

TRANSCRIPCIÓN DEL AUDIO DEL DR. DANIEL SABSAY

“EL CONSTITUCIONALISMO”

Soy Daniel Alberto Sabsay, profesor de Derecho Constitucional, soy profesor titular y el día de hoy vamos a hablar sobre el Constitucionalismo, que es donde empieza precisamente nuestra materia.

El constitucionalismo es un movimiento de ideas que se desarrolla a lo largo del Siglo XVIII y sobre cuyos orígenes, e inclusive su evolución, no es mucho lo que se ha escrito sin embargo es importante tener en cuenta que son las ideas que se van germinando en la revolución inglesa y que luego se concretan en las revoluciones que marcan el advenimiento de un sistema político distinto como es la democracia, me refiero a las revoluciones americana y francesa.

El gran objetivo del constitucionalismo es la posibilidad de estructurar un modo de relación con el poder que lleve a su limitación. La posibilidad de esta limitación se da, en primer término, a partir de la garantía de los derechos de las personas. Esos derechos, que no habían sido reconocidos en el pasado, no olvidemos que el constitucionalismo se va germinando mientras en Europa se desarrolla uno de los sistemas más totalitarios, me refiero a la monarquía absoluta. Bajo este régimen las personas eran meros súbditos de un monarca en cuya cabeza coincidía la titularidad de la soberanía una de las principales modificaciones que se generan precisamente con el constitucionalismo es una suerte de traslado de rotación. La soberanía pasa del soberano gobernante al soberano pueblo, el pueblo es el titular de la soberanía y por lo tanto en adelante el único modo por el cual se va a legitimar el poder va a ser precisamente por el acceso de las autoridades a través del pronunciamiento del pueblo por medio de un instrumento bien claro y específico que es el sufragio.

Esto es en el pasado, en cambio se materializaba a partir de las fuerzas ya que el acceso a prácticamente todos los sistemas políticos que se conocieron hasta ese momento se justificaba o se materializaba era una cuestión fáctica por el ejercicio de las fuerzas. Por supuesto que se encontraban distintas argumentaciones para no expresarlo con esas palabras. Se hablaba, por ejemplo, en la monarquía absoluta que el monarca gobernaba por voluntad de Dios. Eran las voluntades divinas la que justamente le permitía a una determinada familia gobernante la posibilidad de acaparar el poder. Sin embargo si nosotros seguimos ese curso de la historia fue el tiempo en que esa familia monárquica podía prevalecer por medio de las fuerzas, como dijimos previamente que ella gobernaba más allá de la justificación divina, del ejercicio de ese poder. Entonces, ese salto hacia la titularidad de la soberanía en manos de los gobernados, el pueblo como pueblo elector en su conjunto va a generar una etapa totalmente diferente en el ejercicio del poder, el poder como dijimos previamente debe ser limitado y todo el andamiaje jurídico que se lleve a cabo debe estar destinado a conducir a esa limitación.

Una primera limitación es precisamente el reconocimiento de los derechos de las personas como algo absolutamente inherente a ellas. Les pertenece como el cuerpo y la cabeza y las extremidades. No es algo que se concede ni que se da graciosamente como eran algunos privilegios que los monarcas les brindaban a sus súbditos por motivos exclusivamente relativos al poder. Es algo que le pertenece a la persona, al hombre por su condición de tal y por lo tanto el poder debe hacer como primer gran límite a su ejercicio todo lo necesario en el ejercicio de su autoridad para que sean respetados de manera absoluta por supuesto con las mismas restricciones que el texto constitucional incluya pero dentro de ese marco jurídico previamente establecidos.

