

La Constitución invisible después de la Reforma Constitucional argentina de 1994

por WALTER F. CARNOTA

Sumario: 1. INTROITO. – 2. DE LA LEGITIMIDAD DE ORIGEN A LA DE EJERCICIO. – 3. ¿DÓNDE ESTÁ LO INVISIBLE? – 4. CONCLUSIONES.

1. Introito

Una muy afinada literatura en el derecho comparado sostiene la existencia de una *Constitución invisible*, al lado de la formal, visible o tangible⁽¹⁾. El positivismo de talante normativista nos ha hecho creer que la única Constitución existente es la formal. Sin embargo, al lado de esta última, coexisten otras: las constituciones llamadas informales (materiales, vivientes, reales) que intentan o procuran expresar otras manifestaciones no escritas o no codificadas del fenómeno constitucional.

Ello parte de una premisa: la Constitución que se da en la facticidad, en la realidad de las conductas de gobernantes y de gobernados, de detentadores y de destinatarios del poder, no es exactamente igual –o sea–, es más grande o más inclusiva que la formal. Incluso, por ejemplo, en el pensamiento bidartiano, los desajustes entre la Constitución material más amplia y la formal –más acotada a la textualidad– sirven para catalogar las diversas *mutaciones constitucionales* que se pueden presentar⁽²⁾, hastaprivar de vigencia a la Constitución, la *desconstitucionalización*, como ocurrió con Weimar en 1919.

Tradicionalmente, podía pensarse que la conjetura de una Constitución invisible podía emplazarse o localizarse en el derecho natural o en el valor justicia, es decir, en cualquier construcción meta o extra positiva. Bajo otra perspectiva, así como para Adam Smith una *mano invisible* conducía al mercado, una Constitución invisible se vería involucrada en la gobernanza de la comunidad política.

Sin duda alguna, como veremos más adelante, 1994 cambió el ángulo del problema. Como todo aniversario,

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Un caso de hábeas data: entre el derecho procesal y el derecho constitucional*, por JORGE REINALDO VANOSI, ED, 176-348; *Novedades de Derecho Constitucional Latinoamericano. Perú: entró en vigencia el Código Procesal Constitucional*, por RICARDO HARO, EDCO, 2005-862; *La Reforma Constitucional de 1994 y el federalismo argentino*, por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE, EDCO, 2004-667; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *Acerca de los orígenes fundacionales del Derecho Procesal Constitucional*, por EDUARDO PABLO JIMÉNEZ, EDCO, 2005-754; *El Código Procesal Constitucional peruano y algunas pautas para orientar la tarea interpretativa de los jueces y el Tribunal Constitucional*, por VÍCTOR BAZÁN, EDCO, 2005-655; *La historia constitucional argentina y las reformas procesales penales*, por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ, EDCO, 2014-369; *Federalismo y declaraciones de derechos. Segunda Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1819-1853*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-589; *Federalismo y declaraciones de derechos. Tercera Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1853-1860*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-313; *El federalismo ante la responsabilidad patrimonial de los jueces*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-151; *Fortalecimiento del federalismo y los principios de cooperación leal y subsidiariedad*, por ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2013-591; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *Federalismo y declaraciones de derechos. Cuarta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1862-1916*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2014-585; *La necesidad del federalismo*, por JULIO CONTE-GRAND, ED, 264-699; *El federalismo, la justicia y el bien común*, por JUAN C. CASSAGNE, EDA, 2015-671; *Concepto, alcance y aplicabilidad del Derecho Procesal Constitucional*, por WALTER F. CARNOTA, ED, 300. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Así, por ejemplo, el libro colectivo editado por DIXON, Rosalind y STONE, Adrienne, *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, 2018. Asimismo, la canónica obra de TRIBE, Laurence, *The Invisible Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2008. Otros prefieren denominar al derecho tácito o inferencial como “derecho mudo”, ya que lo que desencadena la centralidad de la fuente escrita obviamente es la palabra. Es que “la palabra comunica, la escritura memoriza”. SACCO, Rodolfo, *El Derecho mudo (Neurociencias, conocimiento tácito y valores compartidos)*, Lima, Communitas, 2016, p. 206. Y el mismo autor agrega: “La palabra ha vencido. Ha superado al derecho mudo. Pero superar no significa cancelar”. SACCO, Rodolfo, *Antropología jurídica (Contribución a una macrohistoria del derecho)*, Lima, Communitas, 2018, p. 218.

