

Manual de Derecho del Turismo

Version actualizada conforme el
Código Civil y Comercial de la Nación

coordinador

Eugenio del Busto

autores

Federico H. Dangelo Martínez y E. del Busto

colaboración

Santiago Aramburu



UGERMAN EDITOR
Ciencia & Técnica

Manual de Derecho del Turismo

*Versión actualizada conforme
el Código Civil y Comercial de
la Nación*

COORDINADOR

Eugenio del Busto

AUTORES

Federico H. Dangelo Martínez

Eugenio del Busto

COLABORACIÓN

Santiago Aramburu



UGERMAN EDITOR
Ciencia & Técnica

Desde 1969 junto al libro

CV autores

Eugenio del Busto

Abogado y licenciado en Turismo. Máster en Dirección y Gestión Turística y en Derecho Público del Estado Autonomico.

Doctorando en el Programa de Doctorado en Ciencias Económicas, Empresariales y Jurídicas de la Universidad de Almería, España.

Es profesor asociado de la Universidad Nacional de Quilmes y docente de posgrado.

Ha sido Coordinador Académico del Programa de Actualización en Derecho del Turismo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Integra y dirige equipos de investigación en el campo del derecho y el turismo, en el que es ponente en congresos nacionales e internacionales. Cuenta con publicaciones y artículos en revistas académicas especializadas en la materia.

Se ha desempeñado como Director de Registro y Fiscalización de Agentes de Viajes en la Secretaría de Turismo de la Nación y desarrollado su actividad como consultor en proyectos para organismos públicos del turismo, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo.

Federico Dangelo Martínez

Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires, especializado en Derecho del Turismo (posgrado UBA) y con una maestría en Derecho Empresarial de la Universidad Argentina de la Empresa. Con experiencia en el sector público, por entonces Ministerio de Turismo de la Nación, participando en la coordinación de herramientas del Sistema Argentino de Calidad Turística. También colaborando en diversos proyectos de implantación de herramientas de calidad como de elaboración de análisis normativos. Profesor universitario en materias legales de apoyo a carreras no afines, como Turismo y Hotelería, Diseño, Publicidad, Gestión de Medios y Entretenimientos, Comunicación, Marketing, Economía, Finanzas, entre otras. Fundador del espacio derechoyturismo.com y creador del Podcast "Derecho y Turismo".

Santiago Aramburu

Abogado (UBA), especialista en Turismo

Asesor legal de entidades turísticas

Docente universitario

Coordinador del Suplemento de Derecho del Turismo (Editorial ElDial)

Busto, Eugenio del

Manual de derecho del turismo : versión actualizada conforme al Código civil y comercial de la Nación / Eugenio del Busto ; Federico H. Dangelo Martinez ; comentarios de Santiago Aramburu. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ugerman Editor, 2023.

CD-I, DOC

ISBN 978-987-9468-91-3

1. Derecho. 2. Turismo. I. Dangelo Martinez, Federico H. II. Aramburu, Santiago, com. III. Título. CDD 344.08

Fecha de catalogación: 20/03/2023

Diseño de tapa: DG. Pablo Ugerman - www.ugrdesign.com.ar

Armado y diseño interior: Ed. Lorena Blanco

Corrección: Ana Belén Rivero

Coordinación editorial: Ed. Lorena Blanco

© 2023, by UGERMAN EDITOR

San José 539

(1076) CABA- REPÚBLICA ARGENTINA

Tel. y Whatsapp: +54 9 11 5760 4329

jcugerman@yahoo.com.ar

info@ugermaneditor.com.ar

skype: ugermaneditor

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

ISBN 978-987-9468-91-3

Reservados todos los derechos de la presente edición para todos los países. Este libro no se podrá reproducir total o parcialmente por ningún método gráfico, electrónico, mecánico o cualquier otro, incluyendo sistemas de fotocopia y duplicación, registro magnetofónico o de alimentación de datos, sin expreso consentimiento de la editorial.

HECHO EN ARGENTINA

MADE IN ARGENTINA

Dedicatoria

Eugenio del Busto

A Marcelo Sancinetti, que puso en mí el germen de la pasión por el Derecho; a Estela González Espul, mi madre jurídica, sin cuyo impulso nunca hubiera concluido mis estudios; a Graciela Güidi, que siempre estuvo a mi lado en el descubrimiento del Derecho del Turismo, y a Raúl Pérez Guerra y María Matilde Ceballos Martín, que me acompañan en cada paso que doy en este campo.

A mis primos y amigos, los que están y los que se han ido, por haberme apoyado siempre.

A Alejandra, mi hermana, a quien admiro y me llevó de la mano a conocer el mundo del turismo.

A Claudia, mi compañera en este viaje.

A Luisa y Segismundo, mis abuelos, y a Noemí y Eugenio, mis padres, de los que aprendí a ser quien soy, sea este un agradecimiento tardío y merecido.

Y a Dios, mi Señor, por quien todo me fue dado.

Federico Dangelo Martínez

A mis padres, quienes me inculcaron la cultura del estudio, trabajo y esfuerzo. A mi esposa y mi hijo, mis pilares en la vida.

Santiago Aramburu

A la familia nuclear que siempre está presente.

Índice

Prólogo por Dra. Graciela Güidi	11
Prólogo por Dres. María Matilde Ceballos Martín y Raúl Pérez Guerra ...	13
Capítulo 1 - Nociones políticas y jurídicas preliminares.....	15
1.1. El Estado	15
1.2. Derecho.....	20
Capítulo 2 - Derecho Constitucional	29
2.1. Poder Constituyente y Poder Constituido	31
2.2. Supremacía constitucional y estructura jerárquica de normas	32
2.3. Control de constitucionalidad	36
2.4. Procedimiento de Reforma de la Constitución	37
2.5. Constitución Nacional.....	39
Capítulo 3 - Relación jurídica	45
3.1. Persona humana.....	45
3.2. Persona jurídica.....	51
3.3. Objeto de las relaciones jurídicas	55
3.4. Causa de las relaciones jurídicas	56
3.5. Hechos y actos jurídicos.....	57
Capítulo 4 - Principios generales de las obligaciones y la responsabilidad civil ..	63
4.1. Obligaciones.....	63
4.2. Responsabilidad Civil	78
Capítulo 5 - Nociones generales de los contratos civiles y comerciales	89
5.1. Contratos civiles y comerciales.....	89
Capítulo 6 - Instituciones del derecho comercial	121
6.1. Bienes intangibles en el derecho comercial	121
6.2. Sociedades	130
Capítulo 7 - Modalidades contractuales empleadas en la actividad turística.....	153
7.1. Contrato de viaje	153
7.2. Contrato de hospedaje	160
7.3. Contrato de transporte de personas	165

