Constitución y Democracia

LA CONSTITUCIÓN BAJO TENSIÓN

Néstor Pedro Sagüés

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

1917 2017
CENTENARIO
DE LA CONSTITUCIÓN
Política de los Estados Unidos Mexicanos
QUERÉTARO

Colección

Constitución y Democracia



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Juan Manuel Alcocer Gamba
Secretario de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

La Constitución bajo tensión

Néstor **Pedro Sagüés**

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

México, 2019

Primera edición: junio de 2016
Primera reimpresión: julio de 2019

La Constitución bajo tensión

© Néstor Pedro Sagüés

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-45-5

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
Alfredo **Pérez Guarneros**
Edición

Felipe **Luna**
Formación

Contenido

Nota preliminar 21

Primera Parte
LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

Capítulo I. El concepto de "constitución viviente" *(living constitution)* 25
1. Introducción. El paisaje constitucional en los Estados Unidos 25
2. El concepto de "constitución viviente" 27
3. Legitimación y funcionamiento 28
4. Objeciones a la doctrina de la "constitución viviente". El problema de la seguridad 30
5. El problema del consenso 32
6. El problema del operador 36
7. Evaluación 40

Capítulo II. Notas sobre el poder constituyente irregular 45
1. Introducción. El concepto de poder constituyente irregular. Dos situaciones distintas 45
2. El poder constituyente originario irregular 45
3. El poder constituyente derivado irregular 48
4. Consecuencias del poder constituyente irregular 51
5. Purga del poder constituyente irregular 54
6. El poder constituyente irregular en el escenario latinoamericano 57

Capítulo III. Derecho constitucional y derecho de emergencia 61
1. Elementos y dimensiones de la emergencia 61
A. Introducción 61
B. Necesidad y emergencia 62
C. Elementos de la doctrina del estado de necesidad 62
D. La situación de necesidad 63
E. El acto necesario 64
F. El sujeto necesitado 65
G. El derecho de necesidad 65
H. Dimensiones del estado de necesidad 66
2. Ética de la necesidad 67
A. Transcendencia del tema 67
B. Ética de mínima 67
C. Ética de máxima 68
D. Necesidad y razón de Estado 71
3. La emergencia económica en el derecho argentino . . 72
A. Emergencia sustantiva y emergencia procesal . . . 72
B. Emergencia bajo la Constitución y fuera de la Constitución 73
C. Emergencia económica bajo la Constitución. Situaciones expresamente incluidas en la Constitución 74
D. La emergencia en el derecho consuetudinario constitucional. Descripción de la emergencia . . . 75
E. Requisitos del derecho de emergencia. Realidad de la situación de emergencia 76
F. Transitoriedad de la norma de emergencia 76
G. Legitimidad intrínseca de la medida legal de emergencia 79
H. Respeto a la Constitución 80
I. Distinción entre “frustración” y “suspensión” de los derechos constitucionales 80
J. Conflicto entre el derecho de emergencia y la Constitución 83
K. Distintas alternativas. Rechazo total del derecho de necesidad opuesto a la Constitución 84
L. Admisión parcial (en materia de asunción del ejercicio de competencias de los órganos del poder) del derecho de emergencia inconstitucional 85

M. El derecho de emergencia y de necesidad como derecho constitucional implícito 85
N. El derecho de emergencia como derecho supraconstitucional 86
4. Reexamen de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho de emergencia 87
A. La necesidad como opción constitucional 87
B. La necesidad como superación de la Constitución. Supuestos de cumplimiento materialmente imposible, o racionalmente imposible de la Constitución 88
C. Fundamentos del derecho de necesidad como superación de la constitución. Orden fáctico 90
D. Orden conceptual 91
E. Variantes y fronteras del derecho de necesidad superador de la Constitución. La necesidad como evasión 94
F. La necesidad como dispensa 95
G. Judiciabilidad del derecho de emergencia. 99
5. Conclusiones 100
A. Sinopsis. 100

Capítulo IV. El concepto de "desconstitucionalización" . . 105
1. Introducción. 105
2. Desconstitucionalización como reducción de la Constitución. 105
3. Desconstitucionalización como abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo. 106
4. Desconstitucionalización como pérdida de rango constitucional de normas constitucionales 107
5. Desconstitucionalización como derogación sociológica de normas constitucionales 108
6. Fenómenos próximos. Desconstitucionalización y "desmontaje de la Constitución". 108
7. Desconstitucionalización y "desvalorización" de la Constitución. 111
8. Desconstitucionalización y "falseamiento" o "fraude" constitucional. 112
9. Reexamen 113
10. Reflexiones axiológicas. 116
11. Colofón 118

Capítulo V. Hiperpresidencialismo y reelección presidencial en Argentina 119
1. Introducción. 119
2. Primera fórmula. Sexenio presidencial con posibilidad de reelección diferida. El texto original de la constitución de 1853/60 119
3. Segunda fórmula: la reelección indefinida. Constitución de 1949. 121
4. El fin de la segunda fórmula: revolución de 1955, reformas constitucionales de 1956 y 1957 124
5. Tercera fórmula: periodo presidencial de cuatro años y posibilidad de una sola reelección. 125
6. Cuarta fórmula: reforma constitucional de 1994. Periodo de cuatro años, con posibilidad de una reelección inmediata, con más posibles reelecciones, distanciadas por un periodo en blanco 126
7. Tentativa de interpretación espúrea de la Constitución 129
8. Modulación familiar de la reforma constitucional de 1994. 131
9. Conclusiones. Situación actual 132
10. El tema en las constituciones provinciales. Remisión 134

Capítulo VI. Parlamentarismo y presidencialismo. Un ensayo sistémico para la gobernabilidad democrática: el "minipremier" en Perú y Argentina. Experiencias y perspectivas 137
Primera parte: presidencialismo y parlamentarismo en América Latina 137
1. Introducción. El parlamentarismo como esperanza 137
2. El presidencialismo, un régimen a la defensiva . . 138
3. Modelos normativos de confrontación. Alternativas parlamentaristas. 140
4. Alternativas presidencialistas 142
5. Otras variables. 143
6. Evaluación 145
7. La opción entre parlamentarismo y presidencialismo. Activo y pasivo de cada régimen. 146
8. Criterios de opción. El recurso a los presupuestos sociológico-políticos. 148

9. El recurso al mal menor 149
10. Parlamentarismo estructural y parlamentarismo de coyuntura 151
11. Conclusiones 152
Segunda parte. Diagramación y experiencias del "minipremier" en Perú y Argentina 154
12. Introducción 154
13. Perú. El presidente del Consejo de Ministros 154
14. El caso argentino. El jefe de Gabinete de Ministros. Argumentos sistémicos del "puente" y del "fusible" 158
15. Facultades del jefe de Gabinete 161
16. La devaluación institucional del jefe de Gabinete 162
17. Conclusiones. Reflexiones sobre la gobernabilidad sistémica 166

Capítulo VII. Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución 169
1. Introducción. 169
2. Variables de las cláusulas antigolpistas 171
A. Subsistencia de la vigencia de la Constitución . . . 171
B. Nulidad de los actos del usurpador 172
C. Delitos del agresor al orden constitucional. 173
D. Inhabilitaciones políticas 175
E. La desobediencia ante el régimen *de facto* 176
3. Sobre la eficacia de las reglas constitucionales de salvaguardia de la Constitución 178

Capítulo VIII. Derecho constitucional y gobernabilidad. Problemática del repliegue acelerado, o de la desaparición, de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables . . 181
1. ¿Un tema de ciencia ficción? 181
2. Perfil constitucional de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. 182
3. Una doctrina axial para el equilibrio sistémico constitucional 185
4. Las razones de una crisis 186
5. Una sentencia detonante. El caso "Zamora Bolaños y otros", de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. 188

6. Recapitulación. Una doctrina local 191
7. Conjeturas sobre la expansión de la doctrina negatoria de las cuestiones políticas no justiciables 191
8. Vías de reencuadre sistémico ante un repliegue intenso del mapa de las cuestiones políticas no justiciables. 194

Segunda Parte
AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Capítulo IX. Fisonomía y perspectivas de los órganos extrapoder. 199
1. Introducción. Órganos extrapoder y órganos constitucionales autónomos 199
2. Razón de ser de los órganos extrapoder 203
3. Desarrollo y proliferación 205
4. Los órganos extrapoder y el principio de independencia (y equilibrio) de los poderes del Estado 207
5. Variables de éxito y de fracaso de los órganos extrapoder 208
6. La fuente de creación jurídica de los órganos extrapoder 210
7. Conclusiones 211

Capítulo X. Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales 213
1. Introducción. El doble sentido del concepto de "agente": convalidante o promotor. 213
2. Tesis negativa. 215
3. Tesis afirmativa 217
4. Reexamen. Roles de la jurisdicción constitucional como agente de cambios sociales. Distintos escenarios normativos 222
5. Respuestas posibles. 224
6. Un tope material (y jurídico-político). El presupuesto del Estado y su equilibrio. Alternativas 229
7. Conclusiones 231

Capítulo XI. La autorrevisión de las sentencias definitivas de los tribunales constitucionales 233
1. Introducción. Revisión y autorrevisión de las sentencias de los tribunales constitucionales 233
2. El caso de Argentina 235
3. El caso de Perú 238
4. Evaluación 241
5. Variables 244
6. El problema de las no-sentencias 245
7. El derecho consuetudinario constitucional y procesal constitucional 247
8. La revisión de sentencias de un Tribunal o Corte Suprema nacional, como consecuencia de la decisión de un órgano jurisdiccional internacional 249
9. La eventual autorrevisión por aplicación de la doctrina del "doble conforme" 249
Conclusiones 252

Capítulo XII. Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión. Los tribunales constitucionales en Latinoamérica, como legisladores suplentes y precarios 257
1. Introducción. Evolución en los roles de los tribunales constitucionales 257
2. Caso ecuatoriano. El Tribunal Constitucional como legislador suplente y precario 260
3. Antecedentes 264
4. Fundamentos de la solución constitucional 265
5. Críticas 266
6. Balance y replanteo 269

Capítulo XIII. Activismo y garantismo. A propósito del "juez actor", del "juez investigador" y del "juez preservador", en el derecho procesal constitucional 273
1. Introducción 273
2. Las ideologías en juego. El activo "juez Hércules" . . . 276
3. La contraposición ideológica: el garantismo 280
4. Recapitulación 284
5. Evaluación 287

Tercera Parte
EL CURSO DE LOS DERECHOS

Capítulo XIV. Derechos humanos: universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución 293
1. Introducción. 293
2. Relativismo ideológico 294
3. Relativismo religioso. 296
4. Relativismo estatal 296
5. Relativismo intraestatal 298
6. Alternativas de solución. Conflictos ideológicos, religiosos y estatales. El "argumento democrático" 300
7. El "argumento jerárquico" 301
8. El "argumento aristocrático" 303
9. La doctrina del "margen de apreciación nacional" . . . 304
10. La doctrina del esfuerzo compartido 306
11. Un elemento corrector: las cegueras axiológicas 306
12. El multiculturalismo intraestatal. 308
13. Evaluación 310

Capítulo XV. El *habeas corpus* en el sistema interamericano de derechos humanos 313
1. Introducción. El *habeas corpus* y el control de convencionalidad. 313
2. Texto normativo 316
3. Naturaleza del *habeas corpus* interamericano 316
4. Rol reparador, preventivo y correctivo 317
5. *Habeas Corpus* a favor de desaparecidos 318
6. *Habeas corpus* individual y colectivo 318
7. ¿Qué detenciones se discuten en el *habeas corpus?* . . 318
8. Instrumentación procesal del *habeas corpus* 319
9. No suspensión durante los estados de excepción. . . . 321
10. Evaluación 321

Capítulo XVI. Derecho a la seguridad (a propósito de la violencia urbana) 323
1. Introducción. La seguridad personal como derecho humano 323
2. "Legitimación" de las agresiones. Aspectos psicosociales 326
3. Marco jurídico del debate. Su ideologización 330

Capítulo XVII. Derechos y contraderechos. 333
1. Introducción. 333
2. Las notas distintivas del contraderecho. 334
3. Fundamentación jurídica del contraderecho. Crítica 336
4. Conclusión 340

Capítulo XVIII. Sobre los rotulados "derechos imposibles" 343
1. Introducción. Derechos "imposibles" y derechos "imposibilitados" 343
2. Fuentes y causas de los derechos imposibles 344
3. ¿Por qué preocupan hoy los derechos imposibles? . . 346
4. Situación actual. La motorización de la Constitución 350
5. Balance y prospectiva. ¿Qué no es justiciable? 353

Capítulo XIX. Dignidad de la persona e ideología constitucional 361
1. Introducción. Versiones "de máxima" y "circunscritas" del concepto de dignidad humana 361
2. Dimensiones. Rango constitucional 364
3. El concepto de dignidad humana como juicio moral relativo 365
4. Reexamen. Los conceptos constitucionales imprecisos 367
5. Vías de precisión. El recurso al acuerdo social relevante. Casos del *habeas corpus* correctivo y de los amparos 368
6. El recurso al derecho inter y transnacional y al techo ideológico de la Constitución 372
7. Problemática de los techos ideológicos múltiples. . . . 374
8. Conclusiones 377

Capítulo XX. El derecho a ser oído ante la jurisdicción supranacional 379
1. Introducción. 379
2. Casos seleccionados 380
3. Reexamen. Observaciones de la Corte Suprema de Justicia Argentina 383
4. Evaluación 386

Capítulo XXI. El trasplante de los derechos. La Constitución de Querétaro y su influencia, en materia de derechos sociales, en la Constitución nacional argentina 391
1. Introducción. 391
2. La constitución justicialista de 1949 392
3. La reforma constitucional de 1957 393
4. Querétaro en Santa Fe 395
5. Evaluación 399
6. Reforma constitucional de 1994 400
7. Colofón 404

Cuarta Parte
LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Capítulo XXII. El control de convencionalidad 407
1. Sinopsis 407
2. Control "externo" e "interno" de convencionalidad . 407
3. Principales casos que diseñan el control 408
4. Las "manifestaciones" del control de convencionalidad 409
5. Material controlante y material controlado 410
6. Sujetos que deben realizar control de convencionalidad 411
7. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad 411
8. Sobre los topes o límites del control de convencionalidad 412

Capítulo XXIII. Derechos nacionales y derechos internacionales de la Constitución nacional a la Constitución "convencionalizada" 413
1. Introducción. 413
2. Los derechos de la Constitución y los derechos de las convenciones. Diversos modos de articulación. Rol "represivo" y "constructivo" del control de convencionalidad. Selección de interpretaciones y construcción de interpretaciones. 416
3. El caso argentino. Invalidaciones, reducciones, adiciones y sustituciones 418
4. La Constitución "convencionalizada" 422

Capítulo XXIV. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y los controles legisferante y administrativo de convencionalidad. . . 425
1. Los roles represivos y constructivos del control de convencionalidad. 425
2. Un avance del control de convencionalidad: el practicado por órganos nomogenéticos nacionales 428
3. Las inconvencionalidades sobrevinientes 434
4. El control ejecutivo (y administrativo en general) de convencionalidad. Dimensiones 435
4.1. El poder ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de emisión de normas. . . 436
4.2. El poder ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de aplicación de normas 436
5. Recapitulación 440
6. La construcción de la doctrina del control de convencionalidad 440

Capítulo XXV. Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el sistema interamericano 443
1. Introducción. 443
2. Obstáculos funcionales. 444
3. Acceso a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 444
4. Un conflicto de lealtades jurídicas: ¿la Constitución o el Pacto? 445
5. La coexistencia de la doctrina del control de convencionalidad, con la doctrina del margen de apreciación nacional. 448
6. El recorte de las competencias judiciales nacionales para interpretar al derecho local. 450
7. No todos los jueces están habilitados para realizar control represivo de convencionalidad, pero sí todos deben (en principio) practicar control constructivo de convencionalidad 451
8. Recepción y evasiones de la doctrina del control de convencionalidad. 452
9. Recapitulación 455

Capítulo XXVI. Puntualizaciones críticas sobre la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al control de convencionalidad 457
1. Introducción. 457
2. La Corte Interamericana y la "cuarta instancia". 458
3. Evaluación 459
4. El allanamiento del Estado y las soluciones amistosas frente a resoluciones judiciales acusadas de infracción a los derechos humanos. 464
5. El agotamiento de los recursos ante la jurisdicción interna. Recaudos de forma y de fondo. 468
6. El derecho a ser oído ante la jurisdicción regional. . . 470
7. Los límites del control de convencionalidad. 470
8. Reflexiones finales 474

Capítulo XXVII. Hacia la cuarta instancia. El debido proceso según la Corte Interamericana y el repliegue del principio dispositivo 477
1. Introducción. 477
2. Pautas que sienta la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El trámite de ejecución integra el tiempo del proceso 478
3. La determinación del plazo razonable. La complejidad de lo debatido 479
4. La actividad procesal del actor 479
5. La actuación de las autoridades judiciales 480
6. Conclusiones de la Corte Interamericana 480
7. Proyecciones del fallo "Furlán" 483
8. El carácter vinculante de los fallos de la Corte Interamericana. Sugerencias 485
9. El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 487

Índice temático 489

Bibliografía 495

Nota preliminar

Este es un libro sobre algunos —entre tantos— problemas constitucionales. La mayor parte de ellos pone a prueba la capacidad de la Constitución para enfrentar situaciones difíciles, a menudo críticas. Los trabajos que se incluyen no son estudios teóricos, sino que han emergido —en momentos muy distintos— de la dimensión existencial del derecho constitucional. Se trata de desafíos comunes a muchos países, aunque a veces el autor se detiene en Argentina.

Las áreas que se han seleccionado son cuatro. La primera intenta mostrar a la constitución en situación de acoso, ya que se controvierte su misma naturaleza —¿es una estatua o un ser viviente?—, su parto —algunas veces defectuoso, por el poder constituyente irregular—, la erosión que la carcome —su desconstitucionalización—, la desmesura del presidencialismo y de la reelección presidencial, el desafío de la gobernabilidad constitucional y las cláusulas con las que procura protegerse para sobrevivir y, llegado el caso, renacer.

Un segundo tramo de la obra se detiene en los tribunales constitucionales, visualizados hoy como una pieza vital para la salud constitucional. Bueno es, entonces, explicar qué es un órgano extrapoder, si tales cortes deben operar como agentes del cambio social, si pueden revisar sus propios fallos y si es correcto que actúen como legisladores. Todo ello enmarcado en el actual conflicto entre garantismo y activismo, que replantea el comportamiento de todo juez.

El tercer escenario es el de los derechos. Temas como su modulación en la batalla entre universalismo y multiculturalismo,

su avasallamiento por los contraderechos, la polémica sobre los "derechos imposibles", el olvido de alguno de ellos, incluso en la jurisdicción internacional, o la exportación de los mismos desde constituciones modélicas a otros paisajes normativos, son cuestiones igualmente inquietantes y provocativas.

La última parte enfoca la posición de la Constitución ante el fenómeno de la jurisdicción supranacional. En particular, su actitud ante la exigente doctrina del control de convencionalidad, factor revulsivo que puede llegar a cambiar la fisonomía de la otrora Ley suprema, es decir, su transfiguración de constitución nacional a constitución convencionalizada. El libro no es solamente descriptivo, sino crítico, abordando hipótesis extremas como los bordes del control de convencionalidad, y sus dificultades operativas.

En resumen, este texto no pretende ni agotar el debate ni sostener tesis dogmáticamente impecables, sino presentar asuntos tan acuciantes como discutibles, y así plantear puntos para el debate grupal. No es un volumen para conformistas, ni para quienes solucionan las controversias con frases almibaradas de buen tono. Está destinado para quienes les gusta pensar, dialogar y confrontar.

Deseo subrayar la satisfacción que significa publicar este libro por el Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, merced a la feliz iniciativa y perseverancia de Rogelio Flores, de cuyo empeño y dedicación al Derecho Constitucional y Procesal Constitucional soy testigo desde tiempo atrás.

Néstor Pedro Sagüés
Rosario, Argentina, abril de 2016

Primera Parte

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

Capítulo I
El concepto de "constitución viviente" *(living constitution)**

1. Introducción. El paisaje constitucional en Estados Unidos

La noción de "constitución viviente" nace fundamentalmente de la literatura constitucionalista estadounidense, destacándose las contribuciones de Michael Perry,[1] sin perjuicio de otros aportes y de las coincidencias parciales que dicha idea registre en varios publicistas.

Para entender el concepto de constitución viviente es necesario situarse en el escenario constitucionalista estadounidense, donde se enfrentan rudamente posiciones conservadoras y renovadoras en torno a la interpretación constitucional, conflicto que ha impactado en la idea misma de lo que es una Constitución.

Las posturas conservadoras, rotuladas también *textualistas, originalistas* y *preservacionistas,* cuando no *strict constructionists,* tienden a considerar a la Constitución como un documento es-

---

* Publicado inicialmente en la "Revista Argentina de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Ediar, 2000, año I, núm. 1, pp. 55 y ss.

1 Cfr. Perry, Michael, *The Constitution, the Courts and Human Rights: an Inquiry into the Legitimacy of Constitucional Policy Making by the Judiciary*, Yale, University Press, 1982, cit. por Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 321 y ss.

crito, una obra acabada cuya interpretación fiel, para merecer el nombre de tal, debe respetar tanto la palabra como la intención del constituyente histórico. En la tarea exegética, el operador debe interpretar la Constitución con el material que ella brinda, o con los escritos de sus autores que genuinamente permitan acceder a su significado, pero sin recurrir a elementos extraconstitucionales. Por lo demás, sólo hay una interpretación posible de la Constitución: la que siga su letra y su espíritu autoral.[2]

Hemos concluido que desde esta perspectiva, la Constitución parece ser una estatua, o si se quiere, un testamento. El intérprete pasa a ser una suerte de albacea, en el sentido que únicamente será leal con la constitución desde el momento en que cumpla a pie juntillas las ideas del autor del documento, o sea, el constituyente histórico.

En el bando opuesto, las tendencias renovadoras —*board constructionists*— emancipan —con mayor o menor intensidad, según los casos— al intérprete de la voluntad de ese constituyente fundador. En su misión de actualizar y *aggiornar* un instrumento que tiene ya más de dos siglos, se recurre a argumentos varios. Uno de ellos es, por ejemplo, el de las "cláusulas abiertas" de la Constitución —*v. gr.,* la cláusula novena de la Constitución de Estados Unidos, cuando habla de los derechos no enumerados, o implícitos, cosa que permite al operador del sistema constitucional modernizar el catálogo de los derechos constitucionales con otros, aparte de los iniciales, incorporados según las convicciones de la conciencia jurídica actual—. Un segunda ruta puede estribar en interpretar las palabras de la Constitución no con el sentido que tenían hace doscientos años, sino con la acepción del presente —así, respecto de las ideas de igualdad, libertad, propiedad, seguridad, etc.—. Otro artificio, desarrollado como bien se sabe por Dworkin, consiste en diferenciar "conceptos" constitucionales, con "concepciones" constitucionales. Los "conceptos" serían nociones jurídicas indeterminadas —*v. gr.,* las ideas de moral pública, dignidad humana, justicia, etc.—, cuyo contenido el propio autor de la Constitución dejó al criterio de las generacio-

[2] Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución,* 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 73 y ss.

nes futuras. Las "concepciones", en cambio, resultarían ideas ya fijadas por aquel constituyente histórico, importando juicios de valor específicos y particulares descriptos por él.[3] Con relación al sistema punitivo, por ejemplo, habría un "concepto" si la Constitución prohibiese las penas crueles, y una "concepción" si prohibiese concretamente la de muerte. En la primera hipótesis, deja a cargo de los poderes públicos delimitar, según las pautas culturales de cada época, si la pena de muerte es o no una sanción cruel. En el segundo, directamente califica a la pena capital como cruel, excluyéndola. como alternativa compatible con la Constitución.

2. El concepto de "constitución viviente"

A pesar de esas tendencias aperturistas, para algunos la válvula de la renovación constitucional resultaba todavía insuficiente. Por ejemplo, que haya "cláusulas abiertas" en la Constitución, no impide que existan igualmente "cláusulas herméticas" o cerradas, que también necesitarían actualización. Por lo demás, apunta Perry, la tesis de que el autor de la Constitución dejó adrede "conceptos" indeterminados, para que sean precisados por los operadores actuales, parece ser una tesis indemostrable. En cambio, puede pensarse con mayor verosimilitud que muchas veces el constituyente quiso diseñar "concepciones" específicas, que no debían alterarse posteriormente, salvo reforma constitucional.[4]

La idea de "constitución viviente" —*living constitution*— pretende romper definitivamente con el textualismo y el originalismo revisando el concepto mismo de Constitución y el de interpretación constitucional. En concreto, postula la independencia de la actual comunidad, tanto del texto original como de las valoraciones e intenciones del constituyente histórico. Y en cuanto la "interpretación", entiende que en realidad no se trata de "interpretar" un documento —lo que supone hallar en él el sentido que debe dársele a la Constitución—, sino de elaborar respuestas

[3] Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio,* trad. por Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 215; Alonso García Enrique, *op. cit.,* pp. 100 y ss.

[4] Alonso García, Enrique, *op. cit.,* p. 325.

jurídicas constitucionales conforme a las necesidades del presente y a las valoraciones y creencias de la sociedad actual. En definitiva, se arriba así a un *no interpretativismo*, versión aguda del activismo judicial.

Quizá la mejor definición de "constitución viviente" no venga dada por Perry, sino que se encuentra en la obra de Charles y William Beard, cuando afirman: "La teoría de que la Constitución es un documento escrito es una ficción legal. La idea de que ella puede ser comprendida mediante el estudio de su texto y la historia de su desarrollo en el pasado es igualmente mística. Una Constitución es lo que el Gobierno y el pueblo, que gravitan en los asuntos públicos, reconocen y respetan como tal, lo que piensan que es".[5]

Desde esta perspectiva, la Constitución pasa a ser un instrumento vivo, orgánico y cambiante —no faltan quienes exhiben a esta teoría como un subproducto del darwinismo social—. De hecho, esto importa concluir que ella es resancionada todos los días, aunque por supuesto eso no implica que las normas de la Constitución sean forzosamente diferentes de jornada a jornada, o de año a año. La mayoría de ellas puede ser —y de hecho, así ocurre— confirmada tal como lo estaba en el momento anterior.

3. Legitimación y funcionamiento

Como tal, la doctrina de la constitución viviente tiene su fundamentación ideológica de legitimidad en el *argumento de las generaciones*. Específicamente, puntualiza que cada generación tiene "el derecho a vivir su Constitución".[6] Vale decir, que la generación que hizo en su momento a la Constitución —una generación de muertos, en el caso de la estadounidense—, carece de autoridad para imponer a la generación de hoy —una generación de vivos—, su modo peculiar de entender la Constitución. Resulta razonable, en efecto, que la Constitución sea interpre-

[5] Cit. por Pritchett, Charles Herman, *La Constitución americana,* Buenos Aires, TEA, 1965, p. 1.

[6] Cit. por Alonso García, Enrique, *op. cit.,* p. 326.

tada e instrumentada del modo en que lo quieran los actuales habitantes del país, quienes gozarán sus beneficios y sufrirán sus defectos.

Desde este ángulo, ser leal con la Constitución no significa ser fiel a quien la hizo, sino a quien la practica y sobre quien se la aplica. Se trata, obviamente, de un nuevo concepto de interpretación legítima, y de fidelidad con la Constitución.

El *argumento de las generaciones* guarda parentesco con otro, esgrimido en su momento para sustentar la doctrina de la interpretación mutativa de la Constitución, como es el *argumento del constituyente actual,* cuyo origen remoto se eleva hasta Thomas Hobbes.[7] Puntualmente, esta doctrina sostiene que la tarea de interpretar a la Constitución no consiste en averiguar qué quiso el constituyente histórico, "sino en declarar la voluntad e intenciones de los actuales herederos y poseedores del poder soberano, (ya que) quienes mantienen la Constitución tienen el poder de alterarla y se hallan en la inmediata presencia de los problemas que deben ser resueltos" (Inglis Clark).[8] En síntesis, la Constitución debe leerse, entenderse y aplicarse del modo en que lo haría el pueblo de hoy, actuando como constituyente actual.

En cuanto el funcionamiento de la "constitución viviente", Perry entiende que para definirla, los jueces deben proyectar en sus fallos los valores consensuados existentes en la sociedad. Ello no implica una función meramente fotográfica o pasiva para el juez, ya que los ideales sociales pueden resultar imprecisos y poco definidos. A los magistrados les toca "dar forma" a dichas creencias, o sea, a la moral pública, que a menudo es difusa y vaga. Ello importa un muy activo trabajo judicial de redefinición de ese ideal moral colectivo, y de especificación del mismo en contenidos simples y concretos.

---

7 En palabras de Hobbes, "el legislador no es aquel por cuya autoridad se hicieron inicialmente las leyes, sino aquel otro por cuya autoridad continúan siendo leyes, ahora". Cfr. Hobbes, Thomas, *Leviatán,* trad. por Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1940, p. 220.

8 Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, t. 3, pp. 687 y 698.

La relación entre la judicatura y la sociedad es así dialéctica, ya que principia por la observación que hacen los jueces de las pautas y creencias sociales; prosigue por la redefinición de tales valoraciones por parte de los magistrados en sus fallos, y continúa con la apreciación social de esas sentencias, que lograrán —total o parcialmente— aceptación o rechazo por la comunidad. En otro movimiento más, los tribunales atenderán esas respuestas comunitarias y reaccionarán frente a ellas en los próximos veredictos. Alegóricamente, se ha definido así a la Corte Suprema como "un seminario de la vida nacional".[9]

4. Objeciones a la doctrina de la "constitución viviente". El problema de la seguridad

La "constitución viviente" es cuestionable por distintos motivos.

El primer y más fuerte argumento en su contra es la incertidumbre que rodea a una Constitución que, por reposar no en un documento escrito, sino en los deseos de la sociedad y del gobierno, se encuentra en un proceso de cambio constante e interminable. De acuerdo con las variaciones en los humores sociales cambiaría, entonces, el contenido de la Constitución. De hecho, no habría topes a esas mutaciones, y la Constitución, en el supuesto de ser en su texto formalmente rígida, pasaría a resultar flexible: una suerte de "constitución plástica", que en definitiva, no sería una "constitución real" (Barber).[10]

La acusación es grave, y también, en buena medida, cierta. Frente a la doctrina conservadora de la "constitución estatua", donde reina el valor seguridad —ya que ella se apoya en un texto de normas escritas, que tendrían una sola interpretación posible, vale decir, la literal y la del constituyente histórico—, la "constitución viviente" parece gaseosa y, naturalmente, insegura, cuan-

[9] La calificación de la Corte Suprema como "un seminario de la vida nacional", proviene de Rostow. Cfr. Alonso García, Enrique, *op. cit.*, p. 327.

[10] Barber, Sotirios A., *Sobre el significado de la Constitución de los EEUU,* trad. por Ana Santos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986, p. 228.

do no peligrosa, "cera en manos de quienes la manejen", según la describe Wolfe.[11]

La doctrina de la "constitución viviente" puede asumir esta objeción respondiendo que la dosis de inseguridad que forzosamente la rodea es un precio obligado y hasta explicable que tiene que sufragarse para lograr que la Constitución sea un instrumento flexible, útil y moderno de gobierno, que además goce de aceptación social y que resulte, por tanto, más espontáneamente obedecida. Al revés, no está dispuesta a pagar, en aras de la seguridad jurídica, la insatisfacción y deslegitimación sociales que resultarían de aplicar anacrónicamente una norma tal como fue concebida para otro momento y seguramente para otra sociedad, probablemente ya inexistente, conforme a valores, creencias y expectativas actualmente irreales y superados. Tampoco está dispuesta a soportar la exégesis de una regla de la Constitución que, so pretexto de lealtad con su letra y con el constituyente histórico, bloquee el desarrollo económico del país o conduzca a una situación crítica o tensiva sin solución razonable, salvo el de una reforma constitucional formal que no es siempre fácil de lograr, y menos rápidamente, en países con constituciones rígidas o semipétreas.

Las críticas hacia la "constitución viviente" son más fuertes si la Constitución en cuestión es nueva, o relativamente reciente, sancionada y aceptada por una sociedad que, de todos modos, pocos años después quiere "vivirla" de distinto modo al que la entendió cuando la aprobó.[12] En tal caso, el argumento del ana-

---

11 Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional,* trad. por María G. Rubio y Sonsoles Valcárcel, Madrid, Civitas, 1991, p. 495.

12 Un polémico caso es el de Perú. Su última Constitución, sancionada en 1993, dispuso en su art. 112 que el mandato presidencial durase cinco años, y que el presidente pudiese ser reelegido de inmediato para un segundo periodo. Para postularse a un tercer periodo necesita dejar un hueco o paréntesis de otro periodo. Sin embargo, a fines de 1999, el presidente se postuló a un tercer periodo consecutivo sin dejar transcurrir el periodo de intervalo, merced a una exégesis manipulada del texto constitucional. Tal actitud iba contra ese texto. Sin embargo, los sondeos de opinión parecieron indicar, en su momento, que tal interpretación, convalidada por algunos organismos del Estado, gozaba de la aprobación de la mayoría de la población.

cronismo y el de las distintas generaciones no sería muy convincente, ya que se trataría —prácticamente— de la misma comunidad la que dictó un precepto con un contenido determinado, y después quiere darle otro, sin reformar formalmente a la Constitución.

Ante ese problema, la tesis de la "constitución viviente" puede contestar que, en términos de economía constitucional, si una interpretación mutativa, avalada por el consenso social, permite sortear las erogaciones políticas y económicas de una reforma formal, ese ahorro justificaría la aplicación de su tesis.[13] Al mismo tiempo, si se aceptara que la legitimidad definitoria de una Constitución deriva de su funcionamiento, según los criterios sociales imperantes en el momento de su aplicación, el hecho de que la Constitución del caso sea de reciente factura, o de antigua data, no afecta la vigencia del principio legitimatorio aludido, que debería respetarse siempre.

5. El problema del consenso

Una segunda objeción gira en torno al consenso que debe fundar a la "constitución viviente", con dos interrogantes clave: ¿"cuánto" consenso cabe requerir?, ¿qué debe hacerse con el "consenso malo"?

a) La palabra "consenso" implica "acuerdo" o "asentimiento". El problema es que dicho acuerdo puede ser el de todos —vale decir, un consenso por unanimidad, el *consensus omnium*—, o solamente el de una mayoría.

Si hay consenso unánime, los ideales y requerimientos sociales pasan a ser "creencias" —en el sentido orteguiano del vocablo—, y en tal sentido, si toda la sociedad acepta un modo específico de entender a la Constitución, o a alguna de sus cláusulas, la doctrina de la constitución viviente adquiere bastante solidez, en lo que a esas normas se refiera.

[13] Cfr. Zafra Valverde, José, "La interpretación de las constituciones", en *Revista de Estudios Políticos,* Madrid, núm. 180, 1971, p. 56.

La cuestión, sin embargo, es que muy pocas veces hay consenso unánime. Con referencia a la sociedad estadounidense, Perry habla al respecto de la santidad de la familia, "la intimidad de la amistad y el amor, la libertad individual de pensamiento", o el ideal kantiano del imperativo categórico.[14] En el caso argentino, por ejemplo, puede haber consenso constitucional unánime en el rechazo de la esclavitud (art. 15), en el reclamo por la recuperación de las islas Malvinas —disposición transitoria primera, según la reforma de 1994—, o en la vigencia del sistema republicano federal de gobierno (art. 1º), como en otros pocos preceptos constitucionales; pero de ahí en más, no hay consenso total acerca de la medida e intensidad de los derechos personales y sociales que enuncia la Constitución —*v. gr.,* existen serias disidencias en la comunidad acerca de cuál es la profundidad del derecho de propiedad, de los límites y responsabilidades de la libertad de expresión sin censura, del derecho de igualdad y no discriminación, de la extensión de las garantías de los inculpados en un proceso penal, del derecho a la vida y su relación con el aborto, etc., etc.—.

En numerosos temas de honda importancia, en resumen —vale decir, en los más urticantes del momento— no hay consenso unánime. ¿Habría entonces que conformarse en ellos con el "consenso mayoritario" —*v. gr.,* el del 55% de la sociedad, sobre el 45% restante—? Y en su caso, de haber más de dos posiciones, ¿sería bastante el parecer de una primera mayoría simple, *v. gr.,* del 37%, para decir que hay consenso, en el supuesto que el segundo grupo nucleara al 33% de la comunidad, y el tercero al 30%?

La cuestión podría resolverse, quizá, exigiendo un consenso si no unánime, al menos *casi* unánime —*v. gr.,* del 90 o 95%—, en base al cual podría interpretarse a la Constitución viviente. Pero aún así las dudas persisten. Por ejemplo, si la Constitución no es únicamente un instrumento de tutela de los derechos de la mayoría —en el supuesto de que la Constitución patrocine un régimen democrático—, sino también de las minorías —en el sentido, por ejemplo, de que hay derechos personales que no pueden ser avasallados por ninguna mayoría—, el empleo del "consenso

[14] Alonso García, Enrique, *op. cit.,* pp. 326-327.

casi unánime" volverá a discutirse. El tema ha sido crudamente expuesto por Ely, quien, preocupado por la "tiranía de las mayorías", alerta que "no tiene sentido emplear los juicios de valor de la mayoría [base del *consensus*] como vehículo para proteger minorías, contra juicios de valor de esa mayoría [expresados a través de la ley]".[15] Algunas veces, añade Tribe, lo que precisamente hay que atacar mediante la Constitución es la voluntad de la mayoría,[16] si tal voluntad, plasmada *v. gr.,* en la ley, lesiona los derechos constitucionales de una minoría.

b) El problema del "consenso malo" no es menos significativo. ¿Qué ocurre si el grueso de una comunidad coincide en una solución ilegítima? ¿Debería entenderse y vivirse la Constitución como esa sociedad así lo desea?

Los ejemplos de cegueras axiológicas colectivas no son tan infrecuentes como se cree. Así, a través de muchas décadas, millones de estadounidense entendieron que la esclavitud era perfectamente compatible con los postulados de libertad personal que enunciaban las enmiendas de su Constitución. Planteada la guerra de secesión, los estados sudistas —confederados— dictaron su Carta magna reconociendo explícitamente a la esclavitud, con palmario acuerdo de su población blanca. En el siglo xx, du-

---

15 Hart Ely, John, "On Discovering Fundamental Values", *Harvard Law Review,* núm. 5, 1978, p. 52, cit. por Alonso García Enrique, *op. cit.,* p. 336. Añade Dworkin, *op. cit.,* p. 223, "que las decisiones referentes a derechos en contra de la mayoría no son problemas que equitativamente deban quedar librados a la mayoría... hacer que la mayoría sea juez en su propia causa parece incongruente e injusto". En cambio, en el sentido que el recurso al consenso procura evitar el conflicto entre la voluntad de los jueces y la voluntad popular. Cfr. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno,* Barcelona, Ariel, 1996, pp. 70-72.
En cuanto a que la función suprema justificadora del Poder Judicial es la protección de los derechos individuales, especialmente cuando los sentimientos de la mayoría son muy intensos y amenazan a grupos minoritarios, cfr. Choper, Jesse, *Judicial Review in the National Political Process: a Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court,* Chicago, University of Chicago Press, 1980, p. 68, cit. por Wolfe, Christopher, *op. cit.,* pp. 468 y ss.

16 Tribe, Laurence, "The Puzzling Persistence of Process-based Theories", en *Yale Law Journal,* 1980, p. 896, cit. por Alonso García, Enrique, *op. cit.,* p. 319.

rante los años treinta, no obstante las declaraciones de igualdad de la Constitución de Weimar, en su artículo 109, la evidente mayoría de los alemanes no tuvo obstáculos en aceptar las normas discriminatorias contra los judíos dictadas a partir de la asunción —legal, por lo demás— del régimen nazi. En Argentina, en la década de los veinte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó le negación de los derechos electorales para las mujeres, a pesar del enfático enunciado constitucional de igualdad (art. 16), argumentando que tal principio de la Ley suprema no podía ignorar la diferencia entre el hombre y la mujer, "de fundamental disparidad en el orden de la naturaleza",[17] y tan absurda interpretación no fue prácticamente objetada por la sociedad local. Más recientemente, y pese a que la Constitución de Irán proclame el derecho a la vida (art. 22), la sentencia de muerte de los ayatollah contra Salman Rushdie, por razones sustancialmente religiosas y en donde se lo encontrare, pronunciada desde luego *inaudita parte*, parece haber contado en su momento con la aquiescencia del grueso de los persas.

La cuestión del "consenso malo" no preocupa demasiado a las posiciones puramente sociologistas, para las que basta que haya consenso para que algo resulte legítimo. Pero sí quita al sueño a quienes opinan, por ejemplo, que el concepto de dignidad de la persona no depende solamente de lo que una mayoría —aunque sea muy amplia— entienda por tal, y que hay derechos personales que no pueden quedar a merced del parecer del consenso colectivo.

En definitiva, el problema del consenso, dentro de la doctrina de la constitución viviente, sólo puede encauzarse si se recurre a la exigencia del *consensus omnium,* o del casi unánime —ya que, si todos o prácticamente todos acuerdan en algo, se puede suponer que ese "algo" no será desvalioso, y que no habrá dañados contra su voluntad por tal coincidencia—; y si se acepta, además, que hay derechos que gozan de una tutela superior, extraconsenso, y aún anticonsenso, por ejemplo del derecho natural.[18] Otra vía de es-

[17] Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJNA), *Fallos,* 154:283. La sentencia data de 1929.

[18] Algunas veces es la propia Constitución la que constitucionaliza al derecho natural, declarando, *v. gr.,* que existen derechos naturales que ningún

cape a la "dictadura del consenso" estriba en advertir que hay derechos de fuente internacional, incluso tutelados por organismos jurisdiccionales supranacionales —como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o los tribunales europeos de derechos humanos—, cuya explicitación y alcances no estarían descritos por el consenso nacional, y que prevalecerían sobre éste.

6. El problema del operador

¿Quién define a la "constitución viviente"? La cuestión del sujeto autorizado para declarar qué es "viviente" y que no es "viviente" en una Constitución es tan decisivo como la descripción misma que él haga. De hecho, tal descripción, fácticamente, dependerá del sujeto que la realice.

Como introducción al tema, podría decirse —dentro de la doctrina que anotamos— que todo aquel que deba aplicar la Constitución tendría que estar autorizado para hacerla funcionar como "viviente" y, por tanto, para emitir su juicio al respecto. El Congreso y el presidente son, por ende, definidores. Pero el poder judicial, y en particular la Corte Suprema de Justicia, resultan los definidores finales, al ser —formalmente— los intérpretes últimos de la Constitución.

La doctrina estadounidense ha gastado ríos de tinta en analizar las virtudes y los defectos de la judicatura para desempeñar tal tarea final. Desde la presentación del Poder Judicial como poder *contramayoritario* o *antimayoritario* —ya que sus miembros, en el orden federal no electos popularmente, pertenecen por lo común a clases medias y altas y salen de claustros universitarios de no fácil acceso ni remoción, perfilándose a menudo como de orientación conservadora—, o, por otro lado, quienes reputan a los jueces paladines de la legitimidad y del buen sentido —al poseer mayor cultura universitaria que los legisladores o miembros

legislador ni ninguna Constitución pueden desconocer —tal es el caso del art. 33 de la Constitución argentina, que sigue a la enmienda IX de la de Estados Unidos—. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Constitución nacional. Derechos no enumerados,* Buenos Aires, Enciclopedia Jurídica Omeba-Driskill, 1986, t. III, pp. 56 y ss.

del poder ejecutivo, contar con mayor independencia respecto de partidos e intereses económicos, y un posible mejor sentido profesional para encontrar respuestas ecuánimes y de justo medio—, el lector podrá hallar un menú de opciones altamente diversificado.[19]

En última instancia, la incógnita sobre quién interpreta mejor —o *debe* interpretar mejor— a la Constitución —si el pueblo a través de referéndums, el Congreso en sus leyes, o el poder judicial en sus sentencias— concluye en una decisión ideológica. Ello es tan evidente que para la doctrina del gobierno mixto, por ejemplo, los presuntos sesgos aristocráticos del poder judicial importarían, antes que un defecto, una ventaja, en el sentido que la combinación de ingredientes democráticos con los aristocráticos es, para tal tesis, altamente beneficiosa en orden a la estabilidad y a la eficacia del sistema, ya que las virtudes de cada fórmula pura de gobierno compensarían los defectos que anidan en las restantes.[20]

Dentro del marco concreto de un país determinado, el enunciado de la "constitución viviente" va a recaer finalmente en el poder judicial, o en un Tribunal Constitucional, en la medida en que la constitución —formal o consuetudinaria— de ese país encomiende a uno de tales órganos la misión de intérprete último de la propia Constitución. El asunto es distinto cuando la Constitución señala que es el Congreso a quien le toca "reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria", como lo hacía (*v. gr.,* el art. 130, inc. 4 de la anterior del Ecuador).[21]

---

19 Véase por ejemplo Barber, Sotirios A., *op. cit.,* pp. 252 y ss. Sobre la crítica de Bickel en cuanto el Poder Judicial, como usurpador de áreas que debería ocupar la voluntad popular, cfr. Gargarella, Roberto, *op. cit.,* pp. 57 y ss.

20 Los antecedentes de la doctrina del gobierno mixto se remontan a Aristóteles, Polibio y Santo Tomás de Aquino, entre otros. Pero son rescatados posteriormente por Montesquieu, cuya teoría de la división de los poderes, siguiendo el esquema inglés, es una muestra de gobierno moderado basado en la presencia de ingredientes monárquicos, aristocráticos y democráticos.

21 A su turno, esta norma está complementada por el art. 284 de dicha Constitución: "En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio. Tendrán la iniciativa para la presentación de proyectos de interpretación constitucional, las mismas personas u organizaciones que la tienen para la presentación de proyectos de reforma, su

Ahora bien: que al Poder Judicial le toque —por lo común, aunque no siempre en el derecho comparado— definir a la "constitución viviente", no significa que esa operación principie y termine en la judicatura. Si un poder judicial no es realmente independiente, de hecho el intérprete real no será él, sino el o los sujetos del que dependa. También es cierto que el vigor y el éxito de la interpretación judicial serán tributarios, asimismo, del acierto de sus decisiones y del eco positivo que encuentren en el escenario social. Bien se ha dicho que un poder judicial enfrentado con una comunidad no contará con gran solidez para lograr que sus criterios adquieran persistencia y fuerza normativa.

Dentro ya de la tarea judicial de explicitar a la "constitución viviente", surgen —entre otros— dos subproblemas relevantes:

a) El primero es el de la *constatación* de la "constitución vivien-te". ¿Cómo conocer las creencias sociales imperantes? ¿De qué manera se fotografían los valores que gozan de consenso unánime, o cuasiunánime? Esta operación es difícil, aunque para algunos no imposible. Por ejemplo, Zafra Valverde sostiene que el intérprete de la Constitución puede determinar, de todos modos, cuál es la solución más razonable y probablemente querida por el pueblo en su carácter de constituyente actual.[22] Podrá a tales fines consultar la doctrina especializada, a fin de detectar la *communis opinio*, o criterio pacíficamente aceptado, o las encuestas —si las hay— sobre el punto en cuestión.

Aún así, cabe reconocer, en términos de sociología del conocimiento, que a falta de datos estadísticos precisos el investigador —juez o no— bien puede filtrar o distorsionar realidades —conciente o subconcientemente— conforme a su posición ideológica, sus necesidades económicas, sus prejuicios, fobias e intereses personales. Por ejemplo, en un tema tan significativo

trámite será el establecido para la expedición de las leyes. Su aprobación requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso Nacional". A todas luces, en esa área de interpretación el Congreso está ejerciendo un poder constituyente delegado.

22 Zafra Valverde, José, "La interpretacion de las Constituciones", *cit.*, p. 56, y *Teoría fundamental del Estado,* Pamplona, Universidad de Navarra, 1967, p. 265.

como los indultos a favor de los comandantes en jefe dispuestos en Argentina por el poder ejecutivo —oportunamente condenados por la justicia civil, a raíz de los dolorosos episodios del terrorismo de Estado y de la "guerra sucia", durante los años setenta—, discusión que involucraba tanto la legitimidad intrínseca de tales condonaciones como su constitucionalidad, el apasionamiento del tema provocó —y provoca— que en rigor de verdad no se cuente con datos confiables, cuando se decretaron los indultos, acerca de qué porcentaje de la sociedad los repudiaba, qué otro los consideraba adecuados y cuál no quería pronunciarse o no tenía opinión . Lo único que queda claro, eso sí, fue que no existió en tal momento consenso unánime ni cuasiunánime sobre su aceptación o rechazo comunitario.

b) La segunda cuestión que aparece en este tramo del debate es el *radio de acción del operador.* Fuera de los raros casos en que se descubra un claro criterio social unánime o cuasiunánime sobre un punto determinado de la Constitución, lo más usual será que haya, como Perry lo reconoce, tendencias comunitarias poco definidas, difusas e imprecisas, a las que el juez tendría que "dar forma".

Es aquí cuando se produce un singular contacto entre las posturas dinámicas y evolutivas en torno a la interpretación de la Constitución, y las posturas hiperactivistas de la "constitución viviente". Para las primeras, la Constitución debe ser adaptada por los operadores a las urgencias del momento en el que debe aplicarse, en homenaje a su eficacia y éxito como instrumento de gobierno,[23] todo ello sin insistir demasiado en el respeto a las creencias sociales predominantes, desde luego, sin proponer ignorarlas.

Para la doctrina de la "constitución viviente", el juez debe dar también esas respuestas satisfactorias, pero especificando y concretando —a su leal saber y entender— los requerimientos so-

[23] La tesis de que la Constitución está "destinada a perdurar en las eras futuras, y por consiguiente (debe) adaptarse a las diferentes crisis de los asuntos humanos", fue sostenida ya por el *Chief Justice* Marshall en *Mc Cullogh vs. Maryland,* en 1819. Cfr. Corwin, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual,* ed. revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat, trad. por Anibal Leal, Buenos Aires, Fraterna, 1987, p. 13.

ciales imprecisos que tengan consenso. Su función, debe quedar entendido, no es de ninguna manera libre y discrecional, en el sentido que no tendría que fabricar soluciones contrarias a esas creencias difusas, sino que debería construirlas dentro del marco de posibilidades que ellas permitan. Pero de cualquier manera, el papel del juez es singularmente activo. En ciertos y no frecuentes casos, proyectará en el caso a resolver la creencia social ya definida; en otros, cuando la creencia es imprecisa, la especificará y concretará. En ambos, será protagonista del cambio, resolviendo incluso contra el texto literal de la Constitución o la voluntad del constituyente histórico autor de la norma en juego.

Quedaría un punto oscuro en este discurso: ¿qué ocurre, ante una norma constitucional anacrónica y disfuncional, si para *aggiornarla* no existe consenso social, ni preciso ni impreciso? En tal situación, ¿debería el juez respetar el texto y la intención del constituyente histórico, lo que conduciría a una respuesta jurídica poco fructífera, o podría evadirse de aquéllos, en aras de producir una exégesis dinámica y exitosa —en el sentido de más útil— de la Constitución?

La doctrina de la "constitución viviente" podría responder a estas preguntas explicando que si no existen vivencias sociales en la materia bajo examen, no hay –en ese punto— "constitución viviente" y que, por tanto, el adherente a esta doctrina estaría en libertad de acción para resolver el tema, ya según la constitución escrita, ya según una interpretación mutativa de ella, operada en la hipótesis solamente por cuenta y riesgo del juez.

7. Evaluación

La doctrina de la "constitución viviente" es más fácil de comprender para aquellas posiciones que entienden que el mundo jurídico se integra no solamente con normas, sino también con realidades —posiciones bidimensionalistas— y con valores —posturas tridimensionalistas—.[24]

[24] Cfr. por ejemplo Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho,* 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 33 y ss.

En efecto: si acepta que el derecho también se ocupa de conductas, puede asumirse que toda norma tiene algo de "viviente", en el sentido que es o no cumplida —y en este último caso, con diversas modalidades de efectivización— en un medio social. Asimismo, la admisión de la existencia de la dimensión fáctica del mundo jurídico facilita comprender la vigencia y la fuerza del derecho consuetudinario, que engendra normas, modifica, afianza o deroga a las de derecho formal.

Por ende, desde esta perspectiva, no será extraño aceptar que en alguna medida toda constitución es "viviente", y que hay cláusulas "muertas" —si la sociedad y los tribunales u otros operadores de la Constitución no quieren hacerlas funcionar—, como también que otros artículos son "vividos" conforme las apetencias de los operadores y del pueblo.[25] En base a esto, algunas veces se producen "reformas" constitucionales informales —"*mutaciones*"— por vía de interpretación, que en la realidad terminan por imponerse. En la interpretación mutativa, el texto constitucional permanece incólume —como una especie de estuche—, pero su contenido cambia.[26] Cabe alertar que la batalla entre la constitución "formal" —entiéndase: la Constitución, según su letra y el espíritu del constituyente histórico— y la constitución "viviente", se da en el ámbito fáctico o dimensión existencial del mundo jurídico, o sea, en el terreno propio de la

[25] Por ejemplo, en el caso argentino, una regla constitucional "muerta" es la del art. 55, que exige —para ser Senador— contar con una renta anual de dos mil pesos fuertes o una entrada equivalente —ello importaría un ingreso aproximado de tres mil dólares mensuales—, regla de tipo oligárquico hoy reputada ilegítima por la comunidad. Otra norma constitucional morigerada es la del art. 75, inc. 1º, que declara que los derechos aduaneros serán uniformes en todo el país, lo que no ha impedido regímenes impositivos más beneficiosos para ciertos territorios en desarrollo, y la existencia de "zonas francas". El juicio penal por jurados, en el ámbito nacional, no obstante la programación constitucional de los arts. 24; 75, inc. 12, y 118, no se ha implementado todavía —casi ciento cincuenta años de haberse sancionado la constitución—, ante la evidente falta de voluntad política y de impulso comunitario para instrumentarlo. Los ejemplos de cómo cada cláusula de la Constitución es "vivida" de modo peculiar por la sociedad, podrían multiplicarse indefinidamente.

[26] Sobre la interpretación constitucional mutativa, nos remitimos a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución, cit.,* pp. 58 y ss.

constitución viviente, en *su* territorio, y ello define en mucho el resultado del conflicto.

Por lo demás, interpretar a la Constitución según las valoraciones sociales existentes, en las que haya un real y no meramente hipotético consenso unánime o cuasiunánime, no parece nada absurdo, siempre que ese funcionamiento de la Constitución no violente a los derechos naturales de las personas y de las sociedades, ni afecte los compromisos internacionales del Estado del caso.

Al mismo tiempo, cabe constatar que diversos fallos judiciales, y algunos de varias décadas atrás, han expuesto una posición que, sin calificar a la constitución como "viviente", la han entendido aproximadamente así. Por ejemplo, en "Avico *c.* de la Pesa", la Corte Suprema argentina, después de indicar que la interpretación de las normas estriba en "adaptar el texto, liberal y humanamente, a las realidades y exigencias de la vida moderna, sin rezagarse a buscar obstinadamente cuál había sido, hace cien años, el pensamiento de los autores del código al redactar tal o cual artículo", añadió que "no hay jurista moderno que no se preocupe de poner su interpretación en armonía con las necesidades actuales y con las ideas cambiantes o circundantes".[27] En "Bressani *c.* Provincia de Mendoza", expuso que en la interpretación de la Constitución no debía olvidarse que era una "creación viva, impregnada de realidad... a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación".[28] Y en "Merck *c.* Nación Argentina", reiteró que la "realidad viviente" de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele a ello el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera".[29]

Los puntos más espinosos de la doctrina de la "constitución viviente" son el poco apego que profesa a la seguridad jurídica —al menos, en el sentido tradicional de ella—, y el excesivo pro-

[27] CSJNA, *Fallos,* 172:55 y 56.

[28] *Ibidem,* l78:9. Véase también 292:26.

[29] *Ibidem,* 211:162. Cfr. igualmente 308:2268, considerando 16.

tagonismo que puede dar a los jueces en la definición de lo que resulta "viviente". Ante esos riesgos cabe reconocer que ante la evidente aceleración de la historia, la interpretación de la Constitución no puede menos que evolucionar y cambiar sensiblemente con mayor velocidad que décadas atrás, y que los jueces muchas veces tienen que definir encrucijadas constitucionales donde no existen creencias sociales bien nítidas ni tampoco unánimes que ellos puedan proyectar.[30]

Ante tales dilemas, bueno es que reconozcan que allí deciden no como oráculos del pueblo, atribuyéndose la cuasidivina función de exponer una voluntad social que en esos casos no existe —aunque sí en otros, donde tienen en principio que seguirla, según la doctrina de la constitución viviente—, sino como órganos del Estado a los que la propia Constitución les asigna tal tarea de clarificación de la Constitución, cubriendo sus lagunas, disipando cuando las hay a sus contradicciones o terminando con sus ambigüedades. Pero eso lo tienen que hacer se acepte o se rechace a la doctrina de la "constitución viviente".

[30] Véase al respecto Miller, Jonathan, "Control de constitucionalidad: el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia", en *El derecho,* Buenos Aires, t. 120-919, con referencia al conflictivo caso "Roe *vs.* Wade", relativo al aborto y resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos, donde "no existía consenso sobre los valores de la comunidad" relativos a esa cuestión.

Capítulo II
Notas sobre el poder constituyente irregular*

1. Introducción. El concepto de poder constituyente irregular. Dos situaciones distintas

El concepto de "poder constituyente irregular" alude al ejercicio de tal competencia estatal sin hallarse sujeto, o por haber actuado en contravención, respecto de reglas jurídicas que lo condicionan. En la primera hipótesis, es "irregular" en el sentido que *no está obligado por reglas*. En la segunda, porque *ha violado reglas*. Puede aparecer en dos modalidades muy diferentes: *a)* el caso del poder constituyente originario; *b)* el caso del poder constituyente derivado.

2. El poder constituyente originario irregular

En verdad, en una primera aproximación, hablar de un poder constituyente irregular originario parece una tautología. El poder constituyente originario, en efecto, se presenta —arrogante e impetuoso— como no sometido a normas jurídicas. En palabras de Einsenmann, "ninguna regla limita su poder; ninguna obligación

* Este trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Publicado inicialmente en *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional,* Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2009, pp. 151 y ss.

jurídica, positiva ni negativa, pesa sobre él; puede incluir o no en la Constitución toda regla que le plazca. Porque es jurídicamente todopoderoso, él funda un orden radicalmente nuevo en su principio; porque crea las primeras reglas, su ausencia de toda regla de derecho, es decir, de derecho positivo anterior, dispone de un poder jurídicamente absoluto".[1]

Prima facie, se comporta, pues, *legibus solutus*. Desde el punto de vista cronológico, es (i) un poder "fundacional", cuando crea el Estado, o (ii) "posfundacional", si inaugura una nueva *era,* o *ciclo constitucional,* cuando se ejercita en un Estado ya existente, pero despegándose del orden constitucional previo.[2] Lo más frecuente es que asuma tal carácter por su propia decisión. Tiende, de tal modo, a configurarse como un poder revolucionario.

Así entrevisto, el poder constituyente "originario" parece resultar, natural e intrínsecamente, *irregular* (o si se prefiere, *arregular*). Pero su irregularidad no importaría un defecto jurídico, sino una nota distintiva de su condición jurídico-política. Algunos lo divisan, en síntesis, como poder esencialmente político, más que jurídico.[3]

Cabe preguntarse, sin embargo, si en nuestros días es posible hablar, en sentido preciso, de un poder constituyente estatal "originario", realmente no sometido a normas.

Ello es así, en primer término, porque para el derecho internacional contemporáneo, los estados locales no pueden alegar sus reglas de derecho interno para eximirse de sus compromisos internacionales.[4] Hay, paralelamente, reglas de derecho inter-

---

1 Einsenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche,* cit. por Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional,* 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1977, t. 3, pp. 215 a 217.

2 Nos remitimos a nuestro libro *Teoría de la Constitución,* reimp., Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 276 y ss., para un tratamiento más extenso del tema.

3 Spota, Alberto A., *Lo jurídico, lo político, el derecho y el poder constituyente,* Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, pp. 112 y ss.

4 La tesis fue enfáticamente sostenida por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (1932), en el caso de los súbditos polacos en Dantzig. Véase Boffi Boggero, Luis María, "La llamada responsabilidad internacional

nacional público coactivas y obligatorias para los estados —*jus cogens*—, de origen convencional o consuetudinario, más allá incluso de la voluntad de éstos de cumplirlas o de desobedecerlas. Rigen, paralelamente, normas del derecho internacional de los derechos humanos —*v. gr.,* la condena a los delitos de lesa humanidad—, que se imponen compulsivamente a los estados nacionales.

En ese contexto, donde el eventual comportamiento constituyente del Estado contra tal aparato normativo internacionalista genera responsabilidades internacionales, un poder constituyente nacional, aun "originario", no es *legibus solutus,* ya sea que se trate de uno "fundacional" o de otro que inaugure un nuevo ciclo o era constitucional dentro de un Estado ya creado.

Al mismo tiempo, es posible que el poder constituyente "originario" se autolimite, dictándose, mientras ejerce su cometido, reglas internas de procedimiento, y quizá también de contenido, concernientes a la adopción de sus decisiones constituyentes. En tales supuestos, la violación a esas normas puede provocar la invalidez de lo resuelto, no por infringir al derecho externo o al preexistente a dicho poder constituyente, sino por lesionar al derecho que él mismo dictó.

Resta agregar que desde una perspectiva axiológica, el poder constituyente originario está igualmente sometido, como cualquier poder humano, al derecho natural, de aceptarse la presencia de este último. En todo caso, si se admite al menos la postura de Gustav Radbruch, en el sentido que "la injusticia extrema no es derecho",[5] las reglas constitucionales notoriamente injustas importan también un ejercicio irregular del poder constituyente, aunque fuere originario.

En definitiva, pues, un poder constituyente originario puede ser entendido como "irregular", en una doble acepción, *a)* la primera, según una visión histórica ya superada, por no encontrarse

---

por acto propio, o subjetiva", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia,* Bogotá, 1978, p. 11.

[5] Sobre la "fórmula de Radbruch", aceptada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, véase Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy),* reimp., Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 84 y ss.

bajo normas, y *b)* la segunda, porque no es actualmente *legibus solutus* y puede padecer, claro está que en menor medida que el poder constituyente derivado, de defectos jurídicos de irregularidad, de forma y contenido. En particular, si colisiona con el derecho internacional, con sus propias reglas de autorregulación, o con principios supranormativos.

3. El poder constituyente derivado irregular

El poder constituyente "derivado", o poder constituyente "constituido", o "reformador", está sometido, a más de las reglas y principios propios del poder constituyente originario —que, según vimos, son las del derecho internacional, las que él mismo se dicte y ciertos principios y valores—, a otras reglas jurídicas preexistentes. Ellas son a veces de rango constitucional —los artículos y cláusulas de la constitución anterior, que va a reformarse en todo o en parte, y que disciplinan la enmienda—, y otras de categoría subconstitucional —por ejemplo, las dictadas por el poder preconstituyente que convoca a la reforma—. En algunos países, las reglas condicionantes del poder constituyente derivado son de contenido, o de procedimiento, o de ambos temas.

Hay constituciones que no contemplaron su reforma, como la española de 1876, o el Estatuto albertino de Cerdeña (1848). En la práctica, ello ha provocado la enmienda de la Constitución mediante la legislación ordinaria, o por golpes de estado. Otras han prohibido la enmienda durante cierto tiempo (la argentina de 1853, por diez años).

a) en materia de *límites de contenido* de una reforma constitucional, hay textos constitucionales que incluyen "cláusulas pétreas", esto es, irreformables. El caso cuantitativamente más llamativo es el artículo 290 de la Constitución de Portugal de 1976, con un impresionante listado de temas —más de veinte— infranqueables por una reforma. Otros países, por construcción doctrinaria, jurisprudencial o derecho consuetudinario, han elaborado un catálogo de cláusulas pétreas *implícitas,* asunto obviamente

discutible.[6] Algunas veces, la prohibición de considerar puntos de reforma no deriva de la Constitución, sino indirectamente de la voluntad del poder preconstituyente (cuando éste existe), en el sentido de que, al convocar al órgano (constituyente) de reforma, le permite abordar solamente ciertos temas; o más claramente, le impide reformar a otros,[7] y

b) en cuanto los *límites de procedimiento,* es normal, primero, que una Constitución determine *quién* puede reformarla —*i. e.,* que establezca el órgano del cambio—, y *cómo* hacerlo —el trámite—.

Dentro de esos condicionamientos de procedimiento, los textos constitucionales mencionan algunas veces (i) variables de *tiempo* —determinación de un término para instalarse, y del lapso de duración del proceso de reforma); (ii) de *lugar* —sede del órgano de la reforma—, y (iii) de *adopción de las decisiones.*

Cuando el ente que consuma la reforma es el mismo poder legislativo ordinario, el proceso de sanción de la enmienda es más complejo y agravado que el que corresponde a la sanción de una ley común. A su vez, algunas constituciones establecen dos trámites: uno, para cambios parciales de la Ley suprema; otro, asimismo más exigente, para la sustitución total de la Constitución. Pero otras no disponen esa diferenciación.

---

6 Las cláusulas pétreas "implícitas" se derivan algunas veces de la redacción del texto constitucional, cuando éste enfatiza cierta declaración —v. gr., el art. 18 de la Constitución argentina, al indicar que "quedan abolidas *para siempre* la pena de muerte por causas políticas" [la cursiva es nuestra]—. En otros casos derivan de la propia voluntad de los operadores de la constitución. *V. gr.,* cuando la Corte Suprema, como intérprete final de la Constitución, puntualiza que determinado precepto constitucional es irreformable —generalmente lo hace si se trata de una cláusula reputada sociológicamente como muy importante—. Véase sobre el tema Sagüés, Néstor Pedro, "*La recepción de la doctrina de las cláusulas constitucionales pétreas por la Corte Suprema de Justicia",* en Jurisprudencia Argentina, 2007-II-1244.

7 A título de muestra: el art. 7º de la ley argentina 24.309, de convocatoria a la reforma constitucional de 1994, puntualizó que "La convención constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución nacional".

Fuera de las prescripciones constitucionales, se discute, para los supuestos de existencia de poder preconstituyente —el que dispone la convocatoria a la reforma, diferente del que la realiza—, si está autorizado para fijar tales topes de tiempo, lugar o trámite, o en cambio, si ello es una competencia propia del órgano constituyente de la reforma, como facultad inherente o implícita suya. En otras palabras, hay que averiguar si el poder preconstituyente de *declarar* la necesidad de una reforma y de *convocar* al órgano de la reforma, incluye o no el poder de *regular* la gestión de este último órgano.

La respuesta a esta duda puede estar en el mismo texto constitucional. Si así no fuera, habrá que recurrir al derecho consuetudinario constitucional, que a menudo brinda soluciones prácticas al interrogante.[8] De no haberlas aquí tampoco, la duda debe inclinarse a favor del poder constituyente, y no del preconstituyente. Es atractiva aquí la doctrina de las facultades inherentes e implícitas del poder constituyente reformador o derivado: a él le tocará autodisciplinarse en los puntos no tratados por la Constitución ni resueltos por la costumbre constitucional, mediante la sanción del reglamento respectivo.

De todos modos, el poder constituyente derivado no es un poder constituyente "soberano", es decir, exento, libre o inmune. En un estado de derecho, está bajo la Constitución. Es un poder *de jure*. Que tenga —en su caso— origen popular, no le da una categorización especial, ajena al derecho. Si se rebela contra el andamiaje normativo constitucional, y el subconstitucional dictado como consecuencia del primero, ingresa a la condición de poder constituyente derivado irregular.

En resumen, este subtipo de poder constituyente irregular es el que ha transgredido las reglas constitucionales o subconstitu-

[8] En la práctica, por ejemplo, en el derecho constitucional argentino el Congreso, actuando como poder preconstituyente, ha indicado habitualmente el lugar y tiempo de las sesiones, y aún el presupuesto y las remuneraciones de los convencionales constituyentes. La ley 24.309, con relación a la reforma constitucional de 1994, indicó también el sistema de votación —en la asamblea constituyente—, de determinadas reformas proyectadas. La duda en torno a la validez de tal limitación se resolvió cuando la convención aceptó por mayoría el régimen de votación establecido por la ley del Congreso.

cionales en vigor, en materia de contenido de la reforma —*v. gr.,* si sanciona normas contrarias al derecho internacional, a principios suprapositivos, a reglas constitucionales pétreas— o de procedimiento —cuando quien realiza la reforma no es el órgano habilitado constitucionalmente para ello, o siéndolo, ha violado reglas constitucionales o subconstitucionales en materia de trámite, lugar, tiempo y reglamento—.

Un caso de interés puede presentarse si un poder constituyente derivado se autotransforma en originario, asumiendo claramente tal carácter mediante una decisión de ruptura jurídica con el orden normativo preexistente. Si lo hace, pasa a ser un poder *de facto,* con todas las consecuencias, jurídicas y políticas, propias de tal condición. Intentará inaugurar un nuevo ciclo o era constitucional, independiente del precedente.

4. Consecuencias del poder constituyente irregular

Inicialmente cabe destacar que el poder constituyente originario tiene menos limitaciones jurídicas que el derivado, aunque de cualquier modo las que hemos mencionado *supra,* 1, no dejan de ser significativas también.

La infracción a los condicionamientos jurídicos por el poder constituyente —originario o derivado— irregular, siempre que se trate de defectos graves,[9] ocasiona la invalidez jurídica de los preceptos afectados por el vicio de contenido o de procedimiento. No obstante, deben formularse varias aclaraciones:

a) si un poder constituyente irregular sanciona reglas opuestas al derecho internacional, ellas, como principio, no pueden invocarse para incumplir las obligaciones inter-

[9] En el caso "Soria" (*Fallos,* 256:258), la Corte Suprema argentina indicó que en principio lo resuelto por una convención constituyente no es justiciable, salvo que hubiera una infracción a los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una norma. En el caso, se discutía la falta de aprobación de un acta donde una convención constituyente, registraba la sanción de un nuevo artículo constitucional. La Corte reputó el asunto no justiciable.

nacionales del Estado. Así se desprende de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (art. 27). Igualmente, esa violación acarreará responsabilidad internacional para el Estado infractor;

b) en el ámbito latinoamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el caso "Almonacid Arellano", destaca que tanto ella como los tribunales nacionales deben practicar un "análisis de convencionalidad", a fin de determinar si las reglas jurídicas locales son o no compatibles con las del Pacto de San José de Costa Rica, o la jurisprudencia de la misma Corte Interamericana.[10] Por ello, en dicho sistema, una reforma constitucional infractora de la Convención americana de derechos humanos, no es válida, y así debe ser reputada por los jueces domésticos, a más de la Corte Interamericana. Remitimos al lector a la Parte IV de este libro, y

c) la declaración de invalidez de una norma elaborada por el poder constituyente irregular pocas veces está admitida explícitamente por la misma Constitución.11 En cambio, a menudo está bloqueada por distintas razones. Ese bloqueo se concreta así: (i) en ciertos casos, por aplicación de la doctrina de las *political questions,* al entenderse como "cuestión no justiciable" el tema. La no judiciabili-

---

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Almonacid Arellano", en *Revista de Derecho,* Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, núm. 2007-2, 2007, pp. 217 y ss. Para un tratamiento más detallado, con mención de los casos posteriores resueltos por la Corte Interamericana, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, "El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales", en *La Ley,* 2009-B-761. Con anterioridad al caso "Almonacid Arellano", la Corte Interamericana había practicado, por ella misma, ese control de convencionalidad. Ahora demanda que también lo hagan los jueces domésticos, incluso de oficio.

11 Tales son, por ejemplo, y con distintas manifestaciones, las Constituciones de Moldavia, Chile o Colombia —esta última, en cuestiones procedimentales—. La Constitución de la provincia de Catamarca (1988), en Argentina, incluye una regla drástica, al decir que "Cualquier enmienda o reforma constitucional realizada en violación de una o más de las disposiciones precedentes, serán absolutamente nulas y así podrá ser declarado por la Corte de Justicia, aun de oficio". Véase Díaz Ricci, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional,* Buenos Aires, Ediar y otros, 2005, pp. 719 y 764.

dad del producto del poder constituyente puede ser visualizada por algunos como total, pero en otros casos es parcial —v. gr., si se admite el control de constitucionalidad de la reforma en asuntos de procedimiento, *matters of procedure,* pero no en temas de contenido, *matters of substance*—;12 (ii) ocasionalmente, se ha sostenido también que un poder constituido, como el judicial o un Tribunal Constitucional, carece de la estatura jurídica para evaluar la constitucionalidad de lo resuelto por un poder constituyente;13 (iii) en algunos supuestos, es el mismo texto constitucional el que impide el control judicial de la Constitución y de los actos promulgados por la asamblea constituyente (art. 59 transitorio, constitución de Colombia de 1991).14 La misma constitución confiere a la Corte Constitucional competencia para decidir —en el futuro— sobre las demandas de inconstitucionalidad contra

12 La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables carece de precisión conceptual. Ha sido una herramienta maleable según las circunstancias, una "categoría práctica y oportunista" (Gordon Post), mutable, empírica y ajena a principios racionales (Castro Nunes). De hecho, la evaluación de constitucionalidad o validez de una reforma constitucional puede o no ser incluida en ese catálogo, según la discrecional voluntad de los operadores concretos del control de constitucionalidad. Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del poder judicial,* Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 290.

13 Véase sobre el tema Ferreyra, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad,* Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 565. Advertimos, no obstante, que el poder constituyente derivado es un poder constituido —como lo constatara Luis Sánchez Agesta, quien lo rotula precisamente como "poder constituyente constituido"—, y por ende, no es anómalo que otro poder constituido, como el judicial o un tribunal constitucional extrapoder, pueda revisarlo. En cuanto el poder constituyente originario, de presentarse algún defecto que invalidara a lo decidido por él como derecho válido —*v. gr.,* su oposición al derecho internacional, su carácter inexcusablemente injusto, etc.—, no queda al operador del sistema jurídico otra alternativa que excluirlo como derecho aplicable.

14 Una disposición de este tipo tendría cierta razón de ser —pero no de modo absoluto, como vimos— si la asamblea actuó como poder constituyente originario, pero nunca si operó como poder constituyente derivado. Por razones de lógica jurídica, el autor de un acto eventualmente nulo no debería estar habilitado para impedir su declaración de nulidad, que él provocó.

actos reformatorios de la citada constitución, cualquiera que sea su origen, pero "sólo por vicios de procedimiento en su formación" (art. 241-1), con lo que el bloqueo resulta parcial.

5. Purga del poder constituyente irregular

Los vicios de contenido y de procedimiento del poder constituyente irregular pueden quedar anestesiados por distintas vías.

a) uno de ellas es la negativa de los órganos de control de constitucionalidad a declarar la invalidez de la reforma, generalmente por autorrestricción, mediante —según vimos— la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. En otras naciones, la limitación del acceso a la judicialidad de la reforma constitucional se opera por cuestiones de legitimación procesal para promover esa revisión. El número de los sujetos habilitados para iniciar el trámite puede, eventualmente, ser muy reducido;

b) otro conducto es la *convalidación expresa* de la reforma inconstitucional, a pesar de los defectos que la perjudican. Ello puede ocurrir si la magistratura constitucional considera que el vicio del caso no es importante, o simplemente juzga que no hubo defecto en lo decidido, aunque lo hubiera. Se aplica así la *norma de habilitación* imaginada por Hans Kelsen: la norma inconstitucional vale como constitucional hasta que sea declarada inconstitucional; y lo resuelto por el órgano máximo de la jurisdicción constitucional es constitucional, por más que sea inconstitucional;[15]

[15] Véase Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado,* trad. por Eduardo García Máynez, 3ª. ed., México, UNAM, 1969, pp. 187 y ss.; Aftalión, Enrique; García Olano, Fernando y Vilanova, José, *Introducción al derecho,* 5ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1956, t. II, pp. 487 y ss. Sobre la norma de habilitación, sus proyecciones y modalidades, en particular sobre el tema que nos ocupa de revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de una reforma constitucional, véase Vanossi, Jorge R., *Teoría constitucional,* Buenos Aires, Depalma, 1975, t. I, pp. 228 y ss.

c) otra ruta es la convalidación de la reforma mediante el derecho consuetudinario constitucional. Si los operadores de la Constitución hacen funcionar habitualmente a la norma inválida, ello generará a la postre costumbre constitucional aprobatoria del derecho irregularmente aprobado. A menudo, esa consolidación vía costumbre se refuerza cuando el precepto irregular bajo examen brinda una solución justa a la cuestión que trata.[16] La legitimidad de contenido hace olvidar, así, a la ilegitimidad de trámite;

d) ha sido frecuente, en la experiencia jurídica latinoamericana, utilizar al referéndum constitucional como acto santificador del poder constituyente irregular. Conforme a este artificio, la reforma constitucional —o la nueva Constitución— elaborada irregularmente, es sin embargo ratificada y convalidada por el cuerpo electoral.

El recurso a la democracia plebiscitaria y electoralista no es jurídicamente concluyente, porque si algo es insalvablemente inválido, el electorado no puede mágicamente redimirlo —también lo decidido por el pueblo, en contra del derecho, en un régimen de *rule of law,* es anulable—; pero desde el ángulo político resulta un argumento muy fuerte, casi incontenible,[17] en particular para disimular y superar —siempre desde una perspectiva política—, defectos del procedimiento constitucional reformista, *v. gr.,* de órgano y de trámite. En cambio, este método no parece definitivo para sanear recetas constitucionales in-

[16] La reforma constitucional argentina de 1957 fue convocada por un gobierno *de facto,* y no por el Congreso, según lo dispone el art. 30 de la Constitución. Además, hubo graves proscripciones políticas en la elección de los convencionales constituyentes. No obstante, el principal artículo aprobado la reforma (art. 14 *bis),* continúa en vigor, principalmente debido a que sus cláusulas —relativas a los derechos de los trabajadores y otras pautas del constitucionalismo social—, fueron reputadas por la comunidad como intrínsecamente aceptables y justas.

[17] La fuerza convalidatoria del referéndum se basa en la doctrina del legitimismo democrático. Si el poder constituyente radica en el pueblo y éste se expide aprobando la Constitución, el debate sobre la validez del nuevo texto constitucional, terminaría sin más. Con mención de la opinión de Pedro de Vega y Constantino Mortati, véase Díaz Ricci, Sergio, *op. cit.*, pp. 722, 734-735.

trínsecamente injustas, que siempre claman por su abandono, o lesivas del derecho internacional de los derechos humanos, cuestionables incluso ante la jurisdicción supranacional.

Una variable redentora del proceso constituyente ha sido convocar, además de referéndums convalidatorios de una nueva Constitución irregularmente elaborada, a consultas populares habilitantes de dicha reforma, y por ende, previas a la misma, estén o no previstas tales consultas en la Constitución como un paso propio del proceso constituyente. Tal ha sido el reciente caso de Ecuador. En tales hipótesis, habría dos instancias populares de saneamiento del poder constituyente irregular: una, antes de ejercitarlo, y la otra, como culminación del mismo.

Interesa apuntar que el llamado a una consulta popular en pro de la realización de una reforma constitucional, se ha verificado no hace mucho en la República Dominicana, a pesar de no figurar explícitamente en la Constitución a enmendarse.[18] En el caso bajo examen, esa consulta no significa necesariamente que el proceso constituyente posterior padezca de irregularidad, y

e) en ciertos casos, hay acuse de inconstitucionalidad de una reforma constitucional y pronunciamiento admisorio de tal planteo por el órgano de control; pero la resolución respectiva no es cumplida. Tal crisis de eficacia o de acatamiento termina por hacer funcionar, de todos modos, a la reforma decidida irregularmente por el poder constituyente.[19]

---

18 Véase Prats, Eduardo Jorge, "La reforma constitucional en República Dominicana: un proceso en marcha", en *Revista Peruana de Derecho Público,* Lima, núm. 15, 2007, p. 60. El autor justifica la consulta de mención, a pesar de no figurar en el texto constitucional vigente. Expone al respecto que el presidente tiene derecho de iniciativa en el proceso de reforma, y que nada le impediría convocar al pueblo para conocer su opinión al respecto, evitando así que una asamblea constituyente monopolice el trámite de la enmienda.

19 Se ha observado, con razón, que con frecuencia la ejecución de una sentencia declarativa de la invalidez de una reforma constitucional, cuando así se pronuncia, depende de instancias políticas más que jurídicas. Un ejemplo de la frustración por omisión de cumplimiento ha sido el caso "Cerrezue-

6. El poder constituyente irregular en el escenario latinoamericano

Es un dato preocupante de la realidad subcontinental la frecuente aparición del poder constituyente irregular.

Para mencionar algunos ejemplos: la Constitución de Colombia de 1991, según se ha observado, no cumplimentó el trámite reformista programado por la anterior Constitución de 1886.[20] No obstante, la nueva Carta ha subsistido, por haber resultado exitosa la prohibición que incluye sobre el control de su constitucionalidad (art. transitorio 59), asunto al que hemos hecho ya referencia; y además, por el mérito intrínseco que ella posee, sobre el que media, en términos generales, consenso.

A su turno, la Constitución de Perú de 1993 se elaboró por un órgano distinto al programado por el texto reemplazado de 1979, y su referéndum aprobatorio fue sumamente cuestionado en lo que hace a su cómputo y limpieza electoral. Muy objetada después en su contenido, la permanencia de la Constitución se explica —entre otras razones— por no existir consenso político acerca de cómo reemplazarla, por el texto constitucional anterior, o por otra constitución.

La reforma constitucional argentina de 1994 tuvo serios defectos en la etapa preconstituyente, o de adopción de la ley 24.309 de reforma constitucional.[21] A su turno, el texto aprobado por la convención constituyente —no hubo referéndum—, olvidó incluir un artículo que se había sancionado, cosa que se enmendó —curiosamente— con una ley ordinaria del Congreso de la Nación (24.330), varios meses posterior a la conclusión de aquella asamblea, y que además corrigió una serie de errores de redacción del texto aprobado por la convención. Como dato de interés,

---

la", decidido por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de La Rioja, en Argentina. Véase Díaz Ricci, Sergio, *op. cit.*, pp. 724 y 764.

20 *Ibidem,* p. 723.

21 Hubo defectos constitucionales de tramitación de la ley 24.309, e incluso los textos aprobados en las dos cámaras del Congreso no coinciden entre sí. Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Introducción,* en *Constitución de la Nación Argentina,* 10ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 21.

la Corte Suprema de Justicia declaró más tarde inconstitucional un artículo aprobado por la citada reforma, por entender que la convención se había excedido del temario previsto por la ley de convocatoria 24.309.[22]

La reforma constitucional venezolana de 1999, por su parte, fue realizada mediante una convención no prevista por el texto removido de 1961. Terminó siendo aprobada por referéndum.

En Bolivia, una reforma aprobada en el 2004 permitió la convocatoria por ley especial, a una Convención Constituyente, a tenor del nuevo artículo 232.[23] La Asamblea funcionó en 2007. No obstante, la aprobación "en grande" —con la mera lectura del índice del nuevo texto—, el 24 de noviembre de 2007, en la sede de un colegio militar en Sucre, y la posterior aprobación en detalle, pero en una sede universitaria de Oruro, el 9 de diciembre, en un marco de alta conflictividad, ausencias y dificultades para sesionar, no evidencian un proceso constituyente impecable. Por lo demás, la nueva carta debía ser sometida a referéndum aprobatorio, trámite profundamente discutido en tal país, pero que culminó exitosamente para el gobierno, que logró a la postre —el 25 de enero de 2009—, la aprobación por tal vía de la Constitución, aunque su texto no coincidió totalmente con el aprobado por la convención constituyente.

Ecuador inició a partir de 2007 una gesta reformista que parte de una consulta popular convocada por el presidente de la Nación, en orden a preguntar a la ciudadanía si estaba de acuerdo

---

22 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Fayt", en *Fallos,* 322:1616. La sentencia despertó una intensa polémica en varios sectores de la doctrina. Véase Hernández, Antonio M., "El caso Fayt y sus implicancias constitucionales", en *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional,* CEPC, Madrid, núm. 5, 2001, pp. 453 y ss. Por nuestra parte hemos considerado que el desborde de competencias en que habría incurrido la convención era un tema por cierto opinable, y que en caso de duda debía concluirse por la validez de lo actuado. Eso, fuera de las críticas de fondo que merecía la norma sancionada por la Asamblea Constituyente.

23 Véase Aguiar de Luque, Luis y Reviriego Picón, Fernando, "Implicaciones constitucionales del giro político en algunos países iberoamericanos (2005-2007)", en *Cuadernos de Derecho Público,* Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, núm. 27, enero-abril 2006, pp. 232 y ss.

con la instalación de una Asamblea Constituyente con plenos poderes, a fin de dictar una nueva Constitución, de conformidad con un Estatuto Electoral que se adjuntaba. Fuera de las objeciones planteadas hacia la consulta en sí, que se fundó en el artículo 171, inciso 6 de la Constitución,[24] lo cierto es que ésta no disponía su reforma mediante una Asamblea Constituyente. Para viabilizarla, el poder ejecutivo invocó que el pueblo era el titular único del poder constituyente, y que éste, por su propia naturaleza, es soberano, indelegable e indivisible (decreto 2 del 16/1/07). Con tal argumentación, aparentemente, y previo referéndum preliminar aprobatorio de la consulta, el pueblo podía abrir una vía de reforma no contemplada por la Constitución, como efectivamente se hizo. El nuevo texto, ya concluido, también fue sometido a referéndum (art. 23 del "Estatuto electoral" mencionado), y aprobado por tal medio el 28 de septiembre de 2008.

En definitiva, cabe constatar que el ejercicio del poder constituyente irregular, por diferentes vías de confirmación, ha sido en la experiencia jurídica latinoamericana habitualmente exitoso. Tal es un dato muy significativo emergente de la dimensión fáctica o existencial del derecho constitucional, que desde luego no puede ignorarse, y que parece querer configurar hasta una especie de derecho consuetudinario constitucional.

Pero esa frecuente dosis de aprobación del poder constituyente irregular —directa, o por inacción de los órganos de control de constitucionalidad—, debe provocar un serio llamado de atención. Al asumirse el problema, tiene que quedar bien en claro que el recurso a referéndums convalidatorios de reformas constitucionales irregulares no es una solución axiológicamente aceptable en un estado de derecho.

Al respecto, debe subrayarse que no resulta legítimo transgredir los procedimientos jurídicos de reforma, con el pretexto político de que la aprobación popular del nuevo documento purga cualquier defecto de trámite y justifica cualquier contenido en lo sancionado. Eso podrá ser convincente —quizá— en el marco de una democracia rousseauniana y plebiscitaria de masas, don-

[24] Aguiar de Luque, Luis y Reviriego Picón, Fernando, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

de se rinda culto idolátrico a la *volonté general,* cualquiera que sea la forma en que se exprese, pero no es propio de una democracia perfeccionada por el derecho, es decir, por el imperio de la ley.

La remisión al "pueblo soberano", en efecto, para justificar cualquier decisión tomada en su nombre, es engañosa. En el Estado constitucional, recuerda Martín Kriele,[25] nadie es, en sentido preciso, "soberano", porque todos deben ejercer sus competencias en el marco que prescriba la Constitución.

[25] Kriele, Martín, *Introducción a la teoría del Estado,* trad. por Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 149 y ss.

Capítulo III
Derecho constitucional y derecho de emergencia*

1. Elementos y dimensiones de la emergencia

A. Introducción

Las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho de emergencia no han sido ni claras ni pacíficas. En rigor de verdad, todavía se discute cuáles son las fronteras de la emergencia, y si está comprendida, de modo completo, por la Constitución.

El tema, además de complicado, es profundo y grave. Prueba de ello es que ha preocupado, además de constitucionalistas, a politólogos y filósofos de la política. Ello se explica porque la emergencia no es solo un problema académico acerca del deslinde de dos o más partes del mundo jurídico, sino un asunto que pone a prueba las bases mismas del estado de derecho.

Intentaremos en nuestro estudio, primero, encuadrar el derecho de emergencia dentro del más amplio derecho de necesidad, y perfilar sus dimensiones esenciales. Luego, atender los fundamentos esgrimidos en la filosofía política para legitimarlo. Con posterioridad, será factible analizar la suerte corrida en Argentina por el derecho de emergencia —con relación al derecho constitucional—, e intentar formular su replanteo, por supuesto, desde perspectivas muy opinables y nada dogmáticas.

* La Ley, Buenos Aires, 1990-D-1036.

Aclaramos, por último, que nos ceñiremos, en principio, a la emergencia económica, y a la protagonizada por el Estado. Demás está decir que el asunto tiene aquí ribetes propios, en buena medida distintos a los usuales en el derecho penal o civil.

B. Necesidad y emergencia

Hay consenso en considerar al estado de emergencia como un tipo o especie del género estado de necesidad. La "emergencia" caracteriza una situación de necesidad excepcional y transitoria, de índole, pues, accidental.[1]

Existen, pues, casos de necesidad permanente y casos de necesidad transitoria, estos últimos, "de emergencia". En ambos, la situación puede ser imprevista, inesperada; o en cambio, previsible.[2]

Lo dicho es importante para entender a la doctrina del estado de emergencia como un capítulo de la doctrina del estado de necesidad, donde le son aplicables las pautas generales de la última. También, para comprender al derecho de emergencia como un tramo del derecho de necesidad, con principios jurídicos obviamente comunes.

C. Elementos de la doctrina del estado de necesidad

Parece conveniente precisar cuatro ingredientes claves de la teoría o doctrina del estado de necesidad:

---

1 Véase Linares Quintana, Segundo V., "La legislación de emergencia en el derecho argentino y comparado", en *Revista Jurídica Argentina La Ley,* Buenos Aires, La Ley, núm. 30, abr-jun, 1943, p. 908. Véase también Bielsa, Rafael, "El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y administrativo", en *Anuario del Instituto de Derecho Público,* Rosario, t. III, año III, 1940, p. 85.

2 En la jurisprudencia estadounidense algunos fallos han definido la emergencia en función de acontecimientos que provocan un peligro repentino o inesperado, pero en otros pronunciamientos se dice que la emergencia "no siempre importa repentinidad o imprevisibilidad", o que no necesariamente es inesperada. Véase Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.,* p. 907.

a) la *situación de necesidad,* o circunstancia fáctica que exige una respuesta por parte del Estado;
b) el *acto necesario* para enfrentar la situación de necesidad;
c) el *sujeto necesitado* —en nuestro caso, el Estado—, cuyo comportamiento se requiere para adoptar y ejecutar al acto necesario, y
d) el *derecho de necesidad,* que atiende a la problemática jurídica de la situación de necesidad —*v. gr.,* si la contempla o no—, del acto necesario a adoptar y de la conducta del sujeto necesitado.

D. La situación de necesidad

Lo característico de la situación de necesidad es que impone o demanda una solución: si ésta no se toma, se producirá un daño grave. Involucra, pues, una hipótesis de peligro o riesgo, que asume distintas formas:

a) en función del tiempo, anticipamos que es posible diferenciar una necesidad permanente y otra accidental, ocasional o transitoria, usualmente llamada "emergencia";
b) por su naturaleza, la necesidad es de índole militar, económica, financiera, político-institucional, etcétera;
c) en razón de su intensidad, la que podríamos llamar necesidad simple alude a problemas que hacen al "Estado ordinario" —según la expresión de Heineccio—, y que requieren soluciones corrientes en materia, por ejemplo, de prestación de servicios públicos. Para atender a esas necesidades el Estado dispone del llamado "dominio eminente";[3]

   A su turno, otra necesidad, que denominamos extrema (hiper o maxinecesidad), refiere a lo que Heineccio rotula como "Estado extraordinario". En tal supuesto, la situación de necesidad compromete la estabilidad o supervivencia del Estado, del sistema político o de la comunidad. Casos

[3] Véase Gottlieb Heineccio, Juan, *Elementos del derecho natural y de gentes,* trad. por J. J. A. Ojea, Madrid, 1837, t. II, p. 131.

terminales de ese tipo movilizan lo que Kessler llamó el "dominio supereminente" del Estado,[4] y

d) con relación al espacio, la situación de necesidad puede plantearse a nivel general —i. e., en todo el Estado—, o en el orden local —*v. gr.,* en una provincia—.

E. El acto necesario

En la necesidad simple, que denominaremos impropia, el acto necesario debe adoptarse, pero si no se realiza, el costo de la omisión puede ser significativo, pero no fatal. Además, el contenido del acto necesario puede determinarse según pautas discrecionales de utilidad y conveniencia del sujeto necesitado, en nuestro supuesto, el Estado.

En las situaciones de hiper o maxinecesidad —necesidad propia—, el acto necesario aparece como imprescindible, forzoso, inevitable, so pena de sufrir el Estado una quiebra como tal, la ruptura del sistema político o un daño gravísimo e irreparable para la comunidad. Dicho de otro modo, no caben alternativas u opciones racionales: tiene que ejecutarse. Desaparecen entonces las ideas de discrecionalidad, utilidad y conveniencia, reemplazadas por la noción de lo ineludible, imperioso e indefectible. La posibilidad de "no hacer" es aquí letal.

Normalmente, el acto necesario exige, para realizarse, un incremento en la cuota de poder del sujeto necesitado, y una reducción de los derechos de los particulares. Eso, en cuanto el fondo del asunto. La necesidad —y en particular, la necesidad emergente, apremiante, circunstancial—, puede autorizar la asunción de competencia de un órgano del Estado, por otro, que no las posee regularmente —el caso típico pueden ser los "decretos de necesidad y urgencia", que son verdaderas leyes adoptadas por el Poder Ejecutivo sin la previa intervención del Congreso—.[5]

---

[4] Gottlieb Heineccio, Juan, *op. cit.,* p. 133; y sobre Johann Elias Kessler, cfr. Meinecke, Friedrich, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna,* trad. por Felipe González Vicen, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959, p. 141.

[5] Sobre la justificación de los decretos de necesidad y urgencia en razón de la necesidad, véase Bielsa, Rafael, *op. cit.,* p. 85.

F. El sujeto necesitado

En derecho constitucional el sujeto necesitado —es decir, quien debe cometer el acto necesario— es el Estado, entendido en sentido amplio —Nación, provincia, aun municipio—. De ahí que la doctrina del estado de necesidad, en nuestra materia, haya sido enjuiciada a menudo como una teoría de corte autoritario y riesgosa para los derechos personales.

Ocasionalmente se divisa como sujeto necesario al pueblo, en el caso del ejercicio del derecho de resistencia a la opresión, manifestación típica del "estado de necesidad", y que se ejerce contra las autoridades estatales.

G. El derecho de necesidad

La doctrina discute si la necesidad importa un fenómeno fáctico, extra o ajurídico, incluso antijurídico; o si forma parte del mundo del derecho.

El conflicto no es nuevo, ya que se remonta al pensamiento romano. Dos adagios reflejan la contienda. Uno, *necessitas non habet legem*, parece puntualizar que la necesidad escapa del derecho, desde el momento en que no tiene ley —y puede, así, operar contra la ley—. El segundo, *necessitas jus constituit*, indica que la necesidad genera derecho —el derecho de necesidad, *jus necessitatis*—, que por supuesto está captado por el mundo jurídico.[6]

Nos hemos inclinado por la segunda postura. La experiencia jurídica muestra, en primer término, que no existen acontecimientos *ajurídicos* —puesto que, indefectiblemente, todo hecho será lícito o ilícito—. En segundo lugar, se advierte que muchas situaciones de necesidad están previstas por el ordenamiento jurídico —sobre todo, las de necesidad simple, para lo cual se plani-

[6] Sobre la juridicidad del derecho de necesidad, véase Sagüés, Néstor P., *Mundo jurídico y mundo político,* Depalma, Buenos Aires, 1978, pp. 149-151.

fican las autoridades y competencias ordinarias y otras, de necesidad extrema, como el estado de sitio—. Finalmente, el derecho de necesidad que adopta el acto necesario puede instrumentarse de distinto modo: por medios regulares —*v. gr.,* ley, decreto— o irregulares, producto, precisamente, de la necesidad —así, las "ordenanzas" italianas, los decretos de necesidad y urgencia, los decretos individuales de urgencia—. Todo ello provoca, naturalmente, una problemática jurídica que cabe considerar.

Por supuesto, una faceta de sumo interés —y que atenderemos circunstanciadamente— es el de las relaciones entre ese derecho de necesidad y el derecho constitucional, bajo cuya óptica, inevitablemente, el primero será constitucional o inconstitucional.

En resumen, el derecho de necesidad —y, consecuentemente, el de emergencia, para la variante de la necesidad ocasional y excepcional—, atiende las cuestiones jurídicas de la situación de necesidad, del hecho necesario, del sujeto necesitado y de las normas dictadas para enfrentarlo.

H. Dimensiones del estado de necesidad

En definitiva, la necesidad tiene en el mundo jurídico tres dimensiones:

a) una, fáctica, contempla las situaciones, hechos o casos de necesidad, cuál es el acto necesario impuesto por las circunstancias de necesidad y quién debe consumarlo —el sujeto necesitado—;
b) la segunda, normativa, estudia a las reglas que regulan —cuando las hay— a la situación de necesidad, al sujeto necesitado y al acto necesario; así como su constitucionalidad, y
c) la tercera, de raíz axiológica, refiere a los valores jurídico-políticos que evalúan y legitiman —o descalifican— las situaciones de necesidad, el comportamiento del sujeto necesitado, la legitimidad del acto necesario y de las normas que lo instrumentaron.

2. Ética de la necesidad

A. Transcendencia del tema

Un reexamen de la doctrina de la emergencia obliga, tal vez, a estudiarlo primero desde el ámbito de los valores jurídicos-políticos. Y es que, en definitiva, el mérito de aquella teoría y sus consecuencias en la esfera del derecho constitucional dependerán de la concepción ideológica del jurista: de los valores que él maneje, y de la cotización que asigne a cada uno de ellos. Según su tabla dikelógica, se deducirán espontáneamente las conclusiones acerca del peso que tiene la necesidad, y de su fuerza para arremeter contra la Constitución.

En tal sentido, la doctrina de la necesidad ha contado con un arsenal legitimatorio de distinta naturaleza. Es factible distinguir, por cierto, una "ética de mínima" y una "ética de máxima", en cuanto al estado de necesidad.

B. Ética de mínima

Para esta postura, el estado de necesidad encuentra justificación —legitimidad— pero dentro de ciertas pautas. En Heineccio, por ejemplo:

a) el estado y el derecho de necesidad tienen base en el derecho natural de conservación del Estado; que es su "Ley suprema";
b) la necesidad se explica como un ingrediente más del fin del Estado. Dicho de otro modo, el derecho de necesidad se entiende como un medio exigido para lograr el bien público. Es decir, que a la postre tiene por objeto asegurar "la libertad y seguridad públicas";
c) el estado de necesidad no está para "la utilidad privada del soberano", ni para "su deleite"; esto imposta una interesante distinción entre "necesidad del Estado" y "necesidad del gobernante";
d) el derecho de necesidad es un derecho subsidiario: sólo opera "cuando de otro modo no pueda conseguirse la salvación del Estado";

e) el derecho de necesidad tiene que ejercerse cautelosamente, "para que no degenere en una arbitrariedad e injusticia notables", y

f) el derecho de necesidad autoriza a "aplicar los bienes de los ciudadanos a las urgencias del Estado", en particular para los casos de guerra, pero impone "indemnizar a aquel a quien se privó de una cosa propia por causa de la salud o utilidad pública", aunque esto algunas veces no pueda hacerse de inmediato.[7]

Otro aporte interesante, en esta visión de "ética mínima" de la necesidad, la hace Francisco Suárez, cuando explica que la necesidad y la emergencia pueden provocar la *dispensa de la ley*, de modo análogo a como lo hace la doctrina de la equidad. La primera, cuando el cumplimiento de la norma ocasiona un grave perjuicio para el bien común.[8] La segunda, sabemos, a fin de evitar que la aplicación de una ley, justa en términos generales, provoque una injusticia en el caso concreto.

En la ética de mínima, el estado de necesidad se lo encuadra bajo una serie de valores y de limitaciones. Hay necesidad y debe actuarse en su consecuencia, si el bien común lo justifica, y sólo en la medida en que él lo requiera. Simultáneamente, la necesidad extrema y el correlativo derecho de necesidad, se explican naturalmente porque en ellos entra en juego la supervivencia del Estado —sin el cual no podría haber orden, justicia, seguridad ni libertad—; pero la realización de tal necesidad debe compatibilizarse con otros valores jurídico-políticos, aunque éstos, en la emergencia, retraigan su vigor.

La necesidad, en síntesis, no justifica todo.

C. Ética de máxima

Frente a aquella tesis, otra sacraliza a la necesidad como valor supremo del derecho y de la política. Para esta posición, el bien común se subordina a la necesidad.

---

7 Véase Gottlieb Heineccio, Juan, *op. cit.,* pp. 133 y 135.

8 Cfr. sobre el pensamiento de Francisco Suárez en el tema, Bielsa Rafael, *op. cit.,* pp. 29-31, texto y notas.

Tal vez un precedente para la versión posterior de esta teoría sea la elaboración jurídica de Federico II de Sicilia —quien promulga en 1231 las Constituciones de Melfi—, según la cual, escribe Juan Beneyto, todo responde a una nueva concepción: la necessitas. En concreto, no interesa si el poder político deriva del bien o del mal: lo único rescatable de la experiencia, es que nace de la necesidad del mismo poder.[9]

Esa justificación intrínseca de la necesidad —la necesidad es buena por sí, simplemente porque es necesaria— cuenta en el siglo XVI con una fundamentación doctrinaria tan cruda como calificada.

Sin hesitación, es en Maquiavelo (1469-1527) donde se encuentra la legitimación más contundente y lograda de la necesidad. Para el florentino, como se sabe, los tres factores esenciales del comportamiento político con la *fortuna* —emparentada con el azar, con los condicionamientos físicos y el destino—, la *virtù* —aptitud o cualidad para el gobierno— y la *necessità*.

Maquiavelo construye, como explica Meinecke, una verdadera teoría de la necesidad. La *necessità* es, en definitiva, el motor de la *virtù* y aun el origen de la moral. La necesidad —la fuerza de las cosas, la evolución de las circunstancias—, acucia e impulsa a la *virtù*: excita las dotes del Príncipe inteligente y provoca su conducta de gobierno. Por ejemplo, explica, de la amenaza de los principados, surge la voluntad y la necesidad de conquista, para el amenazado. A mayor necesidad, pues, mayor *virtù*.

Hasta aquí, el concepto de "necesidad" parece inocuo, cuando no positivo, como estímulo para la acción de gobierno. Sin embargo, su desborde se produce cuando Maquiavelo desliga la necesidad de la ética. Así, puntualiza, en tren de conservar el poder y conservar al Estado, la necesidad enseña al Príncipe cuándo debe obrar moralmente, y cuándo debe actuar no moralmente —es decir, amoralmente—; cuándo debe respetar la ley y los pactos y cuándo debe apartarse de ellos, aunque en princi-

[9] Cfr. Beneyto, Juan, *Historia de las ideas políticas,* 3ª ed., Madrid, Aguilar, 1968, p. 125.

pio, si puede, Maquiavelo le sugiere comportarse moral y jurídicamente.

De tal modo, el ingenio de Maquiavelo estriba en presentar a la necesidad como fuente simultánea del bien y del mal políticos. Así se llega, concluye Meinecke, a la justificación más elevada de toda política inmoral.[10] La legitimidad de la necesidad, por ende, es en política superior a la legitimidad misma de la moral.

Poco después, en los *Seis libros de la República* (1576) Bodin dirá que "nada indispensable a la salvación del Estado puede aparecer como ignominioso". Trajano Boccalini (1553/1613) enseña que llevado por la necesidad, el Príncipe "está obligado a hacer cosas que él mismo odia y repugna", y en aras de esa necesidad puede comprenderse, por ejemplo, que asesine a sus parientes más próximos, "pues no es nada conveniente la abundancia de retoños de sangre real".

Johann Elias Kessler, llamado con justeza "el Hobbes alemán", escribía en 1678 que la necesidad autoriza en caso de rebeliones a "no respetar siquiera la inocencia, si así lo requiere el bienestar común", y que por necesidad el gobernante debe renunciar a obrar bien, para lo cual puede disponer "del cuerpo y bienes de los súbditos".[11]

Gabriel Naudé (1600-1653), autor de un libro a la postre profético —Considerations politiques sur les coups d' Etat— diferencia una justicia natural —inspirada en las leyes divinas y naturales— y una justicia artificial, "particular y política", inspirada en la necesidad, la que obliga a realizar al gobernante muchas cosas que la justicia natural condenaría irremediablemente.[12]

Tal vez podría concluirse esta narración de la necesidad con alguna cita de Federico el Grande de Prusia (1712-1786), y de Leopoldo von Ranke (1795-1886). El primero, después de destacar que la "necesidad monstruosa" justifica las guerras de con-

[10] Cfr. Meinecke, Friedrich, *op. cit.,* pp. 35-47; Conde, Francisco J., *El saber político de Maquiavelo,* Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1948, pp. 50 y ss.

[11] Meinecke, Friedrich, *op. cit.,* pp. 139-141; y en cuanto Bodin, pp. 60-62.

[12] Meinecke, Friedrich, *op. cit.,* pp. 199-205.

quista, concluye que la misma necesidad puede obligar al Príncipe a violar acuerdos y alianzas, ya que es mejor que rompa un tratado a que haga perecer a su pueblo. El segundo, al estudiar las corrientes vitales de la historia, termina por reconocer que "no es la libre elección, sino la necesidad de las cosas", la que rige el movimiento de los Estados.[13]

Para la ética de máxima, sintetizando, la necesidad o es legítima por sí misma, o está exenta del control ético, o es ella misma fuente de legitimidad —indica cuando actuar moral o inmoralmente—. En todo caso, se encuentra por encima de los demás valores jurídico-políticos, especialmente del valor legalidad.

D. Necesidad y razón de Estado

La "ética de máxima" del estado de necesidad se vincula estrechamente con otro concepto importante, como es el de "razón de Estado".

Para esta tesis, la "razón de Estado" justifica cualquier medida tendente a "mantener al Estado sano y robusto".[14] El fin del Estado, el interés del Estado, es en esta perspectiva inmanente, y consiste primero en su conservación y engrandecimiento. Las ideas de moralidad, de derecho y de bien común se subordinan aquí a la "razón de Estado", y se convierten en instrumentos de ella.

Es obvio que la doctrina de la necesidad acompaña perfectamente a la teoría de la razón de Estado. El interés del Estado es su Ley suprema: "Hay que seguir ciegamente al interés del Estado".[15]

---

13 *Ibidem,* pp. 303 y ss.

14 Meinecke, Friedrich, *op. cit.,* p. 3. En Maquiavelo, el "Estado", *lo stato,* "sólo aspira a subsistir en el sentido del puro conservarse... No es un Estado justo, sino un Estado de necesidad en sentido profundo": Conde, Francisco J., *El saber político de Maquiavelo,* Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1948, p. 85.

15 La frase es de Federico el Grande de Prusia: Meinecke, Friedrich, *op. cit.,* p. 318.

3. La emergencia económica en el derecho argentino

A. Emergencia sustantiva y emergencia procesal

En varias materias y en momentos muy distintos el Estado argentino ha dictado normas de emergencias, así conceptuadas explícitamente por los autores de tales reglas —poderes legislativo y ejecutivo, en particular cuando éste las propuso—, o por el poder judicial, al considerar su validez.

Es factible distinguir dos tipos de emergencia: la sustantiva y la procesal.

a) La *emergencia sustantiva* alude a materias de fondo. Leyes como la 9481, que suspendió el régimen de conversión del papel moneda por oro sellado, obligatorio según la ley 3871 (Adla, 1889-1919, 473), dictada cinco días después de iniciada la primera guerra mundial; la ley 12.591 (Adla, 1920-1940, 841), de precios máximos, fundado su proyecto por el poder ejecutivo expresamente en razones de necesidad, derivadas de la segunda guerra mundial y que al decir del senador Landaburu tenía su base, a fin de cuentas, en el principio *salus populi suprema lex est;* las normas sobre moratoria hipotecaria y de fijación de su interés, "por graves perturbaciones económicas y sociales"; las prórrogas de locaciones y reducción del monto de alquileres (*v. gr.,* decreto-ley 1380/43 y sucesivas ampliaciones); la ley 23.696 (Adla, XLIX-C, 2444), que declaró en estado de emergencia "la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económico-financiera de la administración pública nacional centralizada y descentralizada", programando para ello un sistema de intervenciones y privatizaciones (arts. 1°, 2°, 8°) y de contrataciones de emergencia (arts. 46 y ss.); la ley 23.697 (Adla, XLIX-C, 2458), rotulada "de emergencia económica", que pone "en ejercicio el poder de policía de emergencia del Estado, con el fin de superar la situación de peligro colectivo

creada por las graves circunstancias económicas y sociales que la Nación padece" (art. 1°), e instrumenta, por ejemplo, un régimen de suspensión a los sistemas de promoción industrial (art. 4°), e impide en ciertos casos despidos sin causa del personal bajo relación de dependencia (art. 9°), son ejemplos de la legislación de emergencia sustantiva. En igual sentido, los impactantes decretos 36 y 37/90 implantaron una moratoria de diez años.[16]

b) La *emergencia procesal* refiere a temas de derecho adjetivo, como la suspensión de sentencias de desalojos (*v. gr.,* ley 16.739) o la ejecución de sentencias y laudos arbitrales que condenen al Estado nacional, entidades autárquicas y empresas del Estado al pago de sumas de dinero (art. 50, ley 23.696).

Algunas veces se ha declarado "en estado de emergencia económica... al sistema nacional de previsión social", por medio de un decreto de necesidad y urgencia (art. 1°, decreto 2196/86 —Adla, XLVI-D, 4180—), atento el receso del Congreso y la necesidad y urgencia de procurar soluciones inmediatas a la existencia de miles de reclamos tramitados en sede administrativa y judicial, que fueron paralizados (art. 2°, decreto cit.). La norma aludida fue complementada y corregida por el decreto 648/87 (Adla, XLVII-B, 1579), todo ello ante la inexistencia de fondos suficientes para afrontar los pagos del caso.

B. Emergencia bajo la Constitución y fuera de la Constitución

Desde otra perspectiva, la emergencia económica —sustantiva o procesal— puede estudiarse en función de su compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución nacional.

