ÍNDICE

PARTE GENERAL

TOMO II

Sección Tercera

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN: CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN. CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES. PODER CONSTITUYENTE. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN. TÉCNICA CONSTITUCIONAL

I

Concepto de Constitución

PÁG.

§ 105. PLURALIDAD DE FORMULACIONES DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN: 651. Diversidad de sentidos del término *Constitución*. Circunstancias que aumentan la pluralidad común a todos los conceptos fundamentales de las ciencias del espíritu cuando se trata del concepto de Constitución 3

§ 106. TIPOLOGÍA DE LOS CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN: 652. La diversidad y heterogeneidad de los conceptos de Constitución hace necesaria una tipología de ellos: intentos de Posada, Schmitt, Heller, Sánchez Agesta y García Pelayo 4

§ 107. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN A TRAVÉS DE LA DOCTRINA: 653. Aristóteles. 654. Mirabeau. 655. Sieyès. 656. Mounier. 657. Dicey. 658. Cooley. 659. Pellegrino Rossi. 660. Bryce. 661. Fortoul. 662. Jellinek. 663, 664, 665. Black. 666, 667, 668, 669, 670. Posada. 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679. Schmitt. 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691. Heller. 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708. García Pelayo. 709, 710, 711. Kelsen. 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718. Friedrich.

PÁG.

719, 720, 721, 722. Dabin. 722 bis. Lawrence Lowell. 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729. Lassalle. 730, 731, 732, 733, 734, 735, 735 bis. Romano. 736. Pérez Serrano. 737, 738, 739, 740, 741. Sait. 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749. Mortati. 750, 751, 752. Hauriou. 753. Harvey Walker. 754. Hudson Holt. 755. McBain. 756. William F. Willoughby. 757, 758. Haines. 759. Smith y Surcher. 760, 761. Weaver. 731 bis 1. *American Jurisprudence*. 761 bis 2. *Corpus Juris Secundum*. 762. Corry. 763. Duverger. 764, 765. Borgeaud. 766, 767. Burdeau. 768, 769. Laferriére. 770. Del Vecchio. 771. Garófalo. 772, 773, 774. Amorth. 775. Zanzucchi. 776. Elorrieta y Artaza. 777, 778, 779. Bernareggi. 780. Balladore Pallieri. 781, 782. Palmerini. 783. Mirkine Guetzevitch. 784, 785. Queiroz Lima. 786, 787. Calmon. 787 bis 1. Borja y Borja. 787 bis 2. Estévez Gazmuri. 788, 789. Echeverría. 790, 791, 792. Alberdi. 793, 794. Mitre. 795, 796. Estrada. 797. Joaquín V. González. 798, 799. Sánchez Viamonte. 800. Concepto último de Constitución: concepto genérico o formal y concepto específico o material 5

II

Clasificación de las constituciones

§ 108. CONSTITUCIONES ESCRITAS Y NO ESCRITAS: 801. Inadecuidad de los términos de esta clasificación. 802. Terminología propuesta: constituciones codificadas y dispersas; constituciones consuetudinarias o inorgánicas en lugar de no escritas. 803. Concepción de la Constitución escrita. 804. La Constitución escrita moderna no se caracteriza propiamente por la forma escrita. 805. En qué consiste el carácter formal de la Constitución escrita. 806. Ventajas de la Constitución escrita. 807. Lassalle y la Constitución *hoja de papel*. 808. Necesidad de que la Constitución sea escrita: opinión de Mitre. 809. Las constituciones escrita y no escrita responden a concepciones mecanicista y evolutiva, respectivamente. 810. Constitución inglesa. 811. Elementos de la Constitución inglesa. 812. Diferencia entre las concepciones que inspiran dichos tipos de constituciones. 813. Origen de las constituciones escritas 94

§ 109. CONSTITUCIONES RÍGIDAS Y FLEXIBLES: 814. Formulación de esta clasificación por Bryce. 815. Concepto de Constitución rígida y flexible. Reforma constitucional. 816. Distinción entre poder constituyente y poder legislativo ordinario en la Constitución rígida. 817, 818. Bases del derecho constitucional de Constitución escrita rígida. 819. Exposición originaria de la concepción de Constitución rígida por Rousseau. 820. Relación entre la rigidez y la forma escrita de la Constitución: diversidad de opiniones, Esmein y Kelsen. 821. Laferriére: tesis de que la flexibilidad puede darse en la Constitución escrita. 822. Bases de la superlegalidad constitucional. 823. Condiciones de la superlegalidad constitucional. 824. Duguit: distinción entre leyes ordinarias y leyes constitucionales. 825. Duguit: el sistema de Constitución rígida complementa al de las declaraciones de derechos: amparo de la libertad y la dignidad del individuo 101

§ 110. CONSTITUCIONES PÉTREAS: 826. Concepto de Constitución eterna, pétrea, intocable o de granito. 827. Constituciones pétreas y cláusulas constitucionales pétreas 108

§ 111. ¿RIGIDEZ O FLEXIBILIDAD CONSTITUCIONAL?: 828. ¿Cuáles son superiores: las constituciones rígidas o las flexibles? 829. Sistematización de las ventajas e inconvenientes de uno y otro tipo de constituciones. 829 bis. Adaptabilidad de la Constitución flexible a las nuevas condiciones. 830. La rigidez favorece la permanencia de la Constitución y protege a las minorías del despotismo de las mayorías. 831. La rigidez capacita para definir los límites del poder legislativo. 832. Relatividad de las garantías de la Constitución rígida a través de la historia. 833. Defectos de la Constitución flexible: la experiencia inglesa. 834. La rigidez constitucional como esencial al sistema de poderes limitados cuya finalidad es el amparo de la libertad y la dignidad humanas. 835. La rigidez constitucional consolida el principio de la legalidad. 836. Toda Constitución —rígida o flexible— es una estructura dinámica 109

§ 112. CONSTITUCIÓN, CARTA Y PACTO: 837. Clasificación de las constituciones en cuanto a su forma de establecimiento y a su valor político 115

