

La filosofía política y la teoría constitucional de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹

Por Alberto Ricardo Dalla Via.

En su célebre “Teoría de la Constitución” de Karl Loewenstein², un libro de gran difusión en el Derecho Constitucional de la década de los ‘70, el autor desarrollaba una muy exhaustiva clasificación de las constituciones a partir de distintos modelos que tomaban en cuenta, ya sea el sistema de reforma constitucional, los textos unificados o dispersos, etcétera diferenciándose de ese modo del texto Constitucional Comparado predominante en la década anterior que era el “Derecho Constitucional Comparado” de Manuel García Pelayo³ autor que clasificaba las constituciones por “tipologías”, tomando así para el Derecho Constitucional los concepto de “tipos ideales” desarrollado por Max Weber desde la Sociología y de los “tipos reales” elaborado por Jellinek en la Filosofía Política.

Pero para no extendernos en tan interesante pero teórica cuestión, vale la pena detenerse en una de las clasificaciones de Loewenstein como es la de clasificar a las constituciones según su ideología en constituciones “ideológicas” y en constituciones “pragmáticas” (o ideológicamente neutras). Esta última categoría respondería, según el autor a la pretensión racionalista extrema de un modelo universal y “standard” de Constitución, aplicable a todos los modelos de Estado, como pretensión de ser una “constitución pura” cuyo paradigma sería el proyecto de Constitución para Austria elaborado por Hans Kelsen en 1920.

Pero aún esa Constitución que pretendía neutralidad ideológica tampoco la ostentaba en lo hechos. En efecto, al proponer un Poder Judicial independiente que garantizaba la aplicación de los derechos fundamentales, se estaba afirmando, en la práctica, la vigencia de un modelo republicano de limitación del poder.

¹ Texto de la disertación presentada en las “I Jornadas de Derecho Constitucional del GCBA”, organizadas por el Centro Federal de Estudios de Derecho Público y el Instituto Superior de la Carrera del GCBA, celebradas los días 29 y 30 de noviembre de 2011 en el Salón San Martín de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

² Publicado por la editorial Ariel. Barcelona

³ Publicado por revista de occidente. Madrid y reeditado por el Centro de Estudios Constitucionales.

Desde esa perspectiva, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contiene una ideología propia que participa a su vez de un universo ideológico muy amplio que a su vez la contiene y que es el ámbito de la Constitución Nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1865, 1898, 1957 y 1994.

El tema de ésta exposición, es filosofía y Teoría de la Constitución de Buenos Aires. Siendo que la Teoría de la Constitución tiene sus propios contenidos, habrá entonces que determinar qué entendemos por Filosofía de la Constitución y en todo caso, analizar si en este caso cabe o no analizarlo con la ideología.

En términos generales se admite que la Filosofía se ocupa de los altos fines de la norma constitucional, señalando el rumbo hacia donde va, o más bien, hacia donde “debe ir “un Estado Constitucional de Derecho.

Uno de los constitucionalistas más destacados, y más influyentes, de la Argentina de los últimos días, el profesor Germán J. Bidart Campos, seguía el “trialismo jurídico” de Werner Goldschmidt, ubicando la dimensión ideológica, por encima de la dimensión nomológica, que a su vez se ubicaba por encima de la dimensión sociológica. Así mientras el mundo inferior de las conductas responde al ámbito del ser, el ámbito supremo de los valores responde al “deber ser”. Mientras el derecho, siguiendo el razonamiento lógico formal regulaba las conductas humanas (ser), la justicia como saber superior e ideal las orienta.

El ámbito de la filosofía del Derecho, ya sea que hablemos en el ámbito del trialismo, del iusnaturalismo, del positivismo jurídico o de cualquier otra corriente o escuela filosófica, en el ámbito de los valores fundamentales que restan al orden normativo. Es como la estrella polar de los navegantes, tal vez también esa sea la razón por la cual los grandes textos clásicos de Filosofía Política entre los que cabe mencionar la obra de Aristóteles, Maquiavelo, Rousseau, Hobbes, De Tocqueville, Montesquieu o Kant, responden en general a visiones optimistas sobre la convivencia humana en sociedad, conteniendo, en buena medida, de elevadas cuotas de idealismo.