---

[16] Véase Bielsa, Rafael, *op. cit.,* pp. 61-63. Véase también Linares, Segundo V., *op. cit.,* pp. 909 y ss., con el mensaje del Poder Ejecutivo sobre la ley 12.591 y parte del debate parlamentario. Los decretos 36/90 y 37/90, argumentando emergencia económica convirtieron los depósitos a plazo fijo en la suma mayor al millón de australes, en bonos externos serie 1989, a devolver en dólares en un plazo de diez años. También canjearon títulos de la deuda pública de otra índole en los mismos bonos externos.

C. Emergencia económica bajo la Constitución. Situaciones expresamente incluidas en la Constitución

En ciertos casos, el derecho constitucional comparado ofrece respuestas específicas para los casos de emergencia económica. Así, el artículo 185 de la Constitución de Nicaragua apunta que para los supuestos de guerra, o cuando lo demande la seguridad de la nación, las condiciones económicas o hipótesis de catástrofe nacional, el presidente de la República podrá suspender los derechos y garantías constitucionales, decretando el "Estado de emergencia" por tiempo determinado y prorrogable, pudiendo en ese lapso aprobar el presupuesto general. Según el artículo 41 de la Constitución de Chile, declarado el estado de asamblea por el presidente de la República, éste dispone requisiciones de bienes y establece limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad (art. 41, inc. 1°). También mediante declaración del estado de catástrofe el presidente está en condiciones de adoptar medidas análogas (art. 41, inc. 5°).

En Argentina, la Constitución contempla en su artículo 4°, "para urgencias de la Nación", la instrumentación de "empréstitos y operaciones de crédito". El artículo 75, inciso 2° alude a otra fuente impositiva, transitoria —"por el tiempo determinado"—: las contribuciones directas, en razón de defensa, seguridad común y bien general del Estado.

El estado de sitio, legislado en el artículo 23 de la Constitución nacional, se prevé para casos "de conmoción interior y de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella". Aunque los hechos causantes del estado de sitio parecen ser de índole esencialmente política, nada impide que tengan raíz económica —puesto que muchos problemas de origen económico originan malestares políticos— y que, en su consecuencia, sea factible declarar el estado de sitio por acontecimientos económicos, que hayan provocado conmoción interior, por ejemplo.

En tal hipótesis, cabe preguntarse si la suspensión de las garantías constitucionales (que es la consecuencia prevista por el art. 23 de la Constitución, en ocasión de la declaración del estado de sitio), puede afectar derechos económicos de las perso-

nas, precisamente para atender la emergencia económica —en la eventualidad que damos— causante del estado de sitio.

La respuesta a este interrogante difícilmente sería negativa, cumplidos que sean los recaudos de causalidad y de proporcionalidad que debe haber entre los motivos del estado de sitio y el acto restrictivo dispuesto por el poder ejecutivo sobre los derechos patrimoniales. Esta conclusión está avalada por la doctrina mayoritaria, e incluso se desprende de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación enunciada, *v. gr.,* en los casos "Alem", "Alvear", "Semanario Azul y Blanco", etc. Recientemente, Alberto B. Bianchi habla, al respecto, del "estado de sitio económico".[17]

En sentido análogo, la declaración de guerra, instituto previsto en la Constitución nacional por los artículo 75, inciso 25 y 99, inciso 15, conlleva una situación de emergencia tratada por la Constitución, de la que se infiere, por ejemplo, la facultad de adoptar determinadas medidas económicas en la urgencia bélica, como *v. gr.,* las requisiciones, incluso sin ley que las permita, de haber necesidad al respecto.[18]

D. La emergencia en el derecho consuetudinario constitucional. Descripción de la emergencia

Al lado de las previsiones constitucionales formales sobre la emergencia, el derecho constitucional consuetudinario ha ela-

[17] Sobre el tema, véase Gregorini Clusellas, Eduardo L., *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado,* Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 368 y ss.; Bianchi, Alberto B., "El estado de sitio económico", en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires,* 50-13, 1990.

[18] Sobre la guerra, véase Linares, Juan F., *Derecho administrativo,* Buenos Aires, Astrea, 1986, pp. 433 y 492; Bidart Campos, Germán, J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* Buenos Aires, Ediar, 1986, t. 1, pp. 199-200, quien recuerda el discutido criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "Merck Química Argentina *c.* Gobierno nacional", según el cual el derecho de guerra confiere al Estado poderes "anteriores, preexistentes y superiores a la misma Constitución", y a los cuales puede recurrir cuando hay apremiante necesidad. En base a ello, la Corte llegó a justificar la confiscación de la propiedad enemiga. Véase Fallos: t. 211, p. 162 (*Revista Jurídica Argentina La Ley,* t. 51, p. 255).

borado una serie de normas, generalmente de origen judicial, en torno a las condiciones y límites del derecho de emergencia enunciado en las leyes y decretos que lo declararon y aplicaron.

En cuanto a la definición de la emergencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —*v. gr.,* en "Perón"—, expuso que ella deriva de situaciones de carácter físico —terremotos, epidemias—, económico social, o político —como una revolución—. Su naturaleza puede ser diversa. Lo que tipifica la emergencia, es su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos, y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para resolverla, en función de los intereses afectados, reglas que no son propias del derecho ordinario: acontecimientos extraordinarios, dice la Corte, reclaman remedios también extraordinarios.[19]

E. Requisitos del derecho de emergencia. Realidad de la situación de emergencia

La doctrina de la Corte enuncia varios recaudos para la constitucionalidad de la normatividad de emergencia.

El primero de ellos es exigir que medie una auténtica circunstancia de emergencia, esto es, una realidad fáctica excepcional —v. gr., doctrina de "Ghiraldo"—.[20] Esto obliga a aclarar que si la adopción de la norma de emergencia es espúrea —o sea, si en los hechos no hay efectivamente una situación de emergencia—, la regla del caso no sería constitucional.

F. Transitoriedad de la norma de emergencia

El quid de esta otra exigencia de la Corte estriba en que, para dicho Tribunal, la ley de emergencia moviliza poderes del Estado de índole excepcional, cuyo ejercicio es legítimo en esos momen-

[19] Cfr. Bidart Campos, Germán J., *op. cit.,* t. I, p. 197; Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJNA), Fallos: t. 238, p. 76 (*Revista Jurídica Argentina La Ley,* t. 87, p. 113).

[20] CSJNA, Fallos: t. 202, p. 456. Véase sus citas t. 172, p. 21 y t. 199, p. 473.

tos extremos, pero no en periodos normales. En otras palabras, si graves circunstancias de perturbación autorizan "el ejercicio del poder de policía del Estado, en forma más enérgica que lo que admiten periodos de sosiego y normalidad", la norma de emergencia tiene que ser circunstancial y temporaria.[21]

En resumen, conforme a la directriz jurisprudencial que mencionamos, la norma de emergencia es constitucional durante la emergencia, pero inconstitucional si ésta desaparece.

El tema de la transitoriedad presenta varios problemas. Así, se ha discutido en el seno del Congreso argentino si la norma de emergencia debe mencionar explícitamente el lapso de su vigencia circunstancial, cosa que para algunos es indispensable. Para otra postura, en cambio, si la ley se autodefine como de emergencia, o ello surge claramente de su articulado, la duración transitoria de ella es implícita, de tal modo que si desaparece la situación de emergencia, la norma de emergencia resultaría automáticamente inoperante.[22]

En la praxis legislativa argentina la mayor parte de las reglas de emergencia han fijado plazos, aunque otras no. La alternativa de plazo indefinido ha sido, *v. gr.,* la adoptada por la ley 9506, que autorizó al Poder Ejecutivo, vencidos los plazos de la ley 9481 (Adla, 1889-1919, 910; 912), a prorrogar por los días y meses que fuesen necesarios la suspensión de la conversión de papel moneda por oro sellado.[23]

En rigor de verdad, parece que el enunciado del plazo expreso responde a la mejor doctrina, ya que la tesis de la *inoperatividad automática* implícita de una regla de emergencia —si desaparece la situación de emergencia— peca de notoria inseguridad e imprecisión.

---

21 Véase las sentencias dictadas en "Ercolano *c*. Lanteri de Renshaw, en CSJNA, Fallos: t. 136, p. 171, "Ghiraldo", en t. 202, p. 456, y en particular, "Martini e Hijos, en t. 200, p. 450.

22 Véase la opinión del legislador Arancibia Rodríguez en el Senado de la Nación, al tratarse la después ley 12.591, en Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.,* p. 912.

23 Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.,* p. 913.

Otro punto discutible es el de la duración del periodo de emergencia. Nuestras normas han establecido plazos diversos: por ejemplo, de treinta días, luego prorrogados (ley 9481); dos años (art. 50, ley 23.696, suspensión de ejecución de sentencias contra el Estado); tres años (ley de moratoria hipotecaria), o términos muchos más extensos (Romero recuerda el decreto-ley 1380/43 y posteriores leyes en materia de alquileres, con más de veinte años de prolongaciones).[24]

El problema que plantea la tesis de la temporalidad de la legislación de emergencia es el de su constitucionalidad si la situación de emergencia, o de necesidad transitoria, propio de una crisis coyuntural, para a ser un caso de necesidad permanente, característico de una crisis estructural.

En "Veix *vs.* Sixth Ward Building", la Corte Suprema de Estados Unidos puntualizó que una ley de emergencia no es inconstitucional, una vez terminada la emergencia, si su contenido pudo dictarse según la Constitución, como poder permanente.[25] Pero la duda subsiste si la ley de emergencia instrumentó poderes especiales, no propios de una legislación permanente.

En síntesis: si un estado de necesidad transitoria se convierte en estado de necesidad permanente, puede concluirse que la ley de emergencia, basada inicialmente en una circunstancia de necesidad circunstancial, conserva de todos modos legitimidad jurídica para resolver, en definitiva, un estado de necesidad constante. La doctrina de la emergencia es, según vimos (véase numeral 1-B) parte de la doctrina de la necesidad, y tributaria de ésta. El derecho de necesidad moviliza remedios excepcionales en razón, precisamente, del estado de necesidad; y si éste se convierte en algo perdurable, también deberá serlo la normatividad destinada a enfrentarlo.

---

[24] Romero, César, E., *Derecho constitucional,* Buenos Aires, Zavalía, 1976, t. II, p. 153. Un caso llamativo fue el de las leyes 17.016 y 17.905, que dispusieron que ciertas retraoctividades previsionales en materia militar debían pagarse en ocho ejercicios fiscales sucesivos, al no existir los fondos pertinentes. Véase Hutchinson, Tomás; Barraguirre, Jorge A. y Greco, Carlos M., *Reforma del Estado. Ley 23.696,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, p. 259.

[25] Véase Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.,* p. 920.

Sin embargo, en esta hipótesis de mutación de necesidad transitoria a necesidad constante, bien podría ocurrir que la legislación de emergencia, constitucional para el primero de tales supuestos, no lo sea para el segundo. Esto nos lleva al problema del derecho de necesidad supra o anticonstitucional, que veremos más adelante (numeral 3-K y ss.).

G. Legitimidad intrínseca de la medida legal de emergencia

El tercer recaudo que demanda nuestra Corte Suprema consiste en la justicia del "acto necesario" adoptado, legitimidad que debe entenderse en un doble sentido:

a) propósito de bien común. La Corte exige que la norma de emergencia se dicte en función de los intereses generales, los intereses públicos, los intereses supremos de la comunidad; el bien común, en resumen. Por ende, deviene inconstitucional todo derecho de emergencia contrario al bienestar general,[26] y

b) razonabilidad y justicia. En "Martini e hijos", por ejemplo, la Corte reitera que la ley de emergencia —como cualquiera otra— debe ser justa y razonable. En sentido igual, puede citarse "Ghiraldo", entre otros fallos.[27]

La razonabilidad del derecho de emergencia es entendida por Germán, J. Bidart Campos en el sentido que debe guardar proporción y adecuación con los motivos que dieron origen al acto necesario y el fin perseguido.[28] Juan F. Linares añade que la evaluación de la razonabilidad de una disposición de emergencia tiene que realizarse con criterio prudente, "acorde con la emergencia".[29] Vale decir, pensamos, con una lógica de la emergencia, y no con una lógica de la normalidad.

---

[26] CSJNA, Fallos: t. 202, p. 456; t. 136, p. 171, cfr. igualmente Bidart Campos, Germán J., *op. cit.,* t. I, p. 199.

[27] CSJNA, Fallos: t. 200, p. 450; t. 202, p. 456.

[28] Bidart Campos, Germán J., *op. cit.,* t. I, p. 199.

[29] Linares, Juan F., *op. cit.,* p. 433.

H. Respeto a la Constitución

Esta cuarta exigencia de la Corte argentina ya tuvo sus precedentes en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos.

En el derecho judicial estadounidense, en efecto, se han sentado estándares como los siguientes: "Las condiciones extraordinarias pueden exigir remedios extraordinarios... (pero) las condiciones extraordinarias no aumentan los poderes constitucionales" ("ALA Schechter Paultry Corp."); "Mientras que la emergencia no crea poder; puede, en cambio, suministrar la ocasión para el ejercicio del poder; y aunque no puede dar vida a un poder que no ha existido nunca, sin embargo, puede suministrar una razón para el ejercicio de un poder existente" ("Wilson *vs.* New").

En la doctrina judicial estadounidense, la emergencia puede operar en distintos modos:

a) sirve para movilizar poderes constitucionales del Estado cuyo ejercicio no sería correcto en circunstancias ordinarias;
b) aprovecha, también, las cláusulas constitucionales de tipo "abierto", o generales, que si admiten varias interpretaciones, resulta factible entenderlas en la emergencia de un modo específico para resolverla, y
c) la emergencia no crea poderes inconstitucionales; "ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder otorgado o reservado".[30]

I. Distinción entre "frustración" y "suspensión" de los derechos constitucionales

En sentido coincidente, la Corte Suprema argentina ha puntualizado, por ejemplo, que las leyes de emergencia "no puede escapar a las garantías y normas señaladas por la Constitución Nacional", y que "la Constitución es un estatuto para regular y garantir las restricciones y los derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, y sus previsiones no podrían suspenderse en ninguna de las gran-

[30] Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.,* p. 918.

des emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse. La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone pues el sometimiento de la misma a la Constitución y al derecho público y administrativo del Estado en cuanto éste no haya sido derogado".[31]

En resumen, para nuestra Corte Suprema el derecho de emergencia puede instrumentar poderes "en forma más enérgica que lo que admiten periodos de sosiego y normalidad"[32] pero no poderes inconstitucionales.

Para apoyar la validez constitucional de ciertas normas de emergencia, la Corte Suprema ha creado la doctrina distintoria entre "frustración" y "suspensión" de derechos constitucionales.

En un interesante voto del juez de la Corte Boffi Boggero, puede leerse con nitidez esta posición. Según ella, las leyes de emergencia reglamentan los derechos constitucionales —*v. gr.,* el de propiedad— del mismo modo que las leyes ordinarias, en función del artículo 14 de la Constitución nacional, cláusula que reconoce el goce de tales derechos "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio". En tal quehacer regulatorio, la ley de emergencia no podría frustrar un derecho constitucional —*v. gr.,* no estaría habilitada para desconocer un derecho adquirido por ley o contrato—, pero sí podría suspender su goce, de modo razonable. La suspensión, agrega Boffi Boggero, no importa desnaturalización del derecho constitucional regulado.[33]

Siguiendo esta línea doctrinaria, la Corte Suprema admitió la constitucionalidad de la suspensión, durante un periodo de emergencia, de la ejecución de derechos adquiridos ante un tribunal de justicia, como expresión válida del poder de policía del Estado (en el caso, art. 1°, ley 14.442 —Adla, XVIII-A, 53— y sus prórrogas). La suspensión inicial era por siete meses). En "Russo", el voto de los ministros de la Corte Oyhanarte y Araoz

---

31 Jurisprudencia Argentina., t. 26, p. 903.

32 CSJNA, Fallos: t. 200, p. 450. En otros fallos (*v. gr.,* t. 238, p. 76), la Corte indica que si bien la emergencia no autoriza al Estado ejercer poderes que la Constitución no le acuerda, "si justifica, con respecto a los poderes concedidos, en ejercicio pleno y a veces diverso del ordinario".

33 CSJNA, Fallos: t. 243, p. 467.

de Lamadrid subrayó que "no son inválidas ni atentan contra la seguridad jurídica las disposiciones legales que, sin desconocer la sustancia de una decisión judicial, se limitan a postergar durante breve lapso el instante en que empezarán a producirse sus efectos, o sea que se reducen a suspender transitoriamente la exigibilidad de una obligación reconocida no creada por sentencia ejecutoriada" dado, se dijo, "que ello no afecta de modo irrazonable a la cosa juzgada".[34]

Otra aplicación de la tesis que comentamos puede hallarse, por ejemplo, en "Roger Bialet". Allí la Corte concluyó que

> [...] el derecho adquirido a obtener mediante la ejecución de una sentencia firme lo que ésta determina, no puede ser sustancialmente alterado por una ley posterior, tanto en lo relativo a la determinación imperativa del derecho como a la eficacia ejecutiva de aquélla. No comporta esta alteración constitucional la ley que se limita a regular el modo y tiempo de obtener el efecto de manera distinta a la que establecía la ley vigente cuando el fallo judicial se dictó, a menos que la nueva regulación lo destituyera prácticamente de eficacia; lo que habría que apreciarse con el mismo criterio que otras regulaciones legales de emergencia por las que se modificaran circunstancialmente los alcances atribuidos a ciertos derechos por las leyes bajo el imperio de las cuales se adquirió.[35]

Sin embargo, en materia de emergencia la actitud de la Corte Suprema no ha sido siempre uniforme. Otra línea de fallos ha procurado encuadrarla dentro de pautas constitucionales más severas. Así, en "Nación Argentina c. Düring" puntualizó que si bien una ley de emergencia puede fundarse en el poder de policía del Estado —se trataba de la ley 12.830—, ello no significa que la propiedad no esté garantizada en los supuestos de expropiación, dado que "la emergencia está sujeta en un estado de derecho a los mismos principios que amparan a la propiedad en épocas normales".[36] En otros fallos destacó que porque una ley de locaciones se defina como de orden público, no puede alterar el prin-

[34] *Idem*.

[35] CSJNA, Fallos: t. 209, p. 405.

[36] CSJNA, Fallos: t. 237, p. 38.

cipio de cosa juzgada, ya que también revisten carácter de orden público las reglas constitucionales que aseguran el principio de estabilidad de las sentencias judiciales.[37]

Uno de los problemas más arduos de la doctrina que diferencia, en orden al derecho de emergencia, situaciones de "frustración" y de "suspensión", estriba en fijar el lapso razonable —que vendría a ser el término constitucional— de la suspensión. Si el lapso es irrazonable, por extremo, la "suspensión" rozaría, o simplemente configuraría, a la "frustración".

Sobre el punto, hemos visto que diversas leyes han instrumentado periodos disímiles, de meses a un par de años, y todavía más —en particular, en materia de prórroga de locaciones y reducción de sus cánones—. La cuestión se agrava cuando la necesidad transitoria (emergencia) pasa a ser necesidad permanente —*v. gr.*, si una moratoria en favor del Estado, por carecer éste de dinero para afrontar sus obligaciones, se define como constante—. ¿Resultaría, en tal supuesto, constitucional la legislación producto del derecho de necesidad? La Corte Suprema no ha respondido a tal incógnita, aunque de hecho legitimó la viabilidad constitucional de leyes sobre locaciones que duraron varias décadas.

En definitiva, en Argentina bien puede reputarse que hay un derecho constitucional consuetudinario que la validez constitucional al derecho de emergencia, satisfechas ciertas condiciones: realidad de la emergencia, legitimidad intrínseca de la norma de emergencia, transitoriedad de ella, respecto a la Constitución. Pero no hay normas de derecho constitucional consuetudinario sobre el derecho de necesidad permanente, en particular si ése se opone a la Constitución.

J. Conflicto entre el derecho de emergencia y la Constitución

Cabe abordar ahora el punto incuestionablemente más polémico de las relaciones entre el derecho de necesidad y la Constitución. Se trata, por supuesto, de las situaciones de oposición entre ambos.

[37] CSJNA, Fallos: t. 235, p. 512.

Tal disputa puede suscitarse ante dos casos:

a) una norma de derecho de necesidad transitorio —derecho de emergencia—, constitucional en tal condición, pasa a ser inconstitucional al tener que afrontar un caso de necesidad permanente, al provocar la frustración de un derecho constitucional que en su comienzo sólo fue suspendido —inconstitucionalidad sobreviniente del derecho de necesidad, inicialmente constitucional—, y

b) una norma de derecho de necesidad, permanente o transitorio, va contra una regla de la Constitución —inconstitucionalidad liminar del derecho de necesidad— al frustrar derechos constitucionales de los particulares o de algunos de los operadores de la Constitución —*v. gr.,* si afecta atribuciones de un órgano del Estado, en favor de otro—.

Esta doble confrontación ha dado lugar a distintas respuestas jurídicas.

K. Distintas alternativas. Rechazo total del derecho de necesidad opuesto a la Constitución

De darse batalla entre el derecho de necesidad y la Constitución, buena parte de la doctrina opta por descalificar al primero, reputándolo inconstitucional y por ende, inaplicable.

Conforme con esta postura, el derecho de emergencia "en ningún caso" puede afectar los principios ni la estructura constitucional del Estado.[38] Tampoco puede crear poderes superiores o ajenos a la Constitución, ni suspender su vigencia, ni autorizar a un poder del Estado a desempeñar tareas de otro.[39]

[38] Véase también Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.,* p. 909: "Si bien las leyes de emergencia responden a una necesidad colectiva súbita y grave que debe ser satisfecha con disposiciones que faltan en la legislación y las cuales pueden apartarse del sistema positivo, nunca debe olvidarse que el imperio total de la Constitución, sus poderes, sus declaraciones y garantías no cesan ni aun en estado de necesidad, al menos por los procedimientos de derecho, único aspecto que interesa a nuestro estudio". Cfr. asimismo, p. 921.

[39] Véase Bidart Campos, Germán J., *op. cit.,* t. I, pp. 198-199.

L. Admisión parcial (en materia de asunción del ejercicio de competencias de los órganos del poder) del derecho de emergencia inconstitucional

Para esta postura, el derecho de necesidad no puede perjudicar "el imperio total de la Constitución, sus poderes, sus declaraciones y garantías", de tal modo que aunque la necesidad altere ciertos principios del derecho positivo, tiene siempre como límite a la Constitución.[40]

Sin embargo, explica Rafael Bielsa —de quien tomamos estas expresiones—, el estado de necesidad justifica excepciones al principio de separación de los poderes. Así, de existir tal estado, es posible que un poder ejercite competencias de otro, como es el caso de los decretos-leyes de gobiernos *de jure* —"decretos de necesidad y urgencia"—, y de acordadas judiciales dispuestas ante la inexistencia del poder legislativo o asunción de gobiernos *de facto* —así, recuerda, la célebre acordada del 10 de septiembre de 1930—.[41] La necesidad autorizaría pues, fundamentalmente, transgresiones a reglas de distribución de competencias entre los poderes.

En ese mismo orden de ideas, el autor que citamos menciona a la revolución —"un hecho impuesto por la necesidad", donde priva el principio *necessitas jus constituit*—, como acto legitimado por la necesidad, siempre que esa revolución sea triunfante.[42]

M. El derecho de emergencia y de necesidad como derecho constitucional implícito

Esta vía de admisión del derecho de necesidad, alegada particularmente por parte de la doctrina suiza, explica que las reglas constitucionales no se encuentran en situación de paridad, desde el momento en que hay ciertas normas fundamentales —*v. gr.,* las que aluden a los fines del Estado, a su subsistencia y perdurabi-

40 Bielsa, Rafael, *op. cit.,* pp. 64 y 85.

41 *Ibidem,* pp. 75-77. Sobre la admisión de los decretos de necesidad y urgencia, véase Marienhoff Miguel S., *Tratado de derecho administrativo,* 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, t. I, p. 267.

42 Bielsa, Rafael, *op. cit.,* pp. 67-69, 127.

lidad—, y otras secundarias, de tipo instrumental u organizativo. Las primeras tienen primacía sobre las segundas.

En caso de necesidad, se afirma, deben prevalecer las reglas constitucionales generales y básicas, por sobre las organizativas. El derecho de necesidad es así algo inherente o implícito a toda constitución, presente en ella aunque expresamente no lo mencione, y que en todo caso, puede explicarse jurídicamente como un medio de cobertura de una laguna constitucional.[43]

N. El derecho de emergencia como derecho supraconstitucional

Ya en una confrontación más drástica entre el derecho de la necesidad y el derecho constitucional, un grupo de autores, en base al principio de conservación del Estado, o de su legítima defensa, postula como derecho natural del mismo su aptitud de evadirse de la Constitución, si la necesidad lo impone.

De darse una real situación de necesidad, surgiría un derecho de necesidad con potencialidad para producir el nacimiento, la alteración o la desaparición de cualquier norma del ordenamiento jurídico (incluso la Constitución), suscitándose incluso un "deber de salir de la legalidad", de ser ello indispensable.[44] Dicho de otro modo, durante el estado de necesidad se produce la subordinación de las reglas de derecho positivo ordinarias y extraordinarias, a la Ley fundamental de subsistencia del Estado. *Salus populi suprema lex est*.[45]

---

43 Sobre las ideas de Bukhardt y Waldkrch, véase García Pelayo, Manuel, "Derecho constitucional comparado", en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 1950, p. 475. En cuanto la aceptación implícita en la Constitución de la anormalidad, véase Verdú, Pablo Lucas, *Curso de derecho político,* Madrid, Tecnos, 1974, t. II, p. 676, y Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución,* 2ª ed., trad. por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, en nota 54, p. 286.

44 Sobre el derecho de necesidad como derecho natural en Hoerni y Labaud, y el "deber de salir de la legalidad" en Jeze, Esmein y Nézard, véase Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.,* p. 909. En cuanto la potencialidad del derecho de necesidad sobre la Constitución, y las ideas de Perassi, cfr. Fink, Andrés, *Los gobiernos* de facto, Buenos Aires, Depalma 1984, p. 158.

45 La cita es de Luigi Rossi. Véase Verdú, Pablo L., *op. cit.,* t. II, p. 675.

4. Reexamen de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho de emergencia

A. La necesidad como opción constitucional

Una nueva evaluación de las conexiones entre el derecho de necesidad y el derecho constitucional permite distinguir, tal vez, dos opciones básicas: la necesidad como opción constitucional y la necesidad como superación de la Constitución. Esta última, a su turno, admite dos modalidades: evasión y dispensa.

Comenzaremos por la necesidad como opción constitucional, que funciona así: cuando la Constitución brinda dos o más alternativas jurídicas para encarar un problema o situación de necesidad, *v. gr.,* un remedio ordinario y otro extraordinario, y a su vez, cada uno de ellos permite adoptar distintos caminos, bueno es que el operador de la Constitución, dentro del marco de posibilidades que ella brinda, tome la vía más adecuada para solucionar la situación de necesidad.

El tema ha sido reiteradamente resuelto, y con tino, tanto por la jurisprudencia estadounidense como por la argentina: la necesidad y la emergencia deben resolverse agotando al máximo todos los recursos que la Constitución contempla, instrumentándolos incluso de modo peculiar para encarar la situación de necesidad, con modalidades que no serían aceptables en épocas de normalidad, pero que sí se "constitucionalizan" en periodos de emergencia.[46]

El derecho de emergencia, cuando opera como opción de y en la Constitución, tiene por supuesto fundamento en la misma Constitución y se encuentra recortado por el derecho positivo de ésta, aunque cabe tener en cuenta:

a) que por "Constitución" y "reglas constitucionales", se comprenden tanto las normas del derecho constitucional formal —la constitución escrita— como las normas del derecho constitucional consuetudinario y del derecho

[46] Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.,* pp. 913 y ss.

constitucional repentino originadas en cualquier ámbito del derecho constitucional;[47]

b) que en cualquiera de estos supuestos, las reglas constitucionales del derecho constitucional formal e informal son elásticas, tanto por su enunciado —a menudo se formulan en cláusulas "abiertas", de amplias posibilidades exegéticas para el operador de la Constitución—, como por su vocación de futuridad —en el sentido que más que normas rígidas, cosificadas en una instancia histórica—, son instrumentos de gobierno para regular situaciones del porvenir, y

c) que el derecho de necesidad reclama una interpretación de las normas constitucionales conforme a una "lógica de la necesidad" y no a una lógica de la normalidad". La "lógica de la necesidad" pone a menudo en tensión y a prueba a la Constitución misma, a fin de tornarla operativa para abarcar la mayor cantidad posible de situaciones de necesidad, y darles respuesta dentro, y no fuera de la Constitución.

B. La necesidad como superación de la Constitución. Supuestos de cumplimiento materialmente imposible, o racionalmente imposible de la Constitución

Puede ocurrir, sin embargo, que la Constitución carezca de rutas jurídicas idóneas para atender una situación cierta y determinada de necesidad —permanente o circunstancial— que haga peligrar la continuidad del sistema político o la estabilidad social.

Existen dos supuestos nítidamente diferenciables donde anida el problema:

a) *imposibilidad material de cumplimiento de la Constitución*. Esto se produce cuando el operador de la Constitución no puede aplicarla, aunque lo quisiera, al ser físicamente im-

[47] Sobre el derecho constitucional informal —consuetudinario y repentino— nos remitimos a nuestro estudio "Derecho y realidad en el derecho constitucional", anticipo de "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", año XXXIV, núm. 27, pp. 6 y ss.

posible la efectivización de la Ley suprema. Un ejemplo clásico, para el derecho argentino pudo ser el artículo 3° de la Constitución de 1853, norma que estableció como capital de la Confederación a la ciudad de Buenos Aires, y declaró a ella como lugar de residencia de las autoridades nacionales.

Como se sabe, toda la provincia de Buenos Aires, incluyendo a la capital, se había separado de la Confederación Argentina, dictando después incluso su Constitución particular —la del "Estado de Buenos Aires"—, en 1854. De ahí que fuese materialmente imposible que tal localidad actuase como ciudad capital de la Confederación, situación de necesidad que justificó el dictado de un derecho de necesidad que instaló la capital en la ciudad de Paraná, a pesar de la explícita declaración constitucional del mentado artículo 3° (ley del 13 de diciembre de 1853; decreto del 24 de marzo de 1854), y

b) imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución. Esta situación, desde luego más polémica que la anterior, acaece si la ejecución de la Constitución, aunque materialmente factible, conduce a un absurdo mayúsculo, apto para quebrar el sistema político o causar la desintegración de la comunidad.

También, tomando como punto de referencia al texto original de la Constitución de 1853, el jurista recordará que su artículo 30 prohibía la reforma de ella hasta "pasados diez años desde el día en que la juren los pueblos". La interdicción regía, pues, hasta el 9 de julio de 1863.

Sin embargo, los hechos determinaron que luego de la batalla de Cepeda y consecuente Pacto de San José de Flores, fuese posible la unificación del país —separado, según dijimos, entre la Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires—, pero sólo después de una reforma constitucional, exigida por la provincia separada. Hacia 1860, entonces, la opción era: cumplir con el artículo 30, y no unificar al país; o reunirlo, evadiéndose del cumplimiento de tal norma. En la emergencia, se optó por lo segundo, decisión pacíficamente aceptada por la literatura constitucionalista nacional.

Si el asunto es claro, y si no caben otras alternativas normativas, el constitucionalista debe asumir —y no negar— el fenómeno de la imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución, y equipararlo al de imposibilidad material de cumplimiento de ella. En definitiva, es tan ilógico demandarle al operador de la Constitución que realice una conducta físicamente impracticable, como otra racionalmente inadmisible, insensata o descabellada. Máxime si tal absurdo, subrayamos, provoca la extinción del sistema político o el caos social.[48]

C. Fundamentos del derecho de necesidad como superación de la constitución. Orden fáctico

La solución del conflicto entre realizar una norma constitucional de cumplimiento material o racionalmente imposible, o aceptar un derecho de necesidad que la supere, tiene diversos planos de estudio.

En el orden de las realidades el asunto es quizá más simple, porque resulta muy raro —si lo hay— encontrar algún ejemplo de Estado que haya preferido desaparecer o sumergir a su población en una situación de desintegración social, antes que incumplir la Constitución. Incluso naciones con un destacado espíritu legalitario y constitucionalista, como Suiza, han adoptado medidas de emergencia transgresoras de aspectos de fondos y de distribución de competencias constitucionales, *v. gr.,* en ocasión de las

[48] A lo expuesto cabe agregar que, según la CSJNA, toda interpretación que conduzca a un absurdo debe rechazarse (Fallos, t. 111, p. 367; t. 306, p. 802, *Revista Jurídica Argentina La Ley,* t. 1985-C, 542); y resultaría francamente absurdo interpretar y hacer funcionar una norma de la Constitución, si esa aplicación provoca la destrucción del sistema político o el caos social. Un caso interesante de inobservancia de la Constitución fue tratado por la Corte Suprema de Minnesota, Estados Unidos, en "Naftalin *vs.* King": el tribunal constató que un impuesto era inconstitucional, pero no lo declaró así, porque de hacerlo hubiese causado la paralización de un impresionante plan de obras públicas, con un perjuicio social inconmensurable. Véase Sagües, Néstor P., "Control judicial de constitucionalidad: legalidad *vs.* previsibilidad", en *El Derecho,* Buenos Aires, t. 118, p. 909.

dos guerras mundiales. Otros países, como Estados Unidos, han reconocido que la necesidad crea institutos extraconstitucionales, como la ley marcial (*martial law)*, que implica la asunción del gobierno civil por la autoridad militar, y cuya constitucionalidad lo menos que puede calificarse es de "muy dudosa".[49]

D. Orden conceptual

La fundamentación jurídica del derecho de necesidad —entrevisto como superación de la Constitución— es, desde luego, más discutible.

El derecho de emergencia y de necesidad permanente, cuando actúa como superación de la Constitución —*i. e.,* en los supuestos de cumplimiento materialmente imposible, o racionalmente imposible de la Constitución— bien puede entenderse, al hilo de Waldkirch y Buckhardt, por ejemplo, y mejor todavía en Kagi, como un derecho constitucional implícito o sobreentendido en toda Constitución (véase par. 25). Cuando ésta enuncia en su Preámbulo o en determinadas cláusulas fundamentales (*v. gr.,* en la Constitución argentina, su art. 1°, al definir la forma de Estado y de gobierno) ciertas metas esenciales o el tipo de régimen que adopta, está presuponiendo la existencia misma del Estado, y su conservación, para alcanzar tales objetivos. Sin Estado, dicho de otro modo, no hay Constitución, como tampoco hay gestión de gobierno.

La Constitución y su proyecto de organización social reposan, entonces, en un dato previo y obvio: que tiene que haber Estado. Si el cumplimiento de la Constitución formal provocase la extinción del sistema político o la desintegración social, obvio es también que allí caería asimismo la Constitución. Y no es sensato imaginar como aceptable esa alternativa de suicidio constitucional.

Concomitantemente, el derecho de necesidad tiene apoyatura jurídica —aún en su versión supra o extraconstitucional como evasión de la Constitución—, en el principio *impossibile nulla*

[49] García Pelayo, Manuel, *op. cit.,* pp. 360 y 474-475.

obligatio est. Si la observancia de la Constitución es material o racionalmente imposible en un caso concreto, la norma de necesidad opuesta a la Constitución —derecho de necesidad, permanente o transitorio— se recuesta en el aludido postulado, que aunque no lo enuncie el derecho positivo —aunque alguna vez sí lo haga—, tendrá base, de todos modos, en el derecho natural.

La tercera vertiente jurídica del derecho de necesidad como dispensa constitucional se encuentra, finalmente, en otro principio iusnaturalista, como es de autoconservación. Es cierto que toda Constitución programa una serie de mecanismos para afrontar emergencias políticas, y aun económicas o de otra índole. Si ellos son insuficientes para afrontar la situación de necesidad, cabe admitir que existe una laguna constitucional que debe cubrirse, a falta de otras reglas constitucionales analógicas, por el salto a los valores jurídico-políticos,[50] y al derecho natural.

En este terreno, si se admite que el Estado, como forma política contemporánea, es un producto natural y necesario de y para la convivencia humana, y sin el cual resulta —hasta ahora al menos— inconcebible la coexistencia social; si se reconoce también que para la consecución de valores jurídico-políticos como justicia, orden, paz, igualdad, etc., el Estado aparece como sujeto indispensable y fundante, de tal modo que con prescindencia de él tales metas no pueden obtenerse, no cabe otra alternativa que reconocerle un derecho natural a la subsistencia y conservación, no tanto en función de sí mismo sino de la sociedad y de los hombres a los cuales debe servir, atento, precisamente, al papel instrumental —y no inmanente— que debe cumplir la estructura estatal.[51]

---

[50] Sobre el recurso a los valores, en particular a la justicia, para cubrir las lagunas constitucionales, siguiendo el esquema de Werner Goldschmidt, véase Sagües, Néstor P., "Integración de la norma constitucional", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político,* t. II, núm. 12, Montevideo, 1986, pp. 350 y ss.

[51] Sobre la necesidad del poder y del Estado [su "naturalidad"], véase Sánchez Agesta, Luis, Los principios cristianos del orden político, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 144. En cuanto el carácter servicial del Estado, cfr. Rommen, Heinrich, El Estado en el pensamiento católico, trad. por Enrique Tierno Galván, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 354.

De haber entonces una laguna constitucional, por no existir norma apta para enfrentar una situación de necesidad en donde se debata la continuidad misma del Estado, el recurso al principio iusnaturalista de la autoconservación no deviene anómalo, sino perfectamente aceptable.

Podría agregarse, para el caso argentino, otra consideración suplementaria. El artículo 33 de la Constitución nacional trata, como es sabido, de los derechos humanos implícitos o no enumerados, que emanan de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. La cláusula, rectamente interpretada, tiene en rigor de verdad una extensión mucho más amplia, ya que comprende también todos los derechos que correspondan al hombre desde el ángulo del derecho natural, aunque no fuesen necesariamente de índole política, o vinculados con la república. Más todavía: refiere a los derechos tanto del hombre como "de los pueblos", "para el pueblo como entidad colectiva", "de ese ser moral que se llama sociedad".[52]

Así entendido el artículo 33 de la Constitución Nacional, bien puede hablarse asimismo de un derecho natural de la sociedad —*i. e.,* del pueblo— a poseer un Estado —desde el momento en que ese Estado es sujeto necesario para el desenvolvimiento de la sociedad— y de allí, otra apoyatura suplementaria al derecho de necesidad, fundado esta vez no tanto en una facultad del Estado —su derecho a subsistir—, sino de la comunidad —la que, a su vez, para también existir, precisa inevitablemente del Estado—. Además, si la situación de necesidad no comprometiese directamente la vida del Estado, pero sí de la comunidad —caso *v. gr.,* de una situación de peligro inminente de caos social, si no se acepta la norma de necesidad—, el cimiento de ese derecho de necesidad estaría vinculado, de modo inmediato, al derecho natural de la sociedad de conservarse y sobrevivir.

Interesa remarcar que de aceptarse esta línea discursiva, el derecho de necesidad podrían hallar primero abono iusnaturalista, pero también de derecho positivo constitucional en el artículo

[52] Sagüés, Néstor P., "Constitución nacional. Derechos no enumerados", en *Enciclopedia Jurídica Omeba,* Buenos Aires, 1986, Apéndice V, pp. 33 y ss., en especial p. 38.

33 de la Constitución nacional —regla en la que buena parte de la doctrina ha hallado otro derecho natural de la sociedad, como el de resistencia a la opresión—.

En resumen, buena parte de la discusión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del derecho de necesidad, como evasión o dispensa de la Constitución, olvida que el principio de conservación del Estado y de la sociedad es un postulado constitucional obvio, sobreentendido y tácito del ordenamiento jurídico. Puede ser perfectamente admitido, entonces, como principio de derecho constitucional positivo implícito, y desde luego, como principio también de derecho natural.

Si se concibe a tal postulado como inmerso en la constitución formal —de modo tácito— el conflicto entre una norma genuina de derecho de necesidad y una regla formal de la Constitución debe resolverse no como una oposición entre un "hecho" y la norma constitucional, o entre una "norma inconstitucional" —la del derecho de necesidad— y la Constitución, sino entre dos géneros de preceptos constitucionales: *a)* por un lado, la norma constitucional afectada por el derecho de necesidad; y por otro, *b)* las reglas constitucionales que implícita o indirectamente avalan al derecho de necesidad. La litis, desde luego, tendrá que resolverse en favor del postulado constitucional prevaleciente, que no será difícil de descubrir: el de persistencia del Estado y de la sociedad.

Por el contrario, si se vislumbra al derecho de necesidad como —solamente— un derecho natural —y no de derecho positivo—, la controversia será entre dos reglas de naturaleza no similar —el derecho natural y la Constitución formal—, aunque el resultado sea en definitiva el mismo, atento la primacía en las posiciones que reconocen al derecho natural, de éste sobre el derecho positivo.

E. Variantes y fronteras del derecho de necesidad superador de la Constitución. La necesidad como evasión

Tanto o más importante que averiguar el fundamento jurídico del derecho de necesidad que supera a la Constitución —derecho

supraconstitucional—, es establecer sus variaciones y sus límites. En este terreno existen dos modalidades opuestas: la necesidad como evasión y la necesidad como dispensa.

El derecho de necesidad como evasión de la Constitución trata, en última instancia, de ubicar al derecho de necesidad como categoría meta jurídica, desligada de toda norma: *necessitas non habet legem* —la necesidad no tiene ley—. Se trata de una visión donde el derecho de la necesidad se emancipa totalmente de la Constitución, otorgándole a su operador una suerte de "piedra libre" en su actuación.

El fundamento axiológico del derecho de necesidad como evasión constitucional está en la "ética de máxima" sobre la necesidad (véase par. 2-C) para la cual, como vimos, "nada indispensable para la salvación del Estado puede aparecer como ignominioso" (Bodin), y puede hablarse incluso de una "justicia artificial" que le da sustento en todo caso. La teoría de la "razón de Estado" —o el engrandecimiento del Estado como meta suprema de él mismo— aporta también su cuota de legitimación para esta postura.

Si la necesidad es en sí misma legítima, y fuente a su turno de legitimidad, el derecho de necesidad no puede contar con más topes que la propia necesidad, entendida en sentido amplio. Por supuesto, la doctrina del derecho de necesidad como evasión constitucional auspicia las interpretaciones más autoritarias de tal derecho, y subordina toda la Constitución al mismo. Tampoco parecen existir aquí límites consistentes provenientes del derecho natural.

F. La necesidad como dispensa

Esta clase del derecho de necesidad como superación de la Constitución es mucho más moderada, y parte del principio *necessitas ius constituit,* recurriendo, para su legitimación, a la doctrina de la "ética de mínima", en cuanto la necesidad (véase par. 2-B).

Si la necesidad genera derecho —aun supraconstitucional—, el derecho de necesidad es una categoría jurídica, que debe desarrollarse según principios jurídicos que, aunque flexibles y des-

envueltos con la lógica jurídica de la necesidad —y no con la lógica jurídica de la normalidad—, tienen también límites jurídicos.

Si opera como dispensa de la Constitución, el derecho de necesidad autoriza el incumplimiento de la constitución —formal o consuetudinaria— de manera similar a como la equidad, o justicia del caso concreto, puede legitimar la inaplicación de una regla jurídica que, aunque en términos generales es justa, produce injusticia si se la efectiviza sin más en una situación singular, específica.[53]

En tal sentido, el derecho de necesidad actuante como dispensa de la Constitución cuenta con una doble serie de limitaciones: de derecho natural y de derecho positivo constitucional.

a) Desde el ángulo del derecho natural, que en última instancia da cimiento al derecho de necesidad de modo indudable —autoconservación del Estado y de la sociedad—, la norma de necesidad o de emergencia no podría lógicamente contradecir tal derecho que le sirve de fuente.
Por ende, ciertos derechos naturales básicos, inherentes a la condición humana —como la vida, el honor, el derecho a formar una familia, a la dignidad— aparecen así como prácticamente inalterables por la situación de necesidad. Para dar ejemplos extremos, una situación de necesidad política no puede legitimar la tortura, los secuestros o la desaparición de personas; como un estado de necesidad económica tampoco podría legitimar la esclavitud o salarios infrahumanos, so pretexto de obtener mano de obra barata para alcanzar determinados propósitos financieros, rentísticos o de hacienda pública.
Naturalmente, cuando tratamos derechos naturales que son pasibles de mayor limitación —por perfilarse como derechos menos absolutos, en el ámbito del derecho natural—, el derecho de necesidad y de emergencia puede

[53] Sobre la coincidencia entre equidad y necesidad para autorizar la inobservancia de la ley, en Francisco Suárez, cfr. Bielsa, Rafael, *op. cit.*, p. 29. Sobre la equidad, véase Gardella, Lorenzo, "La equidad en la función judicial", en *Anuario de la Facultad Católica de Derecho de Rosario,* Rosario, año I, núm. 1, 1979, p. 223.

avanzar más sobre ellos. El tema, como se sabe, es particularmente conflictivo con relación al derecho de propiedad, uno de los más sacudidos por el derecho de emergencia. Sobre el punto, el iusnaturalismo cristiano reputa al derecho de propiedad como derecho natural —incluso en lo que hace a los bienes de producción—, pero también enuncia como derecho natural —de los demás hombres y de la sociedad— asignarle a esa propiedad una función social, y alerta que resulta justo que ciertos bienes de producción, en particular aquellos que engendran un poder económico muy significativo, no siempre es bueno que queden en manos de personas privadas. Por lo demás, y esto es importante en la regulación por el derecho de emergencia del derecho de propiedad privada, el iusnaturalismo cristiano reitera que "en el plan de la creación, los bienes de la tierra están destinados ante todo para el digno sustento de todos los seres humanos".[54]

b) Desde el derecho positivo, nos parece asimismo que el derecho de necesidad —permanente o de emergencia—, entrevisto como dispensa de la Constitución, conduce a visualizar aquello que podríamos denominar "principio de restrictividad"; esto es, que sólo puede afectar las reglas constitucionales en la medida indispensable para enfrentar la situación de necesidad. En otras palabras, el derecho de emergencia no impide que subsista todo el aparato normativo constitucional de derecho positivo, fuera de las reglas cuyo cumplimiento se dispensa en virtud de la necesidad. Tampoco, el conjunto de principios jurídicos enunciados por ese derecho positivo que no sea palmariamente necesario afectar por la situación de necesidad.

Igualmente, comprendido el derecho de necesidad como dispensa de la Constitución, surge nítidamente que no es un mecanismo de destrucción del derecho constitucional; y que supletoriamente, le son aplicables las categorías jurídicas y los principios establecidos por el derecho consuetudinario constitucional para la doctrina de la necesidad como opción.

[54] Juan XXIII, *Mater et Magistra*, pars. 23 y 24.

Así, la legitimidad constitucional de la necesidad como dispensa de la Constitución demanda una legitimidad de fines en el derecho de emergencia. Si las normas de éste no se funden en una auténtica situación de necesidad, o si tratan temas ajenos a dicha emergencia, o si no están inspiradas en una genuina solución de la necesidad, en términos de bien común, desaparecerían las bases constitucionales de su justificación.

Del mismo modo, si el derecho de necesidad, aun fundado en una real circunstancia de necesidad y bien inspirado para resolverla, no satisface una legitimidad de medios —o sea, si resulta irrazonable al no guardar proporcionalidad con la emergencia, ni realiza una adecuada selección de instrumentos para resolverla—,[55] tampoco cubriría los requisitos mínimos que lo tornan viable como dispensa de la Constitución.

Bueno es advertir, en tal sentido, que el derecho de emergencia tiene que ser un derecho inevitable para hallar legitimidad en cuanto inobservancia de la constitución. Si la solución de la necesidad puede hallarse a través de vías constitucionales, la necesidad o emergencia debe encararse como opción constitucional, y no como dispensa de la Constitución. Esta conclusión es evidente por sí misma, en resguardo del valor orden.

En resumen, la metamorfosis del derecho de necesidad, de *opción constitucional* a *dispensa de la Constitución,* no puede importar un "bill de indemnidad" para quien lo sancione o haga funcionar. Se trata de un fenómeno jurídico, casi siempre basado en el derecho natural, y de ahí que no deba ser incompatible con éste. Tampoco es destructor en todo el derecho positivo, ya que subsiste plenamente este último, en los aspectos cuya dispensa no legitima la necesidad. Un derecho de emergencia, pues, aun supraconstitucional que violase el principio de restrictividad, como el que no cubriese los requisitos de legitimidad de fines y de medios, o que no aparezca como inevitable, concluye como derecho impropio, injustificable aun desde la óptica de la necesidad: ilegítima desde la perspectiva jusnaturalista, e inconstitucional desde el visor del derecho constitucional positivo.

[55] Interesa apuntar que el derecho de emergencia está sometido como cualquier norma al principio de razonabilidad, véase Linares, Juan F., *op. cit.,* pp. 113 y ss.

G. Judiciabilidad del derecho de emergencia

Aquí cabe contemplar dos puntos: la judiciabilidad de la declaración del estado de emergencia, y la judiciabilidad de las normas y medidas concretas adoptadas en virtud de aquélla.

En ambos órdenes, cierta doctrina es renuente en reconocer al Poder Judicial competencias para evaluar si hay situación de emergencia que autorice la adopción del derecho de emergencia.[56] En general, se ha reputado que la meritación de si hay emergencia y de si es necesario crear derecho de emergencia, es una "cuestión política no justiciable", reservada a los poderes tradicionalmente llamados "políticos" —ejecutivo y legislativo—. Incluso, algún calificado voto emitido en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la misión de los jueces, como guardianes de la Constitución y de los dos derechos por ella reconocidos, no los autoriza a convertirse en árbitros de las cuestiones sociales, ni a sustituir al legislador en la función normativa que institucionalmente le corresponde.[57]

Sin embargo, la judiciabilidad de la declaración y adopción del derecho de emergencia, y de la evaluación de legitimidad de fines y de razonabilidad de medios concretos adoptados en su consecuencia, ha sido aceptada por otro sector doctrinario, ya de modo amplio, ya restringido —en este caso, sólo para los actos de ejecución, y no para evaluar si hay o no una situación de emergencia—.[58] En Estados Unidos, la jurisprudencia de la Corte

---

56 Véase por ejemplo Loewenstein, Karl, *op. cit*, p. 286; Marienhoff, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. I, p. 264.

57 CSJNA, Fallos, t. 243, p. 467.

58 Cfr. Hutchinson Tomás, Barraguirre, Jorge y Grecco, Carlos, *op. cit.,* p. 268, donde se indica que el Poder Judicial debe revisar tanto la real existencia de una situación de necesidad como la temporalidad de la medida, y la razonabilidad del medio escogido por el Congreso. En sentido parecido, Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental..., cit.,* t. I, p. 199. Por su parte, Romero, César E., (*Derecho constitucional, cit*., t. II, p. 146) insinúa también el mismo control judiciario. En sentido restrictivo, de control judicial de efectos de la declaración del estado de necesidad, pero no del pronunciamiento en sí, ver Bielsa, Rafael, *op. cit*., pp. 112-113.

Suprema federal ha indicado que es claro para los tribunales inquirir si existe un caso de emergencia que justifique la normatividad consecuente, y si ella subsiste tiempo después; y si las medidas adoptadas para encararla son razonables en función del fenómeno de la emergencia que las provoca.[59] En buena medida lo ha hecho también la corte suprema argentina.

El tema es, de algún modo, muy similar al de la judiciabilidad de la declaración del estado de sitio, y de sus actos de ejecución. Lo hemos tratado en anterior oportunidad;[60] en un estado legalitario, donde la Corte Suprema es la intérprete final de la Constitución, no parece caber otra alternativa que admitir la judiciabilidad en el asunto que nos ocupa, bien que reconociendo que la evaluación primera de los hechos es atribución de los poderes que declaran y pronuncian el estado y el derecho de emergencia, correspondiendo al poder judicial revisar sólo, desde el ángulo de la razonabilidad, la existencia y subsistencia de los motivos que lo provocaron, así como de las reglas y medidas concretas que se adopten, en función de las pautas de restrictividad, legitimidad de fines y legitimidad de medios (proporcionalidad y razonabilidad) que ellas deben guardar con la situación de emergencia, y que ya hemos precisado. En ese examen, la judicatura debe manejarse, claro está, con la presunción de legitimidad de las declaraciones y normas adoptadas por los Poderes de Estado.

5. Conclusiones

A. Sinopsis

1. El derecho de emergencia es un capítulo del derecho de necesidad. Alude a los casos de necesidad transitoria.
2. En el estado de necesidad cabe distinguir: *a)* la situación de necesidad —de hiper o maxinecesidad: aquella que compromete la persistencia del sistema político, o de la

[59] Véase la excelente descripción de Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, pp. 914 y ss.

[60] Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Hábeas corpus,* 4ª ed., Buenos Aires, 2008, t. 4, pp. 268 y ss.

vida social—; *b)* el acto necesario para enfrentarla; *c)* el sujeto necesitado —Estado—, y *d)* el derecho de necesidad dictado para adoptar al acto necesario.

3. El análisis de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho de emergencia es muy grave y complejo. El jurista debe reconocer que detrás de esa problemática existe otra, propia de la filosofía política, en torno a la cotización ética de la necesidad.

4. En este último plano, una posición sacraliza el concepto de necesidad, lo emparenta con el de razón de Estado, y declara que nada hay de ignominioso para la necesidad. Según esa ética de máxima, la necesidad no tiene topes jurídicos ni axiológicos, porque carece de ley y ella es en sí misma ética.

   Otra postura, que llamamos ética de mínima, opina que la necesidad puede a lo más operar como dispensa de la ley, y que está sometida a parámetros éticos, como la idea de bien común. Adherimos a ella.

5. En Argentina el derecho de emergencia económica ha operado como emergencia procesal —en particular, suspendiendo procesos y ejecución de sentencias— o como emergencia sustantiva, prorrogando contratos o reduciendo deudas. Últimamente ha recurrido también a la sustitución de una obligación por otra.

6. Con relación al derecho constitucional, el derecho de emergencia se desenvuelve como opción constitucional o como superación de la Constitución.

7. El derecho de emergencia como opción constitucional actúa cuando los poderes públicos, en razón de la emergencia, adoptan normas y medidas que no serían constitucionales en circunstancias ordinarias.
   La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado una especie de derecho consuetudinario constitucional regulatorio de la emergencia como opción constitucional, en base a cuatro recaudos claves: realidad de la emergencia, transitoriedad del derecho de emergencia, legiti-

midad —razonabilidad— del mismo, y sometimiento a la Constitución. Para esto último, exige que no haya frustración, sino sólo suspensión de los derechos constitucionales en juego, durante la emergencia.

8. La necesidad como superación de la Constitución aparece en situaciones de imposibilidad material de cumplimiento de la Constitución, o de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución.
   En tales supuestos, se puede optar entre dos posturas de proyecciones muy distintas: como evasión o como dispensa de la Constitución.

9. La necesidad en cuanto evasión de la Constitución se sostiene en el principio *necessitas non habet legem*, y en la "ética de máxima" de la necesidad. En definitiva, procura llevar al derecho de necesidad a una zona casi extra-jurídica, sin topes normativos ni morales. Otorga una especie de "piedra libre" al gobernante, so pretexto de la necesidad. Esta doctrina da pie, desde luego, a posiciones autoritarias y totalitarias.

10. La necesidad como dispensa de la Constitución se basa en el principio *necessitas jus constituit*, y en la "ética de mínima" de la necesidad. Exime el cumplimiento de las reglas constitucionales del mismo modo que la equidad: para casos de excepción y en lo indispensable para, enfrentar la situación de necesidad. Por último, ubica al derecho de necesidad en el ámbito jurídico.
    La exención del cumplimiento de la Constitución se regula aquí con los principios de "restrictividad" —el resto de la Constitución no afectado por el derecho de necesidad permanece vigente, y en caso de duda habrá de reputarse en operatividad—, de "naturalidad" —el derecho de emergencia no puede válidamente alterar los derechos naturales básicos de la persona—, de "legitimidad de fines" —el derecho de emergencia debe inspirarse en el bien común, y atender reales situaciones de emergencia— y de "legitimidad de medios" —el derecho de emergencia debe ser razonable e inevitable en función de la circunstancia que pretende resolver—.

11. Entendido el derecho de emergencia como dispensa de la Constitución, según los límites reseñados, puede encontrar apoyatura jurídica como principio tácito o subyacente en toda Constitución, en cuanto ésta presupone, para alcanzar sus objetivos y erigir los órganos del Poder, la existencia de un Estado cuya continuidad resulta necesaria para la funcionalidad de la misma Constitución.
    Paralelamente, cabe concluir que si una circunstancia que ponga en riesgo la persistencia de ese Estado no tiene remedio en los recursos normales o anormales previstos por la Constitución, la laguna constitucional del caso debe integrarse mediante el correspondiente llamado al derecho de necesidad, como dispensa excepcional del cumplimiento de los artículos de la Constitución que obstan a resolver aquel problema.
    En el derecho argentino, el derecho de emergencia puede también hallar cobertura en el artículo 33 de la Constitución, en cuanto derecho no enumerado de la sociedad —al igual, *v. gr.,* del derecho de resistencia a la opresión— para asegurar la continuidad de su sistema político y de ella misma como tal.
    Finalmente, y aun de entenderse que el derecho de necesidad y emergencia no se encuentra implícitamente contenido en la Constitución, el mismo se desprende, de todos modos, del derecho natural de autoconservación del Estado, como fórmula política indispensable para el hombre y la comunidad.

12. No hay otra alternativa que reconocer al poder judicial aptitud para meritar la existencia de los presupuestos fácticos que ocasionalmente autorizan al derecho de emergencia, y evaluar después su juridicidad y validez en función de los topes restrictividad, naturalidad, legitimidad de fines y legitimidad de medios que debe satisfacer.

Capítulo IV
El concepto de "desconstitucionalización"

1. Introducción

Constitucionalistas y politólogos han empleado con distintos sentidos la palabra "desconstitucionalización", originada, al parecer, en Francia *(déconstitutionnalisation)*. En otros casos, no se ha utilizado explícitamente esa palabra, pero sí nociones muy próximas a ella. En este capítulo se realizará una muestra elemental de esos significados y procurará reelaborar las notas distintivas de la desconstitucionalización, sus tipos principales y la calificación que merecen desde el ángulo de la estimativa jurídica.

2. Desconstitucionalización como reducción de la Constitución

En esta versión del concepto, "desconstitucionalizar" importa ceñir la Constitución a un conjunto de "reglas de organización", relativas a la erección y funcionamiento de los poderes del Estado, quitándole la "parte dogmática" y reduciendo a la Ley suprema, en verdad, a un *"code de procédure constitutionnel"*, o código de procedimientos de la operatividad de los órganos de gobierno.[1]

---

[1] Sobre esta acepción y su enunciado en Barthélemy y Duez, y en Esmein y Nézard, véase Kägy, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional,* trad. por Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 140-141.

Desde esta perspectiva, la Constitución, circunscrita a su "parte orgánica", no se ocupa de enunciar los derechos de las personas, que en definitiva pasan a tener categoría legislativa, pero no constitucional. De esa manera, apunta Werner Kägy, el legislador goza de un enorme margen para determinar el contenido de las leyes, ya que no está condicionado, respecto a ese contenido, por derechos de nivel constitucional. Un ejemplo de ello pudo ser Francia, de 1875 a 1940, que tenía como "constitución" —inorgánica— un conjunto de leyes constitucionales que no describían derechos, sino que estructuraban a los poderes del Estado francés y determinaban las pautas de su interrelación.[2]

Si bien cabe recordar que la primera versión de la Constitución de Estados Unidos (1787) no contenía la descripción de derechos —aunque pronto se corrigió con las diez enmiendas iniciales, que instrumentaron el llamado *writ of rights* norteamericano—, lo cierto es que una constitución sin derechos equivale a una Constitución con derechos dejados a la discrecionalidad del poder legislativo y a las mayorías de turno. Eso puede conducir, como se ha dicho con acierto, a una "democracia absoluta", pero no a una genuina "democracia constitucional".[3]

3. Desconstitucionalización como abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo

Una segunda posibilidad es la de entender la desconstitucionalización como la pérdida de ciertos postulados clave del movimiento constitucionalista de la primera etapa, de corte liberal, como el principio democrático, el régimen representativo, o la división de los poderes. Este fenómeno se produce, por ejemplo, en la primera posguerra, en los estados totalitarios y autoritarios entonces en boga: Italia, Alemania, Unión Soviética, etcétera.[4]

---

2 *Idem*.

3 *Ibidem,* p. 142.

4 Véase Posada, Adolfo, "*El principio del Führer o la desconstitucionalización del Estado",* en La Nación, Buenos Aires, 6 may 1935, cit. por Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, Buenos Aires,* Plus Ultra, t. I, 1987, pp. 182-183.

Segundo V. Linares Quintana, quien acepta ese concepto, detalla entre otras razones que provocaron la referida desconstitucionalización, las siguientes:

a) la inseguridad de la paz y el estado latente de guerra que existieron apenas concluida la primera guerra mundial;
b) lo que llama "la crisis de la psicología nacional", o sentimientos regresivos desatados en diversas comunidades nacionales;
c) la falta de coincidencia entre los textos constitucionales y las realidades locales, vale decir, la contradicción entre la dimensión normativa del llamado "constitucionalismo teorizante o profesoral" —constituciones redactadas por catedráticos, al estilo de Alemania y Austria—, y la dimensión fáctica o existencial;
d) las luchas sociales, apuradas por las crisis económicas y falsamente resueltas por "los enunciados líricos y declamatorios incluidos en el papel de una Constitución";
e) la crisis de los principios morales, devaluados por una sociedad materialista y maquiavelizada;
f) el progreso de la ciencia y de la técnica, que ha contribuido al engrosamiento del poder del Estado, confiriéndole un poder de coerción inimaginable años atrás;
g) el advenimiento al poder de las masas, que generó en muchos países un clima político demagógico y dictatorial;
h) el factor económico y de prevalencia de intereses de ese tipo, sectoriales, sobre el bien común, y
i) políticas rutinarias y vegetativas en las democracias, inaptas para adaptarse a las nuevas crisis que se presentaron, y para formular respuestas útiles para solucionarlas.[5]

4. Desconstitucionalización como pérdida de rango constitucional de normas constitucionales

Parte de la doctrina francesa ha explicado que ante fenómenos de golpe de estado o revolucionarios, sobreviven jurídicamente

[5] Linares Quintana Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional..., cit,* pp. 183-193.

no solamente las leyes anteriores compatibles con el nuevo régimen, sino también las normas constitucionales previas que no se refieren al régimen político —ciertas declaraciones de derecho administrativo o penal, por ejemplo, que al decir de Esmein, solamente eran constitucionales por la forma, al estar incluidas en la constitución, pero no por su objeto o naturaleza—, aunque en este caso lo hacen solamente con fuerza de ley. A ello se llamó, explican Prélot y Boulois, "la desconstitucionalización por efecto de las revoluciones".[6]

5. Desconstitucionalización como derogación sociológica de normas constitucionales

En ese sentido, se sostiene que el incumplimiento, la desnaturalización o la violación reiterados de reglas constitucionales, no sancionados por los custodios de la supremacía constitucional, puede provocar en determinados casos la abrogación sociológica, por desuetudo, de las normas en cuestión. Según situaciones que varían de país en país, es factible que tramos significativos de la Constitución queden así desconstitucionalizados. En homenaje a la verdad, cabe constatar esas exclusiones de reglas constitucionales, más allá de lo lamentable que sea el proceso de desconocimiento de cláusulas de la Ley suprema.[7]

6. Fenómenos próximos. Desconstitucionalización y "desmontaje de la Constitución"

Interesa abordar situaciones que aunque no hayan sido etiquetadas explícitamente como formas de desconstitucionalización, de todos modos guardan cercanía con esta última.

---

6 Cfr. Esmein A., *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé,* 7ª ed., París, Recueil Sirey, 1921, t. I, p. 580; Prélot, Marcel y Boulois, Jean, *Institutions politiques et droit constitutionnel,* 8ª ed., París, Dalloz, 1980, p. 197.

7 Hemos utilizado tal sentido de la palabra "desconstitucionalización": Sagüés Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución, cit.,* 1ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 358.

Para Werner Kägy, el "desmontaje" de la Constitución es un fenómeno vinculado a la *decadencia* o *desplazamiento* de lo normativo-constitucional, entendido como un proceso de debilitamiento de la fuerza motivadora de la norma de la Ley suprema. Importan casos de desviaciones o aberraciones normativas, ya que la regla constitucional no queda formalmente afectada, aunque sí su eficacia. A su entender, la decadencia de lo normativo-constitucional es una consecuencia general de la declinación de lo normativo en la existencia humana en comunidad.[8]

Entre los indicadores de ese desmontaje constitucional, Kägy destaca los siguientes:

a) el "derecho de emergencia" refrendado por una lectura de la Constitución entrevista como la "constitución extraordinaria o de emergencia", que desvincula al operador gubernativo de controles y responsabilidades, y que magnifica un derecho de emergencia intra o extraconstitucional;
b) la admisión de la doctrina del "quebrantamiento constitucional", por vía consuetudinaria, y conforme a la cual es admisible que en un *caso concreto* se infrinja a la Constitución, siempre que el precepto constitucional continúe rigiendo en el futuro;[9]
c) la delegación de competencias legislativas, y la "concesión de plenos poderes", al poder ejecutivo, confiriéndole un "poder constitucional exorbitante", traducido por ejemplo en la definición de la autoridad del *Führer* como poder "amplio, total, libre e independiente, exclusivo e

[8] Cfr. Kägy, Werner, *op cit*., pp. 54 y ss., 62, 137 y ss.

[9] Sobre la aceptación del *quebrantamiento* de la constitución —infracción para un caso específico— en virtud de que "su necesidad resulta de la situación especial de un caso concreto, de una coyuntura anormal imprevista", "en interés de la existencia política del todo", y como muestra de "la supremacía de lo existencial sobre la simple normatividad", véase Schmitt, Carl, "*Teoría de la Constitución", en* Revista de Derecho Privado, *reimp.,* Madrid, s/f, p. 125. El autor puntualiza que el quebrantamiento no significa una reforma constitucional, ya que el texto quebrantado continúa en vigor.

ilimitado".[10] En definitiva, se arriba a "una emancipación progresiva de la actividad estatal de las normas constitucionales";

d) una concepción de la "constitución política", o "constitución viviente", sustraída de la normativización clásica, de tipo consuetudinario, no moldeada en forma de ley, sino vivencialmente, modificable por la ley común o incluso individualmente por el *Führer;*

e) la identificación entre derecho y política, y entre el ordenamiento populista y el derecho;

f) la admisión de la reforma o cambio de la Constitución por medio de la interpretación constitucional —"dinámica" o "mutativa"—, o por un procedimiento distinto al previsto por la propia constitución —hipótesis de "reforma despreciativa de la Constitución"; y caso de las "mutaciones constitucionales"—. También, la reforma "indirecta" o "tácita" de la Constitución, por medio de la ley común opuesta a ella, pero no declarada inconstitucional, o de la costumbre opuesta a la Constitución;[11]

g) evitar la aplicación de preceptos constitucionales precisos mediante el avance de los conceptos jurídicos indeterminados —"conceptos-válvula"—, o la "fuga hacia las cláusulas generales", y

h) recurrir a la "adaptación de la Constitución" como estrategia de evasión de las directrices constitucionales.

---

[10] Así, se llegó a decir que "El *führer* y canciller del Reich es el delegado plenipotenciario y constituyente del pueblo alemán que, sin atención de los requisitos formales, determina la configuración de la forma externa del Reich como asimismo la política general... En el *Führer* se reúne todo el poder del pueblo alemán", incluso "la máxima autoridad jurisdiccional". V. Kägy, Werner, *op. cit.,* p. 144, nota 154, con mención como fuente de H. Frank y Carl Schmitt.

[11] Cabe recordar que respecto de la constitución de Weimar, fue frecuente el uso de la llamada reforma "implícita", que consistía en decidir una enmienda constitucional con la mayoría legislativa requerida por el art. 76 de aquel texto, pero sin expresar que se reformaba a la Constitución. Por ello, no era claro determinar en múltiples casos, si mediaba o no reforma. Para terminar con esa práctica, algunas Constituciones modernas, como la alemana, demandan que si se reforma la Constitución, ello se diga expresamente en el acto reformatorio. Véase de Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes,* Barcelona, Ariel, 1987, pp. 62-63.

7. Desconstitucionalización y "desvalorización" de la Constitución

Karl Loewenstein plantea el problema de la "desvalorización" de la constitución escrita, preferentemente en el ámbito de las constituciones que denomina *normativas,* esto es, de las cumplidas u obedecidas en una proporción aceptable —no en la esfera de las constituciones *nominales,* cuya dosis de observancia es mínima, ni en el campo de las constituciones *semánticas,* que importan un simple disfraz constitucional para encubrir hipócritamente situaciones de poder—.[12]

En concreto, define esa *desvalorización* como un episodio signado por dos acontecimientos. El primero es la "falta de observancia *conciente* de la Constitución", por parte de los detentadores del poder constitucional. Y acaece cuando una disposición constitucional de tipo *esencial* no es deliberada y consecuentemente aplicada o realizada. La norma constitucional sigue formalmente vigente, pero permanece, explica, como *lex imperfecta,* o letra muerta, "en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la Ley fundamental". Ello es así porque la efectivización de la norma perjudicaría a los operadores de la Constitución.

Esta patología, explica Loewenstein, se produce algunas veces (i) incumpliendo prohibiciones constitucionales —*v. gr.,* el rearme japonés, interdicto por la Constitución de 1946; la concesión de delegaciones legislativas parlamentarias en el poder ejecutivo, en la Constitución francesa de 1946—, o (ii) no realizando deberes constitucionales —algo que hoy llamaríamos inconstitucionalidad por omisión: la falta de lanzamiento de la Corte Constitucional italiana durante ocho años, por desacuerdos entre los partidos políticos acerca de los jueces que cabía designar; y la ausencia de ley reglamentaria de la vida interna de los partidos políticos en Alemania Federal, durante un lapso prolongado, a pesar de las previsiones de la Ley fundamental de 1947—. En otros casos, (iii) se adoptan medidas que la Constitución no contempla —por ejemplo, en Suiza, durante bastan-

[12] Loewenstein, Karl, *op. cit.,* pp. 222 y ss. Lo cursivo es nuestro.

te tiempo, las "resoluciones federales urgentes"—. El listado es simplemente enunciativo.

El segundo factor que coadyuva a la desvalorización de la Constitución es la "erosión de la conciencia constitucional" en la sociedad, vale decir, la pérdida de prestigio de la Constitución en la comunidad, suceso que para nuestro autor es muy frecuente: "la masa de la población ha pedido su interés en la Constitución, y ésta, por tanto, su valor efectivo para el pueblo. Esto es un hecho indiscutible y alarmante". Existen, eso sí, distintos grados de desapego y de indiferencia hacia la Constitución, que en casos extremos pueden llegar hasta la hostilidad constitucional. Lograr la "revitalización de la conciencia constitucional" en el pueblo puede en ciertos casos resultar una misión harto difícil, que demanda, concluye, o acercar al pueblo a su Constitución o acercar la Constitución al pueblo, mediante la reforma constitucional.[13]

En definitiva, el incumplimiento conciente de cláusulas constitucionales importantes por los operadores oficiales de la Constitución, encuentra en la indiferencia u hostilidad popular hacia la Constitución un excelente caldo de cultivo para el éxito de la empresa evasiva de la Constitución. El producto final, la *desvalorización* de la Constitución, bien puede configurar, entendemos, a la *desconstitucionalización* en sí, o al menos a una de sus manifestaciones más significativas.

8. Desconstitucionalización y "falseamiento" o "fraude" constitucional

La expresión "falseamiento" de la Constitución ha sido aplicada de distinto modo. A título ejemplificativo mencionamos algunos:

a) Sánchez Agesta cita como primera manifestación del *falseamiento* constitucional la imposición de una Constitución inspirada en valores o principios incapaces de vertebrar a una sociedad. El segundo caso ocurre cuando los valores originales de una Constitución sufren una desvia-

[13] *Ibidem*, p. 231.

ción histórica, pierden convicción comunitaria y terminan como una tradición muerta. De hecho se impone un nuevo orden, con otros principios y creencias, pero bajo el ropaje del mismo texto constitucional viejo, que concluye entonces falseado en el orden de las realidades. La versión extrema del falseamiento deliberado, sostiene, es el "fraude constitucional", que se dio de modo manifiesto, por ejemplo, con Mussolini, al manipular el Estatuto albertino de 1848, o con Hitler, al distorsionar las reglas constitucionales del texto de Weimar de 1919,[14] y

b) Maurice Hauriou empleó la expresión *falseamiento de la Constitución* igualmente con dos acepciones, ambas referidas a la modificación o cambio encubierto de la constitución formal. Una, mediante la sanción de leyes ordinarias opuestas a la Constitución, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos de control de la constitucionalidad, con lo que pueden terminar derogándola.[15] Otra, a través de prácticas y costumbres, en particular de los órganos gubernativos, opuestas a la Ley suprema.

9. Reexamen

Un nuevo encuadre del concepto de "desconstitucionalización" obliga recordar que el prefijo "des" denota *negación* o *inversión* del significado de la palabra a la que es antepuesto. Por ende, aplicado a nuestro caso, implica negación o inversión de una *constitucionalización*.

a) un primer sentido de la "desconstitucionalización" es,

[14] Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política,* 3ª ed., Madrid, Editora Nacional, 1970, pp. 341-342.

[15] Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional,* 2ª ed., trad. por Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, s/f, pp. 331-332. Debe recordarse que al escribir Hauriou su obra, varios países carecían de un sistema de control de constitucionalidad, motivo por el cual en ellos las leyes inconstitucionales aprobadas por el Parlamento, no podían ser declaradas por los operadores jurídicos como opuestas a la Constitución. En tal hipótesis, la ley común del caso reformaba oblicuamente a la Constitución.

consecuentemente, quitar rango constitucional a algo que tiene esa calidad. Eso puede producirse por vía de reforma expresa de la Constitución, sea (i) eliminando del escenario jurídico a un instituto incluido en la Constitución —así, la reforma constitucional de la provincia de Tucumán del año 2006 borró al Tribunal Constitucional formalmente creado por la constitución local de 1990—, sea (ii) manteniéndolo, pero en un plano subconstitucional —un ejemplo de ello es el tema del número de jueces de la Corte Suprema de Justicia argentina, punto tratado en el texto constitucional de 1853 (art. 91), que los fijaba en nueve, pero que a partir de la reforma de 1860 desaparece tal cifra de la constitución formal (actual art. 108) y se regula por ley—. En esta última hipótesis, el asunto, de estar antes *constitucionalizado,* pasa a la condición de *legalizado*. Todavía estamos, conviene aclararlo, dentro del marco de lo constitucional, en tanto la enmienda se haya realizado respetando a la Constitución;

b) a los supuestos de los temas en que el propio constituyente los "baja" —*constitucionalmente*— de la constitución formal, hay que añadir los casos de derogación sociológica de reglas constitucionales, por medio de la costumbre constitucional abrogatoria, o desuetudo.[16] También ellos entran en el catálogo de los rubros desconstitucionalizados, pero por conductos no formalmente constitucionales. Ingresamos así en la dimensión *inconstitucional* de la desconstitucionalización;

c) la palabra "desconstitucionalización" puede proyectarse igualmente hacia situaciones más sutiles, propias del llamado "desmontaje" (*supra,* par. 6), "falseamiento" (*supra,* par. 8) o "desvalorización" constitucional (*supra,* par. 7), cuando una regla constitucional no es formalmente cambiada, pero sí resulta desvirtuada, pervertida, bloqueada o desnaturalizada, especialmente por prácticas, costum-

[16] No abordamos aquí el debate sobre la posibilidad de que la costumbre derogue una regla de la constitución formal. Nos inclinamos a la doctrina que así lo acepta, véase nuestra *Teoría de la Constitución, cit.,* pp. 413 y ss., adonde derivamos al lector.

bres o interpretaciones mutativistas, generalmente manipulativas de la Constitución,[17] que en definitiva producen una caída en el vigor jurídico —o "fuerza normativa"— del precepto constitucional sancionado en su momento. Uno o más tramos del mismo, en efecto, dejarán realmente de aplicarse, a veces incluso con sustitución del contenido constitucional, por más que el operador simule que los está haciendo funcionar a pleno.

Ese vaciamiento —o erosión— puede referirse, cabe destacarlo, tanto a la letra como al espíritu —fines, principios, ideología— que anime a la cláusula constitucional.

Como se anticipó, otra importante fuente de desconstitucionalización surge de la reiterada sanción de leyes o decretos inconstitucionales, pero no declarados así por los órganos de control de constitucionalidad, con lo que, indirectamente, rigen por encima de la Constitución y de hecho, bloquean o anestesian a las reglas constitucionales que los contradicen.[18] La aplicación de un derecho subconstitucional contrario a la Constitución, en efecto, importa paralelamente la inaplicación del derecho constitucional que se le opone;

d) conceptualmente, una cosa es la "desconstitucionalización" de una norma constitucional —su vaciamiento o desmontaje, como vimos—, y otra su "quebrantamiento", ya que en este último caso el precepto sigue en vigor, por más que haya sido infringido en una situación específica (véase *supra,* par. 6, nota 9). Sin embargo, si en un país se dan situaciones de quebrantamiento de múltiples reglas constitucionales importantes, puede por cierto hablarse de una crisis de constitucionalidad lindante, o

---

17 Sobre la interpretación mutativa —que puede quitar algo al texto constitucional, agregárselo o realizar ambas operaciones: mutación por *sustracción, adición* y *mixta*—, y en cuanto la interpretación manipulativa, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución,* 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 42 y ss., 165 y ss.

18 Cabe recordar que como enseña Kelsen, la ley inconstitucional vale como constitucional mientras no sea declarada inconstitucional. En realidad, agrega, *es* constitucional hasta que se produzca su descalificación como inconstitucional. Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho..., cit.,* p. 187.

similar, llegado el caso, con un estado de desconstitucionalización. Quizá podría clasificarse el problema así: el decaimiento o *desvalorización* —para hablar en términos de Loewenstein— de la constitución, puede perpetrarse tanto por *quebrantamiento* como por *desconstitucionalización* inconstitucional;

e) la superficie de la desconstitucionalización —ya en la letra, ya en los fines e ideología— es forzosamente variable. Hay constituciones con una baja cuota de desconstitucionalización, pero en otras los tramos desconstitucionalizados pueden ser enormes. Los episodios de fraude constitucional consignados *supra,* en el parágrafo 8 *a,* son indicativos de situaciones extremas, y

f) la desconstitucionalización se consolida en el plano normativo, si el intérprete final —y por ende, definitivo— de la Constitución la acepta, explícita o implícitamente, no excluyéndola del escenario de la validez constitucional, por más que se trate de una operación inconstitucional. Pero otro dato importante, en la realidad existencial, es el refrendo sociológico de la desconstitucionalización, que se produce cuando obtiene un real consenso en el medio, consecuencia, de vez en cuando, pero no siempre —volviendo a Loewenstein (*supra,* par. 7)— de vivencias colectivas de desapego o indiferencia hacia la Constitución.

10. Reflexiones axiológicas

Cabe inquirir si la desconstitucionalización, que en el plano ideológico se encuentra íntimamente vinculada a los valores, bienes y creencias jurídico-políticas, está signada solamente por el abandono de los principios políticos liberales (*supra,* par. 3).

La respuesta a este interrogante depende de si se exige, para plasmar una Constitución, la pertenencia a una concepción ideológica determinada, como es la liberal, o si puede haber constituciones y derecho constitucional no liberales. De hecho, los últimos han existido y existen. Si un país contaba con una constitución liberal y adopta una marxista, por ejemplo, se ha *des-*

constitucionalizado en lo liberal, y se ha *constitucionalizado* en lo marxista.

En rigor de verdad, actualmente existe un principio de derecho constitucional que opera como recaudo de legitimidad de una Constitución y de un derecho constitucional cualquiera: la adopción de las pautas del estado social de derecho. Desde esta perspectiva, un país que adopte hoy una Constitución opuesta al mismo, se ha desconstitucionalizado ideológica e ilegítimamente. El estado social de derecho involucra a distintas variantes ideológicas, aunque exige ciertos recaudos indispensables y comunes: democracia, justicia social y respeto por los derechos fundamentales de la persona, entre otros.[19]

Por último: ¿es la desconstitucionalización un fenómeno positivo o negativo? Generalmente, la de tipo inconstitucional es un episodio nocivo, como muestra de desorden o falseamiento normativo, o decaimiento de ciertos valores clave.

No obstante, no toda desconstitucionalización es de por sí mala. Veamos algunas alternativas: si un Estado quita —respetando los trámites del caso— rango constitucional a cierto tema —la sede concreta de la capital, por ejemplo— y lo relega a una ley ordinaria (así lo hizo Argentina, con la reforma de 1860: el texto de 1853 indicaba en su art. 3º que la sede de los poderes era la ciudad de Buenos Aires), ello puede ser una opción discrecional para el constituyente, ni buena ni perversa.

En otro orden de ideas, si una regla constitucional notoriamente ilegítima es —felizmente— incumplida y termina derogada por desuetudo, o por una interpretación mutativa por sustracción, ese vaciamiento puede festejarse. Por ejemplo, los artículos 55, 89 y 111 de la Constitución argentina demandan para ser senador, presidente, vicepresidente y juez de la Corte Suprema, contar con un ingreso económico significativo —2 000 pesos fuertes de renta—, y tal cláusula, de corte oligárquico, bueno es que haya quedado ahora desconstitucionalizada por una experiencia jurídica que prácticamente nunca la aplicó.

---

[19] Ello importa concluir que el derecho constitucional actual no es ideológicamente neutro. Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la constitución, cit.,* p. 107.

11. Colofón

A título de síntesis esbozamos estas proposiciones:

1. El concepto de "desconstitucionalización", como otros del derecho, ha tenido muchas versiones. No obstante, es posible rastrear ciertos elementos comunes en ellas e intentar algo para su precisión y determinación.
2. Visualizado en este trabajo como el vaciamiento o desmontaje de normas, principios o valores de la Constitución, puede afectar uno o varios segmentos de ella y realizarse, de modo expreso o tácito, por distintos operadores constitucionales, actuando individualmente o asociados en esa empresa.
3. La desconstitucionalización puede ejecutarse constitucionalmente, mediante reformas o enmiendas practicadas, según los dispositivos de la Ley suprema, o inconstitucionalmente, a través —principalmente— de prácticas o costumbres *contra constitutionem,* vías de hecho, interpretaciones manipulativas de la Ley suprema, o la sanción de normas subconstitucionales opuestas a ésta, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos custodios de la supremacía constitucional.
4. La desconstitucionalización inconstitucional es, como regla, un fenómeno axiológicamente disvalioso, pero ocasionalmente no —si produce el vaciamiento de reglas o principios constitucionales notoriamente ilegítimos—. La desconstitucionalización operada por vías de reforma constitucional es en principio legítima, pero requiere que el procedimiento seguido y el nuevo escenario normativo sean a su vez legítimos.
5. La desconstitucionalización se consuma definitivamente cuando el intérprete supremo de la Constitución la convalida, también de modo expreso o tácito. Tal es la consolidación jurídica de la desconstitucionalización. La sociológica ocurre cuando logra consenso en una comunidad.

Capítulo V
Hiperpresidencialismo y reelección presidencial en Argentina*

1. Introducción

La reelección presidencial es un tema relevante —y recurrente— en la historia constitucional argentina. Provocó tres reformas constitucionales, la derogación, literalmente *manu militari,* de una Constitución y, en concurrencia con otros factores, un movimiento revolucionario triunfante. Hasta hoy, estimula debates inconclusos.

Liminarmente cabe observar que la actual Constitución argentina fue sancionada en 1853, con reformas en 1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994. Las de 1949 y 1972 han perdido vigencia. A continuación abordaremos los avatares de la reelección presidencial a partir del lanzamiento de aquella constitución, limitando nuestro análisis al ámbito constitucional nacional.

2. Primera fórmula. Sexenio presidencial con posibilidad de reelección diferida. El texto original de la Constitución de 1853/60

El texto original de 1853 (art. 74; después de la reforma constitucional de 1860, numerado, sin cambios en la redacción, como art.

* El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

77), estableció lo siguiente: "*El Presidente y Vicepresidente duran en sus empleos el término de seis años, y no pueden ser reelegidos sino con intervalo de un periodo*". Esta Constitución será llamada aquí de 1853/60.

En tal esquema, concretamente, la reelección no está interdicta, sino permitida, pero de modo diferido, esto es, dejando un intervalo o periodo presidencial en blanco.

La cláusula constitucional era muy parecida al artículo 79 del Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi (1852), quien al sustentar esta norma, escribió: "Admitir la reelección, es extender a doce años el término de la presidencia. El presidente tiene siempre medios de hacerse reelegir y rara vez deja de hacerlo. Toda reelección es agitada, porque lucha con prevenciones nacidas del primer periodo; y el mal de la agitación no compensa al interés de espíritu de lógica en la administración, que más bien depende del Ministerio".[1]

Pero debe alertarse que con posterioridad, Alberdi se lamentó expresa y categóricamente de su propuesta, es decir, de la admisión de la posibilidad reeleccionista, aun mediando el lapso de un periodo "hueco" o vacío. En concreto, sugirió prohibir toda forma de reelección, "en ningún caso y en ninguna forma". La reelección importaba, según su propia autocrítica, "un ataque contra el sistema republicano", porque "cambia la república en una especie de monarquía".[2]

Se da aquí el curioso caso, pues, de un precepto constitucional repudiado por su propio autor intelectual, a pocos años de haberse promulgado.

No obstante ello, el grueso de la doctrina constitucional argentina aceptó la legitimidad de la fórmula predicha. Durante la

---

1 Alberdi, Juan Bautista (coord.), "*Bases y puntos de partida de la organización política de la República Argentina",* en *Organización política y económica de la Confederación Argentina,* nueva edición oficial, Besanzón, Imprenta de José Jacquin, 1856, p. 186.

2 Alberdi, Juan Bautista, *Reelecciones presidenciales. Obras selectas,* t. 5, cap. X, pp. 325-329, y *Las reformas de 1860. Obras Selectas,* t. 10, pp. 576-580, cit. por Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado,* Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, t. 9, pp. 630-2.

vigencia de la norma, en los hechos, solamente dos presidentes, Julio Argentino Roca e Hipólito Irigoyen, hicieron uso de la posibilidad reeleccionista. Sin embargo, el segundo fue depuesto antes de culminar su segundo periodo, por un golpe de estado, el 6 de septiembre de 1930.

Como dato complementario, y no menor, es del caso subrayar que este esquema reeleccionista se plantea dentro de un régimen fuertemente presidencialista, o si se prefiere, hiperpresidencialista. El ya citado Juan B. Alberdi, al programar al poder ejecutivo, pensó en "un Presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano", y al que recomienda darle "todo el poder posible, pero por medio de una Constitución".[3]

3. Segunda fórmula: la reelección indefinida. Constitución de 1949

Esta Constitución, fuertemente marcada por una evidente impronta caudillista —según se declaró desde su inicio—,[4] estableció en su artículo 78 lo siguiente: "*El Presidente y el vicepresidente duran en sus cargos seis años; y pueden ser reelegidos*".

La posibilidad de instaurar la reelección indefinida no había sido anticipada por el entonces presidente de la Nación, Juan Domingo Perón, cuando oficialmente propició la reforma constitucional. El discurso de referencia insiste varias veces en actualizar al texto constitucional de 1853, y entre otros objetivos, asegurar los derechos sociales de los trabajadores, suprimir la economía capitalista de explotación y afianzar al régimen republicano, re-

[3] Alberdi, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida...", *cit.,* en nota 1, pp. 104-105.

[4] Cfr. Sampay, Arturo Enrique, *La reforma constitucional,* La Plata, Laboremos, 1949, p. 73: "...esta reforma constitucional... podrá ser exhibida por el general Perón como su gran obra —de allí que la voz del pueblo, que es *vox Dei,* la llame Constitución de Perón—". Se trata del discurso del aludido jurista y diputado constituyente al fundar, por la mayoría de la Comisión Revisora, en el recinto de sesiones de la convención, al nuevo texto.

presentativo y federal, pero en nada postula la reelección presidencial indefinida.[5]

Pese a ello, dicho tema fue uno de los ejes principales de la nueva carta constitucional. El diputado constituyente Arturo Enrique Sampay, al fundar, por la mayoría, al nuevo texto, se detuvo largamente en el asunto. Las razones invocadas para justificar la fórmula de la reelección indefinida, fueron las siguientes:

a) "fidelidad al régimen democrático". Para Sampay, negarle al pueblo el derecho a elegir a quien desee, reuniendo el candidato las condiciones constitucionales para postularse, implica una contradicción sistémica;

b) "madurez política argentina". Las razones esgrimidas en otros países latinoamericanos para vetar la reelección presidencial no son valederas aquí, donde reina la "madurez política". Citando a Émile Giraud, apunta que fue "el predominio de los indígenas y mestizos sobre los blancos, el fermento de las oposiciones de clases, motivadas por luchas de razas que obligan a reglarse por una dictadura, cuyo límite es dado por el principio de la no reelección". Sampay agrega: "Pero la República Argentina... —digámoslo como una refutación a tantos infundios—, es una comunidad política que en ningún aspecto va a la zaga de los estados europeos... En la Argentina pasó el tiempo —Dios quiera que para siempre— de la incultura política sudamericana";

c) "indiscutibles bondades de la reelección presidencial". El expositor se remitió, para ello, a una extensa cita de Hamilton y a la experiencia del derecho comparado, incluyendo el estadounidense, donde sus jefes de Estado son —con obvia referencia a Franklyn Delano Roosevelt—, "reelegidos hasta la muerte", y

d) "circunstancias políticas excepcionales", en Argentina, que demandan la reelección constante, teniendo en cuenta el momento crítico que enfrenta el país, de "profundo proceso revolucionario de superación del liberalis-

[5] Cfr. Sampay, Arturo Enrique, *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Buenos Aires, Eudeba, 1975, t. II, pp. 475-479.

> mo burgués", en concurso con la "personalidad política excepcional", del entonces jefe de Estado, que "conduce al país, con firmeza y clarividencia, hacia la superación del momento crucial que vive el mundo". La "suerte de esa empresa argentina, concluye, depende de la posibilidad constitucional de que el General Perón sea reelegido Presidente de la República por el voto libre de sus conciudadanos".[6]

De los cuatro argumentos precedentes, únicamente el primero podía tener cierta consistencia, aunque por cierto resultaba algo burdo: afirmar que en una democracia, en virtud del adagio *vox populi vox Dei,* la mayoría del pueblo puede hacer lo que quiera y perpetuar en el poder a quien le guste, vitaliciamente llegado el caso, no constituía una versión muy madura ni axiológicamente refinada para una República moderna de mediados del siglo xx, que pretendía ser modelo en su género.

Los otros tres eran desechables liminarmente. La idea de la Argentina como una suerte de ínsula europeizada y políticamente mejor que el resto de Latinoamérica, repetía un viejo prejuicio local basado en un falso complejo de superioridad racial y cultural, que los hechos iban a desmentir, y estaban ya desmintiendo, al galope. La sucesión de golpes de estado que sufría el país desde 1930 era realmente preocupante, y se incrementó a poco de sancionarse la Constitución de 1949, en buena parte por ella misma. Si de inestabilidad sistémica se trataba, Argentina estaba destinada a batir récords regionales, cuando no mundiales.

El argumento estadounidense tampoco era válido. Es cierto que Franklyn Delano Roosevelt fue reelegido varias veces, y que había muerto, pocos años antes, en ejercicio de la presidencia, pero también lo fue que la enmienda constitucional XXII limitó la posibilidad de ser electo a solamente dos periodos, precisamente como respuesta a la experiencia habida por dicho mandatario.

Finalmente, el recurso al Líder-Mesías como tabla de salvación, piloto de tormentas y única alternativa imaginable ante la

---

[6] Sampay, Arturo Enrique, *La reforma constitucional*, *cit.,* en nota 4, pp. 68-73; *Las Constituciones...*, *cit.,* en nota 5, pp. 514-517.

formidable empresa política que, según se decía, Argentina atravesaba en esos momentos, concluyó absolutamente falso. Ni en la primera presidencia de Juan Domingo Perón (1946-1952), ni en la segunda (1952-1955), como tampoco, y menos todavía, en la tercera, (1973-1974), dicho jefe de Estado intentó destruir el régimen liberal capitalista burgués de propiedad privada de los medios de producción, según, en cambio, predecía y fomentaba Sampay. Las estrofas de la marcha partidaria del peronismo, que exaltaban al *líder de los trabajadores*, o *gran conductor*, y que mostraban a los obreros "combatiendo al capital" fueron, precisamente, eso solo: letra y música, pero no cambio en las relaciones básicas de estructura y de funcionamiento del sistema económico. Lo dicho no impide, desde luego, desconocer los muy significativos aportes económicos y sociales del justicialismo, o peronismo, a favor de los empleados, tanto en el derecho individual como en el colectivo del trabajo, en el derecho previsional, en los planes de vivienda y de salud, e incluso en el ámbito electoral, mediante el reconocimiento del voto femenino, entre otros rubros destacables.

4. El fin de la segunda fórmula: revolución de 1955, reformas constitucionales de 1956 y 1957

La llamada *revolución libertadora,* iniciada el 16 de septiembre de 1955, puso fin a la segunda presidencia de Juan D. Perón, quien había sido reelecto en 1952 como consecuencia de la habilitación reeleccionista establecida por el artículo 78 de la Constitución de 1949.

El régimen *de facto* emitió el 27 de abril de 1956 una Proclama por la que dejó sin efecto la Constitución de 1949, y restauró la de 1853, con las reformas de 1850, 1866 y 1898. La Proclama, dictada en ejercicio de "poderes revolucionarios" indica, como uno de los vicios imperdonables de la reforma de 1949, haber tenido por meta esencial la reelección indefinida del presidente de la República.[7]

[7] Zarini, Helio Juan, *Esquema institucional argentino (1810-1976),* Buenos Aires, Astrea, 1977, p. 91.

La Proclama significó, en los hechos, el manejo del poder constituyente por el régimen militar, que abolió una Constitución, y reimplantó otra, la anterior. La Asamblea Constituyente de 1957, convocada por el mismo gobierno, convalidó la extinción de la constitución de 1949.[8] Esta convención se encuentra seriamente cuestionada por las proscripciones electorales que rodearon su convocatoria, realizada, además, no por el Congreso (según lo exigía el art. 30 de la Constitución de 1853), sino por el gobierno provisional.

A partir de la *Proclama* vuelve a regir, entonces, la primera fórmula en materia de reelecciones, que ya hemos descripto (*supra,* par. 2).

5. Tercera fórmula: periodo presidencial de cuatro años y posibilidad de una sola reelección

En 1972, la Junta de Comandantes en Jefe de las fuerzas armadas, durante un gobierno *de facto,* e invocando explícitamente el ejercicio del poder constituyente, sancionó un *Estatuto Fundamental,* que modificaba varios artículos de la Constitución de 1853/60. Se argumentó, para hacerlo, "corregir la crisis de funcionalidad de los órganos de gobierno del Estado", así como "superar un largo periodo de graves desinteligencias internas e inestabilidad política".[9]

Una de las enmiendas, al artículo 77, dijo lo siguiente: "El presidente y vicepresidente duran en sus cargos cuatro años y pueden ser reelegidos una vez". La fórmula admitía entonces la reelección, pero solamente para una ocasión; y acortaba la duración del periodo presidencial, de seis a cuatro años. La receta parecía combinar cierta posible prolongación en la gestión de un gobierno, pero dentro de márgenes temporales acotados.

---

8 *Ibidem,* pp. 172-3.

9 Véase Ávila Ricci, Francisco Miguel, *Nueva Constitución nacional desde la historiografía institucional argentina,* Salta, Comisión Bicameral Examinadora de Obras de Autores Salteños, 1997, pp. 545-549.

Así fueron electos el presidente y vicepresidente de la Nación en 1973. La norma tuvo escasa vigencia, porque el golpe de estado del 24 de marzo de 1976 hizo caducar las autoridades constitucionales. Además, el propio *Estatuto Fundamental* dispuso una suerte de autodestrucción, en una norma algo confusa (art. 4º), al establecer que regiría hasta el 24 de mayo de 1977; y que si no era incorporado al texto constitucional, o derogado total o parcialmente por una Convención Constituyente, antes del 25 de agosto de 1976, concluiría su vigencia el 24 de marzo de 1981. Tal incorporación no se cumplimentó.

Al reinstitucionalizarse el país, en 1983, volvió a regir la primera fórmula que hemos consignado, según el texto original de la Constitución de 1853/60: el sexenio presidencial, con la eventual reelección, pero dejando un periodo en blanco (véase *supra,* par. 2).

6. Cuarta fórmula: reforma constitucional de 1994. Periodo de cuatro años, con posibilidad de una reelección inmediata, con más posibles reelecciones, distanciadas por un periodo en blanco

En el año 1993, la obsesión del entonces presidente, Carlos Saúl Menem —y del partido justicialista en el poder— para intentar su reelección inmediata —la Constitución entonces vigente demandaba, como vimos, un periodo en blanco para postularse nuevamente al cargo presidencial—, planteó en términos imperiosos e impostergables la necesidad de una enmienda constitucional que habilitase aquella posibilidad. El tema de la reelección, incuestionablemente, era el eje principal de la reforma.

El argumento principal para justificar la reforma giraba en torno a la tesis populista, ya sostenida por Arturo Enrique Sampay en 1949, sobre el derecho del pueblo soberano a elegir a quien y cuantas veces quisiera (véase *supra,* par. 3). Por razones de buen gusto, y por la triste experiencia habida en materia de inestabilidad política, no se mencionó más la presunta superioridad política local sobre el resto de América Latina, ni se insistió

en los roles mesiánicos del jefe de Estado. Tampoco, en la necesidad de acabar con el régimen liberal burgués, en parte porque el gobierno de entonces estaba embarcado en un desaforado proceso de privatizaciones que era precisamente todo lo opuesto a lo declamado en 1949.

Conviene aclarar que todo cambio, aun reducido a un solo artículo, de la Constitución argentina, no es una empresa fácil de lograr, ya que requiere un pronunciamiento expreso de cada Cámara del Congreso, actuando como poder "preconstituyente", de dos tercios de votos, y la convocatoria de una convención constituyente a ese efecto (art. 30 de la Constitución). Se ha discutido largamente si tales dos tercios de votos deben requerirse (i) sobre el total de los miembros de cada Sala del poder legislativo, (ii) sobre el total de los miembros en ejercicio, o (iii) sobre quienes estén presentes en la sesión, una vez obtenido el quórum para sesionar. En materia de antecedentes parlamentarios, los hay de diversa factura y para todos los gustos.

En definitiva, y después de un amago de convocatoria por parte del poder ejecutivo, a un plebiscito para auscultar la opinión popular sobre la cuestión de la reforma (decretos 2181 y 2258/93), las dos principales fuerzas políticas del país —los partidos justicialista y radical—, arribaron el 14 de noviembre de 1993, a un acuerdo político, llamado "Pacto de Olivos", que proporcionó el anhelado cómputo de los dos tercios de votos para sancionar la ley de convocatoria a reforma constitucional, 24.309.[10]

La fórmula de conciliación fue la siguiente: habría reelección inmediata, pero con un acortamiento del periodo presidencial —de seis a cuatro años, como lo decía el *Estatuto Fundamental* de 1972—, y también con un imaginado recorte de las competencias del jefe de Estado, ya que se intentaba moderar el régimen hiperpresidencial de la Constitución de 1853/60 con la creación, en la Constitución, de un pomposamente llamado "Jefe de Gabinete de Ministros", a quien le tocaba, entre otros importantes papeles, "ejercer la administración general del país" (art. 100, inc. 1 del nuevo texto). También se moderaban ciertas competencias del

[10] Véase Sagüés, Néstor Pedro, "*Introducción*", en *Constitución..., cit.*, pp. 17 y ss.

poder ejecutivo, por ejemplo en la nominación de jueces y declaración del estado de sitio. En otras palabras: no hubo acuerdo político para la reelección inmediata de un presidente fuerte y de largo aliento, pero sí para un presidente con poderes y tiempos algo reducidos.

Electa la Convención Constituyente, ésta sancionó en 1994 el nuevo artículo 90 de la Constitución nacional en vigor, que dice: "El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo periodo consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un periodo".

El convencional Alberto García Lema, miembro informante en la asamblea por el despacho mayoritario, al sustentar esta norma, informó que seguía el modelo estadounidense, e indicó que era la práctica en los países más desarrollados.[11]

Hubo también dos normas complementarias aprobadas por la Convención, la disposición transitoria novena, que dijo: "El mandato del presidente en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer periodo...", y la décima, que estatuyó lo siguiente: "El mandato del presidente de la Nación que asuma su cargo el 8 de julio de 1995, se extinguirá el 10 de diciembre de 1999".

Respecto de este manojo normativo, debe observarse, en primer lugar, que el texto del nuevo artículo 90 no es muy claro respecto de una cuarta elección de una misma persona como presidente. Desde luego, la norma habilita con nitidez la primera y la segunda elección consecutivas. Para una tercera, debe dejarse un periodo en blanco. Pero una vez respetado tal "hueco", y electo un sujeto por tercera vez, ¿puede presentarse a otra elección inmediata —la cuarta—, o debe también dejar en blanco otro periodo? ¿O no puede presentarse a ninguna más, con lo que estaría prohibido tal cuarto periodo?

[11] Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones,* versión provisoria, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1994, pp. 2213 y 2214; *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994,* Buenos Aires, Ministerio de Justicia de la Nación, 1998, t. V, pp. 4884-4885.

Fuera de estas conjeturas, lo cierto es que la tentativa de moderar los poderes del presidente, mediante la figura del reluciente "Jefe de Gabinete de Ministros", fue el fracaso más llamativo de la reforma constitucional de 1994. El aludido "jefe", comencemos, era nombrado y removido *a piacere* por el presidente (art. 99, inc. 7º de la Constitución), y terminó por convertirse, de hecho y de derecho, esto último por la legislación reglamentaria, en un sujeto satelizado y en un auxiliar más del presidente, sometido a sus humores e instrucciones y además, con la facultad presidencial de avocarse al conocimiento de los asuntos que el "jefe" estuviere manejando.[12] Tampoco han tenido buen suceso los topes constitucionales fijados al poder ejecutivo para reducir sus potestades legisferantes: el presidente argentino, en temas fundamentales, legisla, mediante la emisión de los decretos de necesidad y urgencia. Lo único realmente consistente de la reforma, para procurar limitar al titular del poder ejecutivo, fue el achicamiento de su mandato, a cuatro años.

7. Tentativa de interpretación espúrea de la Constitución

Al aproximarse la conclusión del segundo mandato presidencial de Carlos Saúl Menem, hubo diversas acciones judiciales que intentaron habilitar un tercer periodo, sin esperar el transcurso del "hueco" o tramo en blanco entre el segundo y el tercero.

Se dijo, al respecto, que la disposición transitoria novena de la Convención Constituyente, que hemos transcrito en el parágrafo anterior, en el sentido que el mandato del presidente en ejercicio al momento de sancionarse la reforma de 1994, debía entenderse como primer periodo, no podía racionalmente computarse a los efectos del artículo 90 de la Constitución, "por su breve duración", ya que abarcaba solamente once meses —desde el 24 de agosto de 1994, fecha de la jura de la reforma constitucional, hasta el 8 de julio de 1995—. Afortunadamente, la mayo-

[12] Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de derecho constitucional,* Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 368-369.

ría de la Cámara Nacional Electoral no aceptó tal criterio.[13] En rigor de verdad, el texto de la disposición transitoria novena era diáfano, e impedía adoptar aquella tesis. Además, el presidente Menem había asumido en julio de 1989, de tal modo que al concluir ese segmento de su mandato, en 1995, había gobernado seis años, a los que hubo que sumar después otros cuatro, como segundo periodo, desde 1995 a 1999 —más de diez años, en total—.

Otro argumento lanzado por algunos para no aplicar el texto del artículo 90 de la Constitución y permitir la libre reelección era, nada más ni menos, que el artículo 23.2 del Pacto de San José de Costa Rica, que admite *exclusivamente* regulaciones electorales por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, condena penal o incapacidad civil o mental, y sin mencionar limitaciones por haberse desempeñado ya en anteriores periodos en la función presidencial. Para algunos, interpretado entonces al pie de la letra, dicho precepto del Pacto permitiría las reelecciones indefinidas, como un derecho humano de quien así desee presentarse a los comicios.

Con acierto, y en un importante pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *Partido Justicialista de Santa Fe*, desechó tal interpretación meramente literalista y gramatical, resolviendo que las cláusulas constitucionales que impedían postularse indefinidamente a un cargo electivo, y que demandaban dejar un periodo "hueco" o en blanco, para la reelección, no violaban la Constitución nacional ni los derechos personales, ni los tratados o convenciones con rango constitucional mencionados por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional, entre los que estaba el de San José de Costa Rica. Al respecto, la Corte argumentó: *a)* la forma republicana de gobierno, que tiene una amplia gama de alternativas justificadas por razones sociales, culturales, institucionales, etc., "no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos"; *b)* el artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos del Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, enuncia que los "derechos de cada persona están limitados...

[13] Caso "Fernández Roberto", Cámara Nacional Electoral, en *La Ley,* Buenos Aires, 1998-B-593. Un voto en disidencia, sin embargo, adhirió a la peregrina tesis de la re-reelección, que criticamos.

por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática", y la restricción de la no reelección consecutiva "resulta compatible con ese tipo de organización política", y por ende, con el artículo 23 de la misma convención; *c)* el reconocimiento de la soberanía popular tampoco requiere que se reconozca al cuerpo electoral "la facultad de mantener como representante a quien ha cumplido con su mandato en los términos en que originariamente había sido elegido"; *d)* la soberanía popular ha sido preservada cuando los representantes del pueblo han sancionado una Constitución que establece aquella interdicción reelectiva.[14]

8. Modulación familiar de la reforma constitucional de 1994

El texto en vigor, como vimos (art. 90 de la Constitución), permite que una persona intente una reelección inmediata; y demanda, para postularse a un tercer periodo, que tal individuo deje un periodo presidencial "en blanco".

La Norma constitucional nada dice en cuanto a si la esposa del jefe de Estado —o su esposo, si tal presidente es mujer—, están o no comprendidos en las citadas incompatibilidades o inhabilidades constitucionales. Algunas constituciones, en cambio, sí lo han hecho, incluso en el orden provincial argentino.[15] Tal silencio puede interpretarse, en Argentina, y en el orden nacional, como *prohibición*, por razones éticas y para cumplir genuinamente con el mensaje de la norma, impeditivo de ciertos continuismos, o en cambio, como *autorización,* si se lo entiende con criterio favorable, en la duda, al ejercicio, y no a la inhibición de un derecho a postularse, como aplicación de la regla interpretativa *pro persona*

---

14 Caso *Partido Justicialista de Santa Fe,* Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6/10/94, *La Ley,* Buenos Aires, 1995-A-201, y *Fallos,* 317:1195, considerando 4º.

15 Véase por ejemplo, el art. 240, inc. 6º de la Constitución de Honduras, que inhibe a los parientes del presidente, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, postularse para la presidencia. En sentido similar, art. 186 inc. *c)* de la Constitución de Guatemala. En Argentina, pueden citarse con restricciones parecidas, *v. gr.,* las Constituciones de las provincias de Río Negro, art. 172, y Jujuy, art. 127.

o *pro homine*, o *favor libertatis,* e incluso por el principio de interpretación *expansiva* en materia de derechos humanos.[16]

En 2003, Néstor Kirchner fue elegido por primera vez presidente de la Nación. Al concluir su periodo, en 2007, estaba constitucionalmente autorizado para presentarse de inmediato para otro, el segundo, conforme al citado artículo 90 de la Constitución. Sin embargo, postuló como candidata a su cónyuge, Cristina Fernández de Kirchner, quien resultó elegida. De seguirse tal práctica, podría haberse planteado una sucesión entre los componentes del matrimonio, de modo indefinido, una vez uno, y otra vez el otro, periodo por periodo, alternativamente, sorteando así los posibles obstáculos de la referida cláusula. Coincidiendo con esa posible alternativa, en marzo de 2010, el entonces diputado nacional —y expresidente— Néstor Kirchner afirmó públicamente, en un acto partidario, que habría Kirchner en la presidencia por largo rato, por ejemplo hasta 2020. En octubre de 2010, sin embargo, falleció, con lo cual la predicción quedó frustrada, al menos con el binomio matrimonial.

El tema ha provocado la iniciativa de ampliar una extensión del aludido artículo 90, incluyendo a parientes próximos del presidente o vicepresidente, entre los sujetos inhabilitados para las reelecciones. La historia de la reelección presidencial, pues, no ha concluido.

9. Conclusiones. Situación actual

El tema de la reelección presidencial ha sacudido fuertemente, ocasionalmente con violencia, a la historia constitucional argentina. Ha tenido en el ámbito nacional cuatro soluciones constitucionales distintas y ha provocado, más de una vez, enmiendas constitucionales *de jure* o *de facto*, un movimiento revolucionario, hondas disputas políticas e interpretaciones controvertidas de la Ley suprema.

[16] Sobre estos principios derivamos al lector a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución,* 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 211 y ss.

El apetito reeleccionista ha prendido fuerte en los hábitos argentinos, generalmente asociados a tendencias populistas y caudillescas propias de un subdesarrollo político más apegado a las personas que a las instituciones. Cabe reconocer que la alternancia en la presidencia no ha sido un valor asumido por las grandes mayorías de la población, quienes gustan, con frecuencia, del continuismo en el elenco gobernante. Y éste no es un dato novedoso: registra antecedentes desde el siglo XIX, a poco de formarse Argentina. Se trata, además, de un amor compartido entre partidos de masa, enormes sectores de la comunidad y varios jefes de Estado obsesionados por permanecer en el poder al costo que fuera.