III

Poder constituyente

§ 113. CONCEPTO DEL PODER CONSTITUYENTE: 838. Definición de Messineo. 839. Schmitt. 840. Kelsen. 841. Crítica del punto de vista kelseniano. 842, 843. Heller. 843 bis 1. Pérez Serrano. 843 bis 2. Sánchez Agesta. 843 bis 3. Sánchez Viamonte. 844. Sampay. 844 bis. Nuestra definición: poder constituyente originario y poder constituyente constituído, instituído o derivativo. 845. Inadmisibilidad de la tesis de que el poder constituyente es unitario e indivisible. 845 bis. Teoría pacífica y teoría revolucionaria del poder constituyente: punto de vista de Hatschek 116

§ 114. SUJETO DEL PODER CONSTITUYENTE: 846. El poder constituyente reside en el pueblo. 847. El poder constituyente como atributo de la comunidad política. 848. Exposición de la doctrina por Sieyès durante la Revolución francesa. 849. La separación entre poder constituyente y poderes constituídos y Sieyès. 850. Necesidad de someter el gobierno a limitaciones al organizarse constitucionalmente la nación. 851. La Constitución como obra del poder consti-

PÁG.

tuyente y no del poder constituído. 851 bis. La distinción entre poder constituyente y poderes constituídos fué concebida y aplicada en Estados Unidos de América desde antes de la Revolución francesa. 852. El poder constituyente como derecho natural de la comunidad. 852 bis. La titularidad del poder constituyente en el plano jurídico y en el plano de los hechos 124

§ 115. Poder constituyente originario y poder constituyente constituído: 853. Distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente constituído. 854. Schmitt. 855. Recaséns Siches. 855 bis 1. Sánchez Agesta. 855 bis 2. Pérez Serrano. 856. Mitre y Montes de Oca. 857. Jameson. 858. Sampay. 859. Nuestro punto de vista 129

§ 116. Límites del poder constituyente: 860. El poder constituyente originario es ilimitado en el plano positivo. 861. Valores naturales y absolutos que limitan al poder constituyente originario: libertad, dignidad, justicia. Opiniones de Sarmiento, Vélez Sársfield y Mitre. 861 bis. El poder constituyente originario no puede menoscabar la libertad y la dignidad del hombre, fin último de la Constitución. Concepto de la Comisión examinadora de la Constitución en 1860. 862. La tesis de Jellinek sobre limitaciones del poder constituyente originario. 862 bis. Poder constituyente y voluntad popular. Opinión de Messineo. 863. El poder constituyente y los derechos humanos. 864. El poder constituyente constituído es esencialmente limitado. 865. Prohibiciones contenidas en algunas constituciones relativas a la enmienda de algunos de sus puntos 134

§ 117. Legitimidad de la Constitución: 866. Naturaleza política del problema: condiciones de legitimidad de la Constitución. 867. Gravedad del acto constituyente en cuanto a la legitimidad. 868. Masa o muchedumbre y pueblo y ejercicio del poder constituyente. 869. La legitimidad constitucional exige amplia libertad para las distintas corrientes políticas. 870. Plebiscito, expresión fiel de la opinión pública nacional y asentimiento cotidiano y perdurable. 871. Legitimidad constitucional y derecho natural 139

§ 118. Validez de la Constitución: 872. Naturaleza jurídica del problema: situaciones a distinguir 142

§ 119. Problema de la constitucionalidad de la reforma constitucional: 873. ¿Puede ser inconstitucional una reforma de la Constitución? ¿El control judicial de la constitucionalidad incluye a las reformas constitucionales? 874. Situaciones a distinguir. 875. Caso en que la convención reformadora sanciona enmiendas en violación del procedimiento, condiciones o prohibiciones establecidos en la Constitución vigente. 876. El problema realmente surge cuando se trata de determinar la constitucionalidad de una enmienda que contradice los principios básicos o el espíritu de la Constitución o el derecho natural que la informa. 877. Opinión de Schmitt. 878. Controversia Marbury v. Frierson: punto de vista de Marbury. 879.

PÁG.

Punto de vista de Frierson. 880. Examen de la jurisprudencia norteamericana: *matters of procedure* y *matters of substance*. 881, 882. Opinión de Orfield. 883, 884. Durante el siglo XIX prevaleció en la jurisprudencia norteamericana la idea de que la apreciación de la constitucionalidad de una enmienda constitucional era una cuestión política ajena al poder judicial. 885. Durante el siglo actual la jurisprudencia norteamericana favorece el criterio de que la constitucionalidad de una enmienda constitucional es de competencia judicial: *Knightt v. Sheldon, Anderson v. Myers, Hawke v. Smith.* 886. *National prohibition, Dillon v. Gloss, Lessee v. Garnett.* 887. *United States v. Sprague, Coleman v. Miller y Chandler v. Wise.* 888. La jurisprudencia norteamericana reciente es favorable a la competencia judicial del examen de la constitucionalidad de una enmienda constitucional en cuanto al procedimiento *(matters of procedure)*. 889. La jurisprudencia norteamericana reciente se inclina a considerar como cuestiones políticas ajenas al poder judicial las relativas a la constitucionalidad de una reforma constitucional. 890. Jurisprudencia estadual norteamericana. 890 bis 1. Opinión de Duguit. 890 bis 2. Hauriou. 891. W. W. Willoughby. 892. Burdeau. 893. Hard: el cuerpo y el espíritu de la Constitución. 894. Legón. 895, 896. Haines. 897. Sampay. 898. Machado Doncel. 899, 900. Cueto Rúa y su refutación a nuestra tesis. 900 bis. Tena Ramírez. 901. González Calderón. 902. Dana Montaño. 903. En la República Argentina una Convención reformadora no puede alterar la esencia de la Constitución sin destruir ésta 143

§ 120. Destrucción, supresión, reforma o revisión, quebrantamiento y suspensión de la Constitución: 904. Significado de cada uno de estos conceptos 163