Por el contrario y en el otro extremo se ubican los textos de sociología política y jurídica, que suelen dirigirse en los análisis de datos empíricos para arrojar conclusiones

que por lo general suelen arrojar visiones pesimistas y cuando no negativas del funcionamiento de las instituciones de la realidad.

El análisis jurídico, por su parte, suele ser excesivamente técnico o racionalista cuando se mantiene dentro de la sola dimensión normativa, adquiriendo un perfil más dinámico cuando se vincula con el análisis de las normas y un perfil más profundo y concluso cuando se vincula con el saber superior del sistema. El Derecho Constitucional suele desempeñarse en esa esfera especialmente cuando se trata de interpretar la norma fundamental a través de los “principios” que son zonas de penumbra que se ubican en un plano intermedio entre las normas y los valores.

Así, si bien, en principio la expresión “Ideología” parece responder a un concepto más amplio en el que se verán involucrados los valores como expresión material de una cultura o forma de pensamiento, no parecería haber inconveniente en asimilar la “ideología” con la “Filosofía” de una determinada Constitución.

En algún tiempo existió el fuerte prejuicio de denominar “Ideólogos” a los científicos sociales que no eran filósofos ni juristas (vg. los sociólogos). Esto ocurría allá por alrededor del siglo XVIII cuando la Sociología daba sus primeros pasos con los escritos de Saint-Simón y de Auguste Comte.

En esta oportunidad, asimilaremos entonces la Filosofía de la Constitución con la Ideología de la Constitución.

Hemos dicho en otra parte que la Constitución de la Nación Argentina abreva en dos vertientes ideológicas principales: a) El constitucionalismo liberal b) El constitucionalismo social⁴.

El Dr. Néstor Sagües considera que habría una tercera “vertiente” o línea ideológica que es la vertiente católica, fundamentada su posición en los artículos pertinentes que resguardaban una primacía para la religión Católica Apostólica Romana como en la circunstancia de que, a su juicio al momento de sancionarse la constitución, la moral predominante era católica y ello entraba en el marco del artículo 19. 1º parte de la Constitución Federal.

⁴ Véase nuestro artículo “el ideario Constitucional Argentino”

No compartimos este último criterio que hemos señalado, por que la Constitución Nacional fue reformada y ya no se requiere la confesión católica del presidente de la Nación; Tampoco compartimos el fundamento de la moral ya que la moral cambia y finalmente por que entendemos que los postulados de la denominada “Doctrina social de la Iglesia” desarrollada a partir de importantes encíclicas papales, forma parte de la línea ideológica del “Constitucionalismo Social” que en buena medida la recoge en sus postulados, esa tendencia iniciada en Argentina con la jurisprudencia y la reforma constitucional de 1949, recogida por la reforma de 1957, encontró acogida en la reforma de 1994 cuando, por impulso de doctrinas provenientes de la democracia cristiana se incluyó en el artículo 75 Inc. 19 el paradigma del “desarrollo humano” junto al “crecimiento económico con justicia social”⁵.

Así, el constitucionalismo liberal aparece en nuestra constitución histórica de 1853 – 60 como consecuencia de haberse plasmado en la misma el ideario de la generación de 1837 puesto en ejecución por la denominada generación del 80. Si seguimos la regla establecida por Hernán Heller conforme a la cual el estado liberal de derecho corresponde al constitucionalismo liberal, así como el estado social de derecho corresponde el estado social de derecho.

En consecuencia con esa idea, podemos afirmar que la constitución demoliberal de 1853-60 se correspondió con la vigencia de un estado liberal en lo político y económico que coincidió con el crecimiento del modelo Agro- Exportador dirigiendo sobre la Pampa Húmeda, caracterizándose la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por una interpretación “estática” del texto constitucional protegiendo firmemente los derechos individuales, especialmente el derecho de propiedad. Este modelo tuvo vigencia desde la sanción de la Constitución hasta 1930, año del primer golpe de estado, casi contemporáneo a la crisis de la bolsa de Wall Street.

