

Derecho, disociación y cómo (no) solucionarlo

Law, dissociation and how (not) to solve it

*Ignacio Arizu**

Resumen

En la Argentina, nuestra manera de vincularnos con la ley parece teñida por una suerte de costumbre a su incumplimiento. Dicho de otra forma: vivimos en un estado de *disociación* entre lo normativo y lo social. En el marco de este problema, algunos enfoques jurídicos, en lugar de dar herramientas para ayudar a resolver nuestras contradicciones, las agravan. Este trabajo se detiene particularmente en una manifestación concreta de este tema en nuestro Derecho Público: la idea de la ‘constitución real’. Se intentará demostrar que este concepto, que se hace llamar ‘descriptivo’ es, en realidad, bastante más que eso. Para hacerlo, se remitirá a los orígenes no tan descriptivos de la noción de la ‘constitución real’ e intentará demostrar que, aun en su faceta más inofensiva, la idea de las ‘dos constituciones’ pretende erigirse como una manera de definir el Derecho de una sociedad. En definitiva, se trata de un claro ejemplo de cómo no solucionar nuestra disociación entre expectativa normativa y realidad social.

Palabras clave: validez — vigencia — disociación — regla de reconocimiento — constitución real — dualismo

Abstract

In Argentina, our way of relating with the legal system is shaped and influenced by a kind of habituation to the fact that the law is never fully complied with. In other words, we live in a state of dissociation between the normative reality and the social reality. Within this framework, some legal approaches, instead of providing tools to help resolve our contradictions, aggravate them. This paper focuses particularly on a concrete demonstration of this issue in the field of our public law: the idea of the "real constitution". It will try to show that this concept, which calls itself descriptive,

* Es abogado por la Universidad Austral, y candidato a L.L.M. en derecho constitucional por la misma universidad. Es diplomado en derecho constitucional y en teoría del derecho. Se desempeña como ayudante de cátedra de Derecho Constitucional II (derechos fundamentales) y del Seminario de Historia del Derecho en la Universidad Austral. Ha publicado “Lo que queda de la Constitución: cuidado con las mayorías ocasionales” en la revista “En Disidencia”, de la Universidad de San Andrés y “El problema del poder indeterminado. Un análisis interno de las facultades inherentes del Poder Ejecutivo Nacional” en la Revista Jurídica Austral, de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

is actually much more than that. To do so, it will refer to the not-so-descriptive origins of the "real constitution" idea and will try to show that, even in its most inoffensive version, the "two constitutions" idea pretends to function as a way of defining how law is determined in a society. In the end, this idea of the "real constitution" portrays a clear example of how not to solve our dissociation between normative expectations and social reality.

Key words: validity — effectiveness — dissociation — rule of recognition — real constitution — dualism

“Aprendí a conocer la completa y primitiva dualidad del hombre. Me di cuenta de que, de las dos naturalezas que luchaban en el campo de batalla de mi conciencia, aún cuando podía decirse con razón que yo era cualquiera de las dos, ello se debía únicamente a que era radicalmente ambas”

R.L. STEVENSON,

El extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde

“Es inútil decidir si ha de clasificarse a Zenobia entre las ciudades felices o entre las infelices. No tiene sentido dividir las ciudades en estas dos clases, sino en otras dos: las que a través de los años y las mutaciones siguen dando su forma a los deseos y aquellas en las que los deseos, o logran borrar la ciudad, o son borrados por ella.”

ÍTALO CALVINO

Las ciudades invisibles

I. Expectativa y realidad

Como argentinos, seguramente todos hemos tenido la experiencia de ver cosas que deberían ser de una manera, pero terminan siendo de otra. Ya no nos sorprende que la realidad no esté a la altura de la expectativa. Podríamos decir que, de cierta forma, vivimos acostumbrados a esa suerte de ‘disociación’ entre lo que debería ser y lo que es.

Con el derecho no se da ninguna excepción. Las leyes existen y, naturalmente, pretenden tener autoridad y ser vinculantes. Pero basta con echar un vistazo al panorama general para darnos cuenta de lo obvio: que a las conductas mandadas por las leyes y a la realidad de la dinámica jurídica no las separa solamente una calle (como decía alguien), sino un abismo.

Hasta aquí nada nuevo. Carlos Nino ya dijo en su momento que somos un país en donde reina la “anomia”.² Por algún motivo, o por varios, tendemos a querer vivir por fuera de la ley, a querer ‘gambetearla’. Y no se trata de un tema de incompreensión porque nos paramos frente a una norma y la entendemos. Pero más allá del entendimiento, siempre está latente esa voz, susurrando que, en el fondo, nada es tan en serio. En este contexto, se vuelve verdaderamente complejo que el derecho logre ‘juridizar’ la vida social y política.

Esto, a su vez, se potencia por el hecho de que solemos tener el mismo nivel de contacto con la excepción que con la regla. Podríamos dedicar un trabajo entero a poner ejemplos, pero el tema de la emergencia pública y los reglamentos delegados funciona bastante bien como para ilustrar el problema. La doctrina de la emergencia tiene *per se* un origen complejo, y su compatibilidad con el espíritu de nuestra Constitución es ciertamente debatible. Con todo, podemos decir que la emergencia pública refiere a una situación social excepcional que, de acuerdo con como lo ha entendido la jurisprudencia, habilita al llamado “derecho de emergencia”. A su vez, es uno de los supuestos que permite que se deleguen facultades legislativas en el Poder Ejecutivo. La pregunta “¿qué es emergencia?” tiene una débil respuesta: refiere a una situación de grave riesgo social, de carácter público y notorio. Debe tratarse de un estado que amenaza la subsistencia misma de la organización jurídica y política, cuyos efectos golpean profundamente a la sociedad. Ahora bien –y de aquí la conexión con lo que venimos hablando–, todo esto en la teoría. Porque, en la práctica, la emergencia es nuestro ‘hábitat natural’. Vivimos

² Carlos Santiago Nino, *Un país al margen de la ley* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2023).

sumergidos en ella, al punto de que ya no tenemos tan claro qué es lo excepcional y qué es lo normal. Por otra parte, no tenemos una idea tan clara de cuáles son las normas ‘delegantes’ que habilitan al Poder Ejecutivo a legislar en caso de que se verifique aquella situación de grave riesgo social.

En 1999 se sancionó la Ley Nro. 25.148, que prorrogó por tres años la totalidad de las normas delegantes y aprobó la totalidad de la legislación delegada.³ Esto se repitió varias veces, hasta que en 2010 venció el plazo de la última prórroga sin que se dictara una nueva. ¿Qué sucedió? Nada. Al día de hoy no sabemos bien en qué situación estamos, y más de una vez nos es difícil distinguir entre un reglamento ejecutivo y uno delegado. Por si fuera poco, cabe señalar que tampoco teníamos una noción tan precisa de qué normas delegantes se venían prorrogando. En fin, se trata solo de una manifestación concreta de nuestra situación de ‘expectativa-realidad’ que pone de relieve cuánto nos cuesta atenernos al derecho. La cuestión es que tendemos a querer encontrar el punto ciego de las normas, y este vicio suele verse respaldado por la dinámica ‘excepcionalista’ de nuestro Derecho Público.

Por otro lado, si a esa tendencia de fábrica le sumamos una cierta inclinación a lo que ha sido llamada la “alquimia interpretativa”,⁴ la cuestión se vuelve aún más compleja. En primer lugar, porque la interpretación del derecho pierde todo tipo de ancla y termina por ser un ‘carneval’ de distintas alternativas interpretativas. En segundo lugar, porque el derecho pasa a estar integrado también por principios, y a veces ni siquiera exigimos que estos tengan algún tipo de vinculación con el texto normativo. De esta manera, abrimos el juego a un ‘interpretativismo’ irrestricto, y la letra de la ley termina teniendo tanta autoridad como la que desee darle un juez en función del mayor o menor nivel de creatividad con el que se levanta a la mañana. Independientemente del debate respecto de si admitir la inclusión de principios en el ordenamiento jurídico constituye necesariamente un problema, lo que se pretende señalar es la inconveniencia de hacer un hincapié excesivo en ellos cuando ya de por sí las reglas tienden a importarnos poco.⁵

³ Ley Nro. 25.148, B.O. 24/08/1999

⁴ Roberto Gargarella, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema Argentina”, *Jurisprudencia argentina* II (2007); Néstor Pedro Sagüés, “Interpretación constitucional y alquimia constitucional,” *Jurisprudencia Argentina* IV-9 (2003), pp. 62-72.

⁵ En este sentido, puede ser interesante ver: Larry Alexander, “Constitutionalism”, publicado en *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Edited by Thomas Christiano and John Christman (Chichester, West Sussex: Blackwell Publishing Ltd., 2009), 283-299. Allí, en un breve pero muy interesante capítulo, el autor plantea que la introducción de principios en el debate jurídico siempre es un

A la luz de todo esto, es razonable que, como sociedad, hayamos desarrollado cierto sentido de acostumbramiento a la dificultad de lograr que las leyes se cumplan; y el campo del derecho no es ajeno a algunas tentaciones provenientes también de otros ámbitos. A lo largo de varios años, pareciera que nos hemos dejado llevar por tendencias que desisten de la juridización de lo social y lo político, y optan más bien por la ‘socialización’ y ‘politización’ de lo jurídico.

Ante una cuestión tan compleja, está claro que este trabajo no pretende traer verdades reveladas ni recetas mágicas. El objetivo es mucho más sencillo, y puede ser resumido como una invitación a sincerarnos. Resulta imposible negar aquello que ya tenemos arraigado en nuestra organización política y en nuestra manera de vivir en sociedad, pero sí podríamos pretender que, por lo menos, nos preguntemos si es bueno traducir arraigado por válido.

II. Validez y vigencia de las normas

Esta tensión que se viene señalando está relacionada con lo que la filosofía del derecho identificó como el problema de la relación entre la norma y la vigencia de la norma.

Hace unos pocos años, Rodolfo Vigo destacó que “el tema de la validez se ha constituido en un concepto muy importante y decisivo, no solo desde el punto de teórico, sino también práctico”.⁶ En esa misma línea, al tratar la cuestión, Luigi Ferrajoli señalaba que “las relaciones entre formas y contenidos de las decisiones nos permite finalmente formular la distinción —central en la teoría del derecho moderno y tal vez más difícil y problemática que ninguna otra— entre vigencia y validez y entre validez formal y validez sustancial”.⁷

Por ponerlo en otras palabras, la pregunta que tenemos de frente es: la norma que no se cumple, ¿sigue siendo norma? Si bien este apartado no pretende de ninguna forma agotar la cuestión, es útil realizar un breve recorrido por lo que han sostenido algunos autores respecto de este tema.

problema, porque conspira contra el principal objetivo del Derecho de una comunidad política: conseguir una solución autoritativa para los desacuerdos que existen respecto de cómo aplicar concretamente ciertos *principios morales comunes*.

⁶ Rodolfo Vigo, “Una teoría de la validez jurídica”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 39 (2016), p. 101.

⁷ Luigi Ferrajoli, “Teoría del derecho y de la democracia,” vol. 1 de “Principia Iuris.” Traducido por P. A. Ibáñez, C. Bañón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís, y A. Ruiz Miguel (Madrid: Trotta, 2011), p. 497.

Hans Kelsen es posiblemente uno de los autores que más influencia tiene en la teoría jurídica contemporánea, y su planteo sobre la validez jurídica repercute aun hoy en nuestra forma de pensar el derecho. Para él, una norma es válida cuando ha sido dictada por autoridad competente y de acuerdo con el procedimiento adecuado. En esto, podríamos decir que el autor sostuvo lo que ya había sido planteado un siglo atrás por John Austin.⁸ El austríaco postulaba una teoría del derecho estrictamente formal, en la que lo importante era analizar la validez de la disposición normativa, es decir, su existencia como regla.⁹ Esto porque, para Kelsen, decir que una norma es válida equivale a decir que aquella norma existe, y viceversa. Es decir, aquí no podemos distinguir entre validez y existencia: una norma inválida sencillamente no sería norma.