§ 121. La reforma de la Constitución en el derecho constitucional comparado: 905. El sistema de reforma de la Constitución de Estados Unidos de América. 906. La idea de la reforma constitucional es norteamericana. 907. Ventajas del sistema norteamericano. 908. Distintos procedimientos de enmienda constitucional en Estados Unidos de América. 909. Práctica de la reforma constitucional norteamericana. 910. Méjico. 911. Guatemala. 911 bis 1. República Dominicana. 911 bis 2. Bolivia. 911 bis 3. Colombia. 912. Sistema adoptado por la generalidad de las constituciones. 913. Ecuador. 914. Venezuela. 915. Perú. 916. Yugoeslavia. 917. Alemania occidental. 918. India. 919. Brasil. 920. Haití. 920 bis 1. Honduras. 920 bis 2. Nicaragua. 920 bis 3. Panamá. 921. Portugal. 922. Rusia. 923. Suiza. 924, 925, 926. Francia. 927. Italia. 928. Irlanda. 929. Paraguay. 930. El Salvador. 931. Uruguay. 932. Chile. 933. Cuba. 934. China. 935. Japón 164

§ 122. La reforma de la Constitución en el derecho constitucional argentino: A) *Antecedentes anteriores a la organización constitucional definitiva:* 936. Preocupación en esos antecedentes por el problema de la reforma constitucional. 937. Proyectos que

PÁG.

omitieron reglar el procedimiento de enmienda constitucional. 938. Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata de 27 de enero de 1913. 939. Proyecto de Constitución federal para las Provincias Unidas de la América del Sur de 1813. 940. Estatuto Provisional de 1816. 941. Reglamento Provisorio de 1817. 942. Proyecto de Constitución de la Comisión especial del Congreso de Tucumán de 1818. 943. Constitución de 1819. 944. Proyecto de Constitución de la Comisión de negocios constitucionales del Congreso constituyente de 1826. 945. Proyecto de Constitución de De Angelis 185

B) *El sistema de Alberdi:* 946. Proyecto de Constitución de Alberdi. 947. *Bases* de Alberdi 189

C) *Constitución de 1853:* 948. Textos sancionados en 1853 sobre la reforma constitucional. 949. Convenio de 1859. Revisión de la Constitución de 1853 190

D) *Reforma constitucional de 1860:* 950, 951. Fundamentos de las reformas propuestas en 1860. 952, 953. Debate en la Convención de 1860. 954. Reformas sancionadas en 1860 191

E) *Reforma constitucional de 1949:* 955. Textos reformados en 1949 196

F) *El artículo 21 de la Constitución Argentina: extensión de la reforma:* 956. Reforma total o parcial. Abrogación o destrucción . 196

G) *Declaración de la necesidad de la reforma:* 957. La Constitución argentina distingue entre poder constituyente constituído de la Convención y poder preconstituyente del Congreso. 958. La iniciativa de la reforma constitucional corresponde al Congreso. 959. Las legislaturas provinciales no pueden iniciar la reforma. Diferencia con los sistemas norteamericano y brasileño. 960. ¿Debe el Congreso declarar la necesidad de la reforma por una ley? La cuestión en la doctrina. 961. La cuestión en la práctica institucional argentina: reformas de 1860, 1866, 1898 y 1949. 962. Tesis de la Unión Cívica Radical en la Convención de 1949. 963. Tesis del Partido Peronista. 963 bis. La declaración de necesidad de la reforma por el Congreso no es ley. Poder preconstituyente. 964. Consecuencias de la naturaleza jurídica de la declaración congresional. 965. ¿Al efecto de la declaración de la necesidad de la reforma las Cámaras legislativas deben actuar separada o conjuntamente? Tesis de Sánchez Viamonte y de Bagnasco. 966. Tesis de Uranga. 967. Tesis de Montes de Oca y Rivarola. La práctica institucional. 968. El texto constitucional vigente exige que la declaración congresional sea adoptada por el voto de dos terceras partes de los miembros del Congreso presentes. 969. La cuestión antes de la reforma de 1949: tesis de Estrada, Rivarola y Sánchez Viamonte. 970. Tesis de la Unión Cívica Radical en la Convención reformadora de 1949. 971. Tesis de Berraz Montyn en la Convención reformadora de 1949. 972. Tesis de Sampay en la Convención reformadora de 1949. 973. Tesis de De Vedia. 974. Práctica institucional argentina. 975. Criterio de González Calderón. 976. Antes de la reforma de 1949 la declaración congresional de necesidad de la enmienda constitucional debía ser adoptada por dos tercios de votos de la totalidad de cada una de las Cámaras del Congreso. 977. Crítica de la enmienda de 1949 197

H) *Convención reformadora:* 978. Delimitación constitucional de las funciones del Congreso y la Convención. 979. Clasificación de las Convenciones por Jameson. 980. Crítica de la clasificación de Jameson. Caracteres específicos de una Convención. 981. Concepto de Convención. 982. Limitación de los poderes de la Convención. 982 bis. Precedente de 1865. 983, 984, 985. Precedente de 1898. 986. Tesis de Longhi. 987. La Convención no ejerce poder constituyente originario sino constituído. 988. Limitaciones a que está sujeta la Convención. 989. Materias en que la Convención es libre y soberana. 990. La Convención tiene poderes implícitos. 991. Facultades financieras implícitas de la Convención. 992. Precedente de 1860. 993. Privilegios de los convencionales. 994. Vigencia y obligatoriedad de las reformas constitucionales 220

I) *Supresión o cambio de la Constitución por la violencia:* 995. La segunda parte del artículo 21 de la Constitución incorporada por la reforma de 1949. 996, 997. Fundamentos del nuevo texto constitucional: exposición en la Convención de 1949. 998. La segunda parte del artículo 21 de la Constitución integra un sistema. 999. Remisión. 1000. El nuevo texto constitucional es demasiado ambiguo y lato, y permite un amplio y peligroso margen de interpretación. 1001. Oposición al nuevo texto en el seno de la Convención de 1949. 1002. El nuevo texto constitucional deja amplio margen a la reglamentación. 1003. Elementos que tipifican la infracción contemplada en la segunda parte del artículo 21 de la Constitución. 1004. El nuevo texto y el delito de opinión. 1005. Emisión del pensamiento en el terreno doctrinal 232

IV

Supremacía de la Constitución

§ 123. ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL ORDEN JURÍDICO ESTATAL: 1006. Diferente jerarquía de las normas en el Estado constitucional. 1007. La pirámide jurídica de Kelsen. 1007 bis 1. La Constitución como la fuente del orden estático entero: punto de vista de Einsemann. 1007 bis 2. Sánchez Agesta y el carácter de derecho fundamental que inviste la Constitución. 1008. La Constitución como cimiento de la estructura jurídica del Estado: opiniones de Echeverría, Alberdi y Bielsa .....