Las razones dadas para el continuismo —sea la reelección consecutiva al desempeño de un primer periodo, por uno más, sea la reelección indefinida—, han transitado niveles muy diversos: soberanía popular irrestricta —*vox populi, vox Dei—;* el argumento del líder clarividente, la necesidad de consumar una hazaña histórica que no permite imaginar cambios en quien la conduce, convertido así en el *presidente imprescindible*; el recurso al derecho comparado, no siempre manejado con honestidad intelectual, o incluso, a la luz de los derechos humanos, el alegato de no victimizar ni discriminar al presidente ya electo que desea revalidar su título con el aval de su pueblo. En el plano de las realidades, esa ideología reeleccionista no resulta convincente. De hecho, conforme la experiencia habida hasta ahora, intenta justificar una *idée fixe,* o desvelo, a menudo obcecado y monotemático, de permanencia en el poder. Un rechazo, casi visceral, a la idea de asumir que en la democracia la alternancia es un dato corriente y por lo común, muy saludable, importante para diferenciarla de las monarquías y de los autoritarismos.

La experiencia nacional muestra que los dispositivos constitucionales limitativos de la reelección han disminuido su vigor con la reforma de 1994, y que, además, no son absolutamente seguros. Se han ensayado, en efecto, estrategias más o menos evasivas de tales restricciones. Más todavía, nadie puede asegurar que, en el futuro, una exégesis manipulativa y desnaturalizadora de la Constitución no adormezca la eficacia de los recaudos exigidos por el actual artículo 90 para prohibir las posibilidades de

una reelección simple e indefinida. O que, si ello fracasare, no se retorne, de ser necesario por vía de enmienda formal, al régimen de 1949, habilitante de esa modalidad.

Precisamente, a comienzos de marzo de 2011 circularon versiones en torno a una posible reforma constitucional para instituir un régimen cuasi parlamentario y permitir la reelección indefinida de la presidenta Cristina Fernández de Kirchner, a partir de 2015, operativo al que se denominó "Cristina eterna". Dicha iniciativa, al menos en parte, fue auspiciada incluso por la diputada nacional Diana Conti, aunque la presidenta de la Nación la desautorizó explícitamente. La propuesta, sin embargo, parece seguir en pie en algunos sectores de la clase política argentina.[17]

Lo cierto es que, para la elección presidencial de 2015, no pudo reformarse la Constitución ni se impuso alguna interpretación —inconstitucional— permisiva de la re-reelección, motivos por los que la presidenta para entonces en ejercicio, se encontró inhibida, por el momento, para postularse para un nuevo periodo inmediato.

10. El tema en las constituciones provinciales. Remisión

El presente trabajo se ha ceñido al ámbito nacional. Como Estado federal, cada provincia diseña a su turno su propio esquema en materia de reelección de su gobernador (art. 5º de la Constitución federal).

A simple título de muestra: (i) Algunas autorizan sin tapujos la reelección indefinida, como Catamarca, Santa Cruz, Formosa, San Luis. Esta posición, lamentablemente, ha generado una patología reeleccionista preocupante.[18] (ii) Otras, consienten la

17 Cfr. Obarrio, Mariano, *Apoyo oficial a la reelección de Gioja,* diario *La Nación,* 8 mar 2011, p. 8.

18 Cfr. *La obsesión reeleccionista,* editorial del Diario *La Nación,* Buenos Aires 16/1/2011, p. 28. Como muestras de esa patología se recuerda allí el caso del gobernador Adolfo Rodríguez Saá, de San Luis, que ejerció su cargo desde fines de 1983 hasta fines de 2001, y el del gobernador Gildo Insfrán,

reelección hasta por un periodo legal —Misiones—, por un periodo en forma consecutiva o alternada —Entre Ríos—, o por un periodo consecutivo —San Juan–. (iii) Pocas, habilitan la reelección pero no de manera inmediata, sino dejando un intervalo o hueco de un periodo —Santa Fe, Mendoza—. (iv) En La Pampa, el gobernador puede ser reelecto por un periodo consecutivo. Para otra reelección más, debe dejar un periodo de intervalo o "hueco". Este sistema es el más divulgado: se sigue en La Rioja, Corrientes, Buenos Aires, Río Negro, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Córdoba, Jujuy, Chubut, Chaco, Neuquén, Tucumán y la ciudad autónoma de Buenos Aires.

En los primeros días de marzo de 2011 se hizo saber, asimismo, una propuesta de enmienda constitucional en la Provincia de San Juan, a fin de permitir al gobernador un tercer periodo consecutivo de mandato. De hecho, se convocó por la Legislatura a un plebiscito para el 8 de mayo, a fin de instrumentar tal enmienda.[19] Realizado el mismo, hubo una cuota de ausentismo al comicio del 30%. Respecto de los votos emitidos, el 65% aprobó el cambio. Para voces de la oposición, ello significó que en realidad solamente el 35% de los electores la consintió, pero como los ausentes no son tenidos en cuenta, la enmienda constitucional quedó consumada.[20]

de Formosa, quien en 2011 se presentó exitosamente a elecciones para iniciar, entonces, un *sexto* periodo al frente del Poder Ejecutivo local.

19 Obarrio, Mariano, *op. cit.,* nota 16, p. 8. La convocatoria a plebiscito para el 8 de mayo de 2011 ha provocado dudas sobre su constitucionalidad, puesto que la Constitución de la Provincia de San Juan (art. 277), si bien admite ese procedimiento para reformar un artículo de la misma, dispone que el comicio popular se realiza "en oportunidad de la primera elección que se realice". Esta frase da a entender que la consulta tiene que practicarse no en un acto especial y separado, sino conjuntamente con la primera elección que tenga lugar, según la Constitución.

20 Diario *La Nación,* Buenos Aires, 9 may 2011, p. 1.

Capítulo VI
Parlamentarismo y presidencialismo. Un ensayo sistémico para la gobernabilidad democrática: el "minipremier" en Perú y Argentina. Experiencias y perspectivas*

Primera parte: presidencialismo y parlamentarismo en América Latina

1. Introducción. El parlamentarismo como esperanza

En Latinoamérica el parlamentarismo es un tema cíclico y recurrente. De vez en cuando, y siempre que se somete a debate una eventual reforma de la Constitución de cualquier país del área, la alternativa parlamentarista ocupa un lugar obligado en la mesa de discusiones.

El parlamentarismo tiene para Latinoamérica algo de mágico, de extraño y de ilusión. No pocos ven en él una fórmula política prestigiosa, pero también un remedio fantástico y definitivo para superar cualquier disfuncionalidad del sistema local. Por sí sólo curaría los excesos del poder ejecutivo, la molicie del Congreso, la burocracia administrativa, la lentitud de la justicia.

Detrás de toda esa mitología parlamentarista subyace una importante dosis de fantasía constitucional, que en definitiva ope-

* Publicado en AA.VV., *A diez años de la reforma de la constitución nacional,* Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2005, pp. 231 y ss.

ra como mecanismo de evasión de la realidad política cotidiana. Así, se supone que derrumbando al presidencialismo, todo, o lo principal, quedará resuelto.

Tal parlamentarismo "de esperanza", muchas veces utópico, olvida que el sistema político se integra con *mecanismos de poder,* pero también con *protagonistas* —en particular, con los operadores de la Constitución— que si son los mismos que hoy actúan en el presidencialismo, y conservan sus viejos hábitos, actitudes y mentalidades, lo más probable es que en lugar de adaptarse ellos a un futuro parlamentarismo, acomoden éste a sus estilos y costumbres presidencialistas. Dicho de otro modo: el parlamentarismo requiere, además de un organigrama de poder, parlamentaristas genuinos que lo protagonicen. Un parlamentarismo interpretado por actores presidencialistas será una muy mala pieza del teatro político.

2. El presidencialismo, un régimen a la defensiva

La ilusión parlamentarista cuenta con un socio importante: el complejo de inferioridad del presidencialismo.

Aquí hay datos innegables. El parlamentarismo es, desde el punto de vista cuantitativo, mucho más numeroso que el presidencialismo.[1] Cualitativamente, tiene también más *status* y prestigio institucional que el presidencialismo. Riggs apunta, por ejemplo, que ningún país del primer mundo —si se exceptúa a Estados Unidos— o del segundo, ha adoptado el esquema presidencialista. Por el contrario, el presidencialismo tiene su fuerte en las naciones del tercer mundo, donde fue aceptado por más de treinta.[2]

---

1 En parte eso se explica porque las constituciones de las excolonias europeas —sobre todo de Francia e Inglaterra—, han seguido el modelo preferentemente parlamentarista de sus antiguas metrópolis. Veáse Lijphart, Arend, "Democratización y modelos democráticos alternativos", en AA.VV., *Presidencialismo vs. Parlamentarismo,* Buenos Aires, Eudeba, 1988, p. 5.

2 Riggs, Fred W. *La supervivencia del presidencialismo en EEUU: prácticas paraconstitucionales*, en AA.VV., *Presidencialismo vs. parlamentarismo*, *cit.,* p. 48. A su turno, derrumbada la URSS, muchas naciones desmembradas de

La palabra "presidencialismo" huele pues, por lo común, a bajos ingresos *per capita*. Pero además, destiñe inestabilidad política. La mayoría de los países presidencialistas, en efecto, ha tenido quiebras institucionales. Ninguno —salvo la clásica excepción de Estados Unidos— ha podido eludir experiencias antidemocráticas, casi siempre autoritarias —en particular, intervenciones militares—. En cambio, la dosis de inestabilidad y de autoritarismo en los países parlamentaristas es sensiblemente menor.

Circunstancias como las indicadas conducirían a una muy fácil simplificación: el presidencialismo es de por sí *malo,* y por excepción, *bueno*. El parlamentarismo, exactamente lo contrario: naturalmente es *bueno,* pero ocasionalmente, malo. Tal maniqueísmo político, excesiva y sospechosamente sencillo, ha llevado a preguntarse sobre cómo es posible que Estados Unidos, un país del primer mundo, y con un positivo grado de desarrollo gubernativo, puede manejarse bien con un sistema presidencialista.[3]

El presidencialismo aparece pues en el escenario constitucional como un personaje primitivo, decadente y tal vez peligroso. A menudo cumple un papel perverso: es el villano de la película.[4] Si —*rara avis*— su perfomance es eficiente, tendrá que explicar el por qué de su triunfo, y quizá pedir perdón por él. No todos, además, quedarán satisfechos por sus disculpas de éxito.

El investigador podrá añadir otro dato complementario: ningún país parlamentarista —o prácticamente ninguno—, programa actualmente su cambio hacia un régimen presidencialista. Sólo los estados presidencialistas imaginan un tránsito hacia el parlamentarismo.

---

ella, como expaíses satélites, adoptaron también modelos parlamentaristas, aunque la Federación Rusa constituya un caso distinto.

[3] Riggs, Fred W., *op. cit.,* pp. 61 y ss.

[4] Así, en países presidencialistas es usual que se atribuya a dicho régimen "la culpa exclusiva por las grandes crisis que continúan surgiendo del choque entre instituciones formalmente democráticas y una estructura social profundamente oligárquica": Veáse Mangabeira Unger, Roberto. *La forma de gobierno que conviene al Brasil*, en AA.VV., *Presidencialismo vs. parlamentarismo*, *cit.,* p. 95.

En definitiva, el presidencialismo se presenta ahora como un régimen a la defensiva, de dudosa legitimidad, con un fuerte complejo de inferioridad, cuando no de culpa. Mal comienzo, desde luego, para su eventual comparación con el parlamentarismo.

3. Modelos normativos de confrontación. Alternativas parlamentaristas

Si por vía de abstracción el constitucionalista latinoamericano intenta despojarse de la mitología parlamentarista y del complejo de inferioridad del presidencialismo, tendrá que ocuparse de cotejar los dos sistemas en cuestión.

Sin embargo, bueno es advertir que la comparación de virtudes y defectos del parlamentarismo y del presidencialismo no es simple, dado que no hay un único modelo de "estado parlamentario", ni de "estado presidencialista". En concreto, abundan los subtipos de una y otra fórmula. Incluso, existen zonas grises, de estados híbridos, "semipresidencialistas" o "semiparlamentarios" según como se los quiera llamar. Estos casos de hermafroditismo político, difíciles de encasillar, confunden y atraen al mismo tiempo.[5]

Veamos, como muestra de esa heterogeneidad, dos clasificaciones escogidas al azar, sobre el sistema parlamentario.

La primera, relativa a las *modalidades estructurales* que puede adoptar un régimen con primer ministro, la tomamos de Carlos S. Nino.[6] Distingue, al respecto, estas posibilidades:

a) países con primer ministro facultativo para el presidente;
b) países con primer ministro obligatorio, según la Constitución, y entre ellos:
  b') países sin responsabilidad parlamentaria del primer ministro —sólo es removible por el presidente—;

[5] Sobre la "versatilidad" de los sistemas mixtos véase, por ejemplo, Nino, Carlos Santiago, "Presidencialismo *vs.* Parlamentarismo", en *Presidencialismo vs. Parlamentarismo, cit.*, p. 123.

[6] Cfr. *Reforma constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la democracia*, Buenos Aires, Eudeba, 1986, pp. 400-401.

b'') países con responsabilidad parlamentaria del primer ministro. Aquí, a su vez, existen dos variantes: el presidente necesita de la confianza previa parlamentaria para nombrar al primer ministro; o lo nombra sin esa conformidad previa, pero el Parlamento puede destituirlo mediante voto de censura. A su turno, la censura puede adoptarse, según las diferentes constituciones, por mayoría simple, por mayoría absoluta o por mayoría calificada de los dos tercios del Parlamento.

La historia no termina aquí. Después del voto parlamentario de censura, pueden ocurrir varias alternativas constitucionales: que el presidente necesite de la confianza previa del Parlamento para nombrar al nuevo primer ministro, o que no la necesite. También puede pasar que el presidente tenga, o no, la facultad de disolver al Parlamento, convocando a nuevas elecciones.

Añadimos que hay países donde el primer ministro es responsable simultáneamente ante el presidente y el Parlamento —parlamentarismo "orleanista"—.[7]

La segunda clasificación atiende a las *cuotas de poder* entre el presidente y el primer ministro —dado que el parlamentarismo supone, habitualmente, la división del poder ejecutivo entre el *jefe de Estado* (presidente, rey) y el *jefe de Gobierno*, llamado premier, o primer ministro—. En tal sentido, hemos distinguido tres opciones:

a) el *premier "grande"*, o *maxipremier*, al estilo de Italia o España, *v. gr.* Del viejo poder ejecutivo, tal vez le toque 80% o más de sus competencias. El 20% restante le queda al jefe de Estado —presidente, rey, etc.—.
b) el *premier "medio"*, con atribuciones cuyo peso político equivalen, aproximadamente, a las del jefe de Estado —modelo francés de 1958, de la "diarquía"—. Aquí, premier y presidente poseen cada uno alrededor del 50% del capital político de un ejecutivo presidencialista.
c) el *premier "chico" o "mini-premier"*, como el peruano, donde su cuota de autoridad es reducida —20% de las compe-

[7] Cfr. Daranas Peláez, Mariano, *Las constituciones europeas*, Madrid, Nacional, 1979, t. II, p. 1603, nota 58.

tencias del antiguo poder ejecutivo. El presidente retiene el 80% de ellas—.[8]

4. Alternativas presidencialistas

El panorama presidencialista tampoco es uniforme. Si se acepta el esquema de Nogueira, hay que distinguir inicialmente entre un *presidencialismo autoritario*, con fuerte concentración de poderes en el presidente, falta de competencia política abierta y la facultad de aquél de disolver al Congreso en ciertos casos —en términos generales, menciona al respecto las constituciones de Chile de 1980, Haití de 1964 y Paraguay de 1967— y otro, de corte *democrático*, que permite la alternancia política y el libre juego electoral, con poderes presidenciales más reducidos.

Para Nogueira, que escribe el trabajo que citamos al declinar la década de los ochenta, el presidencialismo democrático asume en América Latina distintas posturas. Detecta primero un presidencialismo *puro* —constituciones de Argentina, Colombia, Ecuador, Chile de 1925—, donde el presidente nombre y remueve libremente a los ministros, tiene facultades colegisladoras e influye en la designación de los jueces; otro que llama *presidencialismo parlamentario o atenuado*, en el que el Congreso puede remover a los ministros mediante votos de censura o rechazo de votos de confianza; un tercero que bautiza como *presidencialismo dirigido*, mediante, por ejemplo, un partido hegemónico, como sucedió en México; o acuerdos bipartidistas, al estilo de Colombia; y finalmente de un *parlamentarismo semipresidencial*, instrumentado en la última Constitución del Perú, donde al lado del presidente de la República coexiste un presidente del Consejo de Ministros, removible por la Cámara de Diputados a través del voto de censura, sin perjuicio de su destitución por el presidente de la República, y con significati-

[8] Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Reforma constitucional (I) Relaciones Iglesia-Estado. Primer ministro y reelección presidencial. Proceso legisferante. Situaciones de emergencia,* en *Reforma Constitucional. Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia,* Buenos Aires, Eudeba, 1987, p. 160.

vas atribuciones en el manejo de los servicios públicos, además de otras competencias.[9]

Podrá advertirse, por último, que hay presidencialismos moderados y parlamentarismos también restringidos, con fuertes ingredientes mixtos, que han dado lugar, para algunos, a *neoparlamentarismos* y *neopresidencialismos* con muchos elementos comunes entre sí.[10]

5. Otras variables

Además de los engranajes normativos constitucionales, conviene alertar que un sistema normativo parlamentario o presidencialista puede ser profundamente alterado por otros factores.

Están, en primer término, los ingredientes personales. El eje del poder en un sistema fuertemente presidencialista puede trasladarse del presidente formal a un "hombre fuerte", civil o militar, verdadero dueño del poder ejecutivo de ese Estado, y que bien puede ser un ministro. En un país parlamentarista, simultáneamente, el primer ministro puede convertirse en un auténtico dictador constitucional, merced a sus dotes carismáticas, el apoyo del ejército, la pleitesía del partido predominante, del Parlamento o de la Justicia, etc. En los países comunistas, la aparición de estos *premiers* dotados de enormes cuotas de poder no ha sido un fenómeno raro.

Otras variables que condicionan de derecho y de hecho el desenvolvimiento de un régimen presidencialista o parlamentarista son, por ejemplo, la estructura federal o unitaria del país —cosa que incide especialmente en el cupo de competencias del presidente o del premier nacional—, el régimen electoral vigente —si es de representación proporcional, puede ocasionar que ningún partido tenga mayoría en el Congreso, y que por ende, los partidos minoritarios controlen mejor al poder eje-

[9] Nogueira, Humberto A., *Análisis crítico del presidencialismo*, en AA.VV., *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, *cit.,* p. 144.

[10] Cfr. Quiroga Lavie, Humberto, "El neopresidencialismo, (1989)", en *La Ley Actualidad,* Buenos Aires, 21 sep 1989, p. 1.

cutivo—, el grado de dominación política de los partidos sobre sus legisladores; y a su turno, del presidente sobre su partido, el sistema de elecciones —escalonado o no— para elegir al presidente y que generen un Parlamento no afín al partido del presidente, el fraccionamiento del poder legislativo en dos cámaras, que así pueden autobloquearse y no regular al poder ejecutivo, etcétera.[11]

En síntesis, un esquema presidencialista es raro que derive hacia prácticas parlamentaristas, aunque sí es posible que un Congreso díscolo y autónomo extreme sus controles sobre el poder ejecutivo, o bloquee su gestión. En casos de confrontación, también es factible que el presidente, si no se somete a esos avances del Parlamento, responda con vetos ejecutivos que a su vez cercarán la tarea del Congreso.[12]

Por su parte, un esquema parlamentarista puede mutarse, en los hechos, a semipresidencialista. "Los primeros ministros —escribe Linz— cada vez se están pareciendo más a los presidentes" debido —entre otras cosas— a la mayor influencia de los liderazgos personales y a la identificación de los votantes con los líderes.[13]

Las mutaciones son definitorias en los países con fórmulas intermedias —"semipresidencialistas" o "semiparlamentarias"—. En ellos, si el partido del presidente controla también, por sí solo o con aliados, al Parlamento, y el presidente tiene fuertes dotes carismáticas, el sistema tiende a perfilarse como fuertemente presidencialista —caso del Perú de Alan García y de Fujimori, *v. gr.*—. En cambio, si el Congreso retiene su significación política, el régimen asume una fisonomía más bien parlamentarista —India, por ejemplo—.[14]

---

11 Nino, Carlos S., *op. cit.,* p. 16.

12 Entre otras confrontaciones célebres, pueden recordarse las del presidente Johnson, sucesor de Lincoln, con el Congreso estadounidense; o las del presidente ecuatoriano Febres Cordero con el Poder Legislativo de su país. Sobre esto último, véase Nogueira, Humberto A., *op. cit.,* p. 159.

13 Linz, Juan, *Democracia presidencialista o parlamentarista. ¿Hay alguna diferencia?*, en AA.VV., *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, *cit.,* p. 22.

14 Nino, Carlos S., *op. cit.,* p. 116.

6. Evaluación

Cabe recapitular lo dicho hasta ahora: hay muchas clases de regímenes parlamentarios, y también muchos tipos de regímenes presidencialistas. Y además del esquema constitucional del país del caso, cabe atender a una estructura subconstitucional —sistemas electorales, tipos de partidos, factores personales, vivencias federales o unitarizantes, etc.—, para situar a un país en uno u otro grupo.

Pero, al fin de cuentas ¿qué es lo que hace que un Estado pueda rotularse como "parlamentarista" o "presidencialista"?

Vamos a ceñirnos a dos elementos que reputamos esenciales:

a) *Bipartición real del poder ejecutivo*: al decir "real", entendemos que las cuotas de competencias de ese poder son otorgadas en cantidades significativas a un jefe de Estado, por un lado, y a un jefe de Gobierno, por el otro. Al menos, debe concederse a cada uno 50% del paquete de competencias del poder ejecutivo antiguo. Si la Constitución confiere menos de ese cupo al jefe de Gobierno —premier, presidente del Consejo de Ministros, etc.—, por ejemplo, cuando es sólo 20%, el régimen es sustantivamente presidencial, con vestigios de parlamentarismo. Si la ecuación es al revés —por ejemplo, 30% de poderes ejecutivos al presidente, y 70% al premier—, el sistema es sustantivamente parlamentario.

b) La atribución al Congreso o al Parlamento de remover al premier y a su gabinete, mediante censuras o negación de confianzas. Si esa competencia la tiene el Congreso de modo muy restringido —*v. gr.,* una sola vez al año, requiriéndose además mayorías calificadas como de 2/3 de votos de la Legislatura—, el sistema es sustantivamente presidencialista. En Estados Unidos, el Congreso puede mediante el *impeachment* destituir al presidente y a sus ministros, con 2/3 de votos en la Cámara de Representantes y del Senado, cuantas veces quiera, y nadie llamará a eso "parlamentarismo".

7. La opción entre parlamentarismo y presidencialismo. Activo y pasivo de cada régimen

Corresponde ahora detenernos en la elección entre un esquema parlamentarista o presidencialista de poder.

En esa tarea, el constitucionalista debe advertir que cualquiera de estos regímenes tiene aspectos positivos y negativos. Además, cada uno de ellos debe solventar determinados costos, jurídicos y políticos. Tales costos son inexorables: ningún parlamentarismo o presidencialismo es perfecto en sí mismo, y para instrumentarlo, resulta indispensable afrontar determinadas inversiones, contar con ciertos capitales y realizar importantes erogaciones jurídico-políticas. En el mercado del poder, prácticamente nada es gratuito: todo tiene su precio.

Veamos las ventajas o productos teóricos positivos, el "activo" que puede brindar cada sistema:[15]

[15] Al presidencialismo se le imputa rigidez sistémica, porque el presidente inepto es difícil de reemplazar por los mecanismos corrientes del juicio político —impeachment— y, por ende, muchas veces un fracaso presidencial ha llevado a salidas inconstitucionales, como los golpes de estado. Además, ha engrosado el presidencialismo de modo excesivo los poderes del presidente, quien ha caído a menudo en el "delirio cesáreo", y en la demagogia como recurso para mantenerse en el poder. Todo eso provoca, igualmente, la tendencia presidencial a no transferir el poder y a quedarse todo lo posible en él. Por último, como en los esquemas presidencialistas el Congreso no puede —salvo por el juicio político— tumbar al presidente, lo más probable es que si hay un enfrentamiento grave entre éste y aquél, el asunto desemboque en un mutuo autobloqueo —el presidente, vetando las leyes del Congreso; y el Congreso, no aprobando las iniciativas presidenciales—. Por el contrario, al parlamentarismo se le atribuye mayor estabilidad sistémica ya que los gabinetes pueden ser reemplazados fácilmente a través de votos de censura, y la desaparición de un premier no implica el reemplazo del jefe de Estado, quien es distinto a aquél. Al encontrarse dividido el Poder Ejecutivo entre los dos jefes —el de Estado y el Premier—, los riesgos de cesarismo presidencial o del premier, disminuyen. Por lo demás, lo común en un sistema parlamentario es que sus protagonistas asimilen como algo propio de él las alternancias de partidos en el gabinete, y el reemplazo frecuente de éste. Pero si los cambios ministeriales y de primer ministro son demasiado abundantes, el régimen deviene inexitoso ante la imposibilidad de programar políticas y gobiernos duraderos. Cfr. mejor en Linz Juan, *op. cit.,* pp. 26 y ss.

Presidencialismo	*Parlamentarismo*
• Coherencia y rapidez en la adopción de decisiones. • Conducción.	• Flexibilidad del sistema. • Alternancia política. • Poder moderado.

Y sus defectos principales —el "pasivo"—:

Presidencialismo	*Parlamentarismo*
• Rigidez y eventual quiebra del sistema, fracaso del presidente = fracaso del régimen. • Cesarismo presidencial. • Demagogia presidencial. • Alternancia renuente. • Bloqueos entre el presidente y el Congreso.	• Transitoriedad de los gabinetes. • Desconcierto sobre políticas estatales. • Inoperancia.

Si tuviera que hacerse una sinopsis forzada entre los bienes y los males de cada tipo, podría decirse que el presidencialismo privilegia, en principio, el valor *operatividad*, y cuenta como disvalores al *autoritarismo* y la *inestabilidad sistémica*. El parlamentarismo, por su parte, cotiza mayormente a los valores *estabilidad y libertad* —esto último, como consecuencia de la dispersión del poder ejecutivo entre el premier y el presidente—, y tiene como riesgo principal a la *inoperancia*.

Sin embargo, esta simplificación de virtudes y defectos potenciales es muy grosera, y no siempre es cierta en los hechos. Puesto que el presidencialismo, para lograr operatividad, concentra poderes en el presidente —y convierte al poder ejecutivo en el poder preponderante—, si ese presidente es inepto, el régimen presidencialista concluirá sumamente ineficaz, en definitiva. Además, si el presidente entra en dura colisión con el Congreso, el régimen también será en buena medida inoperante, incluso para la adopción de decisiones, por el mutuo bloqueo de ambos poderes.

Por su parte, el parlamentarismo no siempre proporciona estabilidad política y gobiernos moderados. Si los gabinetes son muy transitorios, o no aciertan con un mínimo de operatividad y eficacia en su gestión, también es probable que el sistema entre en crisis y termine inestable, o extinguido —de algún modo, pueden traerse a colación los casos de la Italia prefascista o de la Alemania prenazi, por ejemplo—. Un tercio de los países parlamentaristas, además han tenido experiencias de golpes militares, según la compulsa de Riggs.[16] Muchos países parlamentaristas de tipo marxista, a su vez, no han proporcionado gobiernos moderados, sino autoritarios: el parlamentarismo puede servir, en efecto, también para una ideología autoritaria o totalitaria.

8. Criterios de opción. El recurso a los presupuestos sociológico-políticos

Para consumar su elección entre una democracia presidencialista o una parlamentaria, el constitucionalista debe utilizar determinados criterios de opción. Aquí manejaremos dos: el recurso a los presupuestos sociológico-políticos, y el recurso al mal menor.

El primero de esos mecanismos sugiere para decidir, preguntarse previamente sobre la *factibilidad* del sistema que se propone. Dicho de modo más simple: si un Estado desea pasar del régimen presidencialista al parlamentario, cabe averiguar, en primer término, si allí se dan las bases sociológicas y políticas para que un modelo parlamentario pueda nacer, funcionar y persistir.

Visualicemos algunos de esos recaudos. Si no existe una "disposición social" —como la llama Linz— hacia el parlamentarismo, es muy probable que el mismo fracase,[17] porque la sociedad lo valorará como un elemento exótico y extraño a ella.

En el plano del consenso académico y de la clase política —lo que hemos llamado el "consenso calificado"—, el parlamentarismo exige también otras condiciones:

[16] Riggs, Fred W., *op. cit.*, p. 48.

[17] Linz, Juan, *op. cit.*, p. 42.

a) advertir que al poder ejecutivo se lo divide —jefatura de gobierno y jefatura de Estado—, y aceptar que ello puede debilitar a tal órgano del Estado —aunque algunas veces, ante ejecutivos demasiado fuertes, esa debilidad sea provechosa—;
b) tomar conciencia y asumir los riesgos de los eventuales conflictos que puedan promoverse entre el jefe del Estado y el jefe del Gobierno;
c) tener en cuenta que el parlamentarismo importa, obviamente, un acrecentamiento de las competencias del Congreso y, por ende, de sus responsabilidades;
d) preguntarse sobre la aptitud del Congreso para asumir los roles que le impone el parlamentarismo. Si el Congreso para asumir los roles de un país presidencialista ha sido inepto —por morosidad, carencia de aptitudes para tomar decisiones razonables, abdicación de sus competencias, corrupción, falta de calidad y de cultura de sus miembros, etc.—, tal comportamiento es un mal presagio para la adopción de un régimen parlamentario. Este no hace milagros, y no puede, mágicamente, transformar un Congreso presidencialista ineficiente en un Parlamento útil, en un esquema parlamentario, y
e) también cabe inquirir acerca de la vocación de la clase política para vivir en un sistema parlamentario y, en particular, de la predisposición de los partidos políticos para eso. El parlamentarismo demanda sustituir las viejas ideas de *amigo/enemigo* por la de *socios obligados del sistema*. Si tal *affectio societatis* no existe, el Parlamento del régimen parlamentario será una bolsa de gatos y los gabinetes que de él surjan carecerán de estabilidad, de políticas definidas y de autoridad ante la sociedad.

En conclusión, la viabilidad del parlamentarismo exige un alto grado de respuestas afirmativas a las cinco advertencias que hemos formulado.

9. El recurso al mal menor

Otro criterio práctico de opción puede darlo la doctrina del mal menor.

Así, enfrentando las realidades y experiencias concretas de una comunidad, el constitucionalista puede autointerrogarse sobre qué fórmula resultaría menos dañosa en su medio. En términos muy simples: ¿es preferible un régimen eventualmente autoritario y no muy estable, pero que brinde operatividad en la toma de decisiones —presidencialismo—, a otro quizá no muy operante, pero estable y probablemente moderado —parlamentarismo—?

La respuesta a esta duda no puede darse en abstracto, sino en el seno de una realidad espacial e histórica concreta. Hace poco más de siglo y medio, el jurista argentino Juan Bautista Alberdi —autor intelectual de la Constitución de 1853—, dio francamente el "sí" a favor de la alternativa de la operatividad. En sus célebres *Bases* dijo:

> [...] Yo no vacilaría en asegurar que de la Constitución del poder ejecutivo, especialmente, depende la suerte de los Estados de la América del Sur. Llamado ese poder a defender y conservar el orden y la paz, es decir, la observancia de la Constitución y de las leyes, se puede decir que a él sólo se halla casi reducido el gobierno en estos países de la América antes española. ¿Qué importa que las leyes sean brillantes, sino han de ser respetadas? Lo que interesa es que se ejecuten, buenas o malas, ¿pero cómo se obtendrá su ejecución si no hay un poder serio y eficaz que las haga ejecutar?... Dad al poder ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución.

En concreto, Alberdi propuso —y la Constitución de 1853 lo hizo así—, "un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía lo desobedece como presidente republicano".[18]

El interrogante que mencionamos podría hoy resolverse en Argentina quizá de modo distinto, o al menos no tan igual como aconsejó Alberdi.

El recurso al "mal menor" puede operar incluso como factor de atenuación de un esquema presidencialista o parlamentarista

[18] Cfr. Alberdi, Juan B., "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", *cit.*, pp. 104-105.

"puro". Por ejemplo, si en un país presidencialista se desea evitar ciertos riesgos de tal fórmula ¿porqué no introducirle ingredientes parlamentaristas tendentes a evitarlos? ¿porqué por ejemplo, no insertarle la figura del minipremier, y autorizar al Congreso a removerlo, dentro de ciertos límites y exigencias, mediante un voto de censura?

La adopción de fórmulas híbridas, no obstante, tiene también sus costos. Algunos autores, además, las rechazan.[19]

Mal implementadas, pueden significar "cuerpos extraños" en el mecanismo constitucional del poder.

10. Parlamentarismo estructural y parlamentarismo de coyuntura

En ciertos supuestos, el sistema parlamentario ha sido utilizado como una herramienta destinada a alcanzar objetivos específicos, ajenos a él mismo. Esta suerte de manipulación ideológica del parlamentarismo lo reduce a la condición de *medio* o de *instrumento* para enfrentar situaciones históricas concretas, "extraparlamentarias" si se las prefiere denominar así, y que genera una especie de parlamentarismo coyuntural, dudosamente genuino, que pierde razón de ser cuando las circunstancias que lo motivaron desaparecen.

Un ejemplo de esa situación pudo ser la enmienda constitucional brasileña de 1961, que implementó un parlamentarismo destinado, en buena medida, a reducir los poderes de un presidente cuestionado ideológicamente. Otra muestra posible fueron las propuestas en Argentina —especialmente a partir de 1986—, de instrumentar un sistema semiparlamentario, cuyas características fueron cambiando según transcurrían los meses y se modificaban las encuestas y sondeos electorales. En este último caso, y sin perjuicio de la buena fe que animó a muchos de sus propulsores, ese semiparlamentarismo fue juzgado por otros como una estrategia para posibilitar un mecanismo de reelección presidencial —la argumentación sería la siguiente: un

[19] Linz, Juan, *op. cit.*, p. 42.

presidente "presidencialista" no es bueno que sea reelecto, por la gran cantidad de poder que posee; pero un presidente "parlamentarista" sí, al disminuirse sus facultades—.[20]

El *parlamentarismo coyuntural* es un fenómeno episódico, que debe analizarse y evaluarse con cuidado, distinguiéndolo del parlamentarismo estructural, o permanente. Los méritos y los defectos que posea el primero —en cada caso— para atender a conflictos particulares, no pueden transportarse al segundo.

En resumen, conviene diferenciar los dos tipos aludidos.

11. Conclusiones

Las puntualizaciones precedentes permiten ser reseñadas de este modo:

1. En Latinoamérica el eventual reemplazo de un sistema presidencialista por otro parlamentario es una propuesta bastante repetida. La discusión transcurre en distintos niveles: académicos, institucionales y partidarios. Sociológicamente, ese debate presenta al presidencialismo como un régimen a la defensiva, y al parlamentarismo como una esperanza, no siempre concebida en términos de racionalidad política.
2. Faltan, por lo común, nociones claras acerca de las múltiples formas que puede asumir el sistema parlamentario, y de las diversas posibilidades que entonces plantea. Tampoco cuentan con mucha divulgación las alternativas presidencialistas moderadas.
3. La clasificación de un país como "presidencialista" o "parlamentario" depende del modo en que se relacionen el poder ejecutivo y el legislativo, pero también de otros mecanismos complementarios, como el régimen electoral, el sistema unitario o federal, la división del poder

[20] Véase al respecto sobre las distintas modalidades de un primer ministro para Argentina, en los dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia, *op. cit.,* en notas 6 y 8, pp. 49 y ss., 97 y ss., 325 y ss. (primer dictamen), y 11 y ss., 75 y ss. (segundo dictamen).

legislativo, etc. También está condicionada por las vivencias sociológicas y las prácticas de derecho consuetudinario constitucional, que algunas veces desdibujan el esquema normativo formal y crean modelos distintos a éste.

4. Parlamentarismo y presidencialismo cuentan con puntos a favor y a su vez con gruesas fallas. *Grosso modo*, puede pensarse que el presidencialismo vigoriza la operatividad en la toma de decisiones y tiene en su pasivo los riesgos del autoritarismo y de la inestabilidad. El parlamentarismo, en cambio, ofrece estabilidad y poder moderado, aunque tiene el peligro de la inoperancia. Pero en los hechos no siempre tales regímenes realizan sus productos positivos ni incurren en los pecados a los que son más propensos.
5. La opción entre parlamentarismo y presidencialismo puede realizarse con distintos criterios metodológicos. Aquí se proponen en particular dos, con relación al eventual pase de un régimen presidencialista hacia otro parlamentario.
6. El primero, o "recurso a los presupuestos sociológico-políticos", propone primero averiguar si el parlamentarismo es o no factible en el país en cuestión. Para eso, se requiere: *a)* un mínimo de consenso social global; *b)* un mínimo de consenso calificado —en particular, de la clase política— para admitir la división del poder ejecutivo; el acrecentamiento del poder legislativo; la asunción de mayores responsabilidades para los miembros del Parlamento; y una conciencia clara del espíritu de acuerdo que debe reinar entre los partidos políticos, para el éxito del sistema parlamentario.
7. El segundo recurso, "del mal menor" sugiere poner en claro cual de los dos sistemas —parlamentario o presidencialista— es visualizado, en sus defectos, como el menos perjudicial. En concreto, conviene definir si el autoritarismo y la inestabilidad, flancos débiles del presidencialismo, preocupan más o menos que la presunta inoperancia de un parlamentarismo defectuoso.
8. En la opción entre presidencialismo y parlamentarismo conviene delimitar con cuidado al "parlamentarismo estructural", que tiene vocación de permanencia, del "par-

lamentarismo de coyuntura", de naturaleza contingente, y que es el instrumentado para atender objetivos históricos concretos, ajenos al funcionamiento regular de las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo. El "parlamentarismo de coyuntura" pierde significación y legitimidad una vez superadas las circunstancias que lo provocaron.

Segunda parte. Diagramación y experiencias del "minipremier" en Perú y Argentina

12. Introducción

Resulta de interés detenerse en dos figuras institucionales muy similares ensayadas —y todavía vigentes— en el constitucionalismo latinoamericano, como son las de Perú y Argentina. En ambos casos, en verdad, se parte de un régimen básicamente presidencialista al que se le añaden algunos escasos ingredientes parlamentarios, en particular mediante la inserción de un personaje, al que llamaremos *minipremier*, presentado en Perú con el título de presidente del Consejo de Ministros, y en Argentina como jefe del Gabinete de Ministros. Además de razones de eficiencia en la operatividad del régimen político, se ha intentado justificar a tal funcionario con tres argumentos sistémicos, en aras de una mejor persistencia de la democracia: moderación del hiperpresidencialismo, y reforzamiento de la gobernabilidad mediante las doctrinas del "puente" y del "fusible".

13. Perú. El presidente del Consejo de Ministros

En Perú, el Consejo de Ministros data desde la Constitución de 1856 (art. 93), y su presidente poco después, a raíz de leyes reglamentarias de aquél, aun cuando la experiencia histórica la calificó como meramente protocolar, funcional y decorativa, aunque ocasionalmente haya tenido algún repunte.[21] De todos modos, y

[21] García Belaunde, Domingo, *La Constitución en el péndulo,* Arequipa, Universidad Nacional de San Agustín, 1996, pp. 25, 80-81, 91, quien destaca

aunque más no sea desde el punto de vista semántico, el llamado corrientemente "premier" peruano cuenta pues con cierta prosapia.

La actual Constitución de 1993 pretendió robustecer —así se dijo— el esquema parlamentario peruano, con aspiraciones de instaurar, según sus defensores, un "Gobierno de Gabinete",[22] o un "régimen ministerial",[23] pero de hecho no introdujo modificaciones sustanciales al escenario anterior.[24]

La Constitución de 1993 no se detiene demasiado en el referido "presidente del Consejo de Ministros". Destaca en su artículo 120 que los ministros, reunidos, forman el Consejo de Ministros, cuya organización y funciones lo determina la ley (la Constitución indica que a ese Consejo le corresponde "la dirección y la gestión de los servicios públicos", art. 119).

Dato importante y quizá decisivo: "El presidente de la República nombra y remueve al presidente del Consejo". Tal presidente del Consejo puede ser un ministro sin cartera. El presidente de la Nación "Nombra y remueve a los demás ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del presidente del Consejo" (art. 122).

En cuanto a las tareas del presidente del Consejo de Ministros, le toca según el artículo 123 de la Constitución, "Ser, después del Presidente de la República, el portavoz autorizado del Gobierno"; "Coordinar las funciones de los demás ministros"; y "refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la

---

que la Constitución de 1933 fue la más "parlamentarista". Del mismo autor, cfr. *Teoría y práctica de la Constitución peruana,* Lima, Edilli, 1989, t. I, p. 153.

22 Véase la opinión de Carlos Torres y Torres Lara, en Bernales Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, Lima, Fundación Adenauer, 1996, p. 500.

23 Chirinos Soto, Enrique, *Constitución de 1993. Lectura y comentario*, Lima, Nerman, 1994, p. 245.

24 Fernández Segado, Francisco, *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú,* en *La constitución de 1993. Análisis y comentario,* Comisión Andina de Juristas, Temas Constitucionales, núm. 10, Lima, 1994, p. 47.

ley". Tiene que concurrir periódicamente a las sesiones plenarias del Congreso para responder a la "estación de preguntas" (*sic*) de los parlamentarios, aunque el texto constitucional añade que debe hacerlo él "o uno, por lo menos, de los ministros" (art. 129).

A tenor del artículo 121 de la Constitución, el presidente del Consejo de Ministros *no* lo preside cuando dicho Consejo sea convocado por el presidente de la República, o cuando éste asista a sus sesiones.

Respecto a otros encargos constitucionales del presidente del Consejo de Ministros, el artículo 130 señala que dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, concurre al Congreso en compañía de los demás ministros, "para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea al efecto cuestión de confianza". El artículo 133 añade, con referencia a una "cuestión de confianza", en general, que también puede radicarla en otra oportunidad el presidente del Consejo de Ministros ante el Congreso, a nombre del Consejo de Ministros. Una cuestión de confianza rehusada, como una censura del Congreso, o la renuncia del presidente del Consejo, o su remoción por el presidente de la República, produce la crisis total del Gabinete (art. 133).

Lo importante es observar que la permanencia del presidente del Consejo de Ministros depende de la confianza que le dé el Congreso a tenor del artículo 130 de la Constitución, hecho que técnicamente configuraría la "investidura" parlamentaria del primero, aunque muchos discuten esta calificación.[25]

Otra vía de control del Congreso sobre el jefe del Consejo es el voto de censura, por el que se "hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los ministros por separado", junto con la citada negación de la "cuestión de confianza". Su adopción requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso (art. 132).

[25] Delgado Guembes, César, *La investidura: ¿confianza en la política del gobierno, o en el presidente de la República?,* en Landa, César y Faúndez, Julio (eds.), *Desafíos constitucionales contemporáneos,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Constitucional, 1996, p. 100.

¿Cuál ha sido la experiencia habida respecto del "presidente del Consejo de Ministros"? La práctica ha demostrado la devaluación institucional de este personaje, en virtud de ciertos indicadores clave:[26]

a) la convocatoria del Consejo de Ministros y la redacción de su agenda ha concluido, normalmente, en el presidente de la Nación, como la presidencia efectiva de tales reuniones;[27]

b) la condición de "portavoz" del Gobierno resulta secundaria, como la misma Constitución lo advierte, porque lo es "después del presidente de la República" (art. 123). Además, de hecho se ha ejercido por funcionarios menores, jefes de prensa, jefes de despacho;

c) el presidente de la República ha sido históricamente, *de facto*, el verdadero gestor y director de los servicios públicos, y

d) también en el terreno fáctico, agregamos, la posibilidad presidencial de remover discrecionalmente al presidente del Consejo de Ministros dificulta la posibilidad de un liderazgo relativamente autónomo de dicho funcionario. En el plano sociológico, tenderá a ser más un colaborador del presidente de la República —su "nuncio", lo llama César Delgado Guembes— que es un magistrado independiente y con fuerte capital político propio. En conclusión, el actual texto constitucional, por más hipotéticas intenciones que haya tenido de erigir un funcionario de este último tipo —si es que realmente las tuvo, ya que sobre el palabrerío constitucional pudo subyacer en el constituyente una actitud francamente gatopardista—, no pro-

[26] Seguimos aquí en parte a Bernales Ballesteros Enrique, *op. cit.,* pp. 499, 503, 505, 507.

[27] Se pregunta César Delgado Guembes, en efecto, acerca del acierto de llamar "Presidente del Consejo de Ministros" a quien no lo preside si el presidente de la República lo convoca o asiste al acto de reunión *(La investidura..., cit.,* pp. 95 y ss., especialmente 101, con otras dudas acerca de sus competencias, que lo llevan a concluir que el presidente del Consejo será un mero "nuncio" del presidente de la República, y que únicamente tendrá el poder político real que el jefe de Estado quiera delegarle).

vocó a la postre un desplazamiento real de competencias ni de responsabilidades del jefe de Estado hacia el jefe del Consejo de Ministros.

Si a todo ello se suma en el imaginario colectivo una suerte de "tradición virreinal" en torno a la imagen cuasi sacral del jefe de Estado, cabe concluir que el presidente del Consejo de Ministros tiende a perfilarse como un funcionario satélite del primero, salvo que el *premier* haya sido una personalidad notable, y que el presidente de la República lo haya dejado actuar —Domingo García Belaunde—, promoviéndolo o dejando que asumiera una posición política relevante. Ocasionalmente hubo algunos *premiers* que operaron como salvadores —renuncia mediante— de presidentes en crisis, con lo cual cumplieron —en aquellos casos— con un rol sistémico de preservación de la gobernabilidad.[28]

Incluso cabe preguntarse cuál sería la reacción mayoritaria de la sociedad peruana frente a una posible incipiente bicefalía política —presidente de la Nación-presidente del Consejo de Ministros—. Probablemente muchos no la verían como un positivo avance del parlamentarismo, sino como una criticable debilidad del presidente de la República.

14. El caso argentino. El jefe de Gabinete de Ministros. Argumentos sistémicos del "puente" y del "fusible"

Hasta 1994, el sistema constitucional argentino era crudamente presidencialista. El jefe de Estado duraba en su gestión seis años, pero no podía presentarse de inmediato a una reelección —debía dejar pasar un periodo similar—. La reforma de aquel año posibilitó la reelección inmediata, aunque como costo político para lograrla el partido oficial tuvo que suscribir con el principal partido opositor un documento llamado "Pacto de Olivos", que en concreto permitió dicha reelección, pero reduciendo a cuatro años aquel plazo de seis, y atemperó en algo las facultades presiden-

[28] García Belaunde Domingo, *La constitución en el péndulo, cit.,* p. 80. Agradezco también al doctor García Belaunde los comentarios y aportes proporcionados personalmente sobre esta temática.

ciales. Dicho "Pacto", retratado después en sus rasgos esenciales en la convención reformadora, se inspiraba en buena medida en anteriores dictámenes de un organismo oficial denominado "Consejo para la Consolidación de la Democracia", gestionado durante la presidencia anterior de Raúl Alfonsín.[29]

En rigor de verdad, el "Pacto de Olivos" fue una transacción entre las dos fuerzas políticas más significativas del momento. Una de ellas, el radicalismo, postulaba un primer ministro bastante relevante, mientras que el justicialismo consentía más bien un discreto "ministro coordinador".[30] En la Convención Constituyente, la solución intermedia fue, en definitiva, el "jefe de Gabinete de Ministros".

Durante las sesiones de la convención reformadora de 1994, que posibilitó esas enmiendas, el miembro informante del despacho mayoritario, convencional Enrique Paixao, y en base al cual se votó, sostuvo que la enmienda producía "una atenuación del hiperpresidencialismo argentino" —objetivo político—. Fue claro, entonces, que no se pretendía introducir un régimen mixto, parlamentario-presidencialista, sino moderar uno básicamente presidencialista.

El eje de la reforma consistía en la creación constitucional del "jefe de Gabinete de Ministros", con el fin de "desagregar (*sic*) la jefatura administrativa del presidente de la Nación" —objetivo técnico, para mejor la labor cotidiana en el área de la presidencia de la Nación—. Dicho jefe de Gabinete, pues, debería "ejercer la administración general del país", como reza el actual artículo 100, inciso 1º de la Constitución. También se argumentó en la Convención Constituyente por el mismo miembro informante, sobre la conveniencia de un jefe de Gabinete de Ministros como "punto de contacto permanente", o "puente" entre el Congreso

---

29 Cfr. sobre el tema Alfonsín, Raúl, *Democracia y consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Corregidor, 1996, pp. 261 y ss., 465-466; Consejo para la consolidación de la democracia, *Reforma constitucional. Segundo dictamen*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 75-76. y Sagüés, Néstor Pedro, "Introducción", en *Constitución de la Nación Argentina,* 10ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 17 y ss.

30 Véase sobre estas cuestiones García Lema, Alberto, *La reforma por dentro*, Buenos Aires, Planeta, 1994, p. 167.

y el poder ejecutivo, con motivo de su concurrencia regular al poder legislativo. Todo ello mejoraría, se dijo, la administración activa del país.

Cabe destacar otra meta *político-sistémica* que fue igualmente planeada por el miembro informante de mención, y que consistió en posibilitar la remoción del jefe de Gabinete por el Congreso mediante la moción de censura, por lo que "queda en manos del Congreso un instrumento apto para resolver institucionalmente situaciones de profunda crisis política", y se da "al órgano ejecutivo del gobierno nacional mayor dinamismo, mayor elasticidad para enfrentar problemas de crisis".[31]

Tal es el recurrente "argumento del fusible", subrayado anteriormente por los dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia y el expresidente Raúl Alfonsín: de haber una situación crucial en el sistema presidencialista, ese momento crítico podría resolverse con la salida o el sacrificio político del jefe de Gabinete, vía renuncia, expulsión presidencial o censura parlamentaria, en vez de la caída del presidente de la Nación —esto último algo muy difícil de lograr con el viejo "juicio político", y que además tiene costos y resultados muy caros para el sistema político global, ya que muchas veces se había concretado mediante golpes de estado—. Dicho de otro modo, era preferible, ante una grave crisis o recambio, que se inmolara al *minipremier* y que el presidente continuara "como un garante de la continuidad del sistema".[32]

---

31 Ministerio de Justicia de la Nación Argentina, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia, 1997, t. V, pp. 4883-4884.
Aparte de lo señalado, el "argumento del puente" destacaba que el premier, de no tener el presidente de la nación mayoría en el Congreso, podía ser encarnado por un sujeto de otro partido político, concertando así el presidente, de modo flexible y con los legisladores, las políticas a seguir. Cfr. Alfonsín, Raúl, *op. cit.*, p. 181.

32 Alfonsín Raúl, *op. cit.*, p. 180; Consejo para la Consolidación de la Democracia, *op. cit*. La frase entrecomillada se toma de Barraza, Javier Indalecio y Schafrik, Fabiana Haydee, *El jefe de Gabinete de Ministros*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 143, quienes atribuyen a Américo Ghioldi la originalidad de haber programado en Argentina la figura de un *premier* como "fusible político" (*op. cit.*, p. 215).

Fue llamativo que el nuevo "minipremier" —para llamarlo de algún modo— no pudiera desempeñar otro ministerio (art. 100 *in fine* de la Constitución). Es nombrado y removido por el presidente de la República, al igual que los otros ministros (art. 99, inc. 7). Pero no necesita la "investidura" congresional que en cambio se requiere para el presidente del Consejo de Ministros del Perú. Puede ser interpelado por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras (art. 101).[33] Reaparecen aquí, pues, vestigios del "parlamentarismo orleanista" francés —posibilidad de exclusión del *premier* tanto por el Parlamento como por el jefe de Estado, lo que implica un eventual "doble jaque" a tal funcionario—.

15. Facultades del jefe de Gabinete

Las competencias del jefe de Gabinete de Ministros son largamente detalladas en trece incisos del artículo 100 de la Constitución nacional. Las hemos clasificado de este modo:

a) administrativas. La más relevante, como se advirtió, es "ejercer la administración general del país". Nombra a todos los empleados de la administración que según la Constitución no sean designados por el presidente. Hace recaudar las rentas de la nación y ejecutar la ley de presupuesto, aunque bajo la supervisión del presidente de la República. También realiza los actos que le delegue el jefe de Estado;

[33] Algunos autores, como Petracca y Borello, advierten que el texto aprobado en el seno de la Convención Constituyente decía que "la remoción por medio de censura del jefe de Gabinete requería el voto de la mayoría absoluta *de la totalidad* de los miembros de cada una de las Cámaras", mientras que la versión oficial de la Constitución, en su art. 101, no incluyó esas palabras "de la totalidad", lo que permite excluirlo solamente con el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes en la sesión respectiva. Esa diferencia entre lo votado y lo incluido en el texto final de la Constitución, no ha sido dilucidada. Cfr. Sagüés Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional,* 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 1, p. 577.

b) *materialmente legislativas*. Expide los reglamentos y actos que sean necesario para ejercer sus competencias constitucionales, y resoluciones concernientes a los asuntos internos de su jefatura (se denominan "decisiones administrativas", conforme al decreto 977/95). Envía al Congreso los proyectos de Ley de Ministerios y de Presupuesto. Pero no reglamenta a las leyes —esto es competencia presidencial—, y
c) *institucionales*. Para los promotores de esta figura del jefe de Gabinete, estas atribuciones eran muy importantes. La principal consistía en *refrendar* los decretos reglamentarios de leyes que expidiera el presidente, los relativos a prórroga de sesiones ordinarias del Congreso y el llamado a extraordinarias, los proyectos de ley, y "en acuerdo general de ministros", los decretos de necesidad y urgencia, y de promulgación parcial de ley.

También le toca coordinar, preparar y convocar, así como presidir las reuniones del Gabinete de Ministros, salvo —esto último— que estuviere presente el presidente.

Respecto al poder legislativo, puede concurrir a las sesiones del Congreso y participar en los debates, pero no votar. Obligatoriamente tiene que presentar junto con los ministros una memoria del estado de los negocios de cada ministerio, una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cada Cámara requiera al poder ejecutivo, y concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de las Salas, para informar sobre la marcha del gobierno, y llegado el caso, asistir a fines de ser interpelado o censurado.

16. La devaluación institucional del jefe de Gabinete

Apenas sancionada la reforma constitucional hubo una fuerte crítica respecto de la real eficacia moderadora del hiperpresidencialismo, intentada con la nueva figura del jefe de Gabinete de Ministros. Algunas de esas observaciones se han agudizado con el correr del tiempo.

¿Qué factores explican esa infracotización del nuevo funcionario?

a) cambio de diseño. Inicialmente el jefe de Gabinete de Ministros fue pensado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia como pieza de un sistema mixto, presidencialista-parlamentario,[34] actuando, en el peor de los casos, como un "primer ministro atenuado".[35] Sin embargo, el constituyente lo dibujó como elemento moderador de un régimen sustancialmente presidencialista, según ya se apuntó, y no mixto.[36] Eso llevó a sostener que "la reforma constitucional ha atenuado el presidencialismo en una mínima proporción";[37]

b) repliegue de roles. Buena parte de la doctrina administrativista sostuvo, no obstante que el nuevo artículo 100, inciso 1º de la Constitución reformada asignaba al jefe de Gabinete de Ministros "ejercer la administración general del país" —y ello había sido destacado por el miembro informante del despacho mayoritario, en el recinto de la convención constituyente—, de todos modos el presidente de la Nación "conserva la Jefatura de la Administración", ya que si bien el jefe de Gabinete "ejercía" la administración, su "titularidad" debía seguir en manos del presidente de la República;[38]

---

[34] Consejo para la Consolidación de la Democracia, *op. cit.,* p. 75; Alfonsín Raúl, *op. cit.,* p. 179. En igual sentido, Barraza Javier Indalecio y Schafrik Fabiana Haydee, *op. cit.,* pp. 142-143.

[35] Así, se dijo que "El jefe de Gabinete es al presidencialismo, lo que el primer ministro es al sistema parlamentarista", y que "cuenta con una administración propia del poder". Cfr. Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, pp. 352-353.

[36] Paixao Enrique, "El jefe de Gabinete de Ministros", en AA.VV., *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 317. En el sentido que la Convención Constituyente se apartó de la imagen de primer ministro que había preparado el Consejo para la Consolidación de la Democracia y Carlos S. Nino, su autor intelectual, cfr. Jiménez, Eduardo Pablo, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2001, t. III, p. 63.

[37] Cassagne, Juan Carlos (dir.), *El jefe de Gabinete en la Constitución reformada,* en *Estudios sobre la reforma constitucional,* Buenos Aires, Depalma, 1995.

[38] *Ibidem,* pp. 249-250.

A ello se sumó otra tesis: que el presidente de la República, por ser "responsable político de la administración general del país" (art. 99, inc. 1º del nuevo texto constitucional), tenía superioridad jerárquica sobre el jefe de Gabinete, y podía, "en circunstancias concretas, retomar la competencia para el ejercicio de su responsabilidad política, con relación a la administración general del país", salvo aquellas dadas en forma exclusiva, por la Constitución, a dicho jefe de Gabinete. Tal fue la doctrina de la "avocación",[39] y

c) *sumisión al presidente.* A pesar de su proyectada función de "puente" entre el poder ejecutivo y el Congreso, algunos autores insistieron, apenas lanzada la nueva figura del jefe de Gabinete que, "salvo excepciones... es un 'hombre del Presidente', *más todavía que cualquier otro ministro*" —el subrayado es nuestro—.[40] Otros administrativistas destacaron que el referido jefe de Gabinete "es el colaborador más inmediato del presidente".[41]

En ese mismo orden de ideas, se observó que el presidente, como jefe de Gobierno y también responsable político de la administración, puede darle —aunque la Constitución no lo diga explícitamente— instrucciones —obligatorias— al jefe de Gabinete de Ministros,[42] y también "órdenes" o "indicaciones" para la ejecución de las leyes o cómo decidir en las reuniones de gabinete, en base a la "facultad de mando" presidencial.[43]

Para cerrar el círculo de la subordinación, la doctrina destacó que el jefe de Gabinete podía ser removido discrecionalmente

39 Barra, Rodolfo C., *El jefe de Gabinete en la Constitución nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pp. 75-76. Sobre la avocación, consultar también Barraza, Javier Indalecio y Schafrik Fabiana Haydee, *op. cit.,* pp. 236 y ss.

40 Barra, Rodolfo C., *op. cit.,* p. 65.

41 Dromi, Roberto y Menem Eduardo, *op. cit.,* p. 353.

42 Barra, Rodolfo C., *op. cit.,* p. 57.

43 Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.,* p. 249. En realidad, el art. 100, inc. 4º de la Constitución señala que el jefe de Gabinete debe "en acuerdo de gabinete resolver *sobre* las materias que le *indique* el Poder Ejecutivo", pero no acerca de cómo debe materialmente resolverlas.

por la "exclusiva voluntad" del presidente de la Nación,[44] circunstancia que lo convertía "en un auxiliar del presidente, algo así como el actual secretario general de la Presidencia",[45] o en "un simple secretario de lujo del presidente de la República".[46] Resultó frecuente desembocar así en la imagen del jefe de Gabinete como un subordinado del presidente de la Nación.[47]

Desde el punto de vista normativo, el acorralamiento del jefe de Gabinete de Ministros fue prontamente realizado por el decreto presidencial 977/95. Su artículo 1º declaró que "asiste" al presidente de la Nación. Las decisiones del jefe de Gabinete son recurribles ante el presidente, quien puede avocarse al tratamiento del punto debatido (art. 15). El sueño del constituyente, de confiar directamente en el jefe de Gabinete, como derecho suyo, la administración general de la República, ha concluido en una mera ilusión institucional.

Resta observar que apenas reformada la Constitución, se vaticinó que el devenir del jefe de Gabinete iba a depender, en buena medida, del comportamiento real de los operadores del sistema constitucional. Vale decir, de las figuras que desempeñaran los roles de presidente y de jefe de Gabinete.

Desde entonces, los presidentes argentinos no han buscado como jefes de Gabinete a figuras descollantes, y han preferido funcionarios fieles, muchos de ellos prácticamente desconocidos por la ciudadanía, antes que políticos de prestigio notable y con peso propio. No se ha registrado, en ese ámbito, ninguna confrontación o diferencia de criterios significativa entre ambos protagonistas. El jefe de Gabinete ha pasado a ser un sujeto decididamente secundario, hasta ahora, y los presidentes se han ingeniado para que sus poderes hipertrofiados no menguaran

---

44 Barra, Rodolfo C., *op. cit.,* p. 64.

45 Natale, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 137.

46 Ekmekdjian, Miguel Ángel, *El Poder Ejecutivo y el gabinete ministerial,* en AA.VV., *Reforma constitucional,* Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, p. 21.

47 Marienhoff Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 56.

—algunos piensan que se han acrecentado después de la reforma constitucional de 1994—. El presidencialismo de siempre, resumiendo, persiste igual, o quizá aumentado.[48]

Eso, sumado al ya citado repliegue estructural y normativo de los jefes de Gabinete —una suerte de "jibarización" política y jurídica de ellos— explica que no han podido operar útilmente como verdaderos "puentes" entre el presidente y el Congreso —de hecho, han sido meros nuncios o delegados presidenciales—, y menos como "fusibles" importantes. Al respecto, la fuerte y trágica crisis tensiva de diciembre de 2001, por ejemplo, terminó con la renuncia del presidente de la Nación: la del jefe de Gabinete de Ministros no habría servido en nada para salvar al titular del poder ejecutivo ni para mantener la estabilidad de su gestión.

17. Conclusiones. Reflexiones sobre la gobernabilidad sistémica

1. Perú y Argentina registran dos experiencias relativamente parecidas, la segunda seguramente inspirada en la primera,[49] con la intención de menguar las facultades de un jefe de Estado presidencialista, mediante un funcionario *sui generis,* denominado, respectivamente, "presidente del Consejo de Ministros", y "jefe del Gabinete de Ministros". Esto implicaría, al menos como ilusión,

[48] efiriéndose al jefe de Gabinete, en abstracto, se ha dicho que "...su dependencia del deseo presidencial es categórica y absoluta". Entendido como "jefatura estéril... no constituye de ningún modo un contrapeso efectivo a las prerrogativas presidenciales". Cfr. Sabsay Daniel A. y Onaindia José M., *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, Errepar, 1994, p. 335.

[49] Algunos autores, como Rodolfo Barra, señalan que el jefe de Gabinete de Ministros argentino es una figura peculiar y original. Muchos hemos estimado que se parece más bien al presidente del Consejo de Ministros peruano. Gómez Sanchís admite tal similitud, aunque puntualiza, con acierto, que en Argentina el presidente de la Nación no puede disolver al Congreso cuando éste ha censurado al jefe de Gabinete, alternativa que es posible, dadas ciertas condiciones, en Perú. Cfr. Gómez Sanchís, Daniel, "La reforma de la Constitución y el jefe de Gabinete", en *Derecho constitucional de la reforma de 1994,* Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Mendoza, Depalma, 1994, t. II, p. 157.

pinceladas de parlamentarismo sobre un cuadro decididamente presidencialista, y no erigir un sistema mixto, presidencialista-parlamentario.

2. Tales episodios han tenido varias razones: disminuir el hiperpresidencialismo, agilizar la administración, lubricar los engranajes de diálogo entre el presidente y el Congreso, robustecer sistémicamente la gobernabilidad del régimen —argumentos estos últimos, entre otros, del "puente" y del "fusible"—:
3. Nombrado el *minipremier* por el presidente de la Nación —con investidura del poder legislativo en el Perú; sin ella en Argentina—, y removido soberanamente por él —potencialmente, también por el Congreso—, sus competencias, más amplias quizá en el texto constitucional argentino que en el peruano, se han visto encogidas en la práctica por presidentes nacionales renuentes a admitir restricciones a sus facultades propias. Por lo demás, los presidentes de la República se han ocupado de acentuar sus papeles directivos y de avocación sobre los asuntos manejados por el jefe de Gabinete o presidente del Consejo de Ministros.
4. De hecho, el referido jefe o presidente del Gabinete o Consejo de Ministros ha concluido por lo común como un funcionario satelital del jefe de Estado, generalmente secundario y hasta desconocido por gran parte de la población, sin capital político propio —pudo haber excepciones en Perú—. En síntesis, poco ha servido hasta ahora para restringir al presidencialismo. Entre otras cosas, eso le ha restado igualmente sentido a su papel de intermediador entre el presidente y el Congreso, y de funcionar seriamente como *fusible,* válvula de seguridad o, si se prefiere, chivo expiatorio en el caso de crisis sistémicas tensivas del poder ejecutivo que comprometieron la gobernabilidad del régimen democrático.

Capítulo VII
Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución*

1. Introducción

En los últimos lustros, el derecho constitucional latinoamericano ha elaborado una serie de preceptos constitucionales destinados a enfrentar los frecuentes golpes de estado que han asolado la región, y que de hecho produjeron, con distintos matices, diversos gobiernos *de facto* que usurparon funciones estatales, a más de simultáneos o posteriores fenómenos inconstitucionales de suspensión —total o parcial—, derogación —también total o parcial—, reforma o sanción de una nueva Constitución.

Los operativos de paralización o de reemplazo de un texto constitucional por un régimen *de facto* son, por cierto, múltiples. Un método frecuente ha sido una proclama de las autoridades *de facto* —que casi siempre han sido funcionarios "nuevos", salvo los casos de autogolpe, en los que el gobernante *de iure* se transforma en *de facto*—, donde sancionan un nuevo documento con rango constitucional que declara que la Constitución anterior sigue vigente, pero en tanto no se oponga a aquél.[1] Generalmente

---

* Publicado inicialmente en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, 2001, pp. 51 y ss.

[1] Con referencia al régimen *de facto* argentino de 1966-l973, que utilizó esta metodología, véase Miqueo Ferrero, Ernesto, "Leyes fundamentales argentinas", en Instituto de Ciencia Política de la Universidad del Salvador, *La "Revolución Argentina". Análisis y prospectiva,* Buenos Aires, Depalma, 1966, pp. 199 y ss.

esto supone una suspensión —inconstitucional— de parte de la Constitución preexistente, la que recobraría vigor concluido el gobierno *de facto*.

Pero en otros casos el régimen *de facto* suprime la Constitución hasta entonces imperante, y declara en vigor otra,[2] o abre una instancia constitucional nueva, convocando a una Convención Constituyente,[3] que sanciona una Constitución distinta, con frecuencia convalidada por un plebiscito. También es factible que dicte por sí una nueva Constitución, que reemplace total o parcialmente a la anterior, con o sin plebiscito aprobatorio.[4] No ha faltado el régimen *de facto* que ha intentado ejercer el poder constituyente ofreciendo al pueblo un nuevo texto constitucional, y que el cuerpo electoral rechazó.[5]

El panorama descrito ha provocado que en diversos estados latinoamericanos, producida su reconstitucionalización en las dos últimas décadas del siglo XX, sancionaran en su texto constitucional normas relativas al castigo de eventuales y futuros regímenes *de facto,* otras concernientes a la validez jurídica de sus actos y además, cláusulas concernientes al ejercicio de la rebelión popular contra ellos.

---

2 Tal fue la "Proclama" del gobierno militar provisional argentino del 27 de abril de 1956, que derogó la Constitución de 1949 y reimplantó la de 1853-1860. En 1958 una Convención Constituyente, elegida con graves proscripciones electorales, convalidó tal decisión. Sobre el desempeño como poder constituyente de los regímenes *de facto* argentinos, nos remitimos a nuestros *Elementos de derecho constitucional,* 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 1, pp. 214 y ss.

3 Caso de Perú, después del autogolpe realizado por el presidente Fujimori en 1992, que genera el proceso constituyente del que surge la Constitución de 1993.

4 La Constitución de Chile de 1980 fue elaborada por el régimen militar y posteriormente refrendada por vía de plebiscito. Previamente se había abolido la Constitución preexistente al golpe de 1973. Por su parte, el *Estatuto Fundamental* sancionado por el régimen militar argentino en 1972, que reformaba importantes cláusulas de la Constitución preexistente, continuó aplicándose parcialmente durante el gobierno *de jure* posterior, sin haber sido ratificado por un plebiscito popular.

5 Tal es el caso del proyecto de Constitución elaborado durante el gobierno *de facto* de Uruguay y por medio de una asamblea —31 de octubre de 1980—, rechazado por el plebiscito del 30 de noviembre de 1980.

La explicación de tales artículos estriba, desde luego, en la experiencia previa. Apunta, en definitiva, a "curarse en salud", para desalentar futuras aventuras golpistas.

Pero también cabe preguntarse por qué otros países del área, que también padecieron de regímenes *de facto,* no han dictado después, una vez reconstitucionalizados, normas proscriptivas de ellos.

La respuesta a este último interrogante puede ser triple. En primer lugar, en ciertos casos, los regímenes *de facto* han sancionado nuevas constituciones que rigen todavía en el presente, y por ende, resulta ilógico que sancionaran el pecado de su autor —caso de Chile y Perú, *v. gr.*—. En una segunda situación, ciertas naciones padecen todavía de un estado latente de desequilibrio y de inestabilidad sistémica en el que el solo hecho de intentar abordar ahora en su texto constitucional reglas relativas a golpes de estado, implica un fenómeno de alto riesgo y de imprudente tratamiento. Para ellas, el asunto importa una suerte de tema tabú, que hasta por cábala sería mejor no mencionar en la Ley suprema. Finalmente, hay otros países que entienden que con los artículos habituales declarativos de la supremacía constitucional el problema tiene suficiente tratamiento, y que —más todavía— no es adecuado regular a través de normas jurídicas acontecimientos extraconstitucionales —o mejor dicho, anticonstitucionales— como las asonadas, cuartelazos o usurpaciones del poder, generalmente inmanejables desde el ángulo del derecho.

2. Variables de las cláusulas antigolpistas

En el derecho constitucional latinoamericano de última generación se encuentran previstas distintas situaciones en el tema que tratamos. Sin pretender agotar el listado de textos y de alternativas, se detallan aquí algunas de ellas.

A. Subsistencia de la vigencia de la Constitución

Es una cláusula muy frecuente. Se puede citar, al respecto, el artículo 137 de la Constitución del Paraguay de 1992, en el que se

advierte que "Esta Constitución no perderá su validez si dejara de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone". La misma regla se repite básicamente en el artículo 333 de la Constitución de Venezuela de 1999, y cuenta con el precedente del artículo 307 de la Constitución del Perú de 1979. El actual artículo 136 de la Constitución de México añade que si por cualquier trastorno político se establece un gobierno contrario a los principios de la Constitución, "tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia".

El texto argentino (art. 36, según la reforma de 1994), especifica por su parte que la Constitución "mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático".

La idea que anima a estos preceptos es que la Constitución recuperará su vigor si es suspendida inconstitucionalmente por actos de fuerza. La redacción habitual es discutible, ya que si esa interrupción es dispuesta sin mediar un "acto de fuerza" —*v. gr.,* si se produce por decisión de una autoridad constitucional, mediando consenso colectivo, y por ende, pacíficamente—, ello no estaría captado por los artículos referidos, por más que la suspensión fuese notoriamente inconstitucional. La Norma argentina, por su lado, ataca los actos de fuerza en contra del sistema institucional y el orden democrático, con lo que, *a contrario sensu,* parecería que si el acto violento fuera en favor de estos últimos, tampoco estaría comprendido por la regla constitucional.

En rigor de verdad, la cláusula de autodefensa de la Constitución tiene que abarcar cualquier tipo de suspensión o derogación inconstitucional de ella: sea violento o pacífico, tenga por fin atentar contra la Constitución y la democracia, o no.

B. Nulidad de los actos del usurpador

La invalidez de "los actos verificados" por el usurpador está prevista escueta, pero terminantemente, por la Constitución de Honduras de 1982 (art. 3º), mientras que el artículo 36 de la

reforma constitucional argentina de 1994 declara "insanablemente" nulos los actos de fuerza contra el orden institucional y democrático.

Como puede observarse, hay una importante diferencia en reputar jurídicamente nulos *todos* los actos del régimen *de facto,* o solamente aquellos que importen un atentado contra la Constitución y la democracia. La viabilidad de la primera declaración parece casi imposible, en virtud de la maraña de decisiones y normas que puede tomar un gobierno de aquella índole, muchas de ellas propias del derecho privado y de la gestión ordinaria de cualquier autoridad, y que por razones de seguridad jurídica se mantienen aún posteriormente, conforme a la doctrina, precisamente, de los gobiernos *de facto*.[6]

C. Delitos del agresor al orden constitucional

La condena al golpismo ha llevado a algunas constituciones a definir como delictual tal circunstancia.

Eso se planifica con distintas modalidades. La Constitución del Paraguay de 1992 (art. 137) determina que el autor que intente cambiar el orden constitucional "incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley".

La argentina (art. 36, según la reforma de 1994) da un paso más al tipificar como delito la interrupción de la observancia de la Constitución por actos de fuerza contra el orden institucional y el democrático, y al establecer la sanción, que será la contemplada por la ley penal para los traidores a la patria (remisión a los arts. 29 y 119 de la Constitución). Añade el mismo artículo 36 que ellos también serán inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos, y no gozarán de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Agrega igualmente el artículo 36 que "Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades

[6] Sobre la validez jurídica de ciertos actos de los gobiernos *de facto,* cfr. Constantineau ,Albert, *Tratado de la doctrina de facto,* trad. por Enrique Gil y Luis M. Baudizzone, Buenos Aires, Depalma, 1945, t. II, pp. 465 y ss.

de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles".

A su turno, la Constitución del Perú de 1979, además de establecer el juzgamiento penal de los golpistas, declaraba responsables a "los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente", aunque disponía una singular cláusula de exención penal en favor de quienes contribuyeren a restablecer el imperio de la Constitución. (art. 307), lo que puede considerarse una especie de anticipo de la figura del "arrepentido" constitucional. El artículo finalizaba con la admisión por la Ley suprema de la pena de confiscación de bienes —aunque eufemísticamente hablaba de "incautación"—, dispuesta por el Congreso, mediante voto por la mayoría absoluta de sus miembros, en cuanto el patrimonio de los autores del golpe, los funcionarios destacados posteriores del régimen *de facto,* "y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación", para reparar al Estado de los perjuicios que hubieren causado.

El artículo 136 de la Constitución de México alude al derecho penal aplicable al usurpador, ya que aclara que una vez restaurada la Constitución agredida por aquél, serán juzgados con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren dictado "los que hubieran figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieran cooperado a ésta".

El análisis crítico de estas reglas alerta, primero, que cuando el constituyente califica como delictiva a cierta conducta —en el caso, el golpismo—, el legislador ordinario no puede, salvo que incurra en inconstitucionalidad por omisión, dejar de incriminarla, y de castigarla adecuadamente, en función de la gravedad de tales figuras.

Una segunda observación, ya en función del tipo penal-constitucional argentino, es que rotular a los golpistas como traidores a la patria implica una excesiva ampliación de tal delito, previsto en verdad, en el derecho penal, para castigar a quienes actúan contra su país y en favor de otro. Dicho de otro modo, sin perjuicio de la natural reprobación que merece el atentado contra el orden constitucional, ese hecho puede no significar, en sentido genuino,

"traición a la patria". No es bueno, por cierto, inflacionar este último crimen, desdibujando su tipo penal específico.[7]

Por último, es dable advertir que el constituyente dedicado a legislador penal puede incurrir en defectos específicos de descripción de la figura criminal del caso, o en incoherencias que el poder legislativo común, con más tiempo de estudio y mejor asesoramiento, podría quizá evitar. Por ejemplo, y para el caso argentino: la Constitución puntualiza que los autores del golpe no pueden gozar del beneficio —que puede normalmente otorgar el poder ejecutivo— del indulto y de la conmutación de penas, pero nada dice sobre la posible decisión legislativa de amnistiarlos, vale decir, de despenalizar el golpe. Además, el aludido artículo 36 de la Constitución castiga a quienes asuman ciertos cargos públicos como consecuencia del quebrantamiento de la Constitución, con la imprescriptibilidad de la acción penal, pero no establece igual sanción para los autores mismos del golpe.

Paralelamente, respecto a los sujetos activos de los tipos penales a que hacemos alusión, no parece recomendable utilizar expresiones demasiado genéricas —como referirse a los que "hubieran figurado" o "cooperado" con la rebelión, en particular sin precisar el grado de esa colaboración—, dado que ello, en particular si el régimen *de facto* perduró un tiempo prolongado, podría dar lugar a un número maýusculo, difuso e indeterminado de culpables.

Con todo esto quiere significarse que si el constituyente intenta diseñar en esta materia algún tipo penal y establecer su sanción específica, es bueno que en tal quehacer mantenga pulcritud, lógica y consistencia jurídicas.

D. Inhabilitaciones políticas

Otro tipo de sanción que han programado algunas constituciones es proscribir la candidatura a cargos de elección popular a "los que hayan ejercido autoridad ejecutiva en gobiernos *de facto*" (así,

[7] El delito de *traición* a la patria, en efecto, apunta básicamente a castigar a quienes se han aliado con extranjeros enemigos del país, no a quienes tumban gobiernos constitucionales.

art. 113, inc. 7º de la Constitución de Ecuador), o a la presidencia y vicepresidencia de la República para "el caudillo (y) los jefes de un golpe de estado, revolución armada o movimiento similar, que haya alterado el orden constitucional, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Gobierno" (art. 186 de la constitución de Guatemala de 1985).[8]

E. La desobediencia ante el régimen *de facto*

Bueno es aclarar que "el supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión" está reconocido en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre —Naciones Unidas, 1948—, y vale tanto para gobiernos *de facto* como *de iure* intolerablemente abusivos.

En el caso latinoamericano, otra línea de normas constitucionales antigolpistas apunta en particular a autorizar la desobediencia frente a los regímenes *de facto*. En tal sentido, el artículo 3º de la Constitución de Honduras de 1982 expresa que "Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos por la fuerza de las armas o usando medios o procedimientos que quebranten o desconozcan lo que esa Constitución y las leyes establecen". Como se sabe, la desobediencia implica el primer paso del ejercicio del derecho de resistencia a la opresión, en su variante de *resistencia pasiva*.[9]

Un segundo paso se concreta cuando la Constitución admite el derecho de resistencia en sentido amplio —que puede ser tanto *pasiva* como *activa,* y que culmina con el "derecho a la revolución"—. En tal postura se ubica el artículo 36 de la actual Constitución argentina, cuando confiere a "todos los ciudadanos" —cu-

[8] Estas reglas proscriptivas pueden colisionar con los derechos electorales del ciudadano enunciados por el art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica, que no prevé como inhabilitación electoral el haberse desempeñado durante un gobierno *de facto*. Se entiende habitualmente, sin embargo, que dicho art. 23 no es necesariamente incompatible con alguna otra restricción electiva que pueda contemplar el derecho local, siempre que ella fuese intrínsecamente razonable, legítima y acorde con el sistema democrático.

[9] Sagüés Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional, cit.,* t. 2, p. 866.

riosamente, la norma no habla de "habitantes"—, el "derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo". La Constitución de Honduras ya citada, después de referirse a la resistencia pasiva, añade que "El pueblo tiene derecho a recurrir a la insurrección en defensa del orden constitucional" (art. 3º).[10]

[10] Al discutirse en la convención constituyente argentina de 1994 el derecho a la rebelión contra las autoridades *de facto*, el miembro informante del despacho mayoritario no fue claro para determinar si aquélla involucraba o no la insurrección armada, ya que por un lado habló de la resistencia pasiva y activa, para referirse después a una "forma argentina de resistir", distinta al hecho de tomar las armas (cfr. *Diario de Sesiones* de la Convención Nacional Constituyente, versión provisoria, p. 1399).

Cabe aclarar que la principal fuente jurídica del actual art. 36 de la Constitución nacional fue, según se advirtió en la Convención Constituyente, el art. l7 de la Constitución de la Provincia de Córdoba (Argentina). Reproducimos el mismo, que por su extensión es uno de los más largos, sino el más extenso, que hay en el derecho comparado sobre el tema:

"Art. 17. Esta Constitución no pierde vigencia aún cuando por acto violento o de cualquier naturaleza se llegue a interrumpir su observancia. Quienes ordenen, consientan o ejecuten actos de esta índole son considerados infames traidores al orden Constitucional. Los que en este caso ejerzan las funciones previstas para las autoridades de esta Constitución, quedan inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargo o empleo público alguno en la Provincia o en sus municipios.

Es deber de todo ciudadano contribuir al restablecimiento de la efectiva vigencia del orden constitucional y de las autoridades legítimas; le asiste al pueblo de la Provincia el derecho de resistencia, cuando no sea posible otro recurso.

Cualquier disposición adoptada por las autoridades en presencia o a requisición de fuerza armadas o reunión sediciosa que se atribuya los derechos del pueblo, es insanablemente nula.

A todos los efectos penales y procesales, se consideran vigentes, hasta la finalización del período para el que fueron elegidos, los fueros, inmunidades y privilegios procesales de los funcionarios electos directamente por el pueblo de conformidad a las disposiciones constitucionales, aunque sean destituidos por actos o hechos no previstos por esta Constitución. En consecuencia son nulos de nulidad absoluta y carentes de validez jurídica todas las condenas penales y sus accesorias civiles que se hubieran dictado o se dictaren en contravención a esta norma".

Ciertas provincias argentinas han adoptado reglas similares, aunque haya algunas veces variaciones de importancia. Por ejemplo, la Constitución de San Juan (art. 121), de la Provincia de Buenos Aires (art. 3º), de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 4º), etcétera.

En orientación parecida, el artículo 87 de la Constitución de El Salvador menciona expresamente el "derecho a la insurrección", aunque lo circunscribe al "solo objeto de restablecer el orden constitucional alterado por la transgresión de las normas relativas a la forma de gobierno o al sistema político establecidos, o por graves violaciones a los derechos consagrados en esta Constitución". Y en una descripción detallada que implica la difícil regulación jurídica del derecho a la resistencia activa, añade el mismo artículo que "El ejercicio de este derecho no producirá la abrogación ni la reforma de esta Constitución y se limitará a separar en cuanto sea necesario a los funcionarios transgresores, reemplazándolos de manera transitoria hasta que sean sustituidos en la forma establecida por esta Constitución".

El texto de este último precepto, desde luego nada frecuente en el derecho constitucional comparado, presenta varios problemas de instrumentación práctica, por ejemplo si una vez convocados los órganos constitucionales del caso, ellos se niegan a remover a los gobernantes *de facto,* o a los transgresores del orden político, destituidos mediante la insurrección popular.

Ocasionalmente, la Constitución obliga a los particulares a participar en las acciones tendentes a recuperar su vigencia, ante su derogación inconstitucional. Así lo estableció, *v. gr.,* el artículo 307 de la Constitución peruana de 1979, respecto de "todo ciudadano, investido o no de autoridad", norma seguida por el artículo 334 de la Constitución de Venezuela de 1999. Esto puede importar un *deber de resistencia* frente al agresor de la Constitución. Sin embargo, tales textos no aclaran si la renuencia a cumplir con tal obligación constitucional importa o no delito.

3. Sobre la eficacia de las reglas constitucionales de salvaguardia de la Constitución

El tema provoca diversas reflexiones.

Por un lado, estas normas pueden tener un serio sentido de ética política y docencia republicana, al repudiar y neutralizar las violaciones del orden constitucional, autorizar —y hasta exi-

gir— la resistencia frente a los usurpadores o pervertidores del régimen constitucional y prever castigos para éstos.[11]

También es cierto que las cláusulas referidas pueden desalentar en algo las aventuras golpistas, pero de modo más intenso la participación de civiles en cargos relevantes de los gobiernos *de facto,* ante las posibles sanciones que podrían recibir en el gobierno constitucional subsiguiente.

En el campo de la realidad, la vigencia de esos preceptos puede ser relativa. No cabe olvidar, naturalmente, que el usurpador pronto dejará sin efecto a tales cláusulas, ejercitando para ello, casi con seguridad, un poder constituyente irregular. La historia, sin embargo, no terminará allí, ya que todo dependerá del vigor final del ejercicio del poder constituyente por tal régimen, esto es, si logra consolidarlo en el tiempo.

Es de presumir, eso sí, que cuando un usurpador tenga frente a sí una Constitución por él atacada que castigue de modo anticipado y duramente su rebelión, intente a través de un mecanismo de autodefensa, con todas sus fuerzas y medios, removerla y sustituirla en todo o en parte por otra, que inaugure un nuevo ciclo constitucional y que borre las cláusulas de la precedente que de modo particular le castigaban.

En definitiva: si el gobierno *de facto* logra de hecho y en el tiempo mantener la abolición de las reglas de la Constitución anterior que tendían a reprimirlo o a penarlo, su conducta inconstitucional quedará muy probablemente impune. Por el contrario, si la Constitución agredida recupera a la postre plenamente su vigor, finalizado el periodo *de facto,* es posible que las violaciones causadas a dicha Ley suprema queden anuladas y los golpistas, condenados.

La definición de estas posibilidades puede plantearse académicamente, pero se decide en la dimensión existencial, fáctica o vivencial del mundo jurídico. La experiencia muestra que un gobierno golpista bien puede —en la realidad— lograr la remoción

[11] Bidart Campos, Germán J., "La reforma constitucional de 1994", en *Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* Buenos Aires, Ediar, 1995, t. VI, p. 264.

de las reglas constitucionales preexistentes que lo condenaban —tal ha sido el caso del Perú, respecto a la Constitución de 1979, con el dictado de la nueva Constitución de 1993—. Pero el futuro puede mostrar resultados distintos. Por ejemplo, han existido varios casos de "reconstitucionalización", vale decir, de retorno a una Constitución anterior suspendida inconstitucionalmente por un régimen *de facto* —Argentina, *v. gr.*—, aunque todavía ello no ha ocurrido con una Constitución que explícitamente haya previsto sanciones para quienes, por la fuerza, atentaren contra ella y alteraran el orden constitucional.

En otro orden de ideas, la redacción de preceptos como los mencionados en este trabajo requiere prudencia y pulcritud jurídica. El constituyente no debe dejarse llevar aquí por un entusiasmo irreflexivo: No se juega, en efecto, con el ejercicio del derecho —¿o deber?— popular de resistencia a la opresión, sobre cuya posible regulación jurídica cabe incluso meditar con cautela. Es del caso distinguir, asimismo, y por elementales razones de seguridad jurídica, qué actos de un régimen *de facto* son anulables y cuáles no, y a quiénes puede la Constitución declarar responsables penalmente —y hasta cuánto—. Y si se trata de describir tipos penales en la Constitución, ellos, como las sanciones que se contemplen, tendrán que ser precisos, claros e intrínsecamente razonables.

El estudioso del derecho constitucional y el constituyente tienen ya un cierto material normativo constitucional sobre el tema, con cláusulas buenas y otras regulares. No se trata entonces de copiar ni de reproducir porque sí. Lo correcto es evaluar críticamente todo ese acopio jurídico y determinar serena y responsablemente en qué medida puede ser adecuado para un país en concreto, lo que no excluye —también— el diseño de normas distintas a las que ya exhibe la vitrina del derecho constitucional comparado. Y tampoco se trata de decir mucho, sino lo posible y lo necesario. La sobriedad constitucional siempre es provechosa.

Capítulo VIII
Derecho constitucional y gobernabilidad. Problemática del repliegue acelerado, o de la desaparición, de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables*

1. ¿Un tema de ciencia ficción?

Plantear la hipótesis de la extinción de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables —*political questions*—, como áreas exentas del control de constitucionalidad, podía parecer, no más de un pocos lustros atrás, un asunto de ciencia ficción, vale decir, algo así como el argumento para una novela muy poco creíble, o francamente delirante, o algo reservado para el teatro del absurdo. No obstante, la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, dictada en 2004 en el caso "Zamora Bolaños",[1] viene a plantear esa cuestión en el terreno de las realidades.

---

* El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina. El mismo reelabora y actualiza un estudio anterior del autor, publicado en el capítulo XIX de su libro *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial,* Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pp. 285-304.

1 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José de Costa Rica, 8 de septiembre de 2004, 8 de septiembre de 2004, Exp. 03-004485-0007-CO, resolución 2004-09992

El objeto de este capítulo es tratar brevemente el origen y el desenvolvimiento de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, su auge y su deterioro, las razones esgrimidas para destruirla y el panorama que presentaría su eventual desaparición, con particular referencia al impacto positivo o negativo que ello produciría en términos de gobernabilidad sistémica.

2. Perfil constitucional de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables

Interesa reseñar algunos aspectos de esta importante doctrina.

a) Una tesis no escrita en las constituciones. El primero de ellos es que, por lo común, no está expuesta en los textos constitucionales. Pero hay excepciones, como siempre pasa en el derecho. Por ejemplo, la más llamativa y terminante de ellas es tal vez el artículo 64 de la Constitución de Brasil de 1934, cuando señaló que "está prohibido al Pode Judicial conocer de cuestiones exclusivamente políticas". En otros casos, se han previsto explícitamente vigencias parciales de la doctrina. Así, el artículo 159 de la Constitución de Venezuela de 1961 dispuso que "los actos de los cuerpos legislativos en ejercicio de sus atribuciones privativas no estarán sometidos al veto, examen o control de los otros poderes, salvo lo que esta constitución establece sobre extralimitación de atribuciones". Y el artículo 241, inciso 1º de la Constitución de Colombia de 1991 añade que es factible que la Corte Constitucional controle la constitucionalidad de los actos reformatorios de la Constitución, como sobre la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente, pero "sólo por vicios de procedimiento en su formación". Cabe concluir, entonces, que no es justiciable el control de constitucionalidad del contenido de esas normas.

La doctrina de las *political questions* ha tenido, en cambio, y por lo común, origen y soporte pretoriano. Vale decir, que fue diseñada, mantenida, dibujada y modificada por los tribunales, como una estrategia de autorrestricción —*self restraint*—. Fueron ellos quienes redactaron el catálogo de lo justiciable y de lo

no justiciable, quizá a partir del caso del duque de York (1640), que pretendió ante las cortes judiciales ser reconocido como heredero del trono de Inglaterra. Los tribunales le dijeron que no se atrevían a conocer en esa pretensión, que correspondía ser resuelta por los Lores del Reino.[2]

b) Anida en el derecho constitucional consuetudinario. Pero también es interesante constatar que la doctrina de las *political questions* no es una tesis "extra constitucional", sino que se encuentra vigente, y por cierto con una salud admirable, en el seno del derecho constitucional. Claro está que su *habitat* no es el derecho constitucional formal —salvo raras excepciones, como las ya marcadas—, sino el derecho constitucional consuetudinario de prácticamente todo el mundo.

Vivir en el derecho consuetudinario constitucional no es signo de debilidad alguna. Antes bien, puede ser una garantía de existencialidad, de presencia en la dimensión fáctica, y por tanto en la real, del mundo constitucional. Se trata del derecho efectivamente vivido y cumplido. Y de ser necesario, no faltarán las sentencias de los intérpretes supremos de ese derecho constitucional que describirán casuísticamente los mapas nacionales de las cuestiones políticas no justiciables. Esas cartografías son, por cierto, disímiles, heterogéneas, cambiantes. La superficie de las *political questions* varía de país en país. También, su morfología, vale decir, la altura y profundidad de tales figuras. No siempre su textura es coherente ni sólida: como en la naturaleza, hay aquí grietas, espacios acuosos, zonas aluvionales y otras en permanente transformación.

c) Se aplica en el nacimiento mismo del control judicial de constitucionalidad. Es provechoso, también, apuntar que en la propia cuna estadounidense del control judicial de constitucionalidad, o *judicial review,* vale decir, en "Marbury *vs.* Madison" (1803), el *Chief Justice* Marshall inserta, junto al referido control, la abstinencia judicial en materias donde los funcionarios del poder ejecutivo "tienen completa discreción". La tesis, en síntesis, enseña esto: hay temas que la Constitución con-

[2] Véase Schwartz, Bernard, *Los poderes del Gobierno,* trad. por José J. Olloqui Labastida, México, UNAM, 1966, t. I, p. 582.

fía al presidente, y que por ende, no pueden ser decididos por el poder judicial.[3] La creación por la Corte del control judicial de constitucionalidad corre pareja, entonces, con la no injerencia de los jueces en las *political questions*. Esto último opera como una suerte de seguro sistémico legitimatorio de lo primero. Digámoslo en otras palabras: si no existiesen ciertas áreas no justiciables, no debería haber control judicial de constitucionalidad. O si se prefiere: para que haya control judicial de constitucionalidad, es necesario que los jueces no incursionen en las competencias privativas, reservadas y excluyentes, del Capitolio o de la Casa Blanca.

d) Implica una estrategia de supervivencia del poder judicial y del control judicial de constitucionalidad. La doctrina de las *political questions* fue formulada en un contexto histórico muy preciso, como el existente en Estados Unidos a comienzos del siglo XIX. En concreto, su Constitución no asignaba al poder judicial funciones de control de constitucionalidad. Cuando la Corte lo asume, en "Marbury *vs.* Madison", su decisión motivó aplausos y también fuertes críticas, que perduran hasta hoy día, tanto por ocupar formalmente competencias que la Constitución no le otorgaba explícitamente, como por arrogarse la judicatura —una rama del gobierno federal no surgida de comicios, y por ende, con una especie de debilidad congénita, en términos corrientes de una democracia—, funciones políticas que podían conducir al bloqueo de decisiones —leyes, decretos, resoluciones, etc.—, tomadas por los poderes ejecutivo y legislativo, que sí tenían legitimación electoral.

Una fórmula transaccional, en este punto, bien esgrimida por la Corte del *Chief Justice* Marshall, fue enunciar el control judicial de constitucionalidad como una exigencia propia de la interpretación y aplicación del derecho de la Constitución por parte de los tribunales,[4] pero con una válvula de seguridad para los po-

[3] Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado,* 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, t. 3, pp. 435 y 446.

[4] El argumento, como se sabe, enseña que en la interpretación y aplicación del derecho la norma superior (Constitución), debe prevalecer sobre la inferior (ley), y que si esta última viola a la primera, debe ser inaplicada (ya que es in-

deres "políticos": dicho control no comprendería las facultades reservadas y privativas del presidente y del poder legislativo.

La fórmula, en su momento, pareció conformar, a veces a regañadientes, a tirios y troyanos. A los poderes "políticos", les garantizaba que la judicatura no se entrometería en temas tales como el manejo de las relaciones exteriores, declaración de guerra, aprobación del presupuesto, trámite de las leyes, políticas públicas, regulación de la moneda, etc. Al poder judicial, la receta le permitía continuar con el control de constitucionalidad, bien que acotado para las cuestiones que no fueran "políticas". Además, a él le tocaba definir, en última instancia, cuándo un asunto era o no una *political question,* no justiciable, con lo que, con una sensible dosis de discrecionalidad y arbitrio, podría escoger los asuntos sobre los que desarrollaría aquel control, o *judicial review.*

3. Una doctrina axial para el equilibrio sistémico constitucional

Durante el siglo XIX y hasta los finales del XX, la doctrina de las *political questions* pasó a ser un dato decisivo —probablemente, el más vital— para el sistema de *checks and balances* que patrocina cualquier Constitución liberal y Occidental que quiera tildarse de tal.

En palabras de Abraham Lincoln, por ejemplo, la autorrestricción del poder judicial en tales asuntos era indispensable para mantener el autogobierno del pueblo, y para impedir que el gobierno pasase del pueblo a la Corte Suprema. Charles Hugues, expresidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, señaló por su parte que la doctrina era el presupuesto que hacía practicable el sistema constitucional estadounidense. Y Karl Loewenstein alertó que la tesis de las *political questions* era un antídoto contra la *judiciocracia,* la *judicialización de la política,* al par que disipaba el espectro del poder judicial como superpoder.[5]

---

constitucional), por los operadores judiciales. De no procederse así, la norma inferior triunfaría sobre la superior.

[5] Sobre los fundamentos ideológicos y jurídicos de la doctrina de las *political questions* nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *El tercer poder..., cit.,* pp. 287-290.

4. Las razones de una crisis

No obstante su éxito, esta doctrina hoy se encuentra en repliegue. Los motivos que explican este fenómeno son varios. Seleccionamos cuatro.

a) Afirmación del control judicial de constitucionalidad. En la actualidad, la magistratura constitucional, especializada u ordinaria, no tiene por qué pedir disculpas para ejercer funciones de control de constitucionalidad: ellas emergen expresamente, casi siempre, de los propios textos constitucionales. Naturalmente, muchos no compartirán tal sistema de control de constitucionalidad, pero para reformarlo, tendrán que cambiar en tal punto a la Constitución.

Una jurisdicción constitucional autorizada explícitamente por la Constitución para cumplir los papeles de control de constitucionalidad, puede ejercitarlos con mayor solvencia y extensión que otra no autorizada, como ocurrió con la estadounidense de "Marbury *vs.* Madison", allá por el 1803. Ello conduce, paralelamente, a avanzar en más áreas de examen, en tanto ese contralor no esté prohibido por la Constitución. De algún modo, la consagración expresa de la justicia constitucional en el texto de la Constitución invita al activismo judicial.

b) Doctrina de la inconstitucionalidad por omisión. La teoría de las *political questions* congelaba importantes tramos de la Constitución con el argumento de la "mediación de la ley" —un derecho constitucional, para resultar practicable, debía estar reglamentado por normas subconstitucionales, en particular las leyes— o el de las "cláusulas programáticas" —muchas normas de la constitución no eran operativas por sí mismas: requerían ser puestas en marcha por leyes o decretos—. Emitir las normas instrumentativas —infraconstitucionales— de la Constitución, se entendía como una "cuestión política no justiciable", sometida a la discreción soberana de los poderes legislativo y ejecutivo.

Desde la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1969, que reconoció la existencia de la "inconstitucionalidad por omisión" en la no producción de las normas

subconstitucionales destinadas a motorizar las reglas de la Constitución, la mora legislativa —o ejecutiva— pasó a ser un tema justiciable. Numerosas constituciones arbitraron, además, remedios para combatirla, mediante demandas ante los órganos de la jurisdicción constitucional.[6]

c) Reclamos sociales ante los tribunales. La vigencia de importantes derechos económico-sociales, especialmente en temas como salud, vivienda, alimentación y educación, quedaban otrora sometidos a los medios destinados a satisfacerlos, según las previsiones del presupuesto aprobado por los representantes del pueblo en el poder legislativo. Si los fondos previstos resultaban insuficientes, no había alternativa alguna para gozarlos. Definir el presupuesto y las políticas públicas en esas áreas era cuestión política no justiciable.

Actualmente el panorama ha variado. Quienes no obtienen satisfacción a las necesidades básicas tuteladas por dichos derechos, en el ámbito del Congreso o de la Presidencia, ocurren a los tribunales para reclamar su cumplimiento. Un cambio en la cultura jurídica constitucional, auspiciado por una visión más exigente del estado social de derecho —en particular, por la presión del valor *justicia social*—, ha legitimado la injerencia judicial en el plan estatal de asignación de recursos sociales, y aún, en determinadas hipótesis, ha autorizado el quiebre del presupuesto aprobado por el poder legislativo, en aras de cumplir con los mandatos constitucionales relativos a los derechos que hemos mencionado.

d) Deslegitimación de la abstención judicial. Así como en el siglo XIX el activismo judicial estadounidense generó críticas en Europa, donde se habló incluso, y con fuerte sentido crítico, "del gobierno de los jueces", actualmente la abstención judicial en las cuestiones políticas provoca cada vez más comentarios adversos.

Desde acusar a la doctrina de las *political questions* como provocadora de la impunidad constitucional del Congreso y del

[6] En cuanto las modalidades de la inconstitucionalidad por omisión y su tratamiento constitucional, derivamos al lector a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución, cit.,* pp. 129-142.

presidente, o juzgarla como teoría oportunista y acomodaticia, sin el menor desarrollo lógico y coherente, redactada empíricamente, según los vaivenes políticos del momento, o mirarla como posición hedonista, fácil para justificar la irresponsabilidad de los jueces, o condenarla por implicar una negación del derecho a la jurisdicción y al acceso a la justicia por parte de los afectados por decisiones —o abstenciones— congresionales o presidenciales inimpugnables ante los estrados judiciales, lo cierto es que la valoración académica de esta tesis se encuentra en retirada.

Nuevos parámetros de legitimidad, cambios en los paradigmas colectivos, mutaciones en la calificación de lo que es éticamente correcto o incorrecto para los jueces, llevan hoy a preferir, para muchos, el riesgo de una prevalencia activista de las competencias jurisdiccionales sobre control de constitucional, que aceptar la continuidad de una doctrina que pregonaba el silencio o el rechazo a esa fiscalización en áreas importantes de gobierno o de los derechos personales. En definitiva, en tal encrucijada, el *qué* —la motorización efectiva del derecho constitucional—, puede importar más que el *quién* actúa como operador.

5. Una sentencia detonante. El caso "Zamora Bolaños y otros", de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

El 19 de marzo de 2003, el presidente de Costa Rica emitió un comunicado de adhesión a la "Alianza Internacional contra el Terrorismo", liderada por Estados Unidos, Gran Bretaña y España, reafirmado el 22 del mismo mes por otro, que incluyó a Costa Rica en la nómina de naciones integrantes de la "Coalición Internacional Antiterrorista" contra Saddam Hussein.

Tales comunicados provocaron diversas demandas de inconstitucionalidad, planteadas por personas privadas, el Defensor de los Habitantes y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Los argumentos, no siempre coincidentes, residían en lo sustancial en que

aquellos comunicados importaban una declaración de guerra que el presidente no podría adoptar, por ser competencia del poder legislativo (arts. 140, incs. 6 y 149 de la Constitución), violaban el artículo 7º de la Constitución de Costa Rica, que demanda el cumplimiento de las obligaciones internacionales —en particular, los comunicados iban contra la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que condena el uso de la fuerza por parte de los estados, salvo por decisión del Consejo de Seguridad de la Organización—, atentaban contra el derecho a la paz de los pueblos, y violaban la declaración de neutralidad expuesta por Costa Rica a partir de una Proclama de 1983.

Del fallo de la Sala Constitucional, pronunciado el 8 de septiembre de 2004,[7] vamos a seleccionar un punto: la justiciabilidad de las *political questions,* ya que, precisamente, el manejo de las relaciones exteriores y en su caso, los problemas de paz y de guerra, eran asuntos privilegiados como cuestiones políticas no justiciables para la doctrina tradicional. Estaban custodiados en el *sancta sanctorum* de esa teoría.

La Sala Constitucional parte de un supuesto histórico: estos temas se encontraban "excluidos del escrutinio de los tribunales de justicia". Entiende, no obstante, que "en el actual desarrollo jurídico costarricense" no hay disenso alguno para el contralor judicial de constitucionalidad de los mismos, "pues, por principio, tales actos están sometidos a la Constitución política, o para precisarlo mejor, al llamado derecho de la Constitución". Aquí la Sala constata que la Constitución puede expresarse a través de normas y de principios, "que sirven como guías generales de actuación". Y para conocer de ellos, y ejecutarlos, está precisamente la Sala Constitucional, "como instrumento creado para esa tarea", por lo que puede entender en el fondo o mérito del problema.

Una línea argumental significativa, en esta materia, es el manejo de la doctrina de la "constitución viviente" —*living constitution—,* que la Sala Constitucional denomina "constitución viva". Conforme a ella, la Constitución no es solamente texto normativo, sino algo fluido, "entendido y actuado en la realidad por la so-

[7] Véase cita 1.

ciedad". Es esta concepción la que le permite no solamente perforar la muralla de las cuestiones políticas no justiciables, sino, más todavía, entenderla derrumbada, según las concepciones sociales imperantes en el país.[8] Para ello, ha hecho un llamado al dato sociológico actual para interpretar a la Constitución: concluye, al respecto, que no hay dudas en que hay consenso en realizar el control de constitucionalidad, aun en las cuestiones políticas —otrora— no justiciables.

Digamos que el manejo de la doctrina de la *constitución viva,* como la llama la Sala Constitucional de la Corte Suprema, le permite también realizar una interpretación mutativa por adición respecto del valor *paz*, encapsulado en el artículo 12 de la Constitución de Costa Rica. Dicha norma no lo menciona expresamente, pero sí alude a la disolución, en tal país, del ejército, a lo que cabe sumar la "Proclama de neutralidad perpetua, activa y no armada" del poder ejecutivo (1983), y una serie de documentos internacionales suscritos por tal nación, como la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos a la Paz, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1984), y la afirmación del valor paz en la Carta de Naciones Unidas, o en la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Todo ello acarrea, concluimos, que una relectura contemporánea del mentado artículo 12, así engrosado, haga surgir un derecho de los costarricenses a la paz, pero no como derecho gaseoso o poesía constitucional, sino como derecho reclamable y exigible ante los tribunales.

Como dato igualmente significativo, la Sala Constitucional constató que la mencionada Coalición Internacional Antiterrorista infringió la Carta de las Naciones Unidas, por emprender maniobras militares no autorizadas por el Consejo de Seguridad, extremo que importaría para Costa Rica violar también su propia Constitución, respetuosa del derecho internacional.

En conclusión, la Sala Constitucional hizo lugar —parcial-

[8] Véase Sagüés Néstor Pedro, "Sobre el concepto de «constitución viviente»", en *Revista Argentina de Derecho Constitucional,* núm. 1, Buenos Aires,Ediar, 2000, pp. 55 y ss. Cfr. también cap. I de este libro.

mente— a las demandas de inconstitucionalidad, reputó inconstitucionales los comunicados del poder ejecutivo mencionados precedentemente, que perdían entonces efectos jurídicos, y ordenó a la Presidencia realizar las gestiones necesarias para borrar el nombre de Costa Rica entre los aliados de la "Coalición" que figuraban en la página *web* de la Casa Blanca.

6. Recapitulación. Una doctrina local

La primera observación que emerge del fallo "Zamora Bolaños", es que la desaparición de las cuestiones políticas no justiciables es planteada por la Sala Constitucional dentro del marco jurídico-político de Costa Rica. La solución es comprensible, porque si para llegar a sus conclusiones ha recurrido a la doctrina de la *constitución viva,* y para ello ha hecho uso del recurso al dato sociológico local, la respuesta jurídica construida tiene valor dentro de las fronteras nacionales.

Con prudencia, la Sala no pretende fabricar un producto para la exportación, sino para el consumo doméstico. En Costa Rica, resumiendo, ya no hay *political questions* no justiciables. Las mismas, en ese escenario, son sometidas también al control de constitucionalidad. En otras regiones, la respuesta puede ser diferente. Por ejemplo, pensamos, si la conciencia colectiva las admite.

7. Conjeturas sobre la expansión de la doctrina negatoria de las cuestiones políticas no justiciables

Supongamos, no obstante, que la tesis sostenida por la Sala Constitucional costarricense tuviese predicamento y fuese *exportada a,* o *importada por,* otros tribunales constitucionales. Parte de la argumentación de la Sala Constitucional, en efecto, tiene vocación de generalidad, como la razón de que si hay un "derecho de la Constitución", el mismo debe ser afianzado por los órganos de la jurisdicción constitucional, sin admitir excepciones evasivas o "zonas francas" sin control de constitucionalidad.

Este argumento tiene como contrargumento el de la "omnipotencia judicial":[9] si *todos* los actos y decisiones del Parlamento y del poder ejecutivo pudiesen ser fiscalizados completa e intensamente por la jurisdicción constitucional, y en su consecuencia, resultar anulados o modificados por ella, el gobierno se desplazaría de aquellos poderes, a la judicatura constitucional.

Este riesgo, que podríamos llamar el "síndrome de Abraham Lincoln" —quien lo previno explícitamente a mediados del siglo XIX—, se puede acentuar en las actuales décadas, con nuevas alternativas jurídicas que han impactado en algunos ámbitos del neoconstitucionalismo.

Veamos el problema. El sobredimensionamiento de la magistratura constitucional parte del supuesto de que la Constitución es un conjunto de normas, principios y valores, pero que estos dos últimos son superiores a las primeras, de tal modo que pueden modelarlas, o incluso restringirlas, al par que también pueden engendrar, en una suerte de nomogénesis, otras reglas de nivel constitucional. Ahora bien: la definición y modulación de tales principios y valores, que son de por sí indeterminados y cuentan con un alto grado de volatilidad, corre a cargo, básicamente, de dichos jueces constitucionales, quienes pronuncian la última palabra a su respecto.

Paralelamente, algunas corrientes, como la doctrina de la *constitución viviente,* consideran que la interpretación constitucional no consiste en *aplicar* recetas ya concebidas, y por tanto preexistentes, de la Constitución, sino en *elaborar* productos interpretativos, en función de las necesidades y creencias sociales del momento, traducidas y proyectadas por los jueces constitucionales. Ellos pasan a ser, de arqueólogos, a artífices de la Constitución.

Al mismo tiempo, esa *sobreinterpretación constitucional* provoca que los márgenes de opción del legislador para sancionar las normas ejecutorias de la Constitución resulte progresivamente limitado, sometido a un escrutinio judicial paulatinamente más

[9] Véase sobre esta temática Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial,* en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 131 y ss.

severo. La "constitución invasiva", que "está en todas partes", pero cognoscible más que por su texto, por la interpretación que al mismo le hace la justicia constitucional, recorta así la libertad de elección legisferante del Congreso y la capacidad de gestión del poder ejecutivo.

Si a eso se suma que la eliminación de la doctrina de las *political questions* implicaría que *todas* las decisiones ejecutivas y legislativas pueden ser fiscalizadas intensamente por el juez constitucional, operando éste con una potencia interpretativa como la indicada, no es difícil advertir que el ejercicio de tales poderes cuasi constituyentes permanentes traslada a la judicatura al epicentro del sistema constitucional, mutándola de *órgano de control* a prácticamente *órgano de gobierno* de dicho régimen.

El problema se multiplica cuando la jurisdicción constitucional no está concentrada en un solo Tribunal, Sala o Corte Constitucional especializado —del que cabe suponer una mejor calidad y responsabilidad en sus sentencias—, sino diluida en miles de jueces, como ocurre en los sistemas difusos o desconcentrados de control de constitucionalidad. En tal escenario, y si se ponen en práctica las premisas que hemos descrito, un juez de primera instancia podría bloquear, *v. gr.,* por medio de una medida cautelar, el pago de la deuda externa de un Estado, o modificar la integración de las comisiones de una Cámara del Congreso.[10] Mientras que otro, de igual condición, y esto va por vía de hipótesis, modificar, por ejemplo, el reconocimiento diplomático de un país por otro, la interrupción en las relaciones exteriores con determinado Estado, los movimientos de tropas en un teatro de operaciones, el llamado de reservistas para engrosar las fuerzas armadas, etcétera.