7.4. Contrato de tiempo compartido	186
7.5. Contrato de franquicia	189
7.6. Contrato de asistencia en viaje	193
Capítulo 8 - Distribución de competencias en turismo en la República Argentina	197
8.1. Competencias turísticas de la nación	198
8.2. Competencias turísticas de las provincias	203
8.3. Competencias turísticas de los municipios	205
8.4. Competencias turísticas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	207
Capítulo 9 - Normativa turística a nivel nacional en la República Argentina	209
9.1. Ley Nacional de Turismo y su reglamentación	209
9.2. Ley Nacional de Hotelería y su reglamentación	218
9.3. Ley Nacional de Agentes de Viajes y su reglamentación	221
9.4. Ley Nacional de Turismo Estudiantil y su reglamentación	227
9.5. Ley Nacional de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido y su reglamentación	232
Capítulo 10 - Normativa vinculada al turismo a nivel nacional en la República Argentina	239
10.1. Normativa aplicable a la preservación del patrimonio	239
10.2. Protección jurídica del consumidor en relación con el turismo	250
10.3. Derecho laboral y su relación con la actividad turística	262
10.4. Régimen tributario y turismo	279
10.5. Accesibilidad turística	285
Capítulo 11 - Potestades legislativas y reglamentarias y su aplicación en turismo por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	291
11.1. Leyes provinciales de turismo y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	291
11.2. Normativa de alojamiento turístico provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	294
11.3. Normativa provincial de turismo rural	296
11.4. Normativa provincial de turismo de aventura	298
11.5. Normativa provincial de profesionales y guías de turismo	301
Referencias bibliográficas	305

Prólogo

Dra. Graciela Güidi

El presente Manual constituye un valioso aporte para la enseñanza de los aspectos jurídicos de la actividad turística, de conocimiento básico necesario para los futuros profesionales en turismo.

En sus primeros seis capítulos, la obra aborda, en forma completa, las principales instituciones del derecho, con el objeto desarrollar los temas básicos del sistema jurídico que luego se aplicarán en los capítulos siete a once, con relación a los contratos típicos de esta actividad, la distribución de competencias en nuestro país federal, así como a las normativas propias de cada ámbito territorial, nacional y provincial.

Puede afirmarse que están todos los temas y problemas que el licenciado en turismo debe conocer para ajustar su conducta a Derecho, en el ejercicio de la actividad, más allá de la necesaria consulta a un abogado, cuando afronte dudas o conflictos.

Y aquí aparece el otro aspecto de la necesaria interrelación entre los profesionales de ambas disciplinas, porque el denominado Derecho del Turismo se ha convertido en una nueva especialidad en el campo del derecho.

Así lo entendimos cuando, con la colaboración inestimable de Eugenio del Busto, organicé en el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el primer posgrado en Derecho del Turismo en el año 2005, en el entendimiento de que las características del turismo requerían su comprensión para que el futuro asesoramiento jurídico resultara acorde con la realidad. Hoy, desde el año 2011, existe una materia de grado en la carrera de abogacía, que fue incorporada por el entonces Decano Alterini (q. e. p. d.), quien consideró que se trataba de un nuevo nicho laboral para los abogados.

La precedente referencia refuerza la importancia de este Manual, ya que permite a los futuros graduados en turismo una eficaz capacitación y, también, instalar un diálogo necesario y profundo con el sistema de derecho y sus profesionales.

Felicito en forma muy especial a los autores de esta Obra: Eugenio del Busto y Federico Dangelo Martínez, así como al colaborador Santiago Aramburu, que la han producido desde la vasta experiencia que tienen en esta especialidad nueva del sistema jurídico.

¡Éxito!

Prólogo

Dres. María Matilde Ceballos Martín y Raúl Pérez Guerra

La presente obra Manual de *Derecho del Turismo* constituye una herramienta indispensable para los juristas analistas y cualquier lector que pretenda ampliar sus conocimientos sobre la materia o adentrarse por primera vez en la configuración jurídica del turismo en Argentina.

Los autores de esta publicación, con una dilatada formación docente e investigadora en derecho y en turismo, han realizado un completo y exhaustivo análisis de la reglamentación del turismo partiendo de las instituciones básicas del ordenamiento jurídico y, en especial, conforme a los conceptos y principios generales del Derecho Civil y Mercantil reunidos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

El texto se estructura en distintos epígrafes o apartados que se pueden dividir en tres grandes bloques: el primero, dedicado a cuestiones jurídicas generales y necesarias para comprender la regulación del turismo; el segundo aborda diferentes temas destacados de lo que se denomina *Derecho del Turismo*. Dentro de este bloque se destaca el análisis que los autores acometen sobre las modalidades contractuales empleadas en la actividad turística y que abarca los contratos de viaje, hospedaje, transporte de personas, tiempo compartido, franquicia y asistencia en viaje. Por otro lado, el manual trata la distribución de competencias turísticas en la República Argentina. Luego, el tercer y último bloque incorpora y profundiza en el sistema normativo argentino en materia turística. En este caso, se contempla un relevante análisis pormenorizado de distintas leyes nacionales específicas y sus correspondientes reglamentaciones, como la Ley Nacional de Turismo, la Ley Nacional de Hotelería, y la de Intermediación Turística, entre otras. Asimismo, se recopila la normativa provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La publicación incluye, además, una acertada perspectiva jurídica de títulos vinculados al sector como el patrimonio, la defensa de los consumidores y los aspectos laborales y tributarios en este campo.

En definitiva, por ello, este novedoso manual supone un instrumento de obligada consulta tanto por su interés jurídico como por su utilidad práctica. A buen seguro va a ser un referente para los futuros estudios de turismo y para los agentes y operadores de la empresa turística.

Capítulo 1

Nociones políticas y jurídicas preliminares

EUGENIO DEL BUSTO

Las interrelaciones entre Estado y Derecho son fácilmente perceptibles, lo que lleva a Recasens Siches (2000) a sostener que entre estos dos conceptos existe una estrecha conexión, probablemente esencial y necesaria.

Son diversas las posturas que explican las vinculaciones entre ambos: para algunos autores se trata de una relación de subordinación –otorgando preeminencia a uno sobre el otro– y también, para otros, estos términos se identifican.

Corresponde, entonces, abordar el análisis tanto del concepto de Estado como de Derecho, no obstante anticipar que, pese a que ha transcurrido más de medio siglo, no ha perdido vigencia la afirmación de Heller quien sostiene: “No se ha podido llegar en nuestra época a un concepto del Derecho que, por lo menos en cierta medida, sea universalmente aceptado, ni tampoco se ha llegado a un concepto del Estado que reúna esa misma condición” (Heller, 1971: 200).

