurídico lo es toda aquella que, sólo por la importancia especial que se le reconoce o atribuye (y al margen de toda consideración respecto a las formalidades relativas a su aprobación), se califique de tal. Así, por ejemplo, pueden conceptualizarse como fundamentales, respecto del ordenamiento jurídico británico, los *statutes* del Reino Unido referentes a la monarquía, la sucesión al trono o la regencia.

2. *Formalmente*, puede conceptualizarse como ley fundamental del ordenamiento jurídico toda aquella que recibe tal carácter de ese mismo ordenamiento, ya sea en forma expresa o tácita, y sea cual fuere la importancia real o intrínseca de dicha ley. Así sucede —pongamos por caso— con las normas que, incorporadas a un texto constitucional, tratan de asuntos como los relativos a las faenas de matanza o beneficio del ganado, ejemplo que tomamos de la Constitución suiza (Art. 25 bis y transitorio 12).

C) EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN COMO LEY FUNDAMENTAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Esta cuestión se puede analizar, también, desde los dos puntos de vista empleados anteriormente.

1. *Materialmente*, la Constitución puede conceptualizarse como ley fundamental del ordenamiento jurídico en cuanto sus normas fijan lo que, generalmente, se llaman “las reglas del juego” (político), circunstancia que se comprende con sólo considerar que ella es la Constitución *política* del Estado (aunque se exprese o consigne jurídicamente). Además, las normas de la Constitución son fundamentales por cuanto expresan —como dice Loewenstein— el *telos* político del Estado, y porque, al mismo tiempo, la Constitución es —parafraseando a dicho tratadista— la *techné* básica (y su-

prema), al servicio de aquél. En el constitucionalismo democrático, como se sabe, las reglas del juego dicen relación esencial con la separación de los poderes y las garantías individuales. Aquí, la referencia obligada la constituyen los *bills of rights* británico (1689) y americano (1789) y, sobre todo, la famosa *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789).

2. *Formalmente*, la Constitución puede conceptualizarse como ley fundamental del ordenamiento jurídico en cuanto sus normas conforman la base y, al mismo tiempo, la cúspide de dicho ordenamiento, es decir, en esas normas se basan todas las otras, sin excepción. O, aun —y dicho de otro modo—, la Constitución es ley fundamental del ordenamiento jurídico en cuanto contiene las normas supremas a las cuales deben subordinarse todas las restantes, por hallarse la Constitución supraordinada a su respecto. Aquí, el análisis de Kelsen (o, más generalmente, *à la kelsenienne*, si se nos permite la expresión) es, obviamente, el análisis paradigmático por excelencia⁴.

3. LA CONSTITUCION COMO LEY FUNDAMENTAL DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

El que la Constitución sea *la* ley fundamental del ordenamiento jurídico supone, lógicamente, que este último es uno solo, y que tiene un solo fundamento. Si esto se da por demostrado, como asimismo que la Constitución es una ley fundamental, se deducirá de todo ello que la Constitución es la sola y única ley fundamental del ordenamiento jurídico. Si a esto se agrega la conside-

⁴ Esta referencia a KELSEN no debe entenderse en otro sentido que no sea el puramente metodológico. Así, también —según nos parece— DUVERGER en *Institutions politiques et Droit constitutionnel* (Presses Universitaires, Paris, 1978), pág. 18.

ración de que la Constitución es la Constitución *política* del Estado, se tiene con ello abierta una problemática, un *approach* y un análisis de la mayor relevancia para nuestra investigación.

Ahora bien, puesto que el objeto de nuestro estudio es la Constitución *política* del Estado, cabe analizar el ordenamiento jurídico como *techné (general)* del *telos* estatal. Y, siendo éste de naturaleza política, el referido ordenamiento sólo puede ser *formalmente* jurídico: materialmente, no podrá menos que ser también político. Por lo mismo, el ordenamiento jurídico tiene, a más de su fin inmanente o propio, un fin trascendente: el *telos* del Estado que, llámase como se quiera (bien común, bien público, interés público, etc.) es, en todo caso, un fin político por naturaleza. El ordenamiento jurídico debe responder, pues, al *telos* del régimen político y su unidad a la unidad de éste.