[10] En el caso "Pinedo Federico y otros *c*. Estado Nacional", la justicia argentina dispuso, en una medida cautelar requerida por diputados nacionales, suspender los efectos del decreto de necesidad y urgencia 2010/09, acusado de inconstitucional, que había creado un "Fondo del bicentenario" de varios miles de millones de dólares, para atender necesidades de la deuda pública. Véase Cámara Nacional Contencioso Administrativo, sala de Feria, 22 de enero de 2010, en *Jurisprudencia Argentina,* 2010-II-588 y 629. Pocos meses después, legisladores nacionales ocurrieron al Poder Judicial para cuestionar la modificación de la integración de unas comisiones del Senado, alegando que tales cambios violaron los reglamentos vigentes.

Desde luego, un reencuadre de este tipo no puede menos que motivar interrogantes sistémicos, en términos de gobernabilidad. Un avance ultractivista de la jurisdicción constitucional, en aras de ocupar más y más espacios políticos, con la posibilidad de revisar lo actuado en todos ellos, bien puede entenderse como un riesgo importante para la funcionalidad del sistema constitucional. En efecto, ¿no puede estimular actitudes antisistémicas, como reacciones opuestas de los poderes "políticos" del Gobierno, expresadas, *v. gr.,* (i) en la renuencia o elusión encubierta para cumplir ciertas decisiones de la justicia constitucional; (ii) en la promoción de acciones de destitución de sus cuadros, vía juicio político, *impeachment* o dispositivos análogos; (iii) en presiones más o menos explícitas para condicionar el contenido de las sentencias de los jueces constitucionales, mediante críticas y llegado el caso, agravios públicos a esos decisorios y a quienes los firmaron; en pedidos, provenientes del poder ejecutivo e igualmente mediáticos, de renuncia o de jubilación de jueces constitucionales; (iv) o en la modificación legislativa de los códigos de procedimiento constitucional, a fin de cercenar la competencia de la justicia constitucional e impedir, *v. gr.,* que sus tribunales dicten determinados tipos de sentencias, como las "exhortativas"?[11]

8. Vías de reencuadre sistémico ante un repliegue intenso del mapa de las cuestiones políticas no justiciables

Existen diversas estrategias de contención externa, o de autocontención judicial, para la atención del fenómeno —algunas veces galopante— de la judicialización de las *political questions.*

a) El primero estriba en el deber —para todos, incluso para la magistratura constitucional—, de reconocer al presidente y al Congreso la significativa cuota de libertad de opción que la Constitución —formal o consuetudi-

[11] Cfr. sobre el tema *Palestra del Tribunal Constitucional, Revista mensual de Jurisprudencia,* Palestra Editores, Lima, año 1, núm. 6, junio, 2006, pp. 413 y ss., con referencia a la polémica desatada en Perú sobre una iniciativa legislativa como la que se menciona en el texto.

naria— les acuerda en ciertos temas, como por ejemplo declaraciones de guerra y de paz, manejo de relaciones exteriores, movimientos de tropas, nombramientos de ministros, intervención del gobierno central a los estados federados, declaración del estado de sitio, regulación de la moneda, etc. En ese amplio abanico constitucional de posibles medidas que cada uno de los poderes "políticos" puede adoptar, y que le es propio y reservado, importa un terreno donde la jurisdicción constitucional no debe —comenzando por una actitud de *self restraint*— confundir sus roles, ni colocarse, so pretexto de controlar la constitucionalidad de las soluciones adoptadas por aquéllos, en verdadera artífice de la decisión cuestionada.

b) La jurisdicción constitucional debe tener igualmente presente dos criterios sistémicos significativos: (i) la presunción de constitucionalidad de las decisiones del Congreso y del presidente, y (ii) que en caso de duda de si resultan o no constitucionales, debe reputarlas constitucionales.

c) También la jurisdicción constitucional tiene que practicar con cuidado —y con especial cuidado, añadimos—, una interpretación consecuencialista o previsora de la Constitución,[12] cuando revisa el ejercicio de una competencia constitucional del presidente o del Congreso catalogada clásicamente como *political question*. Esto importa, en términos sistémicos, medir las consecuencias y verificar los resultados de sus veredictos, asumir las limitaciones y condicionamientos fácticos que recortan su margen de maniobra y auscultar cuidadosamente los pros y contras, también en el área política, económica, social, de seguridad, diplomática —entre otras— acerca de las ventajas y desventajas de dejar sin efecto lo resuelto por los poderes "políticos" en sus competencias específicas.

d) También debe atender la justicia constitucional que una cosa es que las cuestiones políticas no justiciables tengan en día una sensible reducción en su listado, y otra, que desaparezcan del escenario constitucional. El fallo de la

[12] Respecto de la interpretación previsora —o consecuencialista— de la Constitución, sus modalidades y topes, véase también Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución, cit.,* pp. 83-94.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica es un caso circunscrito al país que lo emitió, conforme a una versión local de la doctrina de la constitución viviente —*living constitution*—, que puede tener una conclusión diferente en otro Estado donde su comunidad acepte la teoría de las *political questions*.

e) En los países donde hay control difuso o desconcentrado de constitucionalidad, tiene que existir un mecanismo procesal constitucional expeditivo y urgente que permita al poder ejecutivo o al legislativo que se considere invadido por un juez, en su esfera reservada o propia, plantear un "conflicto de poderes" ante el Tribunal o Sala Constitucional, o Corte Suprema que haga sus veces, para que el mismo lo dirima. Si dicho camino no está previsto por la Constitución o por la ley, tendría que crearse pretorianamente.[13] Tal conducto permitiría al órgano supremo de control de constitucionalidad neutralizar rápidamente los hipotéticos desbordes sistémicos de los jueces inferiores.

[13] En Argentina, por ejemplo, los conflictos de poderes no están regulados por la Constitución nacional, pero la jurisprudencia de la Corte Suprema ha elaborado pretorianamente una doctrina —no del todo coherente ni armónica— respecto de los mismos, y de su trámite y competencia para resolverlos. Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional, recurso extraordinario,* 4ª ed., reimp., Buenos Aires, Astrea, 2013, t. 2, pp. 538-551.

Segunda Parte

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Capítulo IX
Fisonomía y perspectivas de los órganos extrapoder*

1. Introducción. Órganos extrapoder y órganos constitucionales autónomos

El objeto de este capítulo es presentar a los órganos extrapoder y a los órganos constitucionales autónomos, describir los motivos de su multiplicación, esbozar cómo impactan en la arquitectura constitucional y cuáles son sus más significativas pautas de buen o mal suceso. Marginalmente, se considerará si solamente pueden ser creados por el constituyente, o también por vía de ley.

En una primera aproximación, la expresión "órgano extrapoder" —u órganos "extrapoderes"—,[1] se emplea para referirse a órganos estatales no situados en la órbita de alguno de los tres poderes clásicos del Estado —legislativo, ejecutivo y judicial—. En las constituciones que enuncian, además, otros poderes —situación que se reitera en el reciente constitucionalismo latinoamericano:

---

* Este trabajo se basa en el publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, t. I, pp. 301-312, con el título *Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes*. La presente versión ha sido actualizada y ampliada.

1 La denominación de órganos "extrapoderes" fue la preferida por Bidart Campos, autor que probablemente lideró en América Latina el planteamiento de esta temática. Cfr. Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional del poder,* Buenos Aires, Ediar, 1967, t. I, p. 129.

Venezuela, Ecuador, Bolivia—,[2] también tendrían que encontrarse localizados fuera de éstos.

¿Por qué no llamar, directamente, "poderes", a los órganos "extra-poder"? En Argentina ese debate se planteó puntualmente con relación al Ministerio Público federal, que la reforma realizada en 1994 presenta, en la arquitectura constitucional, como una suerte de "cuarto poder" —el título primero de la segunda parte de la Constitución, bajo el rótulo de "Gobierno federal", tiene cuatro secciones: poder legislativo, poder ejecutivo, poder judicial, y ministerio público—.

Una explicación podría consistir en que el órgano "extrapoder", por lo común, posee competencias —generalmente muy específicas— que desde el punto de vista cuantitativo son menos extensas que las conferidas por la constitución a los tres poderes clásicos. Si se compara, en efecto, las funciones de cualquiera de los órganos extrapoder, con las de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, se advertirá que por lo común son más concretas y menos expandidas, aunque desde el punto de vista cualitativo puedan ser de gran trascendencia, como es en particular el caso de un tribunal constitucional, intérprete final de la constitución. Alguna vez los órganos extra-poder han sido llamados, por eso, "minipoderes", aunque este rótulo sea opinable.[3]

Existen debates en torno a la calificación de órgano "extrapoder" respecto de algunos organismos. Por ejemplo: cuando en un sistema parlamentario se desdobla el Poder Ejecutivo en una

[2] La Constitución de Venezuela de 1999, por ejemplo, programó el "Poder Ciudadano", ejercido por el Consejo Moral Republicano (art. 273). La de Ecuador de 2008, la "Función de Transparencia y Control Social", formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias (art. 204). La de Bolivia de 2009, el "Órgano Electoral" (art. 205 y ss.), y las "Funciones de Control, de Defensa de la Sociedad y de Defensa del Estado" (arts. 213 y ss.).

[3] Sobre la calificación de los órganos extra-poder como "minipoderes", véase Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional,* 3ª ed., Buenos Aires, ed. Astrea, 1999, t. 1, p. 669. Sobre la situación en Argentina del Ministerio Público, véase Bianchi, Alberto B., "El Ministerio Público: ¿un nuevo poder? (Reexamen de la doctrina de los órganos extrapoder", en *El derecho,* Buenos Aires, 1995, t. 162, p. 139.

"jefatura de Estado" —presidente, rey— y una "jefatura de gobierno" —el primer ministro y el gabinete)—, ¿hay un solo "Poder" —el Ejecutivo— dividido en dos ramas —como un poder legislativo compuesto por dos cámaras, *v. gr.,* las de diputados y senadores—, o un único poder ejecutivo —encarnado, por ejemplo, en el "gobierno"— con más un órgano "extra-poder", el jefe de estado?[4]

Además, el mismo órgano puede asumir en un país la condición de órgano extrapoder, y en otros no. El caso de un tribunal constitucional es paradigmático: si está fuera de la tríada tradicional de poderes, es indiscutiblemente órgano extrapoder. Algo similar puede ocurrir con el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, un Tribunal Electoral Supremo, un Consejo de Estado (cuando es órgano máximo de la jurisdicción contencioso administrativa, al estilo del art. 237 de la constitución de Colombia, *v. gr.*), una "Corte de Cuentas" (art. 195 de la Constitución de El Salvador), etc. En cambio, si se los sitúa dentro de algún poder —judicial, ejecutivo, legislativo, o el que fuere—, no serían, en sentido estricto, órganos extrapoder.

Quizá para evitar esos debates, parte de la calificada literatura especializada, especialmente en México, prefiere hablar de "órganos constitucionales autónomos".[5] Desde esta perspectiva, lo importante no es la ubicación formal o protocolar del órgano en cuestión, dentro o fuera de un "poder", sino el grado efectivo de su autonomía funcional, según el organigrama de la Consti-

---

[4] Cfr. por ejemploBidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional del poder, cit.,* p. 130. El mismo autor *(ibidem,* p. 140), ha sostenido que en Argentina el Ministerio —conjunto de los ministros del presidente de la nación—, es un órgano extrapoder, y en igual condición estaría el vicepresidente de la nación, según explica, con relación al presidente (*ibidem,* t. II, p. 29), tesis por cierto controvertibles, fundamentalmente por razones de diseño constitucional, que claramente insertan a esas figuras en el ámbito del poder ejecutivo.

[5] Véase Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado,* 4ª ed., México, Porrúa, 2005, p. 413. En el sentido que un órgano constitucional autónomo, como es en algunos países el Ministerio Público, no es un poder del Estado, cfr. Carpizo, Jorge, *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte,* México, Porrúa, 2005, p. 16.

tución. Si tal autonomía es plena, el ente en cuestión merece llamarse "órgano constitucional autónomo". Por ejemplo: la Corte Constitucional de Colombia, un cuerpo fuertemente autónomo, y a quien se le confía "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución", integra formalmente la "rama judicial" —véase arts. 239 y 241 de la Constitución—, con lo que, asimismo desde una perspectiva puramente formal, no sería quizá, en sentido muy estricto, "órgano extrapoder". Sin embargo, es incuestionable que resulta un "órgano constitucional autónomo", que en sus funciones por cierto no depende de la Corte Suprema de Justicia, ni de otro departamento estatal. Lo mismo podría sostenerse en cuanto el Tribunal Constitucional Federal alemán (art. 92 de la constitución), que cohabita institucionalmente con varios tribunales federales supremos, dentro del mismo título constitucional de "la jurisdicción" o poder judicial.[6] En definitiva, algunos órganos "intrapoder" merecen, según este enfoque, ser rotulados como "órganos constitucionales autónomos".

El problema de la denominación "órganos constitucionales autónomos", es que puede ampliar con demasiada indulgencia la lista de los entes visualizados inicialmente como órganos extrapoder, incluyendo en ella, *v. gr.,* a un Banco Central, órganos de control de los medios de comunicación, oficinas de información, tribunales de cuentas, etc., a más, desde luego, del Consejo de la Magistratura, contralorías de diverso tipo, y los citados ejemplos de tribunales constitucionales, electorales y administrativos supremos, defensorías del pueblo, ministerios públicos y jurados de enjuiciamiento de jueces, aun cuando estuvieren insertados, según los respectivos casos, *v. gr.,* en la esfera de la administración pública, del poder judicial o del legislativo, pero siempre que tuvieren un desenvolvimiento constitucional funcional aparte.[7]

El tema, conviene advertirlo, persiste algo confuso.[8]

---

6 Seguimos la traducción de la Constitución federal alemana de Daranas Peláez, Mariano, *Las Constituciones europeas,* Madrid, Nacional, 1979, t. I, p. 100.

7 Véase Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia,* México, UNAM, 1996, pp. 243 y ss. (se trata aquí de un proyecto de diseño institucional).

8 Por ejemplo, Alberto B. Bianchi (*El Ministerio Público: ¿un nuevo poder?..., cit.,* p. 151), escribe: "...De lo dicho se desprende que cada poder del Estado puede

Ahora bien: tanto los órganos extrapoder, como los órganos constitucionales autónomos, son, valga la redundancia, *órganos,* y no meros "sujetos auxiliares" del Estado.[9] Entendemos aquí al "órgano" estatal como un ente que representa al Estado y cuya voluntad se imputa jurídicamente a este último.[10] La rotulación, pues, de "órgano" es vital en el tema. Por ejemplo, el cuerpo electoral —"poder electoral"—, para muchos, es o no "órgano extrapoder", según se lo admita, o se lo descarte, como órgano constitucional del Estado.[11]

2. Razón de ser de los órganos extrapoder

La justificación de los órganos extrapoder deriva de razones técnicas y políticas.

a) Desde el ángulo técnico. Una de las características del Estado contemporáneo es lo que Reinhold Zippelius denomina la "diversificación de funciones" y la "multiplicación de estructuras".[12] En términos muy simples, puede contemplarse al Estado actual, comparándolo con el de un siglo atrás, como un organismo mucho más complejo, perfeccionado y sofisticado. Determinadas

tener sus órganos extrapoderes, *que no lo integran pero le pertenecen,* están dentro de su órbita y forman parte de la rama o departamento cuya cabeza serán los poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial. Pero al mismo tiempo no es posible concebir órganos extrapoderes que no dependan o estén bajo la órbita de alguno de los poderes. Se supone que cuando hablamos de órgano extrapoder es porque ese órgano está relacionado con alguno de los poderes del Estado" (las cursivas son nuestras). Por nuestra parte, comprendemos que un órgano extrapoder mantenga conexiones con un poder clásico del Estado; pero si estuviera bajo su dependencia, no podría calificarse como "extrapoder".

9 Sobre los "sujetos auxiliares del Estado", véase Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional,* trad. por Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 206 y ss.

10 Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional del poder, cit.,* t. I, p. 50.

11 *Ibidem,* p. 143. En tal sentido, cabe pensar que cuando la constitución declara autónoma a una universidad (lo hace de modo explícito y puntual la de Guatemala, respecto de la de San Carlos, según su art. 85), está hablando efectivamente de un cuerpo autónomo, pero que no importa un "órgano extrapoder".

12 Reinhold Zippelius, *Teoría general del Estado,* 2ª ed., trad. por Héctor Fix Fierro, México, Porrúa, 1989, pp. 289-290.

funciones, otrora aglutinadas en los tres poderes principales, actualmente se subdividen, descentralizan y sincronizan con mayores detalles y especificaciones. Y ello explica que se programen nuevos sujetos estatales destinados a asumir con mayor idoneidad esos papeles, fuera de los moldes de los tres poderes iniciales. Para algunos, es una tendencia al "policentrismo".

Una muestra ilustrativa de ello es la erección de la jurisdicción constitucional especializada, que a partir de Hans Kelsen comienza a otorgarse a órganos con fisonomía judicial —pero muchas veces fuera de la judicatura ordinaria—, integrados por juristas que se dedican con cuasi exclusividad al manejo de temas constitucionales, lo que implica forjar una "mentalidad" constitucionalista en la interpretación y funcionamiento de la Ley suprema. A ello se suma el lanzamiento de una asignatura *ad hoc* —el derecho procesal constitucional, o como se lo quiera llamar—, ocupada de la magistratura constitucional y de los recursos y procesos constitucionales, que adquieren también un alto grado de especialización —amparo, *habeas corpus, habeas data,* acciones declarativas de inconstitucionalidad, consultas, demandas y recursos de inconstitucionalidad, etcétera—.

El ministerio público es otro ejemplo. Destinado en épocas pretéritas a sostener los intereses del poder ejecutivo, la conciencia jurídica dominante lo piensa hoy más para tutelar valores comunitarios y sociales distintos a los específicos del jefe de Estado o jefe de Gobierno, como los principios de legalidad, orden público y supremacía constitucional. Ello justifica, por un lado, la emancipación de dicho ministerio público de la órbita del poder ejecutivo —contra el cual, incluso, debe en ciertos momentos, y llegado el caso, dictaminar—, y su encuadre como órgano extrapoder; y por otro, que el cuerpo de abogados del Estado, apto para patrocinar la representación judicial del gobierno, también sea jerarquizado, dentro del organigrama ejecutivo. Incluso, en ciertos países, aquel ministerio público extrapoder es desdoblado, bicefálicamente, en Ministerio "fiscal" y "tutelar" —de la defensa—, liderados respectivamente por el procurador general de la Nación y el Defensor General de la Nación, conforme al nuevo artículo 120 de la Constitución argentina. En El Salvador, el ministerio público cuenta aun con tres jefes: El fiscal general de la Repúbli-

ca, el procurador general de la República, y el procurador para la Defensa de los Derechos Humanos (art. 191 de la Constitución).

Hay factores, pues, de *eficiencia funcional*, que impulsan el nacimiento de los órganos extrapoder.

b) Los motivos políticos. Del planeamiento de los órganos extrapoder se vinculan, a menudo, con la idea de un mejor *control.* Mayor fiscalización, por ejemplo, sobre el poder ejecutivo —de ahí el "Defensor del Pueblo", *v. gr.,* a más del ministerio público, según vimos—, pero también sobre el poder judicial —para lo cual puede ser útil tanto el mismo defensor del pueblo, como el propio ministerio público, encargado de velar por una recta administración de justicia, a título de control externo sobre los jueces—, o sobre el Congreso, mediante la revisión jurisdiccional especializada de las leyes, a cargo de un Tribunal Constitucional, igualmente a título de ejemplo.

La justificación de los órganos extrapoder en virtud de su misión de control, no se ciñe a la revisión del comportamiento constitucional —formal y de contenido— de los poderes públicos, sino que puede proyectarse sobre grupos de particulares, pero que tienen una significativa gravitación social, como sindicatos, medios de difusión, partidos, o empresas.[13]

Una misión paralela de varios entes extrapoder puede estribar en la tutela y promoción de los derechos constitucionales y de los derechos humanos en general, incluyendo los provenientes de fuente internacional, como misión garantista y de promoción de esos derechos, que debe asumir modernamente el Estado. Eso implica una innegable misión de control sobre la administración pública y los poderes públicos en general.

3. Desarrollo y proliferación

Algunos órganos extrapoder son desglosados de alguno de los tres poderes clásicos. En el caso del ministerio público, se lo ha separado, según los diferentes estados, del poder ejecutivo o del

[13] Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional..., cit.,* p. 414.

judicial. El defensor del pueblo, u *ombudsman,* ha sido históricamente un comisionado parlamentario —en ciertos países conserva tal condición; en otros es ya ente extrapoder—.

Otros han sido creados *ex novo.* Tal ha sido el caso de países que prácticamente no contaban con un control judicial de constitucionalidad, o que lo poseían pero no muy intenso, y que adoptan, para inaugurar esas tareas, la alternativa de un tribunal constitucional extra-poder. Austria pudo haber sido un ejemplo de ello, con su constitución de 1920.

Naturalmente, uno de los riesgos del lanzamiento de órganos extrapoder es el de su exagerada multiplicación. Como todo exceso, la saturación de estos organismos puede provocar congestionamientos, interferencias y bloqueos mutuos entre ellos y respecto de los tres poderes tradicionales. Estos problemas tienden a acentuarse si la constitución no delimita con cuidado sus competencias. Si se ocupan de materias ambiguamente concurrentes, esa mixtura alienta confusiones, duplicidades de esfuerzos y hasta rivalidades institucionales. Como ejemplo de tales desorientaciones, en el caso argentino, al ministerio público le toca cuidar, ante la Justicia, "los intereses generales de la sociedad" (art. 120 de la Constitución), pero el defensor del pueblo está también habilitado para plantear acciones de amparo en favor de "los derechos de incidencia colectiva" (art. 43).

Por lo demás, no se trata de crear órganos extrapoder por razones de simple moda modernista o de lujoso plagio constitucional. Tómese el caso de un "tribunal electoral nacional", o como se quiera llamar a un instituto ocupado de esa materia. La decisión de programarlo como ente extrapoder, y por ende, supremo en lo suyo; o en cambio, de situarlo como un tribunal inferior a una Corte Suprema, es una opción de política constitucional que debe ser producto de una meditada evaluación de los antecedentes, realidades y problemas propios de un país concreto, más que de un juicio *a priori* a favor de las novedades sobre los órganos extrapoder. En otras palabras: no por ser dicho tribunal "extrapoder", será necesariamente bueno.

La diagramación de múltiples órganos extrapoder puede motivar, desde luego, y en la medida en que aumentan los protagonistas del juego constitucional, más conflictos de y entre poderes,

lo que implica, a más de eventuales situaciones críticas tensivas en tal escenario, mayor trabajo para la jurisdicción constitucional orgánica encargada de resolverlos. Esto se conecta con la responsabilidad y aplomo con que se manejen todos esos operadores, a fin de encontrar soluciones razonables y no acelerar el nivel de conflictividad institucional.

4. Los órganos extrapoder y el principio de independencia (y equilibrio) de los poderes del Estado

¿Contribuyen los órganos extrapoder a afianzar la tesis de la independencia y equilibrio de los poderes del Estado? La respuesta tiene dos niveles, uno teórico y otro experimental.

En abstracto puede conjeturarse que si van a ejercer funciones políticas de control sobre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, van a afianzar al estado de derecho y a reprimir las hipertrofias de alguno de ellos, en particular del más agigantado, que es el ejecutivo. Además, históricamente parecen ser planeados también para tutelar más intensamente los derechos personales, el buen desempeño de la administración, de los procesos electorales y la ética pública, con lo cual operarían como mecanismos de contención de los poderes tradicionales y de saneamiento del sistema constitucional.

En los hechos, esas aspiraciones pueden devaluarse por muchos motivos —tratamos el punto en el parágrafo siguiente—. Pero además, hay quienes apuntan que si a un poder del Estado congénitamente débil, como es el judicial,[14] se lo fracciona y extrae de él un cupo importante de competencias —como el control de constitucionalidad— a fin de montar, por ejemplo, un Tribunal Constitucional extrapoder, se estaría perjudicando, en vez de reforzar, el esquema de división y equilibrio de los poderes, en mengua del acosado poder judicial.

[14] En cuanto las debilidades políticas congénitas del Poder Judicial —un poder históricamente huérfano, desorientado, acosado y dividido—, véase Sagüés, Néstor Pedro *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial,* Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pp. 3 y ss.

Estos temores —ciertos o meramente supuestos, según los distintos panoramas—, han provocado que varios países latinoamericanos adopten soluciones políticamente transaccionales e inserten al tribunal o corte constitucional dentro de la rama o poder judicial; o que creen una Sala Constitucional —con cometidos parecidos al de un tribunal constitucional—, en el interior de la Corte Suprema; o que instauren un sistema dual, donde el poder judicial conserva significativos papeles de control de constitucionalidad, a más de los conferidos por la Constitución al tribunal constitucional.[15]

5. Variables de éxito y de fracaso de los órganos extrapoder

Llegamos así a la hora de la verdad: la consideración de los motivos que explican el buen o mal suceso de los órganos extrapoder. En ese estudio cabe distinguir dos tipos de elementos:

a) Factores exógenos. Hay razones de éxito o de fracaso que no dependen de los órganos extrapoder, sino de otros protagonistas. En especial, de la voluntad de la clase política de erigirlos genuinamente como entes autónomos. En ese terreno, abundan muestras de ingenioso gatopardismo, como son los sistemas de integración de dichos órganos. Por ejemplo, si se planifica constitucionalmente un cuerpo extrapoder, o al menos un órgano constitucional autónomo, para seleccionar jueces, teóricamente imparcial y de perfil profesional y menos "partidizado", pero se termina conformándolo con una mayoría de vocales representativos —directa o indirectamente— de esos mismos partidos políticos; o si se erige un organismo independiente del presidente y del Parlamento, para fiscalizar a ambos, pero cuyos máximos titulares, por ejemplo son nombrados —y resultan removibles— por el presidente y el Parlamento. Estas estrategias de domesticación pueden finalmente anestesiar el sentido y el vigor de un cuerpo extrapoder, salvo que la cultura jurídica y política del lu-

[15] Sobre las distintas variables de órganos de control de constitucionalidad en el área, nos remitimos a la síntesis que hacemos en Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina,* México, Porrúa, 2004, pp. 27 y ss.

gar tenga suficientes anticuerpos como para preservarlo, y que los operadores respondan con un comportamiento digno. Efectivamente, aún con dificultades y defectos estructurales, un órgano extrapoder juicioso y autónomo tiene serias posibilidades de lograr consenso, prestigio y apoyo comunitario, y así consolidarse sistémicamente.

En otros casos, el diseño operativo del órgano extrapoder puede ser deficiente. Una de las vías más seguras para deslegitimar a un ente extrapoder es asignarle roles ambiguos, o tantas funciones que jamás pueda cumplir adecuadamente —vienen a la memoria, aquí, ciertas constituciones que le otorgan al defensor del pueblo prácticamente la custodia de los derechos de todos y frente a todos, convirtiéndolo en una suerte de Redentor del sistema constitucional—; o no dotarlo, al mismo tiempo, de los recursos materiales y humanos indispensables para cumplir mínimamente sus cometidos.

En algunas ocasiones, las reglas procedimentales de actuación de un órgano extrapoder, generalmente impuestas por el poder legislativo, pueden entorpecer seriamente su desempeño. Por ello, *v. gr.,* si a un tribunal constitucional o electoral se le exigen mayorías calificadas muy altas e irrazonables para reunirse o decidir, o para declarar la inconstitucionalidad de una ley, es muy probable que su función de custodio de la legalidad constitucional quede frustrada.

b) Factores endógenos. Naturalmente, el buen resultado de un órgano extrapoder depende igualmente de ingredientes internos a él, como el grado de imparcialidad e independencia de sus autoridades, que no siempre brilla; la calidad profesional, diligencia y responsabilidad que muestren en el cumplimiento de sus funciones; y el acierto, tanto jurídico como político, de sus pronunciamientos. Es vital, aquí, manejar una interpretación *previsora* de la Constitución, que mida las consecuencias y verifique los resultados de las decisiones que ese órgano adopte, sobre todo para descartar aquellas que aunque fueren jurídica y académicamente impecables, de hecho produjesen efectos antisistémicos.[16]

[16] En cuanto la interpretación previsora de la constitución derivamos al lector a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución, cit.,* pp. 83 y ss.

Otro dato significativo es la aptitud de convivencia, o en cambio, de confrontación, que el órgano adopte. Saber ubicarse donde le corresponde, sin permitir su avasallamiento por quienes debe controlar, y al mismo tiempo, sin invadir competencias que no posee, y sin abusar de las que le son propias, es todo un arte constitucional. Un órgano extrapoder no es mejor porque hostigue o sea un opositor constante de los poderes clásicos: su función no es atacar, sino, generalmente, controlar. Reglas de coexistencia, *v. gr.,* por parte de un tribunal constitucional y con relación a la judicatura ordinaria, de la *cortesía constitucional,* y del principio de *máxima conservación* —de las resoluciones de esta última—, implican sabias máximas para lograr una armonía sistémica.[17] Si ellas no se acatan, un régimen que sume a los tres poderes clásicos una colección de órganos extrapoder, mal llevados entre sí, puede convertirse en un *pandemonium* caótico.

6. La fuente de creación jurídica de los órganos extrapoder

Hasta el momento se ha dado por sobreentendido, y los ejemplos dados apuntan a ello, que los órganos extrapoder son tales por voluntad y decisión del constituyente. Lo mismo ocurre, desde luego, y por su propia definición, con los órganos constitucionales autónomos.

Cabe preguntarse si el legislador ordinario puede válidamente, por su propia iniciativa, y sin norma constitucional que lo habilite expresamente, crear un órgano extrapoder. Desde luego, y por explicable obviedad, no está habilitado para programar por sí solo a "órganos *constitucionales* autónomos". Una actitud tradicionalista es probable que rechace la posibilidad que comentamos, más que nada por razones de inercia cultural —no debe olvidarse que autores apegados al esquema tripartito de Montes-

[17] Respecto de la noción de "cortesía constitucional", véase Verdú, Pablo Lucas, *Curso de derecho político, cit*., pp. 513 y ss.; y del principio de "máxima conservación", Canosa Usera, Raúl, "Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta", en *Ius et praxis,* año 4, núm. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, Chile, 1998, p. 29.

quieu, todavía no han digerido la existencia de los órganos extrapoder, aunque fueren constitucionalmente programados—. Por nuestra parte, no descartamos necesariamente esa alternativa, siempre que la Constitución le dé algún pie, y desde luego, siempre también que no la prohíba.

Por ejemplo, el artículo 75, inciso 32 de la Constitución argentina, puntualiza que al Congreso le corresponde "hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina". El texto, a todas luces muy abierto, no excluye entonces la diagramación, por el poder legislativo, de organismos situados fuera de los poderes clásicos, cuando hubiere serias razones que justifiquen el por qué de tal autonomía funcional. Por ejemplo, si se trata de practicar determinadas tareas en un marco fundamentalmente técnico y apartidista.

Claro está que en la hipótesis que pergeñamos, el ente extrapoder podría eventualmente ser disuelto por el legislador ordinario que lo edificó; y que el mismo legislador no podría afectar, con su criatura, las ecuaciones de poder y el sistema institucional de frenos y contrapesos que programó el constituyente.

7. Conclusiones

1. El derecho constitucional contemporáneo abunda hoy en "órganos extrapoder", situados fuera de los tres poderes tradicionales. En otros casos, se habla de "órganos constitucionales autónomos", figura tal vez más amplia, que podría cubrir, además de los señalados, también a entes ubicados en el interior de un poder, pero con genuina independencia funcional. En ambos supuestos, no hay siempre consenso en admitir a determinados organismos en una u otra categoría.
2. El órgano extrapoder se explica por los principios de "diversificación de funciones" y "multiplicidad de estructuras", propios del Estado contemporáneo, que posee un alto grado de desarrollo orgánico, especialización de tareas y sofisticación institucional. Procuran prestar, par-

ticularmente, una tarea de mejor control interorgánico y de tutela de los derechos personales. Se conjugan aquí, pues, razones técnicas —de eficiencia— y políticas.

3. No cabe exagerar el número de los órganos extrapoder, sino adoptarlos en la medida en que efectivamente sean útiles para una realidad concreta; pero sí deben extremarse las precauciones para evitar la mutua interferencia entre ellos, lo que importa planificar un cuidadoso deslinde constitucional de sus competencias.
4. Como regla, los órganos extrapoder inteligentemente programados por el constituyente pueden afianzar los principios de independencia y de equilibrio de los poderes tradicionales, dado que sus funciones de control apuntan a neutralizar los desbordes de ellos. Habrá de todos modos que tener en cuenta, para su incorporación a un escenario constitucional, las particularidades locales, y el grado de aceptación o de rechazo que pueden tener en esa comunidad concreta.
5. No cabe excluir que un órgano extrapoder sea creado por el legislador común, aunque no existan disposiciones constitucionales explícitas habilitantes de tal posibilidad. Ello requiere, no obstante, sólidas razones que justifiquen tal decisión, alguna directriz constitucional que pueda darle sustento indirecto y, naturalmente, que no existan normas constitucionales que la prohíban. Por supuesto, en cualquier caso el poder legislativo no podrá alterar las ecuaciones de poder previstas por la Constitución.
6. El buen desempeño de un órgano extrapoder depende de factores exógenos o externos —auténtico deseo de la clase política de afirmar su autonomía, provisión adecuada de metas y recursos, buen diseño en sus procedimientos—, y endógenos o internos —idoneidad jurídica, honestidad, espíritu de independencia, dedicación, y visión política acertada de sus cuadros—. De modo particular, debe insistirse en las cualidades de sabia convivencia que deben ostentar sus protagonistas, con relación a los poderes clásicos y con los demás órganos extrapoder.

Capítulo X
Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales*

1. Introducción. El doble sentido del concepto de "agente": convalidante o promotor

En noviembre de 2009, durante una visita a Buenos Aires, William Koski, docente e investigador en la Universidad de Stanford, planteaba en términos contundentes la alternativa de que "la Justicia puede y debe generar cambios sociales, cuando la política y los políticos se muestran impotentes o, simplemente, no están dispuestos a impulsarlos". La iniciativa, auspiciada por activistas civiles estadounidense, procura por ejemplo intentar lograr ante los tribunales la igualdad de oportunidades educativas, en su versión de posibilitar a los chicos en condiciones más vulnerables, el acceso a una educación completa, incluso universitaria y, en términos ambiciosos, de igual calidad.[1]

Esta propuesta motiva detenernos en el amplio tema de los tribunales, cortes o salas constitucionales —o de las cortes supremas, cuando cumplen roles relativamente similares—, como posibles agentes de los cambios sociales, más allá del proyecto concreto mencionado en el párrafo anterior. Desde luego, no se

* El presente trabajo se inserta en el Programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

1 Diario *La Nación,* Buenos Aires, 28 oct 2009.

agotará aquí un tema tan amplio como acuciante. Antes bien, se aportarán algunas notas que pueden ilustrarlo.

La cuestión, nos parece, obliga a distinguir en esa temática dos posibles roles de la jurisdicción constitucional que, aunque próximos, son distintos:

a) El primero es cuando ella opera como *agente convalidante* de un cambio social. Una muestra de esto pudo ser la Corte Suprema de Estados Unidos, en la década de los treinta del siglo xx, cuando durante el transcurso de un serio y grave conflicto ideológico y jurídico, después de reputar inconstitucionales varias leyes sancionadas bajo la inspiración de Franklyn D. Roosevelt, enmarcadas en el *New Deal* —o "nuevo trato"—, terminó años más tarde por consentirlas, admitiéndolas como constitucionales, con lo que confirmó la apertura de un sesgo político social y de mayor regulación del Estado en áreas económicas.[2] Esta posición importa una actitud de acompañamiento y de confirmación constitucional, por cierto muy importante, pero de algo ya hecho —o puesto en marcha— por el presidente o el Congreso.

Es útil tener en cuenta que la aprobación constitucional a un cambio social puede manifestarse, de modo indirecto y en el orden práctico de las realidades, tanto cuando la magistratura constitucional explícitamente lo estima constitucional, es decir, cuando lo juzga y entiende que coincide con la Constitución, como si se abstiene de controlarlo —por ejemplo, calificándolo como "cuestión política no justiciable", tema que abordamos también más abajo—, ya que en este caso, oblicuamente, al decir que no puede entrar a meritar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, renuncia a reputarlo como inconstitucional, y por ende, permite que opere como constitucional.

[2] Sobre las conflictivas relaciones entre el presidente Franklyn D. Roosevelt y la Corte Suprema, y en particular respecto de los "desastres judiciales para el *new deal*" (después superados), véase Brent Swisher, Carl, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos,* trad. por Hugo Charny, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958, t. II, pp. 821 y ss. Para algunos autores, el cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema, convalidatorio del *new deal,* implicó que ella "capituló sin condiciones". Véase Currie, David P., *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos,* trad. por Verónica Gómez, Buenos Aires, Zavalía, 1993, p. 48.

b) El segundo papel ocurre si la jurisdicción constitucional funciona como *agente promotor* o *inductor* del cambio social. En tal supuesto, ella lidera, como actor principal, a la mutación, adelantándose —o aun actuando *pese a*— los "poderes políticos" clásicos. Volviendo a Estados Unidos, en "Brown *vs.* Board of Education", la Corte Suprema, al declarar inconstitucional la segregación racial en las escuelas,[3] cambió su jurisprudencia anterior y abrió nuevas y decisivas instancias en la convivencia social estadounidense.

Obviamente, en esta segunda pose, la justicia constitucional adopta un comportamiento activista mucho más manifiesto que en la primera hipótesis que comentamos.

Finalmente, cuando hablamos de "cambios sociales", aludimos no solamente a los de naturaleza económica, sino también a otros, de tipo cultural, religioso, educativo, etcétera.

2. Tesis negativa

La concepción tradicional es renuente a reconocer el rol de agente de cambios sociales por parte de la jurisdicción constitucional.

Maneja, al respecto, varios argumentos. Uno es el papel "jurídico", y no "político", de los órganos jurisdiccionales. Los ancestros de esta posición pueden encontrarse, tal vez, en la conocida tesis de Montesquieu sobre el juez, como "boca de la ley" —*bouche de la loi*—, es decir, como mero aplicador, casi técnico y robótico, de ella —una suerte de "operador tribunalicio"—. Disponer un cambio social sería un asunto "político", propio del Parlamento y del poder ejecutivo, ajeno al quehacer "jurídico" de los tribunales. Desde esta perspectiva, la justicia constitucional solamente podría operar, a lo más, como ejecutora —en los conflictos forenses que tuviese que decidir—, de cambios sociales ya dispuestos —principalmente— por el legislador.

[3] En el caso de referencia, como se sabe, la Corte abandonó la anterior tesis jurisprudencial sentada por ejemplo en *Plessy vs. Ferguson,* de 1896, de "separados pero iguales". Véase Barker, Robert S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual,* Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2005, p. 87.

El tema se vincula con la tradicional doctrina de las cuestiones políticas no justiciables —*political questions*—. La misma enseña, como apuntamos en el capítulo VIII, que hay áreas del quehacer constitucional que, reservadas a los poderes clásicamente "políticos" —ejecutivo y legislativo, *v. gr.*—, no deben estar sometidas al escrutinio judicial de constitucionalidad, puesto que no hacen a las funciones judiciales —*v. gr.,* asuntos relativos a guerra, paz, manejo de relaciones exteriores, moneda, etc.—. En la misma bolsa estarían las "políticas" estatales de defensa, fomento, alfabetización, educación, salud, vivienda, planificación económica y financiera, promoción social, etc., ajenas, *prima facie,* a la labor de la magistratura constitucional, por ser, valga la redundancia, asuntos "políticos" y no "jurídicos". Los tribunales únicamente deberían ocuparse, según esta perspectiva, de los últimos.[4] Los temas "políticos" quedarían oblicuamente convalidados, ante la abstinencia jurisdiccional de poder entrar a calificarlos o descalificarlos.

Acompañan a esta posición dos subtesis significativas: el principio de "mediación de la ley", y la distinción entre cláusulas constitucionales programáticas y operativas. Ambas neutralizan la gestión judicial para actuar en materia de cambios sociales. A ellas nos referiremos más abajo.

Últimamente se ha agregado otra argumentación complementaria. Conforme a ella, hay dos maneras de entender el control de constitucionalidad: una, que podría denominarse *modelo constitucionalista-judicialista*, considera que la Ley suprema contiene en sí un proyecto político que deja poco margen de maniobra al legislador, al que le correspondería más bien ejecutarlo. Y a los jueces le tocaría, vía interpretación, y con facultades intensas para ello, determinar el cerco constitucional, bastante limitativo, que condiciona al poder legislativo. La otra concepción, tributaria de un *modelo democrático o legalista*, piensa en cambio que la Constitución "no predetermina la solución a todos los conflictos",

[4] Para parte de la doctrina, en efecto, las cuestiones "políticas" carecen de naturaleza "jurídica", y por tanto, son ajenas a las competencias de los tribunales. Véase Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado,* 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, t. 3, pp. 510 y ss.

sino que solamente fija las reglas fundamentales de juego, y deja al legislador, representante del pueblo, un muy amplio margen para realizar sus opciones políticas. La jurisdicción constitucional debería solamente actuar si el poder legisferante traspasara las fronteras de la Constitución.[5]

La tesis en debate, en el fondo, estriba en una cuestión de ocupación de espacios políticos —por la justicia constitucional o por el poder legislativo—. Si se acepta la versión democrático-legalista, bien podría concluirse que la programación e instrumentación de los cambios en las políticas sociales corresponde, naturalmente, a un legislador con generosos radios de acción para definirse, mientras que a la judicatura le correspondería solamente un papel de fiscalización en el ejercicio de las funciones legisferantes —evitar que aquel elija alternativas extra o anticonstitucionales—, pero no ponerse ella a diseñar tales cambios, porque no le corresponde sustituir al Congreso o Parlamento. No son pocos, en efecto, quienes desconfían del activismo judicial para alterar la estructura de la realidad social o económica, argumentando al respecto que ello "interceptaría gravemente al mecanismo democrático".[6]

3. Tesis afirmativa

La posibilidad de que los tribunales, salas y cortes constitucionales actúen de algún modo como agentes convalidantes, o en su caso promotores, de cambios sociales, tiene a su turno su propio arsenal argumentativo.

a) El primer instrumento aperturista estriba en el profundo repliegue que ha sufrido la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, o *political questions*. En el ámbito doctrinario, según

[5] Véase Gascón Abellán, Marina, "Los límites de la justicia constitucional: la invasión del ámbito político", en *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, núm. 18, 2009, pp. 55 y ss.

[6] Véase Laporta, Francisco A., "Sobre la protección constitucional de los derechos sociales", en AA.VV., *Congreso Internacional sobre la reforma de la Constitución. Elementos para una reforma de la Constitución,* Buenos Aires, Presidencia de la Nación, 1988, t. l, p. 177.

vimos, ha sido objetada como doctrina hedonista y oportunista, sin lógica ni coherencia alguna, diseñada por los tribunales al vaivén de conveniencias y circunstancias históricas puramente contingentes. Una tesis, añadieron otros, que consagra la impunidad constitucional de los actores "políticos", y que niega el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia a quienes son víctimas de los "actos políticos" eximidos del control de constitucionalidad.[7]

Pero aparte de esos embates doctrinarios, han sido los tribunales, que inventaron aquella doctrina y que elaboran el catálogo de las cuestiones políticas "no justiciables", y de las "justiciables", los que han *judicializado* muchos espacios otrora estrictamente "políticos", con lo que el mapa de las *political questions* hoy se encuentra sensiblemente reducido. Vale la pena recordar que temas como el diseño de los distritos electorales, o la exclusión de un legislador del Congreso, han sido ahora decididos por las cortes, en Estados Unidos, donde su Corte Suprema, por lo demás, determinó quién debía ser presidente de la Nación, en "Gore *vs.* Bush". Y que en otros países, como en Argentina, el control del proceso legislativo, de una reforma constitucional, la destitución de jueces de la Corte Suprema por el Senado federal —en lo que hace al debido proceso—, el acierto de una ley del Congreso que regula la competencia por apelación ordinaria ante la Corte Suprema, entre otros tantos asuntos, también fueron judicializados.[8]

El caso más paradigmático, obviamente, ha sido el de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en "Zamora Bolaños", donde el Tribunal declara prácticamente extinguida la categoría de cuestiones no justiciables, por entender que hay un "derecho de la Constitución" que en todo caso debe aplicar la Sala, ya que para eso ha sido creada. En virtud de ello, ordenó al poder ejecutivo retirarse de la Coalición Antiterrorista Internacional contra Saldam Hussein, incorporación que se realizó, constata la sentencia, en infracción a varias reglas de la Constitu-

[7] Sobre el origen, auge y decadencia de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, nos remitimos al cap. I y Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder..., cit.,* pp. 285 y ss., especialmente 290 y ss.

[8] En cuanto el repliegue de las *political questions* en el derecho argentino, cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de derecho constitucional,* 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 149.

ción local, consagratorias por ejemplo del derecho a la paz, y en violación también a instrumentos internacionales, comenzando por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.[9]

b) La segunda razón es el reconocimiento de los papeles políticos que inevitablemente asume la jurisdicción constitucional como órgano controlante —en defensa de la supremacía de la Constitución—, de los poderes clásicamente "políticos". Determinar si una ley es o no constitucional, es desde luego una operación jurídica, pero, inescindiblemente, como acto de control entre poderes, también posee naturaleza política. Demás está decir que si la sentencia de un tribunal constitucional tiene efectos expansivos, ya porque debe ser seguida por los otros tribunales del país, ya por derogar a la ley inconstitucional, esa entidad política se acrecienta. Paralelamente, interpretar a la Constitución —una norma que es, sobre todo y según la feliz expresión estadounidense, un *instrumento de gobierno*—,[10] exige también en quien realiza tal tarea, entre otras cualidades políticas, mesura, perspectiva histórica y contextual, un buen manejo de la ideología constitucional y la aptitud de medir las consecuencias y verificar los resultados de su acto de control.

c) El tercer motivo, de tipo sociológico, es la fuerte presión que experimentan los tribunales por parte de la sociedad en general, y de determinados grupos en particular, para que se cumplan las promesas de la Constitución, especialmente en asuntos de índole económico-social. Al revés de otras épocas, donde la comunidad soportaba estoicamente que esos derechos constitucionales estuviesen contenidos —en el sentido de *limitados y condicionados*— por la discreción legislativa en regularlos, y en cuánto regularlos, o en no regularlos, actualmente los reclamos sociales se traducen, si son insatisfechos en el ámbito del poder ejecutivo o del legislativo, en demandas concretas, alimentadas por un cada vez más expeditivo derecho procesal constitucional, ante los tribunales, para los cuales les resulta harto difícil, cada vez más,

9 *In extenso*, véase Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder..., cit.,* pp. 294 y ss.

10 "Estados Unidos *vs.* Classic", (1941), en Corwin, Edgard S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual,* trad. por Aníbal Leal, Buenos Aires, Fraterna, 1987, p. 14.

negarse a atenderlas so pretexto de abordar temas "políticos no justiciables".

d) La abstención judicial en procesar y resolver, otrora, tales demandas, se fundaba, aparte de la doctrina de las *political questions,* en la tesis de la "mediación de la ley", en el sentido que un derecho constitucional solamente se ejercita del modo en que ha sido legalmente reglamentado, con potestades cuasi soberanas, por el poder legislativo. En principio, desde esa perspectiva, a un juez constitucional no le tocaría instar cambios sociales, misión que correspondería al legislador. A lo más, le correspondería convalidar esos cambios, realizados por ley por el Poder Legislativo, si se cuestionara su constitucionalidad.

Actualmente la doctrina de la "mediación de la ley" todavía persiste, pero seriamente acotada. Veamos algunos de esos límites: (i) La ley debe reglamentar a la Constitución, pero no puede hacerlo irrazonablemente —doctrina del *debido proceso sustantivo*—; y son los tribunales constitucionales quienes evaluarán la constitucionalidad y la razonabilidad de la reglamentación. (ii) Una reglamentación legal insuficiente, autoriza al juez constitucional, por ejemplo, mediante una sentencia interpretativa *aditiva,* a añadirle, por vía de interpretación y a fin de tornar operativa a la constitución, un contenido más que la torne compatible con la Ley suprema.[11] (iii) Para el caso, más simple, de no haber reglamentación legal, el derecho constitucional no puede quedar bloqueado o congelado, a merced de esa mora legisferante. Ello encuentra remedio en la doctrina de la *inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales* —en este caso, las reglamentarias—, o en *la motorización directa de la Constitución,* por la cual el juez del caso debe hacer cumplir el derecho por más que no exista la ley reguladora, directriz esta que, aunque no tan usual, está presente en algunas leyes supremas, que realizan así una suerte de *compulsión constitucional* sobre el juez. Así lo dis-

[11] Respecto de las sentencias aditivas, cfr. Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación constitucional de la ley,* Lima, Palestra, 2003, pp. 253 y ss. Sobre la inconstitucionalidad por omisión y su cobertura judicial y constitucional, incluyendo el uso de la *compulsión constitucional,* derivamos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución, cit.,* pp. 129 y ss., en especial p. 136.

pone, *v. gr.,* el artículo 11-3 *in fine* de la presente Constitución de Ecuador: "Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento".

En cualquiera de estos supuestos el protagonismo judicial ante un eventual cambio social puede ser más intenso que anteriormente.

e) Otra doctrina emparentada con la teoría de la "mediación de la ley" fue la distintiva entre *cláusulas constitucionales programáticas* y *cláusulas constitucionales operativas*. Conforme a ella, solamente un puñado de reglas constitucionales resultaban autoejecutorias; la mayoría de las referidas a derechos, necesitaban, indispensablemente, de ley reglamentaria que las instrumentase. Hasta entonces, las cláusulas "·programáticas" eran, en verdad, "medio normas", o "principios de normación", o, desde un ángulo más literario, mera poesía constitucional. Pero actualmente la nómina de las reglas programáticas tiende a comprimirse, en aras de dar la mayor actuación posible a la Constitución, recayendo obviamente en los jueces —constitucionales u ordinarios—, el trabajo de efectivizar, llegado el caso *omissio medio* del poder legislativo, los derechos de la Constitución.[12]

f) La doctrina de la *inconstitucionalidad por omisión,* a la que ya hemos hecho referencia, ha tenido despliegues inusitados. Esbozada inicialmente por los tribunales para dar algunas soluciones concretas, ha concluido en una multiplicidad de recetas constitucionales que, en los últimos años, llegan hasta convertir a los tribunales constitucionales en legisladores activos, *promotores de legislación* —cuando instan o intiman al órgano legislativo renuente a sancionar la normatividad faltante—, o también en *legisladores suplentes y precarios,* habilitados para sancionar la norma ausente si el órgano legislativo ocioso no lo ha hecho, y hasta tanto éste no lo haga, dictando así normas bajo condición resolutoria.[13]

---

12 Véase Pina, Rolando E., *Cláusulas constitucionales programáticas,* Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 72-108.

13 Por ejemplo, véase Sagüés, Néstor Pedro, "La Corte Constitucional del Ecuador como legislador suplente y precario", en Víctor Bazán (coord.),

En definitiva, y como conclusión general, puede registrarse un cambio de *cultura constitucional,* que importa el tránsito de la idea que hemos llamado de la *constitución-promesa* —un texto pletórico de derechos, pero de realización muy futura, y principalmente a cargo de los poderes "políticos": el Congreso y el presidente—, a la noción de la *constitución-contrato:* una Constitución reclamable y exigible ante los tribunales.[14] Ello compromete y apura, desde luego, el perfil de la judicatura como agente de cambios sociales.

4. Reexamen. Roles de la jurisdicción constitucional como agente de cambios sociales. Distintos escenarios normativos

Partiendo de una visión restringida de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, como de otra igualmente reducida del principio de "mediación de la ley" y de otra también acotada de la tesis de las cláusulas programáticas, y aceptando por lo demás una fuerte actuación de la revisión judicial de constitucionalidad, cabe diferenciar los distintos paisajes normativos donde puede plantearse la gestión del juez constitucional como agente de cambio social:

1. *Casos de clara ejecución de la Constitución*. La primera posibilidad es que la Constitución programe un cambio de modo nítido y contundente, por ejemplo enunciando sin tapujos un derecho que hasta ahora no ha sido implementado legalmente, o que si ha tenido regulación legal, ella no se cumple, o se encuentra constitucionalmente discutida.
2. *Casos de desarrollo progresivo de la Constitución*. Aquí el panorama no es tan obvio. Un tribunal constitucional puede desenvolver al texto constitucional, mediante interpretaciones extensivas partiendo de, *v. gr.,* una "cláusula abierta" de ella, como la norma de "los derechos no

Derecho procesal constitucional europeo y americano, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. I, pp. 573 y ss.

[14] Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución, cit.,* p. 253.

enumerados", vigente en varias constituciones latinoamericanas y cuyo antecedente más remoto está en la enmienda IX de la Constitución estadounidense. Esta cláusula indica que aparte de los derechos expresados en el texto constitucional, hay otros, constitucionales también, no enumerados o implícitos, que derivan, *v. gr.,* de la forma republicana o democrática de gobierno, de la soberanía del pueblo, de la dignidad del ser humano, etc. Esos derechos son derechos *descubiertos y declarados,* después del lanzamiento de la Constitución, por los jueces constitucionales. Pueden, incluso, ser derechos no entrevistos como constitucionales al momento de sancionarse la Constitución, pero que más tarde, por evolución de las creencias sociales, o por razonamiento de los jueces, sí se los reputa con esa condición jurídica —el tema se conecta, aunque no sea necesariamente idéntico, con la doctrina del derecho natural de conocimiento progresivo—. Otro caso de desarrollo constitucional acaece si el juez constitucional *infiere,* o *deduce,* de un derecho constitucional explícito, otro derecho al que también categoriza como constitucional. Por ejemplo, si del derecho a la salud, concluye que presupone el derecho a la vida, con las prestaciones médicas del caso, y el derecho a contar con alimentos; o del derecho al debido proceso, extrae el derecho al acceso a la justicia; o del principio de presunción de inocencia, el derecho a la excarcelación mientras dure el proceso, bien que con ciertas limitaciones.

3. *Casos de mutación de la Constitución*. En esta hipótesis, el Tribunal Constitucional cambia el contenido de un derecho, con impactos sociales innegables. En Estados Unidos, respecto del derecho a la igualdad, es evidente que "Brown *vs.* Board of Education" le dio al mismo un sentido nuevo —igualdad como integración en las escuelas— distinto al originario de la Constitución estadounidense —igualdad como segregación—.
4. *Casos de cambios promovidos desde el derecho internacional*. Cada vez con más frecuencia, y como resultado de un derecho internacional paulatinamente más exigente y penetrante, determinados instrumentos —en particular,

concernientes al derecho internacional de los derechos humanos—, pueden demandar cambios que muchas veces no son instrumentados en el orden doméstico, ya por desidia del legislador local, ya por negligencia de otros operadores. Según se mire, la magistratura constitucional puede considerarse como convalidadora o promotora de los cambios sociales que puedan producirse con motivo de esa instrumentación o aplicación en el orden local, de aquel derecho internacional.

5. Respuestas posibles

Veamos ahora las eventuales recetas que pueden sugerirse en las cuatro distintas situaciones que hemos dibujado:

a) Casos de clara ejecución de la Constitución. Si la Constitución declara explícitamente algo y el interesado requiere su aplicación, denegada por una autoridad pública o por particulares, la actuación del juez constitucional como agente de convalidación de un cambio emergente de una ley, o de promotor del cambio hasta ahora no instrumentado de manera legal, es perfectamente constitucional, dentro, naturalmente, de las modalidades constitucionales en que se ha enunciado el derecho. Algunas veces, en efecto, la propia Constitución condiciona o frena el funcionamiento de un derecho a la satisfacción de ciertos recaudos de tiempo, de recursos económicos o de la adopción política de determinadas decisiones. Tales son las cláusulas "de la posibilidad", o de la "disponibilidad", por ejemplo.[15]

Un caso de motorización de cambio por la justicia constitucional fue el realizado por el Tribunal Constitucional Federal alemán en 1969, respecto de la igualdad entre hijos legítimos y natu-

[15] Por ejemplo, el art. 8º, inc. 17 de la anterior Constitución de la República Dominicana, dispuso que "El Estado prestará, asimismo, asistencia social a los pobres. Dicha asistencia consistirá en alimentos, vestimenta y hasta donde sea posible, alojamiento adecuado". Y el art. 59, *in fine* de la Constitución de Ecuador de 1998, establecía que las pensiones por jubilación debían ajustarse anualmente, pero "según las disponibilidades del fondo respectivo".

rales, proclamada expresamente por la Ley fundamental de Bonn de 1949, y que debía instrumentarse por ley. El Tribunal, ante el silencio del legislador en efectivizar la cláusula constitucional, detectó inconstitucionalidad por omisión y decidió cumplirla por sí mismo, partiendo del supuesto de que existía una clara prescripción constitucional al respecto, un mandato incumplido durante veinte años por el legislador, y la posibilidad concreta del Tribunal de cubrir esa laguna legisferante.[16] En resumen, el Tribunal Constitucional Federal superó correctamente la tesis de la *mediación de la ley,* mediante la doctrina de la *inconstitucionalidad por omisión*. Y promovió un cambio social.

b) Casos de desarrollo constitucional progresivo. Se trata de episodios muy significativos, autorizados expresa o tácitamente por el texto constitucional, y que muestran de qué manera un Tribunal Constitucional Supremo —intérprete final de la Constitución— ejercita, guste o no, facultades constituyentes de tipo potencialmente permanente.

La promoción por un Tribunal Constitucional de un cambio, mediante la estrategia de la doctrina del desarrollo constitucional, exige desde luego, una enorme responsabilidad en quien la practica: (i) está declarando derechos con rango constitucional, es decir, está engrosando el catálogo de los derechos constitucionales expresos con los implícitos, inferidos o deducidos por el juez constitucional; (ii) está señalando a todos los poderes del Estado que el nuevo derecho se trata de un derecho *supralegal,* y por tanto, que ellos deben reconocer y aplicarlo efectivamente; (iii) indica también que es indispensable otorgarle aquella alcurnia normativa ya que no basta, por su importancia y gravitación, el simple reconocimiento *legal* del derecho en cuestión; (iv) anticipa que el Estado debe asumir los costos que impone esa ampliación, y (v) alerta que el legislador no podrá negarlo, jamás, ni retacearlo.

Lo dicho advierte que un Tribunal Constitucional, o quien haga sus veces, cuando declara un nuevo derecho constitucional —o confiere un sentido distinto, más amplio y exigente, a uno anterior— que provoca cambios sociales, debe operar con una es-

[16] Cfr. Rolando E. Pina, *op. cit.,* en nota 10.

pecial cautela, sensatez, sentido de bien común, realismo y conciencia de los límites de todo enunciado. No se trata, por cierto, de declarar utópica y livianamente "derechos imposibles", por el mero hecho de resultar muy agradables o idealmente perfectos, si luego se carece de los medios para satisfacerlos, actitud que evidenciaría no un *cambio,* sino un verdadero *fraude* social.[17] La doctrina de la *interpretación previsora*, o *consecuencialista*,[18] de la Constitución, es aquí decisiva: en el proceso de reconocimiento del nuevo derecho, o de reciclaje del viejo, cabe verificar las consecuencias y medir los resultados de tal proclamación, y solamente adoptar interpretaciones constitucionales provechosas, valiosas, adecuadas y posibles. Esas interpretaciones deben ser en función de un país real, y no de una "isla de la fantasía".

Vienen aquí bien las reflexiones de Max Weber, en torno a la necesidad de compatibilizar la "ética de la convicción" —que es una ética líricamente principista—, con la "ética de las responsabilidades",[19] que es una ética de las realidades y de las consecuencias: no se trata, por cierto, de elucubrar solamente planteos puristas que navegan en el más allá del firmamento jurídico, sino de adoptar recetas instrumentables en el medio donde se formulan. A esto lo llamaríamos el requisito de *practicabilidad* del nuevo derecho, idea que se conecta con su "análisis de factibilidad".[20]

El papel de ese Tribunal como agente promotor del cambio social, generalmente a través del enunciado o de la tutela de derechos

---

17 Sobre los "derechos imposibles", expresión que hemos tomado de Germán J. Bidart Campos, y su diferenciación con los "derechos imposibilitados", véase cap. XVII y Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder, cit.,* pp. 149 y ss.

18 En cuanto a la interpretación previsora, derivamos al lector a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución, cit.,* pp. 83 y ss.

19 Cfr. Weber, Max, *El político y el científico,* en Universidad Nacional de San Martín, http://www.bibliotecabasica.com.ar, p. 32, 20 sep 2010.

20 El "análisis de factibilidad" alude —principalmente— al impacto económico de un derecho que genera deberes prestacionales, efecto que puede repercutir tanto en el presupuesto del Estado como en las empresas o en los trabajadores, en orden a disponer una adecuada previsión y asignación de recursos. Véase por ejemplo Jimena Quesada, Luis, "La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas", en *Estudios de Economía aplicada,* Valladolid, Facultad de Ciencias Económicas, vol. 27-3, 2009, pp. 743-766.

constitucionales, o *constitucionalizados* por él, resulta —cuando se encuentran satisfechos los recaudos aludidos— justificado.

c) Casos de mutación constitucional. En este supuesto, el juez o Tribunal Constitucional va a modificar la Constitución alterando el contenido anterior de un derecho. Va a enunciarlo de modo distinto al fijado por el constituyente, o por él mismo en veredictos previos. "Brown *vs.* Board of Education", fue un ejemplo de ello, provocador de un sensible cambio social. "Lawrence *vs.* Texas", cuando declara inconstitucional el castigo penal de relaciones homosexuales practicadas privadamente entre adultos y libremente consentidas, modifica también un modo tradicional distinto de interpretar la Constitución, en materia de privacidad y de igualdad, vigente pocos años atrás, *v. gr.,* en "Bowers".[21]

Es en esta línea de casos donde más se evidencia el rol activista y convalidante, o decididamente de promotor, de un cambio social, por parte de la jurisdicción constitucional. Vale decir, cuando decide inaugurar un modo distinto de entender a la Constitución preexistente, impactando en la estructura o en el contexto económico, religioso, político o cultural de una comunidad.

La justificación de ese cambio remite al tema de la legitimidad de las interpretaciones mutativas, en particular de las operadas más allá o inclusive, *contra constitutionem*. Sabido es que la argumentación a favor de estos operativos se asienta, por ejemplo, en la doctrina de la "constitución viviente" *(living constitution),* en el argumento de las generaciones, o en el argumento del constituyente actual. El tema lo hemos desarrollado en anterior oportunidad, y allí nos remitimos.[22] Baste recordar aquí que para

[21] Sobre el caso "Lawrence *vs.* Texas", y el empleo del dato sociológico y el recurso al intérprete externo para resolverlo, véase Sagüés, María Sofía, "Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de Lawrence *vs.* Texas", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 1, 2004, pp. 205 y ss.

[22] Respecto de la interpretación constitucional mutativa y la doctrina de la constitución viviente, véase Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución, cit.,* pp. 45-46, 75-76; y Sagüés, Néstor Pedro, "Sobre el concepto de «constitución viviente»"..., cit., pp. 58 y ss. Nos remitimos también al cap. I, de este libro.

tales concepciones la Constitución no es ni un testamento político del poder constituyente ni una estatua jurídica, sino algo móvil, cambiante y vivo, cuyo contenido varía en función de las creencias y valoraciones sociales del presente.

En términos muy breves, y de aceptarse esta visión ultradinámica de la Constitución, podría decirse que el cambio operado por la jurisdicción constitucional por vía de interpretación mutativa, logra aprobación si cuenta con una fuerte fundamentación axiológica de extrema justicia que lo exige, o cuando proyecta en su sentencia, creencias y valoraciones sociales con un muy alto grado de consenso y que, simultáneamente, resultan satisfactorias, desde el ángulo de la justicia. Además, desde luego, tendrá que satisfacerse el requisito de *practicabilidad* material del cambio que se postula, al que ya hemos hecho referencia.

d) Cambios operados por aplicación del derecho internacional. La legitimación de este operativo reformista deriva del principio del "efecto útil" —*effet utile*— de los tratados internacionales de derechos humanos e insertado, por ejemplo, en el artículo 2º del Pacto de San José de Costa Rica. En estos supuestos, la jurisdicción constitucional no hace sino efectivizar el derecho internacional incorporado al ámbito local por voluntad del propio Estado.

Esta exigencia que deriva tanto de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —que, como regla, impide al Estado local esgrimir normas domésticas para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones internacionales, todo en base a los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*—, como por la doctrina del "principio de convencionalidad", establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas dos consecuencias principales son: *a)* los jueces nacionales deben inaplicar las reglas internas opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Pacto; *b)* los mismos jueces locales deben interpretar y hacer funcionar al derecho nacional, incluyendo al constitucional, conforme a dicho Pacto y jurisprudencia de la Corte Interamericana.[23]

[23] Cfr. Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de

Ahora bien: cabe reconocer, igualmente, que a menudo tales instrumentos internacionales, redactados con un lenguaje diplomático críptico y elusivo, no son los ideales para detectar directrices claras. Valga un ejemplo: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1966), que después de reconocer a toda persona un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, y al más alto nivel de salud física y mental (arts. 11 y 12), con el compromiso de los Estados de adoptar medidas para así lograrlo, determina que tal obligación se ejercerá *hasta el máximo de los recursos de que disponga,* y *progresivamente*. La discusión en torno a qué significa en concreto "recursos disponibles", y el grado de "progresividad" en la vigencia del derecho, puede ser interminable.

6. Un tope material (y jurídico-político). El presupuesto del Estado y su equilibrio. Alternativas

Hay cambios sociales que pueden resultar gratuitos, o casi gratuitos, en términos económicos, para el Estado. Por ejemplo, la ya citada nivelación entre hijos legítimos y naturales, arbitrada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, o la integración entre niños negros y blancos en las escuelas. Pero hay otros, en particular referidos al acceso a la vivienda, salud, vida y educación, que sí repercuten en las finanzas públicas, y de modo relevante. Aparece así la problemática del quiebre del presupuesto por parte de la magistratura constitucional, máxime si la Constitución dispone, al estilo del artículo 176 de la de Costa Rica, por ejemplo, que no podrá autorizarse gastos sin el correspondiente ingreso probable.

El argumento para impedir ese quiebre es que el presupuesto ha sido aprobado por los representantes del pueblo —los legisla-

constitucionalidad y convencionalidad)", en *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, Grijley, núm. 17, 2008, pp. 133 y ss.; Sagüés, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad, con particular referencia a las constituciones nacionales", en *La Ley*, Buenos Aires, 2009-B-271, y Sagüés, Néstor Pedro, "Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano", en *La Ley,* Buenos Aires, 11 ago 2010, pp. 1 y ss.

dores—, y que la asignación de partidas para salud, alimentación gratuita, medicamentos y atención médica, vivienda, becas, etc., responde a necesidades sociales medidas, valoradas, concordadas global y armónicamente, según indicadores de urgencias y de posibilidades, y aprobadas por tales representantes, con la responsabilidad política del caso, en leyes del Estado que, como tales, abordan una facultad privativa del Congreso y que gozan de presunción de constitucionalidad.

Por otro lado, se apunta que los magistrados judiciales carecen habitualmente de una visión de conjunto de la problemática económico-financiera del Estado, que no son idóneos para desarticular el entramado complejo de cálculos, recursos y erogaciones que refleja la Ley de Presupuesto, y que el hecho de disponer —judicialmente— que se satisfaga un derecho de un modo diferente al contemplado por el presupuesto, no es una tarea tan fácil, puesto que habrá que imaginar de qué recursos concretos se obtendrán los fondos para satisfacer los gastos respectivos ordenados por la judicatura, so pena, de no hacerlo así, de desatar una verdadera cacería judicial para encontrar, embargar y disponer dichos fondos en cualquier otro lado del presupuesto, con el consiguiente desorden y desarticulación en las finanzas públicas, a más de la muy posible insatisfacción de otras actividades, o incluso de remuneraciones y de otros derechos, que también pueden ser relevantes, perjudicados por la captación judicial de montos dinerarios a la que hacemos referencia.

La respuesta a estos interrogantes tiene distintas facturas. Dejando de lado aquellas cortes que han entendido que si no hay partida presupuestaria la jurisdicción constitucional nada puede hacer —lo que equivale a sostener que si no hay dinero previsto para el goce del derecho, no hay derecho, tesis cada vez menos convincente ni legítima—, algunos tribunales constitucionales han concluido que para la cobertura de ciertos derechos fundamentales —o *fundamentalísimos*, si se prefiere, vinculados con el *mínimo existencial* de las personas—,[24] el Estado no puede alegar

[24] Figueiredo M., "El control de las políticas públicas por el Poder Judicial en Brasil", en *Revista Peruana de Derecho Público*, *cit.,* (2009) pp. 87 y ss., esp. pp. 117-119. Al principio de resguardo del mínimo existencial se opone algunas veces, observa el autor, el de "reserva de lo posible", por el Estado.

indefinidamente la falta de partidas presupuestarias, y prefieren correr el riesgo del *mal menor*: requerir los montos del caso, aun a riesgo de la fractura y desequilibrio del presupuesto. Esto último se decide judicialmente, en este caso, no por *hobby* o por diletantismo de la jurisdicción constitucional, sino para cumplir con la Constitución.

Otra alternativa, más mesurada, es dilatar el goce del derecho en juego, emitiendo una sentencia exhortativa a quien corresponda —*v. gr.,* al poder legislativo, pero también al ejecutivo—, para que en cierto plazo adopte las provisiones para atender presupuestariamente el goce del derecho fundamental en juego, requiriendo además que informe al Tribunal cómo la exhortación ha sido efectivamente cumplida, cosa que se valorará en una segunda sentencia, de tipo diferido. La propuesta es aplaudible, ya que respeta tanto el principio de división de los poderes como el de vigencia de los derechos humanos y constitucionales; pero debe tenerse en cuenta que ciertos derechos requieren una atención inmediata, *hoy,* y que en esos casos un fallo exhortativo a futuro, puede ser notoriamente ineficaz. En tal hipótesis, habría que retomar la ruta del goce inmediato del derecho, mediante la tesis, ya descrita, del *mal menor*.

7. Conclusiones

El desempeño de la magistratura constitucional como agente convalidante o promotor de cambios sociales es un fenómeno cada vez más frecuente en la realidad contemporánea, auspiciado por posturas doctrinarias como por exigentes reclamos de la comunidad, que hoy impetra ante los tribunales reclamos desoídos en el ámbito de los otros poderes del Estado.

El detraimiento de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables; la intensa motorización de la Constitución mediante una gimnasia procesal constitucional cada vez más intensa; el derrumbe de la doctrina distintoria entre cláusulas constitucionales programáticas y operativas; y el decidido ataque a la inconstitucionalidad legislativa por omisión, explica que los jueces constitucionales incursionen hoy en las políticas gubernativas,

casi siempre para tutelar derechos constitucionales expresos y no enumerados.

El comportamiento de la jurisdicción constitucional como agente de cambio social es muy explicable cuando se trata de efectivizar directrices constitucionales claras, o reglas provenientes, igualmente claras, cuando las hay, del derecho internacional de los derechos humanos. Tiene que cubrir más exigencias si se trata de ejecutar derechos no emergentes directamente del texto constitucional, sino producto del desarrollo constitucional realizado por la misma jurisdicción constitucional —caso, *v. gr.,* de los derechos constitucionales no enumerados—, donde ejercita, en verdad, papeles constituyentes por encomienda de la propia Constitución.

De todos modos, si la Constitución condiciona la aplicación de determinados derechos o cambios a la concurrencia de determinados factores y a decisiones previas, por ejemplo, del poder legislativo, el operador jurisdiccional, para sortear este recaudo, deberá poner en marcha la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, respecto de la medida legislativa ausente.

Un cuarto escenario es el de los cambios sociales auspiciados por la judicatura mediante una interpretación mutativa que cambia el contenido del diseño constitucional preexistente. Puede haber fuertes razones de justicia, y también transformaciones en las creencias y valoraciones sociales, también justas y con un muy relevante grado de consenso, que justifiquen un modo judicial de entender a la Constitución diferente al tradicional, y así, visualizar hoy ciertos derechos de modo distinto al de ayer, con el consecuente impacto en las transformaciones sociales. Pero cabe también auscultar el orden de las realidades, y no enunciar derechos imposibles. Cabe cumplir, sin dudas, con el *test* de la practicabilidad. La interpretación previsora o consecuencialista de la Constitución es una buena herramienta para huir de principismos utopistas o delirantes: el fundamentalismo perjudica de igual modo a posiciones ancladas tercamente en el pasado o a las aventuradas locamente en un edén inasible, tan futuro como fantasioso. Talibanes, por cierto, hay en todos lados, y en cualquiera de ellos son tan intransigentes como peligrosos.

Capítulo XI
La autorrevisión de las sentencias definitivas de los tribunales constitucionales*

En homenaje a Lucio Pegoraro

1. Introducción. Revisión y autorrevisión de las sentencias de los tribunales constitucionales

Abordamos aquí el apasionante tema de la autorrevisión —*self revision*— de las sentencias definitivas dictadas por un Tribunal, Sala o Corte Constitucional. El tema merece algunas aclaraciones previas.

a) Excepcionalmente, es posible que una Constitución admita que una Corte, Sala o Tribunal Constitucional —o Corte Suprema de Justicia, en los países donde ésta desempeña roles parecidos a los de un Tribunal Constitucional—, pueda disipar puntos oscuros y completar —por vía de recurso de aclaratoria, *v. gr.*—, un pronunciamiento suyo definitivo. Teóricamente, bajo ciertas condiciones, podría también la Ley suprema prever modificaciones a esos fallos —por ejemplo, mediante "recursos de revisión", o instrumentos análogos—. En tales supuestos de autorrevisión, naturalmente, habrá que seguir el camino procesal constitucional y subconstitucional así programado.

* El presente trabajo se inserta en el Programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

b) También es factible que un tribunal internacional, o supranacional, al estilo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, invalide sentencias pronunciadas por una Corte, Tribunal o Sala Constitucional —o Corte Suprema, cuando no exista en el país Tribunal o Sala Constitucional—, en el supuesto de que las entienda opuestas a la carta, convención o tratado de derechos humanos proveniente del derecho internacional, que aquel tribunal internacional o supranacional deba custodiar. Ello implica el rol *represivo* del control de convencionalidad *externo*, operado por el órgano jurisdiccional internacional.[1] Podrá discutirse si tal función genera o no una "cuarta instancia",[2] pero lo cierto es que en algunos supuestos el

[1] El control de convencionalidad es "externo", o en sede internacional, cuando lo practica un órgano supranacional, e "interno", o en sede nacional, cuando lo realizan órganos del propio Estado nacional. Véase Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos,* México, Porrúa, 2008, pp. 48 y ss. A su turno, puede ser "represivo" si invalida —por inconvencionalidad— normas internas —incluso constitucionales— incompatibles, en el sistema interamericano, contrarias al Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y "constructivo" cuando reinterpreta las normas locales en consonancia con estos dos parámetros —el Pacto y la jurisprudencia—. En rigor de verdad, el control de convencionalidad comprende no solamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino a cualquier convención sobre el tema, ratificada por un Estado. Resulta necesario recordar, sin embargo, que la norma estatal prevalecerá sobre la convencional, si es más favorable para la persona. Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada,* en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2013-IV-1342; *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un jus commune latinoamericano,* en Bogdand, Armin von; Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia internacional y su internacionalización,* México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, t. II, pp. 449 y ss., esp. 464; *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad,* en *Estudios Constitucionales,* Universidad de Talca, Chile, año 8, núm. 1, 2010, pp. 117 y ss.

[2] La Corte Interamericana de Derechos Humanos niega enfáticamente que constituya una "cuarta instancia", por encima de las tres clásicas —juzgado inicial, cámara de apelaciones, Corte Suprema—. Ello, sin embargo, es muy discutible, ya que la faena revisora de la Corte Interamericana incluye a menudo análisis de hechos, prueba y derecho nacional, puntos evaluados

fallo del Tribunal, Corte o Sala Constitucional nacional es vulnerable, y pierde —o debe perder— eficacia jurídica.[3] Esto ha llevado a conjeturar, como lo hemos hecho, que esencialmente las sentencias de un Tribunal Constitucional nacional únicamente poseen fuerza de cosa juzgada *formal,* pero no *material.* De todos modos, no es este un supuesto de autorrevisión, sino de heterorrevisión practicado por un ente externo, distinto al Tribunal, Sala o Corte que lo emitió.

El tema que aquí abordamos, conviene insistir en ello, es otro: el de la *autorrevisión*, cuando la misma no es contemplada por el ordenamiento jurídico en vigor. Es decir, cuando es consumada por activismo judicial pretoriano. El asunto es desde luego importante, y ha generado distintas respuestas, que incluso conforman en ciertos países derecho consuetudinario procesal constitucional. Realizaremos al respecto un análisis comparativo crítico, por cierto muy sintético, referido a Argentina y Perú.

2. El caso de Argentina

En el caso "Derecho, René Jesús"[4] la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en términos muy amplios, admitió que según reiterada jurisprudencia suya, "*las sentencias del Tribunal pueden ser excepcionalmente corregidas*" (las cursivas son nuestras). La Cor-

---

en las tres instancias clásicas. Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Puntualizaciones críticas sobre la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al control de convencionalidad,* en Barrios González, Boris (coord.), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano,* Panamá, 2012, Memoria del I Congreso Panameño de Derecho Constitucional, Panamá, 2012, p. 108.

[3] En el caso "Kimel", por ejemplo (párrs. 65, 67, 71, 80, 95), la Corte Interamericana de Derechos Humanos juzgó que tal periodista, condenado por la Corte Suprema de Justicia Argentina, fue sancionado por un delito tipificado en contravención a los arts. 9 y 13.1 de la Convención americana sobre derechos humanos, en base a un castigo penal innecesario y no proporcional a los hechos que se le atribuían. Concluyó, entonces, que medió abuso del poder punitivo del Estado, violando el derecho a la libre expresión.

[4] Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, A), caso "Derecho, René Jesús" (II), *Fallos,* 334:1504.

te se remitió, a título ejemplificativo, a otros pronunciamientos anteriores que abonan tal doctrina.[5] Y efectivamente, en aquel fallo, dejó sin efecto la resolución de un tribunal inferior, que había dictado su pronunciamiento en cumplimiento de una anterior sentencia de la Corte Suprema. La razón que justificaba el cambio de lo resuelto era una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciada en el caso "Bueno Alves *vs.* Argentina", y refería a la imprescriptibilidad de ciertos delitos lesivos de derechos humanos, que la Corte, inicialmente, había reputado prescriptibles.[6]

Veamos los otros veredictos mencionados en "Derecho, René Jesús", por la Corte Suprema. En "Luciano",[7] y con remisión al caso "Ferrari",[8] el tribunal admite la reposición contra sus sentencias "cuando se trata de situaciones serias e inequívocas que ofrezcan nitidez manifiesta". En "Ferrari", esa "nitidez manifiesta" se debía a la emisión de una cédula que "pudo razonablemente haber hecho incurrir en error al recurrente".

En "Burmar S.A.", la Corte Suprema declaró que sus sentencias pueden ser excepcionalmente corregidas "en supuestos de error de hecho evidente".[9] En el proceso *sub examine*, la Corte destacó que había incurrido en un error evidentemente material para fijar una regulación de honorarios, determinados en base a una suma quince veces superior al monto de la condena.

A su turno, en "Lucchini S.A.", manifestó la Corte que sus sentencias no son pasible de revocatorias, salvo "excepciones en supuestos que presenten caracteres en verdad extraordinarios". En el asunto bajo estudio, la Corte había desestimado un recurso extraordinario solamente por una causal introducida por el apelante, cuando en verdad el mismo había articulado dos

5 La Corte Suprema menciona como aplicación de tal doctrina, las sentencias que obran en *Fallos,* 313:1661, 321:2467 y 323:497, "entre otros" (*sic*).

6 A, caso "Derecho, René Jesús" (I), *Fallos,* 330:3074.

7 A, caso "Luciano", *Fallos,* 323:497.

8 El caso "Ferrari" se transcribe en A, *Fallos,* 323:498.

9 A, caso "Burmar S.A." *Fallos,* 321:2467. La Corte mencionó, para autorizar el cambiar de criterio en lo anteriormente decidido, la habilitación autorizada en *Fallos,* 295:753 y 801.

motivos; y sobre el segundo, nada había dicho la Corte.[10] Modifica entonces lo resuelto inicialmente, "con estricto carecer de excepción".

"Lucchini S.A." es una sentencia muy importante en este tema, porque aparte de lo dicho y de la cita de varios antecedentes de la Corte, el tribunal alerta que esa modificación de sus propias sentencias puede disponerla "de oficio", o sea, sin mediar petición de parte. Menciona, al respecto, el caso "Rivero",[11] donde revisó una anterior decisión suya, por manifiesta contradicción entre los considerandos del fallo y su parte resolutiva. Y también aludió al caso "Felcaro",[12] en el que enmienda igualmente "de oficio" un veredicto suyo, por haberlo fundado —erróneamente— en una sentencia que no se había dictado formalmente, por lo que resolvió su nulidad.

Otra familia de casos a tenerse en cuenta, es cuando la Corte Suprema revoca resoluciones suyas —que si bien en algunos casos no son sentencias sobre el fondo del asunto, de todos modos resultan importantes y además, en principio, últimas y definitivas—, admitiendo su reposición o revocatoria, si con posterioridad a su emisión detecta que al haber resuelto denegar una "queja" —también llamada "recurso directo"—, por rechazo en la articulación de un recurso extraordinario federal, lo hizo por error de cómputo suyo respecto del plazo para promoverla, o en base a información inexacta.[13]

La conclusión de todo esto es que en Argentina, si lo desea, la Corte Suprema, que oficia como Tribunal de Garantías Constitucionales al no existir uno específicamente destinado al efecto, puede, cuando así lo quiere, alterar sus fallos, dentro de las siguientes pautas que ella misma ha elaborado:

a) Autolimita tal competencia para situaciones que llama *excepcionales* —de vez en cuando subraya esa nota, y pre-

10 A, caso "Lucchini S.A.", *Fallos,* 313:1461.

11 A, caso "Rivero", *Fallos,* 296:241.

12 A, caso "Felcaro", *Fallos,* 310:858.

13 Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario,* 4ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2013, t. 2, p. 505.

fiere hablar de circunstancias *extraordinarias*—. Ella es, con absoluta discreción, la jueza de tal excepcionalidad y extraordinariedad.

b) Lo hace sin norma alguna que fundamente explícita y concretamente tal atribución. Se trata, por ende, de una creación pretoriana.

c) Ejerce dicha facultad, aun de oficio.

d) En consonancia con lo indicado en el renglón anterior, no requiere un procedimiento especial para realizar su autorrevisión. Por ejemplo, no demanda un proceso autónomo para detectar cosa juzgada írrita o fraudulenta en lo decidido por ella, respecto del auto o sentencia que —total o parcialmente— se deja sin efecto.

e) Generalmente la practica por razones formales —errores *in procedendo*—. Otras, por defectos de fondo —*in judicando*—. Ocasionalmente, modifica su anterior resolución, no básicamente por un error suyo, sino a raíz de la aparición de un elemento externo al fallo inicial, como puede ser el conocimiento de un dato clave —*v. gr.,* una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, que impone la rectificación de lo originalmente decidido.

3. El caso de Perú

El 18 de noviembre de 2014, en un sonado caso —*Panamericana Televisión S.A.*—, el Tribunal Constitucional de ese país tuvo que tratar un "pedido de integración" presentado contra una sentencia suya anterior, del 12 de marzo de ese año, pronunciada por jueces distintos a los de hoy, ya que habían actualmente concluido su periodo como magistrados. La mayoría del "nuevo" Tribunal Constitucional aplicó literalmente el artículo 121 del Código Procesal Constitucional de esa nación, que dispone que "contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna", y desestimó, por razones de seguridad jurídica y de respeto a la cosa juzgada, aquel requerimiento. Invocó, igualmente, el artículo 202 de la Constitución, que impide dejar sin efecto decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada, modificar sentencias o retardar su ejecución.

Hubo dos votos en disidencia. El primero, de la magistrada Ledesma Narváez, subrayó que la cosa juzgada no puede tutelar una sentencia absolutamente arbitraria, y que el artículo 121 del código procesal constitucional referido es una regla "derrotable", en el sentido que no contempla la hipótesis de las sentencias arbitrarias, que son pasibles de una excepcional o extraordinaria revisión. Argumenta, asimismo, que al menos en ocho ocasiones el Tribunal Constitucional ha actuado, siempre excepcionalmente, en tal sentido. La tutela de la cosa juzgada, en síntesis, no es de tipo absoluto, y solamente debe amparar a la *cosa juzgada legítima*, conforme a los valores y principios constitucionales que inspiran al *derecho dúctil,* expresión de Zagrebelsky que explícitamente menciona. Por último, enumera los vicios que perjudican el anterior fallo del Tribunal Constitucional en la causa bajo examen, que incluso, dice, ha aplicado incorrectamente un veredicto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El mismo padece, apunta, de manifiesta incorrección o injusticia, que confiere a su presunta cosa juzgada carácter aparente e irregular, circunstancia que autoriza —excepcionalmente, y en un caso "extremadamente difícil"—, su invalidación por el propio Tribunal Constitucional, en su actual composición.

El otro voto salvado es del juez Eloy Espinosa Saldaña. En el mismo enfatiza la necesidad de conjugar el principio constitucional de la cosa juzgada, que no debe ser comprendido con carácter absoluto, con ciertos límites acordes con otros, también constitucionales, como el de dignidad humana y la observancia de los derechos fundamentales. Entre ellos, menciona la posibilidad de articular amparos contra fallos del poder judicial que gozan de cosa juzgada, la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, o la revisión de sentencias penales condenatorias firmes.

Resultaría así absurdo, discurre este voto, reconocer cosa juzgada inmutable e inmodificable a un veredicto carente de razones jurídicas o fácticas, o siguiendo jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *v. gr.,* en el caso "La Cantuta *vs.* Perú", el que sustrae al acusado de su responsabilidad penal internacional, hecho que importaría cosa juzgada aparente o fraudulenta, o el fallo dictado violando las reglas del debido proceso (*idem,* "Nadege Dorzema *vs.* República Dominicana").

También en este voto se destacan los casos donde el Tribunal Constitucional del Perú ha asumido competencia para declarar la nulidad de sus propias resoluciones, de oficio o a pedido de parte, declaraciones que han sido aceptadas generalmente, de modo pacífico. El listado, de más de una decena de casos, involucra nulidades sustentadas en vicios de forma —*v. gr.,* no notificar la designación de un magistrado del Tribunal, por contener la sentencia la firma de un juez equivocado, cómputo erróneo de los votos de los jueces—, o de fondo —desconocimiento de hechos fundamentales para decidir, como la situación laboral de una parte, de la recepción de una información, omisión de valorar un medio probatorio significativo, falta de congruencia entre lo decidido y lo postulado en una demanda, ignorar el archivo de una causa penal, argumentación en base a una prueba documental declarada nula, etcétera—.

El voto contiene una específica remisión a la resolución 022/13 de la Corte Constitucional de Colombia, quien admitió la declaratoria de nulidad de una sentencia de revisión proferida por ella misma, en situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, cuando se demuestra, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso, cuando ello sea significativo y trascendental en cuanto la decisión adoptada, con repercusiones sustanciales para que la petición de nulidad pueda prosperar.

En definitiva, agrega el voto, el Tribunal Constitucional del Perú ha reconocido que la potestad de declarar la nulidad de sus decisiones es inherente al ejercicio de sus funciones.

Pero el voto del juez Espinosa Saldaña-Barrera intenta, además, encuadrar la gestión del referido organismo cuando anula o corrige sus propias decisiones, para situaciones excepcionalísimas y especiales, clasificando las razones para así actuar: *a)* existencia de vicios graves de procedimiento conectados con las formalidades necesarias y constitutivas de una resolución válida; *b)* presencia de vicios o errores igualmente graves de motivación, en las áreas de conocimiento probatorio, consistencia normativa y congruencia, errores de mandato —decisiones imposibles de ser cumplidas—, que transgredan competencias estatuidas, o destinados

a sujetos que no intervinieron en el proceso; *c)* vicios contra el orden jurídico constitucional, como emitir resoluciones contraviniendo arbitrariamente precedentes constitucionales o la doctrina jurisprudencial vinculante para el Tribunal, o competencias o atribuciones constitucionales. Se trata, nos parece, de un encuadre de situaciones de tipo original, no frecuente en su sistematización.

Al aplicar este esquema al fallo en crisis, del 12 de marzo de 2014, el juez que mencionamos encuentra un rosario de infracciones y defectos que justifican su declaración de invalidez por el mismo órgano —el Tribunal Constitucional—, que lo emitió, bien, aclaramos, que con diferente integración de jueces.

Conviene alertar que en el caso "Augusto Sipión Barrios", posterior al reseñado, el mismo juez del Tribunal Constitucional, en voto singular, ratifica y complementa el criterio admisorio de revisión sentado en su voto de "Panamericana Televisión S.A.". En concreto, amplía el listado de casos donde el Tribunal Constitucional del Perú actuó en tal sentido; refrenda su posición con nutridos argumentos de la Corte Constitucional de Colombia, y subraya la existencia de una *competencia implícita* del Tribunal Constitucional, para actuar en tal sentido, bien que a título de excepcionalidad y para atender vicios significativos y trascendentales.

4. Evaluación

Un Tribunal, Sala o Corte Constitucional, o una Corte Suprema con oficios relativamente similares, no está libre de la posibilidad de dictar sentencias erróneas, incluso escandalosas. Por un lado, nadie posee el don de la infalibilidad judicial. Por otro, puede haber desaciertos notables, configurativos, de vez en cuando, de mala praxis forense, alternados, hipotéticamente, con cegueras axiológicas, complicidades políticas, ideologismos talibánicos de todo color y hasta, quizá, tráfico de influencias, trueque de favores con particulares u otros órganos del Estado, o soborno liso y llano. En resumen, es posible que haya fallos de alto copete tribunalicio inadmisibles y por qué no, repudiables, sean culposos o dolosos.

Nadie está exento de alguno de tales vicios. Sin ir más lejos, y con relación a una Corte Suprema altamente cotizada, por ejemplo

la de Estados Unidos, Joel D. Joseph ha publicado un libro —*Black Mondays. Worst Decisions of the Supreme Court—,* que retrata una colección de fallos de dicho Tribunal decididamente deplorables. El autor llega a preguntarse, incluso, cómo buenos jueces pueden algunas veces emitir tan malas sentencias.[14] Lo cierto es que fallos como "Dred Scott, Fred Korematsu, Bowers *vs.* Hardwick", "Plessy *vs.* Ferguson", por no citar sino algunos de los más rutilantes, son una buena muestra de desacierto judicial extremo.

El problema es qué hacer frente a esas sentencias inadmisibles, que algunos llaman *derrotables,* en el supuesto de que provengan del último tribunal de un país,[15] esto es, de lo que se denomina, por ejemplo en Perú, "el órgano de cierre". Si se emiten por una corte inferior, queda, desde luego, la vía recursiva de la apelación, nulidad, revisión, casación, inconstitucionalidad, o como se la quiera llamar, ante un órgano judicial superior. Pero si el fallo proviene de un Tribunal, Corte o Sala Constitucional, y es, según el derecho positivo vigente, inimpugnable, el conflicto axiológico se agiganta.

En el sistema interamericano, y de lesionar el veredicto nacional último y definitivo alguno de los derechos de la Conven-

---

[14] Joseph, Joel D., *Black Mondays. Worst Decisions of the Supreme Court,* 2ª ed., Bethesda, Maryland, National Press, 1990, p. 25.

[15] Utilizamos el concepto de "sentencia derrotable", realizando una traspolación no ortodoxa del pensamiento de H. L. A., Hart, en cuanto los "conceptos derrotables", planteado inicialmente en su trabajo (Nueva Jersey, Aristotelian Society-Wiley, nueva serie, vol. 1948-1949, pp. 171-194) titulado *The Ascription of Responsibilily and Rights*. Como "derrotable" puede así jurídicamente entenderse a algo que es válido, hasta que cierta situación determina su invalidez. Por ejemplo, un argumento es válido hasta que ante una mayor información cabe la posibilidad —"derrotabilidad"— de que cambie su conclusión. Del inglés *defeasible* —anulable, retractable, removible—, se desprende su *defeasibility,* "derrotabilidad". De tal modo, por extensión, una sentencia válida se transforma en derrotable; *v. gr.,* si se prueba que ha sido producto de un soborno. Cabe recordar que en el voto disidente de la jueza Ledesma Narváez, del Tribunal Constitucional del Perú, en el citado caso *Panamericana Televisión, S.A.*, se alude al tema de la derrotabilidad de normas, con cita de Ródenas Calatayud, Ángeles, "*En la penumbra: indemnización, derrotabilidad y aplicación judicial de las normas",* en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, núm. 24, 2001, pp. 63-83.

ción Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, existe, conforme a este último instrumento, una escalera procesal supranacional que permitiría revisar el fallo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, previa tránsito por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dicho en favor de este régimen, sentencias nacionales gravemente lesivas del derecho al debido proceso, que incluye el de contar con una resolución judicial correctamente fundada, según el artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica, o que atenten, también, contra algún derecho reconocido en la misma convención, podrían eventualmente ser neutralizadas por esa jurisdicción internacional o, según se la mire, supranacional. El asunto se facilita porque la mayoría de los derechos de fuente nacional está contemplada, paralelamente, de modo directo o indirecto, por el derecho regional de los derechos humanos; y porque el amparo interamericano, previsto en el artículo 25 del mismo Pacto, tutela —explícitamente— los derechos fundamentales reconocidos por el Pacto, la Constitución y las leyes nacionales. Es una norma singular en un instrumento internacional, porque no se ocupa no solamente de tutelar derechos humanos de fuente internacional, sino también de fuente nacional.

Tal instancia jurisdiccional regional, sin embargo, es lenta y difícil de recorrer. La cantidad de sentencias definitivas provenientes de cortes supremas o constitucionales de América revisadas por la Corte Interamericana, y más allá de su calificación como convencionales —respetuosas del Pacto de San José de Costa Rica— o inconvencionales —violatorias del Pacto— por esta última, es numéricamente ínfima, por más que cualitativamente resulte relevante. Hay un abismo entre el número de los fallos "de cierre" que deberían ser fiscalizados por la Corte Interamericana, y los que efectivamente arriban a sus estrados y son a la postre evaluados por ella.

Queda subsistente en el orden de las realidades, entonces, la problemática de la autorrevisión de sus fallos por la misma Corte o Sala Constitucional, o Corte Suprema —cuando los veredictos de ésta no son recurribles ante una Corte Constitucional, o ella, en un país determinado, al estilo de Argentina, *v. gr.,* no existe formalmente como tal—.

5. Variables

Una primera actitud, en esta encrucijada, es negar a un Tribunal o Corte Suprema la autorrevisión de sus fallos, salvo que el derecho positivo lo permita, y en la medida en que el mismo así lo disponga.

Las bases de esta posición pueden encontrarse en Hans Kelsen. Repasemos su discurso: "Ha de existir un tribunal de última instancia, facultado para dar una decisión final a la contienda, una autoridad cuya resolución no pueda ser ya revocada o modificada. En virtud de tal decisión el caso se convierte en *res judicata*". Las controversias —en particular, las constitucionales— no pueden continuar indefinidamente: deben tener un término, pues debe haber un momento en que concluya la controversia entre las partes". La *res judicata,* en efecto, es producto de haberse "concluido" un procedimiento jurisdiccional, por el órgano competente para expedirse en última instancia, según el orden jurídico en vigor. En su consecuencia, "la decisión de un tribunal de última instancia no puede ser considerada como ilegal, al menos mientras se la considere como decisión judicial".[16] Dicho en otras palabras, la decisión final de un Tribunal Constitucional es siempre —formalmente— constitucional, por más que fuese —materialmente— inconstitucional.

En ese contexto, la autorrevisión solo es jurídicamente viable si está prevista normativamente, en particular, por la Constitución. Si no lo estuviera, resultaría, en una primera aproximación, inválida. El sentido común, y el valor previsibilidad abonarían tal conclusión: si un Tribunal Constitucional, pese a no encontrarse facultado por el orden jurídico para autorrevisarse, así lo hiciera de todos modos —invocando, *v. gr.,* excepcionalidad o extraordinariedad, arbitrariedad inadmisible, injusticia extrema, etc.—, mediante la sentencia número 2, y dictase entonces un fallo después de haber concluido su misión al haber emitido el fallo número 1, aparte de actuar contra derecho por haber agotado su jurisdicción, abriría eventualmente también la puertas a otra futura revisión, mediante una hipotética sentencia 3, si entendiera más

[16] Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado, cit.,* pp. 183 y ss.

tarde, igualmente por el mismo Tribunal Constitucional, que la número 2 tampoco fue correcta, y que es portadora de defectos gravísimos, irremediables e inadmisibles. Y así infinitamente.

El razonamiento kelseniano, impecable desde la perspectiva de la lógica y de la teoría pura del derecho, adolece sin embargo de un tumor interno que puede destruirlo. Si lo resuelto por un Tribunal Constitucional de la máxima jerarquía en un Estado es siempre legal —*i. e.*, nunca ilegal— por su condición de intérprete final del derecho, si el mismo genera —*contra legem,* o *contra constitutionem*— la alternativa de su autorrevisión, incluso con multiplicidad de sentencias consecutivas —2, 3, 4, etc.—, ello tampoco podría ser reputado, en términos objetivos, antijurídico, ya que nadie estaría habilitado por así decidirlo, al menos en el ámbito nacional: no hay aquí un *quién* con competencia y jurisdicción para dejar sin efecto el (o los) pronunciamiento(s) autorrevisivo(s) del Tribunal Constitucional (salvo el mismo), por más que, eventualmente, hubiera un *qué* suficiente y palmario para actuar en tal sentido.

6. El problema de las no-sentencias

La doctrina permisiva de la autorrevisión tiene en su manga una carta muy fuerte. Alude a los vicios congénitos, que pueden ser enormes, contaminantes de un fallo del Tribunal o Corte Constitucional, de índole procesal o de mérito: infracción al debido proceso, integración defectuosa del órgano, arbitrariedad normativa aberrante e indisculpable, incongruencias, apartamiento de la ley o alzamiento contra ella, arbitrariedad fáctica mayúscula en la apreciación de la prueba, y para terminar, injusticia extrema. Por ello, una sentencia intrínsecamente arbitraria, concluiría como sentencia inconstitucional,[17] aparte de ser, para algunos, una "no sentencia".[18]

[17] Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional..., cit.,* en nota 13, p. 115.

[18] Sobre la sentencia arbitraria como "no sentencia", véase Gardella, Lorenzo, *Sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional,* en "Papiro", Rosario, 1977, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica Argentina, núm. 7, p. 3.

Estos pecados pueden llevar a negarle vigor de cosa juzgada a la sentencia del "órgano de cierre" —cosa juzgada aparente, espúrea, írrita—, y hasta discutirle la condición de fallo —acuse de "no-sentencia", por arbitrariedad—, o negarle su condición de "derecho", a partir de la fórmula de Radbruch: *la injusticia extrema no es derecho*.[19] En muchos de estos supuestos, la doctrina permisiva está dispuesta a romper los moldes procesales clásicos y a consentir la autorrevisión. Argumentará, en concreto, que es un fallo que carece de cosa juzgada. O simplemente, que no existe sentencia. En el mejor de los casos, que hay sentencia, pero "sentencia derrotable" por el mismo órgano que la dictó: una suerte —valga la alegoría— de explicable filicidio forense.

La doctrina permisiva de la autorrevisión alegará, igualmente, que si hay una norma explícita que dispone que contra las sentencias del Tribunal Constitucional no hay impugnación alguna —como es el caso del citado artículo 121 del Código Procesal Constitucional del Perú—, tal regla no está contemplando la hipótesis de fallos que padecen los vicios ya apuntados, motivo por el cual da por presupuesto que se trata de veredictos válidos, y no derrotables. Estos últimos, los derrotables, no merecerían contar con cosa juzgada.

Paralelamente, la doctrina permisiva de la autorrevisión maneja, aunque no lo diga, pautas de economía procesal: si el propio Tribunal o Corte Constitucional puede enmendar sus sentencias inadmisibles, estaría dando una solución rápida y útil, que por un lado evitaría injusticias y, por el otro, eximiría a los afectados de ocurrir ante la jurisdicción supranacional.

Es notorio que la tesis de la autorrevisión intenta prevalecer ciertos principios constitucionales, como los del debido proceso y justicia material, sobre el valor orden, defensivo de la estabilidad de las decisiones últimas de un "órgano de cierre". El conflicto axiológico es mayúsculo, y en la etapa de ponderación, el jurista, según su perspectiva ideológica, se inclinará por el que entienda más relevante. Una pauta a tenerse en cuenta en esa

[19] Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho,* reimpr., Buenos Aires, 2008, La Ley, p. 19.

opción, es la cuota de arbitrariedad o de error que caracteriza a un Tribunal Constitucional: si se ha equivocado, o actuado dolosamente en algún proceso aislado, es una cosa. Si los defectos han sido múltiples, tal experiencia puede aconsejar soluciones más drásticas. La evaluación del mal menor es, igualmente, significativa. Por realizar un acto de justicia, en un caso concreto, la tesis de la autorrevisión puede provocar, más tarde, una proliferación de autocorrecciones que prive a la justicia constitucional de previsibilidad y certeza. Paralelamente, si la integración de una Corte Constitucional cambia con relativa frecuencia, por ejemplo cada cinco años, es factible que la doctrina de la autorrevisión fomente quiebres de la cosa juzgada al compás de los cambios políticos que se retraten, algunas veces de modo traumático, en la conformación del plantel de jueces de esa Corte. Una "nueva" Corte podrá así verse tentada a dejar sin efecto veredictos de la Corte anterior.

Al mismo tiempo, conviene advertir que si una norma declara que las sentencias de un Tribunal Constitucional o Corte Suprema son irrevocables, tal negación, en términos generales, parece, en principio, no admitir excepciones: como bien dice el adagio romanista, donde la ley no distingue, no debemos distinguir *(ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus)*.

Finalmente: si un fallo de un "órgano de cierre" no satisface los recaudos fijados por un órgano jurisdiccional supranacional en materia de debido proceso, y padece por ejemplo de cosa juzgada aparente, írrita o fraudulenta, nada impide que dicho ente regional lo invalide como contrario al derecho internacional de los derechos humanos. Pero ello no implica conferirle al propio ente culpable de la infracción, competencia para autocorregirse, si el derecho positivo del Estado no se la da.

7. El derecho consuetudinario constitucional y procesal constitucional

Otro ingrediente en el debate, y quizá definitorio, es la presencia o no de un derecho consuetudinario, constitucional y procesal constitucional, en esta materia.

No es del caso meritar aquí la aprobación o el rechazo académico del derecho consuetudinario constitucional. Partimos del supuesto de que es un derecho vivo, fraguado en la dimensión existencial del derecho, que cumple roles nomogenéticos —cabe rememorar la tesis de Georg Jellinek sobre el valor normativo de lo fáctico—, y cuyo vigor se traduce, y no sin cierta frecuencia, en mutaciones incluso *contra constitutionem*.[20]

En definitiva: si en un país su Tribunal Constitucional o Corte Suprema ha engendrado reglas de esta índole que permiten la autorrevisión por parte de aquellos "órganos de cierre", el problema, bien o mal, está resuelto. Desde luego, el derecho consuetudinario constitucional, como cualquier derecho consuetudinario, no es claro acerca de en qué momento algunas interpretaciones o veredictos se consolidan como derecho consuetudinario. En general, se advierte que los plazos para asumir que una práctica es jurídicamente obligatoria, ya entonces como derecho, y se cristaliza ahí en norma consuetudinaria, son más breves que en el derecho privado, y algunas veces hasta es factible hablar de lo que Werner Goldschmidt llamaba "derecho repentino".[21]

En concreto: en Argentina, según hemos descrito, ese tránsito, en el tema que nos ocupa, y por el abundante acopio de sentencias del más alto tribunal sobre el punto, está aparentemente ya consumado. En Perú, conforme los votos disidentes que hemos citado, se lo podría haber considerado también como prácticamente solidificado, pero la tendencia opuesta, sustentada por la mayoría de votos en el caso "Panamericana Televisión S.A.", significa un serio revés (¿quizá abortivo?) en tal proceso de gestación. Solamente el futuro dirá si este fallo importó un traspié, o el fin, para la erección de una regla consuetudinaria autorizativa de la autorrevisión. Habrá que seguir atentamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para disipar esta incógnita, aunque "Sipión Barrios" está afirmando tal tendencia negatoria.

---

20 Sobre los roles nomogenéticos de la costumbre constitucional derivamos al lector a Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría constitucional,* reimpr., Buenos Aires, 2004, Astrea, pp. 400 y ss.

21 Goldschmidt Werner, *Introducción filosófica al derecho,* 4ª ed., Buenos Aires, 1973, Depalma, p. 91.

8. La revisión de sentencias de un Tribunal o Corte Suprema nacional, como consecuencia de la decisión de un órgano jurisdiccional internacional

Cabe detenernos ahora en el caso de que, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declare inconvencional —por violatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— a una sentencia del máximo tribunal de un país, cosa que, en primer lugar, genera responsabilidad internacional para el Estado. La ejecución del fallo del órgano regional puede obligar también a la Corte Suprema o Constitucional del Estado, a modificar lo resuelto originariamente por ella, o a enmendar, asimismo, un decisorio de un tribunal nacional inferior que operó en base a la inicial sentencia máxima de la justicia nacional.

Estas medidas, en verdad, no constituyen "autorrevisión" en sentido estricto, o sea, dispuesto por la propia decisión de la Corte Constitucional o Corte Suprema nacional, sino el cumplimiento de una sentencia invalidatoria proveniente del sistema interamericano. Su principal justificativo jurídico no está en un derecho consuetudinario o formal local, sino en normas expresas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, como su artículo 68, que compromete al Estado local —es decir, a todos sus órganos—, a cumplir con lo resuelto por la Corte Interamericana, de acuerdo igualmente con el principio del "efecto útil" de los tratados internacionales, reflejado en el artículo 2º de la citada Convención.

9. La eventual autorrevisión por aplicación de la doctrina del "doble conforme"

El artículo 8º numeral 2-h del Pacto de San José de Costa Rica, relativo a las garantías judiciales del debido proceso, y en particular para los inculpados condenados, determina para estos últimos su "derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". Aquí se recepciona la doctrina del "doble conforme", o de la necesidad de dos sentencias condenatorias, para los procesados en el fuero

penal. Según el texto, por ende, deben existir allí por lo menos dos tribunales: uno, inferior, y otro, superior.

La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en este tema, es bastante exigente: la posibilidad de "recurrir del fallo" tiene que ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio a dicho derecho; y además, debe permitir una revisión integral y eficaz del primer fallo condenatorio (caso "Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica", párrs. 163 a 165; "Mohamed *vs.* Argentina", párrs. 97 y 99, entre otros).[22]

El tema provoca complicaciones cuando el órgano jurisdiccional que dicta el primer veredicto condenatorio es una Corte Suprema o un Tribunal Constitucional (son hipótesis no frecuentes, pero no descartables en el mundo jurídico: *v. gr.,* cuando la Corte Suprema de Justicia de Argentina opera en instancia originaria y exclusiva, a tenor del art. 117 de la constitución nacional, en los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros), que conforme el ordenamiento constitucional de ese país, no es recurrible, operando la Corte como "órgano de cierre". Es decir, que no exista —según la nación del caso— un *tribunal superior* apto para emitir la segunda condena que demanda el artículo 8, numeral 2-h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[23]

Esta situación se presenta porque al momento de redactarse numerosas constituciones, el principio del "doble conforme" no tenía históricamente, todavía, rango jurídico constitucional o convencional. O que si lo tenía, los constituyentes no se percataron debidamente de ello. Pero al figurar hoy, por ejemplo, en el Pacto de San José de Costa Rica, y de acuerdo con el inevitable principio del *efecto útil* de este último, consagrado explícitamente en su artículo 2º, los Estados tienen que adoptar —obligatoria-

[22] Véase sobre el tema Ibáñez Rivas, Juana María, *Garantías Judiciales,* en Steiner Christian y Uribe Patricia (coords.), *Convención americana sobre derechos humanos. Comentario,* La Paz, 2014, Fundación Konrad Adenauer, pp. 243-245.

[23] En Perú, conforme al Código Procesal Penal de 2004, el problema parece resuelto en su art. 450, inc. 7, ya que prevé un fallo dictado por una Sala especial penal Suprema, con apelación ante la Sala Suprema que contempla la Ley Orgánica del Poder Judicial.

mente— las medidas "legislativas o de otro carácter" necesarias para implementar los derechos reconocidos en la Convención internacional.

En el supuesto que consideramos, el fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina tendría que someterse, por ende, a una revisión integral y eficaz. Ello puede instrumentarse por diversas vías. Una, la ideal, sería la reforma constitucional que habilitarse tal mecanismo recursivo, *v. gr.,* dividiendo la Corte en salas y permitiendo que una de ellas reconsidere la sentencia pronunciada por otra —es una alternativa no ortodoxa, porque con tal criterio la sala revisora se convertiría en "tribunal superior" de otra jerárquicamente igual a ella—. Otra, más correcta, consistiría en prever, también mediante reforma constitucional, otro auténtico "tribunal superior" de la Corte, solamente, por ejemplo, a los fines de cumplir con la regla convencional del "doble conforme" vigente en el área penal. La tercera, decididamente audaz, podría consistir en que el poder legislativo, o la Corte Suprema, pretorianamente, y hasta que no medie enmienda constitucional, diseñasen por sí la instancia recursiva que programa la convención americana sobre derechos humanos, conforme a pautas de razonabilidad; quizá, *v. gr.,* por vía de autorrevisión del Tribunal Supremo.[24]

Esta última variable no sería "constitucional" en sentido estricto, aunque cabe preguntarse si satisfaría el recaudo de "convencionalidad", que de todas maneras no permite que se deje de cumplir con el "doble conforme", so pretexto de que el derecho nacional no lo contempla, para las sentencias de su Corte Suprema o, en su caso, Tribunal Constitucional.