1.1. El Estado

Bien sabido es que el hombre es un ser social, así lo afirma desde antiguo el propio Aristóteles, quien señala: “Por lo tanto, está claro que la ciudad es una de las cosas naturales y que el hombre es, por naturaleza, un animal cívico. Y el enemigo de la sociedad ciudadana es, por naturaleza, y no por casualidad, o bien un ser inferior, o más que un hombre”.

Es decir, que en su condición de tal, es imprescindible para que el ser humano alcance su desarrollo, el participar de un marco de interrelaciones estables con otros individuos de su especie; necesita convivir, y esta circunstancia es la que lo lleva a conformar la sociedad.

Ahora bien, del mismo modo que el hombre necesita de la sociedad para realizarse, es imprescindible, para que aquella subsista, que se sostenga en una organización, y ahí se encuentra el fundamento embrionario de lo que se denomina Estado.

En este sentido, Fayt señala:

El Estado se nos presenta como una comunidad políticamente organizada en un ámbito territorial determinado. En su significado moderno, es una unidad política, con instituciones objetivas diferenciadas que declaran y sostienen el derecho y aseguran el orden mediante el monopolio de la

obligatoriedad incondicionada. Una entidad soberana y abstracta, a quien se confía la titularidad del Poder. Lo específico de la realidad estatal está constituido por las relaciones políticas. De ellas provienen el mando y la obediencia, la cooperación y disyunción, la distinción entre gobernantes y gobernados y las formas efectivas de dominación, como cristalización y síntesis de la actividad humana orientada a la organización y ordenamiento de la vida social. (Fayt, 2003: 129)

Es decir, que puede identificarse al Estado con la comunidad políticamente organizada, establecida en un territorio y que cuenta con instituciones a las que otorga el ejercicio del poder con la finalidad de alcanzar el cumplimiento de sus fines.

1.1.1. Elementos del Estado

Cuando se hace referencia al Estado, la mayoría de los juristas que abordan la problemática, identifican como elementos constitutivos de este a: la población, el territorio y la soberanía.

También, y de acuerdo con algunos estudiosos de la materia, a estos elementos debe adicionarse el gobierno -conjunto de los órganos que ejercen el poder del Estado a través de las diferentes funciones: legislativa, ejecutiva y judicial- y, en otros casos, también el Derecho.

Lo cierto es que en aquellos casos en los que hay consenso sobre los elementos necesarios para que exista el Estado, al menos es necesario contar con los tres primeros, a los que a continuación se hace referencia.

- ▶ **La población.** Se encuentra conformada por el elemento humano que lo constituye y participa interrelacionándose, integrando asociaciones e instituciones. Es una realidad ineludible que debe existir la población para la existencia de un Estado, aunque puede darse el caso de que esta no pertenezca a ningún Estado, como sucede con los apátridas. El número de personas es indiferente a los fines de la conformación del Estado, ya que los hay muy populosos como el caso de La República Popular China o la India, con poblaciones que superan holgadamente los mil millones de habitantes y, en cambio, otros como el Estado de la Ciudad del Vaticano, que apenas se acerca a unas mil personas. Por último, es importante señalar que, en tanto elemento constitutivo del Estado, la población se conforma por los nacionales y los extranjeros.
- ▶ **El territorio.** Consiste en el espacio geográfico en el que se establece la población. Si bien la extensión de un territorio es un factor que en muchos casos favorece su competitividad y permite contar con mayores recursos, no menos importante es señalar que no es un factor determinante a la hora de establecer la existencia o no de un Estado, ya que existen ejemplos de aquellos que poseen millones de kilómetros cuadrados en su territorio como el caso de Rusia o Canadá y, en cambio, otros como el Principado de Mónaco que apenas supera los dos kilómetros cuadrados, sin por ello perder su condición de tal.

Este elemento material, a su vez, se encuentra conformado por: las tierras y aguas interiores, el subsuelo, el espacio marítimo y el espacio aéreo.

Las tierras y las aguas interiores conforman el espacio superficial que se encuentra dentro de los límites del Estado.

El subsuelo, en tanto, constituye la proyección de aquellos límites por debajo de la superficie terrestre.

El espacio marítimo, presenta distintos ámbitos en los que el Estado ribereño ejerce diversas funciones. Es común que este sea dividido en *mar territorial* (integrado por la franja de costa, reconocida internacionalmente hasta las doce millas náuticas, en la que aquel ejerce su soberanía, pero debe admitir el derecho de navegación o paso inocente de buques); *la zona contigua* (integrada por las doce millas náuticas que suceden al mar territorial, donde se ejercen las potestades de fiscalización, control de las leyes de aduana, tributarias, de inmigración o sanitarias); *la zona económica exclusiva* (determinada a partir la finalización del mar territorial, con una extensión de 200 millas náuticas, contadas desde la línea de base de la costa, en la que se ejerce la explotación exclusiva de los recursos) y la *plataforma continental* (constituida por la prolongación submarina del territorio, que comprende el lecho del mar y el subsuelo hasta los doscientos metros de profundidad, en los que el Estado tiene derecho a la explotación de los recursos económicos).

Por último, el espacio aéreo es la proyección por encima de la superficie terrestre y acuática.

- **La soberanía.** Constituye el poder político ejercido de manera excluyente y unificada en una comunidad en el ámbito de un territorio. Se trata de la capacidad de poder supremo de que dispone el Estado para el logro de sus fines. La soberanía tiene una faceta interior (cuyo ejercicio, en los estados democráticos, se somete a la voluntad del pueblo, que se otorga una Constitución de la que deriva la legitimación de los poderes constituidos) y otra exterior (por la que el poder del Estado no se subordina a otra comunidad política y es consecuencia de su independencia y reconocimiento como tal en el ámbito internacional).

1.1.2. Formas de Estado y de gobierno

Cada Estado, en función de los elementos que lo constituyen, adopta diferentes formas de organización, que se encuentran determinadas por las características históricas, culturales, políticas y sociales que poseen. Esta organización política se plasma en sus textos constitucionales.