A su vez, en esta teoría las reglas jamás pueden ser inferidas de un hecho, dado que el autor señalaba que entre el ámbito del ‘deber ser’ y el del ‘ser’ existe una distancia infranqueable. El autor postulaba que la validez de una norma se deriva de la validez de otra norma jerárquicamente superior. De esta manera, se configura lo que Raz ha llamado una dinámica de ‘cadenas de validez’.¹⁰ Por lo demás, para Kelsen una norma existente es una norma que necesariamente debe ser obedecida. Y si esto no sucede, se deben activar los correspondientes mecanismos de sanción. Así, podríamos decir que en la teoría pura ‘validez’, ‘existencia’ y ‘deber de obediencia’ coinciden.

Sin embargo, el profesor austríaco no le pudo escapar del todo a la pregunta por la vigencia social –o efectividad– de las normas. En su *Teoría Pura del Derecho*, por ejemplo, reconoció que existe cierta relación entre la validez y la vigencia, y señaló muy brevemente que para que haya validez siempre es necesario un estándar mínimo de cumplimiento o efectividad.¹¹ De esta manera, la efectividad sería condición para la validez, pero nunca causa. En línea con esto último, explicó que es un error confundir el hecho de que una norma exista con el hecho de que a alguien le importe. En sus palabras,

⁸ Ver: John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Nueva York: Burt Franklin, 1970), p. 121.

⁹ Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (México D.F.: Distribuciones Fontamara S.A., 1991), p. 15.

¹⁰ Joseph Raz, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System* (Oxford: Clarendon Press, 1980), p. 105.

¹¹ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo (México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1982), p. 24.

“que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos”.¹²

Como podemos ver, la teoría kelseniana postula un uso claramente normativo del término “validez”. Sin embargo, y tal como señala Ernesto Garzón Valdés, existen otras posturas que consideran a la validez como sinónimo de ‘eficacia’.¹³ Aquí se encuentran, por ejemplo, las tendencias realistas americana y escandinava.

Posiblemente el principal exponente del realismo escandinavo sea Alf Ross, quien, además, fue alumno de Hans Kelsen. Ross también trató la cuestión de la validez y la vigencia (o eficacia), pero hizo un mayor hincapié en la relación entre la dinámica social y lo normativo. El danés explicaba que el derecho, en buena medida, es el conjunto de normas que los jueces entienden como “socialmente obligatorias” y por eso las siguen y las aplican.¹⁴ Sin lugar a duda, en esto se apartó del análisis meramente formal que hacía Kelsen para incluir un factor nuevo en el análisis de la validez jurídica: el reconocimiento por parte de un sector autorizado de la sociedad de que una norma es norma. Así, por ejemplo, en una conferencia que tuvo lugar en Buenos Aires, Ross señaló que el adhería a un concepto de validez que se distinguía tanto del sostenido por la escuela del Derecho Natural como del sostenido por Kelsen. Allí señaló que

la verificación (de validez) se refiere, en último análisis, a la conducta futura de los jueces (y otras autoridades que aplican el derecho) bajo ciertas condiciones, y que la proposición ‘*D is valid Danisch law*’ (“D es derecho danés vigente”), equivale, por esta razón, a la proposición predictiva de que los tribunales, bajo ciertas circunstancias, basarán su decisión (también) en la directiva D.¹⁵

Tal como surge del extracto, podemos ver que el autor utiliza los términos “validez” y “vigencia” de manera indistinta.

H.L.A Hart, por su parte, también elaboró esta cuestión sobre el modo que tiene un grupo social de reconocer cuáles son las reglas válidas de una comunidad política. Cabe destacar, además, que en Hart el término “validez” adquiere una connotación diferente, pues se analiza desde el punto de vista interno, es decir, desde la perspectiva de quien es

¹² Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, p. 24.

¹³ Ernesto Garzón Valdés (1977), *Algunos modelos de validez normativa* (Madrid: *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993), pp. 73-105.

¹⁴ Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, traducción de G.R. Carrió (Buenos Aires: EUDEBA, 1963), p. 34.

¹⁵ Alf Ross, “El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, *Revista sobre enseñanza del Derecho* 12 (Buenos Aires: Academia, 2008), p. 218.

un actor de la vida jurídica. “Eficacia”, por el contrario, responde más bien a un punto de vista externo: a quien analiza un sistema jurídico “desde afuera”, como un espectador. En *El Concepto de Derecho*, el autor postuló la idea de la regla de reconocimiento, que refiere a la dinámica por la cual los ciudadanos de una sociedad les atribuyen a ciertas normas el carácter de reglas jurídicas.¹⁶ Según Hart, el factor determinante para definir cuáles son las reglas jurídicas de una comunidad es que cumplan con los requisitos de la regla de reconocimiento. Pero esta regla –explica él– no es estrictamente una regla en el mismo sentido que uno pensaría en una ley del Congreso, sino más bien un hecho social. De alguna manera, es el consenso por parte de los actores de una comunidad lo que determina que una norma sea parte del orden jurídico. En palabras de Hart:

[d]ecir que una determinada regla es válida es reconocer que supera todas las pruebas previstas por la regla de reconocimiento y, por tanto, que es una regla del sistema. En efecto, podemos decir simplemente que la afirmación de que una regla determinada es válida significa que satisface todos los criterios previstos por la regla de reconocimiento.¹⁷

Entonces, si bien Hart explica que hablar de validez no es lo mismo que hablar de efectividad (en esto coincide un poco con Kelsen), a partir de la regla de reconocimiento, de alguna manera ubica la decisión sobre qué es y qué no es derecho en el campo de lo fáctico. Por otro lado, cabe señalar que la propia regla de reconocimiento da cuenta de que para Hart los conceptos de “validez” y “existencia” no son asimilables, puesto que, si bien queda claro que ella existe, no corresponde discutir su validez o invalidez.

Quizás se pueda señalar también a Robert Alexy, quien en su obra *El concepto y la validez del Derecho* señaló que existen tres nociones de “validez”: una noción sociológica, otra ética y otra jurídica.¹⁸ La noción sociológica refiere a lo que hasta aquí venimos hablando como “vigencia” o “eficacia”, y el autor explica que el análisis de esta idea tiene que dividirse en el estudio de su grado de obediencia y del grado de aplicación de sanciones por su incumplimiento. La noción ética de validez, por otro lado, tiene que ver con el que una norma esté moralmente justificada. Alexy explica que en las teorías del derecho natural y racional subyace siempre una noción ética de validez. Esto porque afirman que la validez de una norma del derecho natural o del derecho racional no reside

¹⁶ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Law Series (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp.194-195.

¹⁷ Hart, *The Concept of Law*, p. 206.

¹⁸ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Editorial Gedisa, 2004), pp. 87-89.

“ni en su eficacia social ni en su legalidad conforme al ordenamiento”, sino que tiene que ver únicamente con su corrección.

Respecto de la validez jurídica en particular, Alexy brinda una definición que coincide en algunos puntos con la definición de la tradición positivista y se aparta en otros. Así, dice que “una norma vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior; dicho brevemente: cuando es dictada conforme al ordenamiento”. En esta primera conceptualización, como vemos, comparte con Kelsen el punto de lo procedimental, pero se aparta al introducir un parámetro parcialmente sustancial cuando agrega que la norma no debe lesionar derechos de rango superior. Sin embargo, el autor no limita la validez jurídica a aquello. En la misma obra, señala que

si un sistema de normas o una norma no tiene ninguna validez social, es decir, no logra la menor eficacia social, este sistema de normas o esta norma tampoco puede valer jurídicamente. El concepto de validez jurídica incluye, pues, necesariamente también elementos de la validez social.¹⁹

De esta manera, vemos que Alexy entiende que hay un mínimo nivel de eficacia que funciona como presupuesto necesario para poder hablar de validez.

En fin, este dualismo Derecho-dinámica social (o validez-vigencia), que puede parecer un tema demasiado abstracto, está íntimamente relacionado con nuestra manera de entender la comunidad política. Aunque sabemos que se trata de un asunto discutido en niveles realmente elevados, lo que resuena de fondo es si la norma tiene que dar forma a la práctica o la práctica a la norma. Y, fundamentalmente, qué pasa cuando es evidente que ambas van por caminos separados.

III. ¿Dos ‘constituciones’?

Nos interesa particularmente una manifestación concreta que tiene este tema en nuestro Derecho Público. Cabe destacar que el salto de la teoría del derecho al derecho en concreto puede ser engañoso, pero vale la pena darlo para seguir el rastro de ciertas teorías que ya se mueven en este doble plano. En todo caso, lo importante al adentrarnos en este terreno fronterizo será recordar que estamos tras los pasos de una teoría, y que su descripción no implica darla por verdadera.

¹⁹ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 89.

Hace ya un tiempo, una serie de autores plantearon la idea de que en toda sociedad política en la que hay una constitución escrita, el derecho constitucional tiene dos partes: una parte formal y una parte material. Ambas ‘partes’, a su vez, se complementan y forman un único sistema de ‘fuentes’. En nuestro país, aquella combinación entre fuentes formales y materiales también ha sido expresado en términos de ‘bloque de constitucionalidad’. Según este planteo, la parte formal del derecho constitucional se identifica con el texto de la propia Constitución, y el costado material responde a una serie de fuentes del derecho constitucional que se encuentran por fuera del texto de la Constitución y que se ubican en el plano de lo sociológico, histórico y político.

Sagüés dice que “la constitución oficial es sólo un sector del aparato normativo constitucional”, y que únicamente contiene aquella parte formal de lo constitucional que se puede plasmar en una norma escrita.²⁰ Según el autor, quedarían por fuera de la “constitución oficial” las normas de derecho constitucional llamadas “informales”, que serían aquellas que “emergen del derecho consuetudinario (costumbre constitucional) y del derecho repentino”.²¹

En la misma línea, Bidart Campos también distinguía las fuentes del derecho constitucional según su origen formal o material. De esta manera, identificaba las fuentes formales del derecho constitucional con la constitución escrita (aquella que Sagüés llama la “constitución oficial”) y las leyes que regulan material constitucional. Las fuentes materiales, en cambio, aluden a

todo canal o carril por el cual ingresa y se incorpora —o emigra— un contenido en la constitución material; todo cuanto en ella encontramos proviene de una fuente que engendra un derecho vigente en la dimensión sociológica (no una norma sin aplicación ni eficacia).²²

Bidegain explicaba algo similar cuando decía que en el campo del derecho constitucional el orden normativo se divide entre la normatividad legal y la normatividad extralegal. Según este autor, la normatividad legal se encuentra en la constitución escrita, en los tratados internacionales y en algunas leyes ordinarias. En cambio, la normatividad extralegal, a la cual sitúa en el campo de la “constitución material”, sería el “resultado de la conducta normativizada de las autoridades del Estado (órganos legislativos, ejecutivos

²⁰ Néstor Pedro Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional*, “Fuentes del Derecho Constitucional” (Buenos Aires: Astrea, 2007), p. 52.

²¹ Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 52

²² Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I (Buenos Aires: EDIAR, 2014), 6.

judiciales y otros extrapoderes del gobierno federal y de las provincias)”,²³ y estaría compuesta por

la *costumbre constitucional* (originada en los órganos políticos, con la aceptación, al menos pasiva, de la comunidad) y (...) la *jurisprudencia* (producida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales).²⁴

Ahora bien, si bien esta distinción puede generar ciertos problemas a la hora de definir qué es y qué no es derecho constitucional, o qué forma parte de la Constitución y qué no, hasta este punto pareciera que estamos hablando de un único sistema de fuentes. Es decir, si el planteo de las fuentes del Derecho en el ámbito de lo constitucional se limitara solamente a esto, podríamos decir que la introducción del concepto de “fuentes materiales” deriva en un mayor nivel de indeterminación, pero no que rompe con la idea de una única Constitución.

