

“Las fuentes de la Constitución Nacional” como “fuente” de disputa (personal y no) académica

JUAN M. MOCOROA*

RESUMEN

En este trabajo se utiliza una discusión que se planteó en la doctrina argentina sobre la correcta identificación de las *fuentes* de la Constitución Nacional, como una excusa para pensar el valor de la deliberación académica en nuestro país y cuál es su estado. A tales efectos, se somete a análisis el enfrentamiento que tuvo como protagonistas a los profesores Dardo Pérez Ghilou, por un lado, y Manuel García Mansilla y Ricardo Ramírez Calvo, por otro. Respecto de la discusión concreta, se sostiene que se funda en un lamentable malentendido. Y que, con relación al valor de la deliberación académica, el resultado es bastante pobre porque, en particular, hubo una despreocupación notoria sobre las posiciones sostenidas por cada uno de los contendientes en el debate. En efecto, se sostiene que diferencias académicas se transformaron en críticas personales.

PALABRAS CLAVE

Historia constitucional - Constitución Nacional - Fuentes - Deliberación académica - Debate académico.

* Abogado (UNC) y Máster en *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* (Universidad de Génova). Docente de “Derecho Constitucional” (Universidad Nacional de Córdoba) y de “Derecho Procesal Público” (UESiglo21). jmmocoroa@hotmail.com. Agradezco a Manuel García Mansilla, Víctor Ibáñez Rozas y Pablo Riberi los comentarios que me hicieron llegar a una versión anterior de este trabajo. Un agradecimiento especial a Martín Juárez Ferrer quien no sólo leyó detenidamente este texto sino que, en particular, me alentó a que intentara publicarlo en esta Revista. Por último, mi más sincero reconocimiento para los evaluadores anónimos fijados por la dirección editorial de esta publicación; sus observaciones, de estilo y sustantivas, ayudaron a mejorar significativamente este breve trabajo.

“LAS FUENTES DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL” COMO “FUENTE” DE DISPUTA
(PERSONAL Y NO) ACADÉMICA
JUAN M. MOCOROA

“The sources of national constitution” as a “source” of dispute (personal and not) academic

ABSTRACT

In this paper, I will present a discussion which arose in the Argentinean doctrine about the identification of the sources of the Constitution. This topic, it is used as an excuse to think about the value of academic discussion in our country. To do this, I will use the confrontation between Dardo Pérez Ghilou, on one hand, and Manuel García Mansilla and Ricardo Ramírez Calvo, on the other. About the concrete discussion, I argue that it is based on an unfortunate misunderstanding. And which the outcome is a pity for the value of academic deliberation. In fact, it is argued that academic differences become personal offenses.

KEYWORDS

Constitutional history - National constitution - Sources - Academic deliberation - Academic debate.

I. PRESENTACIÓN

Hay que reconocerlo, la doctrina constitucional argentina no es amiga del debate. No es la deliberación y confrontación de ideas, a veces fuerte y con firmeza, un lugar visitado en forma asidua por nuestros autores. Ni siquiera esporádicamente. No es ello una virtud. Tampoco es algo por lo que debemos enorgullecernos. Más aún cuando nada de esto es demostrativo de una comunidad académica homogénea que posea, en ciertas cuestiones, sólidos principios y basamentos comunes. De ahí que no es usual encontrar trabajos académicos que propendan sólo a la crítica de alguna concepción o teoría que sea asumida por otro teórico. Es más, en las infrecuentes ocasiones que esto ocurre, las argumentaciones se desplazan desde considerar los razonamientos del doctrinario a, directamente, la persona de quien algo piensa. Vale decir, se pone el foco de atención

no en el pensamiento, sino en el pensador. Lo que, es fácil advertirlo, es más pernicioso todavía que la ausencia de debate. Tengo para mí que todo esto demuestra cierta intolerancia por cuestiones que toda comunidad académica debería considerar como consustancial a su propio existir. Me refiero, claro, al respeto por el pensamiento ajeno, a la deliberación abierta de ideas y a la construcción colectiva de los mejores argumentos.

En este trabajo, entonces, empleo una discusión que se planteó en la doctrina argentina sobre la correcta identificación de las *fuentes* de la Constitución Nacional, como una excusa para pensar el valor de la discusión en el ámbito académico de nuestro país.

La excusa que tomo es relevante, pienso, porque es uno de los pocos casos en los que algunos autores debatieron en forma directa. Por supuesto, podría haber tomado otra discusión. Sin embargo, por cuestiones vinculadas a mi formación y a mis intereses académicos, me anima particularmente el debate sobre cuáles son las verdaderas fuentes de la Constitución argentina.

Mis argumentos serán presentados de la siguiente manera. En un primer momento, intentaré reconstruir las posiciones de los autores que participaron del debate que ocupará mi atención. Más tarde, presentaré una forma de diluir la discusión. Si puedo lograr esto, debiera quedar en claro que la diatriba que tuviera a estos autores como protagonistas fue producto de un severo malentendido metodológico. Por último, concluiré este trabajo con algunas apreciaciones personales sobre qué es lo que queda de esta discusión.