Y ya que hablamos del marco jurídico, previamente establecido, ésta es otra gran idea del constitucionalismo: la materialización de un sistema de un régimen político que se conoce bajo el nombre de Estado de Derecho, que importa el encuadramiento previo de todas las decisiones gubernamentales a partir del marco jurídico preestablecido. Es decir, es la enorme lucha entre la autoridad que ejerce el poder y el derecho previo que lo limita y que hace previsible el ejercicio de esa autoridad y, por lo tanto, impide que se salga de su juicio normal que es el que marca ese marco jurídico. Ese marco jurídico tiene además una estructura en cuyo vértice superior está la Constitución del Estado. Acá aparece además el término que le da el nombre tanto al movimiento de ideas, que abrevó en tan importantes movimientos, como son el iluminismo, el enciclopedismo que es sobretodo desarrollado en Francia en el siglo XVIII y dentro de esas ideas aparece la necesidad de que exista una Constitución como norma jurídica fundamental del Estado a partir de la cual todas las demás normas y decisiones del poder deban necesariamente estar encuadradas.

Respetar el contenido de esa Constitución, ¿por qué? Porque es un rasgo fundamental del Constitucionalismo es erigir en supremo una Constitución, es decir, el principio de supremacía de la Constitución, que también coadyuva a otro principio fundamental que es el de seguridad jurídica que apunta, como decíamos previamente, a la previsibilidad y a la posibilidad de conocer con anticipación el rumbo de las decisiones estatales puedan o deban tomar. Pero en el marco de la limitación del poder es la manera cómo se estructura dentro del gobierno donde surgen una de las creaciones más innovadoras y sugestivas del constitucionalismo y que viene de la mano de uno de los autores que son un poco como un epitome, como un símbolo del constitucionalismo. Me refiero a Montesquieu.

Montesquieu escribió una obra cumbre "El espíritu de las leyes". Dentro de esa obra cumbre uno de sus capítulos se avoca a trabajar sobre el modo de limitar ese poder. ¿Cuál es ese modo de limitar el poder? Pues bien, a través de la separación del mismo, el principio de separación de los poderes, otro que se agrega a los que hemos enunciado previamente.

Ese principio de separación de los poderes, a diferencia de algún antecedente que existió en la antigüedad, tiene como gran objetivo el control del ejercicio del poder. ¿Y cómo se logra? A través de una técnica muy simple pero que resulta simple una vez que ha sido precisamente creada, esto es, la tríada de poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial tienen una cuota de poder propia que se compadece con el tipo de funciones que deben ejercitar. El dictado de leyes generales abstracta para el legislativo, la administración del país para el ejecutivo y la resolución de los conflictos que se puedan producir en las distintas relaciones que se suscitan dentro de la comunidad para el judicial.

Pero esto es una parte, digamos del procedimiento, sería la primera etapa, y la menos importante para Montesquieu. ¿Por qué? Porque lo que él le importaba era la dinámica del ejercicio de las funciones de esos tres poderes. ¿Cómo se iba a lograr el control? Pues bien, se logra a partir de una segunda etapa que es la asignación de otro tipo de funciones a cada uno de estos tres poderes que tiene como rasgo común la meta de controlar a los otros dos poderes y así reciprocamente.

Veamos algunos ejemplos de qué manera controla, por ejemplo, el legislativo a los otros dos poderes. Al ejecutivo a partir del modo como se presta el acuerdo en la realización de ciertas designaciones fundamentales del Estado, por ejemplo: nuestra Constitución. Los magistrados, los oficiales superiores de las fuerzas armadas, los embajadores y ministros plenipotenciarios no sólo requieren de la designación por parte del Presidente sino también del acuerdo que va a llevar a cabo el Senado. Otro modo fundamental en que se plasma este control del legislativo sobre el ejecutivo se da a partir del dictado de la ley de presupuesto todos los años. En realidad la ley de presupuesto es como una suerte de programa para este año en donde a partir de la determinación de los grandes objetivos de quienes van a llevar a cabo las actividades para cumplir con esos objetivos y de la cantidad de fondos asignados para cada uno de ellos son marco las grandes pautas de la acción del gobierno, que el poder administrador va a tener que cumplir sin salirse de esos rieles.