Sin embargo, a veces se ha planteado que, así como hay dos tipos de fuentes, también hay “dos constituciones”.

La tesis es que la llamada “constitución material”, compuesta por las fuentes “materiales” o por la “normatividad extralegal”, termina por traducirse en la “constitución real” de una comunidad política. Por ejemplo, Bidart Campos sostiene que

cuando la constitución formal, en todo o en parte, no tiene vigencia, hay siempre una constitución material vigente que *es la constitución real que funciona y se aplica*.²⁵ (el énfasis es propio).

Como podemos ver, llegamos al punto de encuentro entre el derecho constitucional y el debate sobre la validez y la vigencia: la idea de la constitución material como constitución real trae aparejada la cuestión de la vigencia y efectividad de las normas. En el mismo sentido que Bidart Campos, Santiago afirma que

[e]l concepto de constitución puede referirse tanto a la norma jurídica suprema de un Estado (constitución jurídica), como a la estructura de poder efectivamente vigente en el mismo (constitución real).²⁶

En otras palabras, este planteo sobre la constitución real indica que, independientemente de que el texto de la constitución escrita se vea reflejado o no en la práctica, en todas las comunidades políticas existe una constitución real que es la que se

²³ Carlos María Bidegain, “Fuentes. Jerarquía de normas”, en *Curso de Derecho Constitucional*, (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005), p. 62.

²⁴ Bidegain, “Fuentes. Jerarquía de normas”, p. 62.

²⁵ Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 6.

²⁶ Alfonso Santiago, “Naturaleza y significados de la Constitución”, *Revista Auctoritas Prudentium 1* (Guatemala: 2008), p. 3.

ve en la práctica. Es cierto que, en algún sentido, esto no es tan distinto a decir que el derecho constitucional también tiene fuentes materiales y que dentro de esas fuentes materiales se encuentra la costumbre, que puede ser tanto *secundum legem* como *contra legem*. Sin embargo, al tratar esta cuestión en el ámbito de las fuentes del derecho, los autores suelen ser cuidadosos en aclarar que la costumbre *contra legem* no genera derecho válido. Esto no sucede cuando se habla de la constitución real, o al menos no es explícito.

Por lo demás, la tesis de la constitución real propone un abordaje del fenómeno constitucional en términos dualistas: por un lado, está lo formal, lo escrito, y por otro lado se encuentra lo vigente, lo fáctico.

La constitución formal o escrita sería el texto constitucional, con sus disposiciones particulares y sancionada en un momento histórico determinado, y la llamada constitución material o constitución real haría alusión a una dimensión política y sociológica de la práctica constitucional. Quien quiera entender a la constitución en su totalidad –plantea esta tesis– no puede quedarse únicamente en su texto, sino que tiene que ampliar sus horizontes y también prestar atención a lo que se da en la realidad: a eso que la sociedad política entiende y practica como ‘constitución’. El derecho constitucional, por tanto, no responde solamente a una lógica que se agota en lo jurídico, sino a una dinámica de influencia mutua y constante entre lo normativo y lo político. Lo escrito no puede entenderse sin lo ‘real’, y lo real repercute sobre lo escrito.

Santiago introduce el concepto de constitución real diciendo que

de modo inseparable y en permanente relación con la constitución jurídica, existe en todo Estado la constitución real entendida como la organización efectiva de su sistema político. Ella expresa el ser y la normalidad constitucional.²⁷

Como se ve, entonces, la idea de la constitución real no se desarrolla en términos normativos, sino que parecería tratarse de un planteo descriptivo: un análisis sobre la constitución ‘que es’. Más adelante veremos que esto se da de la misma manera en la obra de Bidart Campos.

Si ubicamos esta tesis descripta en el marco que veníamos desarrollando, podríamos decir que la teoría asocia lo escrito con lo ‘válido’ y lo real con lo ‘vigente’. Por supuesto, esta vinculación no es absolutamente lineal, pero no parecería absurdo decir que la

²⁷ Alfonso Santiago, “Naturaleza y significados de la Constitución”, p. 4.

constitución escrita es la que cumple con las pautas para ser considerado derecho válido, y que la constitución real es la que se determina por las pautas de la efectividad social.

Cabe señalar que los autores que sostienen esta idea de constitución material o constitución real no afirman que el derecho constitucional sea un derecho dividido en dos, o que hay que entender a la Constitución como si se tratara de un dualismo platónico. Es más, generalmente esta tesis se desarrolla de la mano de una teoría sobre las fuentes del derecho. En ese sentido, alguien podría decir que no se trata de un dualismo constitucional, sino sencillamente de un concepto ampliado de lo que sería una ‘constitución’. Sin embargo, el modo y los términos con los que se suele describir al fenómeno de la constitución real pueden dar a pensar que, más que una ‘fuente material’ del derecho, se trata de algo como lo que Sagüés denomina una “dimensión del derecho constitucional”.

El autor postula que, así como existe una “dimensión normativa” del derecho constitucional, también existe una “dimensión fáctica”. Aquella dimensión fáctica

se integra con las *conductas* de los operadores (o “aplicadores”) de la constitución (*hechos y omisiones* de quienes efectivizan la constitución, como los comportamientos del titular del Poder Ejecutivo y sus ministros, legisladores, jueces, etcétera).²⁸

Al mismo tiempo, el autor explica que, en esa dimensión fáctica de lo constitucional, las conductas pueden ser conformes a las normas del derecho constitucional u opuestas a ellas. También remarca que en el primer caso se trata de hechos constitucionales y, en el segundo, de hechos inconstitucionales. Sin embargo, agrega que

si las infracciones a la constitución se repiten y dejan de reprimirse por los órganos encargados de vigilar la supremacía de ella, es probable que en la dimensión fáctica del derecho constitucional se creen normas de derecho constitucional consuetudinario modificatorias o derogatorias del derecho constitucional preexistente (formal o informal). Décadas atrás, Jellinek llamó a este fenómeno, con acierto, el *valor normativo de lo fáctico*.²⁹

Además, el autor agrega que

[e]l análisis de la dimensión fáctica (también llamada “social” o “existencial”) del derecho constitucional es necesario para averiguar el grado de *eficacia* o *ineficacia* de las normas y valores constitucionales,

²⁸ Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 3ra ed., 1999), p. 37.

²⁹ Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, pp. 37-38

en razón de su acatamiento o de su evasión por parte de los operadores de la constitución.³⁰

Tal como puede verse, la idea de constitución real parece estar más emparentada con esta noción de “dimensión fáctica” del derecho constitucional que con una mera fuente material del derecho. Es precisamente ese parecido de familia lo que vuelve posible tomar la tesis y analizarla por fuera de la teoría de las fuentes. Si bien es posible que aquella no haya sido –ni sea– la intención de los autores, a veces pareciera que se plantea una suerte de contraposición entre la constitución escrita como dimensión normativa del derecho constitucional y la constitución real como dimensión fáctica.

Lo peligroso es asumir que se trata de una elaboración de biblioteca. Esta teoría tiene consecuencias muy profundas en la manera en la que tendemos a pensar nuestras instituciones, y se encuentra bastante asentada en nuestra concepción de la práctica constitucional. Cabría preguntarnos si, en alguna medida, esta contraposición no se vincula con aquel acostumbramiento al desencuentro entre expectativa y realidad. Si no nos hace enamorarnos de los planteos descriptivos sobre la vigencia social al punto de terminar relativizando el valor modelador de las normas. O, puesto de otra forma, si esta teoría de lo escrito y lo real no tiene alguna relación con nuestra tendencia a disociar lo que queremos ser de lo que somos.

Pero para responder a estas cuestiones, tenemos que analizar algunos puntos del planteo con más detenimiento. Nos referimos a lo siguiente: ¿cómo se da la vinculación entre la constitución escrita y la constitución real? ¿Qué tipo de influencia tiene la constitución real sobre la norma constitucional? ¿Alguna es más importante que la otra? O, en otras palabras: ¿alguna de las dos se tiene que ‘adecuar’ a la otra?

Veremos que, para poder tener alguna intuición sobre estos temas, es necesario buscar el origen de la teoría de las “dos constituciones”. A su vez, quizás notemos que no existe un consenso tan claro sobre qué es la constitución real. Será importante, entonces, ver cuáles son las posturas más radicales, e intentar analizar si aún las posturas más ‘descriptivas’ no son algo más que lo que dicen ser.

A. La constitución real en “Constitución y Pueblo” de Arturo Sampay

En su libro *La Constitución en sentido material*, escrito en 1940, el italiano Constantino Mortati decía que

³⁰ Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, p. 38.

[l]as fuerzas políticas que aparecen como los órganos de esta Constitución, jamás son absorbidas por completo en la estructura fundamental del Estado. Su actividad, como se ha señalado, puede ser disciplinada en mayor o menor medida, y pueden asumir una u otra forma jurídica, en relación con los modos de reglamentación que se haga, pero ésta, por su naturaleza misma, no es susceptible de permanecer constreñida en todos sus aspectos dentro de los límites de la disciplina.³¹

Es decir: lo político jamás puede someterse a lo jurídico.

Para el autor, en efecto, la constitución material (o real) tenía un carácter eminentemente político: estaba íntimamente vinculada a la idea de la fuerza como elemento determinante de la organización social. La constitución material representaba la dinámica por la cual un determinado grupo social (los vencedores) le imponía a otro grupo (los vencidos) una determinada organización política diseñada a la medida del partido político predominante. El partido, al mismo tiempo, no podía ser sino único, porque “único es el principio de cualquier forma política”.³²

De esta manera, el autor planteaba que la constitución material era el resultado de una imposición por la cual un sector social lograba establecer su voluntad como “voluntad única de la comunidad” y aquella se plasmaba luego en organización política.

En ese contexto, la constitución formal o escrita cumplía un rol totalmente instrumental y subordinado a la constitución material. El texto constitucional debía ser completamente maleable a los fines de la constitución material, es decir, a los fines del Partido. De esa manera, en la teoría de Mortati el poder político no se encuentra sometido a la constitución formal. Por el contrario, lo fáctico y lo político, como elemento de unidad de todo el ordenamiento y como fuente de validez del derecho positivo, debía estar necesariamente desligado de las ataduras de la constitución escrita, a fin de poder darle forma a la comunidad política y organizarla.

Como se puede ver, en este caso no nos encontramos frente a una tesis de la constitución real meramente descriptiva de la realidad constitucional, sino que se trata de un planteo claramente normativo respecto de cómo ha de estructurarse una comunidad política.

En nuestro país, esta distinción entre constitución escrita y constitución material o constitución real tiende a asociarse con Bidart Campos, quien, como se ha adelantado, la

³¹ Constantino Mortati, *La Constitución en sentido material*, Estudio preliminar y trad. Bergareche Gros, A. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000), pp. 133-134.

³² Mortati, *La Constitución en sentido material*, p. 83-84.

explicó en su *Manual de la Constitución Reformada*.³³ Sin embargo, el primero en hablar de la teoría en Argentina fue Arturo Enrique Sampay, en su libro llamado *Constitución y Pueblo*.³⁴ Creo que vale la pena dedicarle un momento al análisis del tema en esa obra, porque a veces conocer el origen de un concepto puede ayudar a entender mejor su rol en la dinámica actual.