Los medios —es bien sabido— deben conmensurarse al fin. Como *techné*, el ordenamiento jurídico tiene su razón de ser en el *telos* al que debe servir. El texto jurídico recibe su sentido, semánticamente hablando, del contexto político.

De lo anterior se deducen diversas consecuencias estrechamente relacionadas con la Constitución, algunas de las cuales, por ser relevantes para nuestros propósitos, debemos recogerlas aquí.

En primer lugar, aquella referente a que la Constitución política, por ser tal, sólo es jurídica formalmente; materialmente, no puede menos que ser política, como por lo demás, lo dice claramente el calificativo que se agrega al nombre. Luego, cabe observar que el fin trascendente de la Constitución se identifica con el *telos* del régimen político estatal. De éste recibe ella su razón de ser, y su unicidad responde y corresponde a la del mismo. Finalmente, y en el plano semántico, el texto constitucional recibe su sentido del contexto político, donde quiera que se encuentre éste, y hállese él

tácito o expreso⁵. Son, todos ellos, principios indispensables a los fines de interpretar y aplicar la Constitución. Siendo ésta la ley fundamental —es decir, sola y única— del ordenamiento jurídico, no podía lógicamente suceder de otro modo.

Sección II

COROLARIOS DEL ANALISIS

1. LA HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL

En general, toda hermenéutica de un texto precede a su intelección. La interpretación de la Constitución precede, lógicamente, a la aplicación, práctica o praxis de la misma. Aplicar una norma implica haberla ya interpretado.

Interpretar, por otra parte, no es otra cosa que determinar el sentido de un concepto. Este concepto, en nuestro caso, es aquel que contiene la norma, y gracias al cual ésta se hace manifiesta al entendimiento. El término, frase o texto expresa, finalmente, a dicho concepto, con lo que la secuencia lógico-semántica queda constituida así: término-concepto-norma.

Ahora bien, los conceptos —como se sabe— no llegan a la inteligencia sino a través de ese signo sensible que es el término —palabra, frase o texto—. Resulta así que la interpretación de la norma no sólo exige determinar el sentido del concepto que la expresa, sino también precisar el sentido del texto que, a

⁵ La interpretación del texto constitucional —ha podido decirse— debe inspirarse en los valores co-esenciales de la forma de Estado porque constituyen la esencia de la Constitución; y, aun cuando no se hallen formulados expresamente, los supone el sistema mismo, que debe ser reconstruido a partir de dichos valores (C. MORTATI, *L'interpretazione della Costituzione*. Enciclopedia del Diritto, XI, 181, GIUFFRÉ, Varese, 1962).

su vez, expresa a ese concepto. Como consecuencia de esto, toda hermenéutica comprende tres etapas, cada una de las cuales consiste en determinar 1) un texto, 2) un concepto, y 3) una norma.

Por otra parte, como para determinar el sentido de un texto es preciso tener a la vista el contexto respectivo, se plantea inmediatamente el problema de determinar, previamente, ese contexto que le va a dar sentido al texto de que se trata. En nuestro caso, se trata de precisar concretamente cuál es ese contexto —preconstitucional o metaconstitucional— que le da sentido al texto de la Constitución. Ya sabemos —lo hemos visto anteriormente— que el contexto conceptual de la Constitución viene dado por el *telos* propio del régimen político. Pero el problema aludido es otro, aunque relacionado, vale decir, determinar el contexto *semántico* correspondiente, que es aquel por el cual, lógicamente, hay que empezar.