En no pocas oportunidades, los términos de Estado y gobierno, así como sus derivaciones se emplean como sinónimos. Sin embargo, Bidart Campos aclara la diferencia entre ambos al señalar con claridad:

La forma de Estado afecta al estado mismo como estructura u organización política. Es la forma del régimen, que responde al modo de ejercicio del po-

der, y a la pregunta de “¿cómo se manda?”. En cambio, la forma de gobierno es la manera de organizar uno de los elementos del estado: el gobierno. Responde por eso a la pregunta de “¿quién manda?”. Mientras la forma de gobierno se ocupa de los titulares del poder y de la organización y relaciones de los mismos, la forma de estado pone necesariamente en relación con dos elementos del Estado: uno de ellos es siempre el poder, y los que entran en relación con él son la población y el territorio. (Bidart Campos, 2005: 431)

A partir de la distinción antes enunciada, pueden identificarse distintas **formas de Estado**.

Partiendo de las relaciones entre el poder y la población, se puede hablar del **Estado democrático** (en la que los gobernantes reciben, a través del sufragio universal, el mandato del pueblo y se encuentran limitados en el ejercicio del poder por la existencia del Derecho y los derechos fundamentales) y el **Estado dictatorial** (donde el gobernante no es elegido libremente, ni sus facultades se encuentran limitadas).

Por su parte, las relaciones entre el poder y el territorio dan origen al **Estado unitario** (cuya particularidad fundamental es la centralización y uniformidad del orden jurídico-político, que es común en todo el territorio) y al **Estado compuesto** (cuya característica esencial reside en que la soberanía no se ejerce de manera uniforme, sino que se encuentra distribuida territorialmente y fraccionada en diferentes entes que gozan de autonomía para ejercer sus funciones. Son ejemplos de este tipo, entre otros, el *Estado federal* –en el que existen diversos órdenes de gobierno entre los que se reparten las diferentes competencias estatales y un orden jurídico en parte común y en parte diferenciado–; y la *Confederación de Estados* –constituida por la unión de distintos Estados que preservan su autonomía, órganos, orden jurídico propio y soberanía interna, y poseen en común un órgano de enlace o decisión que se encarga de aspectos tales como la política exterior o militar–.

En cuanto a las **formas de gobierno** se identifican diferentes variantes.

Según las características del ejercicio de la jefatura de Estado (Verdú, 2005): la **monarquía** (de carácter hereditario y permanente y que adquiere distintas formas: absoluta, parlamentaria, constitucional o limitada, de acuerdo con el diferente grado de concentración del poder en la persona del monarca) y la **república** (elegida de forma democrática, con un mandato temporal y no transmisible por vía sucesoria).

De acuerdo con las relaciones entre los órganos constitucionales (Molas, 2009): el **sistema presidencialista** (que establece una estricta separación entre los poderes y otorga al Legislativo la potestad de legislar, al Ejecutivo, la de ejecutar las leyes y al Judicial la de juzgar) y el **sistema parlamentario** (en el que existe una relación más flexible entre los poderes, de colaboración y dependencia en el ejercicio de sus tareas).

Conforme la participación en la toma de las decisiones gubernamentales (Hauriou, 2003): las **democracias directas** (se trata de aquellas en las que los ciudadanos votan directamente las leyes), las **democracias representativas** (en las que la facultad de legislar corresponde a asambleas representativas conformadas a partir de elecciones) y las **democracias semidirectas o semi-representativas** (donde las leyes, luego de ser sancionadas por el órgano legislativo, se someten a ratificación por parte del electorado).

En el caso de la República Argentina, la Constitución Nacional (en adelante CN) adopta la forma de Estado **democrático**, con diferentes menciones en su texto y **federal**, de conformidad con lo establecido en su artículo 1° que señala: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”; determinando competencias en los niveles nacional, provincial y municipal, a los que se suma la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a partir de la reforma constitucional de 1994.

Asimismo, se advierte la adopción de la forma de gobierno **representativa y republicana** en el citado artículo 1° de la CN y el **sistema presidencialista** en el artículo 87 de la CN que establece: “El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de presidente de la Nación Argentina”.

Por último, y a partir de las modificaciones introducidas por la Convención Constituyente de 1994, se introducen dos modalidades o **formas semidirectas de gobierno**. La primera de ellas es la **iniciativa legislativa popular**, que faculta a los ciudadanos a presentar proyectos de ley ante la Cámara de Diputados de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 de la CN que determina:

Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

En tanto que la otra es la **consulta popular**, que otorga la potestad al Congreso de la Nación de someter un proyecto de ley a la opinión de los ciudadanos y, en caso de voto afirmativo por parte de estos, su aprobación automática, de conformidad a lo determinado en el artículo 40 de la CN que dispone:

El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación la convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

Resulta evidente que, con el paso del tiempo, las formas de Estado y de gobierno tienden a flexibilizarse incorporando soluciones jurídicas más propias de otros modelos, como puede apreciarse en el estudio de la CN.

1.2. Derecho

El Derecho es una realidad social, que alcanza a buena parte de los actos que a diario realiza cualquier persona, como con gran certeza pone de resalto Nino al señalar:

El derecho, como el aire, está en todas partes. Por ejemplo, puede ser que hoy usted se haya contenido de ejercitar su agradable voz bajo la ducha, recordando que vecinos con poca sensibilidad artística podrían hacer valer ciertas ordenanzas contra los ruidos molestos; seguramente usted se habrá vestido al salir de su casa, porque entre otras razones, usted sabe bien que hay regulaciones jurídicas que desalientan una excesiva ligereza en el vestir; probablemente usted haya celebrado un contrato tácito de transporte al ascender a un ómnibus público o, si ha conducido su automóvil, habrá seguido, o simulado seguir, algunas reglamentaciones y habrá hecho uso de la facultad jurídica de transitar por la vía pública; es casi seguro que usted debe haber celebrado hoy varios contratos verbales de compraventa (al adquirir, por ejemplo, el periódico o cigarrillos) y de locación de obra (al llevar, por ejemplo, sus zapatos a arreglar); aunque usted no tenga un físico imponente, usted tiene alguna confianza en que probablemente no será golpeado, insultado, vejado o robado gracias a la “coraza” normativa que le proporciona el derecho; la organización donde usted trabaja o estudia (es de esperar que usted no sea un miembro de una asociación ilícita) está seguramente estructurada según una serie de disposiciones legales; si usted tiene que hacer un trámite quizá no advierta que cada uno de sus intrincados pasos está prescripto por normas jurídicas.

Todos estos contactos con el derecho le ocurrirán a usted en un día normal; piense en cuánto más envuelto en el derecho estará usted cuando participe de algún suceso trascendente, como casarse, ser demandado judicialmente. Esta omnipresencia del derecho y la circunstancia de que él se manifiesta como una parte o aspecto de fenómenos complejos hace que sea muy difícil aislarlo conceptualmente para explicar su estructura y funcionamiento. (Nino, 2003: 1-2)

El Derecho precede a las personas y tiene, además, la particularidad de encontrarse en permanente transformación, de ahí que aún quienes lo estudian y dedican su actividad profesional a ejercerlo deben actualizarse a diario para conocer los cambios que en él se producen.