Para Sampay, históricamente, el término “constitución” siempre hizo alusión a la “estructura real de poder” que se forma en una comunidad. Para sostener esto toma, por ejemplo, la definición del término que da Aristóteles como

la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política soberana, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, de cuál es la clase social dominante en la comunidad y de cuál es el fin asignado a la comunidad por esa clase social dominante.³⁵

Y, en esta misma línea, destaca las palabras del filósofo griego cuando dice que constitución y clase social dominante significan lo mismo. A lo largo de su obra, el autor hace un especial énfasis en esta idea aristotélica de que hablar de constitución es básicamente hablar de quién ejerce el poder real en una comunidad políticamente organizada.

En definitiva, al igual que Mortati, Sampay plantea que la idea de constitución siempre ha estado íntimamente relacionada con la lucha por el poder político. Y para sostener aquello hace suyas las afirmaciones de otros filósofos y sociólogos que, a lo largo de la historia, también confluyeron en esta concepción respecto de lo que es una constitución. Destaca, por ejemplo, que Edmund Burke decía que la estructura real de poder de una comunidad, que se establece de manera lenta a lo largo del tiempo, es la parte principal de la constitución, y que el derecho positivo legislado (es decir, la constitución escrita), organizador de esta estructura real de poder, es la parte accesorio.³⁶

A su vez, señala lo dicho por Ferdinand Lassalle respecto de que “la parte fundamental de una Constitución son los factores reales de poder”.³⁷ De hecho, Sampay afirma que fue precisamente este último quien por primera vez hizo la distinción

³³ Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 5.

³⁴ Arturo Sampay, *Constitución y Pueblo*. (Buenos Aires: Ediciones Instituto Superior Dr. Arturo Jauretche, 2012).

³⁵ Sampay, *Constitución y Pueblo*, p. 55.

³⁶ Sampay, *Constitución y Pueblo*, p. 25. Citando a Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France* (Dublin, 1790), pp. 47-70 y otras.

³⁷ Arturo Sampay, *Constitución y Pueblo*, 25. Citando a Alessandro Groppali, *Introduzione ai "Discorsi sulla Natura delle Costituzioni" di F. Lasalle*, (Milano: 1945).

terminológica entre constitución escrita y constitución real. En efecto, en su libro *¿Qué es una Constitución?* Lassalle destaca que todo país ha tenido siempre, en todo momento, una constitución real. Y que, por tanto, lo característico de los tiempos modernos no es aquella constitución real (que sería lo que se venía entendiendo por ‘constitución’ desde siempre) sino la constitución escrita o ‘la hoja de papel’.³⁸ Eso nos conecta con lo siguiente.

Al igual que Lassalle, Sampay no desconoce que, en algún momento de inflexión en el marco de la Modernidad, el término “constitución” quedó inevitablemente asociado a las constituciones escritas. Pero esto –dice él– no se debe a que la constitución escrita verdaderamente responda a lo que es una constitución, sino que es consecuencia de la influencia de la Revolución Norteamericana y de la Revolución Francesa. Para el autor, entonces, la constitución escrita es un elemento esencialmente revolucionario que surge en un momento histórico determinado con el propósito de reorganizar radicalmente al tradicional régimen político.³⁹ De esta manera, y en términos de Sampay, decir que la constitución escrita representa la totalidad de la constitución resulta una afirmación de carácter ideológico.⁴⁰

Ahora, más allá de la discusión respecto de si una constitución escrita puede ser verdaderamente revolucionaria o, por el contrario, su misma finalidad política le imprime un carácter necesariamente contrarrevolucionario,⁴¹ lo importante es aclarar que para Sampay la constitución nunca se puede limitar a la norma constitucional escrita. Es más, el autor afirma que, a pesar de que las constituciones escritas de las revoluciones modernas aparentaban desconocer “los factores reales sobre los cuales se sustentaban”,⁴²

³⁸ Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una Constitución?* (Bogotá: Editorial Tervis S.A., 2003), p. 50.

³⁹ Sampay, *Constitución y Pueblo*, p. 24.

⁴⁰ Sampay, *Constitución y Pueblo*, p. 25.

⁴¹ Respecto de este tema, es verdaderamente interesante ver: Andrés Rosler, *La ley es la ley* (Buenos Aires: Editorial Katz, 2019), 116-118. Allí, el autor plantea que la revolución, por definición, siempre busca deshacerse de las instituciones y que, por tanto, la noción de contrarrevolución gira alrededor de la defensa del discurso institucional. Además, señala lo dicho por Kolakowski cuando expresó que no existe algo así como un ‘sistema revolucionario de gobierno’. Aquello –sostiene– sería una contradicción en los términos, y cuando se habla de algo así suele ser para justificar formas opresivas de gobierno y la ausencia de control social sobre las autoridades. A la luz de estas consideraciones, puede ser interesante revisar el planteo de Sampay respecto de que las constituciones escritas de los siglos XVIII y XIX fueron herramientas jurídicas “revolucionarias”. Si partimos de la base de que una constitución escrita busca establecerse como “ley de leyes” que ordena el sistema jurídico y político de un país, conciliar aquello con el carácter de “revolucionario” con el que se la pretende etiquetar se vuelve realmente difícil. Porque, mientras que la revolución es un movimiento que pretende romper con el mecanismo institucional, la constitución escrita parecería ser exactamente lo contrario.

⁴² Arturo Sampay, *Constitución y Pueblo*, p. 24.

la verdad es que terminaron funcionando como una herramienta para consolidar el poder de las burguesías liberales de los siglos XVIII y XIX. Y nuestra propia Constitución de 1853, en consecuencia, no sería la excepción. Para el autor, aquella no fue otra cosa que un medio técnico por el cual nuestra burguesía liberal dispuso los medios necesarios para asegurar sus libertades económicas e incrementar sus negocios.

De esto último se desprende algo que quizás ya se hizo notar y que también destaca Sampay: es evidente que existe una relación entre la constitución escrita y la constitución real. La cuestión, entonces, pasaría por determinar cómo se da aquel vínculo. La respuesta que da el autor es la siguiente: siguiendo la teoría de Lassalle, la constitución es una realidad sociológica. Esta realidad sociológica, que en definitiva refiere a cuál es la clase social dominante, en algún momento pasa a plasmarse en un documento legal, a fin de que ese documento ayude a los “dominadores” a encausar el comportamiento social de los “dominados”. Dicho documento legal es la constitución escrita. Así, esta última no es la Ley Fundamental de la sociedad política, sino la adecuada instrumentalización legal del predominio de la clase gobernante sobre la clase sometida.⁴³ Sampay lo resume con estas palabras

[l]a llamada *Constitución escrita* es la legalización de la Constitución real, porque instituye los órganos de gobierno que consolidan y desarrollan el poder de la clase hegemónica y le imprime coactividad jurídica al fin que esa misma clase hegemónica impone a los actos sociales de todos los miembros de la comunidad.⁴⁴

Como vemos, *Constitución y Pueblo* no deja muchas dudas al respecto: la constitución escrita debe subordinarse a la constitución real. Porque, en definitiva, la constitución escrita es un mero instrumento: una hoja de papel. No ha de sorprender. Al fin y al cabo, coincide con lo dicho por Burke y destacado por Sampay respecto de que la constitución escrita es la parte “accesoria” de la constitución. Lo ‘principal’, lo que verdaderamente importa en una sociedad, es la determinación de la clase social dominante. Porque en ella residirá la constitución real, y ella podrá hacer y deshacer la constitución escrita según le parezca mejor, o según le parezca ‘más justo’. En este caso ambas ideas son análogas. Así, la clase dominante se transforma en un constante constituyente de la comunidad política.⁴⁵

⁴³ Arturo Sampay, *Constitución y Pueblo*, p. 45.

⁴⁴ Arturo Sampay, *Constitución y Pueblo*, p. 56.

⁴⁵ Arturo Sampay, *Constitución y Pueblo*, p. 60.

Es imposible sostener que en la obra de Sampay la teoría de la constitución real sea meramente descriptiva. A lo largo de los capítulos en los que trata la cuestión, queda claro que el autor hace de este discurso un discurso normativo, es decir, que no solo describe, sino que argumenta por qué las cosas deben ser de una manera determinada. Por supuesto, *Constitución y Pueblo* se inscribe en el marco de un movimiento político histórico particular, y alguno podría decir que es injusto proyectar sus elaboraciones al campo de la discusión jurídica actual. Puede haber algo de cierto en eso, y es innegable que varias aristas de la ‘constitución real’ de Sampay apuntan más al discurso del político que a las elaboraciones del jurista. Sin embargo, a la hora de tratar las manifestaciones más recientes de esta teoría puede ser realmente útil tener en cuenta cuál es su punto de partida. Porque, así como nos podemos encontrar con varios puntos de quiebre, quizás también podamos hallar algunas continuidades.

B. La constitución real en el “Manual de la Constitución Reformada” de Germán Bidart Campos

Vemos, entonces, que Bidart Campos habla de la constitución real varios años después de que el concepto hubiera sido importado a nuestro país. Y, si bien es claro que el autor no buscaba identificar su teoría sobre la constitución real con la de Sampay, a continuación, no podremos menos que señalar algunas similitudes que llaman la atención. Pero primero hay que explicar el contexto en el cual surge el término en el *Manual de la Constitución Reformada*.

Al comienzo de su obra, Bidart Campos trata lo que él llama “la estructura del Derecho constitucional”. En ese contexto, señala una distinción entre lo que llama el derecho constitucional “formal” y el “material”. En el marco de aquella distinción, sostiene:

[c]ualquiera que desea conocer cómo es el régimen político de un Estado, no se conforma con leer su constitución escrita o formal (si es que la tiene). Ambiciona saber si esa constitución funciona, se aplica, se cumple; o si, al contrario, está deformada en la práctica, o es sistemáticamente violada en todo o en parte; se preocupa por indagar qué otros contenidos constitucionales han ingresado a la dimensión sociológica a través de diferentes fuentes: la costumbre, el derecho internacional, la legislación, la jurisprudencia.⁴⁶

El autor explica que, si alguien quiere entender el derecho constitucional de un país, el texto de su constitución le podrá aportar normas escritas, pero que no podrá extraer de

⁴⁶ Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 3.

ellas ningún dato sobre su efectividad, su vigencia sociológica. Dicho de otra forma, quien se limite a leer la constitución de un país jamás podrá saber si lo que está leyendo tiene su correlato en la realidad, o si está leyendo un cuento de hadas. Para Bidart Campos, entonces, es necesario ampliar el panorama del derecho constitucional a la dimensión ‘sociológica’. Para esto, debemos combinar el estudio del derecho constitucional formal con el del derecho constitucional material. Este campo, tal como indica su nombre, amplifica el panorama de lo meramente escrito, y nos permite estudiar cómo se da realmente la dinámica constitucional de un país.

Ahora bien, según el autor, esta distinción entre derecho constitucional formal y material parecería tener su reflejo en la constitución. Así, dice que el derecho constitucional formal “se maneja con una constitución también formal”, mientras que “el derecho constitucional material remite a la dimensión sociológica, y utiliza el concepto de constitución material, o real, que equivale también al de régimen político o sistema político”.⁴⁷

De esta manera, nos encontramos con un viejo conocido. Pero aún cabe preguntarnos: ¿qué es la constitución real para Bidart Campos? Él lo explica así:

[d]ecimos que la constitución material es la constitución vigente y eficaz (derecho constitucional *positivo*) de un estado, "aquí" y "ahora" en tiempo presente.⁴⁸

Al mismo tiempo, vimos que se asocia ‘constitución real’ a ‘sistema político’. En resumen, podríamos decir que, para Bidart Campos, la constitución vigente y eficaz sería la práctica política que efectivamente tiene lugar en un país. Lo cual, a su vez, implica que el dualismo se da entre normatividad y sistema político.