Y bien, no es difícil resolver este problema si se lo plantea con una metodología apropiada, como la que proporciona el análisis que hemos hecho en la sección anterior. Desde luego, ese contexto que se trata de encontrar puede asumir diferentes formas que, resumiéndolas, son aproximadamente las siguientes.

1. Una primera forma es la consistente en un texto expreso, es decir, escrito en uno o más documentos. A veces, este documento precede materialmente al texto mismo de la Constitución, del cual es como su *preámbulo* y, efectivamente, lo es y se le denomina así ⁶. Otras

⁶ Como dice el eminente Prof. Wheare, poner un preámbulo a la Constitución no sólo es posible sino deseable; pero, como él también advierte, la Constitución misma —no ya su preámbulo— es un documento jurídico que, como tal, debe limitarse a establecer normas, que no buenos propósitos. Así, pues, a diferencia de lo que es posible, y aun deseable, en los preámbulos, en el texto mismo de las constituciones habrá que excluir todo aquello no susceptible de ser considerado como una norma jurídica. (*Las constituciones modernas*. Labor, Barcelona, 1971. Págs. 53 a 55).

veces, se trata de un documento aparte que, cronológicamente hablando, sigue a la Constitución o la ha precedido. El primer caso se da en situaciones como el *Bill of rights* americano, aprobado dos años después de la Constitución y que, formalmente, constituye las *Enmiendas* 1 al 10 de esta última. El segundo caso se da en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* que, aunque data de 1789, la Constitución francesa de 1958 la ratifica en su Preámbulo.

2. Otras veces, el referido contexto se encuentra en documentos como las Actas de la Asamblea Constituyente respectiva, textos de fácil consulta al que se tenderá a recurrir, preferentemente, cuando la Constitución no venga precedida de un preámbulo *ad hoc*.

3. En otras oportunidades, el contexto se hallará en los escritos ideológicos —manifiestos, declaraciones, discursos, etc.— que expresen la ideología del régimen político respectivo. No habrá ninguna dificultad en ubicar esos textos cuando existe una ideología oficial por que, en tal caso, generalmente hay disponible una literatura oficial. Pero tampoco habrá mayor dificultad para encontrar los textos adecuados cuando, a pesar de no haber una ideología oficial, la hay de un modo implícito, tácito o latente. Esto vale no sólo para el constitucionalismo moderno sino también para —pongamos por caso— la democracia ateniense (piénsese, por ejemplo, en el famoso discurso de Pericles en los funerales de Temístocles).

4. Finalmente, mencionemos también los casos en que ese contexto habrá que encontrarlo en el pensamiento religioso, por tratarse de regímenes políticos que se basan en él, directa o indirectamente. Esta situación puede referirse a diversos credos e implicar una mayor o menor necesidad de dirigirse a textos sagrados. La práctica del constitucionalismo democrático apenas si

hallará problemas a este respecto, no pudiendo decirse lo mismo, tal vez, tratándose de situaciones como la de los países islámicos, cuyos sistemas jurídicos y/o regímenes políticos se basan confesadamente en el Corán.

Ahora bien, cualquiera que sea la forma que asuma el texto pre o metaconstitucional que le da sentido a la Constitución, la referencia a un *telos* y a un *arché* políticos resulta ineludible. La hermenéutica de la Constitución exige, pues, remitirse finalmente a la ideología que ella recoge, expresa y sanciona jurídicamente en su texto⁷. La interpretación convierte los principios políticos de axiológicos en axiomáticos, es decir, infiere de aquéllos, apodícticamente, el sentido auténtico o genuino del texto constitucional⁸.

Desde otro punto de vista, sería fácil observar que, después de todo, lo dicho no constituye mayor novedad para el historiador del Derecho constitucional o para el teórico de éste. En efecto, la historia del constitucionalismo —y, especialmente, del constitucionalismo moderno— consigna la preocupación constante por ha-

⁷ La Constitución —decía el insigne Couture— es un cúmulo de normas, desarrollo o expresión de una serie de ideas que los autores de dicho texto consignan habitualmente en el Preámbulo del mismo. La sentencia —agregaba a este respecto— es el acto de valoración jurídica de los contenidos constitucionales, de modo que, por dentro de la fidelidad a los textos debe circular la fidelidad a los supuestos dogmáticos de los mismos (*Estudios de Derecho procesal civil*, tomo I; Ediar, Buenos Aires, 1948; págs. 74 a 76).