Pasemos legislativo judicial. El poder legislativo tiene nada menos que la facultad de dictar las leyes que organizan a la justicia a partir de la organización de la justicia. Evidentemente da, nuevamente, otra suerte de gran base el tablero a partir del cual el poder judicial va a cumplir con sus funciones. ¿Cuántas instancias tiene, de qué manera se ejerce el poder disciplinario, cómo se va a plasmar el control de constitucionalidad, cuándo se van a crear nuevos tribunales en función de qué tipo de criterios, cuántos fueros, etcétera, etcétera? Son todas funciones que tiene el poder legislativo y que claramente apuntan al control en el ejercicio del poder judicial. Yo les estoy dando meros ejemplos, por supuesto que hay muchos otros ejemplos a partir de los cuales podemos visualizar el modo en cómo se ejerce este tipo de control.

Veamos ahora el modo como el ejecutivo opera sobre el legislativo. Pues bien, el ejecutivo tiene iniciativa parlamentaria que comparte con los legisladores la posibilidad de presentar proyectos de ley que toman estado parlamentario, es decir, que deben ser obligatoriamente tratados por el Congreso en función del orden en que sean presentados en una u otra cámara. Otra forma de control se da a partir de la función de observación de las leyes o de veto como se conoce en el lenguaje usual, es decir, el ejecutivo puede vetar total o parcialmente una norma sancionada por el legislativo y frente a ese veto la norma vuelve al Congreso, debe ser devuelta, y el Congreso sólo podrá insistir en el dictado de esa norma con el voto de las dos terceras partes de los legisladores presentes en cada una de las cámaras, esto considerado separadamente.

Y veamos ahora el poder judicial. El poder judicial es un órgano de control por antonomasia, es decir, cada vez que el poder judicial dicta una sentencia. En realidad está determinando en el marco de la relación sobre la cual debe tener lugar esa decisión. ¿Cuál es la norma específica que se aplica a ese caso en función del derecho vigente? Por ejemplo, si lo que le toca decidir es un tema vinculado por una situación dentro de una familia, como la tenencia de hijos, los derechos que le va a comprender a cada una de las partes en función de las circunstancias concretas que se plantean en ese caso. Por supuesto que el judicial está totalmente limitado por las normas que regulan esas cuestiones que están contenidas en el Código Civil y sus leyes complementarias pero le queda por supuesto un margen muy grande de actuación que es precisamente la determinación de cómo se van a convertir esas leyes generales y abstractas, contenidas en esos cuerpos normativos, a la solución de ese conflicto de tenencia de hijos. Para ello evidentemente la sentencia va a implicar una norma particular ya no general porque es la norma que exclusivamente se va a aplicar al caso. Pues bien, cuando el judicial lleva a cabo esta tarea está controlando ¿Por qué? Porque controla el modo, cómo deben aplicarse las normas, y el control por antonomasia también se da a partir sistema, valga la redundancia, de control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de gobierno, que es el mecanismo contemplado en nuestro sistema para que rija efectivamente el principio de la supremacía de la Constitución. Y el que se deriva de ese principio, que es el orden de prelación de las distintas normas inferiores tal como lo determina esa misma Constitución, para que ello ocurra y en la práctica efectivamente se respete, es necesario que toda vez que una determinada circunstancia una norma inferior no se compadece con lo que establece la norma superior o las normas superiores a ella. No sólo la