Ahora bien, en el *Manual de la Constitución Reformada*, pareciera que esta noción de constitución real se presenta como meramente descriptiva de la realidad. Hay que entenderla en el marco de su ‘teoría trilateral’ del derecho constitucional, que dice que el mundo jurídico se integra por tres ámbitos: el de las normas, el del valor y el de la conducta.⁴⁹ En este sentido, pareciera haber algún punto de contacto entre esto y las ‘dimensiones’ del derecho constitucional propuestas por Sagüés. A su vez, Bidart Campos señala que el ámbito de las conductas se refiere estrictamente a las conductas

⁴⁷ Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 5.

⁴⁸ Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 5.

⁴⁹ Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 1.

‘ejemplares’, que no son aquellas que tienen un contenido moral intachable, sino sencillamente las que se repiten y sostienen en el tiempo (ya sean justas o injustas).⁵⁰

Estas conductas ejemplares –dice Bidart Campos– tienen vigencia sociológica, lo que equivale a decir que son ‘derecho vigente’, o sencillamente ‘derecho positivo’. En esa línea, comenta que

[s]i “derecho constitucional positivo” es igual a “derecho constitucional vigente sociológicamente”, el derecho constitucional positivo y vigente es lo que llamamos la constitución material o real, es decir, la que funciona y se aplica actualmente, en presente.⁵¹

Entonces, si uno lee estos fragmentos, daría la impresión de que Bidart Campos se limita a describir cómo se da la práctica constitucional. En esta línea, se podría inferir que, a diferencia de lo propuesto por Sampay (que legitima la idea de una constitución real que fuerza a la escrita), su concepción de “constitución real” no se mueve en un plano normativo, sino que funciona más como un mero relevamiento de datos. Es más, vimos que, al hablar de la constitución material, Bidart Campos señala que su estudio sirve para saber si la constitución escrita “se aplica, se cumple; o si, al contrario, está deformada en la práctica, o es sistemáticamente violada en todo o en parte”.⁵² Esta idea de que lo material o sociológico puede reflejar una práctica “deformada” podría dar a entender que Bidart Campos no quiere justificar las conductas sociales que se desvían de la norma.

En conclusión, es innegable que la constitución real de Bidart Campos no coincide del todo con la de Sampay. De alguna manera, pareciera que se trata de una aproximación más ‘inofensiva’, que únicamente quiere explicar cómo funciona la vida constitucional y política. Pero hay que mirar más de cerca, y analizar esta concepción de la dinámica constitucional con más detenimiento. Porque este análisis a modo de relevamiento de datos sobre las distintas ‘constituciones’, que al día de hoy se repite de distintas maneras en la doctrina, en el fondo esconde una trampa. Se hace pasar por una mera descripción de la realidad constitucional, pero es algo más que eso.

IV. Dos conceptos que se parecen

Volvamos por un momento a la regla de reconocimiento de Hart. Rodríguez Panigaua dice que ésta “se trata de una cuestión empírica, aunque compleja, de una cuestión de

⁵⁰ Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 2.

⁵¹ Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 2.

⁵² Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 3.

hecho”, y que “[s]e puede llamar a eso Constitución, pero entendiéndola como ‘realidad viviente’, como la Constitución que es aceptada y efectivamente existe”.⁵³ Si nos guiamos por el criterio del autor, la similitud entre esto y la constitución real tal como es explicada por Bidart Campos llama la atención.

Esta noción de que, en algún sentido, la regla de reconocimiento tiene que ver con la constitución que “es aceptada y efectivamente existe” no está lejos de la afirmación que sostiene que la constitución real es la “vigente y eficaz”. De hecho, podríamos preguntarnos si no estamos hablando de lo mismo.

Por traicionero que pueda ser el salto de la teoría del derecho al derecho constitucional en concreto, hagamos el trabajo de pensar la regla de reconocimiento hartiana en términos constitucionales. Si en términos generales se trata de un acuerdo común respecto de qué regla primaria pertenece al ordenamiento jurídico, en materia constitucional, la regla de reconocimiento consistiría en aquel hecho social por el cual una comunidad organizada (o una parte especializada de ella) reconoce a una “primera constitución” como válida y vinculante. En ese sentido, funciona de la misma manera que la “norma hipotética fundamental” de Kelsen. Aunque con una clara diferencia: la norma hipotética fundamental es, bueno, hipotética. La regla de reconocimiento en materia constitucional no: es un dato empírico de la realidad social. Entonces, palabras más palabras menos, la pregunta es: cuando Bidart Campos habla de “constitución con vigencia sociológica”, o cuando se habla de que la constitución real “expresa el ser” de la realidad constitucional, ¿no se está postulando al concepto de la constitución real como una especie de regla de reconocimiento en lo materia constitucional? Al menos en algún sentido, parecería que sí.

Pero detengámonos en algo más. Si prestamos atención, esta manera de postular a la constitución real como una suerte de regla de reconocimiento en lo constitucional no solo podría interpretarse de la obra de Bidart Campos, sino que también se encuentra presente –sin dudas– en la obra de Sampay, que da a entender su adhesión a la postura de Lassalle que dice que “la constitución es una realidad sociológica”.⁵⁴ ¿Será que, más allá de la diferencia de matices, en el fondo hay cuestiones en las que coinciden?

⁵³ José María Rodríguez Paniagua, *Historia del Pensamiento Jurídico II*, 8va ed. (Madrid: Sección de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid, 1997), pp. 670-671.

⁵⁴ Arturo Sampay, *Constitución y Pueblo*, p. 44.

Por supuesto, esto no significa afirmar sin más que las nociones de constitución real y regla de reconocimiento son libremente intercambiables. De hecho, ya veremos que no lo son del todo. Sin embargo, creemos que sí se puede decir que la tesis de la constitución real, en cualquiera de sus facetas, lleva consigo una pretensión de funcionar como una regla de reconocimiento en términos constitucionales. Aunque claro que, según cómo se plantee la tesis, esto puede darse con mayor o menor intensidad.

En fin. Este intento de paralelismo entre la constitución real y la idea de Hart no es indiferente, ni es un tema de ‘laboratorio académico’ sin ninguna consecuencia práctica. Si hiciéramos lugar a la idea de que la constitución real funciona de la misma manera que la regla de reconocimiento, entonces cuando hablamos de cómo el sistema político impacta sobre la constitución escrita no nos estaríamos moviendo en el ámbito del mero relevamiento de datos: estaríamos convalidando que se elabore una teoría sobre cómo se define al Derecho.

Lo que sucedería, entonces, es que este esquema dualista no se limitaría a señalar que hay una discrepancia entre la constitución y el accionar del sistema político que se aparta de ella –como querría hacer creer–, sino que estaría dando rango constitucional a aquel desvío del sistema político. Porque, en definitiva, esta equiparación entre la dimensión normativa y la dimensión fáctica hace que lo que la sociedad política entiende y vive como norma constitucional válida o inválida termine por impactar en el concepto mismo de ‘constitución’. Si admitiéramos esto, y si la dinámica del sistema político de un país fuera tan constitución como la escrita, ya no estaríamos relatando inocentemente una práctica: la estaríamos legitimando. Entonces, aunque en el discurso los desvíos de la práctica sean presentados como ‘deformaciones’, la verdad es que, si se acepta sin reparos la tesis de la constitución real junto con sus presupuestos y pretensiones, se los terminaría constitucionalizando.

Más allá de que podamos encontrar discontinuidades entre el postulado de Sampay y el de Bidart Campos, la teoría de la constitución real es una sola. Porque, tal como se puede ver, aún la faceta más moderada de la teoría sigue sosteniendo la idea estructural de la faceta más ‘revolucionaria’ (y aquí sí, quizás, en el verdadero sentido de la palabra): que hay que extender el concepto de “constitución” a la práctica social y política, y que en aquella dimensión fáctica se encuentra la constitución que verdaderamente es. Aún en su postulado más ‘inofensivo’, la teoría de la constitución real pretende erigirse como una regla de reconocimiento aplicada al derecho constitucional.

Sin embargo, e independientemente de las aspiraciones que pudiera tener el postulado de la constitución real, es importante señalar una distinción fundamental entre ese concepto y el de la regla de reconocimiento. Por un lado, es cierto que ambas nociones pueden tener en común el que funcionan o pretender funcionar como un criterio de hecho para determinar qué es y qué no es Derecho. Sin embargo, a la dinámica le falta un elemento esencial de la regla de reconocimiento de Hart: el accionar de los jueces.

En efecto, la noción de la constitución real no termina de explicar quiénes son los agentes que determinan las prácticas constitucionales vigentes. Si bien es evidente que el accionar de los jueces repercute sobre la Constitución, la tesis no aporta ningún elemento como para interpretar que ellos son los únicos que participan de la formación de “la constitución vigente y eficaz de un estado”. Más bien al contrario. De a momentos, el postulado de la constitución real parece tener más puntos en común con el “constitucionalismo popular” que con el *Rule of Law*.

Por el contrario, en *El Concepto de Derecho* Hart indica que los jueces cumplen un rol esencial en la determinación del Derecho que es. Así, el autor sostiene que

una comprensión de la conexión contextual entre la afirmación interna de que una norma de un sistema es válida y la afirmación externa de hecho de que el sistema es generalmente eficaz, nos ayudará a ver adecuadamente la teoría común de que *afirmar la validez de una norma es predecir que será aplicada por los tribunales o que se tomará alguna otra medida oficial*.⁵⁵ (el énfasis es propio)

De esta forma, queda claro que, más allá de sus pretensiones, la constitución real jamás podría funcionar como un mecanismo legítimo para identificar al derecho constitucional que es si, por ejemplo, quisiera hacerlo prescindiendo por completo del criterio adoptado por los jueces.

Para entender la importancia práctica de esta intención de paralelismo entre constitución real y regla de reconocimiento, puede ser bueno ver algunos casos de nuestra dinámica institucional y analizar qué repercusión tendría el aceptar la teoría que estamos analizando.

A. Constitución real y decretos de necesidad y urgencia

Los decretos de necesidad y urgencia (“DNU”) son socios vitalicios de los trabajos sobre derecho constitucional. Su presencia en la práctica institucional argentina ha dado

⁵⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Law Series (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 208.

de qué hablar al punto que pareciera que ya no se puede decir nada nuevo. Y, sin embargo –como diría un cantautor español– la degeneración en su uso los sigue manteniendo en vidriera a pesar del paso del tiempo.

El artículo 99 inc. 3 de la Constitución establece que “[e]l Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. Y quizás hubiera sido mejor dejar el artículo así.⁵⁶ Pero, mal que nos pese, punto seguido se lee:

[s]olamente 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, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

Tenemos, entonces, un escenario con una regla y una excepción. La pauta general es clara y no deja mucho lugar a la interpretación: el Ejecutivo no puede legislar. Esto, además, parecería ir en línea con nuestro artículo 29 que trata de “infames traidores a la patria” a aquellos que cedan facultades extraordinarias o la suma del poder público tanto al presidente de la Nación como a los gobernadores de provincia. De hecho, la prohibición de esta primera parte del 99 inc. 3 es tajante, y señala que el Ejecutivo no puede emitir disposiciones de carácter legislativo jamás. Ahora bien, hay que hacer esta aclaración: que “en ningún caso” puede legislar debe entenderse, lógicamente, como que en ningún caso puede legislar excepto en los casos en los que puede legislar. Porque, como vimos – y quizás siguiendo los lineamientos de Marx⁵⁷–, el artículo consagra una salvedad: que el Ejecutivo podrá emitir disposiciones de carácter legislativo cuando circunstancias

⁵⁶ Ver Manuel José García-Mansilla, “La metamorfosis del sistema constitucional argentino. Decretos de Necesidad y Urgencia y separación de poderes.” *El Derecho* 210 (2004), 746. Allí, entre otras cosas, el autor sostiene que haber constitucionalizado los DNU es un claro ejemplo de cómo las deformaciones institucionales deberían ser entendidas lisa y llanamente como deformaciones institucionales. Además, señala que incorporar prácticas torcidas a nuestra Constitución termina por desnaturalizar su estructura más que otra cosa. Sobre el final del trabajo, dice: “Al igual que el protagonista de *La Metamorfosis* de Kafka, los argentinos nos hemos acostumbrado a convivir con la deformación de nuestro sistema de gobierno. Tan es así que, *en lugar de erradicar una anomalía institucional como los decretos-leyes, los hemos incorporado a la Constitución Nacional* bajo un ropaje distinto: los DNU” (el énfasis es propio).