⁸ ... "the general principles of the constitution (...) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the courts; whereas under many foreign constitutions the security (...) given to the rights of individuals results, or appears to result, from the general principles of the constitution", decía el insigne Dicey (*Introduction to the study of the law of the constitution*, 10th. ed; London, MacMillan, 1960; pág. 195 y sig.). Nuestra distinción entre las normas constitucionales y el *telos* político que las inspira precave contra la ironía diceyana de que, entre nosotros, los principios constitucionales deriven de ... los principios constitucionales.

cer de la Constitución un vehículo de ideales, valores y principios y, al mismo tiempo, un arma para la eficaz defensa de los mismos. E, igualmente, el pensamiento del constitucionalismo democrático —que se identifica con el del constitucionalismo moderno— afirma decidido que la Constitución no es sino la expresión jurídica de un *telos* y un *arché* de naturaleza política. Observaciones que, como se comprenderá —digamos finalmente— no hacen sino avalar, por lo menos en forma indirecta, la tesis que venimos sustentando: la Constitución o no tiene sentido, o éste lo toma de los principios, valores e ideales políticos que la inspiran. ¿No estamos hablando, acaso —repetimos— de la Constitución *política* del Estado?

2. LA PRAXIS DE LA CONSTITUCION

La aplicación, práctica o praxis de la ley se refiere al cumplimiento de ésta y, por ende, se relaciona con la eficacia de la misma, es decir, con su observancia. Esta aseveración puede formularse también a propósito de la Constitución, en tanto cuanto es la ley fundamental del ordenamiento jurídico. Esto último, lógicamente, le da una relevancia extraordinaria a la praxis constitucional. De ésta dependerá, en definitiva, la eficacia del ordenamiento jurídico *in actu*, es decir, el cumplimiento efectivo del derecho y su real observancia⁹.

Como la aplicación de la Constitución exige la determinación previa de su sentido, es obvio que ella viene precedida por la hermenéutica. Así, la metodología respectiva implica, al menos, las siguientes etapas: 1) sentido, 2) interpretación, y 3) aplicación. Esta última agota, pues, el *iter* de la Constitución; es decir, en la praxis de ésta desemboca la dinámica constitucional.

⁹ El derecho —se ha dicho— es un plebiscito que se repite diariamente en la interpretación de la ley (W. GOLDSCHMIDT, *Conducta y norma*, Abelando, Buenos Aires, 1955, pág. 226).

En general, la aplicación de la Constitución incumbe a todos: gobernantes y gobernados, ciudadanos y autoridades, destinatarios y detentadores del poder. Pero, en especial, incumbe a estos últimos, vale decir, a los poderes públicos: Legislativo (a través de la legislación), Ejecutivo (a través de la administración) y Judicial (a través de la jurisdicción). Ahora bien, de entre éstos, es el Poder Judicial el que interesa, de un modo más particular, a nuestra investigación. Veamos por qué.

3. LA JUDICATURA CONSTITUCIONAL

Desde luego, observamos la riqueza de la estructura que conforman el Poder Judicial, la función jurisdiccional y la sentencia. Y, dentro de esta última, distingamos sus diversos elementos, como la acción y el procedimiento. Es todo un mundo, particularmente interesa para el jurista por su esencial relación con el derecho, y particularmente importante para el ser humano por su vital referencia a la justicia ¹⁰.