§ 124. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN COMO GARANTÍA DE LA LIBERTAD: 1009. La supremacía constitucional es la más eficiente ga-

PÁG.

rantía de la libertad y la dignidad del hombre. 1010. Hamilton: ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. 1010 bis. La idea de la Constitución ley suprema es propia de la democracia. 1011. Jerarquía de las normas y sistema de recursos jurisdiccionales. 1011 bis 1. La supremacía de la Constitución no sólo se justifica en el Estado federal sino también en el unitario. 1011 bis 2. El control judicial de la constitucionalidad como fenómeno de racionalización del poder 245

§ 125. ANTECEDENTES DE LA DOCTRINA DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA GRECIA ANTIGUA: La *graphé paranomón:* 1012. La *graphé paranomón* como antecedente de la supremacía de la Constitución. 1013. Institución por Pericles de la *graphé paranomón* en Atenas. 1014. Anulación de la *graphé paranomón* y reacción posterior del pueblo ateniense. 1015. Mecanismo del instituto. 1016. Desnaturalización de la *graphé paranomón* 251

§ 126. LOS FUEROS ESPAÑOLES: 1017. El *Justicia* de Aragón como antecedente de la supremacía de la Constitución. 1018. El *Justicia* de Aragón como celador fiel de las leyes. 1019. Los fueros de Navarra 253

§ 127. FORMULACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN: 1020. Formulación originaria: Sir Coke; el *Agreement of the people* y el *Instrument of government.* 1021. Significado del *Agreement of the people* y del *Instrument of government.* 1022. La supremacía de la Constitución a través de los tribunales ingleses. 1023. Antecedentes en los Estados norteamericanos antes de la Constitución federal. 1024. La revisión judicial de las leyes como producto natural de la revolución norteamericana. 1025. Convención de Filadelfia. 1026. Constitución de Estados Unidos de América. 1027. Comentarios de Madison. 1028. Comentarios de Hamilton. 1029. Primer caso de declaración judicial de inconstitucionalidad en Estados Unidos de América. 1030. Primer caso en que la Corte Suprema norteamericana consideró el punto. 1931. *Marbury v. Madison.* 1032. La doctrina del *Chief justice* Marshall. 1033. *Martin v. Hunter* y *Cohens v. Virginia:* opiniones de Story y Marshall. 1034. Opinión del juez Wayne en *Dodge v. Woolsey.* 1035. Opinión del juez Taney en *Ableman v. Booth.* 1036. Opiniones de los jueces Chase en *Hepburn v. Griswold* y Harlan en *Lent v. Tillson.* 1037. La jurisprudencia posterior. 1038. Incontestabilidad del poder judicial de revisión: opinión de Story. 1039. Opinión de Paschal. 1040. El *perno de la Constitución* según Corwin. 1041. Crítica de W. W. Willoughby al razonamiento de Marshall en *Marbury v. Madison.* 1042. Significado de la supremacía de la Constitución según Black. 1043. Naturaleza de la revisión judicial según Cooley 255

§ 128. SISTEMAS DE CONTRALOR DE LA CONSTITUCIONALIDAD: 1044. Modos de llevar a la práctica el principio de la supremacía de la Constitución:

A) *Contralor por un órgano político:* 1045. Proyecciones políticas

PÁG.

del contralor de la constitucionalidad. 1046. El problema en la Revolución francesa: el Jurado de la Constitución de Sieyès. 1047. Los censores propuestos por Franklin. 1048. Senado conservador de la Constitución francesa de 1852. 1049. Crítica del sistema del contralor político de la constitucionalidad en las constituciones cesaristas francesas. 1050. Bonaparte y el plan de Sieyès. 1051. Contralor político de la constitucionalidad en Yugoeslavia. 1052. Contralor político de la constitucionalidad en Ecuador. 1053. Comité constitucional de la Constitución francesa de 1946 278

B) *Contralor por un órgano judicial:* 1054. Las cuestiones que suscita el contralor de la constitucionalidad son de naturaleza jurídica. 1055. Punto de vista de Posada. 1056. La justicia constitucional según Kelsen. I. Contralor por los tribunales judiciales comunes: 1057. Sistema de la mayoría de las constituciones. 1058. Suiza. 1059. México. 1060. Opinión de Tena Ramírez. 1061. Opinión de Lanz Duret. 1062. Uruguay. 1063. Colombia. 1064. Bolivia. 1065. Chile. 1066. Venezuela. 1067. Honduras. 1068. Nicaragua. 1069. Panamá. 1070. Irlanda. 1071. Italia. 1072. Alemania occidental. 1073. India. 1074. Japón. 1075. República Argentina. II. Contralor por un tribunal judicial especial: 1076. Sistema de algunas constituciones. 1077. 1078. Austria. (Constitución kelseniana). 1079. Checoslovaquia (Constitución de 1920). 1080. España. (Constitución republicana de 1921). 1081. Cuba. (Constitución de 1940). 1082. Baviera 285

C) *Sistema mixto:* 1083. Portugal. 1084. Brasil. 1085. Opinión de Calmon 299

§ 129. BASES INSTITUCIONALES DE LA DOCTRINA DE LA SUPEMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN:

A) *El contralor judicial de la constitucionalidad de las leyes y el equilibrio de poderes:* 1086. ¿Desequilibra la balanza institucional el contralor judicial de la constitucionalidad? 1087. Previsión de la Constitución de Estados Unidos de América ante el despotismo tumultuoso de las asambleas de la Revolución Francesa. 1088. Temor norteamericano por el predominio legislativo. 1089. El contralor judicial de la constitucionalidad protege también contra el despotismo ejecutivo. 1090. El problema en el Estado federal. 1091. Proyecciones políticas del poder judicial en Estados Unidos de América. 1092. El gobierno de los jueces. 1093. Limitaciones a la facultad judicial de controlar la constitucionalidad 301

B) *El poder judicial como guardián de la Constitución:* 1094. Necesidad de fiscalizar el cumplimiento de la Constitución. 1095. La Constitución como *palladium* de la Constitución: *Sojo.* 1096. La Corte Suprema como intérprete final de la Constitución: *Calvete, Ocampo* y *Banco Nacional v. Villanueva.* 1097. Fundamentos del contralor judicial de la constitucionalidad. *Municipalidad de la Capital v. Elortondo* 305

C) *El poder judicial no procede de oficio sino en causas:* 1098. El principio ~~en las constituciones norteamericana y~~ argentina. 1099.