El constitucionalismo social no aparece en Argentina con motivo de ninguna reforma constitucional, ya que hubo que suspender proyectos impulsados por el socialismo y el radicalismo que no prosperaron. Su desarrollo se encuentra más bien en la jurisprudencia de una Corte que virarla desde la interpretación “estática” a la interpretación “dinámica” de la Constitución. Tal desarrollo se unía con la sentencia

⁵ Sobre este puede consultarse nuestro libro de “Derecho Constitucional Económica” Abeledo Perrot 2° edición.

recaída en el fallo “Ercolano C/ Lanteri” de 1922 y constituía en muchos otros precedentes. La jurisprudencia de la Corte Suprema comenzará el desarrollo de la tesis del “Poder de Policía Amplio” en institución de su anterior doctrina del Poder de Policía restringiendo sus casos paradigmáticos en uno y otro extremo serán “Avico con De la Pesa” (1932) e “Hileret c/ Provincia de Tucumán (1907). La Constitución de 1949 afirmará la línea para ser recogida, posteriormente, en el artículo 14 bis introducido por la reforma constitucional de 1957.

En diferentes trabajos nos hemos interrogado sobre el “ideario” de la Constitución Nacional de 1994, toda vez que la misma tuvo coherencia en plena vigencia del modelo “neoliberal” pero afirmándose de manera bastante notoria, artículos que son en la línea del “Constitucionalismo Social” y como la constitución requiere de una interpretación autónoma acerca de su ideología hemos concluido, parafraseando al sociólogo francés Michel Albert, en su obra “Capitalismo v. Capitalismo” que entre los dos modelos posibles, el constituyente argentino, se inclinó por un capitalismo con “rostro humano” de manera que si bien en la realidad hay numerosos preceptos que se encuentran fuera de cumplimiento, el “deber ser” o el “telos” de la Constitución representa la ideología (filosofía) hacia la cual la Constitución se dirige.

Y aquí hay ya una primera conclusión que cabe realizar y es que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como consecuencia de ser un ejercicio del “Poder Constituyente Derivado”, en este caso del artículo 129 del texto federal, participa de los lineamientos ideológicos de la Constitución Federal. Esta un “piso” o “umbral mínimo” que el constituyente local puede ampliar en favor de las garantías individuales, pero en ningún caso restringir.

El mismo argumento es el que se desprende del juego del artículo 5 y 121 como fundamento del federalismo. El hecho de que la Constitución asegure en ámbito de autonomía a los gobiernos locales no empecé a que haya una sola nación bajo una misma bandera y que sea depositaria de lo que Ortega y Gasset denominaban “el proyecto negativo de voto en común”.

La Constitución de Buenos Aires exhibe un perfil progresista en su teoría de derechos y garantías, profundizando en una corriente garantista de afirmación de los denominados derechos de “tercera” y de “cuarta generación”. De manera que la afirmación de una “igualdad material” en lugar de la clásica igualdad formal o igualdad

ante la ley de los textos liberales, se materializa en un amplio espectro de categoría especial de derecho e inclusive al constitucionalizar el denominado “derecho a ser diferente” (artículo 11) que pareciera colisionar con la clásica noción de igualdad ante iguales circunstancias.

El libro primero que trata de los “derechos, garantías y políticas especiales” comienza por el título primero “derechos y garantías” que enuncia en su importante artículo 10. Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos.

Al pronunciarse por la operatividad de los derechos, más allá de su reglamentación, la Constitución de Buenos Aires se encuadra en la tendencia general del constitucional de no establecer distinciones de oportunidad conforme a que se trate de derechos de primera generación (civiles y políticos) o de segunda generación (económicos, sociales y culturales). Esa concepción de los derechos humanos subscripta en el protocolo del El Salvador en la que también viene desarrollándose la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de sanciones de importantes pronunciamientos y que la norma Constitucional de Buenos Aires expresa con especial contundencia delegando a los poderes públicos a través de la inclusión de importantes derechos en su texto y sobre los cuales se han registrado numerosos pronunciamientos por parte de los tribunales de Buenos Aires.

En este sentido también reviste importancia el artículo 17, al comenzar el título segundo del libro primero, referido a las políticas especiales, cuando enuncia: “la ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”.

Mas adelante garantiza el derecho a la salud integral, consignando que el mismo esta directamente vinculado “con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente” (artículo 20)⁶.

Por su parte, en los artículos 23, 24 y 25 garantizan el derecho a la educación y en el 26 consagra el derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras. Un derecho emblemático en el derecho a acceder a una vivienda digna (artículo 31).