⁵⁷ Una leyenda urbana atribuye a Groucho Marx la frase: “Éstos son mis principios, y si no le gustan, tengo otros”. En un intento por clarificar la cuestión, este año el Diario de Sevilla publicó un artículo en el que alega que la frase apareció por primera vez en un periódico de Nueva Zelanda en 1873, y que luego algún periódico se la atribuyó a Groucho algunos años después de su fallecimiento. En cualquier caso, lo importante es que esta fórmula es verdaderamente útil para retratar algunas cuestiones. Como la actual.

excepcionales hacen imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes. Ahora bien, independientemente de esta redacción compleja que sienta un principio que parece ser absoluto solo para después señalar que no lo es, es importante destacar algo: que la excepción es, bueno, excepcional. Por ende, el artículo debe leerse como que los DNU están prohibidos siempre, salvo en circunstancias verdaderamente particulares que deberían ser probadas.

A esto podemos agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha ocupado de definir qué se debe entender por “circunstancias excepcionales”. En el fallo Della Blanca, por ejemplo, el Tribunal dijo que circunstancias excepcionales refiere a una situación en la cual esté en juego la preservación y la vida misma de la Nación y el Estado.⁵⁸ En el fallo Verrocchi,⁵⁹ dijo que se debe tratar de una situación legislativa tan urgente que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo que no resulte compatible con el trámite normal para sancionar las leyes, o en casos de acciones bélicas o desastres naturales que impidan que el Congreso se reúna.⁶⁰ En Cooperativa de Trabajo Fast Limitada, señaló que los DNU solo son admisibles cuando median condiciones de rigurosa excepcionalidad excluyentes de criterios de mera conveniencia que sean ajenos a situaciones de extrema necesidad.⁶¹ Y en Leguizamón dijo que debe darse una situación

⁵⁸ CSJN, “Della Blanca, Luis Enrique y Otro c/ Industrias Metalúrgicas Pescarmona S.A s/ Diferencia liquidación”, 24/11/1998, *Fallos*: 321:3123. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4565591&cache=1694650146114>

⁵⁹ CSJN, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional – Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo dec. 770/96 y 771/96”, 19/08/1999, *Fallos*: 322:1726. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4717641&cache=1694650298756>

⁶⁰ Aunque cabría preguntarnos si hoy día esta pauta sigue vigente. En la pandemia, por ejemplo, el Congreso sesionó virtualmente sin que aquello resultara un problema. En CSJN, “*Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza*”, 24/04/2020, *Fallos*: 343:195, la presidenta del Senado recurrió a la Corte para consultar si la Cámara Baja estaba habilitada para sesionar vía Zoom. El Tribunal, más allá de que implícitamente dio su visto bueno, le explicó que aquella es una decisión que queda en la órbita de cada Cámara del Congreso, a quienes corresponde dictar su reglamento interno. Por tanto, por más que hoy se diera alguna circunstancia excepcional que hiciera imposible que el Congreso se reúna físicamente, se entiende que nada le impediría sesionar de manera virtual. Por lo demás, el fallo se encuentra disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7585321&cache=1694651092222>

⁶¹ CSJN, “Cooperativa de Trabajo Fast Limitada c/ Estado nacional – Poder Ejecutivo de la Nación – Dto. 1002/99 s/ amparo Ley 16.986”, 01/09/2003, *Fallos*: 326:3180. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5435541&cache=1694650435019>

de grave trastorno que amenace la existencia del Estado, la seguridad u el orden público económico y que al Poder Legislativo le sea imposible dar una respuesta a tiempo.⁶²

Por si fuera poco, la Corte también se ha detenido a explicar qué no debe entenderse por circunstancias excepcionales. Por ejemplo, en *Consumidores Argentinos* dijo que no se puede interpretar que el 99 inc. 3 habilite a “elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”.⁶³

Todo esto apunta a demostrar que, en líneas generales, la jurisprudencia de la Corte ha ido de la mano del texto del 99 inc. 3 de nuestra Ley Fundamental y se ha mostrado particularmente estricta para definir los contornos en los cuales podría ser utilizado un DNU por parte del Poder Ejecutivo. Es decir, los jueces han sentado un criterio bastante claro y han sostenido una interpretación estricta del artículo que consagra los DNU.

¿Qué ha sucedido en la práctica? No hace falta estar pendiente del Boletín Oficial todos los días para saberlo. En los últimos años, el Poder Ejecutivo le ha competido al Congreso de la Nación el rol de principal legislador. Y, lejos de lo dispuesto tanto por la Constitución como por la Corte, los DNU se han convertido en una herramienta de la que el Poder Ejecutivo echa mano siempre que no cuenta con el tiempo o con la mayoría parlamentaria que necesita para que se sancione una ley. O sencillamente cuando lo cree más conveniente. En teoría, tenemos una ley que regula el trámite del control legislativo de los DNU, y las Cámaras del Congreso deberían pronunciarse respecto de la validez o invalidez de cada uno de ellos inmediatamente después de que la Comisión Bicameral Permanente elevara su dictamen. Pero de nuevo: en teoría. Con el paso de los años, pareciera que nos hemos acostumbrado a convivir con esta mala práctica de haber hecho del Poder Ejecutivo un legislador más.

El panorama ya es lo suficientemente desalentador. Pero si además cediéramos ante la intención que tiene la teoría de la constitución real de establecerse como regla de reconocimiento, no quedaría más que rendirnos del todo. Porque es cierto: los argentinos

⁶² CSJN, “Leguizamón Romero, Abel y otra c/ I.S.S.J y P s/ ordinario”, 07/12/2004, *Fallos*: 327:5559. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=11577>

⁶³ CSJN, “*Consumidores Argentinos c/ EN-PEN-DTO 558/02-SS-LEY 20091 s/ amparo Ley 16986*”, 19/05/2010, *Fallos*: 333:633. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6845531&cache=1694650653518>

nos hemos acostumbrado a convivir con este vicio de nuestro sistema constitucional. Pero tanto la letra de la Constitución como la jurisprudencia de la Corte van hacia otro lado. Si bien hay una deformación de la práctica, jamás podríamos decir, ni siquiera adoptando un criterio como el de la regla de reconocimiento, que la comunidad política entiende que el 99 inc. 3 de la Constitución no tiene vigencia. Ceder a la idea de la constitución real como regla de reconocimiento para el caso de los DNU implicaría afirmar que nuestro verdadero derecho o nuestro derecho que es admite –y quizás hasta incentiva– el dictado de disposiciones legislativas por parte del Poder Ejecutivo.

La noción de constitución real aplicada al caso de los DNU importa tanto como afirmar que, en nuestro país, la deformación por la cual el Poder Ejecutivo emite disposiciones legislativas sin atenerse a los límites del 99 inc. 3 es tan parte de la Constitución como el artículo 19. Por más que los autores que sostienen la idea de la constitución real no tengan la intención de sostener esto, el ampliar de tal manera el concepto de “constitución” termina por generar estas contradicciones irreconciliables.

En otros términos, en este caso la constitución real no funciona como una regla de reconocimiento, sino que sencillamente termina por convertirse en un legitimante de nuestra anomia. Porque una cosa es reconocer que tenemos la mala costumbre de no actuar conforme al derecho y otra cosa totalmente distinta es querer determinar parte del derecho en función de esa mala costumbre.

Aplicado a este caso, el enfoque de la constitución real no solo no funciona como regla de reconocimiento, sino que además contradice abiertamente lo establecido por la letra de la Constitución y por la Corte Suprema y desdibuja por completo nuestro sistema de separación de poderes con frenos y contrapesos.

B. Constitución real y juicio por jurados

Veamos otro ejemplo. Si la constitución de una determinada sociedad se definiera conforme al criterio de lo ‘socialmente vigente’ y la teoría de la constitución real se admitiera sin reparos, deberíamos decir sin más que el juicio por jurados quedó eliminado de nuestro sistema constitucional.

Nuestra Constitución alude a este instituto no una vez, sino tres: en el artículo 24, en el 75 inc. 12 y en el 118. El artículo 24 señala que su establecimiento corresponde al Congreso de la Nación, y el 75 inc. 12 que el Congreso debe dictar las leyes que sean necesarias para que aquello suceda. Por su parte, el artículo 118 dice que “todos los juicios

criminales ordinarios que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados”. Aunque aclara: “luego que se establezca en la República esta institución”. Si bien esto pudiera parecer confuso, se ha explicado que “los artículos 24 y 75 inc. 12 se refieren al juicio por jurados en crímenes de carácter federal, mientras que el artículo 118 se refiere a juicios criminales ordinarios de jurisdicción provincial”.⁶⁴

La cuestión es que se trata de una cláusula programática y que, al día de hoy, el Congreso de la Nación aún no dictó ninguna ley estableciendo el juicio por jurados a nivel nacional. Esa demora ha llevado a algunos autores a sostener que el instituto ha caído en *desuetudo* por inactividad del Congreso. Es la línea en la que se encuentran, entre otros, Palacio o Sagüés. Este último, por ejemplo, señala que

[a]lgunos autores han constatado esa derogación –desuetudo mediante– de las prescripciones constitucionales atinentes al juicio por jurados, *derogación sociológica* que se explica por la renuencia del órgano legislativo en instrumentar al instituto, durante mucho más de un siglo.⁶⁵ (el énfasis es propio)

Más adelante en el mismo trabajo, el autor, con cita a Aftalión, García Olano y Vilanova, insiste en que “se formó una norma constitucional consuetudinaria (costumbre extrajudicial) derogatoria de ese texto sancionado en 1853”.⁶⁶ El concepto es sumamente claro: lo social se impone a lo normativo.

En efecto, si aceptáramos la tesis de la constitución real, no nos quedaría más que concluir lo mismo que concluye Sagüés, que en esto es verdaderamente coherente. Porque, para esta teoría, por más que la Ley Fundamental disponga lo que disponga, en definitiva, el texto tiene que ‘compartir’ el rol de constitución con la práctica (o llamémosle política). Y si hasta el momento el “no establecer el juicio por jurados a nivel nacional” ha sido una práctica pacífica y constante –y, vale decirlo, vaya que lo ha sido– solo podríamos concluir que la norma programática ha sido borrada del texto constitucional. Claro que en sentido figurativo: sigue ahí, solo hay que pasarla por alto.

⁶⁴ Joan Constant, "El juicio por jurados en Argentina desde la perspectiva constitucional." *Blog de la Revista Jurídica Universidad de San Andrés*, 08/08/2023. <https://rjudesa.wixsite.com/blog/post/el-juicio-por-jurados-en-argentina-desde-la-perspectiva-constitucional>. (Consultado el 25 de agosto de 2023).

⁶⁵ Néstor Pedro Sagüés, “El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución Nacional”, *El Derecho* 92, (1981), ED-DCCLXXIII-565.

⁶⁶ Néstor Pedro Sagüés, “El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución Nacional”, ED-DCCLXXIII-565, citando a Enrique Aftalión, Fernando García Olano y José Vilanova, *Introducción al Derecho*, 7ª ed. (Buenos Aires: Editorial LL, 1964), p. 329.