II. LA HISTORIA DE UNA DISCUSIÓN SOBRE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ARGENTINA

Hace unos años, con respecto las fuentes de la Constitucional Nacional, se desató una virulenta polémica. No obstante, la fortuna de este hecho se vio empañada por las cuestiones a las que recién hice referencia. Aquel último aserto no vino sino a confirmarse. En efecto, Manuel J. García Mansilla y Ricardo Ramírez Calvo, y sus propias personas, sufrieron furibundas críticas del destacado profesor mendocino Dardo Pérez Guillhou.

Aquellos autores escribieron un texto denominado *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público*

argentino.¹ Se trata de un libro provocativo y provocador. Delineado con vehemencia en algunos aspectos; en él no ahorraron críticas a posiciones clásicas del pensamiento constitucional argentino. Como se afirma en el prólogo escrito Fernando Barrancos y Vedia: “Los autores no son partícipes tranquilos de su tesis, sino que la sostienen con energía, probidad intelectual e ineludible adhesión a las realidades de nuestra historia y al pensamiento de los hombres que han contribuido a cimentar las bases del constitucionalismo argentino”.² Por ejemplo, no mezquinan objeciones, ni siquiera se ruborizan en tratar de “pereza intelectual” algunos yerros que consideran demasiado obvios de parte de cierta doctrina de la historia constitucional argentina, o cuando presumen que casi no existe conocimiento del idioma inglés por parte de los autores argentinos.³

Pérez Guilhou contestó la tesis del libro en un furibundo artículo.⁴ En éste, primero, se ve sorprendido por el agradecimiento que sirve de pórtico al texto y, además, una dedicatoria de los autores hacia su persona, destacando lo mucho que de él han aprendido. Allí, parecería, se desata la disputa. Digo parecería pues del cuerpo de la nota, y por su tono,

¹ Conf. GARCÍA MANSILLA, Manuel y Ricardo RAMÍREZ CALVO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

² BARRANCOS Y VEDIA, Fernando, “Prologo”, en GARCÍA MANSILLA, Manuel y Ricardo RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino*, op. cit., p. XIV.

³ Quizás el punto más alto de sus críticas, y donde podrían ser objeto de mayores reproches, lo sean dos cuestiones. Por un lado, llamémoslo así, el *affaire* Pelliza. Es común afirmar que Mariano Pelliza habría descrito –en forma adecuada– la influencia de Alberdi en la convención constituyente de 1853 y que, además, de sus manifestaciones surgiría que la segunda edición de las *Bases*, incluyendo el proyecto de Constitución, habría estado motivado en un pedido efectuado por el diputado Gutiérrez. En efecto, García Mansilla y Ramírez Calvo demuestran la falsedad de esos dichos. Para ello, con sólo haber tenido en cuenta las fechas relevantes, se hubiese advertido que las afirmaciones de Pelliza, que dijo escucharlas cuando niño, eran absolutamente falsas. Por otro lado, cierta dureza, exagerada quizás, al momento de tratar a la doctrina administrativista vernácula. Aun cuando comparto sus conclusiones, debo destacarlo, la metodología que emplean la encuentro algo esquiva. Ciertos motes que endilgan y algunos adjetivos que les imponen a las doctrinas de los autores de esa rama del Derecho Público, tal vez sean objetables por desmesurados.

⁴ Conf. PÉREZ GHILOU, Dardo, “Las fuentes de la Constitución Nacional”, en *Suplemento La Ley de Derecho Constitucional*, 1 [15-3-2007].

asoma cierto dejo de enojo por el solo hecho de que los autores no han seguido al pie de la letra sus enseñanzas. No habrían asumido que la Constitución Nacional es un producto original y que la Constitución de los Estados Unidos sólo ha tenido una influencia marginal y no trascendente en ella. Además, existe en esta réplica un aire de superioridad que asoma en todo momento. De tal suerte, se concluiría, que el inexpugnable saber histórico no es un lugar a ser visitado, ni una herramienta metodológica a ser empleada, por abogados litigantes. Y éste sería el caso de los autores del libro referido.

Esta nota, y una segunda, fueron contestadas en un texto interesante que, en realidad, viene a reafirmar la postura que aquellos autores defendieron en las *Fuentes*.⁵ El contenido de este segundo libro reafirma sus anteriores posiciones y pretenden contestar, punto por punto, las críticas recibidas. A más de ello, entienden que las objeciones y los agravios personales de los que se sienten afectados, en realidad poseen un cariz distinto al que, al menos discursivamente, se le imputan. De tal manera, consideran que no se trata en realidad de endilgarles un supuesto error histórico o teórico. Por el contrario, a su criterio, la disputa no deja de ser una de matiz político. En ella renacen y resurgen las consabidas diatribas vividas en nuestro país entre liberales y conservadores.