Constitución sino, por ejemplo, la relación entre una ley nacional y un decreto nacional. La ley prevalece, entre la Constitución y un tratado internacional, entre un tratado internacional y una ley federal o nacional. Pues bien, en todos esos casos lo que surge es la posibilidad de llevar a cabo ese control de constitucionalidad. ¿Quiénes lo realizan? Los jueces. En nuestro sistema que hemos tomado como antecedente a la Constitución de los Estados Unidos y su aplicación nosotros hemos seguido el derrotero que determinó un fallo, tal vez, el fallo más famoso, la sentencia más famosa de la historia, que es el célebre caso *Marbury vs. Madison* de 1803 dictado por la Corte Suprema de Estados Unidos, en base al voto del célebre también juez Marshall, determinó frente a un caso concreto que toda vez que una determinada norma inferior transgrede lo determinado por una norma superior son los jueces los llamados a dejar sin efecto esta norma inferior para la aplicación dentro del caso concreto que ha instancia de parte se ha sometido la decisión de esos jueces. A su vez se determinó que ese control en el sistema de los Estados Unidos, que es el que nosotros tomamos en nuestra Constitución abreva enormemente como antecedente en nuestra Constitución de Filadelfia de 1787, se determinó asimismo que todos los jueces tienen la facultad de llevar a cabo este control de constitucionalidad. Por eso se lo conoce como control difuso de constitucionalidad, a diferencia del control concentrado que es el existente en Europa continental que es el otro gran modelo que surge a partir de 1920 a instancia de un gran pensador Hans Kelsen, el gran jurista austriaco que inspira la Constitución austriaca de 1920 en la cual se contempla el otro sistema clásico del control de constitucionalidad que es el control concentrado. Es decir, el que está en manos exclusivamente de un único tribunal, tribunal o Consejo de Constitucionalidad. Y es este tribunal el que frente a una norma que contradiga, una norma inferior que contradiga a la Constitución o a otras normas que le son superiores va a determinar la derogación de esa norma, no sólo para el caso sino para todos los casos. Que esto sirva solamente como una mera introducción a un tema que luego veremos en particular como es el control de constitucionalidad para tener idea de que este elemento tan importante surge ya a principios del siglo XIX no tiene un sólo modo de plasmarse sino que tiene fundamentalmente dos grandes vertientes que a su vez en la evolución ha llevado que algunas instituciones prevean como es el caso de la Constitución colombiana de 1991 ambos dispositivos pero esto es un tema que vamos a ver más adelante.

Ahora bien si nosotros observamos la evolución del constitucionalismo vamos a ver que hay distintas etapas que los alojan y dentro de estas distintas etapas encontramos que se pone el acento en distintas cuestiones o bienes jurídicos protegidos, a proteger, que son los que van a manifestarse como los caracteres básicos de cada una de esas etapas. La primera que es la que empezamos a recorrer se conoce como el constitucionalismo clásico, es la etapa precisamente que marca los grandes principios y que a nivel de derecho suscita la denominada primera generación de derechos, los derechos individuales. Es decir, aquellos derechos que tienen que ver con lo que la persona es y esa es por supuesto el derecho a la vida, por el derecho a expresar libremente las ideas, por el derecho a ejercer una industria lícita o el comercio, por el derecho a profesar libremente un culto, por el derecho al trabajo. Es decir, que los derechos enunciados en el artículo 14 de nuestra Constitución, al individuo se lo ve aislado no dentro de determinados grupos intermedios, lo ve aislado en una relación directa con el Estado y esto tiene una razón de ser en el siglo XIX el constitucionalismo observó a las corporaciones precedentes de la edad media como rémoras de un sistema absolutamente antiguo y que implicaba la concesión de privilegios a determinados grupos las corporaciones por su posición económica social como una potestad graciosa del monarca a favor de esos grupos. Eso marcaba el principio de desigualdad entre las personas evidentemente y además lo que se interpretó, en la primera etapa del constitucionalismo, como un excesivo interés por aquello que afectaba exclusivamente a las partes y no al todo. Entonces, también por ese motivo, en esta primera etapa del constitucionalismo se rechazan los partidos políticos, para colmo en los dos países que fueron la cuna del constitucionalismo: Francia e Inglaterra.