(2) BIDART CAMPOS, Germán J., *Filosofía del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1969, p. 85.

rememorar y recordar a la Reforma Constitucional de 1994 implica o significa, ni más ni menos, auscultar su legado histórico y bucear en él. Indudablemente, se trata de un documento que añadió y sustrajo, que puso y que sacó, contenidos del texto originario, fruto de un gran consenso, vertebrado a través de 25 partidos políticos distintos expresivos de un *consenso significativo*.

2. De la legitimidad de origen a la de ejercicio

La revisión federal operada en 1994 implicó –como ya fue dicho– un hondo compromiso de las dos fuerzas mayoritarias –el radicalismo y el justicialismo– a través de sus líderes, el ex presidente Alfonsín y el entonces presidente Menem, más el concurso de todas las demás en cuanto a refundar y a refuncionalizar *un sistema político democrático*. Sin duda, y por ser fruto de consensos, la reforma cuyo aniversario celebramos conllevó una gran legitimidad de origen, dada por la representación en el seno de la Asamblea Constituyente de Santa Fe y Paraná, de las más variadas formaciones y agrupaciones políticas.

Al margen de la legitimidad de origen, la Asamblea dio un marco de legitimidad de ejercicio en cuanto creció la explicitud constitucional y dejó menos margen para los claroscuros de la siempre presente interpretación constitucional⁽³⁾. Más derechos con nombre y apellido, más instituciones –muchas oriundas del derecho público europeo del s. XX– receptadas también.

Pues bien, esos incrementos que pasaron a engrosar la textualidad constitucional llevan o conducen a pensar en una reducción considerable del mundo de lo invisible, de lo tácito, de lo implícito o implicado, de “intangibles” en favor de la propia Constitución formal, del documento textual. Así, los partidos políticos que actuaban en los márgenes del sistema documental coonestados por una legislación especial pasaron a ser contemplados por el art. 38. O el amparo, deficitariamente regulado por la ley de facto 16.986 sancionada en la época de Onganía, pasó a tener hospedaje cierto en el párrafo primero del art. 43, con un “bonus” en su segundo párrafo al prever al amparo colectivo. Lo que antes era invisible (o silente), hoy aparece a todo color, fuerte y claro. Lo mismo ocurre con el derecho ambiental (art. 41) o del consumidor (art. 42), por suministrar algunos pocos ejemplos.

3. ¿Dónde está lo invisible?

La pregunta que cabe formular es si ha quedado algo sin decir o sin expresar, algo que no estamos viendo o visualizando. Dijimos que, bajo una concepción realista del derecho, siempre hay más contenidos ocultos o sumergidos, como en una suerte de “iceberg” en donde lo que se ve y se nota no es precisamente lo más importante, sino tan solo lo más destacable.

Reiteramos que, sin lugar a dudas, uno de los grandes aportes del constituyente revisor de 1994 fue achicar o acortar la brecha entre norma y realidad, las dos grandes polaridades que se debaten “a capa y espada” en el mundo del derecho. En este momento, hay tres fuentes de invisibilidad en el derecho constitucional argentino. Corremos a explicarnos.

En primer lugar, siempre va a asomar –como anticipáramos– la *interpretación*. Es sabida la importancia o relevancia que la interpretación asume en el mundillo de las normas jurídicas y de las normas constitucionales en particular. Si bien –como ya dijimos– los márgenes de interpretación se han acotado –por un lado– fruto del incremento de la explicitud constitucional, siempre se interpreta, desmintiendo rotundamente el adagio *in claris non fit interpretatio*. Las cláusulas constitucionales, ambiguas a veces de por sí, asumen una textura aún más abierta desde 1994, fruto de otro estilo de redacción, más ampuloso y lejos de la precisión y de la elegancia del documento histórico.

(3) SAGUÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, 1998; ídem, *La interpretación judicial de la Constitución (de la Constitución Nacional a la Constitución convencionalizada)*, México, Porrúa, 2017.

Observamos una primera pauta de aumento de derechos por conducto de la interpretación en el art. 33 de la CN, agregado en 1860. La consagración de la doctrina de los derechos no enumerados o implícitos configura –siguiendo las aguas de la Enmienda Novena norteamericana y al decir de Tribe– una pauta interpretativa de primera magnitud⁽⁴⁾ ya que deriva del propio texto documental. Tanto en Estados Unidos como en Argentina, una gran cantidad de derechos fue reputada “incorporada” en virtud de esta ruta hermenéutica (p. ej., para nuestro caso, los derechos personalísimos como el nombre, la identidad o la filiación).

Por otro lado, los “nuevos constitucionalismos” han llevado a potenciar la figura del juez, en donde este último se transforma, más que en un intérprete, en extractor de nuevos derechos y garantías. Ello acontece todo el tiempo en el siglo XXI, el “siglo de los jueces”.