Al Poder Judicial le incumbe, de un modo muy especial, la aplicación de la ley y, por lo mismo, su interpretación, observación que vale, sobre todo, tratándose de la Constitución por ser, ésta, la ley fundamental del ordenamiento jurídico ¹¹. Un largo proceso

¹⁰ Como enseña CALAMANDREI, "los derechos no acompañados de esta inmanente seguridad de la concreta garantía judicial, es como si no existieran"; y, como él también observa, "ésta es, en el fondo, la concepción romana de la acción". *Los estudios de Derecho procesal en Italia* (Europa-América, Buenos Aires, 1959, pág. 139).

¹¹ El instante supremo del derecho —escribía el ilustre COUTURE— no es el de los textos constitucionales ni legales, sino aquel en que el juez profiere sus afirmaciones en la sentencia: "ésta es la justicia que para este caso está anunciada en el Preámbulo de la Constitución". Y a eso agregaba que la sentencia es la proclamación de la Constitución y su prueba de cada día: la Constitución vive en tanto que los jueces la aplican, si no, muere. (*Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I; Ediar, Buenos Aires, 1948; pág. 95).

histórico, hermanado a una constante doctrina, han originado y desarrollado, a este respecto, un completo sistema de funciones, principios y facultades. Así, la Judicatura constituye, antes que nada y esencialmente, un poder público. Como tal, el Poder Judicial imparte justicia en nombre del Pueblo y en su representación¹², concepto que implica el de la Soberanía popular¹³. Es un poder independiente, independencia que le viene garantida por otro de los grandes principios de la democracia constitucional, a saber, la separación de los poderes. Goza de la *cosa juzgada*, de la que no gozan ni la ley ni el reglamento (que son esencialmente revocables), y, en cierto sentido, ni siquiera la Constitución misma. Y esta cosa juzgada se tiene, además, nada menos que por la verdad: *res iudicata pro veritate habetur*¹⁴. En este sentido, la sentencia sólo puede compararse al *telos* y *arché* que, como hemos visto, le dan su sentido a la Constitución.

Tal situación de privilegio se explica no sólo por razones históricas o de conveniencia práctica, sino también por razones doctrinarias. Si la Judicatura no

¹² Cuando los tribunales administran justicia —se ha dicho— expresan legítimamente la voluntad del pueblo, en cuyo nombre pronuncian constitucionalmente la sentencia (F. Lancellotti, *Sentenza civile*, Novissimo digesto italiano, XVI, 1030, Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966).

¹³ La designación de los jueces por elección popular, aun cuando responde plenamente a la teoría del constitucionalismo democrático, no se practica hoy día sino en ciertos países, v. gr. Suiza, los Estados Unidos y la Unión Soviética. El derecho anglosajón visualiza a la Judicatura (*bench*) y la Abogacía (*bar*) como partes de una misma estructura; así, en el Reino Unido, los jueces salen de las filas de los abogados eminentes. En los Estados Unidos, se agregan a los anteriores algunos altos funcionarios públicos, como el *Attorney General* o el *Solicitor General*.

¹⁴ El momento del juicio —escribe un ilustre procesalista italiano— es verdaderamente el momento culminante del ordenamiento jurídico: el momento en que éste celebra el rito de su juridicidad (R. ORESTANO, *L'azione in generale*, Enciclopedia del Diritto, IV, 821, Giuffré, Varese, 1959).

estuviera habilitada para llevar a cabo su cometido, las garantías constitucionales no serían tales, la supremacía constitucional, *in solidum*, se haría inoperante y la misma Constitución dejaría de serlo o, lo que da igual, lo sería sólo semánticamente. Por esto es que los tribunales están obligados a administrar justicia aun cuando no haya ley que aplicar al respecto, porque siempre habrá una Constitución allí y, más que eso, habrá unos principios y unos fines que interpretar y que aplicar. Este *arché* y este *telos* son —si se nos permite la expresión— el prólogo del ordenamiento jurídico, del cual la sentencia es como su epílogo.