Partido, parte, partir... coincide con parte. Entonces, era como el interés de defender el interés de una parte, por anteposición al interés del todo, y lo que había que regular de manera igualitaria, principio de igualdad, otro pilar base del constitucionalismo, era lo que correspondía al patrimonio de todos y no sólo a unos pocos. Por eso es en esta etapa en que también se reconoce otro tipo de derechos que son los derechos políticos, es decir, aquellos que permiten que se concrete esta legitimación del acceso al poder a partir del pronunciamiento del pueblo a través del sufragio y que se da, se concreta desde dos derechos: el derecho a elegir y a ser elegido. Las dos caras de la moneda, el sufragio activo y el sufragio pasivo, a su vez con la evolución va a dar nacimiento a una rama específica del derecho que es el derecho electoral. El derecho electoral es el que precisamente va a ir permitiendo que los derechos políticos realmente sean democráticos, por ejemplo, evitar la calificación del sufragio, el sufragio universal y esa universalidad a su vez implica la igualdad de género, es decir, si uno analiza el modo como el derecho a elegir se fue desarrollando, tenemos una primera etapa en el sufragio era sumamente imperfecto, por empezar era calificado, era cantado, el control era ínfimo y por lo tanto podemos decir que durante largo tiempo. El acceso al poder todavía estaba sumamente viciado por estas características. Pensemos por ejemplo, hubo inclusive limitaciones al sufragio por pertenecer a una determinada clase o una determinada raza o una determinada religión o no ser parte origen de un determinado pueblo. Todo esto es lo que en primer término se logra superar pero después también había que incorporar a la mujer como sujeto activo, en igualdad en paridad de los derechos políticos, del derecho a elegir a sus autoridades y de esa forma permitir que la soberanía del pueblo sea una realidad que sea un pronunciamiento de todo el pueblo con capacidad para elegir como así también todas las normas que se relacionan con la construcción de padrones electorales confiables. Esto es algo básico. Si los padrones electorales no son confiables, el resultado electoral tampoco va a serlo y además probablemente va a ser sumamente manoseado o manipulado, entonces como podemos ver con la evolución de cada uno de estos aspectos se fueron generando nuevas la necesidad de cubrir nuevas facetas y nuevos aspectos.