La internacionalización del derecho constitucional argentino y la constitucionalización del derecho internacional –que contiene el art. 75, incisos 22 y 24– actúan como coordenadas de ampliación de derechos humanos. Más allá de la jerarquía constitucional de los tratados de derecho internacional referida por la primera de las normas mencionadas, ello no significa que sean automáticamente “visibles”, máxime cuando “no están dentro de la propia Constitución”, sino que comparten su rango cimero bajo ciertas condiciones enunciadas en la propia regla.

Además, interpretación e internacionalización potencian entre nosotros, desde 1994, los procesos de “préstamos” o *borrowings* constitucionales, ya sea con una recurrencia más frecuente al derecho comparado o con la adopción de cánones –a veces obligatorios o vinculantes– emanados de la jurisprudencia, en especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por último, la creciente digitalización también contribuye a la Constitución invisible. Es sabido que el ideal alberdiano en que se inspiró el texto inicial de 1853 queda elocuentemente plasmado en la llamada “cláusula del progreso” –renumerada a partir de 1994 en el art. 75, inc. 18, CN– y que en este año también se agregó un contenido más “aggiornado”, en la llamada “cláusula del desarrollo” que vino a configurar al art. 75, inc. 19⁽⁵⁾.

Entre los nuevos derechos incorporados en esta última normativa se plasman los relativos al adelanto científico y tecnológico. Hay que reconocer que también en este campo la reforma fue optimista y vanguardista, creyente de las nuevas tecnologías, sin dejar inerte a la persona humana, como se deriva de la consagración de la acción de hábeas data en el nuevo art. 43. Es decir, abraza al desarrollo, con las limitaciones propias que establece todo constitucionalismo en cuanto *fijación de límites*.

(4) TRIBE, Laurence y DORF, Michael C., *On Reading the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p. 54 (edición en castellano: *Interpretando la Constitución*, Lima, Palestra, p. 115).

(5) RECALDE, María Cecilia, *El desarrollo como derecho humano*, Buenos Aires, Astrea, 2019.

Claro que la ciencia y técnica de 1994 no es la de 2024. Los adelantos científicos y tecnológicos son cada vez más veloces y espectaculares. En 2023 hizo irrupción con toda su fuerza la llamada “IA generativa”, en la cual los planteos tecnológicos son cada vez más asombrosos y desafiantes. Como es habitual, el derecho ha ido a la zaga de estos cambios tan vertiginosos, sin permitir que la norma logre metabolizar e incorporar todas estas innovaciones y transformaciones.

Las incorporaciones tecnológicas hacen –de hecho– que se interpele permanentemente a la visibilidad constitucional, dado que la propia realidad de las conductas no es tan estable o fija como antes, llegando incluso a cuestionar la propia subjetividad exclusiva del ser humano, piedra angular –hasta ahora– de nuestro sistema de derechos.

4. Conclusiones

Estamos ciertos en que toda la materia constitucional no está contenida dentro de la Constitución formal. 1994 alteró más aún este panorama al encumbrar documentos fuera de su texto por vía del dichoso art. 75.22. Los jueces –particularmente los de la Corte Suprema de la Nación– tienen más poder, buscado o no, directa o indirectamente, por activa o por pasiva, más allá de la espinosa relación con la Corte Interamericana a partir de Fallos: 340:47⁽⁶⁾.

La “Constitución invisible” no es solo un mantra del sistema anglo-norteamericano de derechos. Es una realidad palpable de nuestro tiempo, fruto de la profundización de los estudios constitucionales en donde se ha afinado la lente sobre el objeto y el método del Derecho Constitucional, y en donde se pretende afinar con precisión su contenido.

Una concepción realista del derecho debe ser consciente pues de que hay otros fenómenos fuera de la fría y aséptica norma jurídica escrita, como postulaba el positivismo normativista más de una centuria atrás. El constituyente revisor de 1994 no se ancló en lo formal. La “igualdad ante la ley” del art. 16 pasó a ser “la igualdad real de oportunidades y de trato” del art. 75, inciso 23. Finalmente, el realismo tuvo su hora.

La Constitución invisible se vincula indisolublemente así con la Constitución viviente, la que respira y vive, la que actúa operativamente sobre la realidad, la que en definitiva se practica.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL - PODER LEGISLATIVO - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHO CONSTITUCIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PODER EJECUTIVO -- FILOSOFÍA DEL DERECHO - DERECHO PROCESAL - PROCESO JUDICIAL

(6) CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, sentencia del 14 de febrero de 2017, también popularmente conocido como “caso Fontevecchia”.