En suma, para ellos, la disputa se origina, permanece y seguirá siendo parte de una de mayor calado. A su entender, la pretensión última de negar la ascendencia norteamericana en nuestro texto constitucional es la negación del liberalismo. Del buen liberalismo. En este sentido, como dije, es una nueva escena de las críticas conservadoras frente a las posiciones liberales. Ahora bien, esta circunstancia tendría un efecto, quizás, ni querido ni advertido. Es que, posiciones como las de Pérez Guilhou, con el apartamiento del modelo de Estados Unidos, sólo favorecerían la confusión de poderes y, con esto, el acrecentamiento de las competencias

⁵ La primera respuesta a las críticas consistió en un extenso artículo publicado en la *Revista Jurídica El Derecho*, con un título magnífico. Conf. GARCÍA MANSILLA, Manuel y Ricardo RAMÍREZ CALVO, "Las fuentes de la Constitución Nacional y el pecado de disentir. De quijotes, cabalgatas y ladridos", en *El Derecho* 223-700. Luego, una ampliación de sus observaciones, aunque en lo sustancial la respuesta es la misma, conformaron un interesante libro, *vid.* GARCÍA MANSILLA, Manuel y Ricardo RAMÍREZ CALVO, *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*, Salta, Virtudes, 2008.

del Ejecutivo en desmedro del resto de los poderes.⁶ En algún sentido, quienes los critican serían funcionales a un marcado proceso de “desconstitucionalización” del Derecho argentino.

En definitiva, en palabras de Alberdi: “la negación de la libertad” por “la omnipotencia del Estado”. Y ello se lograría por rastrear como fundamento y explicación histórica la fuente de muchas normas constitucionales en el derecho constitucional y administrativo chileno y europeo. Vale decir, la tesis de la yuxtaposición de fuentes constitucionales contribuiría a un cuadro de marcado desprestigio de las libertades individuales en Argentina.

III. UN INTENTO DE MEDIACIÓN

Aunque tengo intuiciones coincidentes, no creo que sea adecuado este (reducido) encasillamiento del debate. Se trata de una simplificación exagerada. Al menos por razones argumentativas, pienso que debiera buscarse una interpretación alternativa. Una interpretación que pueda hacer confluir desde un punto teórico, y no político, qué es lo que están discutiendo estos autores. Pues, asumo, los contendientes actúan de buena fe movidos por el afán de conocimiento y, de alguna manera, por desarrollar la que consideran la concepción más plausible de las fuentes constitucionales de nuestro país. Y no por otra cosa. No creo, en definitiva, que se trate de una gran excusa motivada por la *obsesión antinorteamericana* como *obsesión antiliberal*; sino que, en última instancia, existe un desacuerdo teórico sobre los orígenes de la Constitución. O, al menos, eso es lo que habría pensado Pérez Guillhou.

Ahora bien, no es para nada obvio la concepción del liberalismo que García Mansilla y Ramírez Calvo identifican en la Constitución de los Estados Unidos. Es que, sépase, el abanico de concepciones que pueden incluirse en la extensión semántica de este término es muy amplio. Debe tenerse cuidado, entonces, cuando se lo utiliza sin mayores calificaciones

⁶ En sus propias palabras: “Consciente o inconscientemente, quienes insisten en esa tesis errada [yuxtaposición de fuentes constitucionales, JMM] sirven de fundamento para la destrucción de la separación de poderes, para la creciente y desmedida concentración de poderes en el Poder Ejecutivo y para la consecuente desconstitucionalización que se advierte en nuestro país”. Conf. GARCÍA MANSILLA, Manuel y Ricardo, RAMÍREZ CALVO, *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*, op. cit., p. XVI.

ni adjetivaciones. Cuál es el liberalismo al que estos autores se refieren, a partir de lo que recién dije, deviene sustantivo en el debate, dado que sus variantes son muy diversas. Por eso, es determinante converger en una concepción aceptable de él. Sin embargo, no creo que esto sea explicitado adecuadamente por estos autores. Esto me parece una omisión muy importante, en especial dado el valor que le adscriben en su desarrollo argumentativo.

Por otro lado, si bien recurren a aquel derecho como modelo, no efectúan un correcto cuadro descriptivo del mismo, aunque sea sucinto. Esto, me parece, debió ser efectuado. Se limitan, por el contrario, a la mención de sus puntos estructurales: *i. e.*, federalismo, separación de poderes, declaración de derechos. No obstante, me parece que esta enunciación, sin precisiones adicionales, resulta insuficiente. Además, adviértase, también al calor de la disputa, nos presentan este derecho como si nos hablara con una sola voz; siempre coherente. Y que, en el trasfondo de ella, descansarían principios liberales de menesterosa aplicación.