Si bien estos derechos suelen instaurarse como mandatos al legislador y a los poderes públicos no pocas veces se han planteado debates acerca de su exigibilidad.

El fundamento más atinente a tal exigibilidad es que la función del poder judicial se encuentra en la realización de la justicia conmutativa, siendo que la justicia distributiva es siempre competencia del legislador. La generalidad de las políticas públicas, en tal caso puede dejar siempre sin cubrir puntos fuera de la línea o situaciones excepcionales que será competencia de los jueces resolver por aquello de que la injusticia extrema nunca es derecho (Radbruch).

Algunos autores, inclusive en nuestra doctrina, llegan a reiterar que cuando se trata de los denominados “derechos de subsistencia (alimentación, vestido, salud, etc.)” existen razones morales que justifican no solamente la exigibilidad de tales derechos sino también un derecho de resistencia impuesto por el deber moral de satisfacerlos.

En nuestra opinión no compartimos concepciones genéricas sobre el particular entendemos que tratándose de aplicaciones individuales de determinados derechos corresponderá a cada juez competente en cada caso, realizar el correspondiente “test” o balance ; de lo contrario, en derechos fundamentales donde el principal argumento de una tutela judicial es individual y en cambio caeríamos en concepciones generales que nadie podría evitar que en algunos casos fueran predominantes criterios autoritarios o poco democráticos .

⁶ El artículo también establece “el gasto público en salud es una inversión social prioritaria. se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones selectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. Se entiende por gratuidad en el área estatal que las personas quedan eximidas de cualquier forma de pago directo. Rige la compensación económica de los servicios prestados a personas con cobertura social o privada, por que sus respectivas entidades de igual modo se procede con otras jurisdicciones.

En tal sentido, entiendo también que el argumento epistémico de la democracia resulta importante en la interpretación constitucional de los derechos en la ciudad de Buenos Aires, mas allá del principio de buena fe proveniente del derecho internacional. Ello es así por que en el debate de la Constitución del Derecho en una democracia deliberativa; principio axial en una Constitución que marca con claridad el tránsito desde una democracia meramente representativa hacia una democracia participativa y, es este punto mas allá de lo que la democracia representa, sobresale el carácter participativo de los ciudadanos y ciudadanas de Buenos Aires como una nota descriptiva de su autonomía.

Nos interesa realizar, conforme lo indicado el título de la conferencia que se nos ha asignado, algunas consideraciones sobre la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que en el marco general de la teoría constitucional. Nos remitimos brevemente a lo que hemos dicho hasta aquí.

Si volvemos a Loewenstein y su clasificación de las constituciones, hacia una en particular que se refería a las constituciones definitivas y las constituciones evolutivas o “in fieri” es decir aquellas que, aún sin entrar en la categoría de la Constitución histórica, iban sin embargo completándose en el tiempo. La Constitución de Buenos Aires transcurre un proceso de afirmación de su autonomía que está en buena medida sujeta a los vaivenes políticos pero que dado que está asentado en la concepción del pueblo de Buenos Aires sobre su Autonomía se trata de un proceso que, tarde o temprano se impondrá.

Es una Constitución de Poder Constituyente derivado o de segundo grado, toda vez que su origen y legitimidad deriva directamente de la Constitución Nacional, en orden a lo prescripto en el art. 129 de la misma.

Es una Constitución rígida en cuanto a un procedimiento de reforma ya que requiere de una mayoría especial y altamente calificada en la Legislatura para iniciar un proceso de reforma que estará a cargo de un órgano especialmente convocado al efecto.

Desde el punto de vista del control “horizontal” de los actos de los poderes públicos, la Constitución de Buenos Aires ha previsto importantes y fuertes organismos

de control, además de estructura desde la misma constitución un sistema de control de constitucionalidad mixto que recibe los efectos de los sistemas clásicos ,anglosajón, difuso o norteamericano a cargo de todos los jueces y el concentrado o continental a cargo de un órgano específico, en este caso el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

También la Constitución afirma el control vertical del poder a través de la descentralización en comunas afirmando la autonomía, la autogestión y el autogobierno.

Concluyendo, estamos ante una Constitución moderna, que sigue haciéndose cuyo diseño definitivo aún no ha concluido.