En realidad, para cumplir con el "doble conforme", el tribunal revisor de la sentencia pronunciada en instancia única, originaria y exclusiva, por una Corte Suprema, o un Tribunal Constitucio-

[24] En los supuestos de autorrevisión de un fallo condenatorio dictado por la propia Corte Suprema de Justicia, sus jueces no podrían ser los mismos que dictaron la sentencia original de condena, puesto que no serían técnicamente hablando imparciales —en sentido objetivo— al respecto, por el rol procesal que ya cumplieron, debiéndose integrar el tribunal con otros magistrados suplentes o subrogantes.

nal, no debería ser desempeñado por los mismos jueces que dictaron el veredicto condenatorio inicial, ya que estos carecerían de imparcialidad "objetiva", debido a las funciones que cumplieron: si ya juzgaron, advertimos, no están habilitados para "rejuzgar". Pero quizá sí podría ser el mismo Tribunal, aunque integrado por otros jueces, imparciales e independientes, subrogantes o reemplazantes de quienes suscribieron el fallo original. De hecho, con esta composición, el cuerpo así nuevamente conformado operaría como Tribunal Superior del que falló en primer término.

Conclusiones

1. La autorrevisión de sus propias sentencias, por parte de una Corte, Tribunal o Sala Constitucional, o Corte Suprema con roles similares, es un fenómeno jurídico controvertido.
2. Para afirmar la autocorrección, la tesis permisiva entiende: *a)* que el principio de cosa juzgada es relativo, y que cede ante supuestos, por ejemplo, de cosa juzgada aparente, írrita o fraudulenta; *b)* una sentencia con gruesos errores de forma o de fondo, que viola derechos constitucionales relativos al debido proceso, a la justicia o a otros valores fundamentales, no merece estar amparada por la cosa juzgada, y *c)* la autorrevisión, en casos excepcionales o extraordinarios, se legitima —aunque no exista ley habilitante que la permita—, en los supuestos considerados, incluso para evitar el desgaste jurisdiccional que significa llevar un problema ante instancias jurisdiccionales supranacionales. Hay, por ende, razones de economía jurídica nada despreciables, respetuosas, concomitantemente, del principio de subsidiaridad y de complementariedad del derecho internacional de los derechos humanos, frente a los remedios que puedan encontrarse en el ámbito doméstico.
3. La doctrina negatoria se basa en razones de seguridad, orden y previsión. Parte del supuesto de que no haya norma jurídica nacional vigente, ya sea formal o consuetudina-

ria, que permita la autorrevisión, y prefiere guarecerse en una fuerte versión del principio de cosa juzgada. Alerta que si la autorrevisión nace únicamente por vía pretoriana, mediante decisión de un Tribunal Constitucional o Corte Suprema para un caso, eso implica que aparte de ejercer funciones habiendo perdido ya, en el caso, su jurisdicción para resolver, nada impediría, además, que la sentencia revisora fuese a su vez autorrevisada en el futuro, si padeciese también de defectos extremos, y así sucesivamente, situación que importaría un absurdo o recurso *ad infinitum*. Desde el punto de vista de la política judicial, la autorrevisión podría en algunos casos fomentar, también, que al variar la integración de un Tribunal Supremo, sus nuevos miembros estuviesen tentados de fiscalizar y corregir las sentencias anteriores del mismo, dictadas por otros magistrados, argumentando que padecen de errores de magnitud tal que las tornan derrotables. Estos riesgos pueden ser decisivos para dirimir la controversia que tratamos.

4. En un *test* de balance, la posición negatoria —se repite: salvo que haya norma vigente, formal o consuetudinaria, que contemple la autorrevisión—, puede resultar —en principio— más convincente, sin perjuicio de reconocer las serias y valiosas razones que tiene la tesis permisiva. Lo dicho no impide, claro está, que si una sentencia tiene evidentes errores de redacción, o un enunciado absurdo, pero cuyo recto entendimiento emerja claramente del expediente del caso, sea interpretada de modo adecuado y no robóticamente literal. Ello no implica en verdad autorrevisión de lo decidido, sino cumplimiento lógico, racional y genuino del fallo, del mismo modo que cuando se interpreta una norma prefiriendo la voluntad de su autor, o la intelección lógica del precepto, por sobre el mero texto de ella, exégesis no absurda de la ley.[25]

[25] Cabe recordar también a Werner Goldschmidt, cuando afirmaba que toda interpretación del derecho que conduzca a un absurdo, debe rechazarse. La Corte Suprema de Justicia de Argentina ha condenado asimismo la interpretación arbitraria del derecho, inclusive la absurda, que si se hace en

5. Restaría considerar el caso de una sentencia expedida por un "órgano de cierre", de tipo *aberrante* —una cualidad viciosa mucho más fuerte que la propia de un fallo *arbitrario* o *derrotable*—, portadora, entonces, de una "injusticia extrema", en el sentido de ser lesiva, palmariamente, de un derecho natural esencial y fundamental, ligado inescindiblemente a la dignidad humana, y obviamente irrenunciable.[26] Conforme la "fórmula de Radbruch", que ya hemos citado (*supra,* par. 6), un caso de *injusticia extrema* sería una hipótesis de "no derecho". Para el iusnaturalismo tradicional, al que en esto adherimos, la respuesta resultaría similar: tal sentencia, basada incluso en el derecho positivo, pero violatoria gravemente del derecho natural, solo sería derecho aparente, y no puede reclamar obediencia. En tales supuestos extremísimos de *sentencias aberrantes*, y aun con los costos y riesgos que conlleva, la tesis permisiva de la autorrevisión tendría andamiaje, por más que no hubiere norma vigente, formal o consuetudinaria, que la autorice, por ausencia de materia jurídica exigible en el veredicto.

6. La autorrevisión puede estar prevista legalmente, cosa no frecuente en el derecho comparado, o consentida por el derecho consuetudinario constitucional o procesal constitucional, mediante la creación informal de normas imperativas con efectivo vigor jurídico, muchas de ellas, generalmente, de origen pretoriano.

7. La autorrevisión ha sido aceptada por el derecho consuetudinario procesal constitucional argentino, como posi-

---

un fallo judicial, lo convierte en sentencia arbitraria. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario, op. cit.,* en nota 13, t. 2, p. 189.

[26] Tal sería el supuesto —entre otros— de un fallo del "órgano de cierre" que, por ejemplo, admitiese una relación laboral que de hecho importe un estado análogo al de servidumbre, o que dispusiera una pena de muerte —más allá de los raros casos permitidos por el derecho internacional de los derechos humanos—, o impusiera tratos inhumanos o degradantes, que autorizara la tortura, o que atentase ilegítimamente contra la vida del *nasciturus,* infringiendo así las reglas de derecho natural o las constitucionales o convencionales en vigor.

bilidad excepcional y ante una nutrida gama de razones, pero que en principio deben ser graves, que evidencien desaciertos extremos, tanto de forma como de fondo, en el fallo autocorregido. La regla, de origen judicial, permite la autoenmienda sin exigir trámites especiales ni la articulación de un proceso autónomo destinado a invalidar el fallo retocado. Incluso, puede practicarse de oficio, o sea, sin petición de parte. Es la propia Corte Suprema la jueza de la excepcionalidad del caso y de la gravedad de los motivos que explican la autorrevisión. Más allá del debate que puedan suscitar estas reglas, que no dudamos en calificarlas como normas, cabe reconocerlas como vigentes.

8. En Perú la situación era no idéntica, pero sí relativamente similar, en el ámbito del Tribunal Constitucional, aunque una reciente sentencia de este último —caso "Panamericana Televisión S.A."—, ha sentado —por mayoría de votos: hay significativas y valiosas disidencias—, la tesis contraria, subrayando que el principio de la cosa juzgada, con refrendo específico y puntual en el artículo 121 del código procesal constitucional, impide tal autocorrección. Si tal criterio se reitera en el futuro —véase el caso "Sipión Barrios"—, cabe concluir que la regla consuetudinaria preexistente, admisoria de la autorrevisión, solo estaba en formación, sin haberse consolidado; o constatar, si se prefiere afirmar que esa norma consuetudinaria ya se encontraba cristalizada, que las sentencias del Tribunal Constitucional pueden cambiar el derecho consuetudinario procesal constitucional.

9. Cuando una Corte Suprema o Tribunal Constitucional modifica una sentencia suya previa, en virtud de una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no está en sentido estricto practicando "autorrevisión", sino ejecutando la revisión de un fallo suyo, realizada previamente por la Corte Interamericana —caso de heterorrevisión—, cumpliendo así con las normas de ejecución de sentencias a que alude el artículo 68 del Pacto de San José de Costa Rica.

10. Para efectivizar la doctrina del "doble conforme" —para otros, de la "doble condena"— en sede penal, impuesta por compromisos internacionales como el artículo 8, inciso 2-h del Pacto de San José de Costa Rica, la autorrevisión por un Tribunal Constitucional o Corte Suprema con roles similares, de un fallo suyo condenatorio, pronunciado en instancia originaria y exclusiva, podría eventualmente encontrar sustento, siempre que los jueces que emitan el segundo veredicto no sean los mismos que dictaron el primero.

Capítulo XII
Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión. Los tribunales constitucionales en Latinoamérica, como legisladores suplentes y precarios*

1. Introducción. Evolución en los roles de los tribunales constitucionales

El comportamiento de los tribunales constitucionales —y de quienes hacen aproximadamente sus veces, como las salas constitucionales y ciertas cortes supremas, a más de otros órganos judiciales inferiores—, ha experimentado en poco más de doscientos años interesantes y harto importantes transformaciones.

a) A partir del nacimiento del control judicial, desconcentrado o difuso al estilo estadounidense ("Marbury *vs.* Madison", 1803), el juez constitucional se perfila como un inaplicador o desaplicador de normas inconstitucionales. Su veredicto admisorio de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad, ceñido al caso concreto, evita que allí se efectivice la norma inconstitucional, que para esa litis, se la reputa inválida e inexistente, *ex tunc*. Pero

* El presente trabajo se inserta dentro del Programa de Investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina. El autor ha publicado anticipos del mismo y su versión inicial, ahora completada. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *"La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario",* en Bazán Víctor (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. II, pp. 573 y ss.

el precepto continúa formalmente en vigencia; se aplica en todas las demás relaciones jurídicas, mientras no se lo discuta judicialmente, expediente por expediente, y siempre que no sea aceptado por el juez, en cada proceso, el acuse de inconstitucionalidad. Al mismo tiempo, los tribunales pueden dar respuestas jurídicas diversas: algunos, entendiendo como constitucional una norma; otros, parcial o totalmente inconstitucional al mismo dispositivo legal. También pueden variar de criterio: lo que juzgaron inconstitucional ayer, puede ser hoy reputado constitucional, y viceversa, en una suerte de carrusel judicial con muchas vueltas.

b) Con la fórmula kelseniana instrumentada en la Constitución austriaca de 1920, el control de constitucionalidad va a tener, en muchos casos, efectos expansivos. La ley calificada como inconstitucional por el Tribunal Constitucional —órgano especializado y concentrado de control de constitucionalidad—, resulta abolida. El Tribunal Constitucional pasa, de tal modo, a ser *legislador negativo:* no está habilitado para dictar leyes, pero sí para derogarlas. Se ha ganado en certeza, lógica y seguridad jurídicas, como no podía ser menos en el líder de la teoría pura del derecho. Se ha perdido en división de poderes.

c) Una tercera etapa acaece cuando la Corte Suprema de Estados Unidos, en "Cooper *vs.* Aaron" (1958), un fallo que algunos llaman "el segundo Marbury *vs.* Madison", adopta francamente el sistema del "precedente" —*stare decisis*—, y obliga a los tribunales inferiores a seguir la doctrina judicial establecida por ella.[1] De hecho, este régimen significa darle a aquella Corte cierto rol material de *legislador activo:* su jurisprudencia asume —por su propia decisión—, un papel de *norma general,* en el sentido que debe ser seguida, excepciones aparte, al menos por los demás tribunales. Éstos han sufrido un importante recorte de sus competencias en materia de control de constitucionalidad: ya no son libres de decidir con independencia de criterio, en temas sobre los que ya se ha pronunciado la Corte Suprema. Cuando ella habla, en ese punto el sistema de la *judicial review* es, en alguna medida, "concentrado".

[1] Véase Sagüés, María Sofía, "Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución,* Porrúa, núm. 2, 2004, México, pp. 225 y ss.

Es cierto que la ley declarada inconstitucional por la Corte Suprema mantiene todavía su vigencia formal; pero los tribunales deberán inaplicarla, si se la discute en ellos con acierto, en tiempo y forma. Esa decisión de inaplicación, en términos generales, hace aproximarse a la Corte Suprema estadounidense, también, a un cuasilegislador negativo.

d) Principia otro tramo cuando algunos tribunales, cortes y salas constitucionales se transforman en *inductores de normas.* En este segmento de nuestra exposición, no las fabrican, pero las instan, encomiendan, y algunas veces, lo exigen, con plazos a la vista. Para ello, utilizan las "sentencias exhortativas", también llamadas "de encargo". Florecen distintas modalidades de estas sentencias "atípicas". Veamos algunas: La más simple: (i) cuando se declara inconstitucional una ley, y se pide al poder legislativo que dicte otra bajo determinadas pautas de constitucionalidad, a fin de no pecar como lo hizo la primera. Las más sofisticadas: (ii) cuando se entiende que una ley es inconstitucional, pero no se la invalida formalmente, por los efectos sensiblemente dañosos que se producirían con tal declaración. En su lugar, se requiere al legislador que sancione una ley indiscutiblemente constitucional, en reemplazo de la sepultada como inconstitucional. (iii) O si se juzga que una ley "parece" inconstitucional, y se reclama al legislador que la sustituya por otra que no sea inconstitucional; o (iv) cuando se advierte al Congreso que una norma, hoy postreramente constitucional, puede dejar de serlo pronto —los hemos denominado casos de "constitucionalidad precaria", *in articulo mortis*—, razón por la que aparece la conocida exhortación a la sanción de una norma genuinamente acorde con la Constitución.[2]

e) El comportamiento de un Tribunal Constitucional, ya como legislador activo, se logra asimismo mediante las sentencias "modulatorias" —otros las llaman "manipulativas"— de tipo "aditivo", "sustractivo" o "mixto" —sustitutivas—, con directivas —que materialmente son verdaderas normas—, de seguimiento general y obligatorio por los demás tribunales inferiores. Por ejemplo, (i) cuando un Tribunal Constitucional entiende que determinado

[2] Sobre las sentencias exhortativas nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos,* Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 2009, pp. 78 y ss.

texto legal debe leerse con más un agregado diseñado por el propio Tribunal, para que resulte compatible con la Constitución; (ii) cuando, al revés, le quita algo a un precepto subconstitucional, para tornarlo aceptable a la luz de la Constitución. Y (iii) cuando modifica el contenido de una norma, extrayendo el mensaje original e injertándole otro, igualmente para conceptuarla compatible con la Constitución.[3] Todas estas directrices son generalmente obligatorias para los demás operadores de la Constitución, y resultan emitidas por los tribunales constitucionales en su carácter de intérpretes supremos de ella.

No se tratará, aquí, de evaluar el mérito o las críticas a estos papeles activistas asumidos por tribunales y salas constitucionales. El argumento defensista es que lo hacen para cumplir con la Constitución, e incluso como actos de cortesía constitucional, a fin de evitar, en ciertos supuestos, la declaración frontal de inconstitucionalidad de ciertas normas, para lo cual recurren a fórmulas de rescate que algunas veces son realmente alambicadas. La posición negativista, por su parte, imputa a estos operativos jurisdiccionales violación al principio de división de los poderes.

Este capítulo se detendrá en una particularidad de los roles activos de un tribunal constitucional, en el ámbito concreto de la inconstitucionalidad —habitualmente del poder legislativo—, por omisión respecto de la producción de normas generales. En ese quehacer, puede convertirse en un órgano formalmente *emisor de normas,* aunque de manera subsidiaria y transitoria.

2. Caso ecuatoriano. El Tribunal Constitucional como legislador suplente y precario

La nueva Constitución del Ecuador, aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008, ha remodelado con cierta intensidad al antiguo Tribunal Constitucional que existía en tal país, que con

[3] *Ibidem,* en nota 2, p. 77. De nuestra misma autoría, "Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 12, 2008, pp. 337 y ss., con específica referencia a ese país.

distintos nombres y competencias, es uno de los más antiguos de América Latina, ya que fue lanzado en los cuarenta del siglo xx. En términos generales, ha reforzado sus roles y aumentado su autonomía.[4]

Nos interesa detenernos en un aspecto de la reforma constitucional, como es el concerniente a la *inconstitucionalidad por omisión*. El actual inciso 10 del artículo 436 de la Constitución se detiene específicamente en el tema y dispone lo siguiente, entre las competencias de la nueva y ahora denominada Corte Constitucional:

> Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

La norma constitucional tiene antecedentes en una reforma sancionada en 1992, y en particular en un proyecto elaborado

[4] La nueva Constitución ecuatoriana declara a la Corte Constitucional como el máximo órgano de control de la Constitución (art. 429). Se integra con nueve miembros, que duran nueve años sin reelección inmediata (art. 432), periodo felizmente ampliado con relación al corto tramo anterior de cuatro años. No están sometidos a juicio político. No pueden ser removidos por quienes los nombraron. En caso de responsabilidad penal son enjuiciados por la Corte Suprema de Justicia. Su destitución se decide por los tercios de los miembros de la Corte Constitucional (art. 431). Sus miembros son designados por una Comisión Calificadora de seis miembros —dos designados por la función legislativa, dos por la ejecutiva y dos por la de Transparencia y Control social—, mediante concurso público: art. 435. La función de Transparencia y Control social se forma por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias (art. 204). En la práctica, habrá que analizar en el futuro si la Comisión Calificadora concluye o no efectivamente libre de influencias de los otros poderes del Estado. La autonomía funcional de la Comisión será un dato indispensable para erigir una Corte Constitucional a su vez imparcial e independiente.

por Iván Castro Patiño que influye en la redacción actual del texto citado.[5]

Como puede constatarse, de haber una intimación por parte de la Corte Constitucional para que el órgano renuente se expida, la cláusula habilita a la misma Corte para que, de manera provisional, emita la norma ausente o ejecute el acto omitido, de conformidad con la ley.

La norma de referencia guarda similitud con la sancionada para el estado de Chiapas (México), por decreto publicado en el periódico oficial del 16 de mayo de 2007,[6] según la cual, cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte al debido cumplimiento de la Constitución, el Tribunal Constitucional del Estado intimará al Congreso para que resuelva la omisión en un periodo de sesiones, y si no lo hace, cuando se trate de leyes cuya expedición está ordenada por la Constitución local o federal, el referido Tribunal Constitucional se pronuncia en torno a la omisión, emitiendo provisionalmente las disposiciones pertinentes, añadiéndose "que dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa" (artículo 56, fracción III de la Constitución de Chiapas).

En un sentido parecido, la Constitución del estado de Querétaro enuncia en su artículo 29, apartado IV, como competencia

---

5 Castro Patiño, Iván, *Inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, derecho comparado, reforma necesaria en la Constitución ecuatoriana,* Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2006, pp. 181 y ss. El libro aborda con datos actualizados el tema que enfoca, e incluye la propuesta de un texto constitucional específico relativo a tal asunto. Sobre propuestas para instrumentar una reforma constitucional admisoria de la acción de inconstitucionalidad por omisión en Perú, véase Carpio, Marcos Edgar y Eto Cruz, Gerardo, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado,* Querétaro, Fundap, 2004, pp. 81 y ss.

6 Cfr. Rangel Hernández, Laura Maribel, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa en México,* tesis para optar por el grado de Maestro en Derecho Procesal Constitucional, México, Universidad Panamericana, 2008, pp. 157-158, versión policopiada, a quien seguimos en esta descripción. Agradezco a la autora sus aportes para elaborar el presente estudio. Véase también Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México,* México, Porrúa, 2009, pp. 202 y ss.

del Pleno o de las Salas del Tribunal Superior de Justicia, según lo determine la ley, "declarar sobre los casos de omisión en la expedición de leyes, cuando la misma afecta el funcionamiento o aplicación de la presente Constitución". Y a su turno, la ley de justicia constitucional del estado, del 27 de marzo de 2009, establece un capítulo específico para la "acción por omisión constitucional".

Dicha acción, que puede ser ejercida por el gobernador, los ayuntamientos o consejos municipales, los organismos autónomos y los partidos políticos nacionales y estatales debidamente registrados, tiene como requisito que la omisión legislativa impida el ejercicio de un derecho o atribución otorgado por la Constitución local (art. 86). La sentencia admisoria debe contener un plazo para que la Legislatura del Estado emita la regulación necesaria para subsanar la omisión legislativa (art. 89). Pasado dicho plazo sin que se haya emitido ni se encuentre en vías de ejecución, por única vez la Sala Constitucional otorga un plazo extraordinario de hasta treinta días hábiles a la autoridad condenada, para que "ejecute plena y completamente la sentencia", circunstancia que comunicará al Pleno del Tribunal Superior de Justicia (art. 90). Y si la sentencia no es satisfecha, además de la responsabilidad en que incurra la Legislatura, "la Sala Constitucional informará de dicha situación al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, quien dictará la regulación a que deba sujetarse el ejercicio de la atribución o derecho reconocido en la sentencia. Dicha regulación será aplicable hasta en tanto no se expida la ley local respectiva" (art. 91).

No preocupa mayormente que un órgano de la jurisdicción constitucional, ante un caso de omisión inconstitucional, ordene cumplir un acto concreto omitido. Esto es frecuente en el derecho procesal constitucional, y para ello existen, habitualmente, acciones de amparo o mandamientos de ejecución. Pero lo que sí llama la atención es la habilitación constitucional para que, ante supuestos de omisión inconstitucional en la producción de normas generales, el referido tribunal pronuncie —bien que sea provisionalmente— a la regla jurídica ausente.

En definitiva, la Constitución programa a la Corte Constitucional como un legislador suplente y precario, problemática en la que nos vamos a detener.

3. Antecedentes

Hay múltiples remedios jurisprudenciales y constitucionales para atacar a la inconstitucionalidad por omisión. Baste mencionar, al respecto, sistemas que contemplan una denuncia ante el órgano que controla tal omisión, y otros que pueden proseguir con recomendaciones, llamados de atención o intimaciones al órgano en mora, la cobertura judicial para un caso concreto, la imposición de un resarcimiento por el daño causado, etc. Nos remitimos al tratamiento que hemos dado a ellos, en trabajos anteriores.[7]

Con referencia específica a la actuación de una Sala o Tribunal Constitucional como legislador suplente, y sin pretender agotar la temática, es posible citar como un antecedente —no idéntico, por cierto— a la Constitución de Venezuela de 1999, que en su artículo 336, inciso 7º, al contemplar la inconstitucionalidad por omisión en la generación de normas por parte del poder legislativo nacional, estatal o municipal, establece que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia "establecerá el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección". Aquí ya se anticipa una gestión como legisladora positiva de la Sala Constitucional, respecto del posible contenido que deberá tener la futura norma a dictarse.

Merece igualmente recordarse, como precedente más próximo, el caso de la Constitución del estado mexicano de Veracruz, y con alusión a la mora legislativa inconstitucional del Congreso, cuando estatuye que el Tribunal Superior de Justicia fija un plazo de dos periodos ordinarios de sesiones, para que elabore la norma faltante; y si "transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto".

En esta hipótesis, el perfil del Tribunal Superior de Justicia como legislador suplente tiende a definirse más. Se trata de su aptitud constitucional para "dictar las bases" —hecho que impli-

[7] Por ejemplo, Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución,* 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 129 y ss., cap. X: "Los jueces y la inconstitucionalidad por omisión".

ca emitir normas, bien que no todas las reglas del caso— que regularán el tema hasta tanto lo haga el legislador ordinario. Para Fernández Rodríguez, está potenciado para emitir "una especie de normativa básica".[8]

Pero en el caso ecuatoriano, aproximándose a la alternativa seguida en Chiapas, tal definición es todavía más categórica, ya que, como vimos, consiste en que la Corte Constitucional "expedirá" la norma ausente, bien que de manera "provisional", y conforme a la ley. Hemos visto que el estado de Querétaro se inclina a una posición similar.

4. Fundamentos de la solución constitucional

Es notorio que en la receta ecuatoriana prevalece la intención de afirmar la fuerza normativa de la Constitución, entendida como regla motorizable por la Corte Constitucional, cuando la inacción del legislador regular del caso —que puede ser no solamente el poder legislativo formal, sino toda otra autoridad que debe, según la Constitución, pronunciar una norma—, paraliza su eficacia. Esa suerte de anestesia inconstitucional de la Constitución, por la renuencia del legislador moroso, es salvada así, de modo subsidiario y provisional, por la Corte Constitucional.

Acompañando ese razonamiento, es visible asimismo que la Constitución ha querido que la vigencia de los derechos enunciados por ella no quede a la merced de la voluntad del órgano normalmente emisor de normas —el legislador—, de sancionarlas o no sancionarlas. La solución, por cierto drástica, ha sido dejar a la magistratura constitucional —en su máximo nivel— la cobertura transitoria de la norma faltante. Para ello, la Constitución "judicializa" el conflicto —que décadas atrás era una *po-*

[8] Fernández Rodríguez, José Julio, "La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general del dicho instituto", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional,* 4ª ed., México, Porrúa, 2003, t. IV, p. 3771, quien critica profundamente la alternativa seguida por la Constitución veracruzana, por afectar el principio de división de los poderes.

litical question, o cuestión política no justiciable—, y lo inserta dentro de las competencias de la Corte Constitucional.

Por supuesto, la primera crítica a este régimen es la hipotética violación al principio de división de poderes, dado que la Corte Constitucional estaría cumpliendo aquí funciones nomogenéticas encargadas por la Constitución, inicialmente, a otros órganos. Vale la pena observar que trata aquí de una impugnación de tipo académico y conceptual, ya que no es una violación de la Constitución, desde el momento en que es la misma Carta política la que programa al sistema que analizamos.

Liminarmente cabe alertar que el órgano presuntamente "invadido" mal podría considerarse "víctima", ya que si hubiese emitido la norma que no dictó, no existiría problema alguno. Nadie puede, según el viejo adagio latino, alegar su propia torpeza. Además, cada cual es responsable de sus propios actos —en la especie, de su propia omisión, infractora de la Constitución—.

Al mismo tiempo, el citado órgano hipotéticamente "invadido" podría concluir inmediatamente, si lo quisiera, con la supuesta "invasión" de la Corte Constitucional. Como ésta actúa aquí "de manera provisional" —o sea, como legislador precario—, si el órgano constitucionalmente previsto que no sancionó la norma, lo hace cumpliendo con su deber constitucional, *ipso jure* concluye la norma dictada por la Corte Constitucional. Las normas elaboradas por la Corte son, en definitiva, preceptos bajo condición resolutoria *(sub conditionem resoluitur):* tienen vigencia hasta tanto el legislador normal quiera mantenerlos, ya que puede sustituirlos con la norma que él desee sancionar, cumpliendo con el mandato constitucional que le obliga a aprobarla.

En conclusión, no parece haber aquí ni "órgano invadido", ni "órgano víctima".

5. Críticas

El cuestionamiento más fuerte a la doctrina de la Corte Constitucional como legislador suplente y precario viene por otros lados. Mencionaremos tres argumentos: *a)* el técnico; *b)* el político, y *c)* el funcional.

a) El argumento técnico. El mismo apunta que dictar sentencias —objetivo primario de un tribunal constitucional— no es lo mismo que elaborar normas generales —meta del legislador—.

La preparación y redacción de una norma cuenta con técnicas específicas, bastantes exigentes por cierto,[9] que en la esfera académica han dado lugar, incluso, a maestrías especializadas, como la actualmente en curso en la Universidad de Buenos Aires. Por lo demás, requiere oficinas de información y de asesoramiento, con personal especializado y un material informativo puesto al día, en temas muchas veces complejos.

El dictado de una norma general exige igualmente empalmar el nuevo texto con las normas afines, circunstancia que obliga a tener muy en cuenta normas preexistentes, o modificarlas. De no tomarse esas precauciones, el principio de derogación tácita orgánica *(lex posterior derogat priori)* puede provocar abrogaciones no queridas por quien está operando como legislador, o desajustes normativos muy perniciosos para la seguridad jurídica.

Con esto quiere significarse el arte y la ciencia de legislar no es un trabajo para *amateurs,* y que una Corte Constitucional que quiera operar como legislador, aunque precario y suplente, puede no ser el órgano más adecuado para estas nuevas funciones, que en principio resultan anómalas para el Tribunal. De todos modos, si las asume, ello requeriría cuerpos especializados dentro de la Corte, para coadyuvar con eficiencia en dicho trabajo.

b) El argumento político. Desde este punto de observación cabe añadir que el oficio de legislar es políticamente muy significativo —*principalem actus regis,* lo llamaba Santo Tomás de Aquino—,[10] y que, en un Estado democrático, requiere deliberación, confrontación de posiciones, demandas colectivas e ideologías, elaboración de fórmulas conciliatorias y transaccionales entre los diferentes grupos políticos que conforman la sociedad, y a menudo, adoptar

[9] Véase por ejemplo Muñoz Quesada, Hugo Alfonso y Haba, Enrique Pedro, *Elementos de técnica legislativa,* San José de Costa Rica, Prodel, 1996, *passim*.

[10] Nos hemos referido al tema en Sagüés, Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político* Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 187-189. El Aquinate habla incluso del "arte de legislar" —*de legislatione*—, como difícil empresa de compaginación normativa para alcanzar el bien común.

opciones entre fórmulas contrapuestas, cuando la concertación no se obtiene, con la prudente medición de los efectos que ellas pueden tener en una colectividad.

Tal espacio y paisaje difícilmente se van a encontrar en el seno de una Corte Constitucional, donde la mentalidad y los estilos imperantes, así como el discurso jurídico, transitan por otros caminos. En cierto modo, media allí un clima más profesional, universitario y académico en la tarea de hacer funcionar el derecho, que el propio de un Parlamento donde se sanciona ese derecho. Los jueces constitucionales, además, no tienen por qué sentirse comprometidos con los partidos e intereses sectoriales que, en cambio, anidan en los poderes ejecutivo y legislativo —y que es bueno que afloren y se contrapongan en el debate democrático—. Antes bien, deben comportarse como sujetos imparciales e independientes, como por ejemplo exige el artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica.

Es por ello que el escenario judicial tampoco sea el más adecuado para generar normas, aunque ocasionalmente algunos tribunales, en ciertos países, hayan pergeñado proyectos de ley, en particular concernientes al quehacer judicial.

c) El argumento funcional. En este terreno, la pregunta estriba en determinar en qué medida la asunción de roles normativos por una Corte Constitucional puede perturbar el desarrollo de las tareas jurisdiccionales corrientes de tal órgano.

Por lo general, en el ámbito latinoamericano, las cortes y salas constitucionales tienen una cantidad de trabajo que no guarda relación con los recursos humanos y técnicos convenientes para asumirla. En otras palabras, resultan desbordadas por una catarata de procesos constitucionales de toda laya, concernientes tanto a la llamada "jurisdicción de la libertad" —protectora de los derechos personales—, como a la "jurisdicción orgánica" —solución de conflictos de poderes y de controversias entre los órganos del Estado, por ejemplo—.

En síntesis, pocos tribunales constitucionales han optado por una solución tan dura como la estadounidense, cuya Corte Suprema resuelve menos de cien causas por año. La mayoría se encuentra condenada a recibir, procesar y resolver miles de expedientes.

La cuestión es si ante tal panorama, es factible sumar a las funciones de una Corte Constitucional, la de actuar como legislador activo —aunque fuere suplente y precario—, ante los supuestos de inconstitucionalidad por omisión. Naturalmente, la respuesta —desde un punto de vista exclusivamente cuantitativo—, va a depender del número de procesos jurisdiccionales o parecidos a tales que debe decidir, y del número de causas donde tenga que actuar como legislador. Ese cálculo es decisivo para no asignarle a una Corte Constitucional misiones materialmente imposibles, que son en sí profundamente antisistémicas. Un Tribunal o Sala Constitucional atiborrado de pleitos, y además, legislador, tiene el serio riesgo de incumplir ambos cometidos.

6. Balance y replanteo

Cuando a fines de los años sesenta el Tribunal Constitucional federal alemán asumió francamente el tema de la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales, alertó que los jueces, para remediarla, debían tener en cuenta tanto un claro mensaje constitucional incumplido, como el transcurso de un tiempo ya irrazonable sin que se lo obedeciera, y, por último, la posibilidad de que el poder judicial pudiese cubrir material y jurídicamente el vacío lagunoso, prescindiendo del legislador.[11]

Tales directrices conservan hoy vigencia. No es tarea simple atender jurisdiccionalmente la cobertura de esa inconstitucionalidad por omisión. Supóngase que la Constitución encomienda al poder legislativo establecer un régimen de participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, con colaboración en su dirección y en el control de la producción, y que el Congreso permanezca renuente en esa obligación.[12] Una magistratura constitucional que decidiese aquí poner punto final a la mora

[11] Cfr. Piña, Rolando E., *Cláusulas constitucionales programáticas,* Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 72 y ss., Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión,* Madrid, Civitas, 1998, pp. 312 y ss.

[12] El caso no es hipotético, sino que se presenta claramente en el art. 14 bis de la Constitución nacional argentina, sancionado en este punto en 1957 y no reglamentado de modo general hasta la fecha, en tal cuestión.

legislativa tendría frente a sí un trabajo hercúleo para elaborar soluciones individuales, y más todavía para redactar una norma general subsidiaria, en un asunto de por sí opinable y harto controvertido, con múltiples y distintas fórmulas de instrumentación, donde entran en juego diferentes índices de rentabilidad, según las actividades y el tipo de establecimiento considerados, opuestos criterios políticos de redistribución de la riqueza, mediciones y resultados diversos acerca del impacto económico de las posibles cuotas y modos de repartir, etcétera.

Una breve sinopsis histórica muestra, como detallamos en el parágrafo 1, que la jurisdicción constitucional no fue concebida inicialmente para reparar la inconstitucionalidad por omisión, sino solamente para inaplicar reglas inconstitucionales; pero que después ha atravesado distintas etapas donde ha asumido funciones de legislador negativo, primero, y después de cuasilegislador positivo, ya sea como agente instigador de normas, o como productor material de ellas, para arribar ahora a la condición de legislador formal, bien que suplente y precario, *sub conditionem resoluitur,* esto es, hasta que el legislador ordinario no actúe.

Si bien cabe destacar el ánimo de justicia y de ejecución real de la Constitución que caracteriza a esta última posibilidad, en aras de otorgarle genuina eficacia y positiva vigencia de los derechos personales; y que la novedosa reprogramación que importa de la doctrina clásica de división de los poderes no la descalifica de por sí *in limine,* la problemática técnica, política y funcional que conlleva, y que hemos detallado anteriormente, no aconseja proyectarla como una solución deseable para todo sistema constitucional. Antes bien, lo mejor será evaluar con cautela las experiencias que ocurran en los estados que la han adoptado, antes que repetirla ya en otros. Para aquéllos, ciertamente, importa un desafío digno de una cuidadosa observación por parte del resto del derecho comparado.

Para el caso ecuatoriano, cabe alertar por último que la propia Constitución deja en parte la instrumentación de la aptitud legisferante de su Corte Constitucional, a lo que establezca la ley, según se desprende del citado artículo 436, inciso 10 (véase par. 2). Ello deja abierta la posibilidad de enmarcar tal competencia dentro de ciertos parámetros, como los enunciados por el Tribu-

nal Constitucional federal alemán, en torno a la factibilidad, en un caso concreto, de ejercer tal función prescindiendo absolutamente del legislador.

La "ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional", sancionada en 2009, disciplina el "control constitucional de las omisiones normativas" y distingue entre las "absolutas" y las "relativas".[13] Respecto de las primeras, que son las que aquí nos interesan, determina que la Corte Constitucional fijará un plazo para que el órgano renuente subsane su silencio, y

> En caso de que no se expida la normatividad en el plazo requerido, la Corte Constitucional *formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia* (art. 129-1). (Las cursivas son nuestras)

De alguna manera, pues, la ley reglamentaria ha circunscrito la facultad de la Corte Constitucional de dictar la "*norma*" omitida (art. 436, inc. 10 de la Constitución), a emitir "las *reglas básicas* correspondientes que sean indispensables", limitación que parece razonable, ya que alude a una actividad legisferante más modesta y elemental, de tipo indispensable para cumplir con las promesas constitucionales. Por ley, en síntesis, Ecuador viene a aproximarse a la solución adoptada por el Estado mexicano de Veracruz (véase par. 3).

[13] Para las inconstitucionales por omisión relativas, "cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes", la ley establece que serán subsanados por la Corte Constitucional mediante "sentencias de constitucionalidad condicionada". El tema se conecta con las exclusiones arbitrarias, por ley, de beneficios: véase art. 129, inc. 2º, de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Capítulo XIII
Activismo y garantismo. A propósito del "juez actor", del "juez investigador" y del "juez preservador", en el derecho procesal constitucional*

1. Introducción

La expresión "activismo judicial" es multívoca. A menudo se la emplea para calificar la actitud de ciertos tribunales que hacen funcionar la Constitución con criterio dinámico y muchas veces hiperevolutivo, realizando, llegado el caso, interpretaciones mutativas —aditivas, sustractivas o mixtas— del documento constitucional, más allá de la voluntad del constituyente histórico e incluso contra él, cambiando, de ser necesario, el techo ideológico de la Constitución. Doctrinas como la "constitución viviente" *(living constitution)* y del uso alternativo del derecho, auspician esas posiciones. El activismo puede llegar también a programar desarrollos normativos de tipo infraconstitucional, aunque la Constitución no los imponga, pero atribuyéndoselos de todos modos, asumiendo así las cortes judiciales papeles legisferantes. Se trata, desde luego, de asuntos de enorme gravitación, que ponen en debate —entre otros puntos— el rol mismo del poder judicial y de la

* El presente trabajo se incluye dentro del Programa de Investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Su cuerpo principal se publicó en Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés,* México, unam, 2011, t. II, pp. 157 y ss.

jurisdicción constitucional, el sentido y la evolución de la doctrina de la división de los poderes, y el sometimiento o el despegue del operador judicial respecto del autor de la Constitución.

Aquí abordaremos otra vertiente del activismo judicial, vinculada a los papeles que debe tener el juez —y en particular, el juez constitucional— en el proceso. En ese terreno, el derecho procesal constitucional registra algunas figuras "activistas" de indudable interés.

a) Una de ellas, de viejo cuño, es la que podría denominarse el *juez actor* —en el sentido de juez promotor del proceso que él mismo debe resolver—, y aparece en el "*habeas corpus* de oficio", de uso en algunas legislaciones. Por ejemplo, el artículo 11 de la ley argentina 23.098, confiere a un tribunal o juez la facultad de iniciar un proceso de *habeas corpus*, cuando "tenga conocimiento por prueba satisfactoria de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento por funcionario de su dependencia, o inferior administrativo, político y militar, y que es de temerse sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o que se le hará sufrir un perjuicio irreparable antes de que pueda ser socorrida por un auto de *habeas corpus*". En tal caso, es dicho juez quien expide por sí mismo el "auto" de *habeas corpus*, para que la autoridad traiga al detenido a su presencia, y después resuelve lo que corresponda.[1]

b) El artículo 32 de la Ley argentina General del Ambiente 25.675 contiene dos dispositivos procesales de singular atracción. De hecho, cláusulas como las que vamos a analizar pueden repetirse en cualquier ley reguladora de derechos constitucionales difusos, también llamados "de incidencia colectiva"; y plantean una sugestiva confrontación entre la necesidad de proteger especialmente determinados bienes constitucionales —en el caso, el medio ambiente—, y la necesidad de salvaguardar el principio del debido proceso.

[1] Numerosas constituciones provinciales argentinas mantienen el instituto del *habeas corpus* de oficio: por ejemplo, Chaco, Corrientes, Formosa, Jujuy, La Pampa, etc. Nos remitimos a nuestro *Derecho Procesal Constitucional. Habeas corpus,* 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2008, t. 4, pp. 438 y ss.

El primero de aquellos mecanismos a los que hacemos referencia es el de la producción de pruebas de oficio: "El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general". Emerge aquí el *juez investigador*.

El segundo alude a la adopción, igualmente de oficio, de medidas precautorias: "En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte". En este caso, entra en acción el que llamamos *juez preservador*.

Tales reglas se aplican, en la medida pertinente y cuando pudieren corresponder, a la acción de recomposición del daño ambiental y a la de indemnización del ambiente dañado, contempladas por el artículo 30 de la referida ley. Pero parecen especialmente atractivas —máxime, las medidas de urgencia— para otra acción específica, el amparo ambiental, que procura, según la misma norma, "la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo".

La presencia de estas reglas ambientalistas ha provocado, en general, aplausos en el ámbito procesal civilista. Desde luego, se ha advertido que importan un cambio en la mentalidad tradicional del juez —que incluso puede alterar la imagen clásica del magistrado neutral y, de algún modo, pasivo, condicionado por las peticiones y el impulso de las partes—, por la de un juez comprometido con la tutela del ambiente y poseedor de un nuevo arsenal de derechos-deberes que le fuerzan a un intervencionismo para el cual no ha sido históricamente entrenado, según la formación académica y la experiencia forense prevaleciente hasta ahora en el ámbito civil.[2]

[2] Véase Sagüés Néstor Pedro, "El amparo ambiental", en *La Ley,* 2004-D-1194, y *Derecho procesal constitucional. Acción de Amparo,* 5ª ed., 3ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2015, t. 3, pp. 655 y ss. Conviene alertar que el art. 32 de la ley 25.675 incluía otra regla, más audaz todavía, que confería al juez, según las reglas de la sana crítica, la facultad de "extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes", vale decir, la posibilidad de dictar sentencias *extra petita*. Este ramo de la ley fue

Un verdadero desafío, en síntesis, no exento de una dosis de conflictividad que cabe asumir.

2. Las ideologías en juego. El activo "juez Hércules"[3]

Es evidente que preceptos como los señalados se insertan en un marco ideológico preciso, de profundo corte "activista", que asigna al juez un notorio y decisivo protagonismo en el proceso.

Las bases del perfil de ese magistrado o superjuez pueden ser varias:

a) la búsqueda de la verdad real o material en el proceso, por sobre respuestas meramente formales o rituarias. Ello permite hablar de una "tendencia institucional del proceso a la verdad", y de otra "tendencia personal del juez" hacia la misma verdad (Bertolino), cosa que puede importar no solamente (i) la condena a la renuncia conciente a la verdad jurídicamente objetiva,[4] por más que esa verdad no haya sido correctamente planteada ni idóneamente gestionada por los litigantes, sino también (ii) la tarea —por el juez— de realizar trabajos puntuales para lograr acceder a esa verdad. Así, para ciertas posturas, las medidas para mejor proveer, por ejemplo, pasan de ser actos opcionales para convertirse, en algunas versiones

vetado por el poder ejecutivo, quien entendió que violaba el principio de congruencia procesal.

[3] Como se sabe, Ronald Dworkin (*Los derechos en serio,* trad. por Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1987, p. 177), alude al imaginario "juez Hércules" como un jurista "dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas". En nuestro trabajo, el "juez Hércules" es un magistrado con facultades ultrapotenciadas.

[4] La doctrina de la "verdad jurídica objetiva" puede perfilar una figura jurídica autónoma, como lo destaca Pedro J. Bertolino —de su autoría, consultar el excelente estudio *La verdad jurídica objetiva,* 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 3 y ss., 65 y ss.—, con mención de la tendencia institucional del proceso a la búsqueda de la verdad. Sobre el tema, nos remitimos también a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario, cit.,* pp. 201 y ss.

muy decididas, en comportamientos obligatorios para el magistrado, condenándose su no realización;[5]

b) la clara meta de obtener una justicia y equidad igualmente material, real o sustancial, en la decisión final del tribunal,[6] para satisfacer —en el caso argentino— el postulado insertado explícitamente en el preámbulo de la Constitución, de "afianzar la justicia", que también consta en otras leyes supremas;

c) algunas veces, una sensible devaluación —y en algunos casos, hasta superación— del cumplimiento de los recaudos formales y cargas que deben observar las partes en el curso del proceso, con más la amenaza de descalificar su exigencia por los jueces, con el rótulo de "exceso rituario" o clisés parecidos;

d) la cotización, muy alta por cierto, del valor utilidad —o si se prefiere, eficacia o eficiencia— en el sistema de administra-

---

[5] Por ejemplo, en "Díaz *vs.* Quintana", la Corte Suprema de Justicia argentina (*Fallos,* 307:1028), ante la posible deficiencia de una de las partes en el debido diligenciamiento de una prueba conducente para la solución del litigio, reprocha de todos modos a un tribunal no haber hecho mano de sus facultades para dictar medidas para mejor proveer, antes de dictar sentencia, a fin de dictar la resolución adecuada. Para la concepción tradicional, esas medidas son discrecionales de los jueces, de tal modo que no cabría reproche por no haberlas ejercitado. Sin embargo, la Corte revocó la sentencia pronunciada sin haberse practicado dichas medidas. Un antecedente fuertemente activista, en ese sentido, es "Oilher *vs.* Arenillas" (*Fallos,* 302:1621), donde la Corte Suprema detecta también arbitrariedad en una sentencia dictada sin haber hecho el tribunal *a quo* uso de medidas para mejor proveer. Existen otros veredictos similares de la Corte.

[6] El compromiso del juez con la verdad y con la justicia es destacado, por ejemplo, por Osvaldo A. Gozaini, quien escribe que ante la ausencia de la prueba ofrecida, el magistrado puede convocarla y producirla si considera que mediante ello se incorpora un elemento decisivo para resolver la litis, "siempre que ello sea imprescindible para poder dictar una sentencia justa". La tesis contraria llevaría al juez a una actividad pasiva "que adscribe el pronunciamiento final a una solución formal o aparente, [que] no se conforma con el servicio de justicia". Véase Gozaini Osvaldo A., *Derecho procesal constitucional. El debido proceso,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 268-269. Del mismo autor, consultar *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo,* Querétaro, Fundap, 2002, *passim*.

ción de justicia, privilegiándolo sobre otros principios, como los de neutralidad del magistrado o de bilateralidad-igualdad de trato a las partes de la litis. Ello puede acarrear, asimismo, el retraimiento de algunas reglas clásicas del debido proceso en materia de contradicción, y el incremento de resoluciones judiciales —también en temas de fondo— adoptadas sin previa audiencia de la contraparte, con, además, una moderación de la capacidad procesal de esta última para atacar con vigor lo así decidido —fomento, sobre todo en los procesos urgentes, de una "bilateralidad atenuada"—;

e) la aplicación intensa del "principio de protección" o "de promoción" en materia de derechos humanos, en particular de los fundamentales, en el sentido que el juez no debe ser indiferente en el proceso respecto de la vigencia de tales derechos, sino que tiene que tutelarlos activamente, lo que importa es no permanecer impávido o ajeno ante su suerte, sino apoyarlos, impulsarlos y robustecerlos de modo cierto y efectivo. Puede pensarse, asimismo, en la sustitución de una "interpretación imparcial" de las normas, por una "interpretación tuitiva" del derecho en cuestión, e indirectamente de quienes son los portadores de ese derecho. Algunos autores programan incluso una "jurisdicción protectora", distinta de la tradicional, o "jurisdicción dirimente", con roles judiciales obviamente muy potenciados.[7]

En ese terreno, se sostiene que el deber de preservación, de garantía y de aplicación de dichos derechos no es tarea exclusiva del poder ejecutivo o del legislativo, sino también compromiso específico de la judicatura, cosa que exige, para el juez del caso, una necesaria actitud de sensibilidad.[8] Y una obligación no abstracta, o meramente

[7] Véase Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución, cit.,* pp. 214-215. Sobre la "jurisdicción dirimente" y la "jurisdicción protectora", véase Rivas, Adolfo A., *El amparo,* 3ª ed., Buenos Aires, La Rocca, 2003, pp. 58-59.

[8] Véase por ejemplo Espinal Irias, Rigoberto, "El juez y su responsabilidad para la vigencia de un estado de derecho", en AA.VV., *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos,* San José de Costa Rica, 1993, pp. 41 a 43. Cabe recordar que el art. 2º del Pacto de San

conceptual, sino puntual y especificada en las causas que debe investigar y resolver;

f) la conversión del juez civil y comercial, de algún modo, en una especie de —más o menos diluido— juez penal instructor, con amplios poderes —y deberes— de investigación, tanto en general, como de modo puntual y destacado, en lo que hace a la tutela de los derechos humanos fundamentales, y

g) en términos amplios, entender que en el ordenamiento jurídico —y en particular, en la Constitución— hay más, y valen más, los "principios" que las "normas", y que aquellos, por su carácter indeterminado, deben ser cotidianamente precisados por el juez activista. El peso de las "normas" y de la autoridad del poder legislativo que las ha engendrado, puede ceder así ante el predominio de la rama judicial del gobierno, cuyo robustecimiento aumenta también:[9] (*i)* ante un uso intenso del control judicial de constitucionalidad, que involucra ahora una más intensa fiscalización de razonabilidad de la norma legislativa; (*ii)* el lanzamiento, por parte de la judicatura, de verdaderas "leyes judiciales", esto es, la sentencia —o "sentencia-ley"— que define y explicita esos principios, modela o destruye las normas legislativas, con fallos dotados de efectos expansivos o *erga omnes,* de uso obligatorio por los tribunales inferiores e incluso con pretensión

José de Costa Rica obliga a los estados nacionales a adoptar "las medidas legislativas o de otro carácter" que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades enunciadas en el Pacto, y que entre ellas (las de "otro carácter"), pueden entenderse las sentencias dictadas por tribunales. Así se consideró, *v. gr.,* respecto del ejercicio del derecho de réplica enunciado por el art. 14 del Pacto. Éste contempla explícitamente una ley reglamentaria del mismo, pero en la práctica, después del caso "Ekmekdjian *vs.* Sofóvich" (*La Ley,* 1992-C-543), se ha instrumentado en Argentina, en el orden federal, merced a sentencias judiciales.

9 Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, cit.,* pp. 131 y ss. El autor observa que el problema puede desembocar en la omnipotencia judicial. En definitiva, apunta, las leyes siguen condicionando a los jueces, pero solamente a través de la interpretación constitucional que ellos hagan de esas normas, pp. 130-131.

de obediencia para los otros poderes,[10] y *(iii)* una arrolladora judicialización de la mayor parte de las otrora *political questions,* o asuntos no justiciables.[11] Así, se remiten a los tribunales asuntos como cuáles son los programas que deberían difundir obligatoriamente los canales de televisión, dónde debería construirse un dique o un canal, determinar si un penal de futbol fue mal o bien decidido por el árbitro del partido, decidir si los fondos dispuestos por el Congreso para ayuda social resultan o no suficientes, corrigiendo llegado el caso el presupuesto aprobado por ley, resolver cuál es el profesor que debe triunfar en un concurso universitario, revisando para ello las pruebas de oposición y llevando el caso, de ser necesario, ante la propia Corte Suprema, etcétera.

3. La contraposición ideológica: el garantismo

Desde luego, nada es pacífico en ese tema. Las críticas al escenario anteriormente descrito son igualmente intensas. *Grosso modo,* el contrafrente garantista[12] postula un redimensionamiento del rol del juez, en base a estas premisas:

---

10 Interesa apuntar que en Argentina, en el orden federal, la Corte Suprema ha creado jurisprudencialmente, y sin previsión constitucional alguna, la doctrina del efecto vinculante de sus pronunciamientos, que deben por tanto ser seguidos por los demás tribunales del país, salvo que dieren motivos valederos y novedosos —no tratados por la Corte— para poder apartarse de aquellas pautas. Véase sobre el tema nuestro *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario, cit.,* t. 1, pp. 184 y ss. Al parecer, ciertas cortes supremas provinciales han seguido un camino parecido.

11 Incluso, alguna Sala Constitucional, como la de Costa Rica, ha anunciado el fin de las cuestiones políticas no justiciables: Véase Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder..., cit.,* pp. 285 y ss.

12 Los rótulos de "activismo" y de "garantismo" son en buena medida discrecionales y confusos. Las posturas "activistas" también se reputan materialmente garantistas (*v. gr.,* del principio constitucional —preámbulo de la Constitución argentina— de "afianzar la justicia", de la directriz constitucional —art. 43— de la rapidez y expeditividad en el amparo, etcétera), mientras que las corrientes "garantistas" no reniegan de un juez activo destinado a cumplir con los deberes y facultades propios

a) una concepción unitaria básica del proceso, en instituciones trascendentes como acción, proceso, jurisdicción, pretensión, instancias, procedimientos, actividad confirmatoria y recursiva,[13] lo que implica de algún modo transportar al ámbito civil ciertas líneas fundamentales del actual proceso penal, entendido éste, por muchos, no como un dispositivo orientado hacia la búsqueda de la "verdad material", real u objetiva,[14] sino de —en el mejor de los casos—, la "verdad procesal".[15] Además, la evolución habida en el proceso penal, esto es, de modo especial, el abandono del principio inquisitivo —de amplias facultades y deberes para el juez— por el acusatorio —régimen donde el protagonismo procesal vuelve a estar en manos de la fiscalía y la defensa—, viene a impactar decisivamente en la esfera del proceso civil, y debe suscitar mutaciones parecidas.[16] Para las posiciones garantistas, el juez Hércules es un resabio de doctrinas autoritarias e inquisitoriales, y hasta el juez instructor penal tradicional, un juez sospechado de inconstitucionalidad, y

---

de los magistrados, pero sin exceder sus roles naturales. Por lo demás, no existen versiones únicas del "activismo" y del "garantismo". En derecho procesal penal, el garantismo tiende a presentar a ese proceso especialmente como un mecanismo de tutela de los derechos del acusado.

13 Véase Chacón Corado, Mauro, "La jurisdicción civil y penal (poderes, deberes y facultades)", en AA.VV., *Teoría unitaria del proceso,* Rosario, Juris, 2001, p. 211; Benabentos, Omar A., *Teoría general unitaria del derecho procesal,* Rosario, Juris, 2001, pp. 171 y ss., 218 y ss.

14 Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional,* Rosario, Zeus, 2003, p. 152.

15 Benabentos, Omar A., *Teoría general unitaria del derecho procesal, cit.,* p. 394. Sobre la "verdad procesal" y la "verdad correspondencia", véase Corvalán, Víctor R., "Acción y reacción en el proceso", en AA.VV., *Teoría unitaria del proceso,* Rosario, Juris, 2001, pp. 44-45. En el sentido que en el proceso penal, el fin más relevante es el respeto de los derechos del imputado, lo que se denomina "misión garantista" del derecho procesal penal, véase Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho,* Buenos Aires, Ad-Hoc y Fundación Adenauer, 2002, p. 554.

16 Ello conduce a rechazar la absolución de posiciones en sede civil, por el principio constitucional, elaborado en principio para el ámbito penal, de no ser obligado a declarar contra sí mismo: véase sobre el tema Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional, cit.,* p. 153.

b) una fuerte cotización de la idea del "debido proceso" adjetivo, y en particular, dentro del mismo, de la imagen del juez, que debe ser tanto *independiente* —no sometido a factores externos)—, como *imparcial,* en su doble versión de (i) *imparcialidad subjetiva* —no tener interés en la litis, no estar involucrado con las partes, *v. gr.*—, y de (ii) *imparcialidad objetiva* o funcional —no adoptar en el proceso roles que comprometan la sentencia que debe pronunciar—. Por ejemplo, no ser juez de instrucción y del plenario;[17] no disponer el juez penal —y aun el civil— pruebas de oficio,[18] e incluso en el fuero civil, no dictar medidas para mejor proveer.[19]

---

17 Tal doctrina es recogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Dieser-Fraticelli", sentencia del 8/8/06, *Jurisprudencia Argentina,* 2006-IV-452. Allí el tribunal apunta que la "imparcialidad objetiva" exige que el juez ofrezca las suficientes garantías para eliminar "cualquier duda" acerca de la imparcialidad observable en el proceso. La Corte Suprema sigue el dictamen del Procurador General de la Nación, que se remite a pautas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Mejía *vs.* Perú", informe 5/96 del 1/3/96, y cita asimismo el caso "Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 2/7/2004.

18 Cfr. Montero Aroca, Juan, *La prueba de oficio (Libertad y garantía frente a autorización y publicización en el proceso civil),* comunicación presentada ante el Congreso Panameño de Derecho Procesal, versión fotocopiada, pp. 275-276. El autor señala que la condición del juez como genuino "tercero" en el proceso, exige que no sea al mismo tiempo parte, ni que realice actos propios de una parte, como ofrecer pruebas. Agrega que detrás de este debate existe un significativo trasfondo ideológico que supera un análisis meramente técnico acerca de las facultades del juez. El asunto se conecta también con el sentido de la prueba, que no es alcanzar a descubrir una presunta verdad objetiva o real, sino cumplir con una tarea de verificación de los hechos alegados y controvertidos por las partes, pero conforme el procedimiento legal en vigor, debiendo tenerse presente que hay valores o derechos superiores a la verdad misma —de ahí que haya pruebas ilícitas o no permitidas, por ejemplo: p. 281—. Concluye sosteniendo que el llamado activismo judicial, por su trasfondo autoritario —fascista o comunista—, importa una suerte de enfermedad (p. 291). Agradezco a la doctora Andrea Meroi el aporte bibliográfico utilizado.

19 Véase Botto Oakley, Hugo, *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer,* Rosario, Juris, 2004, *passim,* con un detallado estudio del tema en numerosos códigos procesales en lo civil y comercial.

Lo anterior puede conducir a la desconfianza hacia el juez "protector", ya que un juez encargado enfáticamente por la ley de asegurar la tutela de algo reclamado por alguien, o de alguien que reclama algo, con obligaciones procesales para actuar protagónicamente en dicho sentido, en esa gestión de auxilio en pro de una de las posiciones en debate, podría perder una significativa cuota de imparcialidad y volverse "parte", o juez *"partial"*. De ahí la condena al "juez defensor" de una de las partes,[20] y obviamente, del "juez actor", equivalente a un juez demandante.

No se trata, desde luego, que ciertos bienes o personas queden desprotegidos, si hay un interés público —o un bien común público— relevante en su defensa. Lo que se procura es que esa defensa quede a cargo y bajo la responsabilidad de *otros* (abogado defensor, y de ser necesario, de un Ministerio Público altamente calificado, en concurrencia —o no— con la Defensoría del Pueblo u otro organismo análogo, y asimismo, organizaciones destinadas a la tutela de bienes colectivos, lo que implicaría una "socialización de la legitimación"), pero no del *juez* que *imparcialmente* debe decidir el litigio.[21]

---

[20] Sobre la condena de "la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes...", véase Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional, cit.,* p. 306. Véase también Montero Aroca, Juan, "Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad", en AA.VV., *Teoría unitaria del proceso, cit.,* p. 243.

[21] El tema es por cierto complejo. De alguna manera, la configuración del Ministerio Público con legitimación activa en los procesos no dispositivos ha hecho que Juan Montero Aroca lo califique, en ciertos casos, como "creación de una parte artificial", algunas veces actuante no en virtud del principio de oportunidad, sino de necesidad: *La prueba de oficio en el proceso civil (la situación en el derecho español),* versión fotocopiada, p. 25. Sobre la participación de asociaciones en procesos donde estuvieren en juego bienes públicos o colectivos, véase del mismo autor, *Los poderes del juez en el proceso civil, cit.,* p. 243. Advertimos al respecto que el otorgamiento de roles protectores de la sociedad por parte del ministerio público, al estilo del art. 120 de la Constitución argentina, no constituye algo anómalo. Pero la constitución (*v. gr.,* art. 43 de la argentina) puede encomendar esa actuación también a otro sujeto, como lo hace con el Defensor del Pueblo en los amparos relativos a los derechos de incidencia colectiva, entre los que se encuentran los ambientales.

4. Recapitulación

En definitiva, cabe asumir que en distintos ámbitos del derecho existe en la actualidad un profundo debate acerca de los papeles que puede o que debe asumir el juez, y que la solución adoptada por leyes como la argentina 25.675 que mencionamos, en aras de programar medidas precautorias y probanzas de oficio, puede merecer la entusiasta adhesión de buena parte de la doctrina, pero también generar reflexiones críticas muy serias por otro sector de la literatura especializada.

En concreto, quienes procuran crear en el fuero civil un clima con fuerte presencia procesal penal contemporánea, esto es, con un esquema garantista moldeado en un principio acusatorio coincidente con un profundo principio dispositivo civil, aquellas atribuciones, a las que se acusa de atentatorias contra la *imparcialidad* judicial, pecarían de inconstitucionalidad.

Dentro de ese paisaje agonal —en el sentido de territorio jurídico con un alto grado de conflictividad, lucha y disenso—, es posible contraponer distintos modelos de "proceso". Así, por ejemplo, Osvaldo Gozaíni distingue lo que denomina el *proceso garantista* del *proceso moderno,* por cierto que con notas diferenciatorias algunas veces muy pronunciadas.[22]

Curiosamente, sin embargo, de proyectarse el esquema garantista a la tutela de *todos* los derechos fundamentales —esto es,

[22] Conforme al esquema desplegado por el referido autor, en una obra dedicada específicamente al tema, el proceso garantista afirma el carácter privado del conflicto, que el juez no intervenga con decisiones que afecten la disponibilidad de las partes, en quienes radica el impulso procesal; autoriza que el magistrado pueda sanear los vicios procesales, pero limita la iniciativa probatoria del juez, advierte que la carga probatoria pesa exclusivamente sobre las partes, y que la cosa juzgada es *inter allios acta*. En cambio, el proceso moderno afirma la condición de derecho público del proceso, subraya la calidad de director que asume el juez, a quien le otorga impulso de oficio, postula el deber del mismo de depurar los vicios procesales y de buscar la verdad con todos los medios disponibles, una mayor flexibilidad en la distribución de la carga de las pruebas y la posibilidad de expandir los efectos de la cosa juzgada a terceros. Véase Gozaíni Osvaldo, *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. activismo judicial, cit.,* cap. III.

no solamente los procesal-penales—,[23] las medidas probatorias y cautelares de oficio podrían algunas veces contar con la aprobación de parte de esta doctrina. El argumento es el siguiente: si la abstención probatoria y precautoria del juez *(ne procedat judex ex officio)* se justifica en la esfera penal, en virtud del principio de inocencia y de la tutela procesal y penal a favor del acusado —agredido, según se explica, por el sistema punitivo del Estado, y de quien se afirma, es por lo común la parte débil del proceso penal—, en otros ámbitos, y en garantía de otros derechos constitucionales "de prestaciones" —a la salud, la alimentación, el medio ambiente, *v. gr.*—, la *garantía* al *débil* podría justificar un juez activista, pronto a auxiliar a quien necesita remedios, comida o la cesación a la agresiones al medio natural, prestaciones insuficientemente proporcionadas por aquel Estado.[24]

Cabe destacar que no obstante ese posible enfoque de la cuestión, cierto garantismo que podríamos denominar "fuerte" sostiene que aún ante la presencia de intereses colectivos o en cuyo interés estamos —o deberíamos estar— todos involucrados, el juez debe ser incuestionablemente imparcial, no defensor de partes, y que lo que corresponde es conferir legitimación a otros sujetos, incluyendo asociaciones específicas, para postular a favor de tales bienes, o flexibilizar dispositivos procesales tuitivos de ciertas partes, como medidas precautorias sin caución.[25]

Aceptada —y subrayada— por la Corte Suprema argentina la doble condición de imparcialidad subjetiva y de imparcialidad objetiva que debe reunir el juez,[26] como recaudos del debido proceso en lo criminal, y alertados de que la última de éstas puede no

---

[23] El garantismo tiene su cuna en el derecho penal y procesal penal, pero también se lo visualiza ahora como "técnica general de tutela de todos los derechos fundamentales", para arribar a una "teoría general del garantismo". Véase Andrés Ibáñez, Perfecto, "Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* Madrid, Trotta, 2005, pp. 60-61.

[24] Agradezco en este punto las observaciones críticas y el aporte del profesor Mario E. Chaumet.

[25] Montero Aroca Juan, *La jurisdicción en el proceso civil y penal, cit.,* p. 243.

[26] Por ejemplo, en el ya citado caso "Dieser-Fraticelli", *Jurisprudencia Argentina,* 2006-IV-452. Véase *supra,* nota 17.

empalmar con la referida adopción oficiosa de pruebas y medidas cautelares, de acentuarse la exportación de las tendencias garantistas procesal-penales a la esfera civil —hipótesis por cierto no descartable, a tenor de las perspectivas de los últimos fallos de la Corte Suprema argentina—, cabe preguntarse si normas legales como la indicada, en el punto que nos preocupa, no se encuentran en una situación de relativa "constitucionalidad precaria".[27] Esto es, que por ahora son *todavía* consideradas como constitucionales por buena parte de la doctrina —no por todos—, pero que mañana podrían perder esa calificación, si se transportan más intensamente por los tribunales los principios del debido proceso penal al proceso civil, posibilidad que no es nada remota.[28]

En el orden de las realidades prácticas, cabe preguntarse igualmente si no sería más adecuado conferir al ministerio público —ya fiscal, ya de la defensa—, en tutela "de los intereses generales de la sociedad" —como expresamente lo dice el artículo 120 de la Constitución argentina— una actuación intensa y plena en los procesos ambientales, con obvias facultades para ofrecer y reclamar la producción de pruebas y requerir amplias medidas precautorias, en vez de transferirle al juez funciones más propias de una parte que de un sujeto imparcial; o darle aquel papel al defensor del pueblo.[29] Con esto se conformarían tanto —sin duda— las exigencias garantistas del debido proceso, como la útil y legítima custodia de un valor tan relevante como es la preservación del medio natural.

---

27 Sobre el tema de la inconstitucionalidad "precaria" o "endeble", nos emitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos, cit.,* p. 78.

28 En tal sentido, debe tenerse presente que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los principios del art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, relativos al proceso penal, rigen en general y mínimamente en todo proceso (incluyendo el civil y el juicio político, *v. gr.*). Véase Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos, cit.,* pp. 159 y ss.

29 El art. 30 de la ley argentina general del ambiente 25.675, da legitimación activa al Defensor del Pueblo, entre otros, para plantear la acción de recomposición del ambiente dañado. No dice nada respecto de esa legitimación en cuanto el amparo ambiental de la última parte del artículo. No obstante, como esta acción de amparo es de tipo popular —puede iniciarla "toda persona"—, no existiría impedimento para que la promueva el Defensor del Pueblo, y también, pensamos, el Ministerio Público, en función —además— de los arts. 43 y 120 de la Constitución argentina.

5. Evaluación

Para entender parte de esta problemática debe tenerse en cuenta que el debate acerca de lo que es *constitucional* o *inconstitucional* dentro de un "debido proceso", responde a pautas tributarias de posiciones ideológicas diferentes, y además, mutables.

Si existe una cláusula constitucional que defina la controversia acerca del juez activista o del juez garantista, a ella deberá en principio estarse. Pero a menudo, cabe destacarlo, no existe una respuesta constitucional explícita preconcebida por el constituyente, sino que ella se construye y varía según los operadores del sistema constitucional, en función del predominio de las posiciones "activistas" y "garantistas" en la doctrina y en la jurisprudencia de un país, y de las evoluciones que al respecto ocurran.

Por ejemplo, durante largas décadas resultó mayormente aceptada en la teoría constitucional y en la conciencia jurídica forense —salvo, desde luego, algunas discusiones—, la existencia, constitucionalidad y funcionamiento de jueces instructores en lo penal, la concepción de la búsqueda de la verdad como meta del proceso, o el ejercicio de medidas para mejor proveer en distintos fueros. Hoy, en cambio, el panorama deja de ser pacífico y resulta hondamente polémico. El tránsito contemporáneo del sistema inquisitivo al acusatorio, en lo penal, y algunas veces sin que esa transformación estuviere retratada en el texto constitucional, es otra muestra de esos avatares. Un esquema reputado otrora como constitucional, pasa por ello a ser entrevisto hoy como inconstitucional, sin que cambie la letra de la Constitución, sino la interpretación que se hace de las palabras de esa Constitución. De hecho, a menudo eso se opera con interpretaciones mutativas de la Constitución. Conforme a las mismas, el texto constitucional permanece incólume, pero su contenido normativo varía. El texto puede funcionar así como una suerte de caja o estuche de contenidos normativos distintos.[30]

Simultáneamente, la actuación de operadores inter o supranacionales, mediante, por ejemplo, declaraciones de derechos

[30] Sobre la interpretación constitucional mutativa nos remitimos a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución, cit.,* pp. 42 y ss.

humanos de fuente internacional, informes o recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consultas o sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de otros organismos similares, producen modificaciones en el escenario constitucional doméstico. Son elementos condicionantes de la interpretación que pueda hacerse del derecho constitucional nacional, ya que se trata de normas y de veredictos que, con distinta intensidad por cierto, y en base a los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide,* presionan y reducen el margen de maniobra con que cuenta el operador nacional en su tarea de entender algo como constitucional o inconstitucional. Esto es: ese operador doméstico, cuando emite ese juicio de constitucionalidad acerca, por ejemplo, de medidas probatorias o cautelares de oficio, también debe preguntarse si ellas son o no jurídicamente válidas, según el derecho internacional público vigente para ese Estado, tarea que le obliga a realizar, simultáneamente con el análisis de constitucionalidad, otro de *convencionalidad* —o de compatibilidad del instituto del caso con las convenciones e institutos internacionales en vigor—.[31]

En tanto y en cuanto ese bagaje normativo y directivo internacionalista extreme, *v. gr.,* los recaudos que debe ostentar el juez en materia de imparcialidad objetiva, es posible que se acreciente el peso de las posiciones garantistas. En cambio, si acentúa los roles protectorios del juez en la vigencia de ciertos derechos humanos —e indirectamente, de los que son titulares de ellos—, es factible que crezca el activismo judicial. La presión del derecho internacional público sobre el constitucional, por lo demás, se acrecienta día a día.

El observador jurídico tiene que asumir el estado de transición y de conflicto que existe en el tema. A falta de definiciones internacionalistas o constitucionales específicas y claras, también debe asumir que si se encuentra obligado a adoptar una res-

[31] El principio de "convencionalidad" ha sido enunciado, por ejemplo, en el fallo "Almonacid Arellano" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando 124, y puede consultarse en *Revista de Derecho,* Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2007, núm. 2007-2, pp. 217 y ss., en especial p. 285. La Corte Suprema de Justicia Argentina lo recepciona en el caso "Mazzeo": A, 13/7/07, *Jurisprudencia Argentina,* 2007-III-573.

puesta concreta, lo hará en definitiva de acuerdo con las pautas ideológicas que repute más valiosas, circunstancia que implica, en verdad, el ejercicio de una opción política, que desde luego tiene un costo muy alto. Tendrá, al respecto, que combinar la ética de los principios con la ética de las consecuencias, como diría Max Weber,[32] y respetar la coherencia entre los valores y el pragmatismo. No es una empresa fácil, desde luego. En el parágrafo anterior hemos intentado una aproximación hacia esa salida, dentro de un marco como Argentina, que puede no ser idéntico para cualquier Estado.

El bien común nacional, que es un valor síntesis, es probable que aconseje recetas relativamente heterogéneas, no siempre iguales para cada comunidad, en función de la idiosincrasia, posibilidades, experiencias y realidades locales. Ellas pueden sugerir soluciones más activistas o más garantistas, según los casos, propias y adecuadas a cada medio.

[32] Weber, Max, *El político y el científico,* Buenos Aires, Libertador, 2005, sin mención de traductor, p. 72.

Tercera Parte

EL CURSO DE LOS DERECHOS

Capítulo XIV
Derechos humanos: universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución*

1. Introducción

El principio de universalidad en materia de interpretación y de aplicación de los derechos humanos parte del postulado de la dignidad de la persona humana, y sostiene que todas ellas, en cualquier lugar, deben gozar de un estándar mínimo de tales derechos.[1] El universalismo campea expresamente en la célebre Declaración de la Asamblea General Naciones Unidas de 1948 denominada, precisamente, "Declaración *Universal* de los Derechos Humanos", que se proclama "como ideal común... (de) todos los pueblos y naciones".

Del principio de universalidad se desprende, en un primer tramo, que a nadie se le podría negar en algún Estado un derecho humano fundamental, ya que su disfrute "es patrimonio innato de todos los seres humanos". Ello importa, como añadió la Con-

---

* Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, "Derechos humanos: universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución", en *Memorias. Neoconstitucionalismo, derechos humanos y pluralismo*, Chuquisaca, Colegio de Abogados, 2012, pp. 15 y ss.

1 Cfr. Meyer Bisch, Patrice, *Le corps des droits de l'homme. L'indivisibilité comme principe d'interpretation et de mise en oeuvre des droits de l'homme,* Fribourg, Universitaires, 1992, p. 40l, cit., por Villán Durán, Carlos, *Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena,* en AA.VV., *Estudios básicos de derechos humanos II,* San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995, p. 335.

ferencia de Viena de 1993, la misión de garantizar "la universalidad, objetividad y no selectividad del examen de las cuestiones de los derechos humanos". Como consecuencia de ello, los derechos humanos tienen vocación de universalidad.[2]

No obstante lo puntualizado, existen serios conflictos en torno a la superficie y el contenido de los derechos humanos, debates que trasuntan, en el fondo, fuertes disputas acerca de su legitimidad. Es decir, que hay modos diversos acerca de cómo entenderlos, y respecto de lo que es justo o injusto en torno a la esencia de cada uno de ellos. Para una visión múltiple de tales derechos, sea de tipo relativista o cultural, podemos vislumbrar estas áreas de confrontación: *a)* ideológica; *b)* religiosa; *c)* estatal, y *d)* intraestatal.

2. Relativismo ideológico

No es raro que las ideologías políticas visualicen los bienes y valores jurídico-políticos con perspectivas diferentes. Conceptos como los de "justicia", "libertad", "orden", "seguridad", "igualdad" —entre otros— tienen distintas acepciones según el prisma ideológico con el que se los enfoque.

En materia de derechos humanos, la aceptación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 por varios países marxista-leninistas planteó crudamente esta problemática. En palabras de Günther Jakobs, en los tratados internacionales del caso, todos los firmantes sabían sin duda que los derechos humanos no serían interpretados del mismo modo en los "estados populares", que en los estados de sociedades burguesas. El disenso no era, pues, oculto.[3] Algunos autores marxistas admitían sin cortapisas el disenso, inexorable desde el punto de vista lógico: los derechos humanos no podían ser concebidos del

[2] Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos,* México, UNAM, l989, pp. 41 y ss.

[3] Jakobs, Günther, "Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex-República Democrática Alemana?", trad. por Pilar Jiménez Alcóver, publicado en *Goltdammer Archiv für Strafrecht,* enero de 1994, pp. 1-19, 462.

mismo modo en una sociedad de socialismo real, en carácter de transición hacia el comunismo pleno, como se afirmaba que era la que se vivía en la entonces República Democrática Alemana, que en una diferente sociedad burguesa, impregnada de las contradicciones de clase.[4]

En definitiva, recuerda Robert Alexy, según la comprensión socialista —marxista comunista, aclaramos—, de los derechos fundamentales, no existe ningún derecho humano universal sistemáticamente neutral. Citando en ese tema a Klenner, a la contradicción de clases tenía que corresponder una contradicción entre derechos humanos. Por tanto, podía hablarse de una "concepción liberal de los derechos humanos", y otra "concepción socialista" de ellos, la cual, a juicio de Alexy no era la mejor interpretación posible, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[5]

El célebre caso de *Los guardianes del muro,* donde se discutía la responsabilidad penal de los soldados que baleaban a quienes intentaban cruzar el muro de Berlín —rotulados, según el derecho de la República Democrática Alemana, "violadores de fronteras"—, resultó paradigmático para comprender la distinta cotización que podía tener el valor "vida", en un escenario jurídico Occidental o en el marxista. En palabras del juez Levitz, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "la interpretación y aplicación del derecho dependen del orden político general, en el cual el derecho funciona como un subsistema... Los mismos textos jurídicos, como la Constitución de la República Democrática Alemana, o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando se los aplica, según las diferentes metodologías inherentes a cada orden político, conducen a diferentes resultados... Consecuentemente, la interpretación y aplicación de normas jurídicas nacionales o internacionales según el método socialista u otra metodología no democrática, que resultaba intolerable para

---

4 Brunner G., *Menchenrechts in der DDR,* 1989, pp. 15 y ss., cit., por Jakobs, Günther, *op. cit.,* p. 462, nota 44.

5 Alexy, Robert, *Mauerschutzen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad,* trad. por Eduardo R. Sodero, en Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho, (de Radbruch a Alexy),* 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 179-180.

el régimen democrático, debería ser vista como equivocada desde el punto de vista de un sistema democrático".[6]

3. Relativismo religioso

Una segunda fuente de relativización de derechos humanos acaece cuando el derecho bajo examen es procesado, según pautas religiosas que lo amplían o restringen con carácter predominante.

Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño (que en Argentina tiene rango constitucional, según el art. 75, inc. 22, conforme la reforma de 1994), fue aceptada por algunos Estados bajo reservas sumamente importantes. Así, Kuwait declaró que no cumpliría "todas las disposiciones de la Convención que son incompatibles con la ley islámica —o *sharia*— y los reglamentos locales vigentes". Reservas parecidas hicieron Afganistán, Argelia, Egipto, Irán, Jordania, Islas Maldivas, Marruecos, Pakistán y Qatar. Djibuti se adhirió a la Convención "concienzudamente y en todo momento, salvo que no se considerará obligado por ninguna disposición ni artículo que sea incompatible con su religión o sus valores tradicionales".[7]

4. Relativismo estatal

La tercera ruta de relativización se presenta si un Estado, por razones sociológicas derivadas de comportamientos comunitarios tradicionales, idiosincracia, inercia jurídica u otros factores —incluso, también, religiosos, entremezclados con aquéllos—, adopta pautas peculiares de entendimiento y aplicación en materia de derechos humanos.

---

6 Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania,* 22 mar 2001, cit. por Vigo. Rodolfo Luis, *op. cit.,* pp. 131-133.

7 Véase Cerna, Christina M., "*La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural:...", la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socio-culturales",* en AA.VV., *Estudios básicos de derechos humanos II*, *cit.,* p. 389.

Veamos algunas muestras de estas situaciones.

La ley iraní del 25 de abril de 1993 establece penas corporales como la lapidación, la amputación y la flagelación. Para las mujeres, dispone que quienes no usen el *shador* podrán ser multadas, azotadas o detenidas. Por lo demás, las mujeres casadas deben requerir la aprobación de su marido para obtener pasaporte, viajar o trabajar.[8] Desde luego, estas normas, aunque avaladas, aparentemente, por la mayoría de la comunidad local, han sido consideradas por muchos como incompatibles con las reglas internacionales que reprimen la tortura y los tratos degradantes, o la discriminación contra la mujer. Al revés, las autoridades iraníes —y probablemente, la mayoría de la comunidad local—, no divisa necesariamente esa oposición.

No hace mucho, en 2011, una mujer iraní de 32 años, Ameneh Bahrami, estudiante de ingeniería electrónica, desfigurada en su rostro con ácido y cegada por un hombre despechado por no haber aceptado casarse con él, logró una sentencia condenatoria contra el agresor. Aplicándose la regla "ojo por ojo" —"ley del talión"—, este último, Majid Movahedi, fue sentenciado por la justicia iraní a recibir gotas de ácido sulfúrico en sus ojos, a fin de cegarlo. La mujer entendió que la condena era justa, tanto como compensación por todo lo que sufrió, en especial para intimidar a hombres que intentaran repetir aquella agresión. Finalmente, la víctima desistió de su reclamo de condena, que entonces no fue ejecutada.[9]

En otro contexto, Trinidad y Tobago estableció la pena corporal por flagelación, realizada con el "gato de nueve colas", o con latigazos con una vara de tamarindo, abedul u otros objetos "o con cualquier otro instrumento que el presidente puede aprobar periódicamente". El "gato de nueve colas" es un instrumento de nueve cuerdas de algodón trenzadas, cada una de aproximadamente 30 pulgadas de largo y menos de un cuarto de pulgada de diámetro, unidas a un mango. Las nueve cuerdas de algodón son descargadas en la espalda del sujeto, entre los hombros y la parte

[8] Villán Durán, Carlos, "*Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos...", cit*., p. 345.

[9] *La Capital,* Rosario, Argentina, 15 may 2011, p. 24.

baja de la espina dorsal". La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Caesar *c.* Trinidad y Tobago", párrafo 88, definió a este instrumento como una especie de tortura, o trato cruel, inhumano o degradante.

Otro dato de interés es una sentencia de 1998 de la Alta Corte de Justicia de Israel, que por cinco votos contra cuatro, entendió que era posible emplear "presión física" en el interrrogatorio de un sospechoso palestino, involucrado en actos de terrorismo. El "Shin Bet" —un organismo de seguridad— admitió haber empleado métodos como privar de sueño al acusado durante periodos largos, cubrir su cabeza con sacos, o forzarlos a escuchar música a altísimo volumen, antes de los interrogatorios. El fallo pudo haber tenido consenso local, aunque difícilmente estaría de acuerdo con las creencias y las convenciones internacionales que reprimen la tortura o padecimientos análogos.[10]

5. Relativismo intraestatal

Se presenta cuando en el interior de un mismo Estado, coexisten distintos ordenamientos jurídicos tutelados constitucionalmente, cada uno de ellos con su identidad, tradiciones, cosmovisiones y techos culturales propios. En tal supuesto, es factible que derechos humanos esenciales, respecto, por ejemplo, a la vida, el debido proceso, a penas no crueles, etc., tengan distintas miradas y concluyan en contenidos diferentes. El problema puede agravarse si la Constitución nacional reconoce el derecho a ciertas comunidades poseedoras de sus propios derechos, a contar también con autoridades, incluso judiciales, para aplicarlos.

El tema ha tenido en los últimos lustros una difusión especial a raíz del reconocimiento de derechos a pueblos indígenas en algunas constituciones —como las de Perú, Argentina y Colombia—, pero más acentuado en otras. Tal vez los casos más llamativos son los de Ecuador y Bolivia.

La Constitución de Ecuador (2008), por ejemplo, define a la República como un "Estado constitucional *de derechos* —así,

[10] *The Nation,* Bangkok, l4 ene 1998, p. A-8 (cable de la Agencia Reuters).

en plural—, *intercultural* y *multinacional* (art. 1º). Los distintos pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, cuentan con la facultad de crear, desarrollar, implementar y practicar su derecho propio o consuetudinario, pero siempre que no se violen los derechos constitucionales, en especial de las mujeres, niños y adolescentes (arts. 56 y 57). Existe, pues, un "pluralismo legal", donde el Estado oficial reconoce, protege y garantiza la coexistencia y el desarrollo de sistemas regulatorios y consuetudinarios en cada nación indígena, en concordancia con el carácter multinacional, multiétnico y multicultural del Estado. También se favorece un procedimiento judicial que promueve el multiculturalismo, a fin de asegurar una comprensión cultural de los hechos y una interpretación cultural de las normas de tales grupos, con el propósito de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural (Ley de Garantías Constitucionales y de Control Constitucional, art. 66). No obstante, la misma ley contempla una acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena, que se tramita ante la Corte Constitucional, si tal justicia indígena ha violado los derechos constitucionales o discriminó contra la mujer (ley *cit*., art. 65).

La Constitución de Bolivia (2009) también proclama al Estado como multinacional e intercultural, compuesto, entre otros, por naciones indígenas originarias y campesinas, grupos interculturales y afrobolivianos. Ellos cuentan con el derecho a contar con un sistema político, económico y legal acorde con sus cosmovisiones (arts. 1 y 30). En el Poder Legislativo, hay representantes electos por comunidades indígenas (Constitución, art. 146). Existe una jurisdicción indígena, de igual rango que la ordinaria y la agroambiental (Constitución, art. 179), ejercida por sus propias autoridades, y que aplica sus principios, valores culturales, normas y procedimientos peculiares. El Tribunal Constitucional Plurinacional del Estado, donde debe haber jueces provenientes a la jurisdicción indígena, tiene competencias para evacuar consultas de la justicia indígena, acerca de la aplicación de sus normas a un caso concreto (constitución, art. 208), o para determinar su compatibilidad con la constitución (Ley Reglamentaria del Tribunal Constitucional, art. 137).

6. Alternativas de solución. Conflictos ideológicos, religiosos y estatales. El "argumento democrático"

Lo complejo del tema obliga a distinguir distintos planos del conflicto. Preferimos comenzar por el intento de armonización del relativismo cultural cuando es de tipo ideológico, religioso o estatal, dejando para una segunda etapa los conflictos intraestatales. En concreto, cabe preguntarse cómo evitar, en lo posible, que un mismo instrumento jurídico —por ejemplo, un tratado internacional sobre derechos humanos— pueda tener aplicaciones tan disímiles y contradictorias entre los distintos Estados que lo han suscrito.

Una vía de definición de los conflictos "externos" de legitimidad en materia de multiculturalismo, entre diversos estados, sería resolverlos "democráticamente", o sea, por el recurso a la mayoría.

Este mecanismo es desde luego atractivo, en especial por su simpleza. Si la interpretación de una regla supranacional dada por un organismo supranacional o por una comunidad, es visualizada como repulsiva por otra comunidad, el asunto podría aclararse por el voto de la mayoría de los miembros del organismo comunitario.

No obstante, la "argumento democrático" no es de fácil instrumentación. En particular, cabe preguntarse *quién* y *cómo* se votaría. Por ejemplo: ¿Cada Estado de la comunidad o suscritor del documento internacional tendría un voto, o debería tenerse en cuenta el número de habitantes implicados? Si lo que se trata de definir es un tema de justificación o injustificación, no parece razonable que el principio de igualdad soberana de los Estados —que impone conferir un voto a cada uno de ellos— defina la cuestión. Una mayoría de países pequeños, habitados por una ínfima proporción de la humanidad, podría así resolver cuestiones que se aplicarían al grueso de esa humanidad, aún contra la voluntad de esta última tremenda mayoría de personas.

Otra observación opuesta al argumento mayoritario es que si el asunto discutido divide al globo en sectores relativamente iguales, o al menos muy fuertes cada uno de ellos, resulta muy difícil dirimir electoralmente la cuestión en disputa. Puede parecer simple concluir que la exposición de ancianos enfermos termina-

les a la intemperie y al frío extremo, para provocar o acelerar su muerte —tal como se ha practicado en algunas muy pequeñas sociedades primitivas asiáticas, al estilo de una forma elemental de eutanasia— atenta contra el derecho a la vida y a la dignidad humana, pero no será tan sencillo concluir —solo por medio de una votación— que ciertos criterios diferenciatorios de la mujer, practicados en decenas de países musulmanes habitados por centenares de millones de habitantes, son necesariamente denigrantes en el plano axiológico, y que resultan siempre incompatibles con las convenciones antidiscriminatorias suscritas por esos países.

Dicho en otras palabras, el "argumento democrático" se robustece cuando los perdidosos en la elección son relativamente pocos, dado que entonces aparece una evidente mayoría que confiere a la votación una suerte de relevante legitimidad sociológica; pero es débil si dicha votación se encuentra muy dividida. En tal caso la legitimidad sociológica decae en relación directa al aumento del disenso con el resultado de la consulta.

Finalmente, el "argumento democrático" podrá brindar legitimidad sociológica a la respuesta obtenida, pero tampoco parece en última instancia apropiado para resolver definitivamente, mediante elecciones, qué es axiológicamente justo y qué es injusto. La esclavitud, por ejemplo, tuvo históricamente —tanto en Europa como en Asia— una aprobación mayoritaria durante centurias, y eso no significa que haya sido una institución en sí legítima.

7. El "argumento jerárquico"

Un importante mecanismo de solución de confrontaciones de legitimidad, de tipo formalista, es el que asigna competencia para resolverlo al órgano jurídico instituido por el tratado o convención para pronunciarse sobre el tema.

El "argumento jerárquico" —un argumento de autoridad— tiene en su favor la claridad y seguridad que brinda, además de su impecable juridicidad. Se afianza también desde el plano de la lógica, ya que si los diferentes Estados que han adherido a una convención han aceptado una solución de tipo institucional, bueno es que la cumplan. Además, si la han previsto así, es porque

—se supone— entendieron que era el camino más adecuado para dirimir los conflictos. La doctrina de los propios actos se suma así a esta alternativa, como también algunos ingredientes de corte aristocrático —la convención o pacto ha seleccionado a los mejores para interpretarlo–.

En síntesis, esta doctrina propone que en los conflictos externos de legitimidad prevalezcan los criterios axiológicos de los órganos jurisdiccionales establecidos por el convenio internacional del caso. A los estados y comunidades nacionales les correspondería entonces una política de seguimiento y de obediencia a sus directrices.

Sin embargo, el argumento jerárquico, con tantos puntos a su favor, cuenta con flancos débiles. Aparte de su legitimidad formal —que por cierto tiene—, puede no contar con legitimidad sociológica: por ejemplo, si los miembros del organismo supranacional no tienen de hecho las dotes éticas y técnicas para desempeñar su cargo, habiendo sido elegidos, *v. gr.,* en base a componendas políticas y diplomáticas; o si sus sentencias resultan arbitrarias, imprudentes o caprichosas, generadoras por tanto de disenso. En tal sentido, el mejor tribunal internacional puede devaluarse y perder prestigio frente a las sociedades que debe regir, las que entonces tendrán la tentación de elaborar actitudes escapistas —expresas o solapadas— o de renuencia a obedecerlo.

En otro sentido, puede ocurrir que si media un desfase cultural profundo entre el órgano de la jurisdicción supranacional con una sociedad determinada, ésta se sienta inclinada a hacer prevalecer sus propios valores y concepción de la vida, por sobre el prestigio del primero. En una sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, éste advirtió que un tratado internacional no podría sobreponerse al principio constitucional local del respeto a la dignidad humana —que desde luego, será entendido por el Tribunal primero según las pautas domésticas—. El fallo es sumamente ilustrativo, proviniendo sobre todo de una nación con una alta dosis de desarrollo jurídico, acerca de los topes nacionales de sometimiento a una convención.[11]

[11] La sentencia referida no aborda, en verdad, el caso de un fallo de un órgano jurisdiccional supranacional al que el Tribunal Constitucional Federal alemán reputase —hipotéticamente, en un caso concreto—, lesivo de la digni-

Paralelamente, cabe observar que algunos documentos internacionales no establecen órganos jurisdiccionales de solución de controversias, con lo que el conflicto podría quedar sin resolver.

8. El "argumento aristocrático"

Los conflictos de legitimidad, según este criterio, deben ser decididos según las pautas culturales prevalecientes en los países *mejores*. El grupo de los "mejores" estaría formado principalmente por países europeos Occidentales y otros pocos adscritos a su área cultural —Australia, Nueva Zelandia, Estados Unidos y Canadá—. Se trata de la élite de estados que históricamente compusieron el núcleo directriz del *concierto de las naciones,* vale decir, de las "naciones civilizadas".[12]

El argumento aristocrático —de tanta vigencia durante la *belle epoque*— resulta hoy más una tentativa de estrategia de dominación que un principio aceptado. La crítica más dura que se le hace es que, de hecho, procura imponer, so pretexto de la universalidad de los derechos humanos, su propia versión particular de ellos, autocalificada como la única axiológicamente admisible, y por tanto con validez universal. Así, el cuestionamiento a la llamada "interpretación occidental" de los derechos humanos —tildada a menudo desde el este y el sur como "intervencionista, politizada y selectiva", cuando no "eurocéntrica"—, es ahora

---

dad humana. Queda abierta la incógnita de si en tal caso el fallo supranacional a que aludimos sería ejecutable en Alemania. Cfr. Aláez Corral, Benito, "*Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 12 de octubre de 1993",* en Revista española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales núm. 45, 1995, pp. 248-249. Cfr. también López Castillo, Antonio, "*De integración y soberanía. El tratado sobre la Unión Europea ante la Ley fundamental alemana",* en Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 40, 1994, pp. 207 y ss.

12 No debe olvidarse que en la génesis del derecho internacional público, es decisivo el llamado "concierto europeo", formado por las principales naciones de tal continente, que se autocalificaron como la cuna de la comunidad internacional civilizada y la gestadora de tal rama del derecho. Véase por ejemplo Díaz Cisneros, César, *Derecho internacional público,* Buenos Aires, TEA, 1955, t. I, pp. 118 y 123.

constante en los foros internacionales. Bien se ha dicho, al respecto, que esta controversia puede no ser más que una manifestación del llamado "choque de civilizaciones", que caracteriza el declinar del siglo xx.[13]

En concreto, la *solución aristocrática* de los conflictos externos de legitimidad pudo tener andamiaje, como toda fórmula aristocrática, en tanto que los "no mejores" dejaran decidir —o fueran obligados a dejar decidir— a los "mejores". Si ese liderazgo es contestado, o si las ecuaciones de poder económico y político variaran en favor de los antiguos "no mejores", cae también la receta que comentamos.

9. La doctrina del "margen de apreciación nacional"

Se trata de una posición compatibilizadora. Inicialmente quedó formulada para comprender interpretaciones locales de derechos humanos en asuntos tales como su suspensión —por razones de seguridad nacional, peligro público, etc.—, o su limitación —motivos de utilidad pública, moral pública, etc.—; pero también puede operar como una herramienta de regulación de tales derechos. En concreto, pregona que los derechos personales no pueden evaluarse en abstracto, sino que cabe tener en cuenta las particularidades de cada nación, según las circunstancias, las materias y el contexto.[14]

Aplicada la doctrina al caso de los conflictos axiológicos externos, ella obliga a distinguir un núcleo irreductible y no transable en el derecho en cuestión, de interpretación uniforme, y

[13] Cfr. Arteaga Acosta, Horacio, "*Los derechos humanos hoy: concepciones en conflicto",* en Boletín de la Comisión Andina de Juristas, Lima, núm. 45, 1995, pp. 10 y 14, con cita de las opiniones de Samuel Huntington sobre "*the clash of civilizations*"; Villán Durán, Carlos, "*Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos...", cit.,* p. 348.

[14] Véase sobre el tema Ganshof van der Meersch, Walter, "*Le caractère «autonome» des termes et la «marge d'appréciation» des gouvernements dans l'interpretation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme",* en AA.VV., *Protection des droits de l'Homme: la dimension européenne,* Berlín, Franz Matscher-Herbert Petzold, l988, p. 207.

pegada a él, una superficie mayor, donde sí cabrían valoraciones distintas de ese derecho, según las modalidades socioculturales de cada comunidad. En lo que hace al núcleo central, cabe el sometimiento de la sociedad local a las pautas axiológicas globales: hay aquí un "piso mínimo", que ningún Estado puede avasallar o desconocer. En lo que hace a la zona aledaña, imperaría el *margen de apreciación nacional*.[15]

Aparte de lo señalado, el "margen de apreciación nacional" se reduce cuando en los países miembros del convenio o tratado existen "estándares comunes" o "denominadores comunes" en torno al modo de entender un derecho. Por tanto, si los distintos países están de acuerdo en apreciar —por lo común— a un derecho de determinado modo, difícilmente podría invocarse por un Estado un "margen de apreciación nacional" diferente a esa interpretación compartida por los restantes.[16]

La doctrina del "margen de apreciación nacional" es interesante y necesaria a la vez, pero también trae sus bemoles.[17] Por ejemplo, casi nunca está claro cuál es el límite entre la zona "irreductible" de un derecho, y la del comienzo del "margen de apreciación nacional". La definición de esta duda queda, en definitiva, a cargo de los órganos jurisdiccionales —cuando los hay— custodios del convenio o tratado, por lo cual, en definitiva, renacería aquí el argumento jerárquico al que ya hemos hecho referencia.

---

15 Véase sobre el núcleo irreducible de derechos inderogables Cançado Trindade, Antonio A., "*Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights",* en Recueil des cours de l'Académie de Droit International, La Haya, 1987, t. 202, p. 402; Yourow Howard, Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dinamics of European Human Rights Jurisprudence,* La Haya, Boston, Londres, Kluwer Law International, 1996, pp. 15 y ss.

16 Ganshof van der Meersch, Walter, *op.cit.,* p. 214.

17 En un sentido profundamente crítico a la doctrina del margen de apreciación nacional, a la que califica como "no feliz creación en el seno de los órganos europeos", y su posible repliegue en el futuro, cfr. el excelente estudio de Valiña, Liliana, "El margen de apreciación nacional en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pp. 173 y ss., en especial 196-197.

10. La doctrina del esfuerzo compartido

Esta doctrina, asimismo contemporizadora, parte de varios supuestos.

El primero consiste en reconocer la situación del multiculturalismo como fenómeno sociológico natural, innegable e irreprimible. Que haya pueblos que piensen distinto es algo tan antiguo como la existencia misma del ser humano.

El segundo estriba en partir del supuesto de encontrar soluciones, o sea, de operar con un *animus* genuino y honesto de arribar a una receta equitativa, y no del "todo o nada".

El tercero es que, para alcanzar una solución, cabe descartar posiciones aristocratizantes o basadas en la mera fuerza, para lo cual será casi indispensable formular concesiones y avenimientos mutuos. Tal puede ser la regla de oro de la convivencia. El factor tiempo —la fijación de etapas, por ejemplo— puede contribuir a esa armonización de posiciones contrapuestas. Delimitar el núcleo intangible y esencial de un derecho, de los segmentos secundarios del mismo, es otro punto al que cabe atender con prioridad.

Naturalmente, la doctrina del esfuerzo compartido no es incompatible con la doctrina del margen de apreciación nacional o con el argumento jerárquico, ni con ciertas recetas democráticas prudencialmente aplicadas.

11. Un elemento corrector: las cegueras axiológicas

Para reprimir los excesos de cualquiera de los argumentos esgrimidos —*v. gr.,* el "democrático", el "jerárquico", el del "margen de apreciación nacional", etc.—, podría hacerse uso de la doctrina de las cegueras axiológicas.

La misma alerta que ciertas comunidades —pequeñas o grandes— pueden en determinados momentos perder parcial o totalmente su lucidez valorativa, y admitir como aceptables soluciones profundamente ilegítimas. Son casos de patología psicosocial, cercanos a los que Werner Goldschmidt llama de "con-

ciencia mala" de ciertos pueblos.[18] La aceptación expresa o tácita de la mayoría de la comunidad alemana a Hitler, en pleno desarrollo del siglo xx, es un buen ejemplo de tal perturbación: pocos estarían en condiciones de argumentar que la política de discriminación y agresividad racial, bien sostenida por cierto años atrás a su elección popular por el futuro dictador en su célebre libro *Mi Lucha,* no podía provocar el holocausto que finalmente ocurrió, y que este fue una "sorpresa imprevisible". Sin embargo, un grupo humano tan numeroso y culto —en términos comparativos— como la mayoría de la sociedad germánica, una de las más desarrolladas de la humanidad, instaló democráticamente al *Führer* —es decir, mediante comicios—, le dio legalmente poderes omnímodos y lo siguió en una empresa trágica que costó decenas de millones de muertos. Desde esta perspectiva, es claro que allí hubo una *ceguera axiológica*.

En síntesis, es posible algunas veces resolver un conflicto externo de legitimidad constatando en alguno de los grupos contrapuestos la existencia de una *ceguera axiológica*. Pero el problema, en tales casos, es de *quién* detecta la ceguera, y con qué autoridad ética lo hace. Por ejemplo, la mayor parte de los habitantes de los países Occidentales dirá —y no sin acierto— que cortarle la mano a un ladrón reincidente como sanción estatal, es hoy una ceguera axiológica lesiva de la dignidad humana. Pero pocos de aquellos países del primer mundo tendrán la suficiente sinceridad y humildad para reconocer que quitar "legalmente" la vida a seres por nacer, por la mera y discrecional decisión personal del abortante, tal como ocurre en varias de estas naciones, es *también* otra ceguera axiológica, mucho más grave —cuantitativa y cualitativamente hablando— que la mutilación del ladrón.

Un indicador bastante acertado de existencia de las cegueras axiológicas es la vergüenza de una sociedad que las practica, en reconocerlas como dato de su propia realidad. Por ejemplo, la prostitución infantil es un hecho practicado y consentido por varios gobiernos y por ciertos pueblos, a la luz de todo el que quiera verla, aunque oficialmente se la cuestione —muy tibiamente— o

[18] Cfr. Goldschmidt, Werner, *Ciencia de la Justicia. Dikelogía,* 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 45 y 377.

se la minifique, pretendiendo restarle magnitud. En otros casos, sin embargo, la ceguera axiológica monta su propio aparato ideológico y airosamente sale al ruedo pretendiendo legitimarse. Así, se habla por algunos de un *derecho constitucional a la autodegradación*, cuando no a la *automutilación,* en aras —por ejemplo— de un sacrosanto derecho a la propia individualidad, o dicho con más sofisticación, de la "autonomía personal", que siempre debería quedar inmune a políticas *paternalistas o proteccionistas* del Estado.[19] En sentido parecido, las políticas de exterminio racial del nazismo tuvieron un nutrido arsenal argumentativo, que partía desde la cuasi negación o edulcoración de tal hecho —presentar los campos de concentración, *v. gr.,* como centros de trabajo— hasta, si era necesario, su pretendida justificación.

Aparte de ello, si existe una decidida opinión común en la casi totalidad de la humanidad en torno a la ilegitimidad de una conducta —la trata de blancas, la esclavitud, el rechazo a la tortura, etc.—, la admisión o tolerancia de la misma conducta por un pueblo determinado es, sociológicamente hablando, una hipótesis concreta de ceguera axiológica.

12. El multiculturalismo intraestatal

Dejamos aparte esta situación porque tiene ribetes especiales. Cuando tal relativismo cultural tiene apoyo en la propia Constitución —es decir, cuando ella proclama la existencia de órdenes jurídicos distintos dentro de un mismo territorio estatal, cada uno de ellos portador de creencias, valoraciones y principios propios, y suma a ello la protección de ciertas identidades culturales, confiriendo además poder jurídico a las autoridades de los grupos del caso—, es la propia Constitución la que está tutelando cierta posible disparidad en el contenido y goce de los derechos personales.

[19] En los casos "Bazterrica" y "Capalbo", la minoría de la Corte Suprema de Justicia argentina se plantea el tema, precisamente, de si existe un derecho constitucional a la autodegradación, respondiendo negativamente a tal cuestión. Véase A, *Fallos,* 308:1392 y 1468.

De todos modos, por razones de seguridad jurídica, debe haber topes en esa disparidad, y debe haber una autoridad superior que los defina, en particular para tutelar el contenido esencial de los derechos. Hemos visto las fórmulas empleadas por las constituciones de Ecuador y Bolivia, que en última instancia confían en su Corte o Tribunal Constitucional para asegurar la supremacía de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos, y que regulan procedimientos específicos, de derecho procesal constitucional, como una acción extraordinaria contra decisiones de la justicia indígena, o un mecanismo de consulta, aparte de la facultad de deslindar competencias entre la jurisdicción ordinaria y la indígena.

En estos casos, al Tribunal o Corte Constitucional tiene una delicada función jurídica y política de árbitro institucional y de custodio del contenido esencial de los derechos. La ley ecuatoriana de garantías constitucionales es útil al respecto, cuando subraya el ánimo que debe presidir, en ese trabajo, al máximo tribunal constitucional: asumir la realidad intercultural, nutrirse de la voluntad de encontrar alternativas de ensamble, evitar soluciones rígidas, monoculturales o etnocéntricas. Por nuestra parte, añadimos la vieja fórmula de Benjamín Cardozo, destinada en su momento para dirimir las contradicciones, aparentemente insolubles, que puedan anidar en una Constitución: de ser necesario, compatibilizar lo incompatibilizable.

Es una receta que apunta al método jerárquico para resolver los conflictos, pero que nada impide que haga uso, igualmente, de la doctrina del margen de apreciación nacional —léase, del margen de apreciación de las comunidades en juego— y del esfuerzo compartido. Tampoco, desde luego, del análisis de eventuales cegueras axiológicas, ya en la sociedad nacional total, ya en alguna comunidad específica.

Varias sentencias de la Corte Constitucional de Colombia son una muestra de una tentativa de esa contemporización. Sus veredictos en materia de sanciones corporales, proselitismo religioso y de derecho de defensa en juicio, con relación al derecho indígena, pueden ser —y de hecho son— discutibles. Pese a ello, implican fórmulas y ecuaciones jurídicas de compatibilización, por más que el analista pueda no siempre compartirlas.

13. Evaluación

1. Una variable singular de conflictos externos de legitimidad —de una comunidad o grupo de comunidades con otro grupo— se plantea en el caso de la adhesión de sociedades distintas, con valoraciones a menudo disímiles, a un mismo documento jurídico inter o supranacional. Siempre han existido pueblos que han manejado diferentes valores y escalas de valores. Lo novedoso es que antes esas comunidades no se sometían a un mismo techo jurídico, en tanto que ahora, frente a procesos de globalización y de pretensión de universalidad de los derechos humanos, la adhesión de esos pueblos con valoraciones contrapuestas a un convenio o declaración común es cada vez más frecuente.
2. El intento de resolver esos conflictos externos de legitimidad principia por asumirlos, vale decir, por reconocerlos como dato natural del actual desarrollo jurídico de la humanidad.
3. El segundo paso consiste en intentar fórmulas razonables de armonización. Ellas consisten, primero, en consensuar dos cosas: quién decide, y en base a qué decide.
4. En definitiva, cabe necesariamente pensar en organismos jurisdiccionales supranacionales equitativamente constituidos e integrados con sujetos poseedores de especiales cualidades éticas y técnicas, aptos para comprender el conflicto y brindar soluciones prudentes acordes con el grado de desenvolvimiento global, por un lado, y las posibilidades reales de las comunidades en juego, por el otro. Sus integrantes deben ser concientes, en particular, de que un Estado o una comunidad —o varios Estados y sus pueblos— por más civilizados que fueren, o que se consideren que lo son, carecen hoy del derecho providencial de imponer a otras sociedades su modo de pensar o de calificar lo justo e injusto. El "argumento aristocrático" de decisión de estos conflictos no es, pues, convincente.
5. El "argumento democrático", que define el conflicto en favor de los criterios de legitimidad del grupo de naciones

o de sociedades más numeroso, tiene andamiaje sociológico solo en los supuestos en que esa mayoría sea abrumadora y opte por una respuesta objetivamente razonable.

6. Una advertencia cada vez más evidente es que la observancia y el entendimiento común de los derechos personales en un mundo globalizado no son ajenos a un también común piso económico y cultural que dé las bases fácticas y sociológicas para sentirlos en cualquier parte del mismo modo. Distintos escenarios y contextos producirán muy probablemente diferentes visualizaciones axiológicas sobre un mismo precepto jurídico.

7. En tal quehacer, cabe constatar que en ciertas áreas es posible lograr un alto grado de uniformidad axiológica en torno a lo que es legítimo y lo que es ilegítimo, pero que en otras no va a ser pronto así. El consenso axiológico es pues una meta, no una realidad. El tránsito hacia la convergencia en criterios comunes de legitimidad puede lograrse en parte profundizando el análisis de las cegueras axiológicas, y realizando una inteligente aplicación de la doctrina del "margen de apreciación nacional" y del "esfuerzo compartido".

8. El factor tiempo será igualmente indispensable para intentar compatibilizar los conflictos axiológicos, que subsistirán durante lapsos prolongados —o tal vez no desaparezcan nunca— y con los cuales será necesario convivir.

9. En el interior de un país, el reconocimiento constitucional de naciones o grupos con derechos y autoridades propias importa un nuevo dato de la experiencia constitucionalista, en particular latinoamericana. Es casi inexorable que aparezcan aquí conflictos de coexistencia jurídica. Cabe advertir, no obstante, que resulta indispensable determinar con claridad qué órgano y con qué pautas debe tutelar el contenido esencial de los derechos humanos, por encima de aquellas heterogeneidades normativas y culturales. En la realidad, ello ha provocado ya nuevos aportes para el derecho constitucional y el derecho procesal constitucional.

Capítulo XV
El *habeas corpus* en el sistema interamericano de derechos humanos*

1. Introducción. El *habeas corpus* y el control de convencionalidad

Definido como el "Gran Mandamiento", el *habeas corpus* se perfila como el padre del derecho procesal constitucional. En efecto, cronológicamente es el primero de los procesos constitucionales y el destinado a tutelar uno de los más importantes derechos, como es la libertad física y ambulatoria, derecho por cierto *fundante,* en el sentido que posibilita la realización de los demás. Y aun cuando cuenta con valiosos precedentes normativos, la sanción de la *Habeas Corpus Act* inglesa, en 1679, puede igualmente reputarse como una de las partidas de nacimiento del derecho procesal constitucional.

El *habeas corpus* ha figurado en la mayor parte de las constituciones actuales, y ha tenido diferentes tratamientos legislativos: muchas veces, como un capítulo de los códigos procesales penales. En una visión más avanzada, normado conjuntamente con la acción de amparo. Otra alternativa es la de injertarlo en su hábitat preciso, un código procesal constitucional. Ocasionalmente, ha tenido una ley aparte.[1]

---

* El presente trabajo se inserta dentro del plan de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Pero aparte de su instrumentación nacional, el *habeas corpus* ha sido recogido por una serie de instrumentos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos.[2] Esto implica que no solamente es un tema que ha preocupado al constituyente y al legislador local, sino también a la comunidad internacional. Por ende, es un instituto que preocupa al bien común nacional, y por sobre él, al bien común internacional.

Entre esos instrumentos internacionales, nos interesa de modo particular el Pacto de San José de Costa Rica (1969), o Convención Americana sobre Derechos Humanos, que lo reglamenta en su artículo 7.6.

Ese atracción singular deriva de que, según la doctrina del "control de convencionalidad", enunciada de modo enfático como obligatoria para los jueces nacionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso "Almonacid Arellano *vs.* Chile" (2006), y ratificada por una docena de sentencias posteriores, tales jueces tienen un doble *deber*: (i) inaplicar las reglas jurídicas internas —incluso las constitucionales—, opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; (ii) hacer funcionar —es decir, interpretar, aplicar, diligenciar— todas las normas jurídicas domésticas —cabe repetir:

---

1 Sobre los diferentes tratos normativos al *habeas corpus,* nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Habeas corpus,* 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2008, t. 4, pp. 86 y ss.