Ahora bien, acá es fundamental tener en cuenta el constitucionalismo es un movimiento que tiene una particularidad en su evolución muy, muy característica que crece por adición no por sustracción. Esto es, generalmente la evolución dentro de determinado movimiento de ideas lleva a que los nuevos vientos impliquen borrar todo o parte de lo que antes se creía. En el constitucionalismo pasa exactamente lo contrario son como capas que se van agregando se toma lo anterior como una suerte de *primum* o de base fundamental que no puede de ninguna manera ser desconocida pero las distintas capas, contenidos, aspectos, normas, desarrollos que se van adicionando como bien la palabra lo dice crecen por adición pero de ninguna manera niegan o abjuran de lo que antes se había podido ir consolidando,. Por eso, por ejemplo, es interesante tener en cuenta que una segunda etapa del constitucionalismo que es el constitucionalismo social va a dar nacimiento fundamentalmente a una nueva generación de derechos, valga la redundancia, los derechos sociales. Es decir, aquellos que tienen que ver con lo que la persona hace, lo que desarrolla fundamentalmente en el mundo del trabajo, afín de reequilibrar el principio de igualdad porque ¿qué había sucedido? En una primera etapa se privilegió la libertad como gran valor como gran bien jurídico a perseguir pero una libertad sin una autoridad que regule necesariamente las relaciones entre desiguales puede llevar a una desigualdad tan grave como la que existía precedentemente con el antiguo régimen que se quería superar y efectivamente así ocurrió. Durante las primeras etapas de aplicación de las ideas del constitucionalismo y con las primeras constituciones sirve por un lado para un desarrollo económico descomunal, pensemos en el industrialismo sobre todo en Gran Bretaña pero ese industrialismo desde el punto de vista del ejercicio de los derechos, trajo otro déficit sumamente serio para el cual si nos remitimos al trabajo de los niños en las minas en la Inglaterra de bien entrado el siglo XIX creo que no hace falta que expliquemos mucho más. Es decir, la posibilidad de que menores, criaturas de tres, cuatro, cinco años trabajaran en las minas o en las hilanderías a través de un sistema en el cual no había limitación horaria ni posibilidad de descanso ni la posibilidad de recompensar frente a un accidente de trabajo muestra la brutalidad de aquellas relaciones en las cuales el Estado no interviene y se da una desigualdad tan grande entre las dos partes de la relación jurídica, en este caso los empleadores y los operarios para ello era necesario reequilibrar. ¿Cómo se va a dar ese reequilibrio? Surge una nueva generación de derechos que tiene que ver como yo decía previamente, con lo que las personas hacen no sólo con lo que ellas son, esta nueva generación de derechos que tiene que ver precisamente con el reconocimiento de estos atributos que vimos que no ocurría en esa Inglaterra y en esa Francia del siglo XIX, debe surgir además una nueva rama del derecho, el derecho laboral que va a recompensar precisamente estas situaciones a partir de la concesión de el trabajo sólo a partir de determinada edad, de la jornada limitada, de las vacaciones pagas, de la necesidad de tener un determinado lapso semanal de descanso, de todo lo relacionado con los accidentes de trabajo, de los subsidios frente a las eventualidades que pueda tener una persona en el correr de su vida, como es por ejemplo el embarazo de una mujer que trabaja, como es a su vez otra rama del derecho, el derecho previsional afín de parar en determinada etapa de la vida cuando ya se entra en la vejez teniendo al mismo tiempo un pago compensatorio que es el retiro la jubilación. Todo ello de modo de contener de otra forma a las personas, desde el punto de vista de lo que es la parte orgánica de la Constitución, la organización del poder, la evolución se da a partir de la creación de nuevos órganos. ¿Cuál es el objetivo de esos órganos? Apuntalar los controles, por ejemplo si nosotros pensamos qué órganos en nuestra Constitución se adicionan a la tríada clásica, por ejemplo el Consejo de la Magistratura y más allá de sus resultados que eso analizaremos cuando trabajemos sobre el tema en particular, tiene como gran objetivo controlar dos etapas fundamentales en la conformación del poder judicial, la designación de los magistrados el modo cómo se lleva a cabo a través de una selección particular y el modo cómo se lleva a cabo también la remoción de ellos, otro órgano también de control es el defensor del pueblo, está precisamente tiene como misión fundamental la protección de los derechos de las personas frente a los exabruptos de parte de la administración, a partir de una actuación muy particular y con una relación también particular con el Congreso, que es el órgano con el cual se vincula. Pues bien, fíjense que curioso lo que como base la evolución del constitucionalismo nos brinda es un acrecentamiento de los derechos y garantías por un lado y por otro lado un mayor número de órganos afín de lograr que esa función que ya había avizorado Montesquieu con una claridad realmente extraordinaria dada la época en que lo formuló para apuntalar la función de control que es la clave de bóveda para que el Estado de Derecho realmente rijan en una sociedad dada.

La última etapa del constitucionalismo es la que nos va a traer los derechos de incidencia colectiva, con el derecho a un ambiente sano en primer lugar, en el marco de un modelo de desarrollo sustentable o sustentabilidad del desarrollo, en donde el bien jurídico a proteger ya no es sólo lo que la persona es o lo que ella hace, sino el entorno en el cual transcurre la vida humana con una adición a futuridad ad infinitum porque ese modelo de desarrollo sustentable habla de la necesidad de entablar esas condiciones de vida, no sólo para las generaciones, presentes sino también para las futuras. Pues bien, este marco general del constitucionalismo es el que nos permite una introducción a los distintos puntos que están contenidos en todos los temas que veremos en lo sucesivo en el dictado de nuestras clases, ya que todos ellos se derivan de manera perfectamente vinculada con nuestros grandes nudos que a vuelo de pájaro hemos recorrido en esta primera oportunidad, muchas gracias.