Respecto de la cláusula que manda al Congreso a establecer el juicio por jurados a nivel nacional, Sagüés concluye que

(...) si el legislador no instrumenta la cláusula programática durante un lapso considerable que exceda notoriamente lo razonable según la materia que se enfoque, hay un desuso legislativo que muestra la voluntad de no aceptar la concreción de la norma constitucional programática. En otros términos, la consuetudinaria praxis legislativa (por desobediente omisión o inacción), *afecta la eficacia de la directriz constitucional que manda al legislador hacer algo, y cae entonces a la norma programática*.⁶⁷ (el énfasis es propio)

Si la norma programática cae, pareciera que al afectarse la eficacia se afecta también la validez. Aquí sí, el dilema queda planteado casi en términos hartianos, y da un ejemplo de lo que implicaría adoptar a la tesis de la constitución real y su pretensión de funcionar como regla de reconocimiento. Si a lo largo de los últimos años nos hubiésemos guiado por esta para pensar nuestro derecho constitucional, deberíamos haber concluido hace ya tiempo que el juicio por jurados no forma parte de nuestra Constitución.

Además, en el último tiempo, el tema del juicio por jurados ha estado en el centro de algunas discusiones sobre efectividad y validez de las normas.

En el año 2019, la Corte tuvo oportunidad para expedirse sobre el tema en el fallo Canales.⁶⁸ En pocas palabras, se discutía la constitucionalidad de la Ley Nro. 2.684 de la Provincia de Neuquén que, en el marco de la sanción de un nuevo Código Procesal Penal, estableció la modalidad de juicio por jurados a nivel provincial. Los recurrentes, que habían sido condenados por homicidio agravado luego de un veredicto emitido por un jurado popular, alegaban que la provincia había invadido facultades del gobierno federal al arrogarse la potestad de establecer aquella modalidad de juicio. Pero más allá de la decisión de fondo –que convalidó la constitucionalidad del Código Procesal Penal neuquino–, nos interesa destacar un punto del voto concurrente de Rosatti. En su séptimo considerando, el juez de la Corte resalta el mismo problema que identificaba Sagüés unos párrafos más arriba. Así, dice que “a pesar del claro -y reiterado- mandato constitucional, la institución del juicio por jurados aún no se ha implementado por el Congreso Nacional

⁶⁷ Néstor Pedro Sagüés, “El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución Nacional”, ED-DCCLXXIII-565.

⁶⁸ CSJN, “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria”, 02/05/2019, Fallos: 342:697. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7519692&cache=1694650753092>

en la República Argentina”.⁶⁹ El problema es claro. Lo ve la doctrina, lo ven los jueces, y lo vemos nosotros mismos. Sin embargo, lo valioso es lo que le sigue porque, si bien la omisión del Congreso es manifiesta, Rosatti afirma que “la omisión parlamentaria no puede conllevar una derogación de hecho de la institución, *en tanto ello equivaldría someter la vigencia de las normas constitucionales a la actividad o pasividad de los poderes constituidos*, que son quienes -en vez de ignorarlas o violentarlas- se encuentran obligados a cumplirlas”.⁷⁰ (el énfasis es propio)

Comparado con la alternativa de desistir de las normas que no cumplimos, este último mensaje parece más alentador. Aunque de alguna manera, por supuesto, incomoda. ¿Será porque sostiene jurídicamente una tensión entre lo que debería ser y lo que es? Probablemente. Pero a veces las tensiones son lo único que nos queda. Ya volveremos a este tema.

Asimismo, y también a raíz de la cuestión del juicio por jurados, hace poco se ha afirmado que

es absurdo suponer que un fenómeno sociológico derogue una norma de máximo rango como lo es la Constitución Nacional. Debe recordarse que nuestra carta magna reconoce un solo mecanismo de reforma, que es a través de la convocatoria de la convención constituyente. (...) [Y que] sostener que los artículos 24, 75 inc. 12 y 118 han caído en desuetudo por la inacción del Congreso implicaría, a su vez, derogar el artículo 30 de la Constitución, ya que se estaría reconociendo otro mecanismo de reforma que la norma no prevé.⁷¹

Comparto el criterio. Y creo que pone de relieve otra cuestión que no podemos pasar por alto cuando analizamos la idea de la constitución real: que, aunque no se quiera reconocer abiertamente, es una manera de acortar los caminos que propone nuestro diseño constitucional.

V. Un atajo

Ya hemos visto que la teoría de la constitución real no es tan descriptiva como dice ser. Y hemos notado que, al menos en cuanto a su función principal, pretende funcionar como una regla de reconocimiento en materia constitucional. Pero, como mencionamos, el concepto también es preocupante desde otro punto de vista. Nos referimos a que, en el

⁶⁹ CSJN, “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria”, del voto concurrente del juez Rosatti, considerando 7, pp. 32-33.

⁷⁰ CSJN, “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria”, del voto concurrente del juez Rosatti, considerando 7, pp. 32-33.

⁷¹ Joan Constant, "El juicio por jurados en Argentina desde la perspectiva constitucional"

fondo, el mecanismo propuesto por la teoría de las ‘dos constituciones’ esconde una faceta verdaderamente antidemocrática, porque pasa completamente por alto nuestro sistema de reforma constitucional.

Nuestra norma fundamental no es inmodificable, independientemente de que a veces se nos quiera hacer creer eso. Si en algún momento se vuelve realmente necesario ajustar alguna cuestión, el mismo texto prevé la manera de hacerlo. Su artículo 30 exige que al menos dos terceras partes del Congreso sancionen una ley que declare la necesidad de reforma y que aquella sea realizada por una Convención especialmente convocada. ¿Es difícil? Definitivamente. Pero si se exige todo aquello es porque se entiende que el acto de reformar la Constitución tiene una trascendencia política e institucional tan grande que no puede llevarse a cabo sin una amplia legitimidad democrática (con lo complejo que puede ser definir “legitimidad”). Es una garantía formal del sistema.

Ahora, lo que sucede cuando adherimos a la idea de la constitución real es que tomamos este mecanismo institucionalizado, le decimos “muchas gracias, pero no gracias”, y lo cambiamos por el criterio de “lo que comúnmente sucede en el sistema político”. O al menos llamamos a la práctica política con el mismo nombre que llamamos al texto de la Constitución. Para quien se identifica con aquel sistema político, es un atajo totalmente efectivo. Pero además de totalmente efectivo, es totalmente inconstitucional porque convierte a los actores políticos en una suerte de convencionales constituyentes *de facto* y los legitima a construir una constitución al margen de la Constitución (una suerte de ‘constitución *blue*’). De hecho, recordemos que sostiene que “la constitución oficial es sólo un sector del aparato normativo constitucional”.⁷² Así, de alguna manera, sin necesidad de contar con dos tercios del Congreso, quien detenta el poder puede legitimar –o al menos camuflar– su accionar contrario a la Constitución en la distorsión ya arraigada de la práctica política. Nos referimos a los gobiernos nacionales que manejan los fondos coparticipables como quien maneja su sueldo, o a los presidentes que dictan decretos de necesidad y urgencia mientras el Congreso está en sesiones porque está próxima a vencer una prórroga que no quieren que caiga, o a las administraciones que ni siquiera intentan cumplir con ciertas cláusulas programáticas de la Constitución porque les resulta más sencillo poner parches.

⁷² Néstor Pedro Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 52.

En fin, pareciera que nos olvidamos de cuál es el rol de los agentes políticos frente a la Ley Fundamental. La Constitución no está a disposición del gobierno, sino que el gobierno es una creatura de la Constitución. Así, en la vereda opuesta, José Benjamín Gorostiaga decía que

ninguno de los poderes constituidos tiene semejante facultad [la de dar la constitución de un país] y la Constitución no es un contrato del que pueden apartarse las partes cuando quieran, es una Ley Fundamental, que solo puede ser abrogada legalmente o reformada por el poder soberano que la hizo, por el pueblo argentino representado en una Convención Constituyente.⁷³

Decir que el sistema político tiene un peso normativo similar al de la constitución escrita es como construir una suerte de ‘colectora’ al mecanismo de reforma establecido por el artículo 30 de nuestra Ley Fundamental. Entendemos que, si realmente queremos sostener el principio de supremacía constitucional, es importante separar conceptualmente ambos compartimentos.

VI. Una idea conocida

Como vemos, el debate sobre la vigencia sociológica de la Constitución da mucho de qué hablar. Pero si solamente pudiéramos detenernos para criticarla en un punto, debería ser en algo que ya ha quedado de manifiesto, y que es su falla principal: el olvido del rol principal de las normas jurídicas. Rosler señala que “mientras que en el caso de las leyes físicas son las normas las que deben ajustarse al mundo, en el caso de las disposiciones jurídicas, es el mundo el que debe ajustarse a la norma”.⁷⁴ En aquella misma línea, el ex convencional constituyente Rodolfo Díaz señaló en una nota titulada “Sistema político y constitución” que “una norma no es la ‘expresión’ de cómo se comportan los actores, sino la ‘pretensión’ de que se comporten de determinada manera”.⁷⁵

Nuestra Constitución Nacional, mal que pueda pesarle a alguien, es una norma. Como tal, no funciona distinto a cualquier otra norma en cuanto a su pretensión de dar forma a una realidad, a un ‘mundo’. Y aquel ‘mundo’ que debe ajustarse a ella es, precisamente, el sistema político. O mejor: en tanto norma –y en tanto norma legítima–

⁷³ José Benjamín Gorostiaga, *Diario de Sesiones*, t. I (1862), 52. Citado en Jorge Reinaldo Vanossi, *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su jurisprudencia* (Buenos Aires: Editorial Jusbares, 2019), pp. 91-92.

⁷⁴ Andrés Rosler, *La ley es la ley*, p. 85.

⁷⁵ Rodolfo Díaz, *Sistema político y Constitución* (Los Andes, 1987), p. 1.

la Constitución Nacional es la pretensión de ponerle límites al poder político.⁷⁶ Entonces, si tomamos lo que dicen estos autores, la Constitución nunca puede ser la descripción de cómo funciona el sistema político, porque es justamente ella quien está llamada a estructurarlo.⁷⁷

Reconocer que ese poder político –o el sistema político, o la dinámica política, como queramos llamarle– puede modificar la Constitución a partir de su mera conducta es más o menos como renunciar al constitucionalismo. Porque

una de las notas definitorias del constitucionalismo occidental, es precisamente la transformación de las relaciones de poder en relaciones jurídicas; la actividad constituyente tiende precisamente a eso: a configurar jurídicamente la realidad política.⁷⁸

A su vez, queda claro que todo esto implica una toma de postura previa respecto del Derecho como un sistema dotado de autoridad para resolver conflictos y del constitucionalismo como un límite al poder del gobierno de turno. Negar ese punto no tendría mucho sentido ya que se trata de una suerte de “opción fundamental” en términos jurídicos. Pero eso no quiere decir que no se pueda argumentar a favor y en contra de estas elecciones. Por ejemplo –y volviendo a nuestro tema–, creo que vale la pena señalar un argumento desarrollado por Juan Antonio González Calderón cuando fue incorporado a la Academia Nacional de Derecho. En su exposición, el célebre constitucionalista habló de nuestra Ley Fundamental como norma rígida que limita al poder y dijo que

la Constitución es y deber ser siempre así (...) porque únicamente de tal modo es como el pueblo puede conservar su libertad y mantener el orden jurídico que ha instituido y porque ello es necesario para gozar de un gobierno constitucional, en el verdadero sentido de la palabra, imposibilitando la dictadura y el caos.⁷⁹

Es un argumento potente y claro en contra de la idea de una constitución esencialmente mutable como la que se desprende del planteo de la constitución real. Además, cuando hablamos de este tema nos parece central destacar lo siguiente: existe un claro consenso general respecto de que queremos vivir en un Estado de Derecho

⁷⁶ Ver, por ejemplo, Randy Barnett, *Our Republican Constitution* (New York: Broadside Books, Harper Collins, 2016), Foreword by George F. Will, p. 10.