2 Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), art. 9.4., dice: "Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si su prisión fuera ilegal". El Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 7.6, es más completo y protector que este precepto, como puede advertirse. Véase parágrafos 2 y siguientes. A mayor abundamiento, debe recordarse que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa en su art. XXV que "Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes... todo individuo que haya sido privado de su liberad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad".

aún las constitucionales—, de conformidad con dicho Pacto y jurisprudencia.[3]

Tales directrices conllevan consecuencias significativas. Por ejemplo:

a) las reglas internas que contravengan al *habeas corpus* normado por el artículo 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, son "inconvencionales", vale decir, en palabras de la Corte Interamericana, carentes de efectos jurídicos;

b) las reglas nacionales concernientes al *habeas corpus* tienen que someterse, o sea, deben ser entendidas y actuadas conforme a las pautas del aludido artículo 7.6, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana;

c) el derecho interno de cada Estado podrá ser más generoso que el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, conforme al principio *pro homine* y al *favor libertatis,* a tenor del artículo 29.b del Pacto (véase nota 3), pero nunca más restrictivo. En otras palabras, el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana operan como *piso,* y no como *techo* jurídico de los derechos humanos, y

d) el "control de convencionalidad" que comentamos no es una mera teoría o doctrina, sino una regla obligatoria para los jueces nacionales, fijada o creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ella, en "Almonacid Arellano", lo hizo invocando los principios de *bona fide, pacta sunt servanda* y del "efecto útil" de los tratados internacionales, art. 2.2. del Pacto de San José de Costa Rica).

---

[3] Derivamos al lector a Sagüés, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale commune en América Latina"?,* México, UNAM, 2010, Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, pp. 449 y ss.

2. Texto normativo

El mencionado artículo 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica indica lo siguiente:

> Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto, o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Esta prescripción, de breve contenido, da lugar a diversos comentarios, que desmenuzaremos de inmediato.[4]

3. Naturaleza del *habeas corpus* interamericano

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el *habeas corpus* está enunciado en el referido artículo 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica, y es una especie del género "amparo". Los países pueden instrumentarlo dentro de éste o de manera autónoma. La Corte admite que en algunas naciones se lo llame "amparo de la libertad" (Opinión Consultiva 8/87, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías,* párr. 34; casos "Anzualdo", párrs. 73, 74, 77; "La Cantuta", párr. 111).

La inserción del *habeas corpus* dentro de la familia del amparo, normado este último por el artículo 25 del Pacto de San José

[4] Véase entre otros, y a quienes seguimos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004,* San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 1078 y ss.; Huertas Díaz, Omar *et al., Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia 1980-2005,* Bogotá, Universidad Autónoma de Colombia-Editorial Ibáñez, 2005, pp. 97 y ss.

de Costa Rica, provoca que le sean aplicables algunas garantías allí enunciadas para el amparo, conectadas de modo particular con la sencillez, rapidez y efectividad que debe animarlo, y el compromiso del Estado a desarrollar sus posibilidades procesales y a garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte.[5]

4. Rol reparador, preventivo y correctivo

El texto del artículo 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica parece enunciar obligatoriamente para los estados el *habeas corpus* reparador, destinado a proteger a "toda persona privada de libertad". A continuación menciona al *habeas corpus* preventivo, pero indicando que el mismo, destinado para la persona "amenazada de ser privada de su libertad", no podrá ser abolido ni restringido por los estados que ya lo tienen establecido.

Sin embargo, la Corte Interamericana ha formulado una interpretación mutativa por adición del citado inciso. En efecto, indicó en el párrafo 35 la Opinión Consultiva 8/87, ya citada, que entre los roles del *habeas corpus* figura "controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". El *habeas corpus,* así dibujado, engloba la variante del *habeas corpus* "correctivo", destinado a tutelar el buen trato a las prisiones de los detenidos en ellas, así como ciertas variables del *habeas corpus* preventivo.[6] El *habeas corpus* "correctivo"

[5] Art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: *a)* a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema leal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; *b)* a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y *c)* a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

[6] Respecto del *habeas corpus* correctivo, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Habeas corpus, cit.,* pp. 213 y ss.

ha sido llamado algunas veces como *habeas corpus* impropio, en el sentido de que, muchas veces, no procura necesariamente la libertad del arrestado, sino su atención adecuada y acorde con el principio de dignidad humana. Actualmente, desde el punto de vista cuantitativo, es quizá el más relevante.

5. *Habeas Corpus* a favor de desaparecidos

La Corte Interamericana ha extendido el *habeas corpus* no solamente para impedir desapariciones, como hemos visto, sino también "para localizar el paradero de una persona", incluso a pesar de que haya transcurrido un tiempo largo desde su desaparición (casos "Hermanas Serrano Cruz", párr. 79; "Blake *vs.* Guatemala", párr. 102).

6. *Habeas corpus* individual y colectivo

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aceptado la instrumentación procesal del *habeas corpus* "colectivo", o sea, del interpuesto a favor de una pluralidad de personas, al que llama "genérico" (caso "Instituto de Reeducación del Menor *vs.* Paraguay", párrafos 247, 251).

7. ¿Qué detenciones se discuten en el *habeas corpus?*

El Pacto de San José de Costa Rica no es aquí coherente. El artículo 7.6 parece estar programado para impugnar detenciones o arrestos "ilegales". El juez debe expedirse, específicamente, sobre "la legalidad" de la restricción a la libertad. Sin embargo, el mismo artículo 7, en su inciso 3, advierte que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento "arbitrarios".

En concreto: el *habeas corpus* es idóneo, sin duda, para atender privaciones de libertad *ilegales*. Pero ¿incluye también a las *arbitrarias?* En doctrina, existe un fuerte debate en torno a si arbitrariedad e ilegalidad con cuasisinónimos, o términos con un sentido multívoco y diferente, habría, en tal sentido, actos ilegales-arbi-

trarios, pero también legales-arbitrarios. La arbitrariedad aludiría, para algunos, a situaciones inequitativas o injustas, axiológicamente discutibles, aunque formalmente pudiesen ser legales.[7] Por eso algunos textos normativos programan al amparo, por ejemplo, para objetar actos u omisiones tanto ilegales como arbitrarios (en tal sentido, art. 43 de la Constitución nacional argentina).

Un entendimiento coordinado de los incisos 7.3 y 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica nos lleva a asimilar, en lo que hace a ese instrumento internacional, los conceptos de arbitrariedad e ilegalidad. Resultaría absurdo ceñir la meta del *habeas corpus* exclusivamente para discutir detenciones ilegales, sin comprender a las arbitrarias, cuando el inciso 7.3 condena explícitamente a estas últimas.

Precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en "Gangaram Panday *vs.* Surinam", considerando 47, ha advertido que los arrestos *ilegales* son los que se han consumado violando los requisitos materiales y formales exigidos por la ley, mientras que los *arbitrarios* son los que, aunque cubriendo esos requisitos legales, resultan de todos modos irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. Ambos son contrarios al Pacto de San José. Tal pauta, destacamos, es de gran trascendencia práctica.

8. Instrumentación procesal del *habeas corpus*

El inciso 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica contiene pocas, aunque importantes, reglas procedimentales del *habeas corpus*. Entre ellas mencionamos las siguientes, complementadas con la jurisprudencia de la Corte Interamericana:

a) el recurso puede interponerse por el propio afectado en su libertad, "o por otra persona". Esto importa consagrar una acción de tipo *popular,* con una amplia legitimación activa. No cabe restringirla, por ende, a los parientes o amigos del detenido;

[7] También derivamos en este punto al lector a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo,* 5ª ed., 3ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2015, t. 3, pp. 107 y ss.

b) debe articularse ante autoridad judicial ("juez o tribunal competente", dice el art. 7-6 del Pacto). La Corte Interamericana demanda que sea "una autoridad judicial o con funciones judiciales", cosa que no satisfacen alcaldes u otros funcionarios administrativos, y aunque hubiere recursos judiciales contra lo resuelto por éstos ("Chaparro Álvarez *vs.* Ecuador", párr. 129);
c) el *habeas corpus* no está subordinado al agotamiento de vías administrativas, ya que el artículo 7-6 del Pacto autoriza el control jurisdiccional directo de los actos administrativos lesivos de la libertad ("Vélez Loor *vs.* Panamá", párr. 127);
d) el *habeas corpus* exige la presentación del detenido al juez del caso, a fin de verificar la legalidad de la privación de la libertad que lo afecta (Opinión Consultiva 8/87, párrs. 33 y 35);
e) el juez del *habeas corpus* debe decidirlo "sin demora". Con razón, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado que un plazo de catorce meses y medio es al respecto sumamente excesivo y violatorio del Pacto de San José (caso "Suárez Rosero *vs.* Ecuador", párr. 64). También, desde luego, si transcurrieron cinco años entre la interposición de un *habeas corpus* genérico, y su decisión (caso "Instituto de Reeducación del Menor *vs.* Paraguay", párr. 247), y
f) el *habeas corpus* debe ser *eficaz*: no basta que esté enunciado formalmente, sino que tiene que ser realmente operativo (caso "Suárez Rosero *vs.* Ecuador", párr. 63).

El resto de la especificación procesal del instituto queda a cargo de cada país signatario del Pacto.

Uno de los temas procesales más interesantes es la operatividad del *habeas corpus,* según el artículo 7-6 del Pacto de San José de Costa Rica, con relación al artículo 7-5, que asegura el derecho de un detenido a ser llevado sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Jesús M. Casal juzga, con acierto, que si alguien no es sometido y llevado ante dicha autoridad jurisdiccional, podrá ar-

ticular un *habeas corpus*.[8] Pero también extiende la operatividad del *habeas corpus* contra resoluciones judiciales restrictivas de la libertad contrarias al artículo 7-5, o cuando dichas decisiones, originalmente justificadas, después no merecerían mantenerse. Entendemos que en tales casos el juez del *habeas corpus* estaría interfiriendo en un proceso judicial a cargo de otro juez, y que las impugnaciones a los proveídos o sentencias interlocutorias de éste, tienen que plantearse en su sede, mediante los recursos en vigor. Solamente si ellos fueran notoriamente inconducentes cabría la posibilidad de plantear un *habeas corpus,* pero siempre ante el juez competente de la causa, o en su caso, ante su superior.

9. No suspensión durante los estados de excepción

La garantía del *habeas corpus,* como la del amparo, figuran entre aquellas que no pueden suspenderse mientras esté rigiendo un estado de excepción, porque resultan "indispensables", subraya la Corte Interamericana, para tutelar derechos a su vez insuspendibles según el artículo 27-2 del Pacto de San José de Costa Rica, y asimismo, porque son necesarias "para preservar la legalidad en una sociedad democrática" (caso "Durán y Ugarte *vs.* Perú", párr. 106; "Hermanos Paquiyauri *vs.* Perú", párrs. 97 y 98. Véase también Opinión Consulta 8/87, párr. 35). En otras ocasiones, la misma Corte ha destacado como razones de la no suspensión del *habeas corpus* la "preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías" (caso de los "Hermanos Paquiyauri *vs.* Perú", párr. 97).

10. Evaluación

El Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sentado las bases del

[8] Casal, Jesús M., *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Parte I. Deberes de los Estados y derechos protegidos. Capítulo II, Derechos civiles y políticos. Artículo 7, Derecho a la libertad personal,* versión digital remitida por el autor.

habeas corpus interamericano, cuyas reglas formales y jurisprudenciales son obligatorias para los estados adscriptos al sistema del Pacto y que aceptaron la competencia contenciosa de la Corte, conforme, reiteramos, la doctrina del control de convencionalidad.

En muchos aspectos, la Corte Interamericana ha desplegado las reglas del Pacto —así, cuando incluye entre los beneficiarios de la acción a las personas desaparecidas—, o realizado de vez en cuando verdaderas interpretaciones mutativas por adición. En ellas, el texto del artículo 7.6 permanece formalmente intacto, pero su contenido se ha ampliado. Por ejemplo, en cuanto los objetivos del *habeas corpus,* especialmente respecto del "correctivo", que superan la mera revisión judicial de detenciones ilegales y arbitrarias. Otra ampliación de interés es la admisión del amparo colectivo. En otros supuestos, el Tribunal ha coordinado preceptos del Pacto, como los referentes al *habeas corpus* y al amparo. También ha disipado dudas importantes, como las relativas a la vigencia de éstos cuando se han declarado estados de emergencia o similares.

En general, todo ese trabajo de interpretación de las normas del Pacto, que ha penetrado, ocasionalmente, y con criterio activista, en el ámbito de la llamada *sobreinterpretación,*[9] puede reputarse positivo, en aras de reforzar, actualizar y lubricar al viejo pero venerable instituto del *habeas corpus.* Los aportes expansivos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido aquí prudentes y provechosos.

Resulta del todo conveniente que el escueto pero útil andamiaje interamericano referente a dicha figura procesal constitucional —y ahora, también procesal *convencional*—, que deja por cierto un gran margen de apreciación nacional en la instrumentación doméstica de los *habeas corpus,* sea perfectamente conocido por los jueces nacionales y demás operadores jurídicos —*v. gr.,* los poderes ejecutivo y legislativo—. No debe olvidarse que el derecho local tiene que hacerse funcionar conforme aquellas directrices.

[9] Respecto de la "sobreinterpretación" de la Constitución, véase Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 81.

Capítulo XVI
Derecho a la seguridad (a propósito de la violencia urbana)*

1. Introducción. La seguridad personal como derecho humano

El derecho a la seguridad personal es un típico derecho humano, generalmente de raigambre constitucional, pero también de alcurnia supranacional, en el sentido que está reconocido por una serie de instrumentos internacionales.

Por ejemplo, así figura en el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos —ONU, 1948—, cuando indica que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a "la seguridad de su persona". El derecho "a la libertad y seguridad personales" se repite en el artículo 9º de la Declaración Universal de Derechos Civiles y Políticos. A su turno, el Pacto de San José de Costa Rica repite una expresión parecida, en su artículo 7, inciso 1º. La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial es todavía más explícita, al señalar en su artículo 5º, inciso *b)* que toda persona, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, tiene dere-

* Originalmente publicado en El Derecho, Buenos Aires, Argentina, t. 186, pp. 827 y ss., y en Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano, Montevideo, Fundación Honrad Adenauer, 2004, t. II, pp. 451 y ss. La actual versión incluye modificaciones y actualizaciones.

cho "a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución".

En su versión restringida, el derecho a la seguridad personal parece vincularse al derecho a la integridad física, en el sentido de tutelar al individuo contra daños a su cuerpo. Pero en una acepción más amplia, comprende también la protección frente a otros ataques conexos, como privaciones o perturbaciones a la libertad ambulatoria, atracos, invasiones a su domicilio, atentados sexuales, y en general amenazas o intimidaciones que impidan a un ser humano disfrutar de su *derecho a la tranquilidad*, sin temer lesiones a su persona o a sus bienes. Ese amparo tiende a llamarse "seguridad pública".[1]

Queda claro, entonces:

a) que el derecho a la seguridad personal es un derecho honda y estructuralmente *humano,* algo estrechamente vinculado con la dignidad de la persona, un derecho básico y fundamental, de tipo innegable;

b) que opera como una suerte de "derecho fundante" valioso tanto por sí mismo como porque posibilita el goce de otros derechos. De no haber garantías respecto de la integridad personal, por ejemplo, raro es que puedan ejercitarse otros derechos como los políticos, circular libremente, ser propietario, emitir libremente ideas, practicar un culto, etcétera;

c) que respecto del Estado, cabe exigirle roles *preventivos,* en el sentido de impedir agresiones contra las personas o sus bienes, como también roles *represivos* —de sanción para quienes infrinjan el referido derecho a la seguridad personal—. Implica igualmente para el Estado *deberes de acción*, como los ya señalados, *y de omisión* —no atacar a las personas—. Desde esta perspectiva, es un derecho multioperativo, y

[1] Sobre la descripción del concepto de seguridad pública y sus variables nos remitimos a nuestros *Elementos de derecho constitucional,* 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 2, pp. 374-375.

d) que es un derecho *bifronte,* en el sentido que se dirige tanto contra las autoridades públicas como a los particulares, quienes deben, por su parte, respetar la seguridad de sus semejantes.

No obstante, su condición de derecho humano fundamental, innegable, fundante, bifronte, y multioperativo, el derecho a la seguridad personal —que exige también, como vimos, seguridad pública—, es contrastado por una realidad cotidiana que lo rechaza, desmiente y cuestiona. Su vigencia, en particular en lo que hace al ámbito urbano, choca con un incremento de la delincuencia respecto de los delitos contra las personas, la honestidad y la propiedad; la ínfima cantidad de casos penales efectivamente resueltos y con condena; el aumento de policías y custodios agredidos o asesinados, la toma de rehenes y la disminución en la edad de los delincuentes.[2] Como contrapartida, surge otro problema por cierto preocupante: el retorno en muchos casos a la "justicia privada", ejecutada —ante la ineficacia de los roles preventivos y represivos que debería haber cumplido el Estado—, por las víctimas o sus deudos.

---

[2] Algunos datos son harto llamativos. Por ejemplo, en Argentina, "sólo una de cada mil personas que delinquen son alcanzadas por el sistema penal". En la provincia de Buenos Aires, en 1990 hubo 234 502 delitos, y en 1997 fueron 399 638. El 63% de las víctimas de delitos contra la propiedad no los ha denunciado. En 1996 hubo 6 180 condenas y en 1998, solamente 4 311. En la ciudad de Buenos Aires, cerca de 80 000 personas usurpan terrenos fiscales. Existen quince "villas de emergencia": asentamientos ilegales, cerrados e impenetrables. De acuerdo con un informe de la Fundación Mediterránea, referido al país, por cada punto que aumenta la tasa de desempleo, el delito se acrecienta en 0.39%. Otras fuentes acreditan que la mitad de los condenados tiene menos de 30 años, y el 80% apenas terminó la escuela primaria. El 50% de los sentenciados asegura que delinquió por razones de lucro. Como dato ilustrativo, Gustavo Palmieri apunta asimismo que "En la ciudad de Buenos Aires hay más policías por habitante que en Nueva York. Por la desconfianza en las instituciones, sólo se denuncia el 30% de los delitos, se empieza a investigar 10% de ese 30, y apenas se resuelve el 10% del anterior 10%". Cfr. diario *La Nación,* Buenos Aires, 6 dic 1999, pp. 11-12.
Sugerimos también consultar a Carranza, Elías (coord.), *Delito y seguridad de los habitantes,* México, Siglo XXI Editores, 1997, *passim*; y AA.VV., *Derechos humanos, proceso penal y seguridad ciudadana,* San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, s/f, *passim.*

2. "Legitimación" de las agresiones. Aspectos psicosociales

En los últimos lustros las agresiones a la seguridad personal no solo han crecido cuantitativamente, sino que intentan cubrirse de un barniz de justificación que principia por la convicción personal del agresor, en el sentido de que lo que está haciendo no es algo reprochable.

Aplicando aquí en parte el esquema de Albert Bandura —que si bien refiere a la legitimación de actos terroristas, entendemos también útil para comprender la agresión común hacia la seguridad personal—, esos conductos de legitimación del hecho agresivo operan para: *a)* eliminar los mecanismos de freno o autocontrol del sujeto agresor; *b)* bloquear los dispositivos de autosanción del autor de tales conductas destructivas. Por ambas rutas, y gracias a tal doble "desconexión moral", el agresor encuentra —de modo conciente o subconciente— justificativos tanto para superar las barreras internas que normalmente le impiden violar la seguridad personal del prójimo, como para después, no sentirse culpable de su acto.[3]

Los dispositivos aludidos se aplican en dos niveles diferentes:

a) En cuanto la conducta reprensible:

1. *Justificación moral de la agresión*. Cuando ello se logra, el sujeto agresor entiende que su acto es bueno, por más que la norma jurídica lo condene. "Lo que es culpable, escribe Bandura, puede hacerse honorable a través de una reinterpretación cognoscitiva". Un argumento corrientemente utilizado es el de las penurias económicas, que justificarían hurtos y robos, primero para comer y después, en algunos casos, simplemente como medio de vida.[4]

[3] Cfr. Bandura, Albert, "Mecanismos de desconexión moral", en Reich Walter *et al., Orígenes del terrorismo. Psicología, ideología, teología, estados mentales*. trad. por Sergio Bolaños, Barcelona, Pomares-Corredor, 1994, pp. l73 y ss. Hemos modificado parte del plan expositivo de este autor.

[4] En un sonado caso (octubre de 1999). de asalto al Banco de la Nación Argentina, en Ramallo —provincia de Buenos Aires, Argentina—, uno de los delincuentes, entrevistado telefónicamente por periodistas, expresó que

2. *Comparación paliativa (o ventajosa).* Aquí el agresor legitima su comportamiento juzgándolo nimio, o disculpable, si se lo coteja con otros delitos más graves —generalmente, de "cuello blanco"— que permanecen impunes —por ejemplo, grandes negociados, sobornos, contrabandos o desfalcos perpetrados por altos funcionarios públicos o por importantes empresarios, macro evasiones impositivas, "vaciamientos" y desaparición de fondos realizados por directivos bancarios, etc.—.
3. *Etiquetado eufemístico.* En esta variable legitimatoria, el agresor disimula la gravedad de su acto denominándolo de otro modo. Así, en lugar de "asesinar" o de "matar", dirá "enfriar", "borrar", o "despenar". En vez de "usurpar", preferirá decir "ocupar". En reemplazo de "robar", dirá "limpiar", "hacer" —a alguien— o algo parecido. El artilugio lingüístico sirve así para exculpar o minificar el acto lesivo.
4. *Desplazamiento de responsabilidades.* Conforme con esta estrategia, el agresor traslada la "culpa" del acto dañoso a otro sujeto, generalmente el Estado —quien vendría por ejemplo, a ser responsable, por su deficiente política económica, de los asaltos y demás atentados contra la propiedad que habitualmente se cometen—. En el caso del "síndrome de Estocolmo", los rehenes de un asalto a un banco terminaban por culpar de su situación no a los ladrones que los habían secuestrado, sino a la policía que no encontraba una solución a los reclamos de los delincuentes.[5]

En otros casos se responsabiliza a la sociedad en general —dividida, en un planteo marxista y anarquista de lucha de clases, entre sectores explotadores y explotados, encontrándose entonces los segundos autorizados para proceder contra los primeros—. Un ejemplo evidente de esto último fueron las palabras de Emile Henry, autor del atentado al café Términus, en París, que al cobrar decenas de muertos y heridos de clientes —de clase media

asaltaba al Banco para proveerse de medios para vivir bien, y evitar volver a la cárcel.

[5] Como recuerda Bandura, Albert, *op. cit.*, p. 196, uno de los rehenes afirmó que "Es la policía la que me está alejando de mis hijos".

y alta— que se encontraban en el lugar, sostuvo ante los tribunales la celebre tesis de "No hay inocentes".[6] En sentido similar, se ha afirmado que el robo, en definitiva, no es más que un procedimiento de redistribución de la riqueza.[7]

La responsabilidad social, en sentido amplio y global, puede justificarse entendiendo que el agresor está condicionado en su comportamiento por factores familiares, económicos, culturales, religiosos, costumbres y necesidades, etc., que determinan su comportamiento en un sentido o en otro, de tal manera que es aquella sociedad, y no él, la verdadera culpable de su andar delictivo. La responsabilidad del sujeto concreto tiende así a diluirse en toda la comunidad, mediante un proceso de "difusión de responsabilidades". Se trata de una explicación de larga data, enunciada por Juan Jacobo Rousseau en su célebre tesis de que el hombre nace bueno, pero la sociedad lo convierte en malo.[8]

Emparentándose con la última posición, en otros casos la responsabilidad de la agresión es trasladada por el agresor directamente hacia la víctima. Así, el que tiene bienes es "culpable" del mero hecho de tenerlos,[9] y por ende, merece ser robado. Quien se opone a un atraco es "culpable" de su resistencia, y resulta entonces lógico el castigo —inmediato y violento— del agresor. Una mujer bonita es "culpable" de su belleza, y de ahí que se explique el abuso sexual del violador. En la mente del agresor, "las personas convertidas en víctimas no están completamente libres de culpa, porque con su comportamiento contribuyen en parte

---

6 Cfr. Joll, James, *Los anarquistas,* trad. por R. Andreu Aznar, Barcelona, Grijalbo 1968.

7 Palabras de un asistente, abogado, al curso organizado en junio de 1999 en San José de Costa Rica, por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, sobre Derechos humanos y seguridad urbana, durante el diálogo público posterior a una conferencia pronunciada por el autor de este trabajo.

8 Sobre las ideas de Rousseau en torno a la corrupción del "buen salvaje" por la sociedad, en sus *Discursos* y el *Emilio,* véase Ros, Clemente B., *Derecho político,* 2ª ed., Buenos Aires, Sanna, 1953, t. 1, p. 228.

9 La base de esta tesis puede hallarse en el pensamiento de Pierre J. Proudhon, para quien "la propiedad es un robo". Cfr. Proudhon ,Pierre Jean, *¿Qué es la propiedad?,* trad. por Diego A. de Santillán, Buenos Aires, Americalee, 1946, p. 256; Sanguinetti, Horacio, *Curso de derecho político,* Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 151.

a su propia situación. Por ello, a las víctimas se las puede culpar por ocasionarse sufrimiento a sí mismas".[10]

b) En cuanto los efectos perniciosos de la agresión.

Producido el atentado a la seguridad personal, los engranajes autoexculpatorios del agresor pueden funcionar a través de la *minimización de las consecuencias* —convenciéndose, por ejemplo, que la víctima no ha sufrido tanto, o que puede recuperarse fácilmente—, o simplemente por la *ignorancia de las consecuencias*, caso en que el agresor omite toda consideración sobre los problemas de las víctimas o de sus familiares, alternativa que implica un proceso de negación psíquica de tales problemas.

Otra ruta de autoexculpación estriba en *subhumanizar* o *deshumanizar a la víctima*. Si el agresor logra mentalmente transformar a su víctima, de un ser humano a un producto infrahumano despreciable y por ende agredible —"raza inferior", "infiel", "salvaje", "gusano", "cerdo", etc.—, simple proveedor de bienes y de satisfacciones —habitualmente patológicas— del atacante —obtenidos mediante la vulneración de la integridad de la víctima, o sustrayéndole dinero, perjudicándola en su honestidad, humillándola o hiriéndola, etc.—, esa elaboración de deshumanización es un excelente factor de autodesinhibición primero, y de autoexculpación después.[11]

Uno de los casos límite en ese proceso de cosificación de la víctima, es el de la toma de rehenes. El rehén pasa, de su condición original de *ser humano-sujeto,* a la de *objeto,* en el sentido que se convierte en un *medio* o simple herramienta "usada" para la satisfacción de los objetivos —económicos, políticos, religiosos o los que fuere— del secuestrador, quien opera como propietario absoluto de ella. Tan *"cosa"* es el rehén, que de hecho puede ser destruido —total o parcialmente— a voluntad de su detentador, si no se satisfacen los requerimientos que éste plantea a un tercero —generalmente, el Estado—. Ya hemos visto que en la mente del secuestrador se suma, a la cosificación que aludimos, un ingenioso y perverso mecanismo de transporte de responsabilidades: si

[10] Bandura, Alberto, *op. cit.,* p. 198.

[11] *Ibidem,* p. 194.

asesina al rehén, por ejemplo, el "responsable" de la muerte no sería él, sino la autoridad pública o el particular que no cumplió con sus exigencias.

3. Marco jurídico del debate. Su ideologización

El tema de la seguridad personal y de la seguridad pública, como el de cualquier otro importante del derecho, está inevitablemente ideologizado. Con referencia al caso argentino, se alerta que el debate se encuentra profundamente enrarecido por tales perspectivas ideológicas, hoy agigantadas, ya que frente a la crisis de seguridad las posturas de izquierda, temerosas de volver a las violaciones a los derechos humanos y al terrorismo de Estado que ocurrieron durante los años setenta, se preocupan más que nada por los derechos de los acusados y tienden a restringir las facultades policiales, para no repetir los episodios del "gatillo fácil", de las torturas o de la "policía brava". En la vereda opuesta, algunos sectores de derecha, alarmados ante la impunidad de la delincuencia común, añoran en alguna buena medida las pretéritas etapas de mano dura y cruel, para cortar de cuajo a la nueva escalada de violencia y de agresiones.[12]

La polarización de posiciones llega a extremos tales, en algunos casos, como sostener —por parte de algunos "hipergarantistas"— que en definitiva no es tan malo, ante el fracaso del sistema judicial y penitenciario oficial, que poco o nada redime ni readapta a los condenados, preferir que los delincuentes queden libres —sea por un harto indulgente sistema de excarcelaciones o libertades condicionales, sea por un congelamiento de hecho, vía inacción, de los procesos criminales, para arribar así a situaciones de prescripción de la acción penal—, en vez de que sean

[12] Grondona, Mariano, "*Nadie iza la bandera de la victoria",* en diario *La Nación,* Buenos Aires, 11 abr 1999. Sobre el riesgo ideológico en el problema, véase también Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Sistema penal y derechos humanos a diez años de una investigación", en *Memoria del Simposio Internacional Derechos Humanos y Justicia penal,* Toluca, México, Emahaia, 1998, pp. 37-38.

apresados y condenados. En la vereda opuesta, para los "maxirepresores" rige también un *"todo vale"*, pero a la inversa, en cuanto justificar, *v. gr.,* las ejecuciones policiales sumarias e *in situ* de asaltantes o agresores, el sadismo carcelario, las coacciones de cualquier tipo para lograr confesiones en comisarías, etcétera.

Desde luego, la hiperideologización del problema conspira contra su análisis sereno e imparcial. Debe quedar bien claro que existe el imperativo de combinar, en una fórmula prudente, el derecho humano fundamental de todo habitante a su tranquilidad —respecto de su persona y de sus bienes—, lo que significa, según se advirtió, derecho a que el Estado adopte políticas preventivas y represivas realmente idóneas, con también el derecho humano, asimismo principal, de los acusados —y en su caso, de ser declarados culpables, de los delincuentes—, a contar con un debido proceso y a ser tratados como personas. La satisfacción de ambos derechos no es de ningún modo una misión imposible, aunque requiere, desde luego, *in limine,* la voluntad y la decisión política de cumplir con los dos objetivos, lo que significa buscar y hallar una respuesta jurídica en términos de bien común, que tradicionalmente actúa como un valor síntesis o armonizador entre intereses y valores que no siempre cohabitan pacíficamente.

Por cierto que es mucho más fácil y tentador adoptar medidas simplistas y extremas, que satisfagan exclusivamente uno de aquellos derechos. Pero esa fórmula unilateral puede no ser fácticamente provechosa, ni axiológicamente válida, además de resultar jurídicamente incompleta, cuando no ilegal. El desafío actual estriba en combinar adecuadamente la insoslayable y necesaria protección de las futuras y actuales víctimas, con las garantías de los presuntos agresores. Por supuesto que ello no impide adoptar medidas rigurosas, especialmente de corte preventivo, para impedir la realización de delitos; y en su caso, repeler la violencia con la violencia *(vim vi repellere licet),* o adecuar el límite de la imputabilidad penal y el monto de las penas a las realidades del presente. Lo que debe impedirse es, que so pretexto de tutelar a la seguridad personal, se reimplante otra variable de la inseguridad: la tortura, las detenciones y ejecuciones clandestinas, la condena a inocentes, la prepotencia o la arbitrariedad policial.

Capítulo XVII
Derechos y contraderechos

1. Introducción

Uno de los asuntos que ha despuntado en épocas recientes, es la aparición de una serie de argumentaciones que intentan minimizar los derechos de las víctimas que son objeto de ataque a su seguridad personal, bienes o al derecho a transitar, en base a o que podríamos llamar "doctrina de los contraderechos", o de los "antiderechos".

En concreto: frente al *derecho* de una persona a su seguridad personal, a su libre circulación o a sus bienes, se contraponen ahora los "derechos", que operan como *contraderechos,* de los agresores. Así, por ejemplo:

- al derecho a la integridad física y a los bienes de una persona, se enfrenta el "derecho" de un desocupado o indigente, a asaltarlo y quitarle sus pertenencias, a fin de paliar la situación económica del agresor;
- al derecho de propiedad de un individuo sobre su domicilio, se opone el "derecho" de un "sin techo" o *homeless* a ocupárselo, a fin de obtener vivienda;
- al derecho personal y social de trabajar, se encara el "derecho" de huelguistas a establecer "piquetes" por los que se impide a los no huelguistas acceder al lugar adonde desempeñan tareas laborales;
- en situación similar, al derecho a moverse que tienen los directivos de un establecimiento, se contrapone el "dere-

cho" de los huelguistas a retenerlos en dicha empresa por un tiempo determinado, *v. gr.,* mientras dure la ocupación que tales huelguistas han hecho del lugar;

- al derecho de una persona a circular libremente, se opone el "derecho" de unos manifestantes a cortar calles o rutas, a fin de plantear reclamos, generalmente contra el Estado. Los requerimientos pueden versar sobre pretensiones económicas, pero también políticas, exigir nuevas normas o simplemente protestar contra ciertas medidas gubernativas, o de particulares. El bloqueo, llegado el caso, puede conducir al encerramiento de quienes están o viven en un determinado sitio, si no pueden salir de él. En otros supuestos, el corte puede durar años enteros, durante los cuales los piqueteros pueden asumir funciones públicas, *v. gr.,* permitiendo o no el pase de un puente fronterizo a quien desee hacerlo, a criterio del bloqueador de la ruta, que se convierte así, *de facto*, en oficial de migraciones, y
- al derecho de toda persona a su vida, bienes e integridad, se enfrenta el "derecho" del menor no imputable a agredirla, partiendo del supuesto de que, al no ser tal menor condenable, su conducta termina impune, vale decir —para el común de la gente— lícita.

2. Las notas distintivas del contraderecho

Resulta de interés averiguar los contornos del "contraderecho":

a) la primera nota del "contraderecho" es que opera como factor impeditivo del derecho de un tercero. Así esgrimido, el "contraderecho" es una especie de intencional e inevitable *derecho dañoso* "hacia" alguien;

b) la segunda, es que el "contraderecho" pretende en todo caso "valer más" —incluso moralmente— que el derecho que ataca o vulnera. De tal modo, por ejemplo, procura afirmar que el derecho a expresarse o a reunirse de un "piquete" que corta una ruta, es superior al derecho de los conductores de vehículos a circular; o que el derecho a acceder a una vivienda, por quien no la tiene, es mejor

que el derecho del propietario de ésta a poseerla; o que el derecho a participar en una huelga debe ser entendido superior al derecho del que quiere trabajar. De tal modo, el antiderecho o contraderecho afirma ser un derecho *prevaleciente*.

Un caso límite —y fatal— de actuación del contraderecho como derecho "prevaleciente", ocurrió cuando un grupo de "piqueteros", al cortar una ruta argentina, en 2002, impidió el pase de una ambulancia con una enferma en grave estado que, como consecuencia de tal impedimento, no pudo encontrar asistencia médica en tiempo y murió. Episodios luctuosos de ese tipo han sido rotulados alguna vez —increíble y eufemísticamente— como meras "anécdotas trágicas" (*sic*) por parte de quienes legitiman los grupos transgresores bloqueadores,[1] cosa que implica entender a tal metodología, inferimos, como una suerte de algo inevitable;

c) otra característica del "contraderecho" es que autoriza fácticamente la coacción física directa —en otros términos, y de ser necesario, la violencia—, por parte de quien lo maneja. No recurre —desde luego— al auxilio oficial, sino que se instrumenta por la mano propia de quien lo alega. En los hechos goza, pues, de autoejecutividad, y

d) el "contraderecho" funciona contra cualquiera, *erga omnes,* con independencia del responsable real de la situación que explicaría su ejercicio.

Así, no interesa quién ha provocado que alguien no posea casa habitación: el perjudicado podrá ocupar la que le parezca más adecuada para conseguir. A su turno, en el caso de los huelguistas, los causantes del hecho que origina la huelga no son los empleados no huelguistas, sino el empresario o el Estado, pero el

[1] Sobre la noticia en cuestión, cfr. diario *La Nación,* Buenos Aires, 24 oct 2002. En cuanto la muerte de un enfermo por bloquear un piquete el pase de su ambulancia, y la calificación de ello como anécdota trágica, cfr. Gargarella, Roberto, *El derecho frente a situaciones de protesta social,* en Rivera, Julio César y otros (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales,* Buenos Aires, 2014, Abeledo Perrot, t. II, p. 217.

"piquete" actuará contra los compañeros de trabajo que quieren laborar. A su vez, el eventual responsable de una crisis económica podrá ser el Gobierno, o un factor externo; pero el atraco que consume el afectado por ella se puede dirigir contra toda persona ajena a ese nexo de causalidad. En el supuesto de los cortes de rutas o calles, los impedidos de circular tampoco fueron quienes motivaron la protesta que genera el corte. Es frecuente, al respecto, que el ejercitador del antiderecho actúe intencionalmente con ánimo de perjudicar a su víctima inocente, dado que es el perjuicio que sufre ésta —y su consecuente protesta— lo que puede auxiliarlo para conseguir sus objetivos finales y conmover así al verdadero responsable de su reclamo.

La diferencia entre la doctrina de los "contraderechos" y el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión consiste en que mientras en este último la resistencia activa o pasiva se dirige contra el Estado, autor de la opresión, en el caso de los "contraderechos" la agresión hacia un "derecho" puede proyectarse sobre sujetos no autores de la situación conflictiva, o sea, contra terceros ajenos —inocentes— que no han causado el problema que afecta al agresor.[2]

3. Fundamentación jurídica del contraderecho. Crítica

El "contraderecho" pretende tener sustento jurídico.

a) Para ello puede recurrir a las cláusulas programáticas de una Constitución, por ejemplo si ellas consagran el derecho al acce-

[2] No obstante, si la cuestión se enmarca en la variable de la "responsabilidad tribal" o de la lucha de clases, quedaría excluida la hipótesis de terceros inocentes, ya que los propietarios de bienes, como los directivos de una empresa, pertenecerían a la clase "explotadora", mientras que los necesitados —titulares del "contraderecho"—, se insertarían en el sector de los explotados. Pero algunas veces el "contraderecho" se ejerce contra sujetos que también pertenecen al sector social eventualmente explotado. Así, las víctimas de ocupaciones ilegales de inmuebles son, de vez en cuando, sujetos tan humildes como los ocupantes. Tampoco es raro, en lugares con población de bajo recursos —"villas miserias", "favelas", "pueblos jóvenes", etc.—, que pobres asalten a otros pobres.

so a una vivienda digna, o el derecho a la vida —presuntamente perjudicado por una situación económica global negativa—, al derecho a la salud, a la alimentación o al derecho de huelga. También, desde luego, a las normas constitucionales que consagran la libertad de expresión —en el caso de los manifestantes bloqueadores de calles y otras vías de circulación—. Por tanto, el "contraderecho" ensaya su metamorfosis como *derecho* —generalmente, constitucional— *inferido,* esto es, como conducta constitucionalmente amparada, deducible de algún derecho constitucional más amplio, que lo cubriría.[3]

Prolongando ese discurso, el contraderecho intenta presentar la oposición entre él y el derecho del afectado, como una suerte de *conflicto entre derechos.* Así, por ejemplo, derecho de A de contar con una vivienda, frente al derecho de B, propietario de una casa; el derecho de C de expresarse —cortando la ruta—, contra el derecho de D de circular libremente; el derecho de E, de realizar una huelga, ante al derecho de F, de ir a trabajar; el derecho de G, de vestirse y alimentarse, frente al derecho del asaltado, H, de no ser agredido ni en su persona ni en sus bienes. En tal juego dialéctico, el antiderecho o contraderecho se *viste* de derecho, y aspira ser, como vimos, el derecho prevaleciente.

b) Además de su argumentación normativa, el "contraderecho" o "antiderecho" procura basarse en fundamentos extranormativos mucho más robustos, de corte supralegal y aun supraconstitucional, como los valores justicia, igualdad, solidaridad o cooperación, adaptados por ideologías de diverso cuño y en particular por las contestatarias del régimen político en vigor, es decir, por posiciones antisistémicas. Desde una perspectiva marxista

[3] En el caso de los menores, su "derecho" a delinquir derivaría por ejemplo del art. 40, párr. 3, inc. *a),* de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la ONU, cuando dispone que todos los Estados deben prever "el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales". Naturalmente, esta regla no establece jurídicamente un "derecho" en favor de los menores a esa edad mínima para cometer delitos, pero al impedir el castigo del menor que perpetra el crimen, la norma puede ser vivenciada o manipulada en el sentido de entender que dicho menor, al no poder ser jurídicamente castigado, tiene el "derecho" a quedar libre, y en definitiva, a cometer el acto ilícito en cuestión.

muchos de estos antiderechos tienen así una explicación muy simple, *v. gr.,* como herramientas de la lucha de clases. En este esquema, en efecto, la agresión queda justificada no tanto como acto retributivo del explotado hacia el Estado explotador, sino del explotado contra la clase explotadora —de la que, en definitiva, el Estado sería una herramienta—. A su turno, y siempre dentro del mismo marco ideológico, si el acto dañoso se proyecta contra otro oprimido —por ejemplo, si un marginado ocupa la casa de otro de similar condición—, el hecho podría explicarse por un estado de desesperación del primero de ellos, provocado por la clase dominante, que se proyecta, también por necesidad económica o por falta de concientización del primer marginado, sobre el segundo de ellos.

c) La postura que comentamos trata igualmente de asentarse —aunque extendiéndola con gran amplitud— en la doctrina penal del estado de necesidad del agresor, que para algunos no torna lícito el hecho en cuestión, sino que solamente implica una renuncia del Estado a la punición, como una especie de factor de exclusión de pena, mientras que para otros legitima en sí a dicho hecho, operando como causal de justificación.[4] El *hurto famélico,* precisamente, entraría en uno de esos supuestos, alternativa que configura para ciertos autores una causal de inimputabilidad.[5]

En la doctrina penal del estado de necesidad, en efecto, la conducta del sujeto activo, que consiste en causar un mal —menor— para evitar otro —mayor— inminente, ese daño se realiza con relación a un individuo —sujeto pasivo— que es perjudicado no obstante ser titular de un bien jurídico protegido por la ley.[6] Al respecto, podría sostenerse que si el robo para comer o no

[4] Cfr. sobre el tema Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino,* 1ª reimp., Buenos Aires, TEA, 195l, t. I, pp. 420, 423.

[5] Cfr. Oderigo, Mario, *Código penal anotado,* 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1965, p. 38.

[6] Precisamente, uno de los afiches pegados en muros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en noviembre de 1999, invitaba a una mesa redonda para analizar el tema de la ocupación —en verdad, usurpación— de casas-habitación, bajo el subtítulo interrogativo de "¿Delito o necesidad?".

es robo o es robo no castigable, tampoco debería serlo el que ocurre cuando quien hurta o roba se encuentra desocupado; o que quien ocupa una casa para vivir, careciendo de habitación, tampoco incurre en un acto punible; que quien impide trabajar a otro, para tornar efectiva una huelga, o que quien no deja circular al prójimo, para realizar una manifestación, también se halla en algo parecido a un estado de necesidad, que legitimaría su comportamiento.

Sin embargo, ese razonamiento es falaz. La doctrina penal del estado de necesidad no opera en términos abstractos o genéricos, sino que debe evaluarse y aplicarse en situaciones concretas y reales, donde efectivamente ocurra una situación de insoslayable necesidad. Debe partirse de un "mal" actual y específico, inmediato y seguro, que pretende superarse con el acto necesitado. Además, "si en lugar de la acción dañosa es posible, en el caso concreto y desde el punto de vista del sujeto —activo—, otra acción inofensiva... no habrá estado de necesidad".[7]

Por ello, si bien es cierto que algunos actos de violencia urbana tienen sustento dentro del estado de necesidad —*v. gr.,* como los del hurto famélico—, es evidente también que no son mayoría los robos que se perpetran para "comer". Antes bien, el quehacer delictivo urbano actual contra la propiedad tiende a perfilarse generalmente como una "profesión" o medio habitual de vida para ladrones y asaltantes, muchos de los cuales operan como bandas organizadas, más que un remedio para su déficit alimenticio. Al mismo tiempo, para realizar una huelga no es necesario impedir que otros trabajen, ya que el huelguista solo tiene derecho a no trabajar él, pero no para obstaculizar que otros lo hagan. A su turno, el manifestante que corta una vía de circulación no puede alegar necesidad para ello, ya que puede manifestarse perfectamente sin bloquear el camino o calle del caso. El *homeless* podrá argüir en cierta situación excepcional un derecho a ampararse bajo un techo, y en ciertas circunstancias extremas podrá quizá, alguna vez un estado de necesidad, legitimar la usurpación tran-

[7] Soler Sebastián, *op. cit.,* pp. 422, 424 y ss. Por lo demás, también debe tenerse en cuenta que la miseria funciona como atenuante en la pena a imponer por un delito, pero no quita a éste el hecho de ser tal: Oderigo Mario, *op. cit.,* p. 38.

sitoria que realice, pero ello no le da derecho a desplazar sin más el derecho de propiedad del dueño del inmueble, o el derecho a poseerlo que tiene el inquilino legítimo que lo moraba.

d) Otro argumento repetido hasta el sin fin por los cultores de los contraderechos, es el de la "necesidad de uso" de ese antiderecho. Por ejemplo, quien bloquea una ruta alegará que "no le quedaba otro remedio" que así hacerlo. La excusa es falaz, porque puede expresarse a la vera de una vía de circulación, sin cortarla. En realidad, no está ejecutando ninguna "liberad de expresión", sino una real y lisa "libertad de agresión" que supera el simple derecho de libre manifestación, provocando adrede un daño hacia terceros, con el fin, de tal modo, de adquirir mayor notoriedad, publicidad y conmoción, y mediante esa lesión a terceros ajenos al conflicto, provocar la satisfacción a su reclamo.

4. Conclusión

Detrás de todo lo expuesto para fundar jurídicamente la tesis de los contraderechos, en definitiva, emerge una suerte o variable espúrea de *uso alternativo del derecho,*[8] entendido aquí en el sentido de manipular las reglas constitucionales con un sentido frontalmente distinto al ideológicamente planeado por la Constitución. La conversión de un *derecho* constitucional de alguien, como el de vida, salud, acceder a una vivienda digna, de reunirse y expresarse libremente, de huelga, etc., en un *antiderecho* lesivo de los derechos de cualquier otro sujeto —"derecho" a robar, a asaltar, a ocupar inmuebles, a cortar rutas e instalar "piquetes", etc.—, importa una estrategia ideológica mutativa de la Constitución, o sea una operación *contra constitutionem*, basada con cierta frecuencia, directa o indirectamente, en ideologías antisistémicas que intentan usufructuar, en su favor, al texto constitucional. Para consumar esa empresa, la tentativa exige cambiar el mensaje y el contenido del enunciado del derecho constitucional

[8] Sobre este tema nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 65 y ss., donde también desarrollamos la doctrina de la interpretación constitucional mutativa (pp. 42 y ss.).

en juego, convertirlo después en un ariete contra otros derechos constitucionales, y declararlo derecho relevante, por sobre el o los derechos agredidos.[9]

Así, es innegable que el derecho de una persona a contar con una vivienda digna, importa eventualmente un derecho público del habitante *contra* el Estado, a quien podrá demandarle el cumplimiento de la promesa constitucional, invocando aún inconstitucionalidad por omisión, si es que efectivamente el documento constitucional le otorga en concreto el inmueble,[10] pero ello no implica el derecho de apropiarse discrecionalmente de la vivienda de un particular, quien solamente podrá ser desplazado de ella —según la mayoría de las constituciones— por voluntad del Estado y previa indemnización. El derecho constitucional a alimentarse, cuando es enunciado en la Ley suprema, es asimismo oponible al Estado, y no genera el derecho a asaltar a los particulares, agredirlos o tomarlos de rehenes, ya que las víctimas están amparadas, a su turno, por los derechos constitucionales a la vida e integridad de sus personas y bienes. El derecho a reunirse y expresarse tampoco hace nacer el derecho a impedir que los habitantes ejerciten su derecho constitucional de circular libremente por el territorio nacional. El derecho de huelga, por su parte, no importa la negación del derecho constitucional de trabajar de quien no quiera participar del paro.

---

9 Así, por ejemplo, del derecho constitucional a la huelga se deduce el "derecho" de formar piquetes para impedir —por medio de la fuerza— el acceso al lugar de trabajo de los empleados no huelguistas; y ese "derecho" al piquete se lo contrapone como "contraderecho" y se lo juzga preferido, o superior, al derecho —constitucional— a trabajar de los no huelguistas.

10 Cfr. sobre el tema Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión,* Bogotá, Temis, 1997, con trabajos de Germán J. Bidart Campos, Néstor P. Sagüés, Francisco Fernández Segado, José J. Fernández Rodríguez, Jorge Miranda y Víctor Bazán. El tema es, desde luego, complejo, aunque en términos generales cabe advertir que la inconstitucionalidad por omisión requiere que el derecho haya sido enunciado claramente por la Ley suprema como una obligación requerible al Estado en términos concretos —cabe diferenciar, por ende, a las cláusulas constitucionales programáticas precisas y otras indefinidas o de cumplimiento opcional por el Gobierno—, y el transcurso de un tiempo prudencial para que el Estado haya tenido oportunidad de instrumentarlas.

En conclusión, es verdad que el estado de necesidad puede en determinados casos exculpar ciertos actos delictivos lesivos de los individuos o de sus propiedades. Pero importa una perversión de la Constitución extraer de algunos derechos constitucionales, "antiderechos" o "contraderechos" dañinos de la seguridad de las personas, o sea, de su tranquilidad, de su integridad física, de su derecho a transitar o de sus bienes.

Capítulo XVIII
Sobre los rotulados "derechos imposibles"*

1. Introducción. Derechos "imposibles" y derechos "imposibilitados"

Es sabido que la noción de "estado social de derecho" registra una sensible evolución que partiendo de una noción puramente formal —sometimiento a la ley, "gobierno de la ley", nomocracia, *rule of law*—, navega más tarde hacia una visión material, o de contenidos, mucho más exigente —estado de derecho = respeto por la ley + división de poderes + democracia + satisfacción de un mínimo inexorable de justicia y de derechos fundamentales—.[1]

Es en esta segunda versión del estado de derecho donde se injerta la problemática que deseamos atender: la de los llamados "derechos imposibles",[2] vale decir, derechos enunciados, proclamados o reconocidos por el estado de derecho pero que éste se

---

* Sagüés, Néstor Pedro, "Estado social de derecho y "derechos imposibles", *Jurisprudencia Argentina,* 2005-II-827.

1 Sobre los aspectos formal y material del estado social de derecho, cfr. Benda, Ernesto, "El estado social de derecho", en Benda, Ernesto *et al., Manual de Derecho Constitucional,* trad. por Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Publica-Marcial Pons, 1996, pp. 487 y ss.

2 En cuanto el concepto de "derechos imposibles", cfr. Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos,* México, UNAM, 1989, pp. 343 y ss.

encuentra materialmente incapacitado para cumplir, habitualmente por carecer de los fondos económicos para hacerlo.

En tal sentido, cabe alertar que deben distinguirse los derechos genuinamente imposibles, esto es, aquellos para los cuales realmente no pueden proveerse de modo sensato y factible las partidas presupuestarias para satisfacerlos correctamente, de los que podríamos llamar derechos "imposibilitados", o falsamente imposibles, que aparecen si el Estado argumenta que no tiene dinero para atenderlos plenamente cuando en verdad lo posee, pero lo ha destinado a otros objetivos espurios o de menor importancia, *v. gr.,* ciertos gastos reservados de incierto y poco limpio destino, o de tipo meramente suntuario, partidas programadas para despilfarros y extravagancias, otras devoradas por la corrupción y los negociados, el clientelismo partidista, las aventuras bélicas y las carreras armamentísticas injustificadas, las inversiones y proyectos absurdos o delirantes, la compra de bienes y recursos innecesarios o superfluos, el incremento de la burocracia, la simulación de empleos y algunas remuneraciones estatales exageradas, el inadecuado manejo de las empresas públicas, etcétera.

De aquí en más nos ceñiremos a los derechos verdaderamente "imposibles", no a los disfrazados como imposibles —derechos "imposibilitados"—. El propósito en este capítulo es auscultar las fuentes y razones por las que se enuncian en la Constitución "derechos imposibles", describir ciertas cláusulas constitucionales tradicionalmente reduccionistas o moderadoras de ellos, mostrar su poca eficacia actual ante el fenómeno que llamaremos "motorización de la Constitución" e inquirir, finalmente, sobre la situación de los derechos imposibles de cara al presente y al futuro, como desafío peculiar para el activismo judicial y el estado social de derecho.

2. Fuentes y causas de los derechos imposibles

La fuente jurídica de los auténticos "derechos imposibles" es doble: local, generalmente derivados de cláusulas emergentes de la Constitución nacional; o de origen internacional, provenientes

de convenciones, declaraciones o tratados, que casi siempre se conectan con el llamado derecho internacional de los derechos humanos.

Los motivos por los que un Estado puede enunciar "derechos imposibles" son varios.[3]

En el orden doméstico la razón más frecuente es el utopismo constituyente: ello pasa cuando una Asamblea o Convención declara un derecho sin medir los costos económicos de su proclamación —utopismo subconciente—, o cuando los calcula advierte el déficit de potencias para cumplir con el derecho, pero de todos modos insiste en enunciarlo —utopismo conciente—. Este utopismo conciente no es tan raro. Parte del lírico supuesto de que el constituyente debe brindar a su pueblo lo mejor, por más que no sea obtenible. Puede darse aquí un cóctel de quijotismo y de soberbia, con algunas gotas de masoquismo constitucional.

Otra raíz de los derechos imposibles es el plagio constitucional. Muchos constituyentes piensan que deben incorporar a la Constitución local todo lo más novedoso que se exhiba en la vitrina del derecho comparado, desatendiendo en esa empresa los condicionamientos y limitaciones vernáculas. Hay en esto mucho de esnobismo y también de moda. Para estar al día, y no ser confundido con alguien desinformado u *old fashion,* lo mejor parece ser actualizarse sin piedad, actitud que además sería muestra de erudición y buen gusto.

La demagogia constituyente es otra cantera de los derechos imposibles. Algunas veces se estima que prometiendo el oro y el moro, una Constitución y sus constituyentes van a lograr consenso y popularidad social. En ese juego de seducción se reemplazan realidades y beneficios concretos por hermosas palabras. Desde luego, la maniobra suele ser exitosa; por un tiempo.

En cuanto a los derechos imposibles de fuente internacional, a menudo quien suscribe y aprueba un convenio o tratado declarativo de derechos conjetura que es bueno simplemente porque proviene del exterior, del mismo modo que ciertas personas va-

[3] Sobre el utopismo, el plagio y la demagogia constitucional nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución, cit.,* 2004, pp. 252 y ss.

loran sistemáticamente más los productos importados sobre los nacionales. No faltan, igualmente, vicios de desidia y negligencia que eximen de una lectura cuidadosa y responsable de lo que se va a pactar. En otros casos hay presiones académicas y políticas para suscribir determinada convención, y no se es cauto en la adopción de reservas respecto de las cláusulas que genuinamente el país no puede asumir porque carece de los medios para cumplirlas. No falta, además, quien cargue con un complejo de inferioridad o de culpa por confesar esto último y prefiera ratificar el tratado sin más, en vez de reconocer sinceramente, por ejemplo, sus discapacidades financieras.

3. ¿Por qué preocupan hoy los derechos imposibles?

Se podrá observar que la presencia de derechos enunciados en el texto de la Constitución, pero incumplidos en la práctica, es tan antigua como el mismo derecho constitucional, y que ello, lamentos aparte, no conmovía demasiado a gobernantes o a constitucionalistas.

Pocas décadas atrás, normalmente se entendía por muchos que los derechos constitucionales de tipo social eran fundamentalmente aspiraciones jurídicas, propuestas programáticas o "criterios de normación", cuya satisfacción dependía de la buena voluntad del poder legislativo para prever las partidas presupuestarias necesarias para cumplirlos, y en la medida en que él así lo dispusiera. Ambos puntos se conceptuaban cuestiones políticas no justiciables —*political questions*—, reservadas al Congreso como representante del pueblo y sometidas a su soberana discreción. Irrevisables, desde luego, por el poder judicial, quien debía abstenerse de perforar tal recinto, so pena de incurrir en violación al principio de división de los poderes.

En ese contexto, la mención en la letra de la Constitución de derechos más o menos imposibles no significaba algo ni política ni jurídicamente alarmante.

Hay que agregar que ciertas estrategias del constituyente podían retrasar o diluir el vigor de la declaración de un derecho,

convirtiéndolo así en un derecho quizá imposible, pero bajo control:

a) una de estas vías es la que llamamos "cláusula de la posibilidad". Por ejemplo, la precedente constitución de la República Dominicana en su artículo 8, inciso 17 *in fine* señalaba: "El Estado prestará, asimismo, asistencia social a los pobres. Dicha asistencia consistirá en alimentos, vestimenta y *hasta donde sea posible*, alojamiento adecuado" (las cursivas son nuestras);

b) otro conducto es la "cláusula de la progresividad". Así, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales —ONU, 1966— reconoce a toda persona el derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, y al más alto nivel de salud física y mental (arts. 11 y 12), con el compromiso de los estados de adoptar medidas para así lograrlo "hasta el máximo de los recursos de que disponga", pero ello se hará progresivamente (art. 2, inc. 1);

c) una tercera herramienta es la "cláusula de la disponibilidad". Por ejemplo, el artículo 59 *in fine* de la anterior Constitución de Ecuador afirmaba que las pensiones por jubilación deben ajustarse anualmente, pero "según las disponibilidades del fondo respectivo";[4]

d) un cuarto instrumento fue la "cláusula de la reglamentación". Por ejemplo, la Constitución argentina señala (art. 14) que ciertos derechos de los habitantes se ejercen "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio". Esto permitiría suponer, para algunos, que el derecho depende, básicamente, de la ley que lo reconozca. La tesis no es correcta, porque las leyes reglamentarias, si bien pueden modelar, no pueden "alterar" al derecho constitucional en juego (art. 28 de la Constitución nacional). Hay, pues, en todo derecho un "núcleo duro" que no puede válidamente

[4] Con igual orientación, el art. 57 de la anterior Constitución de Ecuador advertía que la protección del seguro social obligatorio "se extenderá progresivamente a toda la población urbana y rural, con relación de dependencia laboral o sin ella, *conforme lo permitan las condiciones generales del sistema*" (el cursivo es nuestro).

desconocerse por la ley. No obstante, algunas veces ciertas reglas constitucionales parecen indicar que el derecho constitucional solamente se ejercita en la oportunidad y en la medida en que la ley subconstitucional lo disponga. En tales casos ello provoca la irónica reflexión de que "la Constitución rige con permiso de las leyes";[5]

e) la doctrina de las "cláusulas programáticas" de la Constitución empalma con la tesis anterior y ha sido otro importante factor para anestesiar la eficacia concreta de la proclamación de ciertos derechos. Conforme a ella, la mayor parte de los derechos constitucionales no son operativos de por sí, porque necesitarían normas que los instrumenten, entre ellas, con frecuencia, las del presupuesto. En definitiva, entonces, por ejemplo, salud, habitación o educación dependerían de la provisión de las partidas del caso, y se podrían ejercer en tanto y en cuanto éstas desplegaran al derecho. La regla constitucional declarativa del derecho resultaría así una suerte de "norma incompleta", o sin efectos jurídicos concretos —para algunos ni siquiera sería norma—,[6] y

f) no pueden ignorarse, asimismo, ciertos recursos semánticos que de vez en cuando emplea el constituyente para distinguir entre un deber constitucional intenso y preciso del Estado respecto de un derecho, por un lado, y una tarea constitucional no conminatoria y además discrecio-

---

[5] Por ejemplo, el art. 118 de la Constitución nacional establece que los juicios criminales ordinarios "se *terminarán por jurados,* luego que se establezca en la República esta institución" (el cursivo es nuestro). El texto insinúa que el derecho a ser juzgado por jurados solamente se ejercitará cuando el Congreso se decida a instrumentar a éstos.
En cuanto a la frase entrecomillada en el texto, en el sentido de que algunas Constituciones parecen disponer que "rigen cuando las leyes lo permiten", véase las reflexiones de Alberdi, Juan B., "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", en *Organización política y económica de la confederación Argentina,* ed. oficial, Besanzón, 1856, p. 148.

[6] Sobre la calificación de las cláusulas programáticas como normas incompletas, bajo condición suspensiva, impropias o carentes de efectos jurídicos derivamos al lector a nuestro "Constitucionalismo social", en Vázquez Vialard, Antonio (dir.), *Tratado del derecho del y trabajo,* Buenos Aires, Astrea, 1989, t. 2, p. 800.

> nal, por el otro. Así, algunas veces la Constitución indica que el Estado asegura un derecho, o que lo reconoce. Pero en otros supuestos se limita a indicar que ese Estado "propenderá" a realizar algo, "fomentará" otra cosa, "auspiciará" a una tercera, "estimulará" una cuarta, "propiciará" una quinta, etcétera. Verbos parecidos suelen utilizarse con relación a determinados derechos. Estas reglas podrían llamarse "cláusulas anunciativas" de la Constitución.

Aunque los deberes constitucionales sean, como las tareas que encomienda la Constitución, obligaciones constitucionales, la cuota de reclamo jurídico frente a unos y otras era visualizada de manera muy distinta. Los primeros podían entenderse como parte de una constitución-contrato, jurídicamente planteables ante los tribunales. Las segundas, como capítulos etéreos de una constitución-promesa, lanzados hacia el porvenir, inexigibles jurídicamente.[7]

En otros casos la Constitución utiliza expresiones ambiguas o sibilinas, donde la "tarea" o el "deber" estatal se diluye en significados multívocos, algunos de ellos eventualmente apremiantes, pero otros muy suaves para el obligado. Por ejemplo, el artículo 14 bis de la Constitución argentina, declara que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que por ley deben comprender, entre otras cosas, "el acceso a una vivienda digna", frase que abre un amplio abanico de posibilidades interpretativas, que parten desde una hipotética misión del Estado de proporcionar una casa a cada habitante a solamente, *v. gr.,* contemplar legislativamente planes de construcción de viviendas realizados por los particulares que quieran asumirlos y para quienes puedan pagarlos, o alentar reducciones impositivas para esos planes. En la Convención Constituyente de 1957, cuando se adoptó este precepto, una de las pocas ideas que quedaron en claro fue que estaba destinado para proteger a los más necesitados, porque respondía a "una verdadera preocupación social".[8]

---

7 Sobre la distinción entre "constitución-promesa" y "constitución-contrato" véase Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución, cit.,* pp. 253 y ss.

8 Sagüés, Néstor P., "Constitucionalismo social", *cit.,* t. 2, p. 847.

4. Situación actual. La motorización de la Constitución

Sin embargo, el panorama ha cambiado, y por diversas razones. Por un lado, nuevas constituciones de estados adscritos al modelo de estado social de derecho han multiplicado sobremanera las promesas constitucionales en materia de derechos personales de tipo social. En particular, puede constatarse que, estadísticamente, a menor producto bruto interno nacional y a menor ingreso *per capita* hay más declaraciones, produciéndose así en países del Tercer Mundo una sobrecarga de derechos que desde el punto de vista cuantitativo supera largamente el estado de cosas anterior.

Simultáneamente, se ha producido un significativo incremento en los reclamos jurídicos para exigir el cumplimiento de los otrora derechos imposibles, pero "bajo control". Varias razones explican esa mutación.

Una, de tipo sociológico, muestra que la sociedad moderna es más exigente que la anterior y que lo que otrora se soportaba, a título de resignación cristiana, fatalismo oriental o lo que fuere, ya no se consiente más.[9] La gente que no encuentra respuestas útiles en el Congreso o en el presidente que plantea hoy sus reclamos ante los estrados judiciales y exige a los magistrados constitucionales pronunciamientos operativos para practicar aquí y ahora los derechos que enuncia la Ley suprema.

Desde el ángulo de la teoría constitucional, nuevas doctrinas convergen con un mismo objeto: la motorización de la Constitución, con un protagonista decisivo: el juez constitucional. Apuntamos algunas de ellas:

a) la concepción de la Constitución —incluyendo también al Preámbulo— como norma jurídica, y no simple poesía constitucional. Norma imperativa, exigible, demandable;[10]

[9] Cfr. Goldschmidt, Werner, "La sociedad contemporánea: su no conformismo y su concepción de la justicia", en *Justicia y verdad,* La Ley, 1978, pp. 498 y ss.

[10] Véase García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid, Civitas, 1982, *passim*.

b) la paulatina transformación de las antiguas "normas programáticas" en "normas operativas", por ende, operables, actuables en la mayor medida en que puedan efectivamente cumplirse. Ocasionalmente ello es sostenido por la Constitución de modo contundente: "No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos" (art. 18 de la Constitución de Ecuador);

c) la difusión de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, principalmente a partir del fallo del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1969 que, en concreto, auspicia que los magistrados cubran el silencio legislativo inconstitucional —cuando el Congreso no dicta la legislación reglamentaria de la Constitución—, siempre que hubiere transcurrido un tiempo de mora inexcusable, haya directriz constitucional clara y pueda el poder judicial cubrir el vacío lagunoso traduciendo en hechos a la regla constitucional congelada por el ocio del legislador. Paralelamente, muchas constituciones incluyen preceptos destinados a combatir la violación —por omisión— de la Constitución;[11]

d) una mayor confluencia entre los deberes y las tareas constitucionales, con la tácita aceptación de que ambos, como obligaciones constitucionales,[12] pueden dar lugar, para los perjudicados por su incumplimiento, a reclamos judiciales. Las meras y tibias "cláusulas anunciativas" de la Constitución pasan de tal modo a ser una regla jurídica más. El "auspiciar", "promover", "estimular", "propiciar", etc. se convierten en imperativos concretos del presente, y no en simples autoinvitaciones que el Estado podría sa-

[11] Sagüés, Néstor P., "Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión", en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,* México, UNAM, 2002, pp. 605 y ss., a cuya bibliografía nos remitimos.

[12] Cfr. sobre el tema Bidart Campos, Germán J., *Las obligaciones en el derecho constitucional,* Buenos Aires, Ediar, 1987, pp. 36 y ss.

tisfacer de modo *light*, a su placer, o transportarlas hacia el futuro remoto;

e) la reducción de la superficie de las "cuestiones políticas no justiciables" *(political questions),* acompañada de un mayor activismo judicial, fenómeno que estimula, cuando hay derechos constitucionales vulnerados de por medio, una actuación más comprometida de los magistrados para asegurar a tales derechos, por más que el Congreso o el presidente aleguen que se trata de dominios reservados a su exclusiva competencia;[13]

f) el asombroso auge del derecho procesal constitucional, y de su renovado arsenal de procesos y recursos constitucionales —en particular, el amparo, el *habeas data* y el *habeas corpus,* y los mandamientos de ejecución—, para atacar las omisiones del Congreso y del presidente, o las negaciones que estos hagan de las promesas de la Constitución,[14] y

g) la presión del derecho internacional público —en particular, del derecho internacional de los derechos humanos—, cada vez más apremiante en la aplicación de los derechos provenientes de tal origen, incluso con la programación de recursos al respecto (por ejemplo, el "amparo interamericano" del art. 25 véase texto del Pacto de San José de Costa Rica), y de autoridades jurisdiccionales supranacionales —como la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, para asegurar la vigencia de tales derechos si los estados locales los omiten o niegan las vías procesales para tornarlos efectivos —principio del efecto útil—. Coadyuva a ello una nueva disciplina, el derecho procesal trasnacional, comprometido específicamente en tal empresa.[15]

---

13 Una sintética descripción de la "judicialización" de cuestiones otrora no justiciables en el caso argentino la hacemos en Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario,* 4ª ed., 2ª reimp., Astrea, 2013, t. 1, pp. 148 y ss.

14 Nos remitimos, asimismo, a nuestro trabajo "El desarrollo del derecho procesal constitucional: logros y obstáculos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* Porrúa, México, núm. 2, 2004, pp. 179 y ss.

15 Hitters, Juan C., "El derecho procesal transnacional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional,* México, Porrúa, 2003, t. I, pp. 387 y ss.

5. Balance y prospectiva. ¿Qué no es justiciable?

En definitiva, el panorama contemporáneo se caracteriza —en muchas constituciones— por una llamativa proliferación —para algunos, sobrecarga excesiva— de derechos, en extensión y en profundidad —más derechos y derechos más desarrollados y con mayores ramificaciones—; y por otro, por una creciente de demanda de cumplimiento de esos derechos. Actualmente, aun los derechos enunciados vagamente o proyectados por la Constitución hacia el futuro, son reclamados hoy por sus beneficiarios. La motorización de la Constitución, entendida esta como norma jurídica actuante, sea a través de la transformación de las antiguas cláusulas programáticas en operativas, sea por la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, sea por la teoría de las obligaciones constitucionales, o por pulsión del derecho internacional, es un hecho cada vez más pronunciado. Puede detectarse, de tal modo, un crecimiento muy exigente, cuantitativo y cualitativo, de derechos.

a) Todo esto promueve reflexiones acerca de qué derechos debe enunciar una Constitución. Una primera contención, de tipo cuantitativo, sería la siguiente: la Ley suprema, que debe ocuparse solamente de lo que es esencial para un Estado y la comunidad a la que se dedica, tiene que atender solamente a derechos fundamentales. No cualquier derecho, por más que sea legítimo, tiene que figurar en la Constitución. Ésta no tiene por qué ocuparse de temas infraconstitucionales. Si un derecho es aceptable pero de naturaleza subconstitucional, hay que ubicarlo donde corresponde —en la ley, por ejemplo—, pero no en la Constitución.

Un tema conexo es acerca de si todo derecho fundamental debe estar incluido en la Constitución cuando el Estado no puede afrontar materialmente su cumplimiento. Despejemos el supuesto de los derechos "imposibilitados", o pseudoimposibles, que en verdad no son derechos imposibles, ya que si se programara inteligente y honestamente el presupuesto oficial podrían cumplirse. Aludimos a ciertos derechos que, aunque fundamentales, un determinado Estado no está —fuera de toda duda— en

condiciones de afrontarlos, por más que el Estado vecino sí pueda hacerlo.

Esto debe ser motivo de una seria reflexión por parte del constituyente. Él también debe manejarse con la regla de la previsibilidad;[16] *i. e.,* que toda declaración constitucional debe estar precedida de un juicio prudencial acerca de su factibilidad y de sus costos. Prometer irreflexiva o dolosamente lo imposible puede ser causa de un dañoso fraude constitucional y, además, de un acto de dudosa moralidad jurídico-política, puesto que traspasará a los posteriores poderes constituidos —el presidente, el Congreso, los jueces— la solución de un problema insoluble que él, como poder constituyente, generó. Al mismo tiempo, la promesa de lo imposible crea falsas ilusiones y motiva más tarde crisis de expectativas que pueden culminar en un grave y lamentable descreimiento social en la Constitución y en la democracia. Vale decir, en una crisis sistémica.

El asunto se vincula con el *análisis de factibilidad* de un derecho. En concreto, del examen de factibilidad *ex ante,* o sea, antes que el mismo sea incluido en una norma —en nuestro caso, especialmente si es constitucional—, o antes de que se apruebe un tratado internacional que lo proclama. Se trata, por cierto, de evitar las "normas inútiles", que podrán ser muy generosas pero que concluyen impracticables. Para ello, se impone realizar un *check list* de preguntas, que incluye averiguar cuáles son los efectos concretos que produciría la adopción de un derecho social, lo que equivale a una especie de análisis de "previsión del costo" y del "impacto de su regulación", en una sociedad determinada. En este punto, debe alertarse, como escribe Luis Jimena Quesada, "que los redactores de las normas —sobre derechos sociales— no siempre se toman en serio el informe económico, acudiendo a

[16] El valor previsibilidad —que aconseja medir las consecuencias y verificar los resultados de una determinada opción— juega mucho en materia de interpretación constitucional, pero también es decisivo en el proceso de elaboración de las normas de la Constitución. Adoptar cláusulas constitucionales irrealizables no solamente es un pecado político, sino también jurídico, en cuanto se admita que el valor previsibilidad es asimismo un valor del derecho. Véase Sagüés, Néstor P., La interpretación judicial de la Constitución, Depalma, 1998, pp. 113 y ss.

fórmulas recurrentes y vacías de contenido mediante las cuales se afirma sin fundamento ni credibilidad que la puesta en práctica de las normas de referencia no comporta gasto alguno".[17]

b) Supóngase ahora, de todos modos, que el derecho presuntamente imposible está declarado en la Constitución y que los operadores primarios de ella —el presidente y el Congreso— no lo atienden, o lo hacen de modo insuficiente, argumentando carecer de los medios para ello, por más buena voluntad y malabares presupuestarios que puedan imaginarse, y por más austeridad y recortes que se hagan en otras áreas del gobierno.

Entramos en el terreno del análisis de factibilidad *ex post* de un derecho, esto es, después que ha sido normativamente consagrado. Naturalmente, el Estado tiene que realizar todos los esfuerzos posibles para instrumentarlo y cumplirlo, y su conducta, en este tramo, puede resultar judicialmente evaluada para acreditar su veracidad y acierto, y que "la justiciabilidad de los derechos sociales en juego se concrete en la opción más favorable a su garantía", como propone el autor que citamos en último lugar.

En rigor de verdad, la única manera para comprender tal desatención estribaría en que el Estado argumente, de modo franco, con la convincente prueba y justificación del caso, que se encuentra ante una situación de imposibilidad material o de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución, lindante con un genuino e insoslayable estado de necesidad, de tipo tensivo y crítico,[18] que incluso podría rotularse de orden supraconstitucional, el que inexorablemente le está impidiendo obedecer a los preceptos constitucionales que proclaman aquel derecho. No sería bastante, al respecto, que el Estado diga que él debe cumplir con los derechos constitucionales de la manera y en la dosis que estime mejor y que, por ende, respecto de salud, por ejemplo, si una Constitución reconoce sin topes tal derecho a todos

[17] Jimena Quesada, Luis, "La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas", en *Estudios de economía aplicada,* Valladolid, Universidad de Valladolid, 2009, vol. 27-3, pp. 757 y ss.

[18] Sobre la naturaleza y el límite del derecho de necesidad nos remitimos a Sagüés, Néstor P., "Derecho constitucional y derecho de emergencia", en *La Ley,* 1999-D-1036 y ss.

los habitantes, satisface a la Ley suprema con la cifra de dinero que discrecionalmente fije el presupuesto. Si el derecho está ilimitadamente reconocido en la Constitución debe efectivizarlo acabadamente, salvo que alegue, con fundamento, que material o racionalmente no está en condiciones de obedecer íntegramente a la regla constitucional.

c) El tercer y apasionante tema en debate es el de los roles del poder judicial y de los jueces constitucionales acerca de los "derechos imposibles". ¿Deben ser ellos los autorizados para definir cuándo un derecho constitucional es realmente "posible", o "imposible" —por auténtica imposibilidad material o racional de su cumplimiento—, o, por el contrario, que está culposa o dolosamente "imposibilitado" por quien hizo el presupuesto —o sea, que se trata de uno pseudoimposible—? Además, si concluyen esos mismos jueces en un proceso judicial específico que hay un derecho falsamente imposible —y, por ende, que es posible—, ¿cabe reputarlos autorizados para ordenar que los fondos para satisfacer a ese derecho, cuando se encuentren agotados o sean insuficientes en las partidas predispuestas oficialmente para ello, se extraigan mediante el desplazamiento de una partida a otra del presupuesto oficial, alterando entonces a este último —si el poder ejecutivo no lo hace por sí mismo—, "capturando" de tal modo dinero de la primera partida vulnerable que se encuentre a mano, o de la que reputen que debe afrontar la obligación estatal para la satisfacción del derecho en cuestión?

Aun para quienes admiten estas hipótesis de activismo judicial, en aras de garantizar efectivamente derechos constitucionales básicos concernientes a salud, vida, vivienda o alimentación,[19] que de hecho resultarían superiores a principios tradicionales

[19] Véase por ej., Bidart Campos, Germán J., "Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada en 1994", en *Hechos y derechos,* núm. 7, 2000, Subsecretaría de Derechos Humanos, p. 45, y "El orden socioeconómico en la Constitución", 1999, Ediar, pp. 341 y ss. En algunas sentencias ("Asociación Benghalensis", "Campodónico") la Corte Suprema de Justicia de la Argentina ha dado significativos pasos en la tutela del derecho a la salud y a la vida, por encima de las previsiones presupuestarias. Cfr. Sagüés, María S., "La acción de amparo como instrumento de control de la inconstitucionalidad por omisión en la tutela del derecho a la preservación de la salud", en *JA*, 2001-III-1270.

como que el presupuesto lo hace definitivamente el Parlamento, y que tal ley debe tutelar el equilibrio fiscal, la respuesta positiva no deja de provocar muchos interrogantes.[20]

Liminarmente, cabe apuntar que la invocación de un estado de necesidad por parte del presidente o del Congreso, en el sentido de que no puede cumplir —material o racionalmente— con un derecho reconocido en la Constitución, es un pronunciamiento —muy grave, por cierto— que otrora era concebido como *political question,* no justiciable. En efecto, desde siglos atrás se ha entendido que el Parlamento, como representante de la comunidad, es quien debe determinar de dónde se extraen los fondos del Estado, cuáles son los tributos y empréstitos adecuados, cuánto es lo que debe recaudarse y cómo se invierten tales recursos, partiendo del proyecto elaborado por el poder ejecutivo, que dispone de las oficinas técnicas especializadas pertinentes —que, a su turno, poseen una compleja infraestructura humana y tecnológica— para elaborar ese plan. Tanto el presidente como el Congreso, además, cuentan con una visión global, de tipo macropolítico, acerca de la compatibilización entre las distintas actividades del Estado —defensa, seguridad, economía, obras públicas, desarrollo, comunicaciones, justicia, relaciones exteriores, etc.—, las prestaciones sociales que debe realizar el gobierno y los medios económicos y financieros de que dispone.

Hoy, conforme a la cultura jurídica existente —que, sin embargo, puede variar de nación en nación—, es muy probable que tales competencias congresionales y ejecutivas serían objeto de algún tipo de revisión judicial de constitucionalidad, a fin de impedir la violación a los derechos constitucionales fundamentales. Naturalmente, la declaración presidencial o congresional en el sentido de que un derecho de tipo social solamente puede abastecerse hasta cierta medida, y que de ahí en más pasaría a perfilarse como "derecho imposible", gozaría de presunción de legitimidad,

[20] Un enfoque crítico que desconfía del activismo judicial para alterar la estructura de la realidad social y económica, ya que "interceptaría gravemente al mecanismo democrático", puede hallarse en Laporta, Francisco A., "Sobre la protección constitucional de los derechos sociales", en Congreso Internacional sobre la Reforma de la Constitución. Elementos para una reforma de la Constitución, Presidencia de la Nación, t. I, p. 177.

pero *iuris tantum,* fiscalizable —muy cautamente, por cierto— por la magistratura constitucional, en función de su razonabilidad o irrazonabilidad. De haber dudas, como en cualquier caso de revisión judicial, habrá de estarse por la admisión de aquella declaración, y no por su rechazo.

Pero si los jueces constitucionales estiman, después de un juicio responsable y cuidadoso, que la reputación ejecutiva y legislativa de un derecho como "imposible" es incuestionablemente incorrecta y que, por ende, el derecho es "posible", corresponde que ordenen efectivizarlo. Pero el problema no termina allí. En un sistema judicial de control difuso o desconcentrado de constitucionalidad de actos u omisiones estatales, tan divulgado en Latinoamérica mediante las acciones de amparo, pueden darse soluciones heterogéneas y dispersas, cuando no disímiles, por parte de diferentes magistrados, ya que se arbitrarían caso por caso, y, también, porque la "caza" judicial de partidas vulnerables de donde obtener el dinero, puede alterar la provisión de fondos para cubrir, a su turno, necesidades también sociales —como salarios, medicamentos, bibliotecas, obras públicas, administración de justicia, etc.— a las que podrían aludir las partidas entonces erosionadas por el quehacer judicial para cumplimentar con los derechos fundamentales espuriamente "imposibles". El dinero, en efecto, no es infinito: lo que se obtiene para cierta partida disminuirá la de otra.

En ese orden de ideas, consentir que centenares o miles de jueces —que no son expertos en economía ni en contabilidad pública— puedan retocar cotidianamente al presupuesto oficial no es, por cierto, una buena muestra de orden financiero ni de, en su caso, equilibrio fiscal o administración ideal de la Hacienda Pública.

Es cierto que algunas leyes prevén, para atender sentencias en contra del Estado, ciertas partidas presupuestarias extras, o su consideración en el próximo presupuesto anual. Naturalmente, si las primeras son suficientes, el problema a que referimos desaparecería. Intuitivamente cabe conjeturar, no obstante, que esa suficiencia será difícil de hallar, particularmente en países con economías en crisis cuasiterminales. La otra ruta —derivar el problema al siguiente presupuesto— será por lo común inútil si

se trata de derechos constitucionales cercanos a la vida, alimentación, vivienda o salud, que requieren una solución inmediata, y no el año que viene.

En resumen, no es sencillo encontrar en esta encrucijada una salida que deje conformes a todos sus protagonistas ni a todos los valores y derechos en juego. Ella puede principiar por un acto de sinceramiento constitucional: en un obligado acto de lealtad jurídico-política no cabe prometer en la Constitución, ni comprometerse en tratados internacionales, más de lo que el Estado pueda razonablemente cumplir. Puede continuar con otro cambio de mentalidad: que el Estado diseñe su presupuesto para cumplir honestamente con lo por él prometido en su Constitución, orientando sus recursos a tales fines, ya que sus promesas constitucionales no son frases triviales ni discursos de circunstancias, *pour la galerie*. Finalmente, si el Estado se ha extralimitado en sus promesas porque aseguró realizar lo genuinamente irrealizable, corresponde reconocer también una suerte de *default* constitucional: la imposibilidad material o racional de cumplir con una regla constitucional, cosa que implica invocar y demostrar con total responsabilidad, fuera de toda duda y plenamente, un grave estado de necesidad superior quizá a la misma Constitución. Todo ello sometido a un control judicial de constitucionalidad imparcial y realista, que categorice las obligaciones constitucionales del Estado y que también, respecto de derechos constitucionales fundamentales, deberá —llegado el caso— consumar con prudencia modificaciones directas o indirectas del presupuesto cuando declare admisibles las acciones de amparo o los recursos de constitucionalidad destinados a tutelar aquellos derechos fundamentales.

La polémica, sin embargo, no ha concluido. Sigue abierta y probablemente resulte, en estos años, el tema más acuciante y ríspido del derecho constitucional latinoamericano.

Capítulo XIX
Dignidad de la persona e ideología constitucional

1. Introducción. Versiones "de máxima" y "circunscritas" del concepto de dignidad humana

Las ideas de "dignidad de la persona" y de "dignidad humana" pueden manejarse aquí como si fuesen conceptos sinónimos, desde el momento en que nos vamos a referir exclusivamente a la persona humana.[1]

A todas luces, esta noción está de moda —y no desde hace mucho— en el derecho contemporáneo, tanto público como privado. La expresión "dignidad humana" es a la vez rica como importante. Opera como *valor,* como *derecho* y como *principio*. En cualquier caso, se presenta de modo exigente, ya que demanda ciertos comportamientos y rechaza a otros.[2]

A la vez, se trata de una locución no muy precisa, que cuenta con diversos contenidos. Uno, muy ambicioso, ve en la dignidad humana un derecho que engloba a todos los demás (Bidart Cam-

---

1 En este trabajo no se aborda el tema de la posible dignidad de las personas jurídicas de existencia ideal, ni el de otras personas diferentes al hombre como son, en la perspectiva teísta, Dios y los ángeles. Véase Hoyos Castañeda, Ilva Myriam, *El concepto de persona y los derechos humanos,* Bogotá, Universidad de La Sabana, 1991, p. 125.

2 Cfr. Squella, Agustín, "Derechos humanos y derecho positivo", en *Derechos y libertades,* Madrid, Universidad Carlos III, 1993, núm. 1, p. 199.

pos), la idea nuclear de los derechos humanos (Kriele), el valor constitucional último (Fernández Segado), el fundamento de los derechos humanos (Soto Kloss).[3]

Desde otra perspectiva, resultaría un *valor absoluto,* incluso superior al valor vida, ya que éste puede ceder en aras, por ejemplo, de la defensa de la patria, mientras que la dignidad debería actuar siempre —aún el condenado a muerte, *v. gr.,* tiene el derecho a ser ajusticiado con dignidad de trato—.[4] Configuraría entonces un derecho irrestringible. Pero también hay posturas reduccionistas, en el sentido, por ejemplo, que de la idea de dignidad humana se desprenden *ciertos* derechos, y no la totalidad. Así, comprendería los derechos de libre conciencia, intimidad, honor, propia imagen,[5] y simultáneamente, mandatos negativos, como la prohibición de mutilaciones, maltrato en las prisiones, torturas o experiencias médicas contra la voluntad del sujeto, empleo del detector de mentiras o de drogas para hablar, y hasta, según algunos (Starck, *v. gr.*), evitaría la imposición de la prisión perpetua o la de muerte, ambas condenables por impedir la reinserción del delincuente en la sociedad.[6]

---

3 Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos, cit.,* p. 88; Kriele, Martin, *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos,* Barcelona, Herder, 1982, p. 241; Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español,* Madrid, Dykinson, 1992, p. 163, y *La dogmática de los derechos humanos,* Lima, Jurídicas, 1994, p. 49, quien recuerda, además, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, en el sentido que "en el ordenamiento liberal democrático la dignidad del hombre es el valor superior"; Soto, Kloss, Eduardo, "La dignidad de la persona, fundamento de los derechos humanos", en AA.VV., *Los derechos humanos,* Mendoza, 1985, *passim;* véase igualmente sobre el tema González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona,* Madrid, Civitas, 1986, pp. 111 y ss.

4 Ekmekdjian, Miguel A., *Tratado de derecho constitucional,* Buenos Aires, Depalma, 1993, t. I, pp. 482 y ss. Aclara este autor que el concepto de dignidad humana puede entenderse en dos sentidos: *a)* amplio, como valor esencial que sirve de fundamento a todos los derechos individuales; *b)* restringido, como derecho de todo hombre a reclamar el respeto a sus semejantes, a causa de su condición humana. Véase Ekmekdjian, Miguel A., *Temas constitucionales,* Buenos Aires, La Ley, 1987, pp. 55-56.

5 Ekmekdjian Miguel A., *Tratado de derecho constitucional, cit.,* t. I, pp. 486-48.

6 Sobre Starck, quien formula su listado partiendo fundamentalmente de las sentencias del Tribunal Constitucional federal alemán, véase Hoerster,

Otra postura limitativa del área del derecho a la dignidad puede hallarse en Nino. Para él, son tres los principios de cuya combinación derivan los derechos humanos fundamentales: el de *inviolabilidad de la persona*, que impide imponer sacrificios a un individuo solo porque así se beneficie a otro u otros; el de *autonomía de la persona,* que privilegia el derecho de cada uno a adoptar el plan de vida y el modelo de excelencia que le plazca; y el principio de *dignidad de la persona,* que "prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones". Conforme a este último, exaltaría la relevancia de la voluntad o del consentimiento de los individuos: "de este modo, cuando se toma en cuenta la voluntad del individuo perjudicado no se lo está tratando como un mero medio en beneficio de otro". No se trata, explica Nino, de sostener que la sola voluntad sea el elemento final de la justificación moral de una conducta; hay marcos normativos —prohibiciones, obligaciones, responsabilidades, etc.— que delimitan la admisión de esa voluntad, por ejemplo que no produzca ciertos daños al sujeto que la emite o a otros vinculados con él —por ello, *v. gr.,* la decisión de divorciarse debe compatibilizarse con los derechos de los hijos—.[7]

Una vía habitual de circunscribir el principio de la dignidad humana es visualizarlo como el derecho que tendría toda persona a ser un fin en sí mismo, y no un medio para los demás. Para esta tesis, de raigambre kantiana, surge para el individuo "un valor propio inalienable, en virtud del cual la persona no puede ser convertida en simple objeto o instrumento" —de otro—; es decir, impide que una persona sea tratada como una cosa;[8] y además, reputa "al fin personal como propio de cada uno en lo que le atañe a él".[9]

Por nuestra parte, hemos preferido ubicar al derecho a la dignidad humana como una manifestación más —pero harto signifi-

---

Norbert, "Acerca del significado del principio de la dignidad humana", en *En defensa del positivismo jurídico,* trad. por Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 93.

7 Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos,* 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 46, 267 y 299.

8 Hoerster, Norbert, "Acerca del significado del principio de la dignidad humana", *cit.,* p. 92.

9 Bidart, Campos Germán J., *Teoría general de los derechos humanos, cit.,* p. 91.

cativa, por supuesto— del derecho a la condición humana —que comprende, a más del derecho a la dignidad de trato, los derechos a la vida, salud, personalidad, nombre, etc.—.[10]

2. Dimensiones. Rango constitucional

Generalmente se divisan dos ámbitos del derecho a la dignidad. Por un lado, genera una "garantía negativa", en cuanto impone al Estado, y también a los particulares, abstenerse de atacar a aquella dignidad —por ejemplo, no humillar, no discriminar ilegítimamente, no torturar—; y por otro, provoca una "garantía activa", en el sentido de afirmar positivamente el desarrollo integral de la personalidad individual.[11] Esto importaría asignar al Estado ciertas obligaciones tendentes a asegurar, por ejemplo, un mínimo de igualdad de oportunidades y de condiciones de vida aptas para el despliegue de tal personalidad, lo que puede apurar el modelo llamado del "estado de prestaciones".[12]

Por lo demás, la idea de dignidad de la persona puede reputarse (Squella) también en el doble sentido de dignidad del hombre como tal —dignidad de la especie humana, por sobre los demás seres de la creación—, o dignidad de cada hombre con relación a los otros hombres, por ejemplo, en el sentido ya apuntado de que alguien no sea un medio para el otro.[13]

Lo cierto es que el principio de dignidad de la persona ha ingresado con frecuencia al derecho constitucional, a menudo de modo explícito (*v. gr.,* art. 1º de la Constitución de Alemania, cuando puntualiza que la dignidad del hombre "es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto

---

10 Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional, cit.,* t. 2, p. 341.

11 Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución,* Madrid, Tecnos, 1984, p. 318.

12 Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano,* México, UNAM, 1991, p. 105. Véase especialmente Cossio Díaz, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 174 y ss.

13 Squella, Agustín, "Derechos humanos y derecho positivo", *cit.,* pp. 198-199.

y protección"; art. 10 de la de España, donde es uno de los "fundamentos del orden político y de la paz social"; Chile, art. 1; Paraguay, art. 1; Bolivia, art. 22; El Salvador, art. 10, etc.). La actual Constitución de Perú, en ese orden de ideas, señala en su artículo lº que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

En otros estados la idea de dignidad humana es reputada como un derecho constitucional implícito. Este es el caso de Argentina, cuya Corte Suprema lo detectó dentro del artículo 33 de la Constitución (cláusula de los derechos no enumerados, al estilo de la IX enmienda de Estados Unidos). La Corte dijo en "Costa" que de ese derecho a la dignidad individual se desprende el derecho al honor, y en "Sejean", que entre sus contenidos figura que las necesidades del hombre sean satisfechas con decoro, en orden a la realización de la persona. En "Pupelis", señalará enfáticamente que la idea de dignidad humana es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de la Constitución.[14]

Concomitantemente, varios instrumentos internacionales incluyen el mismo principio, por ejemplo el Pacto de San José de Costa Rica (arts. 5º, inc. 2º y 11, inc. 1º), la Declaración Universal de los derechos humanos de la ONU (art. 1º), y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de la ONU (art. 10).

3. El concepto de dignidad humana como juicio moral relativo

Nos interesa abordar ahora la tesis de Norbert Hoerster, en cuanto la naturaleza última de la idea de dignidad humana. En un esquema constitucional como el alemán —y el de otros países que le dan rango constitucional explícito o implícito—, cumple, explica, el papel de "fijar límites al derecho (positivamente) vigente". De allí que asuma una función ético-jurídica y jurídico-constitucional.

Ahora bien: ¿cuándo una conducta está amparada o cubierta por el concepto de "dignidad humana"? Para Hoerster eso pasa

[14] CSJNA, "Fallos", 3l0:526; 308:2268, consid. 7º; "Fallos", 314:424.

cuando la libre autodeterminación de un sujeto es éticamente legítima en un caso concreto. No basta, al respecto, que el acto en cuestión sea permitido por una norma jurídica común porque ésta, apuntamos, podría violar a la Norma constitucional. Hoerster agrega: "Si la acción de 'A' no lesiona el principio de la dignidad humana sólo *porque* es conforme al derecho vigente, entonces la tortura en los interrogatorios no violaría el principio de la dignidad humana en caso de que estuviera prevista en el derecho vigente".[15]

Si se admite este enfoque, se arriba a una situación que Hoerster describe como tan sorprendente como problemática. Y es que si la idea de dignidad humana únicamente protege las formas legítimas —justas— de la autodeterminación humana, es inevitable que la aplicación de ese principio "está vinculada con un juicio valorativo moral". Al revés de otras palabras de la Constitución, que pueden contar con una interpretación objetiva y hasta técnica —*v. gr.,* los conceptos de "vida" y de "integridad física"—, la expresión "dignidad humana" remitiría inexorablemente a una evaluación en definitiva moral.

El paso siguiente es demostrar que la idea de dignidad humana puede convertirse en una "fórmula vacía". Es cierto, acepta Hoerster, que hay una serie de conceptos morales mínimos sobre los que hay consenso generalizado, como que no es correcto matar arbitrariamente o causar lesiones físicas; pero en "amplios ámbitos de la vida impera un animado disenso". Tomando como punto de referencia las opiniones de Starck, plantea preguntas decididamente polémicas, como averiguar, por ejemplo, si lesiona o no el principio de dignidad humana la pena de muerte impuesta a un brutal asesino terrorista, o si puede aplicarse legítimamente el principio de autodeterminación a la decisión de una mujer de poner fin a la vida del fruto de su vientre.[16]

En resumen, la noción de "dignidad humana" desemboca a menudo en un tema ético, donde pueden existir respuestas distintas en razón del relativismo que suscitan las diferentes doctrinas morales y las apreciaciones subjetivas de los operadores de

[15] Hoerster, Norbert, "Acerca del significado del principio de la dignidad humana", *cit.,* pp. 94 y ss.

[16] *Ibidem,* pp. 97 y ss.

la Constitución. Hoerster exhibe como paradigma de su tesis el fallo del Tribunal Administrativo Federal alemán pronunciado en ocasión de los llamados *peep shows*, y si violan o no la dignidad humana de la mujeres que actúan en ellos. Para aquel Tribunal, mientras un *striptease* común respeta tal dignidad, el *peep show* no lo hace, reduciendo a la mujer a la condición de un objeto. ¿Debido a qué? Por "la atmósfera de un negocio mecanizado y automatizado", por el "aislamiento" de la mujer respecto al espectador —el Tribunal menciona la introducción de una moneda para acceder a un lugar reservado, el mecanismo para abrir una ventanilla para mirar, el contacto visual unilateral, la falta de un control social de lo que ocurra en el recinto, y la "consecuencia necesaria" de que la visión de la mujer desnuda, en ese contexto, motive actos de onanismo por el *voyeur*—.

A Hoerster no le cuesta mucho esfuerzo demostrar que el juicio del Tribunal Administrativo Federal es harto discutible, y lo poco coherente que es condenar a los *peep shows* mientras se consienten los *stripteases*, las peleas de box donde peligra la salud física y mental, cuando no la vida, de sus protagonistas, o ciertos conciertos de rock que "celebran durante horas ante una masa anónima orgías acústicas ensordecedoras a fin de colocar, a cambio de inmensos honorarios, a sus jóvenes escuchas en una situación de éxtasis abúlico".

En conclusión, Hoerster afirma que la fórmula del principio de la dignidad humana es necesariamente vacía, que desemboca en una "cuestión de valoración", y que cuando no es definida específicamente por el legislador, termina en un cheque en blanco para las decisiones valorativas personales del juez.[17]

4. Reexamen. Los conceptos constitucionales imprecisos

El enfoque de Norbert Hoerster es atractivo, y en buena medida incontrastable. El concepto de "dignidad humana" no es idéntico, por ejemplo, a los de "tierra" y "suelo" que emplea el artículo 15 de la Constitución de Alemania, o el de "servicio militar armado" al

[17] *Ibidem,* p. 103.

que elude el artículo 12 a de la misma Constitución, o a la palabra "epidemia" que aparece en el artículo 11. Mientras el primero tiene una importante dosis de contenido ético, los restantes aluden a expresiones técnicas o científicas de tipo básicamente objetivo.

De todos modos, es inevitable que la Constitución emplee conceptos cuyos contenidos poseen una naturaleza ética, moral o ideológica variable y a veces opinable. La argentina, por ejemplo, remite en su artículo 19 a la *moral pública,* como pauta delimitatoria entre lo público y lo privado. La Constitución alemana utiliza expresiones también en cierto grado entendibles de modo diverso, como "bien común" (art. 14), "justicia" (art. 1), "libertad" (art. 2) o "entendimiento entre los pueblos" (art. 9). ¿Podría acaso prescindirse de todos esos vocablos en la redacción de una Constitución?

La respuesta es negativa: es casi inevitable que una Constitución use palabras amplias o imprecisas, a fin de comprender en el futuro situaciones nuevas, o también viejas, pero con criterio flexible. Esto obliga al operador de la Constitución a realizar una tarea jurídica de "precisión", en cada caso concreto (Werner Goldschmidt), en donde determinará si una situación o hecho está o no captado, y en su caso en qué medida, por el precepto constitucional.[18] Algo parecido a cuando un juez determina, en derecho privado, si una conducta ajurídica produce o no "daño moral", y si así fuera, en qué monto concreto este es concretamente indemnizable.

5. Vías de precisión. El recurso al acuerdo social relevante. Casos del *habeas corpus* correctivo y de los amparos

El grado de indeterminación de los conceptos constitucionales imprecisos o indeterminados puede disminuir sensiblemente si se acepta, como Hoerster lo hace en cierta medida,[19] que normalmente

[18] Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho,* 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 280 y ss.

[19] Hoerster, Norbert, "Acerca del significado del principio de la dignidad humana", *cit.,* p. 98. Sobre la presencia de un "cierto consenso universal básico acerca de las exigencias que derivan de la dignidad de la persona", Squella, Agustín, "Derechos humanos y derecho positivo", *cit.,* p. 198.

hay lo que podríamos llamar un "acuerdo social relevante" en torno a muchos contenidos mínimos de esos conceptos indeterminados.

Esto ha ocurrido en Argentina precisamente respecto al concepto de "dignidad humana" y su operatividad para tornar exitosas acciones de *habeas corpus* en favor de detenidos, a fin de lograr para ellos un justo trato en las prisiones. Tal nuevo tipo de *habeas corpus,* de origen primero jurisprudencial y después legal (ley 23.098), hoy con base constitucional (art. 43, según el texto de 1994), la hemos llamado "correctivo", ya que por el mismo no se procura la libertad del arrestado o condenado, sino que se corrijan condiciones vejatorias, mortificantes, inapropiadas, indignas o degradantes para el prisionero.[20] Para su aplicación, la judicatura ha manejado el patrón de "dignidad humana", según las pautas sociales corrientes sobre su contenido, y en su consecuencia, admitir o rechazar tales *habeas corpus*.

En "Ausejo", por ejemplo, los jueces dijeron que el *habeas corpus* correctivo tiene por objeto principal tutelar la dignidad del detenido, y que este tiene derecho a ser tratado dignamente, lo que importa que se le suministre una alimentación adecuada, que se cuide su salud y que se le suministre abrigo contra las inclemencias del clima,[21] todo lo que debía ser evaluado debidamente por el juez del *habeas corpus*.

En "Domínguez Omar", los tribunales puntualizaron que el régimen penitenciario debe evitar la degradación de los presos, y que los internos deben ser ubicados en dependencias que respeten las condiciones básicas de la dignidad humana. En el caso, se ordenó concluir con la prisión de un interno en una celda sin vidrios, con el consecuente frío, y sin provisión de inodoro; sin acceso, además, a un baño general. Para ello, se dispuso por el juez ordenar la construcción de obras que tornaran dignamente habitable el pabellón de detención.[22]

---

20 Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Habeas corpus, cit.,* t. 4, pp. 216 y ss.

21 Cámara Nacional Criminal y Correccional, sala II, en "Doctrina Judicial", Buenos Aires, l990-1-569; *idem,* en "Paredes", "Doctrina Judicial", 1990-2-228.

22 Cámara Nacional Criminal y Correccional, sala de *Habeas Corpus,* en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1991-IV-486.

Con particular referencia a menores, la jurisprudencia ha dicho también que el régimen de privación de la libertad para ellos debe practicar una "política de dignidad del hombre", cosa que es incompatible con la carencia de elementos esenciales como son la ventilación y la provisión de elementos para la higiene. Por vía de *habeas corpus* se intimó al poder ejecutivo la habilitación de un instituto adecuado para el cumplimiento de las penas privativas de la libertad; y de no procederse así, vencido el plazo impuesto por el tribunal, correspondía poner en libertad a los referidos menores.[23]

El tema ha dado lugar a numerosos pronunciamientos judiciales respecto a presos portadores de SIDA. Por ejemplo, en "Doctoras O. y M." se discutía el ejercicio de las facultades de ubicación de esos detenidos, que pueden ejercer las autoridades carcelarias. Por medio del *habeas corpus* correctivo se decidió que aquellas competencias no deben significar tratamientos desiguales entre los detenidos y, cuando se invoquen razones de seguridad sanitaria para tratar a los mismos en resguardo del resto de la población penal, no podía afectarse a esos presos más allá de una prevención razonable, nunca traducida en privaciones que impliquen injusto menoscabo a la dignidad humana, cuyo reconocimiento es exigible para todos los procesados, incluso aquellos que padezcan una perturbación somática o signifiquen un peligro para la salud de los demás.[24]

En el mismo sentido, en el caso "Internas de la Unidad Penitenciaria III", la jurisprudencia señaló, con respecto a una detenida portadora del virus VIH, o sea, afectada por el SIDA, que su situación de privación de libertad, sin prestación de atención médica adecuada para su dolencia, y obligada a realizar sus necesidades fisiológicas en la propia celda, no provista de baño, le producía un pronunciado deterioro físico y psíquico, agravado por sanciones disciplinarias prolongadas, cosa vejatoria y atentatoria contra la dignidad humana, por lo que el tribunal ordenó una serie de medidas determinadas a poner fin a tal situación. El

[23] Cámara Primera en lo Criminal y Correccional de General Roca (Río Negro), en "El Derecho", Buenos Aires, 133-807.

[24] Cámara Nacional Criminal y Correccional, sala de *Habeas Corpus,* Buenos Aires, en "El Derecho", 127-267.

juez, al fallar el *habeas corpus* correctivo, destacó que en el régimen jurídico en vigor "resulta que el reconocimiento explícito de la dignidad inherente a todo hombre como persona, marca límites infranqueables para la ejecución penal y más aún, para las detenciones cautelares, en función del principio de humanidad, derivado del de la dignidad de la persona".[25]

Es sugestivo también que el *habeas corpus* correctivo haya sido utilizado para reparar lesiones menores a los presos, como el hostigamiento de las autoridades penitenciarias para obligar a un recluso a afeitarse su barba. Aclarado que no había razones higiénicas de por medio, en "Rodríguez Socca Eduardo", el fallo de primera instancia, confirmado en segunda, declaró que se violaban principios elementales de la naturaleza del hombre si se compelía al recluso a rasurar totalmente su barba, sin motivo valedero que explicase tal orden.[26]

Algunas veces se ha empleado a la acción de amparo como vehículo para tutelar derechos de detenidos, a mérito de la idea de dignidad humana. En la causa "Servicio de Salud Mental del Hospital Interzonal General de Agudos de Mar del Plata", se trataba de un amparo promovido por médicos, psicólogos y enfermeros en favor de ciertos pacientes con complicaciones neurológicas y psiquiátricas, obligados a convivir en situación de internación

---

[25] Juzgado Criminal y Correccional núm. 3 de Mar del Plata, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1994-IV-224, con nota de María Angélica Gelli: "Valores constitucionales, activismo judicial y *habeas corpus* correctivo". Véase también Hooft, Pedro F., "Sistemas penales y derechos humanos", en *El Derecho,* Buenos Aires, 146-961.
Conviene recordar que en "Pacek Juan C." ("Doctrina Judicial", Buenos Aires, 1994-2-712), el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro hizo lugar a un *habeas corpus* correctivo en favor de un detenido portador de SIDA, ya que en el establecimiento carcelario padecía del peligro concreto, ante la falta de defensas, de contraer cualquier infección, ya que carecía allí de un ambiente adecuado para su patología, y de la atención profesional que requería —la sentencia dispuso su detención domiciliaria—. Al resolver, el Tribunal dejó expresa constancia que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, organismo dependiente de la OEA, recomendó a los Estados miembros "amparar mediante *habeas corpus* o vías procesal análoga las garantías referidas a las condiciones de alojamiento que hacen a la dignidad humana" —recomendación cuarta, acápite "infraestructura hospitalaria"—.

[26] "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1989-III-299.

con otros enfermos, portadores de SIDA. El amparo tuvo por fin proteger a los primeros, en aras de hallar medidas de bioseguridad y a fin de evitar riesgos de intercambio sexual y contagio, para lo cual se requería la separación de aquellos, respecto de los portadores de SIDA. El juez hizo lugar al amparo, basándose entre otros argumentos en el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, "soporte y fin de los demás derechos humanos amparados". Como dato singular, este amparo lo era en favor de internos sanos, y el tribunal dio legitimación activa para promoverlo a los médicos, enfermeros y psicólogos bajo cuya atención se encontraban.[27]

En cualquiera de los casos precedentes, el concepto de "dignidad humana" ha sido felizmente precisado por la judicatura, según pautas extraídas del consenso social o común existente sobre lo que es o sobre lo que se proyecta tal dignidad; y ello ha permitido desenvolver eficientemente figuras como el *habeas corpus* y el amparo. Pero también es cierto que en otros terrenos ese consenso comunitario no existe, o no se conoce fehacientemente —puntos como aborto, homosexualismo, adopción de menores por parejas de lesbianas, etc.—. Para esa hipótesis cabe hacer uso de otros parámetros de precisión.

6. El recurso al derecho inter y trasnacional y al techo ideológico de la Constitución

Parte de esas dudas puede resolverse ahora con el recurso al derecho trasnacional. Por ejemplo, si en un Estado afiliado al Pacto de San José de Costa Rica se discute la admisión o no del aborto discrecional o libre, la respuesta, a tenor del artículo 4 de dicho Pacto —que tutela en general a la vida "a partir del momento de la concepción"—, no puede ser sino negativa. Las reglas inter y trasnacionales contenidas en las declaraciones, convenios y pac-

[27] Juzgado Criminal y Correccional núm. 3 de Mar del Plata, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1994-III-3, con notas de Morello, Augusto M., "Bioética y amparo"; Padilla, Miguel, "Legitimación activa en el amparo surgida de la incapacidad del afectado", y Sagüés, Néstor Pedro, "En torno al SIDA: nuevas proyecciones de la acción de amparo".

tos relativos a derechos humanos pueden suministrar así datos valiosos —y, por lo demás, obligatorios— acerca de los contenidos del principio de "dignidad humana".

Otra ruta de precisión de ciertos conceptos constitucionales es la del recurso al techo ideológico de la Constitución. Éste se refiere a una *estructura de valores,* cosa que implica tanto aludir a un "listado de valores" como a un "orden de valores", que impacta en cada artículo y en cada palabra de la Constitución. En rigor de verdad, el techo ideológico es mucho más significativo que el aparato normativo de la Constitución, desde el momento en que las reglas de ella tienen que entenderse —si se aspira a una interpretación fiel de la Ley suprema—, y hacerse funcionar según el ritmo ideológico de la constitución, y no contra él. Cuando a una Constitución propia del estado social de derecho se le da una lectura individualista, por ejemplo, se está incurriendo en un acto de falseamiento constitucional.[28]

En conclusión, si el recto entendimiento de las normas constitucionales —aun de las claras— debe concretarse en sintonía con el techo ideológico de la constitución, con más razón ese techo ideológico puede y debe iluminar la exégesis de las cláusulas ambiguas, dudosas o de los conceptos indeterminados que haya en la Carta magna. En particular, la idea de "dignidad humana" debe situarse dentro de la filosofía política de la Constitución, y esto ayuda en mucho a encuadrarla. La excepción sería si el techo ideológico de la constitución es francamente ilegítimo, ya por su irremediable anacronismo, opuesto a las creencias de la sociedad actual, ya por su incompatibilidad con derechos básicos e inherentes a la persona, de tipo iusnaturalista o universalmente aceptados —supóngase el caso de la anterior constitución sudafricana, que oblicuamente autorizaba el *apartheid*—.[29]

---

[28] Claro está que hay posturas que postulan —llegado el caso— una sustitución del mensaje ideológico del constituyente, por el del intérprete-operador. Véase Sagüés, Néstor Pedro, "La interpretación de la Constitución. Poder judicial *versus* poder constituyente", en Comisión Andina de Juristas, *Lecturas sobre temas constitucionales,* Lima, núm. 7, 1991, pp. 107 y ss.

[29] Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, "Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario", *cit.,* t. 2, p. 26.

7. Problemática de los techos ideológicos múltiples

El recurso al techo ideológico de la constitución como factor de precisión del concepto de dignidad humana puede no obstante complicarse si aquél no es uniforme, sino múltiple.

Conviene tener presente, al respecto, que hay constituciones cuyo techo ideológico tiene una misma textura básica —caso, *v. gr.,* de la Constitución soviética de 1977, que adoptó la doctrina comunista correspondiente a la etapa de la "sociedad socialista desarrollada", según lo describe en su Preámbulo—, y otras que, en cambio, tienen segmentos de su estructura de valores adscritos a ideologías distintas. Esa disparidad puede ser *concomitante* al origen o parto de la Constitución —si ella es producto, por ejemplo, de transacciones políticas de diversa factura, como la de Weimar, arbitrada entre socialistas y algunos sectores liberales—, o *escalonada,* cuando una constitución con una conformación ideológica determinada es reformada y se introducen en ella partes que responden a otro techo ideológico; tal es la situación argentina: el texto de 1853/60 tuvo una conformación mixta, liberal y cristiano tradicional, no cambiado por las reformas de 1866 y 1898. Pero la enmienda de 1957 le añadió un toque ideológico francamente social, reforzado después con la reforma de 1994.[30]

Cuando la Constitución tiene un techo ideológico múltiple, ello puede provocar una suerte de esquizofrenia jurídico-política, ya que el mismo texto es eventualmente interpretable de dos, tres o más formas distintas, según sea la ideología constitucional en que sintonice el operador su tarea. De hecho, en tal hipótesis puede hablarse con propiedad no de *una* constitución, sino de *varias* —tantas como ideologías porte—, ya que las diferentes interpretaciones, alojada cada una de ellas bajo un segmento del techo ideológico —múltiple— de la misma Constitución, pueden ser al mismo tiempo opuestas y, paradojalmente, todas ellas "constitucionales".