PÁG.

Función de los tribunales judiciales en la declaración de inconstitucionalidad. 1100. El contralor judicial de la constitucionalidad y el Congreso. Jurisprudencia norteamericana: *Muskrat v. United States.* 1101. Jurisprudencia argentina 308

D) *El poder judicial no conoce en cuestiones políticas:* 1102. Las cuestiones políticas son ajenas a la esencia de la función jurisdiccional. 1103. El principio es consecuencia lógica de la división de poderes. 1104. En Estados Unidos y Argentina trátase de un principio jurisprudencial; en otros Estados es un principio constitucional: Brasil. 1105. ¿Conforma la Constitución una materia política o jurídica? Opinión de Haines. 1106. Concepto de *cuestión política:* Opinión de García Pelayo. 1107. Opinión de Weaver. 1108. Opinión del *Chief justice* Hughes. 1109/10. Opinión de Dodd: normas constitucionales preceptivas y normas constitucionales directivas. 1111. Opinión de Weston. 1112. Opinión de Silva Pereira. 1113. Las *cuestiones políticas* se circunscriben a los asuntos que entran en el dominio de la *prudencia política:* disidencia del juez Casares en *Mayer v. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires.* 1114. El poder judicial está llamado a ejecutar *actos jurisdiccionales* y no *actos políticos.* 1115. La Corte Suprema no es tribunal político. 1116. Jurisprudencia norteamericana: *Marbury v. Madison.* 1117. *Luther v. Borden.* 1118. *Texas v. White.* 1119. Jurisprudencia argentina: la sentencia del Tribunal Superior de la Provincia de San Juan de 1861. 1120. *Cullen v. Llerena.* 1121. Disidencia del juez Luis V. Varela. 1122. *Lobos v. Donovan.* 1123. *Orfila.* 1124. *Avellaneda Huergo v. Gobierno nacional.* 1125. *Siganevich.* 1126. *Costes v. Prado.* 1127. *Deiver.* 1128. *Arlandini.* 1129. Las acordadas de la Corte Suprema con motivo de la instalación de los ejecutivos *de facto* en 1930 y 1943 son excepciones a la doctrina de las *political questions.* 1130. Acordada de 1930. 1131. Acordada de 1943. 1132. Situación especialísima planteada en tales oportunidades 311

E) *El poder judicial no controla el ejercicio de facultades privativas de los otros poderes:* 1133. Afectaría a la división de los poderes que el poder judicial controlara el modo como los poderes políticos ejercitan sus facultades constitucionales. 1134. Jurisprudencia norteamericana: *Decatur v. Paulding; Quackenbusch v. United States.* 1135. Jurisprudencia argentina: *García; Stewarts Sealy v. Nación Argentina; Pantaleo v. Villa; Sindicato Obreros Yerbateros de Rosario; Los Merinos S. A.* 1136. *Varela v. Anzó; Sojo; López Muñiz.* 1137. El poder judicial controla a los poderes políticos para evitar la transgresión de los límites que les fija la Constitución y el respeto de los derechos individuales 335

F) *El poder judicial no puede juzgar los propósitos o motivos del legislador:* 1138. El poder judicial no penetra en la órbita de la política legislativa. 1139. Los tribunales no pueden inquirir acerca de los motivos de los actos de los poderes políticos. 1140. Jurisprudencia norteamericana: *Interstate Commerce Commission v. Brimson; Ex parte McCardle; Nortehrn Securities Co. v. United States.*

PÁG.

1144. Jurisprudencia argentina: *Caffarena v. Banco Argentino; López Jordán; Duguid y Cía. v. Muñoz; Cortez Cumplido v. Leguizamón.* 1142. *Casa Argentina Scherrer v. Unión Telefónica; Inchauspe Hermanos v. Junta Nacional de Carnes; Pereyra Iraola v. Provincia de Córdoba; Merck Química Argentina S. A. v. Gobierno de la Nación; Pinkier; Myrtel Orloff v. Diario "Hoy".* 1143. *Ramos v. Municipalidad de la Capital; Mattaldi v. Provincia de Córdoba.* 1144. *Provincia de Santiago del Estero v. Compagno* 341

G) *El poder judicial de la Nación no juzga de las constituciones y leyes provinciales:* 1145. Las constituciones y leyes provinciales deben ser interpretadas por los tribunales locales. 1146. Jurisprudencia norteamericana: *Calder v. Bull.* 1147. Jurisprudencia argentina 345

H) *Presunción de constitucionalidad de los actos públicos:* 1148. Razones que justifican la presunción. 1149. Jurisprudencia norteamericana: *Hylton v. United States; Atkins v. Children's Hospital; Sinking Fund.* 1150. Jurisprudencia argentina: *The River Plate Fresh Meat Co. Lted. v. Provincia de Buenos Aires.* 1151. *Guerrero de Mihanovich v. Provincia de Córdoba; "La Continental" v. Provincia de Córdoba; Pereyra Iraola v. Provincia de Córdoba.* 1152. Reglas del juez Brandeis para la interpretación de la constitucionalidad de los actos públicos 346