Todo esto cobra, naturalmente, una extraordinaria fuerza si se lo plantea en su contexto doctrinario auténtico o genuino, vale decir, el constitucionalismo democrático. Piénsese, por ejemplo, en los derechos individuales, cautelados jurídicamente en las garantías constitucionales, y obsérvese cómo no operaría realmente tal caución si los Tribunales no pudiesen pronunciarse acerca del caso particular¹⁵. Y esta posibilidad, como es bien sabido, se atribuye —en el constitucionalismo democrático— a la separación de los poderes, principio que garantiza la independencia de la Judicatura. “Toda sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”, tal reza el texto, que no podría preterirse aduciendo que su denotación es vaga e imprecisa, porque su connotación es, por el contrario, rica y generosa.

Se comprende, pues, que si el constitucionalismo democrático tiene en tan alta estima a la Judicatura

¹⁵ Recordando que, según la Constitución argentina, las garantías individuales deben ser hechas efectivas aunque no haya ley al respecto, recuerda también un ilustre jurista de esa nacionalidad que una garantía que carezca de protección jurídica no pasa de ser una declaración lírica (H. ALSINA, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, 2ª, ed.; Ediar, Buenos Aires, 1956; pág. 23).

en general, en una mucho mayor ha de tener a la que dice relación, directa o inmediata, con materias esencialmente constitucionales. Cuestiones como las relativas a los derechos individuales, por ejemplo, lo son en el especial sentido de que constituyen parámetros insustituibles para determinar el sentido de la Constitución. La razón de ello es que esos derechos —como la separación de los poderes o la soberanía popular— son parte esencial de los principios, valores e ideales políticos del Estado. De modo que los tribunales, las acciones o recursos, los procedimientos y las sentencias a ellos referentes, forman como una categoría especial y, desde luego, como supraordinada al resto. Es que esos principios, valores e ideales políticos —que registra, traduce y garantiza jurídicamente la Constitución— son los mismos que los Tribunales deben precisar, interpretar y aplicar existencialmente en sus sentencias. Y, ello, en un fallo que, teniendo el valor de cosa juzgada, ha de tenerse por la verdad, es decir, por la verdad última y definitiva, de una vez y para siempre, de todo el ordenamiento jurídico estatal.

Ahora, si apartamos nuestra mirada de la doctrina y la dirigimos a nuestro alrededor, observemos, al respecto, algunos hechos especiales. En primer lugar, lo que se ha llamado el deterioro de la Constitución, expresión con la que quiere aludirse a cierta pérdida de prestigio, a cierta indiferencia o, aún, a cierta erosión —según se ha dicho— de la conciencia constitucional misma. Igualmente, se ha insistido en la disminución de la importancia, real y efectiva, del Poder Legislativo propiamente tal, atribuyéndola no a un propósito consciente y voluntario, sino a circunstancias de hecho que hacen, de dicho Poder, un instrumento lento para la urgencia con que, de ordinario, se plantean hoy día los grandes problemas de los Estados. Finalmente, se constata la creciente importancia de la Administración, sobre todo, si se la compara con la de la Legislatura, según acabamos de decir. Ella se debe, obviamente, no

sólo al aumento del poder de la burocracia y la tecnocracia actuales, sino también al acrecentamiento de las responsabilidades del Poder Ejecutivo. Por supuesto que todas estas observaciones se refieren a las democracias constitucionales y las formulan tratadistas de orientación democrático-constitucional.