Tengo la intuición que el derecho constitucional norteamericano no puede ser racionalizado y reconstruido de esta manera sin un esfuerzo argumentativo mayor; que, por otra parte, estos autores no hacen. Pues, podría interrogarlos, el liberalismo que ellos identifican en la Constitución estadounidense, ¿es mejor representado por la denominada *Corte Warren* o bien por la *Corte Rehnquist*? En todo caso, ¿se trata del mismo liberalismo? En suma, ¿poseen la misma concepción, en lo que se refiere a la estructura básica de la sociedad, de cuál debe ser la posición del Estado frente a espinosos problemas como, por ejemplo, las garantías constitucionales del proceso penal y el derecho a la privacidad? En caso de que disientan en lo que se dijo, por ejemplo, ¿cuál de esas visiones representa de un modo más fidedigno la reconstrucción racionalizada del derecho estadounidense? ¿Es plausible concebir que ese derecho, y todo derecho, nos hablen con una sola voz? ¿No existen competitivas interpretaciones constitucionales a lo largo de la práctica histórica que van moldeando poco a poco cuál es esa voz? De tal manera, ¿esa voz es mejor oírla de manos de las opiniones del *Justice Scalia* o bien con las famosas decisiones, y disidencias, de los *justices Brandeis* o *Holmes*? ¿Son tan representativas unas como otras de un mismo y amalgamado pensamiento constitucional que los autores defienden? Y si de los padres fundadores se trata, ¿Ma-

dison o Hamilton? Ambos políticos tendían a no confluír inequívocamente en lo que se refiere a la construcción de, por ejemplo, el Poder Ejecutivo, ¿a quién de ellos deberíamos recurrir? ¿El Madison joven, temeroso de las mayorías, o bien el Madison maduro que se nos presenta como ferviente demócrata? ¿Jefferson o Marshall? Vale decir, ¿el representante de la Revolución Francesa en los Estados Unidos, de alguna manera, o bien, el político situado dentro de la Corte Suprema que construye poder para ésta? ¿La línea jurisprudencial que atraviesa transversalmente los precedentes “Dred Scott v. Sandford”,⁷ “Plessy v. Ferguson”,⁸ “Bowers v. Hardwick”,⁹ o bien, “Brown v. Board of Education of Topeka”,¹⁰ “Lawrence v. Texas”,¹¹ “Bucley v. Valeo”¹² y el reciente, “Citizen United v.

⁷ USSC, 60 U. S. 393 (1857). En este caso, se resolvió que la población afroamericana eran “no ciudadanos” de los Estados Unidos, y, por ende, podían ser tratados como objetos de propiedad. El caso, por otra parte, es por demás relevante para la historia de los Estados Unidos: propició la guerra interna en pos de la abolición de la esclavitud. Por otro lado, se trató, luego de “Marbury”, de la segunda ocasión en la que se declaró la inconstitucionalidad de una norma federal. Un análisis detallado del caso, en CARBONELL, Miguel, “La peor sentencia: a 150 años de Dred Scott versus Sandford”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 7, pp. 245-254.

⁸ USSC, 163 U. S. 537 (1896). Aquí se aceptó la constitucionalidad de la segregación racial y, en suma, se consolidó la funesta doctrina conocida como “*separate but equal*”: separados pero iguales.

⁹ USSC, 478 U. S. 186 (1986). En este precedente se determinó la constitucionalidad de una ley del Estado de Georgia que penalizaba la sodomía.

¹⁰ USSC, 347 U. S. 483 (1954). Se trata del caso paradigmático de la llamada Corte Warren. Según el cual, sostuvo la inconstitucionalidad de la segregación escolar. Un análisis detallado del caso, de sus circunstancias históricas y de las limitaciones de la judicatura en BURT, Robert, *Constitución y conflicto*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, p. 373 y ss. La traducción del caso, en MILLER, Jonathan, María Angélica GELLI y Susana CAYUSO, *Constitución y derechos humanos. Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación*, Buenos Aires, Astrea, 1991, pp. 1544 y ss.

¹¹ USSC, 539 U. S. 558 (2003). Donde se declaró la inconstitucionalidad de una ley de Texas, similar a la sostenida en el caso “Bowers v. Hardick”, que establecía la punición de la sodomía. Un certero análisis del caso, como así también su traducción al castellano, en ETCHICHURY, Horacio, “Los derechos de los homosexuales en el derecho extranjero: el caso ‘Lawrence’”, en ROSSETTI, Andrés y Magdalena I. ÁLVAREZ (dirs.), *Derechos de las mujeres y de las minorías sexuales. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2008.

¹² USSC, 424 U. S. 1 (1976). En este caso, se determinó que era contrario a la primera enmienda las limitaciones a los montos dinerarios que una persona, o grupos de personas, podían aportar a las campañas electorales. *Vid.* FISS, Owen, *Libertad de ex-*

Federal Election Commission”,¹³ “Korematsu v. United States”¹⁴ o “Regents of the University of California v. Bakke”¹⁵?