⁷⁷ Por supuesto, esto lleva consigo una consideración liberal-clásica respecto de la naturaleza de la Constitución (una vez que partimos de la base de que estamos frente a una Constitución legítima y digna de fidelidad). La pregunta, de todas formas, es si podríamos hablar de un verdadero Estado de Derecho Constitucional y de ‘supremacía constitucional’ sin una concepción mínimamente clásica y positivista respecto de qué es la Constitución.

⁷⁸ Rodolfo Díaz, *Sistema político y Constitución*, p. 2.

⁷⁹ Juan Antonio González Calderón, en su incorporación a la Academia Nacional de Derecho en 1929. Recopilado por *Diario La Fronda* de fecha 24 de agosto de 1929, p. 3.

Constitucional y respecto de que es bueno que la Constitución conserve su supremacía. La pregunta es si podríamos mantener aquellas dos cosas sin una concebir a la Constitución como una norma escrita y rígida. Alguno podría decir que sí, y entonces la idea de constitución real es una alternativa, está claro. Pero quien se inclina por una elección de ese tipo tiene que reconciliarse la idea de que no quede nada detrás del ‘velo’ de la Constitución: sólo política. Y si bien uno puede “deshacerse de todas las leyes de Inglaterra para perseguir al Diablo”, debe tener en cuenta que llegará el momento en el que el Diablo se dará vuelta a mirarlo frente a frente, y no habrá constituciones para esconderse.

VII. Constitución y realidad: ¿una relación rota?

Con todo esto no negamos que exista una relación entre el texto constitucional y realidad social. Es más, varios de nuestros autores más importantes coincidían en que una constitución no puede cumplir con su rol si queda verdaderamente lejos de la realidad del país que pretende regir. Alberdi, en sus *Bases y Puntos de partida para la Organización Nacional* habla de “la regla tan conocida de que las constituciones deben ser adecuadas al país que las recibe”.⁸⁰ “Dios, en efecto” dice, “da a cada pueblo su constitución o manera de ser normal, como la da a cada hombre”.⁸¹ Es manifiesto que, para Alberdi, la Ley Fundamental de un país no puede ir por una vía paralela a la realidad a la que pretende dar forma.

Esteban Echeverría, por su parte, describe en su “Dogma Socialista” qué pasa si el soberano da al pueblo una constitución “que no es la suya”; que está desencontrada con su realidad. Dice así:

si los legisladores, desconociendo su misión y las exigencias vitales del pueblo que representan, se han puesto como miserables plagiarios a copiar de aquí y de allí artículos de constituciones de otros países, en lugar de hacer una que tenga raíces vivas en la conciencia popular, –su obra será un monstruo abortado, un cuerpo sin vida, una ley efímera y sin acción, que jamás podrá sancionar el criterio público.

El legislador habrá traicionado la confianza de su poderdante, el legislador será un imbécil.⁸²

⁸⁰ Juan Bautista Alberdi, *Bases y Puntos de partida para la Organización Nacional*, (Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017), p. 115.

⁸¹ Alberdi, *Bases y Puntos de partida*, p. 114.

⁸² Esteban Echeverría, *Dogma socialista de la Asociación de Mayo*, (Buenos Aires: Ediciones Estrada, 1965), p. 163.

El punto es muy claro: la constitución que va a darse a un pueblo tiene que responder a su razón y a sus necesidades. Pero eso no significa que luego la “razón del pueblo” (o llamémosle, por ejemplo, “el sistema político”) pueda hacer y deshacer la ley suprema a su antojo. Claro que puede haber reformas. Pero, tal como señala el mismo Echeverría casi seguido de lo anterior:

entre tanto no llega esa época que ella misma señala; su poder es omnipotente; su voluntad domina todas las voluntades; su razón se sobrepone a todas las razones.

Ninguna mayoría, ningún partido, ninguna asamblea podrá atentar a ella, so pena de ser usurpadora y tiránica.⁸³

Es decir, el punto de partida tiene que ser las exigencias vitales del pueblo, pero una vez que la Ley Fundamental ya fue dada teniéndolos en cuenta, la misma soberanía del pueblo contenida en ella hace de límite a cualquier ataque que venga del campo de lo político o lo social. No es la Constitución la que se adecúa al pueblo, sino el pueblo el que ha de adecuarse a la Constitución. O dicho por Echeverría:

[c]onstituida así la democracia, la soberanía del pueblo parte de este punto, y empieza a ejercer su acción incesante e ilimitada; *pero girando siempre en la órbita que la ley orgánica le traza*; su derecho no va más allá (el énfasis es propio).⁸⁴

Pero esto no debilita al argumento de que lo normativo está llamado a dar forma a lo fáctico. Por el contrario: lo fortalece. No hay dudas de que el punto de partida de la norma constitucional ha de estar lo más enraizado posible en la realidad nacional. Pero una vez puesto en marcha el mecanismo y sancionada la constitución, pasa a ser ella quien debe encauzar la dinámica política a fin de institucionalizarla.

VIII. Conclusión. Una invitación a sostener tensiones

Nuestra disociación entre norma y realidad es evidente. Nadie lo niega, y este trabajo tampoco ha buscado hacerlo. Es más, también tenemos que reconocer otra cosa: que la teoría de las ‘dos constituciones’ capta esa discordancia perfectamente bien. Pero justamente, su problema no es que describa cosas que no son, sino que nos hace pensar los problemas al revés. Así, la aproximación de la constitución real nos puede llevar a leer la teoría en función de la práctica; la validez en función de la vigencia; la Constitución en función de la política.

⁸³ Echeverría, *Dogma socialista*, p. 163.

⁸⁴ Echeverría, *Dogma socialista*, p. 164.

Hablando de dualismos, sobre el final del libro de Stevenson, el Dr. Jekyll cuenta que en un momento determinado pudo comprender que él era tan Dr. Jekyll como era Mr. Hyde; no era uno u otro, sino radicalmente ambos. Y, de alguna forma, asumir ese dualismo le resulta ‘liberador’. Pero esta imagen, que en la literatura funciona perfectamente bien para explicar el proceso que hace a un personaje, cuando es trasladada al derecho constitucional pierde su sentido. Aunque quisiéramos hacer de la Ley Fundamental un Dr. Jekyll y que ella sea tan ley como dinámica política –o clase social dominante–, jamás podríamos lograrlo. Nunca podrá ser radicalmente ambas: sencillamente dejará de ser Ley Fundamental. Porque si admitimos la teoría de las ‘dos constituciones’ junto con todas sus pretensiones, en definitiva, estamos renunciando a la idea de la Constitución como una norma que está llamada a dar forma a la dinámica social para darle lugar a una lógica por la cual la práctica social modifica a la norma. Se ha dicho que si uno no vive tal como piensa, eventualmente termina pensando tal como vive. No suena como una alternativa que elegiríamos para nuestra vida personal. ¿Por qué, entonces, la elegimos para nuestra manera de relacionarnos con la Constitución y el Derecho? Creo que en este punto tenemos una deuda pendiente.

Por último, es verdad: todos tenemos la experiencia constante de que las cosas no funcionan como deberían funcionar. Y, en medio de esa contradicción, más de una vez se vuelve tentadora la alternativa de auto convencernos de que el caos es el orden. Pero difícilmente vayamos a mejorar el panorama haciendo que la norma se parezca un poco más a nuestra realidad trunca. Como diría Ítalo Calvino, si abandonamos el esfuerzo por lograr que nuestra ciudad le de forma a nuestros deseos, corremos el riesgo de que nuestros deseos terminen por borrar la ciudad. Intercambiamos ‘ciudad’ por ‘constitución’ y la idea es la misma. En otras palabras: si el problema es que lo escrito no se cumple, difícilmente el camino para afianzar el derecho y las instituciones sea darle estatus constitucional al incumplimiento sistemático. Al contrario, lo ideal sería trabajar para que la pretensión de la norma pueda dar forma a la realidad. Y si en algunos casos eso es pedir demasiado, al menos podemos empezar por abandonar la legitimación de lo irregular. Hablo de mirarnos en el espejo como país y tener la franqueza suficiente como para reconocer que algunas de nuestras malas prácticas ya están arraigadas, pero que no por arraigadas pasan automáticamente a ser constitucionales.

Sostener contradicciones puede ser incómodo, pero a veces es necesario.

Bibliografía

- Aftalión, Enrique, García Olano, Fernando y Vilanova, José, *Introducción al Derecho*, 7ma ed. Buenos Aires: Editorial LL, 1964.
- Alberdi, Juan Bautista, *Bases y Puntos de partida para la Organización Nacional*. Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017.
- Alexander, Larry, "Constitutionalism", publicado en *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Edited by Thomas Christiano and John Christman. Chichester, West Sussex: Blackwell Publishing Ltd., 2009.
- Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.
- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*. Nueva York: Burt Franklin, 1970.
- Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I. Buenos Aires: EDIAR, 2014.
- Bidegain, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- Burke, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*. Dublin, 1790.
- Constant, Joan, "El juicio por jurados en Argentina desde la perspectiva constitucional." Blog de la Revista Jurídica Universidad de San Andrés, 08/08/2023.
- Díaz, Rodolfo, *Sistema político y Constitución*. Los Andes, 1987.
- Echeverría, Esteban, *Dogma socialista de la Asociación de Mayo*. Buenos Aires: Ediciones Estrada, 1965.
- Ferrajoli, Luigi, "Teoría del derecho y de la democracia," vol. 1 de "Principia Iuris." Traducido por P. A. Ibáñez, C. Bañón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís, y A. Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.
- García-Mansilla, Manuel José, "La metamorfosis del sistema constitucional argentino. Decretos de Necesidad y Urgencia y separación de poderes." *El Derecho* 210 (2004).
- Gargarella, Roberto, "De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema Argentina". *Jurisprudencia argentina* II (2007).

- Garzón Valdés, Ernesto, *Algunos modelos de validez normativa*. Madrid: *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Gorostiaga, José Benjamín, *Diario de Sesiones*, Tomo I, 1862.
- González Calderón, Juan Antonio, discurso recopilado por *Diario La Fronda*, 24 de agosto de 1929.
- Groppali, Alessandro, *Introduzione ai "Discorsi sulla Natura delle Costituzioni" di F. Lasalle*. Milano: 1945.
- H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Law Series. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* México D.F.: Distribuciones Fontamara S.A., 1991.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?* Bogotá: Editorial Termis S.A., 2003.
- Mortati, Constantino, *La Constitución en sentido material*, Estudio preliminar y trad. Bergareche Gros. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2023.
- Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*. Oxford: Clarendon Press, 1980.
- Rodríguez Paniagua, José María, *Historia del Pensamiento Jurídico II*, 8va ed. Madrid: Sección de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid, 1997.
- Rosler, Andrés, *La ley es la ley*. Buenos Aires: Editorial Katz, 2019.
- Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, traducción de G.R. Carrió. Buenos Aires: EUDEBA, 1963.
- Ross, Alf, "El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", *Revista sobre enseñanza del Derecho* 12 (2008).
- Sagüés, Néstor Pedro, "El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución Nacional", *El Derecho* 92 (1981).

- Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 3ra ed., 1999.
- Sagüés, Néstor Pedro, “Interpretación constitucional y alquimia constitucional”. *Jurisprudencia Argentina* IV-9 (2003).
- Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- Sampay, Arturo, *Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Ediciones Instituto Superior Dr. Arturo Jauretche, 2012.
- Santiago, Alfonso, “Naturaleza y significados de la Constitución”. *Revista Auctoritas Prudentium* 1 (2008).
- Vanossi, Jorge Reinaldo, *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su jurisprudencia*. Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2019.
- Vigo, Rodolfo, “Una teoría de la validez jurídica”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho* 39 (2016).