De lo anterior se deducen, explicablemente, las nuevas responsabilidades de la Judicatura en el plano constitucional. Todas ellas buscan, desde luego, la superación de los problemas aludidos a través de un robustecimiento del Poder Judicial¹⁶. Así, por ejemplo, se lo ve como una especie de *countervailing power* o poder compensador —según la expresión consagrada— del Ejecutivo, sea como administrador o como gobernante. Dígase lo mismo del proceso de extensión y profundización de la función judicial, como contralora de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico¹⁷. Aquí, con toda razón, el paradigma es la Constitución de Bonn, aunque también es un buen ejemplo la italiana, de 1947. Finalmente, atendamos a que se empleen expresiones nuevas, o que se hallaban en desuso, como la de *Justicia Constitucional*, con las cuales se trata de subrayar la importancia que adquieren, hoy día, las

¹⁶ Uno de los fenómenos más característicos en la evolución del Estado democrático constitucional —decía Loewenstein— ha sido el ascenso del Poder Judicial a la categoría de auténtico tercer detentador del poder. Aunque este proceso se inició primeramente en los países anglosajones, pasó también al resto, y actualmente las constituciones le otorgan al referido Poder una posición que, en algunos casos, aparece hasta como superior al del Ejecutivo o al del Legislativo. (*Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, pág. 304).

¹⁷ El Constitucionalismo —observa un notable maestro argentino— reposa en dar la mayor jerarquía al Poder Judicial cuando se trata del orden jurídico propiamente tal. Sin un poder jurídico guardián de la Constitución, el Constitucionalismo pierde toda su eficacia. El Poder Judicial es el encargado de mantener la voluntad constituyente, y es en nombre de ésta que debe hacer prevalecer la supremacía constitucional (C. SÁNCHEZ VIAMONTE, *El Constitucionalismo*, Buenos Aires, 1957, pág. 86).

funciones, órganos o decisiones de la Judicatura en relación con las materias constitucionales.

IV. CONCLUSION

No obstante el carácter evidentemente sucinto del presente estudio, intentaremos un resumen final destinado a recoger, al menos, algunas de sus conclusiones generales.

a) La Constitución *politica* del Estado es la expresión jurídica del régimen político, de modo que éste le da sentido a aquélla como el fin le da sentido a los medios. El régimen político, a su vez, es expresión de los principios y fines que lo caracterizan, los cuales pueden o no hallarse consignados en un documento. En caso afirmativo, éste es el contexto que fija el sentido del texto constitucional. Generalmente, tal documento puede revestir la forma de Preámbulo de la Constitución, *Déclaration des droit*, *Bill of rights*, etc.

b) La Constitución o no tiene sentido o lo toma de los principios y fines del régimen político, del cual ella constituye su garantía jurídica. La aplicación de la Constitución exige su previa interpretación, la que, a su vez, exige remitirse necesariamente a valores. En este sentido, la ideología no está ausente en la praxis y la hermenéutica de la Constitución, como tampoco estuvo ausente en su génesis. La axiología constitucional no es más que otro nombre de la axiología implícita en su *arché* y su *telos*.

c) La aplicación de la Constitución —y, por lo tanto, su interpretación— le está especialmente confiada al Poder Judicial. Diversas razones, de hecho y de derecho, explican y justifican tal determinación. En primer lugar, se trata de uno de los poderes públicos y, como

tal, representante del pueblo y de su soberanía. En seguida, sus miembros son expertos en Derecho y especializados en problemas jurídicos. Además, sus resoluciones son la última palabra del ordenamiento jurídico, revestidas, como están, de la autoridad de cosa juzgada. Finalmente —y para no referirnos sino a lo más esencial— los Tribunales son como la garantía de las garantías constitucionales, es decir, de uno de los principios esenciales del constitucionalismo moderno. La expresión *Justicia Constitucional* no hace sino subrayar, semánticamente, la actualidad de un concepto que tiene en la historia y en la doctrina la razón de su vigencia.

En suma, como decía Kelsen, existe una norma básica de todo el ordenamiento jurídico, incluyendo a la Constitución. Sólo que ella no es una ficción, sino una realidad, y no es jurídica sino política. Esa norma básica son el *arché* y el *telos* de la Constitución, es decir, los principios y los fines políticos que le dan a ésta su sentido, y respecto de los cuales la Constitución es, a su vez, la *techné* jurídica fundamental.