Los interrogantes podrían extenderse. Estos precedentes sólo serían significativos para cuestionar la posible comprensión del derecho constitucional de los Estados Unidos como profundamente liberal. O, al menos, para problematizar algo que en el texto no es suficientemente explicitado; el concepto de liberalismo es disputado. Todas y cada una de las visiones antedichas pueden ser reconstruidas como liberales. No obstante, ellas en diversos aspectos son competitivas entre sí y, también, opuestas. Pues, en última instancia, representan diversas versiones, más o menos plausibles, del liberalismo. Son concepciones alternativas sobre un mismo e idéntico

presión y estructura social, trad. de Jorge Malem, México, Fontamara, 1997, y GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo y libertad de expresión”, en (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. II, 2008.

¹³ USSC, 558 U. S. 08-205 (2010). Aquí invalidó una disposición normativa que imponía límites a los gastos electorales que las empresas estaban autorizadas a efectuar. *Vid.* GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan, “Dinero y campañas en los EE. UU.: la Corte Suprema asesta un duro golpe al corazón de la democracia republicana” [en línea] <<http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=3054>> [consultado por última vez el 21-12-2011].

¹⁴ USSC, 323 U. S. 214 (1944). Donde vio la luz la doctrina de las denominadas “categorías sospechosas”. Según la cual, implican clasificaciones que, *prima facie*, han de considerarse inconstitucionales. Pues crean una fuerte presunción de introducir una distinción prohibida por la teleología constitucional. Es por esto que es el Estado quien debe demostrar la existencia de un *compelling interest* en su mantención y justificación. Sólo cuando éste esté presente, la distinción podrá ser mantenida. No obstante, la saludable doctrina, en el caso concreto de “Korematsu” admitió el confinamiento, durante la guerra, de ciudadanos americanos de origen japonés en virtuales campos de concentración; ante lo que consideró la existencia de un interés estatal urgente. *Vid.*, en general, SABA, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. II, 2008. Algunos elementos teóricos para analizar estos supuestos, las acciones afirmativas y lo que podría denominarse la semántica de la igualdad, en RIBERI, Pablo, *Variaciones sobre igualdad. Como valor, principio y derecho*, Córdoba, Mediterránea, 2007.

¹⁵ USSC, 438 U. S. 265 (1978). Aun con dificultades, sostuvo la constitucionalidad de las acciones afirmativas. Para ello, afirmó que la raza no podría ser un criterio rígido para el establecimiento de diferencias sin tomar en consideración otros factores. *Vid.* MILLER, Jonathan, María Angélica GELLI y Susana CAYUSO, *Constitución y derechos humanos. Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación*, op. cit., pp. 1555 y ss.; DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, trad. de María Julia Bertomeu, Barcelona, Paidós, 2003, caps. 11 y 12.

concepto. De ahí que, también, sea posible cuestionar la asunción efectuada por ellos respecto de que aquel derecho pueda ser representado como una única y amalgamada voz.

Al margen de todo lo dicho, tiendo a pensar que, en cierto sentido, la discusión mantenida entre García Mansilla y Ramírez Calvo, por un lado, y Pérez Guilhou, por otro, es un gran malentendido. Debo resaltar que es un lugar común en la filosofía de ascendencia analítica considerar así muchas cuestiones.¹⁶ Vale decir, proceder a la disolución de una disputa, aun cuando haya traído consecuencias personales, demostrando que el fragor de la discusión no ha dejado ver a los contendientes que se encuentran en desacuerdo, a veces sin darse cuenta, en la propia cuestión que están discutiendo. Y, de esta manera, en realidad no están discutiendo sobre nada. Pues no puede existir un desacuerdo genuino si, previamente, no hay acuerdo sobre qué es lo que se discute. Ciertamente es que ello parecería presentarse como una solución fácil a una materia difícil. Empero, las razones de estos desacuerdos meramente aparentes, por más que tengan la potencia de generar aun encono personal, no son relevantes cuando se aíslan de su origen.

No puedo determinar quién ha sido el generador del gran malentendido que, quizás, rompió una maravillosa relación de respeto y camaradería académica e intelectual. Sin embargo, el desencuentro creo encontrarlo por cuáles son las pretensiones de los autores criticados por Pérez Guilhou. En efecto, García Mansilla y Ramírez Calvo pretenden algo más que buscar en los cofres de la historia la respuesta a su planteo. Y algo menos. Ellos intentan mostrar una forma de pensar la Constitución Argentina que consideran más plausible. Para eso, intuyo, plantean que es necesario determinar cuáles son los elementos estructurales, los principios que conforman la estructura básica, los *constitutional essentials* de nuestra Constitución.¹⁷ A partir de su identificación, concluyen que la fuente de nuestro texto es la Constitución de los Estados Unidos.

¹⁶ Recuérdese, por caso, cómo Alchourron y Bulygin disuelven la polémica entre Sebastián Soler y Genaro Carrió, sobre las relaciones entre lenguaje y derecho. Vid. ALCHOURRON, Carlos y Eugenio BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5ª reimp., Buenos Aires, 2006.