[30] Sobre los techos ideológicos en la Constitución argentina, véase nuestros "Elementos de derecho constitucional", *cit.*, t. 1, pp. 246 y ss. En cuanto la Constitución de Weimar, cfr. Schmitt, Carl, "Teoría de la Constitución", *cit.*, pp. 35, 62 y ss.

No resisto la tentación de dar dos ejemplos de ese estado de cosas, respecto, precisamente, al ejercicio de derechos muy conectados con el concepto de dignidad de la persona.

Uno es referido a si existe un *deber* constitucional a curarse, o al revés, un *derecho* constitucional a no hacerlo. El tema se conecta con puntos como la elección del modelo de vida —o de muerte—, el derecho a la privacidad, la objeción de conciencia y libertad de cultos —si el problema deriva de la negativa a aceptar una transfusión de sangre por motivos religiosos—, etcétera.

Algunas veces el problema está resuelto por el constituyente. Así, las constituciones de Honduras (art. 145), Uruguay (art. 44), Perú de 1979 (art. 15) y Colombia (art. 49), puntualizan que existe el deber constitucional de curarse. Tal respuesta es coherente en un estado social de derecho, donde el trabajo constituye aparte de un derecho, un deber o una función, y principios de solidaridad requieren, además, que no se perturbe a la colectividad con dolencias que pueden superarse. Éstas, en efecto, aparte de quitar capacidad productiva al paciente, inciden a menudo en el sistema global de servicios sociales, perjudican a familiares y de ser el enfermo empleado público, demás está decir que inciden negativamente en la prestación de sus tareas.

En Argentina, el caso "Bahamondez" planteó el problema ante los estrados de la Corte Suprema. En segunda instancia, la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia había ordenado una transfusión de sangre, no obstante la negativa del enfermo, testigo de Jehová, argumentando que el principio de libertad de cultos debía ceder ante el valor vida. La Corte Suprema no adoptó una decisión formal, por haber concluido el asunto como "cuestión abstracta" —durante el trámite del amparo, había sanado el paciente, quien no necesitaba más la transfusión—, pero de todos modos varios jueces se expidieron sobre el tema. Los ministros Fayt y Barra, por ejemplo, aludieron a la idea de dignidad humana, y consideraron que había un "señorío del hombre a su vida", y un "señorío a su propio cuerpo" que legitimaba su negativa a aceptar aquella transfusión. Los jueces Boggiano y Cavagna Matínez arribaron a la misma conclusión, partiendo del principio de la dignidad humana que impone la autonomía jurídica en lo que hace a la elección de una religión y el consecuente derecho a plantear una objeción de conciencia al auxilio

médico. Los jueces Belluscio y Petracchi manejaron también el concepto de dignidad humana, siguiendo pautas del Tribunal Supremo alemán, que involucra, en tal interpretación, el derecho a determinar, cada uno, acerca de su cuerpo, en tanto no parezca un interés público relevante o derechos de terceros que impongan una solución distinta. Hicieron alusión explícita, asimismo, a los principios de autonomía de la conciencia y voluntad personal, y "la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de mérito se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan".[31]

En "Bahamondez" el dilema ideológico no fue resuelto según el techo ideológico del estado social de derecho, sino con otras pautas filosófico-políticas de la misma Constitución, por cierto también relevantes. Lo que cabe destacar es que el intérprete de la Constitución tuvo que realizar una opción ideológica para determinar el contenido del concepto constitucional de dignidad humana.

El segundo caso que nos preocupa es la dupla "Bazterrica" y "Capalbo",[32] oportunidad en que la Corte Suprema argentina discute si la tenencia de estupefacientes para consumo personal está o no cubierta con la garantía constitucional de la intimidad. La posición mayoritaria concluyó, entre otras cosas, que la mencionada posesión no afectaba a la ética colectiva, y que las conductas de los hombres que se dirijan contra sí mismos quedan fuera de las prohibiciones constitucionales —*a contrario sensu,* estarían amparadas por la Constitución—. El voto de la minoría consideró que el principio de la dignidad de la persona era un derecho constitucional, "con consecuencias jurídicas directas que se relacionan con las cualidades de racionalidad, autodeterminación de las voliciones, sociabilidad y dominio de sí, autonomía e independencia de coacciones externas y capacidad de elección, que al proyectarse socialmente se traduce en participación, como manifestación positiva de la libertad". Dentro de esos márgenes, "es inconcebible suponer una acción o recurso de amparo que tuviese por objeto lograr la tutela estatal para proteger la propia degradación".

---

31 *Revista Jurídica La Ley,* 1993-C-126, con nota de Sagüés, Néstor Pedro, "¿Derecho constitucional a no curarse?".

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos,* 308:1417 y ss., 1475 y ss.

La minoría objeta, en resumen, que el concepto de "dignidad de la persona" —cita, al respecto, los textos constitucionales de España y Alemania— tenga aptitud para cubrir hipótesis de autodegradación —la misma pregunta podría extenderse a supuestos de automutilación—, y en definitiva, afirma que si "se trata de la propia degradación con capacidad abstracta de proyectarse", afectando o amenazando la "moral pública u otros bienes", "parece razonable que bienes jurídicos de naturaleza superior, sean protegidos penalmente frente al peligro abstracto de una conducta incapaz de generar el amparo constitucional por sí misma". Concluyendo: (a) "no debe considerarse a la tenencia de estupefacientes para consumo personal como un derecho fundamental", y (b) la idea de dignidad personal —en sus versiones de derecho a la intimidad y de libertad de elección del modelo de vida—, no cubre la autodegradación que pueda proyectarse, siquiera de modo abstracto, en el medio social (considerandos 16 y 17 del aludido voto en disidencia).

"Capalbo" es otra evidencia de la difícil tarea, y de la inevitable opción ideológica que debe verificar el intérprete-operador, cuando tiene que precisar el concepto de "dignidad de la persona" con relación al tema de la autodegradación —y en ella, según sea autodegradación con capacidad o no de trascender a terceros—. Una respuesta liberal-individualista conduce al voto mayoritario; otra, inclinada hacia el techo del estado social de derecho de la Constitución, da una respuesta distinta.[33]

8. Conclusiones

Es innegable que el principio de dignidad de la persona resulta muy importante para el derecho constitucional. Se trata de una "cláusula abierta", o en la terminología de Dworkin, de un "concepto" más que de una "concepción",[34] cuyo contenido, desde

[33] Sagüés, Néstor Pedro, "Tenencia de estupefacientes, autolesiones, delitos de peligro abstracto, razonabilidad de las penas y perspectivas del control de constitucionalidad", en *Revista de Jurisprudencia Argentina,* 1986-IV-962.

[34] Dworkin, Ronald, "Los derechos en serio", trad. por Marta Guastavino, Barcelona, Ariel Derecho, 1984, p. 215. Para el autor, si el constituyente ha

luego muy rico, permite pensar en una fuerte muralla contra el autoritarismo, que además es engrosable con la incorporación de nuevos datos acerca de lo que hace a esa dignidad. En rigor de verdad, autoriza tanto a ampliar el radio de posibilidades de los procesos constitucionales —amparo y *habeas corpus, v. gr.*—, como a ampliar también el listado de los derechos personales, al descubrir nuevas situaciones de "dignidad humana" que merecen protección constitucional. Pero como cláusula constitucional abierta e imprecisa que es, la idea de dignidad humana puede abarcar contenidos diferentes, y hasta contrapuestos. En algunos de los ejemplos dados, puede albergar la autodegradación, o excluirla; aceptar el derecho a no curarse, o imponer la obligación de hacerlo. Por ello corre el riesgo, apuntado por Hoerster, de convertirse en una cláusula vacía.

Las vías de relleno del concepto de dignidad humana transitan primero por el recurso a los métodos de interpretación constitucional, en donde cabe atender —aunque no de modo dogmático y definitivo—, a la voluntad del constituyente —en especial, si es un constituyente próximo, y no un constituyente histórico de antigua data—. Corresponde recurrir, paralelamente, al consenso social que quizá exista sobre los contenidos mínimos de la idea de dignidad personal; y al mismo tiempo, dar una respuesta, según el techo ideológico de la Constitución.

Esta última metodología no es concluyente cuando la Constitución cuenta con un techo ideológico múltiple, en cuyo caso el intérprete tendrá probablemente a su disposición más de una respuesta constitucional, según la vertiente ideológica que prefiera emplear. En tal supuesto, es casi inexorable que el concepto constitucional de dignidad humana será multívoco —con varias acepciones—, y ello alerta, entonces, sobre la necesidad de contar con procedimientos legítimos y adecuados para seleccionar y nominar a los intérpretes máximos de la Constitución, ya que serán ellos quienes tendrán que definir, con autoridad oficial, en los casos sometidos a su decisión, qué quiere decir "dignidad de la persona".

utilizado un "concepto", emplea una idea general que será cubierta después por el operador concreto. Si utiliza una "concepción", ha manejado un sentido preciso y específico atribuible a una locución.

Capítulo XX
El derecho a ser oído ante la jurisdicción supranacional*

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto considerar el derecho a ser oído, uno de los más elementales en materia de defensa penal, en el ámbito de la jurisdicción internacional o supranacional de los derechos humanos, dentro del esquema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica.

En términos amplios, la expresión "derecho de defensa" se usará aquí no solamente en cuanto concierne al inculpado en un proceso penal, sino también, y de modo particularizado, a quienes operen como querellantes, actores civiles o con roles similares, esto es, con referencia a las víctimas. El derecho al debido proceso, y dentro del mismo, a la defensa, cubre tanto al que reclama un pronunciamiento judicial como al que se opone a tal postulación, según conocida tesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina —en adelante, CSJNA—, vale decir, que interesa al que debe soportar la imputación y a quien la formula o coadyuva con ella.[1]

---

* El presente trabajo se inserta en el Programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

1 Por ejemplo, cfr. CSJNA, *Fallos,* 312:998, 324:4135.

En concreto, se intentará sostener que el derecho a ser oído debe satisfacerse también respecto de todos los involucrados en un proceso penal, en la instancia inter o supranacional, y que su omisión —hoy, parcial— constituye uno de los puntos que debe remediarse con prontitud dentro del sistema interamericano de derechos humanos, que solo lo ha atendido parcialmente.

2. Casos seleccionados

Tomaremos, al respecto, dos casos sentenciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde el Tribunal practicó el mismo *modus operandi,* aunque con resultados distintos.

A) caso "Bulacio" (en Argentina, también, "Espósito"). El expediente penal versó sobre la privación de la libertad de un menor, Walter Daniel Bulacio, realizada por la policía en la ciudad de Buenos Aires. Después de su detención fue golpeado y sufrió pésimas condiciones de detención, por las que fue transportado a un hospital donde murió. La justicia argentina sobreseyó, por prescripción, a un acusado —Espósito— en las actuaciones penales del caso.

Agotadas las instancias internas, en el ámbito supranacional hubo acuerdo suscrito entre el Estado argentino, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los familiares de la víctima. Medió, por ende, una "solución amistosa", como la llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El mismo Tribunal, en su sentencia del 18 de septiembre de 2003, constata entonces que el Estado argentino violó el derecho a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida, a la protección judicial y a las garantías judiciales previstas por los artículos 8º y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, y también el derecho a las medidas especiales de protección a los menores, aparte de las obligaciones generales del Estado contempladas en los artículos 1.1. y 2º del aludido Pacto o Convención.

En lo que aquí nos interesa, la Corte Interamericana agregó que aparte de la *protección activa* del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados por el Pacto, el Estado tiene el deber de castigar la violación a los mismos, así como el de prevenir

que se vulnere alguno de ellos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia.

La obligación de investigar debe cumplirse por el Estado, añade la Corte Interamericana, "con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa". Esa investigación tiene que ser asumida "como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad". Por ello, los jueces penales deben conducir el proceso a fin de evitar dilaciones y entorpecimientos que conduzcan a la impunidad, "frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos".

Más precisamente, la Corte Interamericana puntualiza que "En cuanto la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno... este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones a derechos humanos". Ninguna prescripción de derecho interno, especifica, incluida la prescripción, es oponible a las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos, en consonancia con los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda*, del *efecto útil* de los tratados y de lo dispuesto por el artículo 27 de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

En resumen, la Corte Interamericana constata en el expediente "Bulacio" una situación de "grave impunidad", retratada en un proceso en el que, después de doce años, nadie ha sido sancionado como responsable. Por ello, concluye que "es necesario que el Estado prosiga y concluya la investigación del conjunto de los hechos y sancione a los responsables de los mismos. Los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana (de derechos humanos)".[2]

[2] Cfr. García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* México, UNAM, 2006, t. II, pp. 338-341.

B) caso Kimel. Eduardo Gabriel Kimel, periodista, escritor e investigador histórico, publicó en su libro *La masacre de San Patricio* ciertas expresiones que motivaron una querella criminal por parte del juez de la causa que investigó los asesinatos de cinco sacerdotes palotinos, durante la última dictadura militar habida en Argentina. En primera instancia, Kimel fue condenado por injurias. En segunda, absuelto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) revocó ese veredicto, por arbitrariedad, y cumpliendo lo decidido por ella, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional de Buenos Aires lo condenó, pero por calumnia. Apelado este fallo por recurso extraordinario federal, la Corte Suprema convalidó esta sentencia.

Ante la jurisdicción supranacional, el Estado argentino arribó también a una "solución amistosa" con Kimel, y reconoció su responsabilidad internacional, al entender que la sentencia condenatoria infringía el Pacto de San José de Costa Rica. La Corte Interamericana concluyó que la justicia argentina había afectado el derecho a la libertad de expresión consagrado por el artículo 13 del Pacto. Además, indicó que la tipificación penal argentina de los delitos de injurias y calumnias no satisfacía el principio de legalidad, ya que la vaguedad de los términos empleados por el código respectivo no eran taxativos ni precisos al respecto.

Concluyó igualmente el Tribunal Interamericano que la vía penal para castigar la presunta inconducta de Kimel no era necesaria ni tampoco proporcional, para tutelar la honra del querellante, e importaba un abuso excesivo en el ejercicio del poder punitivo del Estado. El castigo penal, advierte la Corte, debe ser el último recurso a emplear, por ser el medio más restrictivo y severo. Por lo demás, en el caso bajo examen, tratándose del afectado de un funcionario público, y versando las frases de Kimel sobre episodios ocurridos durante un descalificado gobierno *de facto,* en cuyo esclarecimiento está interesada toda la sociedad, especialmente en una democracia, Kimel se encontraba especialmente amparado por la libertad de difusión de ideas y críticas. Por último, juzgó que lo dicho eran fundamentalmente opiniones, y por tanto, de libre emisión, no susceptibles de ser vistas como verdaderas o falsas, según el Pacto Internacional de Derechos Políticos. Paralelamente, concluyó que la duración del

proceso penal argentino seguido contra Kimel había traspasado los límites de lo razonable.[3]

Por ello, aceptó el reconocimiento de la responsabilidad internacional efectuado por Argentina por infracción a la libertad de expresión, y concluyó que el Estado violó el principio de legalidad, necesariedad y proporcionalidad penal. Con ello, quedaba desestimada la querella iniciada contra Kimel.

3. Reexamen. Observaciones de la Corte Suprema de Justicia Argentina

Los dos casos bajo examen tienen una diferencia importante: En "Bulacio", la Corte Interamericana de Derechos Humanos invalida una declaración de prescripción a favor de un inculpado, con lo que emite un veredicto en perjuicio de éste, mientras que en "Kimel" descalifica una sentencia condenatoria, esta vez en pro del condenado por ella. En términos muy breves, "Bulacio" fue, en el fondo, un fallo *pro víctima,* mientras que "Kimel", *pro acusado* —aunque también víctima del Estado argentino, por incriminación legal y condena violatoria al Pacto de San José de Costa Rica—.

El elemento en común entre ambos es que, ya sea el fallo de la Corte Interamericana en contra o a favor de alguien, en el procedimiento seguido ante la instancia supranacional no han sido oídas ciertas partes —el otrora sobreseído, en "Bulacio"; el querellante, en "Kimel"—. Para ellas, a todas luces perjudicadas por las sentencias de la Corte Interamericana, éstas fueron pronunciadas *inaudita parte.*

Interesa tener en cuenta lo apuntado por la Corte Suprema argentina, cuando debió resolver el recurso extraordinario federal articulado contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, que había declarado prescrita la acción penal seguida contra Miguel

[3] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Kimel *c.* Argentina", sentencia del 2 de mayo de 2008.

Ángel Espósito, y sobreseído definitivamente al mismo respecto del hecho cometido en perjuicio de Walter Daniel Bulacio.[4]

Para decidir como lo hizo, la Corte argentina tuvo muy en cuenta el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertido en "Bulacio", y que hemos ya reseñado. Desde el punto de vista formal, el voto mayoritario apunta que dicho veredicto se ha pronunciado, en cuanto la prescripción, partiendo de hechos reconocidos por el gobierno argentino, pero "en el marco de un procedimiento de derecho internacional en el que el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos" (considerando 15 del voto mayoritario). Esto es lo que particularmente nos preocupa destacar.

En otro orden de ideas, la Corte Suprema argentina también expuso:

(i) que no compartía el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Quienes tienen la obligación de llevar con diligencia el proceso, explica la Corte Suprema, son los órganos estatales, no el acusado: "Hacer recaer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el artículo 18 de la Constitución nacional" (considerando 12);
(ii) el instituto de la prescripción opera aun cuando el encausado haya sido moroso en comparecer al proceso, dilatándolo, porque obviamente no le corresponde a él instar la prosecución de la causa;
(iii) las dilaciones en el procedimiento podrán generar responsabilidad internacional del Estado, pero ello no perjudica el derecho del imputado a que se declare prescrita la causa, si se ha operado el término del caso, y
(iv) en principio, las reglas de imprescriptibilidad de ciertos delitos, incluidas en la Convención sobre desaparición forzada de personas, y la Convención sobre la imprescrip-

[4] CSJNA, caso "Espósito", *Fallos,* 327:5668.

> tibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, no se aplican al problema debatido en autos (considerando 10).[5]

En conclusión, la Corte Suprema de Justicia argentina detectó en el caso a resolver una paradoja —así la llama explícitamente: considerando 16, siempre del voto mayoritario—: cabe cumplir con la sentencia de la Corte Interamericana, pero ello importa restringir "fuertemente" los derechos de defensa en juicio y de un pronunciamiento en un plazo razonable, también tutelados por el Pacto de San José de Costa Rica. Ahora bien: "dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención (el aludido Pacto), a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional". En su consecuencia, revocó el fallo de Cámara admisorio de la declaración de prescripción.

La otra vía para resolver, desde luego, hubiese sido que la Corte Suprema de Justicia argentina declarase *inejecutoria* la sentencia de la Corte Interamericana, tal como lo han hecho, *v. gr.,* tribunales peruanos durante el gobierno de Alberto Fujimori, o la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, esta última en diciembre de 2008.[6] Esta ruta, que convierte

---

[5] Interesa subrayar que posteriormente, en "Derecho, René Jesús", la CSJNA (*Fallos,* 330:3074), compartiendo el dictamen del procurador general de la Nación, precisó que no toda violación a un derecho humano constituye delito de lesa humanidad. Para ello se requiere, si el agravio proviene de autoridad pública, que se trate de un ataque que a su vez sea generalizado y sistemático, ejecutado de conformidad con la política de un Estado. Por consiguiente, una serie de hechos ilícitos que habrían comprendido una detención ilegal, la aplicación de golpes y la privación de medicamentos, cometidos por un exceso policial, pero sin mediar aquellos otros requisitos ya señalados, no es delito de lesa humanidad, y por tanto, son prescriptibles. La situación de "Derecho René Jesús", guarda una sustancial similitud con lo debatido en "Bulacio-Espósito".

[6] Sobre estos antecedentes, véase Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos, cit.,* pp. 253 y ss.; *El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales,* La Ley, 2009-B-761.

al tribunal nacional en juez de la Corte Interamericana, y por más que, como ocurre en el fallo de la Corte Suprema argentina en "Espósito", medien graves razones para fundar el disenso, no es la más recomendable, por el factor de desorden que acarrea dentro del sistema jurisdiccional interamericano, frente, asimismo, a la clara norma de acatamiento a los fallos de la Corte Interamericana que establece el artículo 68 del Pacto de San José de Costa Rica. En todo caso, lo preferible es retirarse del sistema del Pacto, cumplidas las condiciones de tiempo y forma, pero con efectos recién hacia el futuro.

4. Evaluación

No es la primera vez que la Corte Suprema de Justicia argentina se detiene en el tema del derecho de audiencia ante la jurisdicción internacional interamericana. Lo había hecho antes en "Cantos", un asunto básicamente no penal.[7]

En ese caso, la Procuración del Tesoro requirió a la Corte Suprema el cumplimiento de la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana el 28 de septiembre de 2002,[8] precisamente en "Cantos". La Corte discutió tal postulación, que en un rubro consistía en que se redujesen ciertas regulaciones de honorarios profesionales de abogados. La Corte Suprema entendió que esa reducción afectaría derechos de raigambre constitucional, derivados de una sentencia anterior suya;

> (ii) que la resolución que menguaba los honorarios, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, violaba garantías judiciales y el derecho de propiedad, explícitamente tuteladas por la Constitución argentina (arts. 17 y 18), como por el Pacto de San José de Costa Rica (arts. 8, 21 y 25). "Ello es así, por cuanto los profesionales beneficiarios de esos derechos creditorios no han sido parte en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional". En definitiva, concluyó la Corte argentina, "Bajo el ropaje de

[7] CSJNA, *Fallos,* 326:2968.

[8] García Ramírez, Sergio (coord.), *op. cit.,* t. II, pp. 228 y ss.

> dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (art. 63.1, de la Convención Americana sobre Derechos del Hombre), llevaría a la *inicua —cuanto paradójica—* situación, de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos a los profesionales, precisamente en el instrumento cuyo acatamiento se invoca" (considerando 4º. Las cursivas son nuestras).

Añadió la Corte Suprema que la pretensión de que se reduzca sin más a dichos honorarios, en el ámbito interno, sin darles oportunidad de esgrimir en este nuevo trámite defensas, por parte de los afectados, importaría otro motivo más para rechazarla.

El problema, por cierto, no es nuevo, y la escasa presencia de las partes en el procedimiento seguido ante la Corte Interamericana ha motivado también críticas en la doctrina. Parte del supuesto de que, otrora, el derecho internacional era un derecho entre estados y no entre particulares agraviados y los estados. Una concepción por cierto arcaica, y hoy inaceptable en especial en el derecho internacional de los derechos humanos. Incluso en el propio seno de la Corte Interamericana se ha puntualizado que debe asegurarse el principio del *locus standi in judicio* "de ambas partes", y ello es de obligada conclusión.[9]

En efecto: un fallo de la Corte Interamericana que perjudique a alguien —o que lo beneficie, pero no en la medida en que éste pretende, sino en menos—, no debería ser oponible a tal sujeto si no ha sido debidamente oído en esa instancia inter o supranacional, según como se la quiera calificar. Eso, por mínimas exigencias de justicia y de lógica jurídica, pero también por razones formales: si el propio Pacto de San José de Costa Rica sienta al describir el debido proceso adjetivo en su artículo 8º, numeral 1º, *in limine,* el derecho de toda persona "a ser oída, con

[9] Véase el voto particular del juez Cançado Trindade, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en "Castillo Páez, Excepciones preliminares", y "Loayza Tamayo, Excepciones preliminares", en Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales,* 2ª ed., San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 359.

las debidas garantías y dentro de un plazo razonable",[10] resulta absurdo que no instrumente tal garantía, de modo pleno, y para todos, en su propio recinto. Actualmente, parece incurrir en el defecto del viejo refrán que dice "*Haz lo que yo digo, pero no lo que yo hago*".

El problema, en verdad, ha tenido ahora un significativo remedio para las víctimas violadas en sus derechos humanos por los estados, ya que el actual Reglamento de la Corte Interamericana, con recientes modificaciones, les permite, como a sus representantes, formular solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante el proceso ante la Corte (arts. 24 y 37, *v. gr.*). El mismo Reglamento conceptúa como partes en el proceso a las víctimas, al Estado acusado y procesalmente, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 21).

Sin embargo, no se da la misma intervención a otras personas a las que puede afectar la sentencia de la Corte Interamericana —*v. gr.,* en "Bulacio", un acusado sobreseído en la sede nacional; en "Kimel", un querellante; en "Cantos", abogados actuantes en ciertos procesos—. Se dirá que estos no son, en sentido estricto, "partes" en el proceso seguido ante la Corte Interamericana, ya que en concreto, éste se desarrolla básicamente contra el Estado que ha infringido el Pacto de San José de Costa Rica. Sin embargo, tal conclusión, rigurosamente formalística, evade la realidad y resulta farisaica, ya que no puede ignorar que si ciertos sujetos son concreta y puntualmente afectados y reducidos en sus derechos por el fallo de la Corte Interamericana, éste los perjudica de modo indudable, de tal modo que esa lesión no debería jurídicamente adoptarse sin ser previa y debidamente escuchados.

La incoherencia es más acentuada cuando se advierte que el sistema interamericano autoriza la actuación del *amicus curiae,* también conforme a la nueva reglamentación (art. 41).

[10] Conviene tener presente que las garantías mínimas para el proceso penal que contempla el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 8º, se extienden, en general, al debido proceso en el orden civil, laboral, fiscal o "de cualquier otro carácter", según jurisprudencia de la Corte Interamericana. Cfr. García Ramírez Sergio (coord.), *op. cit.,* t. I, p. 790, caso "La última tentación de Cristo".

En definitiva, la lenta pero inexorable construcción de un sistema regional de derechos humanos, debe compatibilizarse con las garantías procedimentales que también son propias de una tutela de tales derechos. Por ello, el derecho a ser oído tiene que comprender a todos los sujetos eventualmente perjudicados por un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que les sea jurídicamente oponible.

Paralelamente, en virtud del principio de igualdad, si las víctimas en sus derechos humanos, por acciones u omisiones estatales, pueden actualmente presentar escritos ante la Corte Interamericana —posibilidad en la que, desde luego, coincidimos—, los demás individuos potencialmente afectables por la sentencia del mismo Tribunal, también deben encontrarse en condiciones de hacerlo.

Se impone entonces, al respecto, una modificación en el Reglamento de la Corte regional.

Capítulo XXI
El trasplante de los derechos. La Constitución de Querétaro y su influencia, en materia de derechos sociales, en la Constitución nacional argentina

1. Introducción

Es sabido que la Constitución mexicana llamada "de Querétaro", en virtud de la ciudad donde sesionó la Convención Constituyente que la sancionó, se promulgó el 5 de febrero de 1917.

En Argentina regía en tal +momento, en el orden federal, la Constitución sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898. Desde luego, por obvias razones cronológicas, la Constitución de Querétaro (1917), no pudo influir en tal texto, que, en cambio, registraba en algunos segmentos de su articulado vestigios de la Constitución mexicana federal de 1824. Así, por ejemplo, y según Seco Villalba, en el artículo 1º, de la Constitución argentina, relativo a la forma de gobierno; en el artículo 2º, en cuanto el culto católico; en el 7º, sobre el valor de los actos públicos de una provincia, en las restantes; en el artículo 67, inciso 6º, arreglo de la deuda interna y externa; 67, inciso 7º, referido a la aprobación del presupuesto; 67, inciso 14, concerniente a la determinación por el Congreso de los límites interprovinciales; 67, inciso 16, en cuanto la facultad del Congreso para proveer lo conducente para el progreso e ilustración; y el artículo 67, inci-

so 18, respecto de la aprobación por el Congreso de los tratados internacionales.[1]

Después de 1917, esto es, una vez sancionada la Constitución de Querétaro, hubo tres episodios constituyentes, en el ámbito nacional argentino: *a)* la nueva Constitución justicialista de 1949, *b)* el retorno a la Constitución de 1853 con sus modificatorias, y su posterior reforma en 1957, y *c)* la gran reforma de 1994. En estos casos interesa averiguar si hubo, y en qué medida, proyecciones de aquel texto mexicano.

2. La Constitución justicialista de 1949

Este instrumento reemplazó desde el 16 de marzo de ese año a la Constitución de 1853 —con sus reformas de 1860, 1866, 1898—, hasta el 27 de abril de 1956, en que fue abolido por una *Proclama* del gobierno militar, quien invocando poderes revolucionarios reinstaló a la anterior Constitución de 1853.

La Constitución de 1949 se inspiró clara y expresamente en la doctrina nacional justicialista —en su momento, sería declarada por ley del Congreso doctrina oficial de la República—. Afirmó los principios de función social de la propiedad y de la justicia social y reconoció explícita y concretamente derechos especiales al trabajador, a la familia, a la niñez y a la ancianidad. Perteneció así al constitucionalismo de "segunda generación", ocupado de los problemas sociales.

Con ello, podría suponerse que la Constitución de Querétaro, bandera de ese constitucionalismo social, habría inspirado mu-

[1] Seco Villalba, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina,* Buenos Aires, Depalma, 1944, pp. 136 y ss. En términos generales, la Constitución mexicana de 1824 había despertado profundas críticas al principal autor intelectual de la Constitución argentina de 1853, Juan Bautista Alberdi. En especial, objetó su rechazo a la libertad de cultos, una política migratoria restrictiva para los extranjeros y los obstáculos, para éstos, en cuanto adquirir propiedad inmueble. En resumen, dijo que esa Constitución padecía de una serie de vicios que originaban su atraso. Véase Alberdi, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida de la organización política de la República Argentina", en *Organización política y económica de la Confederación Argentina,* nueva edición oficial, Besanzón, 1856, p. 18.

chas de sus normas. No obstante, el justicialismo, autoidentificado como una "tercera posición", distinta tanto del liberalismo capitalista como del marxismo, prefirió manejarse con insumos ideológicos propios, muchos de ellos de inspiración cristiana —en particular, por la doctrina del bien común—, de tal modo que las palabras del miembro informante de la Comisión Revisora del nuevo documento, y su principal autor intelectual, Arturo Enrique Sampay, vertidas en el recinto de la Convención Constituyente el 8 de marzo de 1949 —y en base a las cuales se aprobó la constitución—, no mencionaron a la aludida Constitución mexicana.

Por lo demás, la Constitución justicialista no reconoció el derecho de huelga, porque implicaba, según el mismo expositor, "una zona de guerra extrajurídica" imposible —dijo— de admitir como derecho positivo, y enunció la posibilidad de reelección indefinida del presidente de la República,[2] circunstancias estas que poco empalmaban con el espíritu y la letra del texto de Querétaro.

3. La reforma constitucional de 1957

La Convención Nacional Constituyente argentina de 1957, que sesionó en la ciudad de Santa Fe, fue convocada (infringiendo el art. 30 de la Constitución nacional), por el mismo gobierno militar *de facto* que había removido a la Constitución de 1949, por la ya citada *Proclama* de 1956, y reimplantado la constitución de 1853, con las enmiendas de 1860, 1866 y 1898. Una de las primeras decisiones de tal asamblea, elegida popularmente, pero con proscripciones electorales para el justicialismo, y por ende, con importantes vicios en su gestación, fue convalidar aquella decisión del régimen militar.

La convención constituyente de 1957 tenía un temario bastante amplio para tratar, pero por sucesivas renuncias y retiros

[2] Cfr. Sampay, Arturo Enrique, *La reforma constitucional*. Buenos Aires, Laboremus, 1949, pp. 27 y ss., especialmente 40, 44 y ss., 73. El miembro informante reconoce que el nuevo texto era la "constitución de Perón", presidente al que cita con profundos elogios en reiteradas ocasiones de su informe.

de sus componentes solo aprobó dos artículos de reforma, uno llamado "14 nuevo", relativo a derechos sociales, y el otro, habilitante para que el Congreso dictara un Código del Trabajo y de la Seguridad Social.

El entonces flamante artículo 14 "nuevo" (vulgarmente conocido como "art. 14 bis"), dice lo siguiente:

> El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.
>
> Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.
>
> El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.[3]

Conviene subrayar que este texto se encuentra actualmente vigente, por decisión, incluso, de la Asamblea Constituyente de 1994, disposición transitoria decimoséptima, aprobada por esta Asamblea.

[3] Para un análisis de las cláusulas introducidas por la reforma constitucional de 1957, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, "Constitucionalismo social", en Vázquez Vialard, Antonio, (dir.), *Tratado de derecho del Trabajo,* Buenos Aires, Astrea, 1982, t. 2, pp. 804-848.

4. Querétaro en Santa Fe

Al revés de lo ocurrido en 1949, en la convención de Santa Fe de 1957 se citó reiteradamente a la Constitución de Querétaro. Reseñaremos los puntos más llamativos de tales remisiones.

a) La "primicia social" de la Constitución mexicana de 1917. El reconocimiento de que el texto de Querétaro inauguró el constitucionalismo social fue un dato recurrente en la Asamblea Constituyente de 1957. En palabras del convencional Rouzaut —quien años después sería el primer presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional—, explicando el informe de la Comisión Redactora del nuevo artículo, "las constituciones, a partir de 1917 con la de México, y con las que responden al movimiento constitucional que se realiza en la Europa Oriental en 1918 se refieren al trabajo porque, como dice Guetzevich, cuando se producen sacudimientos generales en los pueblos, estos lanzan su mirada hacia el derecho constitucional buscando la tabla salvadora para su vida pacífica, realizándose así el movimiento constitucional que socializó el derecho".[4]

Ese liderazgo constitucional social fue reiteradamente afirmado por los convencionales Bravo[5] y Schaposnik, quien advirtió que la Constitución mexicana "tiene la virtud de ser la primer que incorpora a su texto los derechos sociales".[6] El convencional Pozzio, a su turno, destacó que la Constitución de Querétaro encabezó la constitucionalización de temas referidos al sindicalismo, la propiedad y los medios de producción.[7] El convencional Corona Martínez, por su parte, enfatizó que "América dio al mundo primero la Constitución liberal y burguesa norteamericana, y en segundo lugar la primera Constitución social del mundo, con los mexicanos, en 1917".[8] El convencional Riva, en el mismo

4 Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957,* Buenos Aires, Congreso de la Nación, 1958, t. II, p. 1070. El autor citado por Rouzaut es Boris Mirkine-Guetzévitch.

5 *Ibidem,* p. 1253.

6 *Ibidem,* p. 1292.

7 *Ibidem*, p. 1307.

8 *Ibidem,* p. 1351.

sentido, expuso que la Constitución mexicana de 1917 marcó rumbos, y que a su influjo se sancionaron, en materia de derechos sociales, las de Bolivia, Cuba, Guatemala, Ecuador, Nicaragua, Perú, y en el viejo mundo, Francia en 1946, Italia en 1948 y hasta la República Federal Alemana, en 1949.[9]

El convencional León destacó que el constitucionalismo liberal del *laissez faire, laissez passer,* fue sustituido por un constitucionalismo realista que toma al hombre en su angustia económica, en su sensibilidad política y en su quehacer histórico y cultural. Tal constitucionalismo es social, y emerge, en este orden, de las constituciones de México de 1917, Rusia de 1918, Weimar de 1919. Mocionó para que la Constitución argentina de 1853 se sumara a esa empresa jurídico política.[10]

El convencional Sgrosso planteó un debate sobre lo que llamamos "primicia social" de la Carta fundamental mexicana de 1917. Al respecto, citó una publicación del Instituto de Derecho del Trabajo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral —Argentina—, que alertaba que la Constitución suiza de 1874 ya había incluido normas protectoras del trabajador, y en particular, de las mujeres y niños que hicieren tareas laborales. Sin embargo, concluyó Sgrosso, "...no se puede ignorar que la Constitución que pone en movimiento la reglamentación en los condiciones de trabajo es la Constitución de México de 1917, con su célebre artículo 123".[11]

No obstante, poco después, el convencional Miró vendría a sostener la tesis opuesta, en el sentido que la Constitución suiza de referencia enunciaba, con ciertos detalles, a derechos sociales, precediendo así a la de Querétaro.[12] La discusión sobre el tema de la "primicia social" no tuvo después mayor debate en la Convención argentina. En definitiva, la mayoría de los convencionales entendió que el texto mexicano tenía la prioridad cronológica sobre el tema.

---

9 *Ibidem,* p. 1372.

10 *Ibidem,* p. 1395.

11 *Ibidem,* p. 1313.

12 *Ibidem,* p. 1344.

b) Libertad del empleado para concluir la relación laboral. En el recito de la convención, el diputado Bravo alertó que la conservación del empleo y la estabilidad laboral eran un beneficio para el dependiente, el cual, sin embargo, no está obligado a continuar con el mismo "patrón", circunstancia reconocida por algunas legislaciones, "entre las que puedo mencionar las de México y Brasil".[13]

c) Derecho de huelga. El convencional Bravo destacó, por su parte, que "la primera nación que en el texto de su Carta fundamental reconoce el derecho de huelga, es México, en 1917".[14] También el convencional Ghioldi (José A.) sostuvo que "la mayor fuente de inspiración" del derecho de huelga, se encuentra en la Constitución y la Ley fundamental de México, en su artículo 123. También se remitió a ese texto y a la legislación de tal país para la definición de la coalición, huelga y paro.[15]

d) Seguro social. El convencional Giordano Echegoyen sostuvo, al aludir a este instituto, incorporado por la Convención en el referido artículo 14 "nuevo", que la de México lo hizo por su texto constitucional, en 1917, en su artículo 123.[16]

e) Participación de los trabajadores en las ganancias y dirección de las empresas. Al tratarse este punto, el convencional comunista Schaposnik mencionó que estaba reconocido por la Constitución mexicana de 1917, pero que permanecía sin reglamentar por falta de interés de los obreros en su aplicación.[17] Al debatirse el tema de la participación obligatoria o facultativa de los empleados en los réditos de las empresas, el convencional Pozzio se inclinó por la primera alternativa, mencionando el caso de la Constitución mexicana.[18]

f) Derecho a sindicalizarse. En este punto, el convencional Prat destacó que las constituciones de México de 1917, la de Wei-

13 *Ibidem,* p. 1225.

14 *Ibidem,* p. 1227. El convencional Schaposnik aclaró que en México el derecho de huelga lo tienen los trabajadores, pero no los empleadores, que carecen, dijo, del *lock out* patronal: *Ibidem,* p. 1293.

15 *Ibidem,* pp. 1339 y 1340.

16 *Ibidem,* p. 1237.

17 *Ibidem,* pp. 1297 y 1298.

18 *Ibidem,* p. 1449.

mar de 1919 y la de la República española habían reconocido esa facultad de los trabajadores, negada en cambio por el fuero del trabajo español de 1938. Propuso que la reforma de 1957 lo asimilara en su texto constitucional.[19]

g) Principio de igual remuneración por igual tarea. Introducido también por la Convención Constituyente en el artículo 14 "nuevo", el convencional Jaureguiberry advirtió que ya figuraba en la Constitución de México de 1917, con una redacción similar a la aprobada en Argentina en 1957. Aclaró, no obstante, que prefería la redacción empleada por la Declaración de Naciones Unidas.[20]

h) Determinación del horario de trabajo. Al discutirse en el recinto de la Convención este tema, afloraron dos tendencias. Una era partidaria de señalar en abstracto la tesis de la jornada limitada de trabajo, pero sin precisar el número concreto de horas del caso, asunto que se relegaría a la legislación reglamentaria —esta postura fue la que en definitiva prosperó en la Convención de 1957—. La otra, en cambio, para evitar omisiones o desfiguraciones legislativas o administrativas, pretendía incluir en la misma Constitución el lapso concreto de horas permitido. Así se expidió el convencional Becerra, quien se detuvo expresamente en el debate habido respecto del artículo 123 de la Constitución de México. Citó, en esa materia, las opiniones de los diputados Lizardi, Jara, Vitoria y Manjarraz, de tal país, en pro de una determinación, por el constituyente, de un tema de tanta importancia práctica. Y exigió —sin éxito— que el constituyente se ocupara de ciertos "detalles de los derechos obreros en la Constitución", a fin de dotarles de operatividad y eficacia concretas.[21]

La opción entre una "constitución hipersintética" y una "detallista" ya había preocupado a los constituyentes argentinos. El convencional Ghioldi (R.), por el partido comunista, preguntó a la Asamblea por qué una Ley fundamental breve era presuntamente superior a una extensa. Y citó, sobre el punto, las palabras de Jara en Querétaro, cuando interrogó a esa Asamblea preguntando "Quién ha señalado los centímetros que debe tener

19 *Ibidem,* p. 1400.

20 *Ibidem,* p. 1436.

21 *Ibidem,* p. 1354.

una Constitución? ¿Quién ha dicho cuántos renglones, cuántos capítulos y cuántas letras son las que deben formar una Constitución?". Ghioldi observó que los textos constitucionales raquíticos pueden conspirar contra su propio vigor normativo.[22]

5. Evaluación

Quien compare el artículo 14 "nuevo" o "bis", sancionado por la Convención Constituyente argentina de 1957, y el artículo 123 de la Constitución de Querétaro, advertirá, desde el punto de la arquitectura constitucional —esto es, desde su fachada— hondas diferencias. El texto argentino es breve, no detallista, plagado de lo que hoy se denominan "normas-principio", en la terminología neoconstitucionalista, y antes, cláusulas "programáticas", tributarias en aquel momento del principio de *mediación de la ley,* esto es, del dictado de preceptos legislativos reglamentarios. El artículo 123 del texto mexicano, en cambio, es mucho más extenso y detallista, más operativo y reglamentario, y eso respondía al mensaje de la mayoría de la Convención Constituyente, que desconfiaba de las dilaciones o de las tergiversaciones legislativas, conforme hemos indicado más arriba.

En una mirada más profunda, pueden constatarse paralelismos ideológicos entre las dos convenciones —la de Querétaro y la de Santa Fe—, de evidente interés. Mientras que la Constitución argentina de 1949 era monotemática —inspirada en la doctrina justicialista—, la Convención Constituyente de 1957, si bien contaba con asambleístas de partidos conservadores, el grueso —convencionales radicales, demoprogresistas, democristianos, socialistas—, podrían identificarse con el centro-izquierda, sin olvidar a aquellos que, en una posición más pertrechada en la izquierda, pertenecían al Partido Comunista. Tal situación explica que el "espíritu de Querétaro" tuvo una mayor y muy fuerte presencia en la Convención santafesina.

Esa suerte de *affectio societatis* se refleja en las reiteradas ocasiones en que la Constitución de Querétaro fue mencionada en el

[22] *Ibidem,* p. 1170.

recinto de la convención de 1957, casi siempre con mucho respeto, voluntad de seguimiento y reconocimiento a su liderazgo en el constitucionalismo social. La disputa en torno a si este último se había iniciado con la Constitución suiza de 1874 o con la mexicana de 1917, fue algo ocasional, más bien histórico-académico y sin demasiada importancia práctica. La mayoría de los constituyentes se inclinó por la tesis mexicanista.

Es cierto que no todos los constituyentes de Santa Fe parecieron conocer al detalle el texto constitucional de Querétaro, aunque algunos —muy pocos—, aludieron a ciertos debates habidos en la Convención de 1917. Pero fueron varios los que procuraron fundamentar sus tesis o las propuestas de la reforma, en cláusulas —no siempre precisadas—, de la Carta magna mexicana.

En definitiva, el artículo constitucional aprobado por la convención constituyente de Santa Fe, aunque no del mismo modo o estilo, retrata esquemáticamente varias de las pautas anunciadas en el artículo 123 del texto de Querétaro: en particular, jornada limitada de trabajo, salario mínimo, igual remuneración por igual trabajo, participación en las utilidades, derecho a agremiarse, derecho de huelga, conciliación y arbitraje, protección del bien de familia, ciertos seguros sociales. Esa incorporación, que no es literal, la hace cuarenta años después de la Constitución mexicana de 1917: es perfectamente comprensible, por tanto, que la asimilación que comentamos haya sido refrescada por todo el constitucionalismo posterior, y adaptada a las particularidades y posibilidades del entonces momento argentino.

6. Reforma constitucional de 1994

Ese año fue aprobada, por una Convención Constituyente que sesionó en las ciudades de Santa Fe y Paraná, una profunda reforma constitucional nacional, que quintuplicó el espacio normativo de la Constitución.[23]

[23] Sobre esta convención, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, "Introducción", en *Constitución de la Nación argentina,* 10ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 17 y ss.

Cabe reconocer que el reflejo de la Constitución de Querétaro en esta enmienda fue, en comparación a la de 1957, reducido, conclusión que se explica por varias razones:

a) Por un lado, mediaba un significativo impacto cronológico: habían pasado cerca de setenta años de la Constitución mexicana de 1917. Tan decisiva brecha producía, por ejemplo, que los derechos llamados de tercera o cuarta generación —relativos, *v. gr.,* al ambiente, los usuarios y consumidores, los nuevos sujetos especialmente protegidos como los ancianos, menores o mujeres, pueblos indígenas—, apenas anticipados a comienzos del siglo xx, tuvieran nuevos matices y perspectivas constitucionales. La venerable Constitución original de 1917 había adelantado en su momento algunos aportes, pero naturalmente no podía realizar milagros de profetismo constitucional, y frente a estos horizontes novedosos, resultaba en buena medida desactualizada. El asunto fue aludido alguna vez, por ejemplo por el convencional Aráoz, quien apuntó que la protección puntual del ambiente no figuraba en constituciones sociales como las de Weimar y la mexicana de 1917.[24]

Al mismo tiempo, relucientes constituciones de más reciente data, europeas y americanas, atraían como materiales de última generación, al par que convenciones y tratados provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. Es llamativo, aquí, que el convencional Zaffaroni manifestara que no tenía sentido copiar la Constitución de Querétaro de 1917, porque los derechos allí contemplados se habían ya internacionalizado.[25]

b) Por otro, la reforma argentina de 1994 produjo algunas modificaciones explicables solamente desde un contexto local, como la reelección presidencial inmediata, la reducción del periodo presidencial, la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, el intento de moderar los hiperpoderes presidenciales; *v. gr.,* en materia de decretos de necesidad y urgencia, delegación legislativa y erección de una figura que a la postre resultó frustrada, como el

[24] *Obra de la Convención Nacional Constituyente,* Buenos Aires, Ministerio de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, 1997, t. V, p. 4584.

[25] *Ibidem,* t. V, p. 5286.

"jefe de gabinete de ministros", la planificación constitucional del Consejo de la Magistratura, poco frecuente en los albores del siglo xx, etc. Algo parecido podría pensarse con ciertas iniciativas de democracia semidirecta, como la propuesta o la aprobación popular de leyes. En estos tramos, el texto de Querétaro, además de antiguo, podría parecer poco útil, no porque fuera erróneo, sino por atender a otras realidades y en otras etapas pretéritas.

Mucho de lo debatido en la Convención argentina de 1994, en resumen, respondió a acuerdos domésticos plasmados en el "Pacto de Olivos", celebrado el 14 de noviembre de 1993 entre el justicialismo y el radicalismo, cuyas bases, concretadas en el llamado "núcleo de coincidencias básicas", en la ley de convocatoria a la reforma constitucional 24.309, ocuparon buena parte del trabajo de la Asamblea Constituyente.

c) Otro punto a tenerse en cuenta fue que, desde 1917, ciertas cuestiones habían sido ya abordadas por la doctrina y la jurisprudencia locales, y que la Convención Constituyente, por ello, antes de remitirse a antecedentes extranjeros, utilizara insumos de tipo doméstico, muchas veces elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, o la legislación subconstitucional, y en otras ocasiones, valiosos precedentes emanados del derecho público provincial del país, muy rico y variado en respuestas constituyentes.

d) A lo expuesto cabe agregar que la frondosidad del texto de Querétaro, podría atentar contra su lectura fácil y útil. Artículos constitucionales muy extensos, formados con incisos catalogados con números romanos, no invitaban necesariamente a su contemplación jurídica.

Todo lo dicho explica, por ejemplo, que al tratarse el proceso constitucional del amparo, el miembro informante del despacho mayoritario, en plena Convención de 1994, no mencionara la raíz mexicana del instituto,[26] y que tampoco se hablara de México en el tema de la elección directa por el pueblo, y no por colegios electorales, del presidente de la República.[27]

[26] *Ibidem,* t. VI, pp. 5855 y ss.

[27] *Ibidem,* t. V, p. 4885.

Esta puntualización es sin perjuicio de la mención de la Constitución de Querétaro en alguno de los proyectos que se presentaron a la asamblea constituyente, o en las "inserciones" al *Diario los Debates,* donde varios convencionales mencionaron a la Constitución de México, en los trabajos que acompañaron, para fundamentar sus propuestas. Por ejemplo:

a) *acción de amparo*. Para fundar la necesidad de constitucionalizar expresamente a la acción de amparo, los convencionales Romero Feris y Cornet: citaron en sus documentos aportados a la Asamblea, a la Constitución mexicana.[28] También, ocasionalmente; *v. gr.,* sobre el mismo asunto del tratamiento explícito del amparo en la Constitución, la convencional Oliveira elogió al amparo mexicano y a la Constitución de Querétaro, en el curso del debate;[29]

b) *salvaguardia de la Constitución*. Otro momento donde se invocó la Constitución mexicana de 1917, fue en ocasión de discutirse la Norma constitucional argentina del hoy artículo 36, en el sentido de mantener el imperio de la Constitución, aunque se interrumpiere su observancia por actos de fuerza. La convencional Dressino recordó, en tal sentido, al artículo 136 del texto mexicano, fuente —entre otros— del precepto que se proponía y que resultó aprobado.[30] Remitiéndose al mismo artículo de la Constitución de Querétaro, el convencional Torres Molina entendió que los autores y cómplices de los delitos contra el orden constitucional, debía ser juzgados;[31]

c) *reelección presidencial*. Digamos también que en alguna oportunidad la Constitución de Querétaro fue esgrimida para impedir una iniciativa de reforma. Así ocurrió respecto del discutido tema de la reelección presidencial —que la convención aceptó, por un periodo inmediato posterior, y con otra posibilidad más tarde, pero dejando como intervalo o hueco, otro periodo—. Se recordó, al respecto, que por el contrario, el texto mexicano prohibía

[28] *Ibidem,* t. VII, pp. 7238 y 7242.

[29] *Ibidem,* t. VI, p. 5879.

[30] *Ibidem,* t. V, p. 4460.

[31] *Ibidem,* t. V, p. 4484.

toda posibilidad de repetir un turno en el ejercicio del poder ejecutivo,[32] y

d) *jerarquía jurídica de los tratados internacionales.* En este punto, el convencional Berhongaray apuntó que la Constitución mexicana equiparaba esos tratados con las leyes; y en cambio, fundamentó su tesis del otorgamiento de rango constitucional a algunos de ellos, en particular referidos al derecho internacional de los derechos humanos, moción que prosperó y que hoy figura en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución argentina.[33]

7. Colofón

La Constitución de Querétaro es para Argentina un ícono ideológico y un producto jurídico-político venerado y de prestigio, de continua cita obligada. Su penetración en la Constitución nacional fue acentuada en la reforma de 1957, donde iluminó muchas de las directrices contenidas en el importante artículo 14 "nuevo" o "bis", que suma a Argentina al constitucionalismo social, y resultó invocada en múltiples ocasiones por los convencionales actuantes, para justificar puntos muy relevantes de la enmienda. Es obligado reconocer, desde luego, que esas remisiones no fueron siempre precisas ni absolutamente exactas, pero sí evidenciaron una voluntad de seguimiento al modelo de 1917.

La reforma constitucional de 1994, no tuvo presente a Querétaro con tanta asiduidad. El tiempo no había pasado en vano, y nuevas realidades exigían nuevas recetas constitucionales. Además de ello, las circunstancias internas provocaron enmiendas de mucho sabor local, algunas exitosas y otras no felices, para las que no podía ser tan provechoso el, sin embargo, respetado texto mexicano. Aun así, este último instrumento impregnó algunas significativas cláusulas aprobadas por esa convención constituyente argentina.

---

32 *Ibidem,* t. IV, p. 3914, informe de la convencional Avelín de Ginestar ante la Comisión de coincidencias básicas, de la Asamblea Constituyente.

33 *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente 1994,* Buenos Aires, Imprenta del Congreso, 1994, p. 704, sesión del 6 de junio de 1994.

Cuarta Parte

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Capítulo XXII
El control de convencionalidad

1. Sinopsis

Reseñaremos los ingredientes principales de este dispositivo, cuya meta principal es asegurar la operatividad de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Nos detendremos, a ese fin, de modo particular en los estados adherentes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

2. Control "externo" e "interno" de convencionalidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos practicó reiteradamente, por sí misma, "control de convencionalidad", invalidando reglas nacionales, incluso de nivel constitucional, opuestas al Pacto de San José de Costa Rica (casos "La última tentación de Cristo", y "Boyce *vs.* Barbados", por ejemplo). A eso se lo puede denominar el control "externo", o internacional, o "desde arriba", de convencionalidad.

A partir de 2006, la Corte Interamericana dispuso que los jueces nacionales también tenían que realizar tal cometido, inaplicando las reglas domésticas opuestas, en especial, al Pacto de San José de Costa Rica y a su propia jurisprudencia. Conforme a ello, los jueces locales son también jueces del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y realizan un control "interno" o "nacio-

nal", de convencionalidad. La Corte Interamericana invocó como fundamentos de esta ampliación varios argumentos: los principios de buena fe y de *pacta sunt servanda* en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, y el principio de *effet utile* —"efecto útil"— de los tratados, conforme al cual, los estados se comprometen a realizar todos los actos y medidas normativas necesarios para cumplir con un tratado internacional. Esta argumentación es atractiva, pero insuficiente. Los estados, según la Convención o Pacto que comentamos, solamente se obligan a ejecutar las sentencias dictadas en su contra (art. 68), no a seguir la doctrina fijada por la Corte Interamericana en fallos donde ese Estado no ha sido parte. En realidad, aquí la Corte realizó una *interpretación mutativa por adición* al Pacto: le sumó algo que éste no decía, con la intención —en principio, correcta— de afianzar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y la autoridad de la Corte Interamericana.

Como toda interpretación mutativa, tendrá éxito, y se transformará en regla consuetudinaria, si en el futuro resulta acatada por la propia Corte Interamericana y por los operadores nacionales. Actualmente ha logrado bastante aceptación, no siempre incondicional, por parte de estos últimos.

3. Principales casos que diseñan el control

Pedagógicamente pueden establecerse los siguientes hitos jurisdiccionales:

a) casos "Almonacid Arellano"(párrs. 124 y 125) y "Trabajadores cesados del Congreso", párrafo 128 (del 26 de septiembre y 24 de noviembre de 2006, respectivamente). Instalan el control *represivo* de convencionalidad, de oficio, practicado por los jueces nacionales;

b) caso "Radilla Pacheco *vs.* México", (2009) donde la Corte afirma el control *positivo* o constructivo *de convencionalidad*, en materia de "interpretaciones" legales y constitucionales (párrs. 338 a 340);

c) caso "Gelman 1" (24 de febrero de 2011), que exige el control incluso sobre normas aprobadas o convalidadas

por el pueblo de un Estado; y consolida la ampliación de quienes deben operar el control de convencionalidad, a cargo de todos los órganos del Estado, dentro de sus competencias (párrs. 193, 196, 236. 238), y

d) caso "Gelman 2" (20 de marzo de 2013), que ratifica a "Gelman 1", rediseña las "manifestaciones" o niveles de dicho control y lo hace confluir con el control de constitucionalidad.

4. Las "manifestaciones" del control de convencionalidad

En efecto, en el llamado caso "Gelman 2", la Corte Interamericana remodeló su doctrina del control de convencionalidad (párrs. 65 y ss.), y determinó que tiene dos *manifestaciones,* como así las llama.

a) la primera se presenta cuando existe *cosa juzgada internacional,* es decir, una sentencia pronunciada por la Corte Interamericana contra un Estado *(res judicata)*. En tal supuesto, el control de convencionalidad exige el cumplimiento íntegro y de buena fe del fallo, y que las decisiones de este último no se vean mermadas por la aplicación de normas nacionales contrarias a su objeto y fin, o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio su cumplimiento, y

b) la segunda manifestación acaece respecto de los demás estados que no han sido parte en un proceso internacional seguido contra uno de ellos, perfilándose así lo que Eduardo Ferrer Mac Gregor llama "*res interpretata*" —cosa interpretada—. Aquellos estados están obligados a seguir los precedentes y lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana, "todas sus autoridades y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas", en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, y tanto respecto de emisión como de aplicación de sus normas, y en la determinación, juzgamiento y resolución de los casos concretos.

Ese control, en los supuestos de "cosa interpretada", admite a su turno, y según anticipamos dos modalidades: (i) *represivo,* si el juez se abstiene de aplicar una norma local opuesta al Pacto de San José de Costa Rica —u otro tratado internacional sobre derechos humanos—, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En "Almonacid Arellano", la Corte señalo, con singular dureza, que en ese supuesto la norma doméstica debe entenderse carente, desde su inicio, de efectos jurídicos; y (ii), *constructivo,* cuando el juez reinterpreta y adapta la norma local de manera "conforme" a tales parámetros internacionalistas (tratados y doctrina de la Corte).

5. Material controlante y material controlado

El elemento "controlante" en el control de convencionalidad está compuesto, según vimos, por los instrumentos internacionales que en materia de derechos humanos han sido ratificados por un Estado. No solamente, pues, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ese manojo normativo puede variar, y de hecho varía mucho, de Estado a Estado. También se integra con la doctrina judicial sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso la vertida en opiniones consultivas (así lo indica la Opinión Consultiva 21/2014, de la misma Corte). Todo ello conforma el llamado, acertadamente, *bloque de convencionalidad,* que posee, por ello, *supremacía convencional,* según las lúcidas calificaciones de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

El material *controlado* está integrado por todas las normas y prácticas locales, incluso las constitucionales. Ello puede plantear problemas de empalme y armonización respecto de estados que siguen una idea rígida y anticuada del principio de supremacía constitucional. Nos remitimos sobre el tema al capítulo XXV. Por lo demás, que la norma local haya sido sancionada con mayor o menor consenso —también por unanimidad—, y que haya sido o no ratificada popularmente, no viene al caso: si infringe los derechos humanos e fuente internacional, tiene forzosamente que ser descalificada. El número de aprobantes de esa norma no convalida las lesiones que pueda provocar a los derechos humanos. La volun-

tad del pueblo, en resumen, no puede transformar a lo inconvencional, en convencional. La democracia, concluyendo, debe someterse a los derechos humanos, y no a la inversa. Lo que explica el desarrollo de la doctrina de esos derechos, en particular después de la segunda guerra mundial, es precisamente su categorización internacional por encima de las mayorías populares locales.

En el control de convencionalidad el operador del caso compara el material controlado con el controlante. Si no hay conflicto, lo aplica. Si lo hubiera, deberá primero realizar control *constructivo*, y solamente si el mismo fracasa, control *represivo,* inaplicando a la regla local.

6. Sujetos que deben realizar control de convencionalidad

En principio, después de "Gelman 2", son todos los órganos del Estado, en particular los más próximos a la administración de justicia. Existen debates acerca de si todos los jueces —aun quienes no están constitucionalmente habilitados para realizar control de constitucionalidad—, pueden o no concretar control de convencionalidad (véase *infra,* cap. XXV). Sobre el control de convencionalidad por parte de órganos ejecutivos y administrativos, y legisferantes (nos remitimos a *infra,* cap. XXIV).

7. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad

En el mismo caso "Gelman 2", párrafo 88, la Corte Interamericana indica que los jueces locales deben realizar conjuntamente el control de constitucionalidad con el de convencionalidad, en cuya confluencia —opina la Corte— no hay obstáculo jurídico alguno, atento haber aprobado el país del caso y conforme sus procedimientos constitucionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La conclusión es acertada. Cuando el juez nacional practica control de constitucionalidad, no debe dar prioridad jurídica a

cualquier Constitución, sino a la Constitución nacional "convencionalizada" —adaptada e interpretada conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana—. A su vez, cuando ejecuta control de convencionalidad, no puede ignorar a la Constitución local, incluso haciéndola prevalecer, si sus cláusulas son más favorables a la persona que las reglas procedentes del derecho internacional de los derechos humanos (véase *infra,* cap. XXIII).

8. Sobre los topes o límites del control de convencionalidad

Cabe preguntarse si este mecanismo debe tener una aplicación automática o robótica, o en cambio, si contiene bordes, fuera de los cuales no debería ser instrumentado. Atendemos el problema *infra,* capítulo XXVI, *in fine.*

Capítulo XXIII
Derechos nacionales y derechos internacionales de la Constitución nacional a la Constitución "convencionalizada"*

1. Introducción

La protección de los derechos fundamentales de acuerdo con la Constitución nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, plantea importantes y a la vez interesantes puntos de conexión entre ambos órdenes jurídicos.

Un punto de partida es advertir que actualmente la mayor parte de los derechos fundamentales de una Constitución contemporánea, están también tratados por el derecho internacional de los derechos humanos. Ello implica a menudo similitud de contenidos y de respuestas jurídicas; pero pueden darse situaciones de confrontación.

En tal hipótesis deben arbitrarse recetas que resuelvan el problema. La vieja tesis de la supremacía constitucional tendía, a rajatabla, a priorizar la Constitución sobre los tratados internacionales de derechos humanos. Se trata, sin embargo, de una regla hoy día erosionada o diluida, naturalmente no aceptada por el derecho internacional.

* El presente trabajo se inserta en el Programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

Desde el ángulo de observación de este último, otra vieja tesis postulaba la solución absolutamente adversa, esto es, priorizar los tratados internacionales sobre derechos humanos sobre el derecho local, a cualquier costo, incluso visualizando al derecho doméstico como mero "hecho", que además, como regla, no podía invocarse para desconocer al derecho emergente de los tratados.[1]

Un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado, y prácticamente aceptado en día, propone la primacía del "mejor derecho", en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo —principio *pro persona*—, sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado es una directriz tanto de *preferencia de normas* como de *preferencia de interpretaciones*.[2] Es una solución transaccional sumamente razonable y equitativa, aunque las posturas nacionalistas extremas no la aceptan.

El debate persiste todavía. Sin embargo, es evidente que las presiones de un derecho internacional de los derechos humanos cada vez más fuerte y apremiante, han impactado en un derecho constitucional algunas veces en repliegue. Por ejemplo, a través de la jerarquización constitucional de tratados internacionales de derechos humanos (al estilo del art. 75, inc. 22 de la Constitución argentina, *v. gr.*), o simplemente, mediante el reconocimiento constitucional de esos tratados con superioridad sobre el derecho interno, aun el constitucional, sin perjuicio de hacer operar siempre el principio *pro persona*.[3]

---

1 Esta última solución es la dispuesta por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, arts. 22 y 46.

2 Véase sobre el tema Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 211-212.

3 Una fórmula excelente, en esta tesitura, es la empleada por el art. 23 de la Constitución de Venezuela de 1999: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la república, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

La polémica se incrementa cuando la primacía del derecho internacional no solamente es una cuestión de tensión entre las reglas de un tratado y la Constitución, sino entre la interpretación dada a aquellas reglas convencionales por los órganos jurisdiccionales gestados por un tratado, y la Constitución. Tal ha sido el caso del "control de convencionalidad" reclamado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que postula la superioridad del Pacto de San José de Costa Rica, y de la doctrina sentada por la Corte Interamericana, por sobre las normas locales. En particular, estimamos que tal supremacía de la doctrina judicial expuesta por la Corte Interamericana, no emerge clara y directamente del Pacto de San José, sino más bien, de una jurisprudencia mutativa por adición expuesta por la Corte, en aras, eso sí, de afirmar el vigor del Pacto y de su propia jurisprudencia como tribunal supranacional.[4] El éxito definitivo de tal operativo dependerá de varios factores, entre ellos, el acierto de los fallos de la Corte, y el seguimiento de su doctrina por los tribunales nacionales.

[4] La Corte Interamericana de Derechos Humanos, para fundar su doctrina del control de convencionalidad, se ha basado en los principios internacionalistas de la *bona fide,* del *pacta sunt servanda* y el efecto útil de los tratados, contenidos en los arts. 1º y 2º del Pacto de San José de Costa Rica. No obstante, advertimos que el art. 68 de éste determina que los estados deben cumplir con las sentencias en los procesos en que han sido parte, pero nada dice que deban seguir la doctrina sentada por la CIDH en casos donde no lo fueron. Por ello, en nuestra opinión, la doctrina del control de convencionalidad no es en sentido estricto una tesis realmente inferida o deducida de cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica, sino que nace de una interpretación mutativa por adición al Pacto, consumada por la Corte, que ha generado aquí una norma muy relevante. No cabe desconocer, desde luego, la jurisprudencia creativa que han desarrollado cortes constitucionales, en temas importantes como éste. El mismo control judicial de constitucionalidad, en Estados Unidos, y especialmente la fuerza expansiva de la doctrina judicial de su Corte Suprema, sentada en "Cooper *vs.* Aaron", son dos muestras emblemáticas de un activismo judicial convertido ya en derecho consuetudinario. Véase sobre esta última cuestión Sagüés, María Sofía, "Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, núm. 2, 2004, pp. 223-225.

2. Los derechos de la Constitución y los derechos de las convenciones. Diversos modos de articulación. Rol "represivo" y "constructivo" del control de convencionalidad. Selección de interpretaciones y construcción de interpretaciones

En concreto, de darse una colisión entre derechos, bienes y valores sostenidos por una convención sobre derechos humanos —en nuestro caso, el Pacto de San José de Costa Rica— o la doctrina del órgano jurisdiccional internacional respectivo, y la Constitución nacional, pueden darse estas hipótesis de solución, a la luz de la doctrina del control de convencionalidad.

a) *aplicación del mejor derecho y de la mejor interpretación.* Aquí se efectiviza la receta del principio *pro homine,* o *pro persona,* sin perjuicio de recurrir, llegado el caso, al principio del *margen de apreciación nacional,* como elemento de modulación de derechos, en función de realidades, creencias, posibilidades y experiencias locales;[5]

b) *inaplicación de la regla constitucional.* Si la confrontación es total y la norma doméstica es radicalmente incompatible con la convencional, tutelando en menor medida al derecho en juego, la primera no deberá efectivizarse. Tal fue el caso paradigmático, *v. gr.,* de "La última tentación de Cristo", resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con referencia a una cláusula constitucional de Chile entonces vigente, y luego modificada, admisoria de la censura televisiva. Responde a lo que podríamos llamar el rol "represivo" o negativo del control de convencionalidad, y

c) *reciclaje de la norma constitucional.* Esta posibilidad es muy clara a partir del caso "Radilla Pacheco *vs.* México",

[5] Naturalmente, el margen de apreciación nacional (admitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 4/84 y en "*Barreto Leiva",* párr. 90, o "*Herrera Ulloa",* párr. 161), no puede alterar el contenido esencial de los derechos enunciados en el Pacto de San José de Costa Rica, ni sostener excepciones solitarias en los casos en que hubiere consenso mayoritario en los estados del sistema, sobre el contenido de un derecho. Sobre el mismo, cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución, cit.,* pp. 222 y ss.

> párrafo 340, donde la Corte Interamericana subraya —si bien escuetamente— la necesidad de que las *interpretaciones constitucionales y legislativas* locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel Tribunal (la tesis se repite, por ejemplo, en "Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México", párr. 233, y sus citas de "Fernández Ortega *vs.* México" y "Rosendo Cantú"), lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Más tarde, en "Gelman *vs.* Uruguay", Supervisión de cumplimiento de sentencia (del 20 de marzo de 2013), la Corte Interamericana destaca que el control de convencionalidad, en la etapa que comentamos, opera igualmente en la *emisión* como en la *aplicación* de las normas nacionales (párr. 69). Aquí estamos en lo que cabría denominar control "constructivo" o positivo de convencionalidad.

Todo ello conduce a practicar, sostenemos, y de ser necesario, las siguientes operaciones: (i) de *selección de interpretaciones,* prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico, especialmente del constitucional, compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) *de construcción de interpretaciones,* mediante interpretaciones del derecho nacional *mutativas por adición* —cuando se agrega algo al documento constitucional, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados—, *mutativas por sustracción* —al revés, si se quita algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia—, o *mutativas mixtas, por sustracción-adición* —también son llamadas "sustitutivas"—, donde el operador extrae algo y añade algo al contenido de una norma constitucional, siempre para tornarla compatibilizada con el Pacto y la jurisprudencia mencionados.[6] El tema se

[6] Sobre las interpretaciones mutativas de la Constitución, nos remitimos igualmente a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución, op. cit.,* pp. 42 y ss. La mutación deja incólume el texto, pero altera el contenido del mensaje normativo.

vincula así con la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas, también llamadas —no en sentido peyorativo—, manipulativas o modulativas.

Mediante, en particular, los mecanismos de reciclaje del derecho interno, el intérprete-operador local evita choques frontales entre el Pacto de San José de Costa Rica, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la Constitución nacional, así como la declaración de invalidez, por inconvencionalidad, de esas reglas domésticas, adaptándolas como reglas convencionales. Naturalmente, todo este manojo de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, al par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto antes que reciclarlo. Pero tal función es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales.

Advirtiendo igualmente las directrices del caso "Gelman *vs.* Uruguay" que hemos indicado en este parágrafo, el control de convencionalidad obliga a los "emisores" de normas nacionales, incluso a los constituyentes, (i) a no dictar cláusulas opuestas al Pacto de San José o a los precedentes de la Corte Interamericana, y también, (ii) a corregir a las vigentes, para conformarlas con tales parámetros.

3. El caso argentino. Invalidaciones, reducciones, adiciones y sustituciones

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia convalidó explícitamente la doctrina del control de convencionalidad exigida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso transcribiéndola entre comillas.[7] El camino, pues, se encuentra allanado en gran medida.

Veamos algunas alternativas de efectivización de las operaciones interpretativas que hemos apuntado.

[7] Por ejemplo, casos "Mazzeo", CSJNA, *Fallos,* 330:2248, "Videla y Massera", *Jurisprudencia Argentina,* 2010-IV-836. Más tarde, en "Rodríguez Pereyra", *La Ley,* 2012-F-559.

a) invalidez de reglas constitucionales. El artículo 55 de la Constitución nacional (concordado con los arts. 89 y 111) demanda todavía, entre otros requisitos, para ser Senador, Juez de la Corte Suprema de Justicia, presidente de la Nación o vicepresidente, "disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente". Tal regla, producto del texto sancionado en 1853, es tributaria de una entonces teoría democrática —en verdad, aristocrática—, elitista, basada en razones tales como conjeturar que la tenencia de fortuna era indicio de responsabilidad, éxito, mesura y seriedad de juicio. En la actualidad requeriría un ingreso económico, para el candidato del caso, de varios miles de dólares mensuales, recaudo por cierto irremediablemente incompatible con las ideas de igualdad en general (art. 1º), y con las regulaciones aceptables en materia político-electoral sentadas por el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica;[8]

b) selección de interpretaciones. El artículo 14 de la Constitución argentina, sancionado en 1853, declara como derecho de los habitantes "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa". La norma podría posibilitar una lectura literal, arcaica y restrictiva, en el sentido de circunscribir su radio de cobertura a la prensa escrita —la única existente cuando se aprobó la Constitución—, y solamente para "ideas" —por ejemplo, no para imágenes, o informaciones—. Otra interpretación posible, sin embargo, más amplia y evolutiva, capta dentro de la libertad de expresión a todo tipo de prensa —incluyendo la oral y televisiva, *v. gr.*— y con cualquier tipo de contenido, aparte de las "ideas" —informaciones, dibujos, relatos históricos o de ficción, etc.—. El texto del Pacto de San José de Costa Rica (art. 13) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lleva a rechazar la primera interpre-

[8] Nos hemos referido en detalle a esta norma en Sagüés, Néstor Pedro, "Derecho e ideología. Una cláusula ilegítima de la Constitución", en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Estudios sobre la Constitución Nacional en su sesquicentenario,* Buenos Aires, 2003, pp. 551-564.

tación de aquella cláusula de la Constitución argentina, y a aceptar la segunda. Baste recordar, por ejemplo, "Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica", cuando este último Tribunal recuerda que el contenido de la libertad de pensamiento y de expresión incluye "informaciones e ideas de toda índole", a más de los relatos y las noticias, y de "utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios" (párrs. 108 a 110);

c) *interpretaciones mutativas por adición*. El artículo 75, inciso 17 de la Constitución se refiere a los pueblos indígenas. Respeta su identidad cultural, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica de sus comunidades "y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras *que tradicionalmente poseen*" (las cursivas son nuestras). Esta cláusula se compadece con la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos elaborada sobre el tema, que ha desplegado y desarrollado mutativamente las escuetas normas convencionales referidas a la vida digna y al derecho a la propiedad, aplicado en este caso a dichos pueblos. Pero la jurisprudencia de la Corte Interamericana enuncia algo más que la titularidad de las tierras que las tribus poseen *actualmente*: en el caso "Yakye Axa *vs.* Paraguay", aludió a casos de devolución de tierras sustraídas a los pueblos originarios, poseídas ahora por terceros. En "Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay", advirtió que "la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas" (párr. 128). Lo dicho obliga a extender el sentido de la cláusula constitucional argentina, incluyendo el derecho, por ejemplo, y en ciertos supuestos, a recuperar tierras de las que esos pueblos fueron ilegítimamente desposeídos;

d) *interpretaciones mutativas por sustracción*. El artículo 75, inciso 21 de la Constitución nacional enuncia como facultad del Congreso "conceder amnistías generales". Y el artículo 99, inciso 5º, respecto del poder ejecutivo, "Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal...".

Los términos de ambas cláusulas son amplios acerca de la materia sobre la que pueden versar las amnistías y los indultos. Sin embargo, según jurisprudencia constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no son viables las amnistías o los indultos con relación a delitos de lesa humanidad,[9] conclusión explicable porque en tales casos el autor legislativo de tales delitos no es el Estado nacional, sino la comunidad regional o internacional, por vía formal o consuetudinaria. Por ende, indultos y amnistías practicados por autoridades argentinas en cuanto tales delitos, son inconvencionales. Para una lectura compatible de tales normas con el Pacto de San José de Costa Rica y demás tratados internacionales, las reglas constitucionales deben leerse, mediante una interpretación sustractiva, con el agregado de: "excepto respecto de delitos de lesa humanidad", reduciendo entonces las competencias del Congreso y del presidente en los puntos que estamos considerando,

e) interpretaciones mutativas mixtas, por sustracción-adición. Un caso de interés es el previsto por el artículo 115 de la Constitución, concerniente a las resoluciones del "Jurado de Enjuiciamiento" de jueces federales. El fallo del mismo, declara la norma, "será irrecurrible". Dicho Jurado no es un órgano estrictamente de naturaleza judicial. Se encuentra conformado por jueces, abogados y legisladores, según el mismo artículo 115. Pues bien: el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica determina que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competente, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...". En el caso "Brusa", un juez federal destituido impugnó la irrecurribilidad sentada por el referido artículo 115 de la Constitución

[9] Por ejemplo, casos "Velázquez Rodríguez", "Loayza Tamayo", "Barrios Altos", "Almonacid Arellano", etc. Véase una sinopsis de la jurisprudencia de la CIDH, y de otros tribunales a los que ella se remite, en "Gomes Lund *vs.* Brasil", párr. 147 y ss.

> y argumentó violación del debido proceso en la tramitación que se le siguió ante el Jurado de Enjuiciamiento. La Corte Suprema, con el fin de compatibilizar al citado artículo 115 con el derecho a recurrir que emergía del Pacto, admitió el problema y habilitó una interpretación mutativa mixta de la Constitución. Por un lado, retaceó el rigor formal del artículo 115, acortando la extensión de lo "irrecurrible" —o circunscribiéndola al ámbito político o administrativo—. Por otro, habilitó un recurso —en el caso, el extraordinario federal—, ante la propia Corte.[10]

4. La constitución "convencionalizada"

Lo dicho conduce a encontrar un nuevo diseño de la Constitución, que pasa a ser, de la "constitución nacional", a la "constitución convencionalizada".[11]

La *constitución convencionalizada* es la constitución nacional con dos notas de actualización: *a) depurada* de sus cláusulas radicalmente opuestas al derecho internacional de los derechos humanos, y en particular, del Pacto de San José de Costa Rica y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que pasan a ser reglas no operativas de la Constitución; *b) reciclada* conforme aquellos parámetros, mediante interpretaciones aditivas, sustractivas o mixtas del contenido del texto constitucional, que la conformen con aquellos parámetros internacionalistas.

La constitución convencionalizada, vale decir, *conformada, adaptada, completada e integrada,* es móvil, desde el momento

---

10 CSJNA, caso "Brusa", *Fallos,* 326:4816.

11 Nos remitimos también a Sagüés, Néstor Pedro, *Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La "constitución convencionalizada"*, en "II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, La justicia constitucional en el estado social de derecho", Caracas, Universidad Monteávila, 2012, pp. 387 y ss. El mismo texto se encuentra en Universidad de Castilla-La Mancha, *Parlamento y Constitución,* Ciudad Real, 2011, núm. 14, pp. 141 y ss., y en Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flavia y Morales Antoniazzi, Mariela, *Estudos avançados de direitos humanos,* Río de Janeiro, 2013, Elsevier, pp. 617 y ss. Véase asimismo Ibarlucía, Emilio A., "¿Existe una constitución convencionalizada?", *La Ley,* 22/8/13, p. 1.

que su contenido material —no necesariamente su texto formal—,[12] fluctúa en función de los tratados internacionales que suscriba el Estado y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que generalmente está ampliando el cupo de derechos del Pacto de San José de Costa Rica, mediante despliegue y desarrollo de los allí enumerados. Inclusive, deberá absorber los cambios jurisprudenciales de dicho Tribunal regional. Ello impone a los operadores del sistema una constante actualización normativa y jurisprudencial.

El fundamento axiológico de la constitución convencionalizada se encuentra en la primacía del valor bien común regional, o bien común internacional, sobre el bien común nacional,[13] circunstancia que implica una profunda modulación —se puede hablar, igualmente, de erosión o crisis— del clásico concepto de supremacía constitucional. Responde, paralelamente, a un nuevo estadio de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional, en particular, del derecho internacional de los derechos humanos.

La constitución convencionalizada, por último, es el material que debe trabajar el operador local cuando realiza el control interno de constitucionalidad. En efecto, para determinar si una ley, reglamento, decreto o resolución es o no constitucional, no debe partir de una constitución autista, sino de la constitución nacional combinada con los tratados y la jurisprudencia intera-

[12] Algunas veces, como en el caso argentino (art. 75, inc. 22), la Constitución confiere jerarquía constitucional a determinados tratados sobre derechos humanos. Con ello se engrosa, si bien no al mismo texto constitucional, sí al "bloque de constitucionalidad" formal, integrado por la Constitución propiamente dicha y tales tratados.

[13] Sobre el bien común internacional, cfr. Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado,* trad. por Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Jus, 1946, pp. 471 y ss. La idea se remonta a varios siglos atrás, encontrando fundamentos en escritos de Francisco de Vitoria y Francisco Suárez, entre otros. Véase Pereña, Vicente Luciano, "Comunidad y autoridad supranacional", en AA.VV., *Comentarios a la Pacem in Terris,* Madrid, Instituto Social León XIII-Biblioteca de Autores Cristianos, 1963, p. 599. Igualmente nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Integración y desintegración del concepto de soberanía,* Tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense, 1966, pp. 214 y ss. Inédita.

mericana a que hicimos referencia. Solamente así podrá emitir un juicio completo y actualizado de constitucionalidad, respecto del derecho subconstitucional.

Los derechos fundamentales reconocidos en la constitución nacional quedan, por lo común, robustecidos y engrosados en la constitución convencionalizada, dado que el derecho internacional de los derechos humanos habitualmente pone al día y aumenta el tanto el listado como el contenido de esos derechos. Dejamos para otro lugar el muy conflictivo tema de la hipotética deslegitimación ocasional de reglas formales o consuetudinarias de derecho internacional, o de fallos de tribunales internacionales, que también por vía de hipótesis contravengan de modo irremediable pautas jurídicas de derecho superior y conduzcan, en su caso, a situaciones próximas al llamado principio o regla de Gustav Radbruch, o a la tesis de Werner Goldschmidt sobre carencia dikelógica de normas, que conduce al tema de las lagunas axiológicas.[14] En principio, esas infracciones, de ser indiscutiblemente ciertas y graves, y de no mediar otra solución para resolverlas, podrían perfilarse como topes excepcionalísimos a la convencionalización. El asunto exige un análisis complejo, serio y prudente, similar en muchos aspectos a la confrontación entre derecho natural y derecho positivo, cuando ella se presentare de un modo inexorable. Nos remitimos al capítulo XXVI, *in fine*.

[14] La llamada "fórmula de Radbruch", aceptada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, pregona que la injusticia extrema no es derecho. Por ello, normas que padezcan de ese vicio, como fueron numerosas del derecho nazi o del derecho formal de la ex República Democrática Alemana, carecen de vigor jurídico. Véase Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho,* 1ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 84, 94, 167. Por su parte, la doctrina de las *lagunas dikelógicas* apunta que las normas gravemente injustas no son obedecibles, generando su propia invalidez y provocando así un vacío jurídico. Cfr. Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho,* 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 221. En el caso —conjetural— de reglas o sentencias internacionales portadoras de una injusticia extrema e inaceptable, su no aplicación en el ámbito nacional, derivaría allí no de la tesis de la presunta superioridad del derecho doméstico sobre el internacional, sino de la invalidación del último de ellos por las razones axiológicas indicadas, en las que en última instancia anida, entendemos, la doctrina de la supremacía del derecho natural sobre el positivo.

Capítulo XXIV
Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y los controles legisferante y administrativo de convencionalidad*

a Rubén Hernández Valle

1. Los roles represivos y constructivos del control de convencionalidad

La misión clásica del control de convencionalidad a practicar por los jueces nacionales a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en 2006 en el caso "Almonacid Arellano *vs.* Chile", consistió en cumplir un papel típicamente *represivo:* inaplicar las reglas de derecho interno opuestas al Pacto de San José de Costa Rica[1] y a la doctrina sentada por

---

* El presente trabajo se integra al programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

1 En rigor de verdad, el control de convencionalidad no se limita a asegurar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica, sino de todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, los que conforman, para el mismo, una especie de *bloque de convencionalidad,* como agudamente lo denomina, *v. gr.,* Eduardo Ferrer Mac Gregor. Cfr. Ferrer Mac Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano", en Saiz-Arnaz, Alejandro y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa,* México, Porrúa-UNAM, 2012, pp. 109, 92.

la propia Corte Interamericana. Esa función se extendió como un deber a realizar "de oficio" por dichos jueces, sobre todas las normas nacionales (caso "Trabajadores cesados del Congreso *vs.* Perú"), y finalmente, ejercitable por todos los órganos del Estado, especialmente los más vinculados a la administración de justicia, dentro del marco de sus respectivas competencias y aun respecto de leyes que tuvieran convalidación popular a través, *v. gr.,* de referéndums o plebiscitos (por ejemplo, "Gelman *vs.* Uruguay", 2011, con referencia a la llamada "ley de caducidad", o de extinción de la pretensión punitiva del Estado por delitos como secuestros, desapariciones o torturas perpetrados militares durante la última dictadura).

Hemos alertado que junto a dicho rol represivo, el control de convencionalidad ha asumido otro, constructivo o positivo, que en última instancia produce un *reciclaje de la norma nacional,* sea constitucional o subconstitucional. Esta posibilidad es muy clara a partir del caso "Radilla Pacheco *vs.* México", párrafo 340, donde la Corte Interamericana subraya —si bien escuetamente— la necesidad de que las *interpretaciones constitucionales y legislativas* locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel Tribunal (la tesis se repite, por ejemplo, en "Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México", párr. 233, y sus citas de "Fernández Ortega *vs.* México y Rosendo Cantú"), lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ello conduce a practicar, sostenemos, y de ser necesario, las siguientes operaciones: (i) de *selección de interpretaciones,* prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) *de construcción de interpretaciones,* mediante interpretaciones del derecho nacional *mutativas por adición* —cuando se *agrega* algo al mensaje normativo del precepto normativo local, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados—, *mutativas por sustracción* —al revés, si se *quita* algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia—, o *mutativas mixtas, por sustracción-adición* —también son llamadas "sustitutivas"—, donde

el operador *extrae* algo y *añade* algo al contenido de una norma constitucional o infraconstitucional, siempre para tornarla compatibilizada con el Pacto y la jurisprudencia mencionados.[2] El tema se vincula así con la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas, también llamadas —no en sentido peyorativo—, *manipulativas* o modulativas.

Mediante, en particular, los mecanismos de reciclaje del derecho interno, el intérprete-operador local evita choques frontales entre el Pacto de San José de Costa Rica, sumado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con la constitución —y todo el derecho— nacional, así como la declaración de invalidez, por inconvencionalidad, de esa reglas domésticas, adaptándolas como reglas convencionales. Naturalmente, todo este manojo de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, al par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto antes que reciclarlo. Pero esta última operatoria es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales.

En definitiva, es el concepto mismo de constitución nacional el que puede alterarse. Hoy día, como instrumento jurídico, la constitución no es ella sola, sino que se encuentra "convencionalizada", es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos.

---

[2] Derivamos también al lector a Sagüés, Néstor Pedro, "*Derechos constitucionales y derechos humanos. De la «constitución nacional» a la «constitución convencionalizada»",* en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, Santiago de Chile, Librotecnia-Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014, pp. 15 y ss.; "*Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La «constitución convencionalizada»",* en Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flavia, y Morales Antoniazzi, Mariela, *Estudos avançados de direitos humanos,* Río de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 617 y ss.; *La interpretación judicial de la Constitución. De la "constitución nacional" a la "constitución convencionalizada",* México, Porrúa, 2013, p. 356.

2. Un avance del control de convencionalidad: el practicado por órganos nomogenéticos nacionales

En la sentencia del 20 de marzo de 2013, sobre supervisión del cumplimiento del fallo "Gelman vs. Uruguay" del 24 de febrero de 2011, y que a los fines didácticos llamaremos el fallo *Gelman 2,* la Corte Interamericana va a subrayar el papel del control de convencionalidad "tanto en la *emisión* y aplicación de normas" (párr. 69, las cursivas son nuestras), con lo que está alertando que dicho control asume nuevas poses jurídicas:

a) en primer término, es un mensaje para los operadores nacionales que "emiten" normas, en el sentido amplio de este vocablo (normas en sentido formal o material). Entre ellos, claro está, el legislador constituyente, al establecer reglas constitucionales. También, el legislador común, sea al dictar leyes, o cada Cámara legislativa cuando adopta su reglamento. Del mismo modo, legisladores "inferiores", como es el poder ejecutivo cuando emite decretos de necesidad y urgencia, delegados, reglamentarios o autónomos, o ministros cuando expiden resoluciones en el ámbito de sus carteras, u organismos con funciones materialmente legisferantes, al estilo —algunas veces— de bancos centrales, agencias de recaudación de impuestos, y también Tribunales habilitados a generar materialmente normas (como en el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia, al sancionar su "reglamento interior" a tenor del art. 113 de la Constitución nacional),[3] o las universidades autónomas si aprueban sus propios estatutos, etc. Esta descripción es meramente enunciativa.

En tal sentido, conviene agregar que ciertas cortes o tribunales supremos, al estilo del estadounidense en "Coo-

[3] Algunas veces, ciertos códigos procesales han habilitado a algunos tribunales, por ejemplo de segunda instancia, a dictar "acuerdos" plenos o plenarios, que sientan doctrina judicial obligatoria para los jueces inferiores a ellos. Tales acuerdos generan asimismo normas, bien que con aplicación limitada. Esa aptitud legisferante ha provocado discusiones sobre su constitucionalidad, por entender, sus objetores, que afecta el principio de división de los poderes.

per *vs.* Aaron",[4] se han arrogado, y han consolidado su actitud por derecho constitucional consuetudinario, la facultad de sentar líneas jurisprudenciales que deben ser seguidas obligatoriamente por los tribunales inferiores. En tal supuesto, su doctrina judicial importa igualmente, y en lo material, *norma,* y está captada por la doctrina del control de convencionalidad.

También es del caso prevenir que otros tribunales constitucionales han conferido valor obligatorio a sus precedentes, no por explícita disposición constitucional, sino legal, por ejemplo enunciada en un Código Procesal Constitucional;[5]

b) en segundo lugar, es un control de tipo mixto, por un lado *preventivo,* en el sentido que debe realizarse *antes* de emitir la norma, redactándola conforme con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana; y por otro, *reparador,* a fin de autoabolir las normas que el órgano materialmente legisferante ha pronunciado y después constata que son incompatibles con las referidas Convención y doctrina judicial interamericanas. En el caso argentino, la derogación congresional de las leyes de "obediencia debida" y de "punto final", que de hecho importaban una suerte de amnistía respecto de delitos castigados por el derecho internacional de los derechos humanos perpetrados durante el régimen militar de 1976-1983, es una muestra de tal escrutinio de convencionalidad reparador.

---

[4] En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado, igualmente por vía jurisprudencial, una regla similar a la de "Cooper *vs.* Aaron", aunque con la salvedad de que los jueces pueden apartarse de su doctrina judicial dando razones valederas y nuevas para así hacerlo. Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos, cit.,* pp. 267 y ss.; *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario, cit.,* t. 1, pp. 184 y ss.

[5] Cfr. Eto Cruz, Gerardo, "Presentación", en Tupayachi Sotomayor, Jhonny (coord.), *El precedente constitucional vinculante en el Perú,* Lima, Adrus, 2009, pp. 9-10.

Por supuesto, ambas dimensiones —la preventiva y la reparadora—, son importantes. Desde una visualización pragmática, cabe destacar, sin perjuicio de la segunda, a la primera, ya que si el órgano legisferante evita emitir reglas inconvencionales, ahorrará muchos esfuerzos jurídicos y políticos, al propio órgano y a otros —*v. gr.*, jueces—, necesarios para inaplicar normas que padezcan del referido defecto de inconvencionalidad. Así, el constituyente deberá evitar promulgar reglas constitucionales disidentes con el Pacto de San José o la jurisprudencia de la Corte Interamericana, circunstancia que implica un serio tope *heterónomo* a sus competencias, y lo mismo tendrá que hacer el legislador común. Tal actitud de abstinencia normativa comienza —felizmente— a hacerse carne en diversos escenarios latinoamericanos, y

c) una variante peculiar de este contralor preventivo la tenemos, *v. gr.,* cuando el legislador nacional *recurre explícitamente al Pacto de San José de Costa Rica para hacer operar parte del derecho local.* Así, por ejemplo, cuando indica que cierta norma nacional debe entenderse conforme al Pacto. Una muestra de ello ha sido la ley 26.854 de la República Argentina, sancionada en 2013, sobre regulación del ejercicio de medidas cautelares contra el Estado, por cierto muy criticada por el papel excesivamente limitativo con que condiciona a tales diligencias precautorias, pero que en varias partes de su articulado se remite, para facilitar tales diligencias y moderar el rigor legal, al caso en que *se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos...*" (las cursivas son nuestras).[6]

[6] La ley argentina 26.854, alude varias veces al concepto de "vida digna", como elemento generador de un trato más favorable en la provisión de ciertas medidas cautelares contra el Estado nacional.

a) Lo hace, en primer lugar, en su art. 2º, inc. 2, cuando puntualiza que "la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, *se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos,* la salud o un derecho de

La ley 26.854, por tanto, ha adoptado el concepto de "vida digna" gestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como un factor de trato favorable para ciertas medidas cautelares tendentes a tutelarlo. Dicha consideración privilegiada se

---

naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental" (las cursivas son nuestras). En esta cláusula, la "vida digna" está operando como un factor —entre otros— habilitante de medidas cautelares ante magistrados incompetentes. Importa, pues, una excepción: si la medida cautelar no estuviera programada para satisfacer una vida digna, o alguno de los otros bienes aludidos, no resultaría viable ante un juez incompetente.

b) A su turno, el art. 4º, inc. 3 de la misma ley, expone que "las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada". Aquí la norma confiere al valor "vida digna" (y a los otros bienes mencionados en el art. 2º, inc. 2), una situación privilegiada: exime potencialmente de la tramitación y resolución de la medida cautelar, un informe previo a la autoridad pública demandada.

c) El art. 5º, párr. segundo, después de enunciar —en el primero— que las medidas cautelares cuentan con un plazo de duración, que deberá ser obligatoriamente dispuesto por el juez del caso, alerta que "no procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inc. 2". Ello acarrea una singular vigorización temporal para tales medidas, algo que puede ser decisivo para el éxito de una demanda.

d) El art. 10, inc. 2, permite expedir medidas cautelares relativas a los casos del art. 2º, inc. 2, con una mera caución juratoria —las otras cautelares, deberán cubrir caución real o personal—.

e) El art. 13, inc. 3, párr. segundo, establece que las apelaciones contra las medidas cautelares dispuestas en primera instancia ordenando la suspensión de los efectos de una ley o de un reglamento, "tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inc. 2". También aquí la ley 26.854 trata con mayor benignidad a las medidas precautorias ordenadas a amparar la "vida digna", cuando suspendieren la aplicación de leyes o reglamentos del mismo rango que ley, las que, cuando son concedidas inicialmente, se ejecutan lo mismo aunque fueren apeladas (el recurso será entonces con efecto devolutivo).

La suma de estas normas de trato favorable para las medidas cautelares adoptadas en defensa de la vida digna, es por cierto significativa: alivia recaudos de competencia, de un requerimiento de informe al demandado, de determinación de plazo de validez, flexibiliza la contracautela y da vigor ejecutivo a lo resuelto, pese a que la resolución admisoria se encontrase recurrida.

traduce en la posibilidad de presentarlas ante un juez incompetente, de no requerir un informe previo para la expedición de la cautela, eximir al juez del deber de fijar un plazo para su vigencia, habilitarla con una simple caución juratoria, y otorgar el recurso de apelación contra la medida, con efecto devolutivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos acuñó la idea de "vida digna" aglutinando dos derechos fundamentales del Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre Derechos Humanos: los de vida y dignidad. También describió su antivalor, el de "vida indigna", que provoca responsabilidad internacional para el Estado del caso.

El tribunal interamericano desarrolló tales conceptos primero en tutela de los derechos de reclusos, especialmente menores, pero después lo proyectó en materia de comunidades indígenas, y finalmente en términos más amplios. Muestra de esa evolución son, por ejemplo, los casos "Instituto de Reeducación del Menor *vs.* Paraguay" (párrs. 159, 160, 170, 176), "García Asto *vs.* Perú" (párr. 221), "Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay" (párrs. 162, 163), "Comunidad Xákmok Kásek *vs.* Paraguay" (párrs. 159, 196, 203, 208, 211), "Ximenes Lopes *vs.* Brasil" (párrs. 127 a 132, 138 a 140), "Zambrano López *vs.* Ecuador" (párr. 81), etcétera.

El concepto de "vida digna" es abierto y flexible. Para la Corte Interamericana, significa que la vida debe estar complementada por la existencia de otros elementos que son mínimos, esenciales o sustanciales a la dignidad humana.

El derecho al desarrollo de una "vida digna" implica conductas negativas para el Estado —no atentar contra la vida—, pero muchas más, de tipo positivo y prestacional, concretas además, que se vuelven más apremiantes ante supuestos de sujetos o grupos de personas en situación de vulnerabilidad y de riesgo.

El Tribunal Interamericano ha realizado múltiples especificaciones del concepto de "vida digna" ante situaciones muy diversas. Con referencia a presos, por ejemplo, y entre otros, ha mencionado su derecho a la vida, integridad personal, ausencia de tratos y castigos degradantes, separación entre presos y condenados, entre adultos y menores, precaución ante riesgos como incendios o agresiones. Si el detenido es niño, la preocupación

estatal debe ser mayor, por su vulnerabilidad, debiendo incursionar asimismo en todas las áreas concernientes al futuro desarrollo físico e intelectual del menor. Respecto de indígenas, ha descrito su derecho a la salud, ambiente sano, alimentación, propiedad comunitaria, recursos naturales, habitación, educación y beneficios de la cultura. Con relación a discapacitados mentales, su derecho a tratamientos médicos eficaces, dignos y lo menos restrictivos posibles.

En general, el concepto o principio de "vida digna" es dinámico y en definitiva, materialmente, nomogenético: alberga y genera nuevas puntualizaciones de derechos —o si se prefiere, de subderechos—, inferidos de los expresa y escuetamente declarados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea generalmente a cargo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Sin embargo, los jueces nacionales, en virtud del control de convencionalidad, también pueden realizar tales proyecciones, como agentes que son del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. No deben operar, en efecto, como meros repetidores del Pacto de San José y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: igualmente, les toca expandir los derechos ante nuevos escenarios y conflictos.

La solución adoptada por la ley argentina 26.854, sin ser aislada, no es frecuente en el derecho comparado: ocurre cuando una ley nacional remite, en puntos de relevancia, a un texto y a unas reglas jurisprudenciales elaboradas por un tribunal regional. Esa derivación, que no es estática sino abierta y evolutiva, resulta pues de sumo interés. Quizá no habría sido necesaria, porque el concepto de "vida digna" emergente del Pacto de San José y construido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, era de todos modos obligatorio, según la doctrina del control de convencionalidad; pero de todos modos es atractiva, como muestra del refuerzo de tal control y del engarce entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, habrá que ver de qué modo los operadores locales procesan y despliegan tal mecanismo, que desde otra perspectiva, puede aportar datos provechosos en el diálogo entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana. De momento, ello impone para jueces y abogados una constante y actualizada información

sobre las aplicaciones y especificaciones, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del principio de "vida digna".

3. Las inconvencionalidades sobrevinientes

Puede ocurrir que una norma elaborada por un sujeto legisferante nacional resulte inicialmente "convencional" —en cuanto que no colisiona con los tratados de derechos humanos suscritos por el país del caso, ni con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, pero que *después* se transforme en inconvencional, *v. gr.,* si una nueva jurisprudencia de dicha Corte Interamericana colisiona con aquella Norma nacional, o si el Estado ratifica un nuevo tratado opuesto a la norma en cuestión, o si modifica uno preexistente, con iguales resultados.

Estas posibles inconvencionalidades "sobrevinientes" obligarían a sanear el orden jurídico nacional, inaplicando o dejando sin efecto la regla doméstica originalmente convencional, pero más tarde inconvencional. Este trabajo correría a cargo de los jueces, en el marco de sus competencias, pero también del órgano emisor de las normas internas involucradas en el problema. Ello empalma con el principio del "efecto útil" de los tratados, reflejado *v. gr.,* en el artículo 2-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando indica que con relación a los derechos y libertades reconocidos por ella, "los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a la disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Tal "efecto útil", de larga prosapia en el derecho internacional, estaba hasta hace pocas décadas entendido como una suerte de gentil invitación para los estados nacionales, en el sentido de adaptar, del modo y en el momento en que quisieran, sus normas a los tratados de derechos humanos que suscribieran. Más que una regla de derecho positivo coactiva para ellos, parecía una suerte de acto de cortesía que, si se incumplía, pocas consecuencias provocaba, salvo algunos escasos suspiros académicos.

Además, si el tratado afectaba a la Constitución, el principio de supremacía constitucional, entendido graníticamente, blindaba contra cualquier posible intento de "utilidad" de ese "efecto útil" del tratado.

Es notorio que la doctrina del control de convencionalidad, tal como ha sido pergeñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, responde a parámetros muy distintos, en el sentido que confiere al principio del "efecto útil" una decidida operatividad compulsiva. Si los estados tienen que "adoptar" medidas legislativas "o de otro carácter" para cumplir con la Convención, tendrán que modificar las reglas internas contrapuestas con ella, lo que importa un deber, entre otros, de reformar ese derecho interno, incluyendo al constitucional. Naturalmente, antes de consumar una reforma, está la provechosa atención del entendimiento "conforme" de ese derecho interno, con el Pacto de San José de Costa Rica, como —según vimos— se indicó en "Radilla Pacheco *vs.* México", tanto en materia de interpretaciones "legislativas" como "constitucionales", según vimos. En eso, el intérprete-operador nacional debe extremar su imaginación y creatividad. Tiene que saber encontrar recetas anteriores, o diseñar nuevos productos interpretativos de la norma interna legal o constitucional, para hacerla compatible con el texto del Pacto de San José de Costa Rica y las pautas jurisprudenciales que produzca la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. El control ejecutivo (y administrativo en general) de convencionalidad. Dimensiones

Hemos advertido que en el caso "Gelman 1", ratificado posteriormente, la Corte Interamericana encomienda el control de convencionaldiad a todos los órganos del Estado, especialmente los conectados con la administración de justicia, dentro del marco de sus competencias. El poder ejecutivo, y la administración en general, están pues involucrados en esa tarea. El tema tiene importancia cotidiana e innegable. No obstante, no abundan los trabajos dedicados al asunto, que parten del supuesto, erróneo por

cierto, de que el control de constitucionalidad es tarea, básica, y casi exclusiva, de jueces. Pero hay felices excepciones.[7]

En concreto, en materia del control de convencionalidad realizado por el poder ejecutivo, cabe distinguir estas regiones.

4.1. El poder ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de emisión de normas

Tal es el caso del poder ejecutivo cuando emite normas, que son de variada especie, a título de ejemplo: *a)* decretos leyes, o de necesidad y urgencia, que atienden asuntos, por excepción, propios del poder legislativo; *b)* decretos reglamentarios de una ley; *c)* decretos autónomos, en las áreas que le son constitucionalmente propias y exclusivas; *d)* decretos delegados, expedidos en virtud de leyes de delegación sancionadas por el Congreso, en materias de este último, y dentro de los márgenes constitucionales que lo permitan. A lo expuesto, habría que agregar la multitud de resoluciones ministeriales, ordenanzas, decretos, decisiones, comunicados, etc., emitidos por los diferentes órganos de la administración pública.

En estos supuestos, rigen las pautas propias del control legisferante de convencionalidad, en su doble versión de que tales normas deben conformarse con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de que cabe corregir —y de ser necesario, dejar sin efecto— las existentes que colisionen con estos dos parámetros de convencionalidad.

4.2. El poder ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de aplicación de normas

Aquí cabe formular dos distinciones, recordando que tal control debe realizarse, también, de oficio (por ejemplo, caso “Gelman

[7] Recomendamos la lectura de Moroni Romero, Lucas L., “El control administrativo de convencionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina,* Buenos Aires, 2013-IV-1336, cuyos aportes compartimos y seguimos en buena parte de este trabajo.

1", 24/2/2011, párr. 193), y que en los procedimientos y procesos administrativos rigen también las reglas esenciales del Pacto de San José de Costa Rica que garantizan el debido proceso (*v. gr.,* caso "Baena", 2/2/01, párr. 129).

4.2.1. *Control constructivo de convencionalidad.* En este terreno, *todos* los órganos de la administración deben hacer funcionar la normatividad que aplican, constitucional, legal y sublegal, en consonancia con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la doctrina de la "interpretación conforme" ya reseñada. En otras palabras (véase *supra,* cap. XXIII) tendrán que escoger de entre las interpretaciones posibles de la norma nacional que efectivizan, las que se concilien con los parámetros internacionalistas indicados; y de ser necesario, realizar "construcción de interpretaciones" por adición, sustracción o mixtas, para lograr el empalme de las reglas domésticas, con el citado Pacto y jurisprudencia regional.

En este sentido, bien puede hablarse de un control *difuso* de convencionalidad, de tipo, volvemos a repetirlo, *constructivo*. Por ejemplo, practicado por autoridades universitarias, como decanos y consejos directivos de una Universidad oficial, en torno a la acreditación de una asignatura para una alumna, o la falta de evaluación de un docente mientras se encontraba pendiente la sustanciación de un juicio académico.[8]

4.2.2. *Control represivo de convencionalidad.* En esta variable, de fracasar el control constructivo de convencionalidad, que siempre debe intentarse primero, el órgano administrativo en cuestión inaplica o desaplica la regla local que contraviene el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia regional.

En ese trabajo emergen serios obstáculos e interrogantes. Si es el propio órgano de emisión de la norma el que advierte que inexorablemente no se concilia con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, él mismo podría dejarla sin efecto.

[8] Cfr. Molinari Romero, Lucas L. "El control administrativo de convencionalidad", *cit,* en actuaciones seguidas ante la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Si se trata de un ente administrativo subordinado a quien emitió la norma —piénsese, *v. gr.,* en un director de administración que se encuentra ante un decreto del poder ejecutivo, en principio irremediablemente opuesto al Pacto de San José de Costa Rica—, no siempre estará autorizado, por sí mismo, para inaplicar al decreto en cuestión. Tendrá que utilizar los mecanismos internos de la administración para articular su problema.

La cuestión es más compleja cuando un jefe de Estado, *v. gr.,* entiende que una ley —a la que se encuentra constitucionalmente subordinado—, choca irremisiblemente con el Pacto o la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por supuesto, debe primero agotar los dispositivos de control constructivo de convencionalidad, para realizar una "interpretación conforme", según apuntamos —a través del método de selección y construcción de interpretaciones—; pero si estos mecanismos le resultan infructuosos, la incógnita es si él podría, por sí mismo, realizar el control represivo de convencionalidad, e inaplicar la ley en cuestión.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya anticipamos, ese control represivo de convencionalidad tiene que practicarse, según el marco de las reglas de competencia y de las normas procesales del ente que lo verifica (*v. gr.,* caso "Gelman 1", 24/2/2011, párr. 193). Por el paralelismo entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, podría concluirse así: el órgano ejecutivo y administrativo que está habilitado para realizar el control de constitucionalidad, por sí mismo, también tendría facultades para realizar allí control de convencionalidad. En cambio, si no es competente para consumar control represivo de constitucionalidad, tampoco estaría habilitado para realizar control represivo de convencionalidad, y tendría que derivar el caso al órgano estatal pertinente para realizar el control represivo de constitucionalidad-convencionalidad.

El tema es discutido, sobre todo en aquellos países donde el poder ejecutivo, conforme la jurisprudencia prevaleciente, no tiene aptitud para declarar por sí la inconstitucionalidad de una ley —todo ello en base al principio de división de los

poderes y ante el temor de que si se le permitiese tal cosa, el poder ejecutivo podría evadirse de cuanta ley no le gustase—, y tampoco cuenta con legitimación, según la misma jurisprudencia que, aunque cuestionable, es la predominante, para plantear ante los tribunales la inconstitucionalidad de las leyes sancionadas por el Congreso (tal es el caso de Argentina, por ejemplo).[9]

En rigor de verdad, la Corte Interamericana ha extremado la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad por parte de los órganos del Estado, judiciales, legislativos y administrativos. Si uno de estos últimos se encuentra ante la disyuntiva de inaplicar una ley contraria al Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el método de la interpretación "conforme", portador del control constructivo de convencionalidad, no le es suficiente o exitoso, al par que no puede decidir por sí mismo la inconstitucionalidad del precepto legal en juego, es forzoso reconocerle legitimación procesal para plantear el asunto ante quien sí está habilitado para ejercer control de constitucionalidad, para que él resuelva el tema del control represivo de convencionalidad.

En definitiva, lo que no es admisible es que el poder ejecutivo o el ente administrativo del caso tengan bloqueados todos los conductos de acceso para (i) decidir por sí mismo, o (ii) para plantear ante un órgano apto para resolver el control represivo de constitucionalidad, su reclamo de control represivo de convencionalidad, respecto, *v. gr.,* de una ley.

---

[9] El tema lo hemos tratado con mayor extensión en Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario, cit.,* t. 1, pp. 127 y 233. La jurisprudencia que impide que el poder ejecutivo alegue ante los tribunales la inconstitucionalidad de leyes, invoca en Argentina los conceptos de unidad del Estado, el bien del Estado mismo, la lealtad y buena fe del Estado frente a la comunidad, y el bien común. Tal argumentación, aunque sólida, no es en definitiva convincente. Si el Estado ha sancionado una ley inconstitucional, no es incorrecto que el poder ejecutivo requiera su inaplicación ante los tribunales, más allá de las reparaciones que esa declaración de inconstitucionalidad daría lugar, frente a los particulares.

5. Recapitulación

El poder ejecutivo y la administración pública tienen importantes tareas que cumplir en materia de control de convencionalidad.

a) en cuanto emisión de normas, deben cuidarse, de oficio, de expedir reglas acordes con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. También, de modificar o derogar las que se opongan a ambas;

b) respecto de la aplicación de normas domésticas, tienen siempre que realizar de oficio un control *constructivo* (difuso, pues), en el sentido de empalmar, mediante interpretaciones adecuadas, tales reglas con los parámetros de convencionalidad aludidos (Pacto y jurisprudencia de la Corte Interamericana), y

c) de subsistir el problema de compatibilidad, deberán trabajar —igualmente de oficio— por la inaplicación de las reglas nacionales (control *represivo)*. Según sea el régimen de control de constitucionalidad imperante en un país, en algún caso podrán inaplicarlas por sí mismos, pero en otros deberán ocurrir a los órganos adecuados para ejercer control de constitucionalidad represivo, y requerir ante ellos la descalificación —y consecuente inaplicación— por inconvencionalidad, del material normativo local opuesto al Pacto y a la jurisprudencia citados. En algunas naciones, entonces, este control represivo es difuso, y en otras, concentrado.

6. La construcción de la doctrina del control de convencionalidad

El lector podrá advertir que la doctrina del control de convencionalidad diseñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no tiene un desarrollo lineal ni absolutamente coherente. Abundan los zigzagueos, los avances y los despliegues no siempre armónicos. Su formulación es tipo aluvional: va creciendo con la sedimentación de diferentes casos donde el referido tribunal formula explicitaciones y avances. Como típica construcción

pretoriana, no tiene la estructuración sistemática que podría esperarse de un producto legislativo como el de un Código Procesal Constitucional, si vale el ejemplo.

En definitiva, el operador nacional —juez, funcionario estatal en general, abogados, legisladores, etc.—, debe pues estar atento al curso de los veredictos de la Corte Interamericana, que como apreciación global, han incrementado y siguen incrementando la superficie y la intensidad del control de convencionalidad dibujado en fallos liminares como "Almonacid Arellano *vs.* Chile". La falta de información equivale aquí a desconocimiento de avances muy relevantes en la materia que abordamos.