Solo en contados y excepcionales casos no se encuentra el hombre inmerso en el mundo jurídico, como el caso del náufrago que vive solitario en una isla y no sujeto a norma jurídica alguna. En las restantes situaciones se generan diferentes interrelaciones que deben ser reglamentadas a fin de preservar los derechos y libertades de quienes viven en sociedad. En palabras de Mouchet y Zorraquín Becú:

La interdependencia de los hombres, de las familias, de los grupos sociales, de las instituciones y de los Estados mismos obliga entonces a reglamentar

minuciosamente esas relaciones, a fin de que todas se encaucen por la senda de la justicia y del respeto recíproco de sus derechos y libertades. Sin derecho no hay existencia social posible, porque necesitando cada hombre, no solo del respeto de los otros, sino también de su cooperación activa para el perfeccionamiento de las personas y de la colectividad, se requiere una determinación previa de lo que corresponde a cada uno en ese intrincado complejo de relaciones que forma la vida social y que solo mediante el establecimiento de un orden podría desarrollarse eficazmente. (Mouchet y Zorraquín Becú, 1996: 57)

Es que en la vida social resulta imposible prescindir del Derecho, ya que una circunstancia así provoca un estado de caos permanente. Baste pensar tan solo en un mundo carente de regla alguna, para advertir que en este solo pueden primar las relaciones de poder y el ejercicio de la fuerza.

En relación con ello, Bodenheimer (1994) postula la existencia de dos tipos de relaciones de poder: la anarquía (donde los miembros de la comunidad tienen un poder ilimitado y no hay reglas coactivas que todo individuo se encuentre obligado a reconocer y obedecer) y el despotismo (forma de gobierno en la que un hombre goza de un poder ilimitado sobre los súbditos a los que rige). Este autor entiende que el Derecho se encarga de terciar entre esos dos extremos, evitando la anarquía mediante la limitación del poder de los individuos particulares y el despotismo, haciéndolo respecto del de los gobiernos.

1.2.1. Concepto de Derecho

La conceptualización del Derecho que se adopta no posee un carácter universal, es decir, que solo se plantea con la finalidad de contar con un punto de partida común.

Para ello se adopta la definición propuesta por Fernández Ortega quien propone:

...el Derecho es un conjunto de normas y pautas de comportamiento de las cuales se dota la sociedad a sí misma, para que cada individuo pueda actuar en libertad, con justicia y sin interferir en la esfera individual del prójimo. Y añadir diríamos que estas normas no solo son obligatorias, sino que su incumplimiento lleva aparejado una sanción que refleja la reprobación que merece ese comportamiento. (Fernández Ortega, 2005: 4-5)

En primer lugar, al hacer referencia al conjunto de normas, es preciso señalar que el Derecho se conforma de normas diferenciadas de otros órdenes como la ética o la moral. Las normas que lo integran, denominadas **normas jurídicas**, son definidas, según Amat Llobart, como: “Las reglas que rigen la conducta de los hombres en sus mutuas relaciones sociales, y cuya observancia garantiza el Estado mediante oportunas sanciones” (Amat Llobart, 2002: 22).

Las normas jurídicas se caracterizan por ser: a) **imperativas**, en la medida en que mandan o imponen una conducta; b) **coercibles**, ya que su cumplimiento puede ser

impuesto por el poder público y c) **generales**, toda vez que se aplican a todas las personas y situaciones previstas en ella.

En la norma jurídica, asimismo, el legislador prevé una situación de hecho y en caso de cumplirse esta, le otorga una consecuencia jurídica, es decir, un efecto en el campo del Derecho. Por ejemplo, quien realiza la compra de un departamento de acuerdo con los recaudos que establece la ley (situación de hecho descrita en la norma) adquiere un derecho de propiedad sobre ese bien (consecuencia jurídica).

Este tipo de normas son otorgadas en el ámbito de la sociedad –ya que el Derecho no se concibe sin alteridad, solo surge a partir de la relación con el otro– y tienen por finalidad regular la convivencia humana. La vida en sociedad impone la necesidad de establecer reglas o limitaciones a la acción individual de manera que esta no afecte a la de los otros integrantes y a la vez sirve para resolver los conflictos que eventualmente esa convivencia genera.

El concepto entraña, asimismo, la idea de justicia, que en palabras del jurisconsulto romano Ulpiano puede definirse como: “La voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho”.

Por otra parte, las reglas que conforman el Derecho tienen carácter de obligatorias, es decir, que su cumplimiento no es voluntario como puede acontecer respecto de las normas que integran el orden moral.

Finalmente, y como consecuencia del carácter obligatorio, se presenta la idea de sanción, ya que de otra manera el incumplimiento de la norma carecería de consecuencias.

1.2.2. Fuentes del Derecho

Cuando se hace referencia a las fuentes del Derecho, con carácter general, se pretende determinar de donde emanan o proceden las pautas de comportamiento que lo conforman.

La palabra fuente del Derecho puede hacer referencia a diferentes aspectos. Así lo postula Cueto Rúa al señalar:

La palabra “fuente” es multívoca. Con ella se puede aludir al origen del Derecho, es decir, a las causas que lo han creado o configurado tal cual es. Ciertamente que es justificado preguntarse científicamente por esas causas, y muchas investigaciones se han llevado a cabo por sociólogos y etnólogos buscando una respuesta a ese interrogante. Pero a los abogados, a los jueces, a los juristas, no les guía el interés de conocer la causa o el origen del Derecho, cuando se preguntan por sus “fuentes”.

También se ha interpretado la misma palabra en el sentido de manifestación del Derecho, es decir, como la expresión visible y concreta del Derecho mismo. El Derecho se presentaría como una entidad difícil de aprehender en sí, aunque siempre susceptible de captación por la vía indirecta de sus manifestaciones.

Para otros, fuente significaría la autoridad de la que emana el Derecho. Así, el Legislador sería una fuente del Derecho porque de él emanan las normas legislativas. También se ha atribuido a la misma palabra el significado de

fundamento de validez de las normas jurídicas. Por lo tanto, las fuentes serían las normas jurídicas superiores en la que se subsumen otras de jerarquía normativa inferior para ganar validez formal. (Cueto Rúa, 1994: 13)

Las fuentes tradicionales del Derecho son: la Ley, la Costumbre, la Jurisprudencia y la Doctrina.