¹⁷ Por ello, García Mansilla y Ramírez Calvo asumen como primera tarea: “Determinar cuál es el sistema fundamental adoptado [...] Para decirlo de otro modo, debe

Por ello, insisten en que la suya no es una tesis de *historia constitucional*; se trata de un libro de *derecho constitucional* que defiende una tesis interpretativa.¹⁸ A tales efectos, identifican al federalismo, la separación de poderes (con la variante *checks and balances*), el gobierno de poderes limitados y enumerados, la declaración de derechos, el presidencialismo, el control de constitucionalidad, como los elementos característicos del sistema norteamericano. Y son ellos los que ven repercutidos en nuestro texto constitucional y que habrían sido adoptados de la Constitución estadounidense. Vale decir, identificados cuáles son los elementos axiomáticos del sistema estadounidense, se interrogan por su repercusión en Argentina. A tales fines, bucean en nuestra historia constitucional para descubrir cómo es que ha sido delineado nuestro sistema institucional. Asimismo, cómo aquellos elementos definicionales se adoptaron (y adaptaron) en Argentina.

Empero, de esto no puede inferirse una tesis negativa respecto a la originalidad del texto constitucional. Esto es, no importa su argumentación asumir la falta de originalidad de la Constitución Argentina.¹⁹ En suma, lo que ofrecen García Mansilla y Ramírez Calvo es una interpretación constitucional sobre cuáles son las fuentes del derecho constitucional argentino, a partir de la identificación de ciertos elementos que consideran esenciales y estructurales de la Constitución. Para ellos, esta interpretación *-i. e.*, la identidad de elementos estructurales- es posible

determinarse cuál es el cimiento sobre el que se asientan todas las disposiciones de nuestro edificio constitucional. Es necesario, en definitiva, establecer cuáles son los elementos determinantes o centrales del sistema institucional argentino, distinguiéndolos de aquellos meramente fungibles o periféricos que solamente lo complementan". Conf. GARCÍA MANSILLA, Manuel y Ricardo RAMÍREZ CALVO, *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*, op. cit., p. 7.

¹⁸ Conf. GARCÍA MANSILLA, Manuel y Ricardo RAMÍREZ CALVO, *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*, op. cit., pp. 33 y 45. Por ello, justifican el tratamiento que efectúan sobre la reforma constitucional de 1994 (p. 46) y las certeras objeciones que efectúan sobre la competencia del presidente para dictar decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3, CN).

¹⁹ Por ejemplo, de modo expreso sostienen que "...admitir la influencia de la Constitución estadounidense no implica negar originalidad alguna a nuestra Constitución Nacional y mucho menos rechazar la influencia de Alberdi". Conf. GARCÍA MANSILLA, Manuel y Ricardo RAMÍREZ CALVO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino*, op. cit., p. 44.

“LAS FUENTES DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL” COMO “FUENTE” DE DISPUTA
(PERSONAL Y NO) ACADÉMICA

JUAN M. MOCOROA

verificarla desde un punto de vista histórico, si se recurre a los acontecimientos que conformaron nuestro texto constitucional. Sin embargo, repito, esto no implica brindar una opinión dirimente respecto de un punto controvertido que, no obstante, es independiente: ¿es original la Constitución Argentina?

La encuentro una apuesta inteligente y que, quizás, debiera ser imitada y profundizada. Las consecuencias institucionales de tal planteo son muy trascendentes. En efecto, nótese que, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la totalidad de las argumentaciones efectuadas por los autores –administrativistas–, que entendían permisibles el dictado de decretos de necesidad y urgencia, no se basaban –y no podían hacerlo– en la doctrina constitucional de Estados Unidos para encontrar un fundamento para su dictado, sino que, siempre, recurrían a fuentes europeas.²⁰ Ahora bien, si la posición de García Mansilla y Ramírez Calvo hubiese sido mayoritaria en nuestra academia, nunca los decretos de necesidad y urgencia habrían tenido la incidencia que, finalmente, tuvieron en nuestra práctica constitucional. Pues, la fuente a la que recurren los autores habría rechazado de modo explícito que el titular del Poder Ejecutivo Nacional tuviese una competencia que, en principio, es claramente contraria a un sistema presidencialista. Entonces, como se aprecia, no se trata de un tema menor.

No obstante, no es eso lo que contesta Pérez Guillhou. Este autor, en su respuesta, brinda una explicación histórica de cuáles son los rasgos característicos de la Constitución Argentina. En este sentido, considera que existen elementos históricos para afirmar que nuestro texto constitucional no sólo que es original sino que, además, posee un trasfondo histórico que responde a nuestras tradiciones. Lo que, en definitiva, determina el rechazo, de plano, de las posiciones que sostienen que nuestro texto es una copia del facturado en 1787 en Filadelfia.