§ 130. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: 1153. La declaración judicial de inconstitucional no deroga ni suspende la vigencia del acto público. 1154. El tribunal se limita a no aplicar en el caso juzgado la norma inconstitucional. 1155. La regla del juez Marshall. 1156. Jurisprudencia argentina: *Dionisio v. Provincia de Corrientes.* 1157. *Vázquez de Filipini v. Wayss y Freytag S. A.* 1158. *Castro v. Prieto; Pérez Guzmán de Viaña v. Provincia de Tucumán.* 1159. La Constitución es lo que los jueces dicen que es. 1160. Jurisprudencia argentina: *Fisco Nacional v. Ocampo.* 1161. *Videla v. García Aguilera.* 1162. *Provincia de Córdoba v. Mattaldi Ltda.* 1163. *Ferrocarril Sud v. Draque y Cía.* 1164. Reforma de 1949: la cláusula tercera del art. 98 de la Constitución. Aplicación obligatoria por los tribunales de la interpretación sentada por la Corte Suprema. 1165. Jurisprudencia argentina: *Sauras y Cía. v. Secretaría de Trabajo y Previsión.* 1166/7. Situación anterior y posterior a la reforma constitucional de 1949. 1168. Un solo fallo de la Corte Suprema con valor de precedente hace obligatoria la interpretación que consagra. 1169. ¿Es obligatorio el contenido completo del fallo o una parte de él?: considerandos *ratio decidendi* y considerandos *orbiter dicta.* 1170. La obligatoriedad de la interpretación sentada por la Corte Suprema y el principio de la división de los poderes. 1171. Práctica institucional norteamericana: criterio de Corwin. 1172. Efecto derogatorio de la declaración judicial de inconstitucionalidad: Constitución de Italia. 1173. Constitución de Cuba 350

PÁG.

§ 131. SUPREMACÍA DE LAS LEYES: 1174. Art. 22 de la Constitución: supremacía de las leyes nacionales constitucionales. 1175. Jurisprudencia argentina: *Banco de la Provincia de Buenos Aires v. Nación Argentina* 362

§ 132. SUPREMACÍA DE LOS TRATADOS: 1176. Condiciones que deben satisfacer los tratados para ser supremos. 1177. Jurisprudencia argentina: caso de *Madame Lynch*. 1178. *Merck Química Argentina v. Gobierno de la Nación*. 1179. Crítica de la sentencia de la Corte Suprema pronunciada en el caso *Merck Química Argentina v. Gobierno de la Nación*. 1180. La verdadera doctrina: disidencia del juez de la Cámara federal de la Capital doctor González Calderón. 1181. La Constitución equipara el tratado a una ley nacional, pero uno y otro no deben ser confundidos. Jurisprudencia argentina: *Ferreyra v. Nación Argentina*. 1182. ¿Para que el tratado rija es suficiente la ratificación legislativa? 1183. Doctrina de Unsain. 1184. Doctrina de Scatena y Anastasi. 1185. Jurisprudencia argentina: *Alonso v. Haras "Los Cardos"*. 1186. Criterio sentado por el Congreso. 1187. El tratado ratificado por el Congreso y de acuerdo con la Constitución es ley suprema. Convenciones 363

V

Técnica constitucional

§ 133. NOCIÓN Y OBJETO DE LA TÉCNICA CONSTITUCIONAL: 1188. Ciencia constitucional y técnica constitucional. Concepto de Martínez Paz sobre la técnica. 1189. Concepto de Tanaka. 1190. Concepto de técnica constitucional: criterio de Posada. 1191. Objetos de la ciencia constitucional y de la técnica constitucional: opinión de Mirkine Guetzevitch. 1192. Relación entre ciencia y técnica constitucional. 1193. Distinción entre esencia y forma, principios y técnica en derecho constitucional. 1194. Distinción entre técnica de la formulación y técnica de la aplicación del derecho constitucional 376

A) *Técnica de la formulación de la Constitución:* § 134. DIFICULTAD DE LA FUNCIÓN CONSTITUYENTE: 1195. Serían precisos dioses para dar leyes a los hombres. 1196. Reglas técnicas para la formulación de la Constitución 381

§ 135. ADECUACIÓN A LA REALIDAD INSTITUCIONAL: 1197. La Constitución debe responder a la realidad jurídica, política, social, económica del pueblo: opiniones de Solón y Cicerón. 1198. Doctrina de Echeverría. 1199. La Constitución como expresión de las necesidades y aspiraciones del país: criterio de Walker. 1200. Montesquieu y *El espíritu de las leyes*. 1201. Crítica de San Martín a los constituyentes sudamericanos. 1202. Los consejos de Rivadavia y

PÁG.

Alberdi. 1203. La Constitución debe ser hecha para el pueblo y no éste amoldado a aquélla: pensamiento de Mitre. 1204. La sabiduría de los constituyentes argentinos de 1853; criterio de Zuviría. 1205. La Comisión provincial revisora de la Constitución de 1853. 1296. Constitución y realidad: criterios de Estrada y Matienzo. 1207. Constituciones perfectas en teoría: opiniones de San Martín y Pellegrini. 1208. El constituyente ha de ser estadista más bien que erudito: necesidad de la prudencia y el buen sentido: criterios de Alberdi y Pérez Serrano. 1209. Vigencia de la Constitución y su concordancia con la vocación del medio: opinión de Sánchez Agesta. 1210. Constitución real y efectiva y Constitución *tira de papel:* criterio de Lassalle. 1211. Adecuación a la realidad institucional: satisfacción de los valores espirituales del pueblo: criterio de Sánchez Agesta. 1212. Falseamiento de la Constitución. 1213. El problema en América Latina. 1214. *Cientificismo* constitucional: criterios de Icaza Tigerino y Alberdi. 1215. El constituyente no debe seguir a la zaga de los hechos: la ciudad real y la ciudad ideal de Ruggiero. 1216. El ideal en la técnica de formulación de la Constitución: opiniones de Goethe y Séneca. 1217. La Constitución debe elevarse sobre los defectos y malas prácticas institucionales. La Constitución como programa máximo: criterio de Sánchez Viamonte. 1218. La Constitución como realización y como programa: opiniones de Ferro y Estrada. 1219. La Constitución con el poder de las hadas, según Alberdi. 1220. El *snobismo constitucional*. 1221. La originalidad constitucional. 1222. El ejemplo de las instituciones extranjeras. 1223. Utilidad del derecho comparado 381