La **ley** es la fuente principal del Derecho, al menos en el sistema continental o romanístico que es el que impera en la República Argentina y puede ser definida como: “Toda norma jurídica emanada del poder público” (Fernández Ortega, 2005: 8).

Conforme explica Borda (2019), la ley puede ser entendida desde dos puntos de vista diferentes, en un **sentido material o sustancial**, puede ser considerada como tal toda regla social obligatoria, emanada de autoridad competente. Es decir, que son leyes en un sentido material: la Constitución Nacional, las normas de carácter general que sanciona el Congreso de la Nación y los provinciales, los decretos, las ordenanzas municipales, entre otras. En cambio, también siguiendo al enunciado autor, en un **sentido formal**, se llama *ley* a las disposiciones sancionadas por el Poder Legislativo, de acuerdo con el mecanismo constitucional. Aquí se incluye, además de las normas de carácter general obligatorias para todos los habitantes, a ciertas normas que carecen del requisito de la generalidad, como la ley que otorga una pensión o la concesión de un servicio público.

De acuerdo con Rivera y Medina (2019) los caracteres de la ley son: a) *obligatoriedad*, ya que posee un carácter imperativo y por ser establecida por el Estado, obliga a todos; b) *generalidad*, ya que se establece para un número indeterminado de personas o de hechos, y su aplicabilidad a los sujetos contemplados es indefinida, general y abstracta desde el día de su puesta en vigencia hasta su derogación; c) *justicia*, ya que debe dar un trato igualitario a situaciones semejantes y d) *autenticidad*, ya que emana del poder con función legislativa ejercido en forma legítima.

La **costumbre**, en tanto fuente del Derecho, es definida como: “La reiteración de actos o conducta repetida, durante cierto tiempo, con la creencia de que se está cumpliendo una norma jurídica” (Trujillo Calzado, 2006: 16).

Se han identificado dos requisitos para la existencia de la costumbre: por un lado, un elemento objetivo que es el uso continuado y constante bajo ciertas condiciones y, por el otro, un elemento subjetivo, que es la creencia de que su aplicación es obligatoria.

La costumbre puede ser clasificada como: a) *interpretativa o secundum legem*, cuando la ley o las partes se refieren a ella o en situaciones no regladas legalmente; b) *supletoria o praeter legem* es la que completa los vacíos del derecho cuando la ley no regula el caso; c) *derogatoria o contra legem* es la que aparece en contradicción a lo dispuesto en las normas legales que imponen una conducta determinada.

Al respecto de la costumbre, el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) señala en su artículo 1 que: “Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Es decir, que en el derecho argentino se admiten la costumbre interpretativa y la supletoria, pero no la derogatoria.

La **jurisprudencia**, de acuerdo con Borda (2019) se refiere a: “Los fallos de los tribunales judiciales que sirven de precedentes a futuros pronunciamientos”.

Sin embargo, no toda sentencia judicial adquiere la condición de fuente del Derecho. Para que esto suceda se deben dar determinados requisitos. Según Rivera y Medina (2019): “Por regla general la jurisprudencia está vinculada a la repetición de los pronunciamientos de los tribunales en sentido uniforme, sobre una cuestión de derecho, y esos pronunciamientos deben emanar de tribunales de cierta jerarquía”. Esto implica que, con carácter general, es necesario que se aplique la misma solución en reiterados pronunciamientos sobre un tema determinado para poder considerar a estos como jurisprudencia y que aquellos provengan de tribunales superiores como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las Cámaras de Apelaciones o las Supremas Cortes Provinciales.

Para evitar la inseguridad jurídica, que pueden generar pronunciamientos contradictorios en cuestiones semejantes, existen mecanismos que permiten la unificación de la jurisprudencia.

Entre ellos, destaca el *Recurso Extraordinario* a través del que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) interviene en la resolución de causas en instancia de apelación cuando estas involucran aspectos de la CN o la interpretación de una ley federal, entre otros. Si bien sus sentencias no son obligatorias para los tribunales inferiores, es habitual el ajustarse a ellas o justificar los motivos de apartamiento de aquellas.

Otro modo de unificación de la jurisprudencia es a través del *Recurso de Inaplicabilidad de ley*, por medio del que, en los casos en que dos Salas que integran una misma Cámara de Apelaciones (la segunda instancia en el sistema judicial argentino), resuelven de manera contradictoria respecto de una misma cuestión. Se fija por mayoría de los integrantes de la Cámara, en una resolución que se denomina *Fallo Plenario*, el criterio que se debe adoptar sobre un punto en el que se suscita una divergencia de opinión. Lo resuelto es obligatorio para todos los tribunales de la misma jurisdicción¹ y con competencia² en la materia.

Asimismo, cabe hacer mención del *Recurso de Casación* existente en algunas jurisdicciones en la República Argentina y para ciertas materias (penal, civil, etcétera), que permite a los Tribunales de Casación revisar y anular las sentencias de los tribunales inferiores, en la medida en que no se adecuen a la doctrina sentada por aquellos y que se considera aplicable al caso.

La **doctrina**, de acuerdo con Rivera y Medina (2019) está constituida por la obra de los juristas expresada a través de los libros, de los artículos, los comentarios a las sentencias judiciales, las críticas de la legislación.

1 La *jurisdicción* es: “La potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones litigiosas que les sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones” (Alsina, 1941: 543).

2 La *competencia* es: “La medida de jurisdicción asignada a un órgano del Poder Judicial, consistente en la determinación genérica de los asuntos en los cuales es llamado a conocer, en razón de la materia, cantidad y lugar” (Couture, 2004: 174).

Si bien a lo largo de la historia se puede apreciar la trascendencia que cabe a las opiniones de prestigiosos juristas, que son estudiadas por aquellos que tienen a su cargo la aplicación del Derecho, no siempre es considerada como una fuente de aquel. Lo cierto es que, en aquellos casos en los que la doctrina es unánime en alguna materia, es más dificultoso para los jueces apartarse de su criterio.

Si bien, las antes mencionadas, son reconocidas como las tradicionales fuentes del Derecho, no menos cierto es que pueden enunciarse otras que también son consideradas en esa calidad. Entre ellas pueden enunciarse los *Principios Generales del Derecho*, *la Equidad*, *la Autonomía de la Voluntad*, *el Derecho Comparado*, entre otras.

1.2.3. *Derecho en sentido subjetivo y objetivo*

El Derecho puede abordarse, al menos, desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, se lo entiende en un **sentido subjetivo** y, en este caso, se lo aprecia como una facultad de la persona de exigir de otro una conducta específica.