²⁰ Además del tratamiento que hacen los mencionados autores, conviene aquí citar a VÍTOLO, Daniel R., *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1990, pp. 69 y ss. Hasta donde llega mi conocimiento sobre la materia, este autor fue el primero en objetar la aplicabilidad de los antecedentes extranjeros retóricamente utilizados por la doctrina administrativista, en especial, para fundar esta competencia cuando ella era, obviamente, una laguna normativa.

Aquí, creo, el malentendido es evidente. García Mansilla y Ramírez Calvo no niegan la originalidad de la Constitución Argentina. Lo que ellos afirman es que el modelo axiomático de la Constitución estadounidense fue adoptado en 1853 por parte de nuestros constituyentes. Y lo hacen, como dije, en tanto tesis interpretativa asentada sobre una verificación histórica.

Ahora bien, si es correcta la reconstrucción que hice hasta aquí, tanto de las posiciones de los contendores en la confrontación como del carácter de sus argumentos, debiera quedar en claro que no existe un verdadero desacuerdo entre ambos. Es que, como también afirmé, para que pueda darse un desacuerdo genuino, quienes debaten deben acordar sobre qué es lo que discuten. En este sentido, existe una discusión entre dos posiciones que no son contradictorias sino que, antes bien, se refieren a cuestiones distintas y, con esto, podría referirse que se manejan en diferentes niveles de lenguaje. Una posición *-i. e.*, la sostenida por García Mansilla y Ramírez Calvo- defiende una tesis interpretativa que, en algún sentido, propone cómo debiera ser entendida, a su mejor luz quizás, la Constitución Argentina *-i. e.*, Constitución Argentina *qua* norma basada en el modelo estructural de los Estados Unidos-, mientras que la restante, sustentada por Pérez Guilhou, niega el carácter "no original" de nuestra Constitución. Vale decir, se posiciona sobre el rechazo a la "tesis de la no originalidad" del texto constitucional argentino. Para el mendocino, es claro, la Constitución Argentina es producto de sus propias tradiciones y de una diversidad de fuentes y no, en verdad, la copia de algún texto foráneo.

No obstante, para que el desacuerdo pueda ser genuino, las objeciones deberían ser efectuadas en el mismo nivel de análisis en el que la postura restante fue sostenida. De ahí que, pienso, la crítica a García Mansilla y Ramírez Calvo debiera efectuarse, si quisiera ser emprendida, por andariveles distintos a los transitados por Pérez Guilhou. Por eso, habría que objetar, si fuera posible, la identificación de cuáles son los elementos caracterizantes de ambos regímenes. Para ello, también, podría sostenerse que si bien existen coincidencias genéricas entre el modelo constitucional de los Estados Unidos y el argentino, existen precisos detalles que determinan diferencias muy marcadas entre uno y otro. De tal modo, podría concluirse que los rasgos que separan a cada uno

de estos modelos son tan profundos que, a la larga, confluyen en la distinción de los elementos más genéricos.

En esta línea, por ejemplo, si bien es cierto que ambos sistemas son presidencialistas, no lo es menos que existen importantes diferencias entre uno y otro al momento de delinear, por caso, las atribuciones del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Piénsese, por ejemplo, en las características del Ejecutivo argentino; no sólo cómo se desnudó en la práctica la institución, sino principalmente las atribuciones diseñadas constitucionalmente. En este sentido, el presidente argentino posee competencias más fuertes que las atribuidas al ejecutivo norteamericano y, con ello, las posibilidades de control y balanceo de parte del Congreso son mayores en Estados Unidos que en Argentina. Es que, debido a la influencia de Alberdi, más allá de la coincidencia en el diseño presidencialista, el presidencialismo argentino estuvo mucho más concentrado en la figura del Ejecutivo que, en verdad, en las posibilidades reales de control y balanceo a través de la actuación del Congreso.²¹ En virtud de ello, una caracterización tan disímil de las atribuciones de cada uno de esos órganos, en verdad, determinaría más un elemento de separación entre cada sistema constitucional que algo que los asemeje. Es que, si esto es así, no se trataría meramente de cuestiones de detalle o fungibles. Por el contrario, la determinación precisa de esas atribuciones son los elementos caracterizantes de cada modelo presidencial. De tal modo, y más allá de la estructura general, cómo se estructuran esas atribuciones es lo que determina cuál es la conformación del modelo presidencial de que se trata; aquellas pequeñas cosas que hacen que cada sistema sea lo que es y no otra cosa. Intuyo que es ésta la senda a transitar para objetar correctamente a García Mansilla y Ramírez Calvo. Si es que ello fuera posible. En suma, demostrar que lo que ellos consideran como elementos fungibles

²¹ Sobre la influencia de Alberdi, véase FERREYRA, Raúl G., “1852. Orígenes. Sobre las Bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución federal, en el tiempo”, en *íd.*, *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013, pp. 73-182. Respecto de la concepción alberdiana del Ejecutivo y su repercusión en la Constitución histórica, *vid.*, MOCOROA, Juan M., “Alberdi, las ‘Bases’ y la construcción del Poder Ejecutivo Nacional”, en *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, XXVI, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 147-198.

no son tales. Sino que, antes bien, se trata de lo que determina la conformación y característica del sistema analizado.