§ 134. ESTABILIDAD: 1224. La finalidad de la Constitución impone a ésta que sea escrita, rígida, suprema y permanente. Diferencia entre las constituciones y las leyes ordinarias. 1225. Criterio de Mitre. 1226. La Constitución en cuanto cuerpo de normas fundamentales debe gozar de estabilidad. 1227. La estabilidad como nota esencial de la Constitución: criterio de García Pelayo. 1228. Tendencia humana hacia la estabilización de situaciones: pensamiento de Platón, Polibio, Hegel, Marx, Macaulay y Cromwell. 1229. Jefferson y la idea de una Constitución cambiante. 1230. Fijación y mudanza constitucional: criterios de Legón y Macaulay. 1231. Fundamentalidad de la Constitución: criterio de Bielsa. 1232. Estabilidad y prestigio de la Constitución: opiniones de Esquiú y Alberdi. 1233. Inconveniencia de la frecuente reforma de la Constitución. 1234. Paradoja de que las leyes sobreviven a las constituciones: diferente situación del derecho público y el derecho privado: opinión de Pérez Serrano. 1235. La Constitución no debe ni puede ser inmutable, pero ha de poseer estabilidad: pensamiento de Willoughby. 1236. Alberdi y la reforma constitucional. 1237. La frecuente reforma constitucional no favorece el progreso de las instituciones. 1238. La Constitución debe despertar en el habitante un sentimiento de veneración y respeto. 1239. La estabilidad y permanencia de la Constitución no resulta de su carácter de tal sino de sus virtudes:

PÁG.

juicio de Bentham. 1240. La *vocación política* de la Constitución según Alberdi 398

§ 137. FLEXIBILIDAD: 1241. Como instrumento de gobierno la Constitución debe ser flexible: criterios de Weaver y el juez Marshall. 1242. Criterio romano de que las leyes son forjadas como el hierro: *ferrea jura*. 1243. La estabilidad constitucional no debe llevar a la petrificación. 1244. Las constituciones deben tener en cuenta el pasado, el presente y el futuro: criterios de Alberdi y Sarmiento. 1245. Concepto de flexibilidad. Flexibilidad y Constitución flexible como opuesta a Constitución rígida 408

§ 138. FUNDAMENTALIDAD: 1246. El contenido de la Constitución debe limitarse a lo fundamental. 1247. Sobriedad de la Constitución: opinión de Alberdi. 1248. Polémica en cuanto a si la Constitución debe recoger cuantos intereses lo reclamen o nada más que los conceptos básicos; opinión de Pérez Serrano. 1249. Carácter reglamentario de algunas constituciones modernas: constituciones de Brasil y Cuba (1940). Sobriedad de otras constituciones: Estados Unidos, Argentina (1853), Francia e Italia. 1250. La Constitución debe circunscribirse a delimitar los principios esenciales en cuanto a la organización de los poderes: criterio de Carré de Malberg. 1251. Diferencia entre lo que es propio de la Constitución y lo que corresponde a proclamas, declaraciones, expresiones de anhelos, etc. 1252. La Constitución se ocupa de generalidades y no de detalles: regla de Marshall. 1253. Influencia de la fundamentalidad de la Constitución sobre su duración: criterio de Rivarola. 1254. Unicamente lo fundamental y básico es materia constitucional 412

§ 139. PRUDENCIA: 1255. La prudencia como virtud suprema del constituyente: pensamiento de Aristóteles. 1256/7. La prudencia política según Leopoldo Palacios. 1258. El constituyente debe ubicarse hipotéticamente en la situación de habitante y sujeto de la norma constitucional: criterio de Soler 416

§ 140. ESTILO: CLARIDAD Y CONCISIÓN: 1251. Exigencias fundamentales del estilo constitucional. 1260. Claridad de la Constitución: opinión de Alberdi. El consejo napoleónico. 1261. Concepto de claridad constitucional. 1262. Concisión de la Constitución: criterios de Mariano Acosta y Alberdi. 1263. Criterios de Hauriou y Santisteban. 1264. Diferenciación del estilo constitucional y del estilo legal: criterio de Sánchez Agesta. 1265. La fundamentalidad de la Constitución condiciona su estilo. 1266. Criterio de Legón. 1267. Juicio de Bryce. 1268. Constituciones breves. 1269. Concisión, constitucional: su concepto: criterios de Keller, Pérez Serrano, Sarmiento, Mariano Acosta y Alberdi. 1270. Las reformas parciales deben mantener el estilo de la Constitución original 418

B) *Técnica de la interpretación constitucional:* § 141. HERMENÉUTICA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: 1271. Concepto de hermenéutica jurídica: hermenéutica e interpretación: criterio de Maxi-

PÁG.

liano. 1272. Estancamiento en el progreso de la interpretación. 1273. Criterio de Savigny. 1274. La aplicación de la norma jurídica exige antes su interpretación: criterio de Rotondi. 1275. Opinión de Treves. 1276. Criterio de Aftalión. 1277. Concepto de García Maynez. 1278. Opinión de Maximiliano. 1279. Importancia de la interpretación en el derecho constitucional 425

§ 142. INTERPRETACIÓN, CONSTRUCCIÓN E INTEGRACIÓN: 1280. Diferencia entre interpretación e integración: criterio de Couture. 1281. Diferencia en el derecho angloamericano entre interpretación y construcción: criterio de Black 432

§ 143. FORMAS DE INTERPRETACIÓN: 1282. Formas de la interpretación en cuanto a su resultado: literal, extensiva, restrictiva. 1283. Formas de la interpretación en cuanto a la fuente: auténtica, judicial, doctrinal. 1284. Interpretación auténtica: su concepto. 1285. La discusión legislativa, la opinión de los legisladores informantes y en general los antecedentes legislativos no son interpretación auténtica: criterio de Bielsa. 1286/7. Jurisprudencia argentina. 1288. Interpretación judicial. ¿Crea derecho el juez al interpretar la ley? Juicio de Kelsen. 1289. Juicio de Couture. 1290/91. Juicio de Cossio. 1292. En el Estado constitucional el juez no puede crear derecho: la división de los poderes. 1293. Principio de la legalidad y Estado constitucional. Los jueces no crean normas ni establecen políticas: jurisprudencia norteamericana. 1294. El *dictum* de Sir Edward Coke y el principio de Montesquieu. 1295/6. Jurisprudencia argentina. 1297. Interpretación doctrinal o científica: criterio de Legaz y Lacambra 435