Al respecto señalan Barba de Vega y Calzada Conde que:

El derecho subjetivo es el poder que tiene alguien de exigir algo a otro de manera coactiva, acudiendo en último término a los tribunales. Este es el sentido que tiene el término derecho cuando se dice que alguien tiene derecho a algo. (Barba de Vega y Calzada Conde, 2003: 17)

Por ejemplo, quien adquiere un pasaje aéreo tiene un derecho subjetivo a que se cumplan todas las prestaciones a las que se compromete el transportista: traslado de la persona y su equipaje por vía aérea de manera segura a un destino determinado, en las fechas y horarios estipulados, entre otras, previa información al pasajero de todas las condiciones que dicha prestación importa y, en caso de no hacerlo, cuenta aquel con la potestad de exigir su cumplimiento o una indemnización³ a falta de este.

En este sentido, Borda (2019) señala que, si bien diferentes derechos se encuentran reunidos bajo el calificativo de subjetivos, cabe establecer distintas categorías entre ellos:

- a) El derecho subjetivo como facultad de exigir de otra persona el pago de una obligación: por ejemplo, el derecho a demandar el pago de una deuda, la entrega de un legado, etc. Para que estos derechos se hagan efectivos es necesaria una declaración de voluntad de su titular.
- b) El derecho subjetivo como facultad de goce de una cosa, en la que debe ser respetado por los demás, por ejemplo, el derecho de propiedad, de usufructo, etc. Se los llama también derechos de dominación o de señorío y se traducen en el poder de incluir o de excluir la influencia ajena sobre una cosa.
- c) El derecho subjetivo como poder de formación jurídica; en este sentido se dice que el propietario tiene derecho a vender, a hipotecar, arrendar, donar, la cosa de su propiedad; el derecho a contratar, a comerciar, etc. Se trata de facultades

3 Compensación económica para resarcir al afectado por la privación de un bien o derecho, por un perjuicio ocasionado por un tercero o un gasto en que ha incurrido por razón ajena a su voluntad.

latentes que pueden o no ser ejercidas; con frecuencia, una vez ejercido el derecho se extingue: por ejemplo, el de vender, donar; en otros casos, no: el de alquilar, prestar.

- d) Los derechos de la personalidad; como, por ejemplo, el derecho a la vida, al honor, a la libertad, a la integridad física; son irrenunciables e imprescriptibles; la sociedad debe respetarlos, sin necesidad de declaración de voluntad por parte del sujeto.
- e) Finalmente, los derechos subjetivos de carácter público, que son los que los hombres tienen en su calidad de ciudadanos: el derecho de voto, el de ser elegidos para los cargos públicos.

Por otra parte, el Derecho puede ser entendido en un **sentido objetivo** y, en este caso, se refiere al conjunto de normas jurídicas dictadas por quien tiene potestad al efecto y pueden imponerse coactivamente.

A este respecto, señalan Rivera y Medina (2019) que el derecho, en sentido subjetivo, es “el conjunto de normas emanadas de autoridad competente –o de las otras fuentes (art 1º Cód. Civ. y Com.)– que tienen vigencia en un Estado en un momento determinado”.

En este sentido puede hablarse de Derecho argentino, Derecho civil y comercial, Derecho del consumidor, etcétera.

El Derecho en sentido subjetivo y objetivo, si bien son acepciones diferentes, se encuentran vinculados entre sí. Así lo recuerda Trujillo Calzado cuando señala: “...así decimos: ‘tengo derecho de propiedad sobre una cosa’ (derecho subjetivo) porque ‘el Derecho regula las normas de atribución del derecho de propiedad que puedo hacer valer ante los demás’ (derecho objetivo)” (Trujillo Calzado, 2006: 8).

1.2.4. Derecho público y privado. Derecho interno e internacional

Al hacer referencia al derecho en un sentido objetivo se advierte que consiste en un conjunto de normas coercibles que rigen en una sociedad determinada. Ahora bien, este tipo de normas, a su vez, pueden ser clasificadas de acuerdo con su naturaleza, de ahí que pueden identificarse como de **Derecho público o privado** y de **Derecho interno o internacional**, entre otras.

En cuanto a la diferencia entre Derecho público y privado, son múltiples los criterios para distinguir entre ambos. De acuerdo con Barba de Vega y Calzada Conde:

Las normas de Derecho público regulan las relaciones entre los particulares y los poderes públicos cuando actúan como tales, así como las relaciones de los poderes públicos entre sí (Derecho administrativo, Derecho procesal, Derecho penal, etcétera) y el derecho privado las relaciones entre particulares (Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho laboral). (Barba de Vega y Calzada Conde, 2003: 18)

No obstante, la diversidad de criterios hace que, en algunos casos, los autores no coincidan en la ubicación de las diferentes ramas que conforman el Derecho, es decir, las áreas que diferenciadas entre sí cuentan con autonomía.

Pueden ubicarse, entonces, dentro del **Derecho público**:

- ▶ **Derecho constitucional**: se encarga, a partir de la Constitución, de la organización del Estado. Establece las relaciones entre los poderes y sus potestades, determina los derechos y garantías de los individuos y grupos sociales.
- ▶ **Derecho procesal**: se ocupa de regular los procedimientos para actuar ante los tribunales que integran el Poder Judicial, en los diferentes ámbitos.
- ▶ **Derecho administrativo**: regula el funcionamiento de la Administración pública y su relación con los administrados.
- ▶ **Derecho penal**: establece la legislación encargada de la sanción ante la comisión de delitos.
- ▶ **Derecho financiero y tributario**: establece los principios relativos a la gestión y gasto de los ingresos del Estado y el cobro de los tributos.
- ▶ **Derecho internacional público**: rige las relaciones entre los Estados.

En tanto que pueden considerarse como ramas del **Derecho privado** al:

- ▶ **Derecho civil**: regula a la persona, las relaciones de familia, los bienes y las cosas, el régimen de las obligaciones y los contratos, etcétera.
- ▶ **Derecho comercial**: es el propio del empresario y de los negocios en los que interviene.
- ▶ **Derecho laboral**: rige las relaciones que nacen del trabajo, los convenios colectivos, entre otros aspectos.
- ▶ **Derecho internacional privado**: fija los mecanismos que rigen las relaciones privadas que se encuentran sometidas a la jurisdicción de más de un Estado.

La singularidad de cada una de las ramas del Derecho, la intervención cada vez mayor del Estado en las relaciones particulares (publicación del derecho privado), a la vez que la huida de las administraciones públicas hacia formas propias de este último, hacen que cada vez resulte más difícil hablar de ramas puras del Derecho público y privado, ya que las fronteras entre ambas se hacen cada vez más difusas.