Por otro lado, y en tanto que la suya es una tesis interpretativa que, en definitiva, se asienta sobre cuestiones de deseabilidad constitucional, la respuesta puede ir justamente por ese flanco. De tal manera, podría objetárseles la plausibilidad del constitucionalismo norteamericano en la forma en que ellos lo interpretan y, en definitiva, en su potencialidad instrumental para la protección de la libertad. Asimismo, podría objetárseles que confunden una concepción interpretativa constitucional –i. e., la Constitución Argentina debe leerse a la luz de la Constitución de Estados Unidos– con el objeto a ser estudiado, i. e., la propia Constitución de la Nación Argentina. Vale decir, su tesis interpretativa confunde lo que es una determinada concepción interpretativa *acerca* de la Constitución, con el propio objeto a interpretar. En suma, inintencionalmente, colapsan la Constitución como si ella fuera producto única y exclusivamente de su concepción interpretativa. Si esta objeción fuera cierta, la objetividad del elemento “constitución” pierde su plausibilidad. No creo que sea la intención de estos autores sostener ello y, tiendo a pensar, tienen una respuesta. Aunque éste no es lugar para detenerse en esto.

IV. CIERRE

En este brevísimo escrito quise recordar una polémica constitucional que se vio manchada por comentarios y ofensas personales. Además, intenté demostrar que, en rigor, lo que originó esa discusión fue un gran malentendido. Por todo lo que dije hasta aquí, no puedo sino sentir mucho pesar por la oportunidad desaprovechada. Sigue el debate franco de ideas ausente en nuestra comunidad académica. No así el desacuerdo que confluye en agravios personales. Éste se mantiene vivo y latente.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRON, Carlos y Eugenio BULYGIN (2006), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5ª reimp., Buenos Aires, Astrea.
- BARRANCOS Y VEDIA, Fernando (2007), “Prólogo”, en GARCÍA MANSILLA, Manuel y Ricardo RAMÍREZ CALVO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis.

“LAS FUENTES DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL” COMO “FUENTE” DE DISPUTA
(PERSONAL Y NO) ACADÉMICA

JUAN M. MOCOROA

- BURT, Robert (2000), *Constitución y conflicto*, trad. de Gabriela Garrido de Ortells et al., Buenos Aires, Eudeba.
- CARBONELL, Miguel (2007), “La peor sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Sandford*”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 7, pp. 245-254.
- DWORKIN, Ronald (2003), *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, trad. de María Julia Bertomeu, Barcelona, Paidós.
- ETCHICHURY, Horacio J. (2008), “Los derechos de los homosexuales en el Derecho extranjero: el caso ‘Lawrence’”, en ROSSETTI, Andrés y Magdalena I. ÁLVAREZ (dirs.), *Derechos de las mujeres y de las minorías sexuales. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, pp. 325-371.
- FERREYRA, Raúl G. (2013), “1852. Orígenes. Sobre las Bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución federal, en el tiempo”, en íd., *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, pp. 73-182.
- FISS, Owen (1997), *Libertad de expresión y estructura social*, trad. de Jorge Malem, México, Fontamara.
- GARCÍA MANSILLA, Manuel y Ricardo RAMÍREZ CALVO (2006), *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis.
- (2007), “Las fuentes de la Constitución Nacional y el pecado de disentir. De quijotes, cabalgatas y ladridos”, en *El Derecho* 223-700.
- (2008), *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*, Salta, Virtudes.
- GARGARELLA, Roberto (2008), “Constitucionalismo y libertad de expresión”, en ídem (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. II, pp. 743-778.
- GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan (2011), “Dinero y campañas en los EE. UU.: la Corte Suprema asesta un duro golpe al corazón de la democracia republicana” [en línea] <<http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=3054>> [consultado por última vez el 18-2-2014].
- MILLER, Jonathan; María Angélica GELLI y Susana CAYUSO (1991), *Constitución y derechos humanos. Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación*, Buenos Aires, Astrea.
- MOCOROA, Juan M. (2012), “Alberdi, las ‘Bases’ y la construcción del Poder Ejecutivo Nacional”, en *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, XXVI, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 147-198.
- PÉREZ GUILHOU, Dardo (2007), “Las fuentes de la Constitución Nacional”, en *Suplemento La Ley de Derecho Constitucional*, 1 [15-3-2007].

RIBERI, Pablo (2007), *Variaciones sobre igualdad. Como valor, principio y derecho*, Córdoba, Mediterránea.

SABA, Roberto (2008), "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. II, pp. 695-742.

VÍTOLO, Daniel R. (1990), *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

Fecha de recepción: 19-2-2014.

Fecha de aceptación: 22-9-2014.