§ 144. MÉTODOS INTERPRETATIVOS: 1298. Interpretación gramatical: los glosadores. 1299. La interpretación de los jurisconsultos romanos. Ulpiano: lo primero es el sentido de las palabras. Crítica. 1300. Racionalismo jurídico e interpretación. 1301. Escuela exegética. 1302. Crítica del método exegético. 1303. Savigny y las bases de la escuela dogmática. 1304. Ihering y el método teleológico. La jurisprudencia de intereses. 1305/6. El sistema de Gény. 1307. Kelsen. 1308. Cossio. 1309. Escuelas de interpretación constitucional: jurisprudencia mecánica, libre decisión legal, jurisprudencia realista o experimental. Jurisprudencia mecánica: jurisprudencia norteamericana y argentina. 1310. Bases de la jurisprudencia mecánica: juicio de Haines. 1311. Libre decisión legal: Gény, Ehrlich, Kohler. 1312. Crítica de la libre decisión legal. 1313. Jurisprudencia realista o experimental: jurisprudencia anglosajona. Los jueces como creadores más que descubridores del derecho. Holmes. 1314. Tendencia realista o experimental: sus caracteres. 1315. Distinción entre jurisprudencia realista y jurisprudencia sociológica. 1316. Criterio de Pound y Haines. 1317. Doctrina de Cardozo. 1318. Criterio estricto y criterio liberal en la interpretación constitucional: criterio del juez Sutherland. 1319. Los jueces, al interpretar, deben intervenir en el proceso legislativo: criterio de Holmes y Brandeis.

PÁG.

Jurisprudencia norteamericana. 1320. Los métodos interpretativos están íntimamente vinculados con el régimen político del Estado. 1321. Inconveniencia de la pureza metodológica. Libertad metodológica del constitucionalista 447

§ 145. CARACTERES ESPECIALES DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL: 1322. Medida de la aplicabilidad de la hermenéutica general al campo del derecho constitucional: criterios de Haines y Romano. 1323. Circunstancias que determinan una técnica especial en la hermenéutica constitucional: opinión de Maximiliano. Jurisprudencia norteamericana. Criterio de Joaquín V. González. 1324. Particularismo de la interpretación constitucional 465

§ 146. REGLAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: 1325. Sistematización de las conclusiones de la jurisprudencia y doctrina sobre interpretación constitucional. 1326. A) Predominio del contenido teleológico de la Constitución: protección y garantía de la libertad y dignidad humanas. En caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, debe prevalecer la primera sobre este último. Opiniones de Story y Alberdi. 1327. Jurisprudencia norteamericana. 1328. Jurisprudencia argentina: *Sojo*. 1329. *Municipalidad de la Capital v. Elortondo*. 1330. *Provincia de Buenos Aires v. Lacour; J. Pérez*. 1331. B) La Constitución debe interpretarse con criterio amplio, liberal y práctico, de modo que se cumplan cabalmente sus fines. Criterio de Black y la jurisprudencia norteamericana. 1332. Jurisprudencia argentina: *Botella*. 1333. *Sardi v. Provincia de Mendoza*. 1334. C) Las palabras de la Constitución deben interpretarse en su sentido general y común y nunca debe suponerse que un término es superfluo. 1335. Criterio de Mitre. 1336. No se trata de interpretación gramatical exclusivamente. 1337. Pensamiento de Black. 1338. Criterio de Maximiliano. 1339. Jurisprudencia norteamericana: *Martin v. Hunter*. 1340. *Gibbons v. Ogden*. 1341. *Tennessee v. Whitworth; Bank v. Fenno*. 1342. Jurisprudencia argentina: *Piccardo* v. *Caja de Jubilaciones de la Marina Mercante Nacional; Mórtola y Cía. v. Ferrocarril Central Argentino; Bergamino v. Instituto Nacional de Previsión Social; Geddes Hermanos v. Provincia de Buenos Aires*. 1343. D) La Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico. 1344. Opiniones de Rivarola, Joaquín V. González y Hughes. 1345. Criterio de Black. 1346. Criterios de Weaver y de los jueces Taney y Marshall. 1347. Criterio de Willoughby. 1348. Criterio de Queiroz Lima. 1349. Jurisprudencia argentina: *Calvete; Solivellas; Ministerio Fiscal de Santa Fe v. Diario "La Provincia"; Costantino v. Nación Argentina; Burnichón v. Nación Argentina; Casado v. Bombal; Botella*. 1350. E) La Constitución, en cuanto instrumento de gobierno, ha de interpretarse teniendo en cuenta no sólo las condiciones y necesidades del momento de su sanción, sino también las que existen al tiempo de su interpretación. 1351. Criterio de Haines. 1352. Opiniones de Maximiliano y Joaquín V. González. 1353. Juicio de Clark. 1354. Doctrina de Cooler. 1355. Interpretación literal y estricta e interpretación

PÁG.

liberal y elástica: criterio de Justo. 1356. Jurisprudencia norteamericana: *Home Building & Loan Association v. Blaisdell; Elwell v. Comstock* 1357. *Euclid v. Ambler Realty Co.; Borgnis v. Falk Co.; Helvering v. Davis*. 1353. Regla del juez Marshall en *McCulloch v. Maryland*. 1359. Opinión de Cummings. 1360. Criterio de Willoughby. 1361. Criterio de Marshall. 1362. Jurisprudencia norteamericana: *In re Debbs; South Carolina v. United States; Scott v. Sandford*. 1363. *Martin v. Hunter's Lessee*. 1364. Jurisprudencia argentina: *Bressani v. Provincia de Mendoza; Merck Química Argentina S. A. v. Gobierno de la Nación*. 1365. F) Las excepciones y privilegios deben interpretarse con criterio restrictivo. 1366. Jurisprudencia argentina: *López Ltda. v. Banco Hipotecario Nacional; Santa María v. Provincia de Santa Fe; Collazo v. Banco Provincial de Córdoba*. 1368. G) Los actos públicos se presumen constitucionales. 1369. Jurisprudencia argentina: *Lage; Pereyra Iraola v. Provincia de Córdoba; Sardi v. Provincia de Mendoza* 468