Por otra parte, cabe efectuar una distinción entre las normas que rigen las relaciones jurídicas que nacen y se desarrollan en el ámbito sometido a la jurisdicción de un solo Estado, que integran su **Derecho interno**, como por ejemplo las propias del Derecho constitucional, del Derecho Administrativo, del Derecho Penal, del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, del Derecho del Consumidor, del Derecho Civil y Comercial, etcétera; y aquellas que conforman el **Derecho internacional**, que tiene

por objeto las relaciones entre los Estados o con entes internacionales y entre los ciudadanos particulares, pero que se encuentran sometidas a la jurisdicción de diferentes Estados. Tal es el caso de las propias del Derecho internacional público y Derecho internacional privado.

El Derecho del turismo, al que se hace referencia posteriormente cuenta en su conformación tanto de normas de Derecho público como privado y de Derecho interno como internacional.

Capítulo 2

Derecho Constitucional

EUGENIO DEL BUSTO

El constitucionalismo, de acuerdo con Ziuliu, es: “El proceso histórico en virtud del cual se van incorporando, a las leyes principales de los Estados, disposiciones que protegen la libertad y la dignidad del hombre, y limitan adecuadamente el ejercicio del poder público” (Ziuliu, 1996: 41).

En la búsqueda de su origen, según Arcarons Simón (1999), pueden encontrarse los primeros antecedentes en la antigüedad clásica, remontándose a Grecia, donde Aristóteles identifica diversos sistemas democráticos restringidos de gobierno. Otros autores, en cambio, ubican su inicio en la Inglaterra de principios de siglo XIII, tomando como hito fundamental el otorgamiento de la Carta Magna por parte del rey Juan sin Tierra en 1215. Lo particular de esta aseveración es que ese Estado, aún en el presente, no cuenta con una Constitución de carácter escrito; no obstante, como señala Herreros López: “Esto no importa la ausencia de Estado constitucional o constitucionalismo ya que existen otros documentos que lo consolidan como tal, alejándolo poco a poco de la monarquía absoluta” (Herreros López, 2016: 13). Entre ellos, señala el mencionado autor, pueden citarse los siguientes: *Petition of Rights*, de 1628; *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679; *Bill of Rights*, de 1689; *Act of Settlement*, de 1701, instrumentos jurídicos que configuran el Estado liberal de Derecho, más tarde plasmado en las Constituciones escritas de los Estados Unidos de 1787 y de Francia de 1791.

Lo cierto es que, con mayor precisión, puede afirmarse que recién con la existencia del Estado liberal se está en presencia de la primera expresión histórica del Estado constitucional. Al respecto, García Ruiz afirma:

La transición del Estado absoluto al Estado liberal y el surgimiento del Estado constitucional son producto de un cambio profundo en el contexto técnico y económico (la revolución en las matemáticas, la física, la química, la cirugía y la medicina, que trae aparejados los primeros inventos modernos y da lugar a un incipiente capitalismo industrial); en el contexto social (la consolidación de la burguesía como clase social emergente y el aumento demográfico); en el contexto ideológico (la aparición de doctrinas filosóficas liberales cuyas influencias llegarán hasta nuestro tiempo) y en el contexto histórico (las grandes revoluciones liberales, dirigidas y auspiciadas por la burguesía). (García Ruiz, 2007: 42)

Resulta imprescindible destacar que el Estado constitucional es resultado de un largo proceso, que nace a raíz de aquel contexto y de un cambio filosófico que genera la ruptura con la teoría del origen divino del poder y la sustituye por la del origen popular. Este nuevo modelo de Estado, de acuerdo con Bilbao, Rey y Vidal (2010: 109), encuentra su fundamento en los siguientes principios: “a) el reconocimiento de un grupo de derechos subjetivos frente al poder del Estado, denominados de la libertad, civiles o individuales; b) la distribución del poder político entre diversos órganos del Estado, propiciando un ejercicio equilibrado de aquel, basado en el principio de separación de poderes; c) La atribución de la soberanía a la Nación, que se obliga mediante el dictado de leyes por intermedio de sus representantes, la denominada soberanía nacional y representación política; d) El sometimiento de la actividad del Estado a las leyes, que impide el ejercicio arbitrario del poder, principio de primacía de la ley o de legalidad”.

Si bien es cierto que pueden encontrarse similitudes en los procesos del constitucionalismo europeo y americano, ya que ambos reflejan la puesta en práctica de los principios antes enunciados, puede afirmarse, no obstante, que existe una importante diferencia entre ambos, ya que este último se basó en cuatro elementos fundamentales introducidos en los marcos de los derechos constitucionales positivos. Cassagne (2016: 20-21) los identifica de la siguiente manera: “a) la concepción de la Constitución como norma suprema que prevalece sobre las leyes ordinarias en virtud de un pacto (basado en el consentimiento del pueblo) que garantiza la estabilidad de los derechos en el marco de una Constitución rígida; b) el reconocimiento en la Constitución de los valores republicanos por encima de la ley ordinaria, sobre la que predomina la dignidad del hombre; c) una justicia imparcial e independiente que aplica e interpreta directamente la Constitución garantizando la limitación de los poderes, que es algo así como la médula del modelo norteamericano; y d) un control de la constitucionalidad de las leyes y de las decisiones administrativas en cabeza del Poder Judicial, que obliga a los jueces a no aplicar las leyes que conculcan la Constitución”.

En una primera aproximación puede, entonces, sostenerse que la Constitución es el instrumento en el que son recogidos estos principios y elementos fundamentales. Su significado proviene etimológicamente del vocablo latino *constituere*, es decir, establecer algo con carácter definitivo. Como tal, según Ribó Durán: “Representa la norma suprema, magna carta, super-ley o ley de leyes de los modernos Estados que, al mismo tiempo que garantiza los derechos y libertades de los ciudadanos, establece los límites a la acción del poder político” (Ribó Durán, 2012: 258).

La Constitución es la norma reguladora básica en la que se sostiene el ordenamiento jurídico de un Estado y que garantiza la convivencia de la comunidad nacional. En tanto ley, de trascendentes características, se encarga de declarar los derechos fundamentales y garantías de nacionales y extranjeros, constituyendo una limitación al poder estatal. Por su particularidad como contrato fundacional se halla en lo más alto del ordenamiento jurídico del Estado, por encima de toda ley. Es el basamento político e institucional al que toda otra norma debe adecuarse, por ser la norma jurídica superior y cualquier norma (tratado, ley, decreto reglamentario, resolución, constitución provincial, ordenanza municipal, etc.) debe subordinarse a ella, en tanto ley fundamental. En ella se efectúa el reparto de poder político atribuido al Estado, estableciendo las