El control de convencionalidad, que corre parejo con el control de constitucionalidad, mediante mutuas complementaciones, importa por ende un verdadero ejercicio jurídico al que mentes formadas en conjuntos normativos orgánicos y autosuficientes, al estilo de los códigos clásicos gestados en la centuria decimonónica, no siempre están entrenadas para asumir y practicar. Pero el desafío existe y debe ser atendido.

Los controles legislativo y ejecutivo, y administrativos en general, de convencionalidad, son una muestra de ello.

Capítulo XXV
Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el sistema interamericano*

1. Introducción

La doctrina del "control de convencionalidad" es uno de los más importantes instrumentos para elaborar un *jus commune* en materia de derechos humanos, dentro del sistema regional del Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre Derechos Humanos —tal es su título oficial—. Importa, igualmente, uno de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público, sobre el derecho constitucional y el subconstitucional de los países del área. Merced a esta tesis, la Corte Interamericana tiende a perfilarse también como un tribunal regional de casación, en orden a crear una jurisprudencia uniforme dentro de aquella temática.

Nos remitimos al respecto a *supra,* capítulos XXII, XXIII y XXIV.[1]

---

* El presente trabajo se inserta en el Programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina. Publicado en *La Ley,* Buenos Aires, 2010-D-1245.

1 Nos remitimos, en parte, igualmente, a nuestro trabajo "El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales", en *La Ley,* Buenos Aires, 2009-B-761, con mención de otros pronunciamientos de la CIDH que ratifican tal doctrina.

2. Obstáculos funcionales

La doctrina judicial que comentamos no fue diseñada simultánea ni armónicamente. Ha sido un producto ampliado y tal vez corregido en distintos momentos por la Corte Interamericana. Pero además, todavía presenta problemas operativos de ajuste y funcionamiento. Veremos algunos de ellos.

3. Acceso a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El primer y muy significativo problema es gnoseológico: conocer la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Si dicho alto tribunal entiende que los jueces nacionales —que pueden sumar decenas de miles en el subcontinente— deben manejar su doctrina judicial, y aplicarla, tienen que existir conductos fáciles para ubicarla.

Sin embargo, la Corte Interamericana no ha elaborado reseñas o resúmenes de sus fallos, cuya lectura, en la edición más conocida, supera las ocho mil páginas.[2] Dicha edición no es fácil de adquirir, por lo demás, en todos los países. A ello cabe agregar que no todos los pronunciamientos están publicados en soporte papel; escasean, por ejemplo, los textos de los últimos años, a lo que cabe agregar que el uso fluido de computadoras no siempre es fácil de implementar en todas las regiones del caso.

Detectar la doctrina de la Corte, paralelamente, obliga a menudo, y desde luego, a recorrer íntegramente sentencias que pueden tener, en algunos casos, una extensión apreciable, con centenares de considerandos o parágrafos, hasta hallar el *holding* o doctrina esencial de cada veredicto. Esa doctrina, finalmente, puede ser múltiple, y comprender muy diversos —y significativos— temas.

En síntesis, parece indispensable —e impostergable— que si la Corte Interamericana desea ser obedecida, elabore y sistematice de inmediato un sistema detallado y preciso de reseñas de sus sentencias y opiniones consultivas, con índices temáticos y cro-

[2] Cfr. García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cit.,* 7 vols.

nológicos, y de partes, de cuidadosa factura. Del mismo modo, deberá publicar en soporte papel, y con prontitud, a medida que se emitan, tales pronunciamientos. Las ediciones, igualmente, tendrán que lucir un precio accesible a todos los usuarios del sistema.

En este orden de ideas, a partir de 2014, la Fundación Konrad Adenauer ha dado un significativo paso en adelante al editar, bajo la coordinación de Christian Steiner y Patricia Uribe, un muy útil *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* con el aporte de numerosos especialistas, que analizan artículo por artículo de la Convención, con la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana. El libro ha tenido feliz difusión por todo el área. Obviamente, demanda actualizaciones permanentes, en función de los nuevos fallos de la Corte.

Otra pauta práctica es que, al exigir la Corte Interamericana el seguimiento de sus interpretaciones, resulta obligado que las defina clara y concretamente. Una directriz vale más si es formulada con precisión y, en lo posible, con la advertencia de que tal es la posición que se adopta y cuya obediencia se reclama. Párrafos largos o innecesarios, vertidos *obiter dictum,* pueden distraer o confundir a los operadores judiciales nacionales. Aquí lo breve y puntual bueno, será no dos, sino tres veces bueno.

4. Un conflicto de lealtades jurídicas: ¿la Constitución o el Pacto?

La doctrina del control de convencionalidad parte del supuesto, más bien tácito que expreso, de que el Pacto tiene categoría jurídica superior a la Constitución nacional. La Corte Interamericana, en efecto, terminó por indicar en "Trabajadores Cesados del Congreso", superando algunas fórmulas iniciales, que eran las "normas jurídicas internas" opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos —y a su interpretación por la Corte Interamericana—, las que debían inaplicarse. Entre ellas, no excepcionó a las normas constitucionales. Además, las razones jurídicas esgrimidas por la Corte para avalar el control de constitucionalidad, el principio de la *bona fide* en las relaciones internacionales, y la tesis del *pacta sunt servanda,* que impide —como regla— al Estado alegar normas internas para incumplir

un tratado, también conducían a que la Constitución fuese relegada si violaba el Pacto.

En el escenario interamericano tenemos varias fórmulas de coexistencia entre el Pacto de San José de Costa Rica y la Constitución. Algunas de ellas son teóricamente compatibles con la doctrina del control de convencionalidad, y lo avalarían. Por ejemplo, el artículo 23 de la Constitución de Venezuela señala que los tratados, pactos o convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por ese país, "tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y leyes de la República...".

La receta argentina adoptada en el artículo 75, inciso 22, según la reforma constitucional de 1994, cuenta con una redacción que haría palidecer de envidia al propio Maquiavelo, al señalar que el Pacto de San José de Costa Rica, junto con otros documentos internacionales sobre derechos humanos, "...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Este sibilino texto ha dado origen a muchas teorías sobre su interpretación —una exégesis literal llevaría a afirmar que si hay oposición entre el Pacto y la primera parte de la Constitución, triunfa ésta, pero si el conflicto es con la segunda parte, gana el Pacto—. De todos modos, la tesis del control de convencionalidad quiere que *siempre* prevalezca el Pacto, tanto respecto de la primera como de la segunda parte de la Constitución, y que esta sea interpretada "conforme" y no contra el Pacto. Ello importa la domesticación de la Constitución por el Pacto.

En otros países, finalmente, el Pacto no tiene rango constitucional, con dos variables: o se cotiza igual que una ley, o más que una ley, pero bajo la Constitución.

En varios casos, por ende, puede surgir un grave conflicto de lealtades jurídicas para los operadores judiciales nacionales, que tendrán que optar entre seguir su esquema constitucional, o las directrices de la Corte Interamericana. Pero también hay alternativas de avenimiento.

Naturalmente, lo mejor será comenzar con una interpretación armonizante entre el Pacto y la Constitución, haciendo todo el esfuerzo, como diría Benjamín Cardozo,[3] para "compatibilizar lo incompatibilizable". Por ejemplo, realizando interpretaciones aditivas o sustractivas de la Constitución, para empalmarla, no sin cierta presión, con el Pacto.

Si se trata de reconocer derechos, el criterio de optar por la norma más favorable a la persona —principio *pro homine, favor libertatis*—, es una buena receta, y está admitida por el Pacto de San José de Costa Rica (doctrina de su art. 29, inc. *b:* si la Constitución local es más generosa en el enunciado de un derecho que el Pacto, se aplicará la Constitución). Pero no todos los constitucionalistas partidarios de la supremacía constitucional a rajatabla, consienten que se inaplique la Norma constitucional que concede menos derechos al individuo que una regla internacional suscrita por ese Estado.

En síntesis: si la empresa conciliatoria fracasa, el juez nacional tendrá que resolver su conflicto de lealtades de algún modo, privilegiando uno u otro instrumento. Seguramente el asunto concluirá con una opción axiológica, que también es ideológica: si considera que el bien común regional es superior al bien común nacional, cotizará más al Pacto; y hará lo contrario, si juzga que el bien común nacional prevalece sobre el bien común regional. Esta última alternativa, por supuesto, no será gratuita: podrá provocarle al Estado responsabilidad internacional por incumplimiento del Pacto.

Se emparenta con lo dicho el tema de la *supremacía constitucional,* tesis habitualmente adoptada por las constituciones locales. Para muchos, si el Pacto de San José de Costa Rica confiere a la persona un derecho más generoso que el establecido en la Constitución nacional, tal derecho resultaría inexigible, en ese país concreto, porque transgrediría el aludido principio de la supremacía constitucional.

Tal tesis parte de una idea distorsionada y hoy, además, a contrapelo de la historia. La supremacía constitucional debe en-

[3] La frase de Benjarmín Cardozo puede encontrarse en la CSJNA, caso "Portillo", *Fallos,* 312:496.

tenderse en consonancia con el reconocimiento del derecho internacional, que también corrientemente hacen las constituciones. Ese derecho internacional impide alegar reglas internas para incumplir compromisos internacionales. Por lo demás, no sería muy honesto que un Estado firmase un tratado o declaración, para después, con absoluto desparpajo, alegar que no lo cumple porque viola su Constitución. De admitirse esta posibilidad, el derecho internacional y sus tratados serían puro papel mojado.

Es también útil recordar que en el acta fundacional de la teoría de la soberanía —*i. e.,* los *Seis libros sobre la República,* de Jean Bodin, 1576—, el propio autor aclaraba que el poder "absoluto y perpetuo" del Soberano tenía sus límites, como el *jus gentium* y los compromisos válidamente contraídos, "sea con su súbdito, o con el extranjero", ya que no había más delito en el Príncipe que ser perjuro.[4]

En definitiva, es indispensable armonizar supremacía constitucional con derecho constitucional, y la manera de hacerlo es aprobando el tratado observando con pulcritud las reglas constitucionales en vigor, y después, ya incorporado al derecho interno, honrarlo con su cumplimiento. Coincide con esto lo puntualizado por la Corte Interamericana en el caso "Gelman 2", del 24 de marzo de 2013, párrafo 88.

5. La coexistencia de la doctrina del control de convencionalidad, con la doctrina del margen de apreciación nacional

Uno de los puntos más ríspidos en esta materia es la convivencia de estas dos doctrinas, ambas aceptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ya hemos resumido la tesis del control de convencionalidad.

La doctrina del margen de apreciación nacional aclara que en todo derecho de fuente internacional cabe distinguir entre un

[4] Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Jean Bodin y la escuela española,* Rosario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Católica Argentina, 1978, pp. 76-77.

núcleo "duro", esencial, básico, mínimo, inalterable e innegociable, común para todos, y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias.[5] Así, por ejemplo, la idea de "moral pública" podría justificar ciertas regulaciones diferentes de derechos tales como los de asociación (art. 16 del Pacto de San José de Costa Rica), o las responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión (art. 13).

Dicha doctrina fue sostenida por la Corte Interamericana en la opinión consultiva 4/84, referente al trato desigual —más favorable— que dio la Constitución de Costa Rica a los nativos de ciertas naciones de istmo centroamericano, para adquirir la nacionalidad costarricense, cosa que se justificó por los antecedentes históricos y sociológicos comunes que vinculaban a los países del área. En otros pronunciamientos la ha aplicado, no siempre mencionándola expresamente.

En síntesis: ¿la doctrina judicial sostenida por la Corte Interamericana en un caso contencioso, o en una opinión consultiva, debe ser efectivizada robóticamente por los jueces de todos los estados que han aceptado la competencia de la Corte, o pueden estos tamizarla en virtud de su "margen de apreciación nacional"? Entendemos que la respuesta es afirmativa, ya que al sentar las bases del control de convencionalidad, la Corte Interamericana no ha dicho que quedaba sin vigencia la doctrina del margen de apreciación nacional; y siempre, naturalmente, que medie una aplicación honesta y adecuada del referido margen local, en el sentido que su uso no se convierta en un mecanismo liso y llano de evasión de la doctrina judicial de la Corte Interamericana.

Desde luego, esta última tiene competencia para, satisfechos los recaudos de admisibilidad y de procedencia, corregir un empleo

[5] Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución, cit.,* pp. 222 y ss. Recomendamos la consulta de Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea (coords.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales,* México, UNAM, 2012, *passim*.

incorrecto del margen de apreciación nacional. Pero, como regla, ambas doctrinas deben coexistir lo más armónicamente posible.

Por otro lado, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplica en un caso específico la doctrina del margen de apreciación nacional, puntualizando que tal derecho, en un país determinado, tiene una superficie o ciertas modalidades singulares, resulta obvio que la interpretación así adoptada, al menos en ese tramo, no es matemáticamente exportable para otras naciones. En tal caso, esa interpretación "a medida" o *ad hoc*, no tiene pretensiones de expansividad ni de requerir seguimiento para su aplicación en otras latitudes jurídicas.

6. El recorte de las competencias judiciales nacionales para interpretar al derecho local

La doctrina de la "interpretación conforme" del derecho nacional con relación al Pacto de San José de Costa Rica, y a la interpretación dada al mismo por la Corte Interamericana, significa una seria disminución de las competencias de los operadores locales para interpretar el derecho doméstico, comenzando por el constitucional.

Ejemplifiquemos las situaciones. Si la Corte Interamericana no se ha expedido sobre algún tema del Pacto de San José de Costa Rica, el margen de libertad de interpretación del juez nacional para entender las cláusulas del Pacto y de la constitución doméstica es relativamente amplio: está circunscrito solamente por el texto, los antecedentes, los principios, valores y fines normativos, la intención del constituyente, las creencias, valoraciones y reclamos sociales, etc. Pero si la Corte Interamericana se ha ocupado del asunto bajo examen, tendrá, primero, que conocer qué ha puntualizado esa Corte, y excluir las interpretaciones del derecho local que puedan entrar en colisión con tal exégesis.

Ello implica un esfuerzo gnoseológico, pero también otro psicológico, como es asumir que los márgenes del derecho local pueden, según los casos, estrecharse sensiblemente. Asumir tal situación puede no resultar fácil a juristas de viejo cuño, o a otros embebidos de una visión demasiado fuerte del principio de supremacía constitucional.

Más todavía: el compromiso que demanda la doctrina del control de convencionalidad es posible que exija, ocasionalmente, sacrificios ideológicos, como ser interpretar la regla constitucional nacional no según el techo ideológico que campea en la Constitución, sino de acuerdo con la ideología que anima al Pacto de San José y a la Corte Interamericana cuando lo interpreta. Esta trasmutación espiritual —si se acepta que la ideología es el alma de la Constitución y del Pacto— es, tal vez, el segmento más difícil de transitar en la aplicación del "control de convencionalidad".

7. No todos los jueces están habilitados para realizar control represivo de convencionalidad, pero sí todos deben (en principio) practicar control constructivo de convencionalidad

Sabido es que en el caso "Trabajadores cesados del Congreso *vs.* Perú", la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha restringido el tipo de juez nacional autorizado para ejercer el control de convencionalidad, ya que aclaró que tal verificación debe realizarse en el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes, y previa satisfacción de los recaudos vigentes en materia de admisibilidad y de procedencia.

Ello lleva a concluir, para muchos, que solamente el juez idóneo para realizar control de constitucionalidad, puede concretar el control de convencionalidad, cosa que no provoca problemas en los estados donde existe control difuso y desconcentrado de control de constitucionalidad, puesto que allí todos los jueces están habilitados para ello. Y si en un país concreto el juez común no puede realizar tal control de constitucionalidad —supóngase Costa Rica, o Uruguay—, tendría que remitir el expediente al órgano que sí es competente para esa función, mediante la escalera procesal del caso.

Ahora bien: eso es entendible para el control de convencionalidad que hemos llamado "represivo" en el parágrafo 1, esto es, para las hipótesis de inaplicación del derecho interno opuesto al Pacto de San José de Costa Rica, o a la interpretación dada al mismo por la Corte Interamericana. Pero para los supuestos de

control "constructivo" de convencionalidad, donde el juez local no inaplica el derecho interno, sino que lo reinterpreta, adapta o lo viabiliza en consonancia con el Pacto y la referida jurisprudencia interamericana, nada impide que ese trabajo sea consumado por todos los jueces domésticos cuando aplican el derecho interno. En efecto, aquí solamente tienen que preferir las opciones exegéticas que ofrece la normatividad doméstica, coincidentes con el Pacto y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. No invalidan a la regla local: únicamente la hacen funcionar con determinada orientación. El control "constructivo" de convencionalidad, en resumen, es por su naturaleza siempre *difuso*.

Pero puede aparecer un problema específico cuando un juez local se encuentra sometido a cierta jurisprudencia algunas veces vinculante —es decir, obligatoria—, emanada de órganos superiores locales como, *v. gr.,* cámaras o cortes de apelación, tribunales supremos, cortes supremas o tribunales y cortes o salas constitucionales. En tal hipótesis, si al ejercer control "constructivo" de convencionalidad ese juez choca con directrices judiciales que le resultan superiores y que se oponen, *v. gr.,* a un artículo del Pacto de San José o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, debería primero procurar una compatibilización entre tales directrices —que en el fondo, operan en definitiva como normas para él compulsivas— y las reglas del Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En segundo término, si esa armonización le es honestamente imposible, y siempre, repetimos, que no esté habilitado para reputar a las citadas directrices inconstitucionales —y por ende, además, inconvencionales—, tendría que elevar —de oficio o a pedido de parte— los autos a esa autoridad judicial superior que emitió las directrices, para que ella dirima el conflicto.

8. Recepción y evasiones de la doctrina del control de convencionalidad

Esta tesis es impuesta por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que realizó, entendemos, una interpretación mutativa por adición al Pacto de San José de Costa Rica, ya que el mismo no la incluye en su articulado.

El texto de la Convención contempla opiniones consultivas, a pedido de y para un Estado (art. 64), y sentencias contenciosas obligatorias para los estados en los casos en los que sean partes (art. 68). Pero no dice que lo resuelto en una actuación en la que sean ajenos, los obligue. Ello tiene su lógica, ya que en el expediente donde un Estado no intervino, no pudo exponer sus razones para fundar, por ejemplo, una doctrina contraria a la admitida por la Corte.

De todos modos, es frecuente que las cortes supremas nacionales, incluso ante la falta de texto constitucional explícito, den efectos expansivos a la doctrina expuesta en sus veredictos, sea mediante la teoría del precedente *(stare decisis)* o institutos similares, como la eficacia vinculante, aunque condicionada, de sus sentencias (caso argentino).[6] Ello importa una *mutación constitucional por adición;* la Corte Suprema, como intérprete final de la Constitución, incorpora al contenido de ella algo que la misma inicialmente no dijo. Por supuesto, no todos consienten a tales mutaciones, cuya solidez varía según los casos, y que triunfan cuando quedan consolidadas por el derecho consuetudinario.[7]

En el caso interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es la intérprete final del Pacto de San José de Costa Rica, ha asumido mediante la doctrina del control de convencionalidad un papel directivo para los estados, fuera del esquema original del Pacto. Con ello ha intentado robustecer a éste, y a ella misma. Pero es natural que ese incremento de competencias no sea pacíficamente aceptado.

El caso argentino es ilustrativo al respecto. La Corte Suprema de Justicia de tal país, en "Mazzeo", aceptó la doctrina del control de convencionalidad expuesta por la Corte Interamericana en "Almonacid Arellano". Lo hizo lisa y llanamente, aun transcribiendo entre comillas las frases pertinentes de la Corte Interamericana.[8]

---

6 Véase nuestro libro *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos, cit.,* pp. 261 y ss.

7 Sobre la interpretación constitucional mutativa, Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución, cit.,* pp. 42 y ss.

8 CSJNA, *Jurisprudencia Argentina,* Buenos Aires, 2007-III-573, considerando 21.

Sin embargo, el 10 de marzo de 2010, en "A., J. E. y otro sin recurso de casación", el procurador general de la nación ha formulado un dictamen donde cuestiona expresamente la tesis de la Corte Interamericana sostenida en "Almonacid Arellano", en el sentido de cuestionarle al tribunal supranacional facultad para emitir fallos con efectos generales que excedan el caso concreto. En definitiva, propone un *test* que aunque no destruye totalmente, relativiza en mucho el control de convencionalidad. El referido *test* tiene cuatro pasos: (i) determinar, primero, si existe jurisprudencia de la Corte Interamericana, o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o de ambas, sobre el asunto debatido en un proceso interno; (ii) identificar tal doctrina; (iii) averiguar si efectivamente corresponde al caso concreto bajo examen; (iv) examinar si existen razones jurídicas fundadas en el ordenamiento constitucional local, que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia interamericana. Vale decir, consumar un examen de compatibilidad entre esa doctrina y la constitución nacional.[9]

Aparentemente, el control de convencionalidad exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos quedaría así desactivado, si la interpretación del Pacto realizada por dicha Corte colisionara con la constitución doméstica. En cambio, continuaría funcionando si no existiera tal confrontación, o si una interpretación "conforme" de la Constitución con el Pacto, o con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, compatibilizara las posibles asperezas.

---

[9] Véase Gelli, María Angélica, "El valor de la jurisprudencia internacional", en *La Ley,* Buenos Aires, 2010-C-1192.
Interesa mencionar la existencia de calificadas posiciones doctrinarias que pueden emparentarse con el dictamen del procurador general de Argentina. Por ejemplo, se ha sostenido que "siempre debe existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, para limitar el efecto dentro del orden interno, de una norma o de un acto derivado del derecho internacional que colisiona en forma grave con los principios constitucionales". Véase Bogdandy, Armin von, "Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre el Derecho Constitucional internacional e interno", parágrafo V, versión española del trabajo publicado en *Internacional Journal of Constitucional Law,* Oxford, Oxford University Press, 2007, vol. 6, núms. 3-4 (2008), pp. 397-413.

Conviene alertar que el referido dictamen, que da marcha atrás a la doctrina de "Mazzeo", no es obligatorio para la Corte Suprema argentina, que puede apartarse de él. Al resolver el caso, en definitiva, la Corte no lo recepcionó, omitiéndolo al fundamentar su sentencia.[10]

Como conclusión, la aceptación sin reservas de la doctrina del control de convencionalidad no deja de suscitar dudas en el horizonte jurídico de los estados adscritos al Pacto de San José de Costa Rica. Tensiones como la indicada pueden repetirse en otras regiones. El éxito de la mencionada doctrina depende en los hechos, en buena medida, de la voluntad de seguimiento que tengan los operadores locales.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, lo más correcto sería, si un Estado no comparte la doctrina del control de convencionalidad —refrendada por muchas sentencias de la Corte Interamericana—, que se retire del sistema, mediante los procedimientos de denuncia en vigor. Ello es así, porque si ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana, ha admitido también "la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención" (art. 62-1 del Pacto de San José de Costa Rica). Y no parece correcto ingresar a un régimen jurídico para después controvertir sus bases, permaneciendo sin embargo en él.

9. Recapitulación

No todas son rosas en el jardín del control de convencionalidad. Es un principio sumamente importante, todavía inconcluso en su formación, pero que presenta serias dificultades de instrumentación.

Para tornarlo más eficaz son indispensables ciertas actitudes. Por ejemplo, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene que advertir que en la medida en que ella más exija a los estados, más deberá exigirse a sí misma. Ello impone que su

[10] CSJNA, "Acosta", 8/5/12, *Jurisprudencia Argentina,* Buenos Aires 2012-III-814.

jurisprudencia sea prudente y legítima, al par que clara, precisa y fácilmente cognoscible, con adecuados resúmenes o reseñas que identifiquen sus directrices fundamentales. También, deberá regular adecuadamente la doctrina del "control de convencionalidad" con la del "margen de apreciación nacional". Se trata de dos tesis que tienen que hermanarse y trabajar juntas.

El talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad, es que un Estado —esto es, en particular, sus jueces—, o en términos generales, todos los estados adscritos al sistema interamericano de derechos humanos, pueden verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en un procedimiento en el que no fueron parte y, por tanto, donde tampoco fueron oídos. Es decir, que resultan encadenados por una tesis jurisdiccional sobre la que no tuvieron oportunidad de exponer sus puntos de vista, omisión que no coincidiría mucho con las reglas habituales del debido proceso. Si los veredictos de la Corte Interamericana tienen pretensiones de generalidad, tal situación sugiere habilitar —por ejemplo, por parte del propio Tribunal—, alguna instancia donde los estados que quieran hacerlo, puedan hacer llegar su criterio sobre el artículo del Pacto de San José de Costa Rica que se está interpretando con efectos *erga omnes*.

A su turno, es aconsejable que los estados reconozcan de una vez por todas que el bien común internacional —o, en su caso, el regional—, está por encima del bien común nacional, y que ello puede exigir que el Pacto de San José de Costa Rica prevalezca sobre las constituciones nacionales, aunque, desde luego, siempre será mejor compatibilizar que invalidar. La empresa de conformar o armonizar las constituciones con el Pacto se presenta así como una misión inexorable, que demanda un cambio de mentalidad y que pone a prueba la idoneidad de los operadores judiciales nacionales y supranacionales.

Por último, los estados, y sus jueces, deben asumir que los procesos de integración tienen sus costos jurídicos y políticos, que no son siempre baratos, sino a menudo muy caros; y que la lealtad exigible a quien voluntariamente se ha sometido a ellos, demanda que cumpla de buena fe con las obligaciones contraídas, mientras quiera permanecer en el sistema.

Capítulo XXVI
Puntualizaciones críticas sobre la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al control de convencionalidad*

1. Introducción

El lanzamiento de una jurisdicción supraestatal a través del Pacto de San José de Costa Rica, no puede dejar de presentar problemas de ajuste y compatibilización con los poderes judiciales nacionales y con el respecto a las reglas del debido proceso. Algunas de esas dificultades se acentúan cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, profundizando sus roles —quizá más allá de las previsiones del Pacto— y en un explicable intento por categorizar al mismo por encima de las constituciones locales, adopta posiciones no exentas de cierta rigidez sistémica.

El tema se complica cuando, a través de la doctrina del "control de convencionalidad", creado para los jueces nacionales por la Corte en "Almonacid Arellano" (2006), las pautas fijadas por tal tribunal implican jurisprudencia vinculante para los tribunales locales, que deben seguirlas aun fuera de los casos concretos donde el Estado al que pertenecen ha sido parte. Consideraremos algunas de esas actitudes.

* El presente trabajo se inserta en el Programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

2. La Corte Interamericana y la "cuarta instancia"

En numerosos pronunciamientos, la Corte Interamericana niega que asuma los papeles de un tribunal de "cuarta instancia".[1] Veamos sus argumentos:

a) la jurisdicción internacional, alega, tiene carácter *subsidiario, coadyuvante* y *complementario* con relación a la administración de justicia de los estados. Ello implica que "no es un Tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno...".[2] En definitiva, "no funciona como una instancia de apelación o revisión de decisiones o sentencias dictadas en procesos internos",[3] y

b) si se pretendiese que la Corte Interamericana operase como tribunal de alzada sobre los alcances y el mérito de la prueba y del derecho interno, carecería de competencia para ello, en virtud de la competencia subsidiaria que tiene.[4] En principio, son los tribunales de cada país los idóneos para el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares.[5]

No obstante lo dicho, la misma Corte Interamericana puntualiza:

a) que ella sí debe valorar el cumplimiento de las obligaciones internacionales emergentes del Pacto de San José de Costa Rica, por ejemplo para garantizar si una detención fue legal, hipótesis en la que "existe una intrínseca interrelación entre el análisis del derecho internacional y de derecho interno";[6]

---

1 Por ejemplo, "Gomes Lund", párr. 49 *in fine*.

2 "Cabrera García", párr. 16 *in limine*.

3 "Neptune", párr. 37.

4 "Cabrera García", párr. 18.

5 "*Nogueira de CarvalhoW"*, párr. 80.

6 "Cabrera García", párr. 16.

b) la determinación de cuándo las actuaciones de órganos judiciales —nacionales— constituyen o no una violación de las obligaciones del Estado, puede conducir a que la Corte —Interamericana— "deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos" para establecer su compatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos —o Pacto de San José—. Para eso, cuenta con competencia. Un fallo violatorio de las reglas del debido proceso establecidas en el artículo 8º del Pacto, es "incorrecto",[7] y

c) en esa tarea de "consideración" de los procesos internos, los procedimientos nacionales deben ser analizados "en su totalidad, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación", por ejemplo, la Corte de Justicia del Caribe.[8] Es decir que, para meritar si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales, en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, la Corte Interamericana puede abarcar el estudio de "las decisiones de los tribunales superiores",[9] al estilo, *v. gr.,* de una Corte Suprema de Justicia, o de un Tribunal Constitucional, y reputarlas jurídicamente inválidas, violatorias del Pacto de San José.[10]

3. Evaluación

Si el cuestionamiento a una lesión a los derechos humanos enunciados en el Pacto de San José de Costa Rica ha atravesado los estrados judiciales del país del caso, en virtud del principio de agotamiento de los recursos internos (art. 46 *a)* del Pacto), la gestión ante la Corte Interamericana implica, guste o no, una "instancia", si por esto se entiende "el grado de jurisdicción de

7 *Ibidem,* párr. 19, y sus citas.

8 "Da Costa Cadogan", párr. 24, y sus citas.

9 Gomes Lund, párr. 49.

10 Tribunal Constitucional del Perú. Aquí la CIDH descalificó lo decidido por el máximo intérprete de la Constitución de tal república, vale decir, su Tribunal Constitucional. Véase nota 13.

los tribunales".[11] Será una instancia subsidiaria, coadyuvante, de materia y radio de conocimiento restringido, no ordinaria, quizá excepcional, circunscrita a la tutela del derecho regional de los derechos humanos, pero instancia al fin y al cabo.

Conviene alertar que esa instancia "restringida", si gusta la expresión, no es absolutamente ajena al derecho interno. La meritación de la observancia del debido proceso, por ejemplo, provocará a menudo que se investigue si se respetaron las reglas locales en la tramitación de las causas. Es decir, que también conoce del derecho nacional, de ser ello necesario para decidir (*v. gr.,* en el caso "*Kimel",* para evaluar si la duración del proceso violó el principio de justicia pronta y del plazo razonable, hubo que atender el lapso de desenvolvimiento normal del procedimiento de los delitos contra el honor: párrs. 96 y 97).

Tal instancia ante la Corte Interamericana es, asimismo, *revisora.* Esta Corte, con una pulcritud lindante con una disquisición bizantina, pero sin demasiada fuerza de convicción, prefiere hablar, en vez de "revisión", de "consideración", "análisis", "estudio", "examen" u otros eufemismos parecidos, en vez de reconocer, francamente, que está auscultando y fiscalizando, o sea, *revisando,* procesos nacionales, para mantener o invalidar, según corresponda, las resoluciones judiciales emitidas en ellos. No en virtud de cualquier infracción que puedan padecer, desde luego, sino en función de su sumisión o no a las reglas formales del debido proceso, y a las sustanciales de los derechos fundamentales, enunciadas en el Pacto de San José de Costa Rica. Y en muchas oportunidades, para cumplir acabadamente tal trabajo, entra a husmear en la satisfacción leal y oportuna de reglas procedimentales de derecho interno, cuya observancia no puede separarse tajantemente, sino que en cambio se hallan entrelazadas, con sus similares vigentes en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En otros casos, visualiza el fundamento de los fallos domésticos, descartando la validez, por arbitrariedad, de aquellos que padecen de una incorrecta motivación o argumentación.[12]

---

11 Escriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia,* nueva edición, Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta, 1874-1876, t. III, p. 302.

12 La CIDH ha señalado que la motivación de una sentencia "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión".

En definitiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando declara que un Estado ha violado la libertad de expresión garantizada por el artículo 13 del Pacto, y que lo hizo mediante un fallo emitido por una Corte de Apelaciones, confirmado por la Corte Suprema de Justicia, de hecho está descalificando a tales pronunciamientos, por entenderlos inconvencionales, o sea, incompatibles con el Pacto.[13] No será mediante un "recurso" judicial en sentido técnico y preciso, pero el sistema interamericano opera aquí, y en el fondo concluyentemente, como un mecanismo de impugnación de sentencias locales, y no solamente de otros actos gubernativos o vías de hecho. Por ello hemos dicho desde años atrás que, en rigor, las sentencias de una corte suprema —o tribunal constitucional— nacional no tienen, desde la entrada en vigor del Pacto y de la aceptación de la jurisdicción contenciosa

Es un deber de los jueces, vinculado con la correcta administración de justicia, que protege a los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a los fallos en el marco de una sociedad democrática. En síntesis: *a)* las decisiones de los tribunales que puedan afectar derechos humanos, deben encontrarse debidamente fundadas, porque de lo contrario resultan arbitrarias; *b)* la argumentación de una sentencia debe mostrar que fueron tomados en cuenta los alegatos de las partes y el conjunto de las pruebas; *c)* la motivación demuestra que las partes han sido oídas y les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y de lograr un nuevo examen en las instancia superiores; *d)* el deber de motivar no implica una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión; *e)* la motivación es una de las "debidas garantías" del "debido proceso", comprendida en el art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica ("*Tristán Donoso*", párr. 152 a 154, y sus citas; "*Apitz Barbera*", párrs. 77 y ss.)

13 "*La última tentación de Cristo*", párrs. 79 y 103, punto 1. Una situación similar se produce en "*Tribunal Constitucional del Perú*", párrs. 56 y 96, respecto de sentencia de segunda instancia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmada por el Tribunal Constitucional del Perú. Respecto de este último veredicto, la CIDH observó que el fracaso de los amparos interpuestos por los actores "se debe a apreciaciones no estrictamente jurídicas", y que en la decisión objetada "no se reunieron las exigencias de imparcialidad". En conclusión, sostiene que mediante esos veredictos se violó el derecho a la protección judicial enunciado por el art. 25 del Pacto. La CIDH dispuso el pago de los salarios no percibidos por los magistrados, por el periodo en el que no pudieron desempeñar sus funciones.

de la Corte Interamericana, vigor de cosa juzgada *material*, sino *formal,* al poder ser invalidadas por la Corte regional.

El caso "Kimel", resuelto por la Corte Interamericana en 2008, es sumamente aleccionador al respecto. En un proceso por calumnias e injurias, dicha persona fue condenada en primera instancia, absuelto en segunda por una cámara de apelaciones, revocado este veredicto por la Corte Suprema de Justicia argentina, quien reenvió la causa a segunda instancia, la que dictó finalmente, por medio de otra cámara, sentencia condenatoria por calumnia. Contra ésta se interpuso el recurso extraordinario federal, declarado improcedente por la cámara. Se articuló después una "queja" ante la Corte Suprema, que la desestimó liminarmente ("Kimel", párrs. 42 a 50).

A la postre, agotados los recursos internos, Kimel inició el trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el asunto arribó a la Corte Interamericana. En su escrito de contestación de demanda, el Estado reconoció responsabilidad internacional. La Corte Interamericana, por último, entendió que el Estado había infringido diferentes derechos enunciados en el Pacto de San José, y que la sentencia condenatoria emitida implicó la violación de su derecho a la libertad de expresión. Conforme el antecedente "Herrera Ulloa", párrafo 195, que menciona, "el Estado debe dejar sin efecto dicha sentencia en todos sus extremos, incluyendo los alcances que ésta tiene respecto de terceros, a saber: *1)* la calificación del señor Kimel como autor del delito de calumnia; *2)* la imposición de la pena de un año de prisión en suspenso, y *3)* la condena al pago de $20 000... Para ello, el Estado cuenta con un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente sentencia. Asimismo, el Estado debe eliminar inmediatamente el nombre del señor Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados con el presente caso" (párr. 123).

De lo apuntado se desprende que la Corte Interamericana reputó contrario al Pacto el último veredicto judicial condenatorio de Kimel, pero que no revocó por sí misma esa sentencia, sino que ordenó al Estado argentino que procediera a "dejar(la) sin efecto", dentro de un término de seis meses. En otras palabras, la juzgó inválida, aunque no la borró —formalmente— del mundo

jurídico nacional. Dispuso que la decisión formal de "dejarla sin efecto" quedara en manos del Estado involucrado. Sin embargo, respecto de una de las consecuencias obligadas del fallo —el registro del antecedente penal del caso—, estableció que el Estado tenía que "eliminar inmediatamente" tal anotación. La diferenciación entre "dejar sin efecto" una resolución judicial en seis meses, pero efectivizar sin demora alguna la conclusión de uno de los resultados de ella, no parece muy explicable.

¿Por qué la Corte Interamericana no nulificó *per se* al fallo condenatorio reputado violatorio del Pacto de San José, y en vez de ello, por una suerte de *reenvío,* por cierto imperativo, encomendó la decisión de "dejarlo sin efecto" al Estado local? Tal vez lo hizo así porque el Pacto no confiere aquella competencia revocatoria, de modo claro y expreso, a la Corte Interamericana. Tal vez, igualmente, para no asumir el *status* de una discutida "cuarta instancia" judicial. Tal vez, asimismo, para rendir algún homenaje —algo simbólico, en verdad, pero de delicado valor protocolar— a la soberanía nacional del Estado involucrado, permitiendo que fuera él, y no la propia Corte Interamericana, quien formalmente eliminase del escenario jurídico a la controvertida sentencia, aunque ya ésta hubiera sido juzgada como desprovista de validez por tal Corte, a la luz del derecho regional de los derechos humanos, o Pacto de San José.

Digamos que esta solución es bastante parecida a la adoptada en algunos estados federales, cuando la Corte Suprema de la Nación, por medio generalmente de recursos extraordinarios, juzga opuestas al derecho federal sentencias emanadas de los más altos tribunales de las entidades federativas o federadas —estados o provincias—, componentes de la federación. En tal supuesto, es frecuente que la corte suprema federal, después de reputar inválido al fallo local, no dicte uno nuevo, sino que, mediante el uso del *reenvío,* deja que sea la Corte o Tribunal Superior, estadual o provincial, quien así lo haga.[14] Ello importa, entre otras cosas, un homenaje a las autonomías de las entidades federadas, al par que un acto de cortesía institucional.

[14] Véase al respecto, el sistema que implanta el art. 16 de la ley 48 de Argentina, con relación al "reenvío". Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario, cit.,* t. 2, pp. 470 y ss.

Dejando de lado temas procesales muy interesantes —por ejemplo, varios Estados, entre ellos Argentina, no tienen mecanismos legalmente previstos para dejar sin efecto una sentencia firme en el ámbito local, a raíz de que así lo ordene la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, lo cierto es que, por efecto diferido o como se lo quiera llamar, a la sentencia local descalificada por tal Corte por afectar derechos fundamentales, hay que privarle de efectos jurídicos. Y si no existen rutas procesales locales previamente demarcadas por la ley, habría de cualquier manera —razonable, claro está— que imaginarlas, según el principio del "efecto útil" de los tratados, previsto explícitamente por el artículo 2º del Pacto de San José.[15] Caso contrario, el Estado incurriría en una nueva violación al Pacto —desobediencia a una sentencia de la aludida Corte— y debería afrontar otras responsabilidades internacionales.

4. El allanamiento del Estado y las soluciones amistosas frente a resoluciones judiciales acusadas de infracción a los derechos humanos

El segundo tema que nos preocupa es el de las *soluciones amistosas* en las demandas promovidas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alternativa prevista perfectamente por el Pacto de San José de Costa Rica, *v. gr.,* por sus artículos 48-f y 49. El tema también es aludido por el Pacto con referencia al desistimiento de la parte demandante, la solución amistosa ante la Corte y la prosecución del examen del caso, aun mediando desistimiento o solución amistosa (arts. 53 a 55).

[15] El art. 68-1 del Pacto de San José de Costa Rica determina que "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". El art. 2º, por su parte, indica que "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Instrumentadas las soluciones amistosas algunas veces por actas-acuerdos, en ellas el Estado admite, total o parcialmente, los hechos invocados, las ofensas que ha inferido a las víctimas y las pretensiones resarcitorias de ellas. Como todo allanamiento, tiene la virtud de simplificar los litigios en extensión y tiempo, acercar a las partes a soluciones posiblemente justas y reducir la tarea de la Corte Interamericana.

Cabe advertir que esa Corte no se considera un convidado de piedra ante las soluciones amistosas. Por un lado, aclara que no son vinculatorias para tal tribunal, y que por encontrarse en juego la tutela de derechos humanos, hay una "cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes", por lo que a ella le corresponde "velar porque tales actos resulten aceptables para los fines que busca cumplir el sistema interamericano". En tal quehacer, a tales convenios "los debe confrontar con la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, la circunstancias particulares del caso concreto y la actitud y posición de las partes".[16]

Con entrelíneas tácitos, según estos lineamientos, la Corte Interamericana parece decir que va a vigilar que la solución amistosa no retacee ni mengüe la real vigencia de derechos humanos vulnerados por el Estado. Es decir, que va a procurar que las violaciones a esos derechos no queden sin tutela, so pretexto de haberse arribado a una solución amistosa en el fondo insuficiente. La tesis es, desde luego, correcta. No queda claro, sin embargo, una cuestión paralela: ¿si un Estado se allana totalmente a una denuncia de violación de derechos fundamentales, o si celebra una solución amistosa que implica el reconocimiento de todo lo reclamado por la presunta víctima, la Corte va también a determinar si hubo *realmente* infracción por el Estado al Pacto de San José de Costa Rica? La cuestión no es teórica, como veremos de inmediato.

En ciertos casos, el Estado se ha allanado, y así arribado a una solución amistosa con las víctimas de violaciones a derechos humanos, admitiendo que la infracción a éstos ha ocurrido, en todo

[16] Véase "Kimel", párrs. 22 a 24.

o en parte, mediante sentencias de sus tribunales, algunas veces emanadas de su Corte Suprema. Tal cosa ocurre, como hemos visto, en "Kimel".

En principio, eso parece un acto de sublime justicia: que el Estado reconozca que sus jueces, incluyendo a los supremos, han afectado derechos humanos, provoca primero en el lector un aplauso espontáneo, en aras de afirmar la tutela de dichas garantías. Que un Estado tenga la valentía de confesar ante la jurisdicción internacional que sus tribunales, aquellos justamente que tendrían que haber sido un ejemplo emblemático de afirmación de los derechos fundamentales, incumplieron tal deber y que, en vez de protegerlos, los mancillaron, eleva a ese *mea culpa* al paradigma del triunfo del derecho, al *summum jus* al que podría aspirarse.

Al mismo tiempo, es forzoso reconocer que cuando existan fallos judiciales que han infringido los derechos del Pacto, muy bueno es que se corrijan en la jurisdicción internacional, si se agotaron infructuosamente los recursos internos para así lograrlo.

De todos modos, cabe tener presente que el reconocimiento del Estado de haber violado derechos fundamentales de fuente internacional por sus tribunales, y en particular por una Corte Suprema o Tribunal Constitucional, no es realizado por estos órganos tribunalicios, sino por el poder ejecutivo, quien habitualmente maneja las relaciones exteriores y representa al Estado en esa esfera, ante la Comisión y Corte Interamericana.

La cuestión que emerge de inmediato es la siguiente: ¿resulta razonable que un poder ejecutivo, que no debe cumplir funciones judiciales ni interferir en los procesos —salvo en los que sea parte, y en tal caso, en paridad de condiciones con los otros sujetos de la litis—, admita ante la jurisdicción internacional que la Corte Suprema o Tribunal Constitucional de su país violó el Pacto de San José de Costa Rica? ¿Quién es en tal caso el intérprete final del derecho: la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional que resolvió la causa, o el poder ejecutivo que sostiene —desde su punto de vista— que la Corte o el Tribunal falló erróneamente? ¿Es razonable y sistémico que el poder ejecutivo, un órgano

del Estado comprometido con plataformas electorales, ideologías políticas, intereses muchas veces sectoriales y planes de gobierno concretos, cuente con la facultad de descalificar un pronunciamiento de su Corte Suprema o Tribunal Constitucional de su país, y requerir, por vía de *solución amistosa* o de allanamiento, la declaración de invalidez de lo resuelto por alguno de ellos, todo esto, además, sin tener el órgano tribunalicio implicado la más remota posibilidad de ser oído?

Existe, en este tema, un dato sociológico imposible de soslayar. En el sistema interamericano, la tutela de los derechos humanos ha atravesado las más dispares etapas, principiando por el castigo al terrorismo de Estado y a la negación del estado de derecho. La lectura de muchas de las sentencias de la Corte Interamericana pone los pelos de punta ante la seguidilla de masacres colectivas, desapariciones, actos de tortura, genocidios y otros tantos episodios de desprecio hacia la dignidad humana, a veces ignorados, o incluso consentidos, por ciertos jueces de la época. En ese contexto, el propósito de castigar a los culpables resulta altamente justificado y lleva a admitir el autorreconocimiento de la responsabilidad del Estado como una de las vías más encomiables para hacer justicia.

Ya en otras etapas posteriores, la temática de la Corte Interamericana felizmente se amplía, al par que la reducción del número de dictaduras disminuye la cuota de violación a los derechos humanos relativos a la vida, la libertad o la integridad física y psíquica. Otros derechos son materia de tratamiento por el tribunal regional. En ese nuevo escenario, la autoinculpación del Estado, a través del poder ejecutivo, asume otras connotaciones.

A lo expuesto cabe añadir que el ritmo ideológico-político de una Corte Suprema o de un Tribunal Constitucional no siempre es idéntico al que anima al poder ejecutivo de una misma nación. En otras palabras, el contenido de un derecho humano, o el modo de resolver los conflictos entre los distintos derechos, pueden ser diferentes en uno que en otro órgano del Estado. El desenlace de ese debate se opera, en el ámbito local, con la sentencia del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema, como intérprete final y último del derecho doméstico. Sin embargo, tal

dispositivo de solución de litigios se invierte si en el ámbito de la jurisdicción regional, el poder ejecutivo, vía allanamiento o solución amistosa, adopta la posición opuesta a la Corte Suprema o al Tribunal Constitucional, y de conformidad con una presunta víctima logra, sin más, revertir el fallo pronunciado por dicha Corte o Tribunal.

El asunto es conciliar, por un lado, el principio de división de los poderes —que lleva a la admisión de la Corte Suprema o del Tribunal o Sala Constitucional como intérprete final y supremo de la Constitución y del derecho, en el ámbito doméstico—, con la sanción, por el sistema regional de los derechos humanos, de las violaciones perpetradas a estos derechos, cuando hubieren sido causadas por órganos judiciales, especialmente por los nombrados. Sugerimos estas posibles vías de armonización:

a) el reconocimiento de la presunta infracción y de la consecuente responsabilidad internacional del Estado, por parte del poder ejecutivo, y por más que conforme íntegramente a la presunta víctima en todo lo que ella ha reclamado, no debe ser suficiente para descalificar las resoluciones judiciales objetadas. De lo contrario, el poder ejecutivo se transforma en el juez, por ejemplo, de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional del país en cuestión, alternativa que implica un claro absurdo sistémico, y

b) si el acto lesivo proviene de una sentencia, la Corte Interamericana debe dar especialmente buenas, precisas y sólidas razones para descalificar todos los fundamentos básicos esgrimidos por la Corte o Tribunal del caso, para decidir cómo lo hizo. Ello puede obligar a un manejo pulcro del derecho nacional en juego, ya que un ataque a los derechos humanos hipotéticamente perpetrado por un tribunal, exige atender a los motivos esgrimidos por éste. Por ejemplo, bien puede ocurrir que alguien tenga derecho a obtener satisfacción a su derecho violado, pero que no haya esgrimido en tiempo y forma adecuada su pretensión, en el ámbito local. Volvemos a este punto en el parágrafo siguiente.

5. El agotamiento de los recursos ante la jurisdicción interna. Recaudos de forma y de fondo

La *interposición* y el *agotamiento* de los recursos ante la jurisdicción interna (art. 46-1 del Pacto; hablamos, naturalmente, de los recursos adecuados e idóneos para el caso), exige la satisfacción, por el interesado, de las reglas de admisibilidad y procedencia de tales recursos. Lo contrario significaría que las negligencias y los errores procesales producidos por una parte serían irrelevantes y sin sentido alguno, ya que todo podría purgarse *con* y *en* un reclamo ante la jurisdicción regional. Para sustentar su razón de ser, el tránsito y el agotamiento de dichos recursos no debe significar un mero *tour* forense, puramente ritual, sino un planteo correcto y legal de sus pretensiones, con la debida diligencia, fundamentación y atención del caso, precisamente para dar oportunidad a los jueces locales de cumplir con su deber, tanto como magistrados domésticos como jueces, que también lo son, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.[17]

[17] En tal quehacer, por ejemplo, resulta muy llamativo que la CIDH no haya dado, en "Kimel", explicaciones que desluzcan las razones esgrimidas por la Cámara de Apelación y por la Corte Suprema, para desechar un recurso extraordinario federal interpuesto con la sentencia condenatoria que causaba agravio al actor ante la jurisdicción regional. Parecería que ese tema no fue objeto de debate ni de consideración ante la CIDH.
Respecto del papel de los jueces nacionales, como jueces del Sistema Interamericano del Pacto de San José de Costa Rica, debe destacarse que después de "Almonacid Arellano" (párr. 124) y de "Radilla Pacheco" (párrs. 338 a 340), entre otros, la CIDH, al encomendarles el "control de convencionalidad", los está obligando (i) a inaplicar el derecho interno opuesto al Pacto de San José y a su jurisprudencia, y (ii) a reinterpretar y hacer funcionar tal derecho doméstico conforme, igualmente, con el Pacto y dicha jurisprudencia. Ello convierte jurídicamente, de modo explícito, a dichos jueces internos en operadores del Pacto y de la CIDH. Véase Sagüés, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en Bogdandy Armin von; Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un jus constitutionale commune en América Latina?,* México, UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II, p. 464.

En definitiva, si la instancia jurisdiccional regional es, genuinamente, *subsidiaria, complementaria* y *coadyuvante*, como con acierto proclama la Corte Interamericana (véase *supra,* par. 2, *a*), lo propio es —para no transformarse en lo contrario, o sea, en un mecanismo directo, principal y autónomo—, que solamente estudie aquellos argumentos fácticos y jurídicos vertidos por las posibles víctimas en esos recursos internos, y no basarse en alegaciones articuladas extemporáneamente, recién en la etapa posnacional, cuando bien pudieron presentarse antes; y que si entiende que se han violado derechos convencionales por las resoluciones judiciales de los tribunales de los estados, demuestre acabadamente tal infracción.

6. El derecho a ser oído ante la jurisdicción regional

Sobre este tema, nos remitimos a lo puntualizado en el capítulo XX, donde tratamos el detalle su problemática.

7. Los límites del control de convencionalidad

Cabe preguntarse si el control de convencionalidad es un dispositivo absoluto, o si habría la posibilidad de excepciones. Al respecto, corresponde distinguir las dos manifestaciones que del mismo propone la Corte Interamericana (véase *supra,* caps. XXII y XXIII):

a) *caso de existir cosa juzgada internacional.* En tal variable, el Estado condenado en un expediente en que haya sido parte "se compromete explícitamente a cumplir la decisión de la Corte" (art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Como regla, no cabe aquí admitir supuestos de evasión, directa o indirecta, a tal obligación. Este deber fue enfatizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el referido caso "Gelman 2", del 20 de marzo de

2013, párrafo 68. Es cierto que algunos estados, como Perú y Venezuela, eludieron su compromiso declarando la "inejecutoriedad" de fallos de la Corte Interamericana, pero tales pronunciamientos, revestidos algunas veces de sentencias, han sido habitualmente condenados, y terminaron o en la retractación del Estado (Perú), o en el retiro del país del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Venezuela).[18]

En algunos supuestos, el Estado ha cumplido con el fallo de la Corte Interamericana, a regañadientes. Un caso paradigmático puede ser "Bulacio-Espósito", donde la mayoría de la Corte Suprema argentina manifiesta su profundo disenso con la Corte Interamericana, a pesar de lo cual decide obedecerla, por ser esta última intérprete final y supremo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica.[19]

Como regla, entonces, la discrepancia visceral que pueda tener un país con relación a un fallo de la Corte Interamericana podría conducir a que tal Estado denunciase el Pacto y se retirara del Sistema Interamericano, pero en los términos y condiciones aceptados por dicho pacto y sin dejar de cumplir con lo decidido por el tribunal regional.

En términos de derecho positivo, incluso constitucional, en definitiva, no hay escapatoria —directa o indirecta— a la obediencia a la Corte Interamericana, aun aunque la sentencia fuese errónea, ya por infringir el estatuto de los derechos consignados en el pacto, ya por inmiscuirse en competencias nacionales no delegadas al sistema interamericano. La sentencia de la Corte es definitiva e inapelable (art. 67 de la Convención citada); y el Estado, según

[18] Véase sobre tales países Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos, cit.,* p. 253; Ayala Corao, Carlos, *La "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009),* Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2009, pp. 67 y ss.

[19] Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos,* 327:5668.

constante regla del derecho de gentes, no puede alegar, como principio, normas de derecho interno para eximirse del cumplimiento de sus compromisos internacionales.

La alternativa de incumplimiento podría aparecer con las sentencias que hemos denominado *aberrantes,* categoría más viciosa que las sentencias *arbitrarias* y las *derrotables*,[20] esto es, las indudablemente injustas y lesivas de derechos humanos fundamentales emergentes de un derecho natural superior al positivo. En tales supuestos extremos y excepcionalísimos, entraría a operar la llamada "fórmula de Radbruch", conforme a la cual *la injusticia extrema no es derecho*, tesis avalada, *v. gr.,* por el Tribunal Constitucional Federal alemán.[21] Si el desacierto del tribunal regional fuese incuestionablemente claro y grave, de una magnitud mayúscula que lo convirtiese en "no derecho", o sea, en derecho solo aparente, provocador de lo que Werner Goldschmidt llamaría una laguna dikelógica o axiológica irremediable,[22] respecto de un derecho fundamental ínsito a la dignidad de la persona. En tal supuesto, la sentencia entraría en crisis, más que por transgredir reglas de derecho positivo, por violar reglas

[20] Hemos anticipado el perfil de las sentencias "aberrantes" y su distinción de las arbitrarias y "derrotables", en Sagüés, Néstor Pedro, "La autorrevisión de las sentencias definitivas de los tribunales constitucionales. Análisis comparativo entre Argentina y Perú", en AA.VV., *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional?,* Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional, Lima 2015, Palestra, núm. 10, pp. 26-27. Estimamos que una sentencia aberrante plantea algo relativamente similar a un "caso trágico", en la terminología de Manuel Atienza, en el sentido que son situaciones que no pueden decidirse "si no es vulnerando el ordenamiento jurídico" (en la hipótesis que evaluamos, no obedeciendo al art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sobre el "caso trágico", véase Atienza Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica,* México, 2009, UNAM, p. 201, quien se remite a Atienza Manuel, "Sobre lo razonable en el derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* Madrid, l989, núm. 27, pp. 93-110.

[21] Véase Vigo, Rodolfo L., *La injusticia extrema no es derecho,* 1ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 84, 94, 167.

[22] Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho, cit.,* p. 221.

de derecho natural suprapositivo, convirtiéndose en una "no sentencia",[23] y

b) *caso de mediar cosa interpretada.* En este terreno, donde un Estado no ha sido parte en el proceso donde la Corte Interamericana sienta doctrina, habría en principio mayores argumentos para la discrepancia, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone expresamente el deber de una nación de seguir los lineamientos fijados por tal Corte en un proceso donde no ha sido parte.

No obstante, por su condición de intérprete final del pacto de San José de Costa Rica, la Corte Interamericana es el juez de sus competencias derivadas de esa convención, y más allá de sus aciertos o errores, y de la legitimación que adquiere el control de convencionalidad, debería ser seguida por los estados nacionales que han aceptado su competencia contenciosa. Éstos tendrían,

[23] Un caso —hipotético— que podría generar la hipótesis de una *sentencia aberrante,* en materia de derechos humanos, podría darse si al interpretar el derecho a la vida de la persona por nacer, aludido en el art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como protegido "en general" y desde su concepción, se interpretara como que un Estado podría excepcionarlo libremente, del modo que él quisiera, admitiendo, *v. gr.,* el aborto provocado discrecional, producto de la mera voluntad de la madre que quisiera realizarlo. Conviene recordar que el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitido en el caso "Baby Boy" (resolución 23/81, caso 2141), no llega a ese extremo, pero se le aproxima, al explicar como posible hipótesis de no tutela de la vida del feto, y por ende, admitiendo la impunidad del homicidio prenatal, al practicado en resguardo del honor de una mujer (véase considerandos 19, 25 y 30 del dictamen de la Comisión).
Por su parte, Eduardo R. Sodero ha subrayado el grave cuestionamiento que merece la sentencia de la CIDH dictada en la causa "Artavia Murillo *vs.* Costa Rica", donde desconoce el carácter de persona tutelada en su vida por el art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los embriones fecundados, pero no anidados todavía en el seno materno, fallo al que engloba en el grupo de los precedentes gravemente injustos: Sodero, Eduardo R., "Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: la pesadilla y el noble sueño", en AA.VV., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 493.

naturalmente, la opción de retirarse del sistema programado por la Convención, siempre conforme a sus plazos y condiciones.

Claro está que si el lineamiento jurisprudencial fijado por la Corte Interamericana, en uno o más casos, padece de un defecto tremendo, lesivo gravemente de derechos humanos naturales y fundamentales, hasta concluir en una situación de injusticia extrema que lo convierte en un "no derecho", entonces esa directriz aberrante tampoco operaría como precedente obligatorio, de acuerdo con las pautas indicadas en el punto a) de este parágrafo.[24]

8. Reflexiones finales

En tren de sincerar y de legitimar el funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —un organismo vital para afianzar el bien común regional— resulta tal vez necesario replantear algunas de las definiciones y de las prácticas de tan significativo Tribunal.

En primer término, cabe reconocer que cada vez más se perfila como una "cuarta instancia", bien que excepcional y de conocimiento restringido, circunstancia que de por sí no es lamentable, en tanto su resultado final sea positivo. Tal vez ello sea una exigencia inevitable de la profundización del marco de vigencia de los derechos humanos de fuente internacional.

En segundo lugar, con el fin de mejorar al instituto, cabe que trate con mayor precaución los allanamientos y las soluciones amistosas del Poder Ejecutivo de cada Estado, en particular cuando se esté cuestionando la convencionalidad de sentencias jurisdiccionales, y de modo todavía más especial si ellas provienen de cortes supremas o de tribunales constitucionales. La aceptación de responsabilidad por parte del poder ejecutivo no debe reconocerse como motivo suficiente, por sí mismo, para generar responsabilidad internacional del Estado, si el presunto acto lesivo proviene de aquellos fallos.

[24] En igual sentido, Sodero, Eduardo R., "Los desafíos...", *cit.*, pp. 494-496, con cita de William Blackstone.

Como tercera observación, si realmente se quiere afirmar con honestidad el papel subsidiario y complementario de la jurisdicción regional, corresponde analizar con mayor cuidado la satisfacción del requisito del agotamiento de los recursos internos, por parte del interesado en ocurrir a aquella jurisdicción regional. En ese ámbito doméstico, dicha parte deberá presentar con suficiencia, en tiempo y forma, toda la línea argumentativa que después, de ser necesario, transportará ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente para dar a los jueces domésticos la oportunidad de satisfacer su derecho. Las reflexiones tardías y los planteos novedosos en el ámbito regional son incompatibles con la función subsidiaria y complementaria de la Corte Interamericana, respecto de los magistrados internos.

Adicionalmente, la Corte Interamericana, antes de emitir sus fallos, debería dar audiencia a los sujetos potencialmente perjudicables por el veredicto que emita. El derecho a ser oído debe igualmente respetarse en el seno de dicho tribunal.

Por último, las decisiones de la Corte Interamericana, como intérprete final del Pacto de San José de Costa Rica, merecen obediencia y seguimiento. No es factible alegar normas de derecho positivo para apartarse de ellas. Solamente las sentencias aberrantes, situadas más allá de las arbitrarias o derrotables, incuestionablemente repulsivas desde la perspectiva del derecho natural referido a derechos humanos fundamentales, podría legitimar, en situaciones terminales y excepcionalísimas, configurativas de una "no sentencia", la abstinencia de su ejecución.

Capítulo XXVII
Hacia la cuarta instancia. El debido proceso según la Corte Interamericana y el repliegue del principio dispositivo*

1. Introducción

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Furlán y familiares *vs.* Argentina", pronunciada el 31 de agosto de 2012, aborda temas de mucho interés. Seleccionamos uno de ellos: la reducción, y en su caso, inaplicación, del principio procesal "dispositivo" en los casos donde son parte personas en situación de vulnerabilidad que demandan prestaciones impostergables.

La sentencia es de sumo interés para meritar la actuación del tribunal en la revisión del derecho doméstico, aproximándose a una cuarta instancia cuasiordinaria, no obstante el rechazo de la Corte para desempeñar tal rol.

En concreto, la Corte Interamericana detectó la infracción, por parte de Argentina, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —coloquialmente llamada "Pacto de San José de Costa Rica"—, respecto del artículo 8º.1 de la misma, con relación a los artículos 19 y 1.1. Entendió que las autoridades judiciales argentinas, en un proceso civil por daños y perjuicios

* El presente trabajo se inserta en el Programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

y cobro de indemnización, no actuaron con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Furlán, excediendo el "plazo razonable" para diligenciar el proceso. En particular, porque no cumplieron con las facultades ordenatorias e instructorias contempladas por los artículos 34 y 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, a más de transgredir los plazos previstos para el proceso ordinario por tal Código.

El proceso en cuestión duró más de doce años. Cuando se planteó la demanda, la víctima Furlán era un menor. En 1991 se inició el trámite, en abril de 1991 y febrero de 1996 solicitó se corriera traslado de la demanda, en octubre de 1997 que se abriera la causa a prueba, el 16 de diciembre de ese año que se las proveyera, el 12 de febrero de 1998 que se designaran los peritos, el 10 de diciembre que se intimara el psiquiatra que cumpliera su misión, el 25 de febrero de 2000 que se clausurara el término de prueba, y el 18 de abril, el 23 de mayo y el 22 de agosto requirió sentencia, que se emitió el 7 de septiembre de 2000, parcialmente en favor del actor, confirmada por sentencia de cámara el 23 de noviembre de ese año. El pronunciamiento encontró culpa concurrente entre el actor y el demandado. Pero la acreencia en concreto tardó tres años en efectivizarse, el 12 de marzo de 2003, por haberse sometido por ley 23.982 al régimen de consolidación de deudas, y se satisfizo con bonos del Estado.

2. Pautas que sienta la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El trámite de ejecución integra el tiempo del proceso

Un criterio significativo de la Corte Interamericana es reputar que, siguiendo lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "los procedimientos de ejecución deben ser considerados como una segunda etapa de los procedimientos" (párr. 150 de "Furlán"). La tesis es plenamente convincente, por su realismo. La Corte añade que hasta tanto no se haya logrado el fin de un proceso, éste ha continuado, todo ello para valorar si se ha satisfecho el principio del "plazo razonable" para actuar el mismo, aludido por el artículo 8º de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos. La etapa de cumplimiento demoró aquí más de un año y nueve meses.

3. La determinación del plazo razonable. La complejidad de lo debatido

Un dato relevante que maneja la Corte Interamericana para detectar si la justicia actuó en un plazo razonable, es el carácter intrincado o no del tema litigioso.

En "Furlán", recuerda las pautas que maneja el Tribunal en esa temática: pluralidad de sujetos procesales, carecer intrincado de la prueba, cantidad de las víctimas, las características del recurso o proceso que se sigue, el tiempo operado entre el hecho generador del proceso y el inicio de la causa (párr. 156).

Meritando el asunto bajo examen, advierte que hay un solo hecho a investigar, un accidente. Es cierto que hubo pericias, pero el asunto no justifica una demora como la habida. El proceso ordinario seguido, a su turno, no es de por sí enmarañado. La demanda, por su parte, se presentó un año y once meses después del accidente. En conclusión, estimó que no se trataba de un caso complejo. El criterio de la Corte Interamericana es igualmente correcto.

4. La actividad procesal del actor

Otro indicador importante para auscultar el cumplimiento o no del plazo razonable, es averiguar el comportamiento procesal de la víctima, a fin de determinar si ella contribuyó o no a infringir el plazo razonable para obtener la sentencia definitiva.

El caso "Furlán" entra aquí en cuestiones casuísticas por cierto complejas. El Estado argentino inculpó a Furlán haber demorado cinco años en indicar contra quién dirigía la demanda. Para explicar esto, entra en juego la falta de respuesta del Registro de la Propiedad sobre ciertos datos que le fueron requeridos. A favor del actor, se indica que requirió tres veces que se diera traslado a la demanda, insistió en la presentación de peritajes médicos y peticionó tres veces que se dictara sentencia.

Un punto que gravita en perjuicio del demandante es haber esperado más de un año antes de articular su demanda. Volveremos sobre ello.

5. La actuación de las autoridades judiciales

La Corte Interamericana detalla una serie de deberes judiciales incumplidos: evitar la paralización del proceso, no usar sus facultades instructorias y ordenatorias (arts. 34 y 36, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), no haber privilegiado la atención del preferente despacho de las indemnizaciones por incapacidad física (según el art. 36 del Reglamento para la Justicia Nacional), no haberse cumplido con los términos prefijados legalmente para dictar sentencia, producir las pruebas o disponer el traslado de la demanda, etc. En definitiva, entendió que "el Estado no ha demostrado que la demora prolongada por más de 12 años no sea atribuible a la conducta de sus autoridades" (párr. 190).

6. Conclusiones de la Corte Interamericana

El Estado argentino recordó que el proceso bajo examen se desarrolló en el fuero civil y comercial, donde rige el principio dispositivo, y donde el juez no tiene el deber procesal de impulsar la causa, tratándose, en concreto, de bienes disponibles por los interesados, como era una indemnización pecuniaria en lo civil y comercial.

Rememoremos, al respecto, las sencillas pero contundentes palabras de Lino Palacio:[1] "Llámese principio dispositivo a aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez. La vigencia de este principio se manifiesta en los siguientes aspectos: iniciativa, disponibilidad del derecho material, impulso procesal, delimita-

[1] Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, 18ª ed., actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 63.

ción del *thema decidendum,* aportación de los hechos y aportación de la prueba...".

De acuerdo a como se ha entendido en la praxis forense tal principio, el proceso es iniciado por el interesado cuando lo considere oportuno (en el caso "Furlán", por ejemplo, la demanda del proceso civil se presentó un año y once meses después de ocurrido el accidente que la motiva: párr. 158 de la sentencia de la Corte Interamericana), y resulta instado por los litigantes, quienes a menudo —no en todas las jurisdicciones— redactan materialmente las cédulas y oficios para su firma, los diligencian, y activan la respuesta del caso por parte de los particulares o autoridades a quienes van dirigidos, requiriendo, de corresponder, sanciones y apercibimientos para el moroso. De hecho, son los justiciables quienes manejan los tiempos del proceso. Un decreto o una resolución pueden quedarse sin notificar durante lapsos prolongados, meses por ejemplo, hasta tanto sea promovida tal comunicación por un litigante. Si el juzgado emite un decreto que perjudica a una contraparte, ella debe objetarlo por la vía procesal pertinente: aclaratoria, recurso de reposición, etc. Las providencias no cuestionadas, quedan firmes. La demora del tribunal en expedirse debe atacarse, llegado el caso, mediante ciertos trámites, como el requerimiento de "pronto despacho". Y si la ejecución de una sentencia está paralizada por una ley, *v. gr.,* el afectado deberá plantear su inconstitucionalidad. Caso contrario, la consiente también.

La Corte Interamericana, por el contrario, sostiene aquí un principio opuesto, que por su importancia trascribimos en cursivas: "*el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos*" (párr. 169). Insiste pues en esta directriz, emergente antes en "Salvador Chiriboga *vs.* Ecuador" (párr. 83) y en "Acevedo Buendía *vs.* Perú" (párr. 76).

En consonancia con ello, constata —y desaprueba— "una actitud pasiva" del juez en determinadas etapas procesales de la causa "Furlán" (párr. 182). Detecta, igualmente en términos condenatorios, "que la autoridad judicial no procuró en forma diligente que los plazos procesales se cumplieran, no cumplió (con)

su deber de tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso" (párr. 186).

Se trata, estimo, de una confrontación profunda con el modo de entender en Argentina el principio dispositivo en el ámbito civil y comercial, lo que equivale a reducirlo de modo muy significativo. Se exige, en cambio, un activismo inusual en los hábitos forenses —tanto de abogados como de jueces—, en el tema y fuero que enfocamos.

La cuestión se enfatiza cuando la Corte Interamericana subraya que para concluir si hubo o no justicia en un plazo razonable, cabe atender la materia de la controversia y la afectación de la persona litigante. En situaciones especiales, "resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve" (párr. 194). La Corte reitera aquí doctrina sentada en los casos "Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia" (párr. 155), y "Comunidad Indígena Xákmok Kásec *vs.* Paraguay" (párr. 136).

En definitiva, el supuesto de personas vulnerables, como los menores, los enfermos de SIDA, o de individuos de avanzada edad (párr. 195), puede exigir una premura, impulso y atención judicial específica. Lo mismo pasa con los discapacitados, en cuyos trámites "es imperante tomar todas las medidas pertinentes, como la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos" (párr. 196). Son causas acreedoras de una "diligencia especial" por parte de los tribunales (párr. 186).

En el caso "Furlán" la Corte Interamericana hace aplicación de tales estándares teniendo en cuenta la lamentable situación de tal actor, víctima de un traumatismo de cráneo con secuelas psíquicas, dos intentos de suicidio, un proceso penal por agresión contra su abuela, y la necesidad de una asistencia médica especializada, "la cual implicaba una mayor celeridad para la culminación del proceso" (párr. 199). Para la Corte, era "evidente que el caso exigía por parte de las autoridades judiciales una mayor diligencia, pues de la brevedad del proceso dependía el objetivo

primordial del proceso judicial, el cual era obtener una indemnización...” (párr. 202). Y añade que la parte actora “no es la causante” de la dilación del proceso (párr. 186). La tesis, nos parece, no es del todo exacta: ya vimos el extenso lapso que la actora dejó transcurrir entre el evento dañoso que motiva el pleito, y la interposición de la demanda.

7. Proyecciones del fallo “Furlán”

En definitiva, y en términos más generales, según el pensamiento de la Corte Interamericana, expuesto en varios de sus fallos y refrendada con énfasis en “Furlán”, si el proceso versa sobre los derechos de personas en situación de vulnerabilidad —discapacitados, tercera edad, menores, enfermos, etc.—, que reclaman prestaciones impostergableS, el principio dispositivo, en el fuero civil y comercial, se recluye. Por el contrario, emerge entonces un deber judicial de actuación positiva, de ordenación y de impulso, lindante o enlazado ya con un activista desempeño de oficio, cuyo incumplimiento infringiría la regla del “plazo razonable” para la tramitación de las causas judiciales (art. 8-1, Pacto de San José de Costa Rica), y genera responsabilidad para el Estado renuente.

La calificación de sujeto vulnerable, entendemos, es amplia: aparte de los indicados en este fallo por la Corte Interamericana, podrían añadirse otras categorías, como mujeres y en general personas en situación de desamparo, integrantes de las comunidades indígenas marginadas, indigentes y pobres, analfabetos, migrantes irregulares, miembros de ciertas minorías discriminadas, etcétera.

Otro parámetro evaluativo es la materia reclamada en un proceso: ciertas pretensiones económicas, por ejemplo, no indispensables o urgentes para una persona, podrían serlo para otras —en función de su estado y de sus necesidades—, y ello provocaría también la actuación judicial oficiosa.

En el orden de las aplicaciones prácticas, estas directrices obligan a diferenciar, entre los procesos civiles y comerciales, los concernientes a sujetos vulnerables con reclamos de satisfacción

rápida, y los que no lo son. Los primeros deberían diligenciarse expeditivamente, de oficio y con preferencia al resto de los expedientes, incluso en su resolución. En los demás podría seguir vigente el principio dispositivo tradicional.

Detrás de esta concepción, y para comprenderla, debe recordarse el principio de *promoción* en la interpretación de las normas del derecho de los derechos humanos, que para algunas versiones, por lo visto recepcionadas por la Corte Interamericana, desdibujan en algo la clásica imagen del juez neutral, para convertirlo en un factor de observancia y vigencia de tales derechos, o sea, en un agente de su tutela y protección.[2]

En la raíz filosófica de estos lineamientos subyace la idea de que, cuando el bien jurídico en juego es muy alto, el derecho procesal auspicia un mayor activismo judicial, aun de oficio, tal como ocurre, *v. gr.,* en algunas actuaciones del fuero penal y laboral, en determinados asuntos de derecho de familia y también en tramos del derecho procesal constitucional (*v. gr.,* con la diagramación del *habeas corpus* de oficio, que obra en la ley argentina de la materia, 23.098).

Es cierto que tal activismo no se concilia fácilmente con otras directrices de la Corte Interamericana, que subrayan en cambio la independencia y sobre todo, la imparcialidad, subjetiva pero especialmente objetiva, del juez. Un juez instructor e indirectamente tutor de determinados sujetos procesales puede no ser, en efecto, un juez impecablemente imparcial (véase cap. XIII). Tal dilema no está resuelto por ahora. En "Furlán", la Corte Interamericana parece conformarse con que ese juez no dilate él, ni permita que otros dilaten ni paralicen, el proceso; llegado el caso, que también lo inste, aparte de que cumpla y haga cumplir los plazos procesales vigentes, y desde luego, emitiendo en término sus veredictos. Tal vez, también, que agote sus facultades en materia de pruebas de oficio. Y sin dudas, que dé preferencia en el despacho y resolución de los expedientes a los promovidos

[2] Véase Espinal Irias, Rigoberto, "Los jueces y su responsabilidad para la vigencia de un estado de derecho", en AA.VV., *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos,* San José, Costa Rica, 1993, pp. 41 a 43.

por sujetos vulnerables, en pretensiones que no permitan posposición.

8. El carácter vinculante de los fallos de la Corte Interamericana. Sugerencias

Cabe advertir que las líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana han dejado de ser meras guías, o criterios de interpretación, o directrices de innegable conocimiento, para convertirse, en particular después del enunciado de la doctrina del "control de convencionalidad", en reglas de derecho positivo.

Recapitulemos lo esencial del tema: el control de convencionalidad cumple un doble rol: *a) represivo:* los jueces nacionales deben inaplicar el derecho interno opuesto al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; *b) constructivo:* los jueces nacionales deben aplicar el derecho interno en consonancia con tal Pacto y tal jurisprudencia. Esto último obliga a hacer funcionar, llegado el caso adaptándolo o reciclándolo, a todo el derecho doméstico, de conformidad a tales parámetros.[3] Esta última faceta ha sido subrayada en casos recientes, como "López Mendoza vs. Venezuela" y "Atala Riffo vs. Chile": las interpretaciones de los órganos judiciales y administrativos de un Estado, deben adecuarse a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.[4]

En síntesis, y con referencia al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, habrá que inaplicarlo por *inconvencional* en el tramo que colisiona con el Pacto y la jurisprudencia indicados. Pero antes, corresponderá, en la medida de lo posible, aclimatarlo, interpretarlo, modularlo, en sintonía con el Pacto y esa juris-

---

[3] Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", *cit.,* t. II, p. 464.

[4] Cfr. Bazán, Víctor, "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas", en Bazán, Víctor y Nash, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011,* Bogotá, Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile-Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 31.

prudencia. Para ello, podrá seguirse en el tema que nos ocupa una interpretación distintiva y restrictiva: el principio dispositivo, emergente del Código según su tradicional exégesis, queda limitado para los expedientes donde no haya sujetos vulnerables que reclamen derechos humanos impostergables. En estos últimos, el juez tendrá que actuar por sí mismo, con diligencia y de oficio, a más de darles prioridad en su trámite y decisión.

Naturalmente, todo esto no es gratuito, ya que aparte de significar una revolución cultural en los hábitos forenses, obligaría a incrementar el número de los tribunales a que aludimos, o al menos, en forma significativa, a su personal, con el fin de tornar realmente factibles y operativas las directrices mencionadas. A mayor actividad de oficio y protagonismo judicial, por cierto, mayor gestión por parte de los tribunales. No solamente en Argentina, aclaramos, sino en todos los países que suscriben el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana. Mientras que esa ampliación de los cuadros judiciales no ocurra, los tribunales deberán de todos modos dar preferencia a las causas que indica el tribunal regional.

Ello obliga a la Corte Interamericana, por contrapartida, a ser clara y cauta en sus lineamientos, a tener en cuenta los resultados y consecuencias globales de sus decisorios, y su factibilidad real.

Como observación final, debe subrayarse que nuestros tribunales deben asimilar cuidadosamente los criterios de la Corte Interamericana que impactan directamente en el funcionamiento del sistema procesal argentino, en particular para evitar responsabilidades internacionales de nuestro Estado. Apuntamos tres sugerencias prácticas:

a) la primera, es que los jueces —de todo el país— califiquen *expresamente* —por razones de seguridad jurídica—, al proveer una demanda, de "atención especial", o no, a esa causa, según las pautas que ha elaborado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que hemos reseñado precedentemente. Si es de atención especial, el trámite deberá diligenciarse de oficio, y con la nota de celeridad que hemos descrito, bajo la responsabilidad del magistrado y secretario actuantes;

b) promover sobre el tema una reforma legislativa, tanto en el orden nacional como en el local, acompañada del refuerzo administrativo y presupuestario pertinente. Queda claro, sin embargo, que con o sin esa reforma, los requerimientos de la Corte Interamericana mencionados en este trabajo son ya obligatorios para los jueces argentinos, y

c) realizar, por parte de los colegios profesionales de abogados, jueces y funcionarios, escuelas judiciales u organismos análogos, facultades de derecho, organismos públicos y entidades jurídicas en general, una amplia difusión del nuevo estado de cosas sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para su debida toma de conciencia por parte de todos los operadores del sistema de impartición de justicia, y con el claro entendimiento de que la infracción a esas exigencias puede provocar responsabilidad internacional del Estado.

9. El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A pesar de que el Tribunal niegue actuar como una cuarta instancia (véase *supra,* cap. XXVI), lo cierto es que en este caso ha realizado un exhaustivo análisis del material fáctico, del desempeño de las partes y del tribunal, y del derecho aplicable, en particular el procesal. Su papel se aproxima, por ende, al que afirma no querer desempeñar.

Tal actitud de profundización de la labor del tribunal no es de por sí condenable, pero advierte que es un órgano que ausculta con toda la intensidad que ella entiende sea menester, hechos y derecho.

Por lo demás, las secuencias del fallo impactan en todos los países del área y deberían repercutir en decenas de miles de expedientes donde se discutan indemnizaciones por accidentes —de naturaleza negociable y disponible— en las que esté en juego el derecho privado, siempre que hubiere sujetos vulnerables y con pretensiones impostergables.

Índice temático*

Acceso a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, XXV, 3.

Activismo judicial, XIII, 1 y ss.

Acuerdo social relevante, XIX, 5.

Agotamiento de los recursos internos, XXVI, 5.

Agresiones a derechos y contraderechos, XV, 1 y 2.

Allanamiento del Estado, XXVI, 4.

Argumentos
- aristocrático, XIV, 8.
- democrático, XIV, 6.
- jerárquico, XIV, 7.

Autorrevisión de sus sentencias por tribunales supremos, XI, 1 y ss.

Black Mondays, XI, 4.

Cambios sociales y tribunales constitucionales, X, 1 y ss.

Carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, XXVII, 8.

Cegueras axiológicas, I, 5; XIV, 11.

Cláusulas abiertas de la Constitución, I, 1.

Cláusulas constitucionales antigolpistas, VII, 2.

Concepciones, I, 1.

* Los números romanos corresponden a los capítulos, y los arábigos a sus parágrafos.

Conceptos, I, 1.

Conceptos constitucionales imprecisos, XIX, 4.

Consenso, I, 5.

Constitución convencionalizada, XXIII, 4.

Constitución de Querétaro, XXI, 1 y ss.
- su influencia en la Constitución argentina; XXI, 2, 4.

Constitución viviente, I, 1 y ss.

Constituyente actual, I, 3.

Construcción de interpretaciones, XXIII, 2.

Contraderechos, XVII, 1 y ss.

Control de convencionalidad, XV, 1 y ss., XXII, 1 y ss.
- administrativo y ejecutivo, XXIV, 4.
- dificultades de instrumentación, XXV, 1 y ss.
- externo e interno, XXII, 2.
- legislativo, XXIV, 2.
- límites, XXVI, 7.
- manifestaciones, XXII, 4.
- material controlante y controlado, XXII, 5.
- recepción y evasión, XXV, 8.
- rol represivo y constructivo, XXIII, 2.
- y control de constitucionalidad, XXIII, 7.

Crítica a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, XXVI, 1 y ss.

"Cuarta instancia", XXVI, 2; XXVII, 1.

Cuestiones políticas no justiciables, VIII, 1 y ss.; 8.

Derecho a la seguridad XVI, 1 y ss.

Derecho a ser oído en la jurisdicción internacional, XX, 1 y ss.

Derecho consuetudinario, XI, 7.

Derecho de necesidad y emergencia, III, 1-A y ss.
- requisitos, III, 1-G.
- opuesto a la Constitución, III, 3-L y ss.
- supraconstitucional, III, 3-O.
- su judiciabilidad, III, 4-G.

Derecho repentino, XI, 7.

Derechos humanos, XIV, 1 y ss.; XVI, 1.
- universalismo, XIV, 1.
- relativismos, XIV, 2 y ss.
- relativismo estatal, XIV, 4.
- relativismo ideológico, XIV, 2.
- relativismo intraestatal, XIV, 5.
- relativismo religioso, XIV, 3.

Derechos imposibilitados, XVIII, 1.

Derechos imposibles, XVIII, 1 y ss.

Desconstitucionalización, IV, 1 y ss.

Desmontaje de la Constitución, IV, 6.

Detención de personas, XV, 7.

Dignidad de la persona, XIX, 1 y ss.

"Doble conforme", XI, 9.

Equilibrio sistémico, VIII, 3.

Esfuerzo compartido, XIV, 10.

Emergencia bajo la Constitución, III, 3-C.

Emergencia económica, III, 3-A y ss.

Estado de excepción, XV, 9.

Estado de necesidad, III, 1-H.

Ética de la necesidad, III, 2-A y ss.

Fidelidad a la Constitución, I, 3.

Fórmula de Radbruch, XI, 6; y conclusiones.

Garantismo, XIII, 1, 3.

Generaciones, I, 3.

Gobernabilidad sistémica, VI, 17.

Habeas corpus, XV, 1 y ss.
- roles, XV, 4.
- trámite, XV, 8.

Hiperpresidencialismo, VI, 1.

Ideologización, XVI, 3.

Inconstitucionalidad por omisión y por negación, XII, 1 y ss.

Inconvencionalidades sobrevinientes, XXIV, 3.

Inducción de normas, XII, 1.

Interpretación espúrea de la Constitución, V, 7.

Jefe de Gabinete de Ministros, VI, 14.

Juez actor, XIII, 1.

Juez Hércules, XIII, 2.

Juez investigador, XIII, 1.

Juez preservador, XIII, 1.

Lealtades jurídicas, XXV, 4.

Legitimidad del derecho de emergencia, III, 3-H.

Mal menor, VI, 9.

Margen de apreciación nacional, XIV, 9; XXV, 5.

Mejor intérprete, I, 6.

Minipremier, VI, 12.

Motorización de la Constitución, XVIII, 4.

Multiculturalismo, XIV, 12.

No sentencia, XI, 6.

"Órgano de cierre", XI, 6, 9.

Órganos extrapoder, IX, 1.
- orígenes y razón de ser, XI, 2.
- desarrollo, IX, 3.
- éxito y fracaso, IX, 5.

Órganos jurisdiccionales internacionales, XI, 8.

Parlamentarismo, VI, 1, 3.
- estructural y de coyuntura, VI, 10.

Plazo razonable, XXVII, 3.

Presidencialismo, VI, 2 y ss.

Presidente del Consejo de Ministros, VI, 13.

Poder constituyente irregular, II, 1 y ss.
- consecuencias, II, 4.
- derivado, II, 3.
- originario, II, 2.
- límites, II, 2 y 3.
- purga, II, 5.

Poder contramayoritario, I, 6.

Principio procesal dispositivo, XXVII, 6.

Razón de Estado, III, 2-D.

Reciclaje de la norma nacional, XXIII, 2.

Reelección presidencial, VI, 1 y ss.
- sistemas ensayados en Argentina, VI, 2 y ss.

Reforma constitucional argentina de 1957, XXI, 3.

Reforma constitucional argentina de 1994, XXI, 6.

Salvaguarda de la Constitución. Fórmulas. VII, 1 y ss.

Seguridad, I, 4.

Selección de interpretaciones, XXIII, 2.

Sentencias
- aberrantes, XI, conclusiones.
- atípicas, XII, 1.
- derrotables, XI, 4 y conclusiones.
- modulatorias, XII, 1.

Selección de interpretaciones, XXIII, 2.

Situación de necesidad, III, 1-D.

Techo ideológico de la Constitución, XIX, 6.

Textualistas, I, 1.

Tribunales constitucionales, X, 1 y ss.
- como legisladores suplentes y precarios, XII, 2 y ss.
- fundamentación y crítica, XI, 4, 5.

Trasplante de derechos, XXI, 1.

Bibliografía

AA.VV., *Derechos humanos, proceso penal y seguridad ciudadana,* San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, s/f.

Aftalión, Enrique; García Olano, Fernando y Vilanova, José, *Introducción al derecho,* 5ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1956, t. II.

Aláez Corral, Benito, "*Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 12 de octubre de 1993",* en *Revista Española de Derecho Constitucional,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales núm. 45, 1995.

Alberdi, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida de la organización política de la República Argentina", en *Organización política y económica de la Confederación Argentina,* nueva edición oficial, Besanzón, Imprenta de José Jacquin, 1856.

———, *Democracia y consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Corregidor, 1996.

Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional,* Rosario, Zeus, 2003.

Andrés Ibáñez, Perfecto, "*Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción",* en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* Madrid, Trotta, 2005.

Arteaga Acosta, Horacio, "*Los derechos humanos hoy: concepciones en conflicto",* en *Boletín de la Comisión Andina de Juristas,* Lima, núm. 45, 1995.

Ávila Ricci, Francisco Miguel, *Nueva Constitución nacional desde la historiografía institucional argentina,* Salta, Comisión Bicameral Examinadora de Obras de Autores Salteños, 1997.

Ayala Corao, Carlos, *La "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009),* Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2009.

Bandura, Albert, "Mecanismos de desconexión moral", en Reich, Walter *et al., Orígenes del terrorismo. Psicología, ideología, teología, estados mentales,* trad. por Sergio Bolaños, Barcelona, Pomares-Corredor, 1994.

Barber, Sotirios A., *Sobre el significado de la Constitución de los EEUU,* trad. por Ana Santos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.

Barker, Robert S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual,* Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2005.

Barra, Rodolfo Carlos, *El jefe de Gabinete en la Constitución nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

——— (coord.), *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Buenos Aires, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos-Ministerio de Justicia, 1997, t. V.

Barraza, Javier Indalecio y Schafrik, Fabiana Haydee, *El jefe de Gabinete de Ministros*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.

Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión,* Bogotá, Temis, 1997.

———, "*El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas",* en Bazán, Víctor y Nash, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011,* Bogotá, Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile-Fundación Konrad Adenauer, 2012.

Benabentos, Omar A., *Teoría general unitaria del derecho procesal,* Rosario, Juris, 2001.

Benda, Ernesto, "El estado social de derecho", en Benda, Ernesto *et al., Manual de derecho constitucional,* trad. por Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Publica-Marcial Pons, 1996.

Beneyto, Juan, *Historia de las ideas políticas,* 3ª ed., Madrid, Aguilar, 1968.

Bertolino, Pedro J., *La verdad jurídica objetiva,* 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Bianchi, Alberto B., "El Ministerio Público: ¿un nuevo poder? Reexamen de la doctrina de los órganos extrapoder", en *El derecho,* Buenos Aires, 1995, t. 162.

———, "El estado de sitio económico", en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires,* 50-13, 1990.

Bidart Campos, Germán J., "*La reforma constitucional de 1994", en Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* Buenos Aires, Ediar, 1995, t. VI.

———, *El derecho constitucional del poder,* Buenos Aires, Ediar, 1967, t. I.

———, *Las obligaciones en el derecho constitucional,* Buenos Aires, Ediar, 1987.

———, *Teoría general de los derechos humanos,* México, unam, l989.

———, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* Buenos Aires, Ediar, 1986.

Bielsa, Rafael, "El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y administrativo", en *Anuario del Instituto de Derecho Público,* Rosario, t. III, año III, 1940.

Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional,* trad. por Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1965.

Boffi Boggero, Luis María, "*La llamada responsabilidad internacional por acto propio, o subjetiva",* en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia,* Bogotá, 1978.

Bogdandy, Armin von, "*Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre el derecho constitucional internacional e interno",* parágrafo V, versión española del trabajo publicado en *Internacional Journal of Constitucional Law,* Oxford, Oxford University Press, 2007, vol. 6, núms. 3-4 (2008).

———, Piovesan, Flavia y Morales Antoniazzi, Mariela, *Estudos avançados de direitos humanos,* Río de Janeiro, 2013,

Botto Oakley, Hugo, *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer,* Rosario, Juris, 2004.

Brent Swisher, Carl, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos,* trad. por Hugo Charny, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958, t. II.

Cançado Trindade, Antonio A., "*Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights",* en *Re-*

cueil des cours de l'Académie de Droit International, La Haya, 1987, t. 202.

Canosa Usera, Raúl, "Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta", en *Ius et praxis,* Facultad de Derecho, Universidad de Talca, año 4, núm. 1, Chile, 1998.

Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia,* México, unam, 1996.

Carpio, Marcos Edgar y Eto Cruz, Gerardo, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado,* Querétaro, Fundap, 2004.

Carpizo, Jorge, *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte,* México, Porrúa, 2005.

Carranza, Elías (coord.), *Delito y seguridad de los habitantes,* México, Siglo XXI Editores, 1997.

Casal, Jesús M., *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Parte I. Deberes de los Estados y derechos protegidos. Capítulo II, Derechos civiles y políticos. Artículo 7, Derecho a la libertad personal,* versión digital remitida por el autor.

Cassagne, Juan Carlos (dir.), *El jefe de Gabinete en la Constitución reformada,* en *Estudios sobre la reforma constitucional,* Buenos Aires, Depalma, 1995.

Castro Patiño, Iván, *Inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, derecho comparado, reforma necesaria en la Constitución ecuatoriana,* Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2006.

Cerna, Christina M., "*La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socio-culturales",* en AA.VV., *Estudios básicos de derechos humanos II*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995.

Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.

Conde, Francisco J., *El saber político de Maquiavelo,* Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1948.

Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional. Segundo dictamen*, Buenos Aires, Eudeba, 1997.

Constantineau, Albert, *Tratado de la doctrina de facto,* trad. por Enrique Gil y Luis M. Baudizzone, Buenos Aires, Depalma, 1945, t. II.

Corvalán, Víctor R., "*Acción y reacción en el proceso",* en AA.VV., *Teoría unitaria del proceso,* Rosario, Juris, 2001.

Corwin, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual,* ed. revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat, trad. por Anibal Leal, Buenos Aires, Fraterna, 1987.

Cossio Díaz, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Currie, David P., *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos,* trad. por Verónica Gómez, Buenos Aires, Zavalía, 1993.

Chacón Corado, Mauro, "*La jurisdicción civil y penal (poderes, deberes y facultades)",* en AA.VV., *Teoría unitaria del proceso,* Rosario, Juris, 2001.

Chirinos Soto, Enrique, *Constitución de 1993. Lectura y comentario*, Lima, Nerman, 1994.

Choper, Jesse, *Judicial Review in the National Political Process: a Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court,* Chicago, University of Chicago Press, 1980.

Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado,* trad. por Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Jus, 1946.

Daranas Peláez, Mariano, *Las constituciones europeas,* Madrid, Nacional, 1979, ts. I y II.

Delgado Guembes, César, "La investidura: ¿confianza en la política del gobierno, o en el presidente de la República?", en Landa, César y Faúndez, Julio (eds.), *Desafíos constitucionales contemporáneos,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Constitucional, 1996.

Díaz Cisneros, César, *Derecho internacional público,* Buenos Aires, TEA, 1955, t. I

Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación constitucional de la ley,* Lima, Palestra, 2003.

Díaz Ricci, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional,* Buenos Aires, Ediar-UNAM-Universidad Complutense de Madrid, 2005, vol. 1.

Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio,* trad. por Marta Guastavino, Barcelona, Ariel Derecho, 1987.

Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional,* Buenos Aires, Depalma, 1993, t. I.

———, "El poder ejecutivo y el gabinete ministerial", en AA.VV., *Reforma constitucional,* Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994.

Escriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia,* nueva edición, Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta, 1876, t. III.

Esmein A., *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé,* 7ª ed., París, Recueil Sirey, 1921.

Espinal Irias, Rigoberto, "*El juez y su responsabilidad para la vigencia de un estado de derecho",* en AA.VV., *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos,* San José de Costa Rica, 1993.

Eto Cruz, Gerardo, "*Presentación",* en Tupayachi Sotomayor, Jhonny (coord.), *El precedente constitucional vinculante en el Perú,* Lima, Adrus, 2009.

Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión,* Madrid, Civitas, 1998.

Fernández Segado, Francisco, "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú", en *La Constitución de 1993. Análisis y comentario,* Comisión Andina de Juristas, Temas Constitucionales, núm. 10, Lima, 1994.

Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español,* Madrid, Dykinson, 1992.

———, *La dogmática de los derechos humanos,* Lima, Jurídicas, 1994.

Ferreyra, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad,* Buenos Aires, Ediar, 2007.

Fink, Andrés, *Los gobiernos de facto,* Buenos Aires, Depalma, 1984.

Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado,* 4ª ed., México, Porrúa, 2005.

Ganshof van der Meersch, Walter, "*Le caractère «autonome» des termes et la «marge d'appréciation» des gouvernements dans l'interpretation de la Convention européenne des Droits de l'Homme",*

en AA.VV., *Protection des droits de l'Homme: la dimension européenne,* Berlín, Franz Matscher-Herbert Petzold, l988.

García Belaunde, Domingo, *La Constitución en el péndulo,* Arequipa, Universidad Nacional de San Agustín, 1996.

———, *Teoría y práctica de la Constitución peruana,* Lima, Edilli, 1989, t. I.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid, Civitas, 1982.

García Lema, Alberto, *La reforma por dentro*, Buenos Aires, Planeta, 1994.

García Pelayo, Manuel, "Derecho constitucional comparado", en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 1950.

García Ramírez, Sergio (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004,* San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

———, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* México, UNAM, 2006, t. II.

Gardella, Lorenzo, "La equidad en la función judicial", en *Anuario de la Facultad Católica de Derecho de Rosario,* Rosario, año I, núm. 1, 1979.

Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno,* Barcelona, Ariel, 1996.

Gascón Abellán, Marina, "Los límites de la justicia constitucional: la invasión del ámbito político", en *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, núm. 18, 2009.

Goldschmidt, Werner, *Ciencia de la Justicia. Dikelogía,* 2a ed., Buenos Aires, Depalma, 1986.

———, "La sociedad contemporánea: su no conformismo y su concepción de la justicia", en *Justicia y verdad,* La Ley, 1978.

———, *Introducción filosófica al derecho,* 4a ed., Buenos Aires, Depalma, 1973.

González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona,* Madrid, Civitas, 1986.

Gottlieb Heineccio, Juan, *Elementos del derecho natural y de gentes,* trad. por J. J. A. Ojea, Madrid, 1837, t. II.

Gozaini, Osvaldo A., *Derecho procesal constitucional. El debido proceso,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.

———, *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. activismo,* Querétaro, Fundap, 2002.

Gregorini Clusellas, Eduardo L., *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado,* Buenos Aires, Depalma, 1987.

Grondona, Mariano, "*Nadie iza la bandera de la victoria",* en diario *La Nación,* Buenos Aires, 11 abr 1999.

Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (coords.), *El control del poder, Homenaje a Diego Valadés,* México, UNAM, 2011, t. II.

Hart Ely, John, "*On Discovering Fundamental Values", en Harvard Law Review,* núm. 5, 1978.

Hart, H. L. A., *The Ascription of Responsibilily and Rights*, Nueva Jersey, Aristotelian Society-Wiley, nueva serie, vol. 1948-1949.

Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional,* 2ª ed., trad. por Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, s/f.

Hernández, Antonio M., "*El caso Fayt y sus implicancias constitucionales",* en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 5, CEPC, Madrid, 2001.

Hitters, Juan Carlos, "El derecho procesal transnacional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional,* México, Porrúa, 2003, t. I.

——, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", en *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, Grijley, núm. 17, 2008.

Hobbes, Thomas, *Leviatán,* trad. por Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1940.

Hoerster, Norbert, "Acerca del significado del principio de la dignidad humana", en *En defensa del positivismo jurídico,* trad. por Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1992.

Hooft, Pedro F., "Sistemas penales y derechos humanos", en *El Derecho,* Buenos Aires, 146-961.

Hoyos Castañeda, Ilva Myriam, *El concepto de persona y los derechos humanos,* Bogotá, Universidad de La Sabana, 1991.

Huertas Díaz, Omar *et al., Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia 1980-2005,* Bogotá, Universidad Autónoma de Colombia-Editorial Ibáñez, 2005.

Hutchinson, Tomás; Barraguirre, Jorge A. y Greco, Carlos M., *Reforma del Estado. Ley 23.696,* Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1990.

Ibarlucía, Emilio A., *"¿Existe una constitución convencionalizada?", en La Ley,* 22/8/13.

Jimena Quesada, Luis, "La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas", en *Estudios de Economía aplicada,* Valladolid, Facultad de Ciencias Económicas, vol. 27-3, 2009.

Jiménez, Eduardo Pablo, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2001, t. III.

Joll, James, *Los anarquistas,* trad. por R. Andreu Aznar, Barcelona, Grijalbo 1968.

Joseph, Joel D., *Black Mondays. Worst Decisions of the Supreme Court,* 2ª ed., Bethesda, Maryland, National Press, 1990.

Kägy, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional,* trad. por Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven, Madrid, Dykinson, 2005.

Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado,* 3ª ed., trad. por Eduardo García Máynez, México, unam, 1969.

Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado,* trad. por Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980.

———, *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos,* Barcelona, Herder, 1982.

Laporta, Francisco A., "Sobre la protección constitucional de los derechos sociales", en AA.VV., *Congreso Internacional sobre la reforma de la Constitución. Elementos para una reforma de la Constitución,* Buenos Aires, Presidencia de la Nación, 1988, t. l.

Lijphart, Arend, "Democratización y modelos democráticos alternativos", en AA.VV., *Presidencialismo vs. parlamentarismo,* Buenos Aires, Eudeba, 1988.

Linares Quintana, Segundo V., "La legislación de emergencia en el derecho argentino y comparado", en *Revista Jurídica Argentina La Ley,* Buenos Aires, La Ley, núm. 30, abr-jun, 1943.

———, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, Buenos Aires,* Plus Ultra, ts. 1 y 9, 1987.

———, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, t. 3.

Linares, Juan F., *Derecho administrativo,* Buenos Aires, Astrea, 1986.

Linz, Juan, "Democracia presidencialista o parlamentarista. ¿Hay alguna diferencia?", en AA.VV., *Presidencialismo vs. parlamentarismo*, Buenos Aires, Eudeba, 1988.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución,* 2ª ed., trad. por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976.

López Castillo, Antonio, "*De integración y soberanía. El tratado sobre la Unión Europea ante la Ley fundamental alemana",* en *Revista Española de Derecho Constitucional,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 40, 1994.

Mangabeira Unger, Roberto. "La forma de gobierno que conviene al Brasil", en AA.VV., *Presidencialismo vs. parlamentarismo,* Buenos Aires, Eudeba, 1988.

Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982; 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

Meinecke, Friedrich, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna,* trad. por Felipe González Vicen, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959.

Meyer Bisch, Patrice, *Le corps des droits de l'homme. L'indivisibilité comme principe d'interpretation et de mise en oeuvre des droits de l'homme,* Fribourg, Universitaires, 1992.

Miller, Jonathan, "*Control de constitucionalidad: el poder político del poder judicial y sus límites en una democracia",* en *El Derecho,* Buenos Aires, t. 1, 20-919.

Miqueo Ferrero, Ernesto, "*Leyes fundamentales argentinas",* en Instituto de Ciencia Política de la Universidad del Salvador, *La "Revolución Argentina". Análisis y prospectiva,* Buenos Aires, Depalma, 1966.

Montero Aroca, Juan, "*Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad",* en AA.VV., *Teoría unitaria del proceso,* Rosario, Juris, 2001.

Moroni Romero, Lucas L., "El control administrativo de convencionalidad", en *Jurisprudencia Argentina,* Buenos Aires, 2013-IV-1336.

Muñoz Quesada, Hugo Alfonso y Haba, Enrique Pedro, *Elementos de técnica legislativa,* San José de Costa Rica, Prodel, 1996.

Natale, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

Nino, Carlos Santiago, "Presidencialismo *vs.* parlamentarismo", en *Presidencialismo vs. parlamentarismo,* Buenos Aires, Eudeba, 1988.

Nogueira, Humberto A., *Análisis crítico del presidencialismo*, en AA.VV., *Presidencialismo vs. parlamentarismo*, Buenos Aires, Eudeba, 1988.

Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea (coords.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales,* México, unam, 2012.

Obarrio, Mariano, *Apoyo oficial a la reelección de Gioja,* diario *La Nación,* 8 mar 2011.

Oderigo, Mario, *Código penal anotado,* 3a ed., Buenos Aires, Depalma, 1965.

Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes,* Barcelona, Ariel, 1987.

Paixao, Enrique, "*El jefe de Gabinete de Ministros",* en AA.VV., *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.

Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, 18a ed., actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.

Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho,* Buenos Aires, Ad-Hoc y Fundación Adenauer, 2002.

Pereña, Vicente Luciano, "*Comunidad y autoridad supranacional",* en AA.VV., *Comentarios a la Pacem in Terris,* Madrid, Instituto Social León XIII-Biblioteca de Autores Cristianos, 1963.

Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución,* Madrid, Tecnos, 1984.

Perry, Michael, *The Constitution, the Courts and Human Rights: an Inquiry into the Legitimacy of Constitucional Policy Making by the Judiciary*, Yale, University Press, 1982.

Pina, Rolando E., *Cláusulas constitucionales programáticas,* Buenos Aires, Astrea, 1973.

Posada, Adolfo, "*El principio del Führer o la desconstitucionalización del Estado",* en *La Nación,* Buenos Aires, 6 may 1935.

Prats, Eduardo Jorge, "La reforma constitucional en República Dominicana: un proceso en marcha", en *Revista Peruana de Derecho Público,* Lima, núm. 15, 2007.

Prélot, Marcel y Boulois, Jean, *Institutions politiques et droit constitutionnel,* 8ª ed., París, Dalloz, 1980.

Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial,* en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.

Pritchett, Charles Herman, *La Constitución americana,* Buenos Aires, TEA, 1965.

Proudhon, Pierre Jean, *¿Qué es la propiedad?,* trad. por Diego A. de Santillán, Buenos Aires, Americalee, 1946.

Quiroga Lavie, Humberto, "El neopresidencialismo, (1989)", en *La Ley Actualidad,* Buenos Aires, 21 sep 1989.

Rangel Hernández, Laura Maribel, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa en México,* tesis para optar por el grado de Maestro en Derecho Procesal Constitucional, México, Universidad Panamericana, 2008.

———, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México,* México, Porrúa, 2009.

Reforma constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la democracia, Buenos Aires, Eudeba, 1986.

Reinhold, Zippelius, *Teoría general del Estado,* 2ª ed., trad. por Héctor Fix Fierro, México, Porrúa, 1989.

Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos,* México, Porrúa, 2008.

Riggs, Fred W. "La supervivencia del presidencialismo en EEUU: prácticas paraconstitucionales", en AA.VV., *Presidencialismo vs. parlamentarismo,* Buenos Aires, Eudeba, 1988.

Rivas, Adolfo A., *El amparo,* 3ª ed., Buenos Aires, La Rocca, 2003.

Ródenas Calatayud, Ángeles, "*En la penumbra: indemnización, derrotabilidad y aplicación judicial de las normas",* en *Doxa,* Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, núm. 24, 2001.

Rodríguez, José Julio, "La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general del dicho instituto", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional,* 4ª ed., México, Porrúa, 2003, t. IV.

Romero, César, E., *Derecho constitucional,* Buenos Aires, Zavalía, 1976.

Rommen, Heinrich, *El Estado en el pensamiento católico,* trad. por Enrique Tierno Galván, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956.

Ros, Clemente B., *Derecho político,* 2a ed., Buenos Aires, Sanna, 1953, t. 1.

Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, Errepar, 1994.

Sagüés, Néstor Pedro, "Constitución nacional. Derechos no enumerados", en *Enciclopedia Jurídica Omeba,* Buenos Aires, 1986, Apéndice V.

———, "Constitucionalismo social", en Vázquez Vialard, Antonio (dir.), *Tratado del derecho del y trabajo,* Buenos Aires, Astrea, 1989, t. 2.

———, "Control judicial de constitucionalidad: legalidad *vs.* previsibilidad", en *El Derecho,* Buenos Aires, t. 118.

———, *De la constitución nacional a la constitución convencionalizada,* en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2013-IV-1342.

———, "¿Derecho constitucional a no curarse?", en *Revista Jurídica La Ley,* 1993-C-126.

———, "*Derecho e ideología. Una cláusula ilegítima de la Constitución",* en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Estudios sobre la Constitución Nacional en su sesquicentenario,* Buenos Aires, 2003.

———, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo,* 5ª ed., 3a reimp., Buenos Aires, Astrea, 2015, t. 3.

———, *Derecho procesal constitucional. Habeas corpus,* 4ª ed., Buenos Aires, 2008, t. 4.

———, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos,* Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 2009.

———, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario,* 4a ed., 2a reimp., Buenos Aires, Astrea, 2013, ts. 1 y 2.

———, "Derecho y realidad en el derecho constitucional", en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires,* año XXXIV, núm. 27.

———, "*Derechos constitucionales y derechos humanos. De la «constitución nacional» a la «constitución convencionalizada»",* en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos,* Santiago de Chile, Librotecnia-Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014.

———, "Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 12, 2008.

———, "El amparo ambiental", en *La Ley,* 2004-D-1194.
———, "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale commune en América Latina?,* México, unam-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II.
———, "*El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales",* en *La Ley,* 2009-B-761.
———, "El desarrollo del derecho procesal constitucional: logros y obstáculos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* Porrúa, México, núm. 2, 2004.
———, *Elementos de derecho constitucional,* 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, ts. 1, 2.
———, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina,* México, Porrúa, 2004.
———, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del poder judicial,* Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
———, "*Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La «constitución convencionalizada»",* en Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flavia y Morales Antoniazzi, Mariela, *Estudos avançados de direitos humanos,* Río de Janeiro, Elsevier, 2013.
———, "Estado social de derecho y derechos imposibles", en *Jurisprudencia Argentina,* 2005-II-827.
———, "Fisonomía y perspectivas de los órganos extrapoder", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2007, t. I.
———, "*Introducción",* en *Constitución de la Nación Argentina,* 10ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004.
———, "Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión", en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,* México, unam, 2002.
———, "Integración de la Norma constitucional", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político,* t. II, núm. 12, Montevideo, 1986.
———, *Integración y desintegración del concepto de soberanía,* Tesis doctoral. Madrid, Universidad Complutense, 1966.
———, *Jean Bodin y la escuela española,* Rosario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Católica Argentina, 1978.
———, "La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario", en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho procesal constitu-*

cional americano y europeo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. II.

———, "La interpretación de la Constitución. Poder Judicial *versus* Poder Constituyente", en Comisión Andina de Juristas, *Lecturas sobre temas constitucionales,* Lima, núm. 7, 1991.

———, *La interpretación judicial de la Constitución,* Depalma, 1998; 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

———, *La interpretación judicial de la Constitución. De la "constitución nacional" a la "constitución convencionalizada",* México, Porrúa, 2013.

———, "*La recepción de la doctrina de las cláusulas constitucionales pétreas por la Corte Suprema de Justicia",* en *Jurisprudencia Argentina,* 2007-II-1244.

———, *Manual de derecho constitucional, 2ª ed.,* Buenos Aires, Astrea, 2012.

———, *Mundo jurídico y mundo político* Buenos Aires, Depalma, 1978.

———, "*Obligaciones internacionales y control de convencionalidad",* en *Estudios Constitucionales,* Universidad de Talca, Chile, año 8, núm. 1, 2010.

———, "Reforma constitucional (I) Relaciones Iglesia-Estado. Primer ministro y reelección presidencial. Proceso legisferante. Situaciones de emergencia", en *Reforma Constitucional. Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia,* Buenos Aires, Eudeba, 1987.

———, "*Sobre el concepto de «constitución viviente»",* en *Revista Argentina de Derecho Constitucional,* núm. 1, Buenos Aires, Ediar, 2000.

———, "Tenencia de estupefacientes, autolesiones, delitos de peligro abstracto, razonabilidad de las penas y perspectivas del control de constitucionalidad", en *Revista de Jurisprudencia Argentina,* 1986-IV-962.

———, *Teoría de la Constitución,* 1ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2004.

Sagüés, María Sofía, "*Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial",* en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, núm. 2, 2004.

———, "Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de Lawrence *vs.* Texas", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 1, 2004.

Saiz-Arnaz, Alejandro y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurispru-*

dencial. Una visión desde América Latina y Europa, México, Porrúa-unam, 2012.

Sampay, Arturo Enrique, *La reforma constitucional.* Buenos Aires, Laboremus, 1949.

———, *Las constituciones de la Argentina (1810-1972),* Buenos Aires, Eudeba, 1975, t. II.

Sánchez Agesta, Luis, *Los principios cristianos del orden político,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.

———, *Principios de teoría política,* 3ª ed., Madrid, Editora Nacional, 1970.

Sanguinetti, Horacio, *Curso de derecho político,* Buenos Aires, Astrea, 1980.

Schmitt, Carl, "*Teoría de la Constitución", en Revista de Derecho Privado, reimp.,* Madrid, s/f.

Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno,* trad. por José J. Olloqui Labastida, México, UNAM, 1966, t. I.

Seco Villalba, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina,* Buenos Aires, Depalma, 1944.

Sodero, Eduardo R., "Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: la pesadilla y el noble sueño?", en AA.VV., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.

Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino,* 1a reimp., Buenos Aires, TEA, 195l, t. I.

Soto Kloss, Eduardo, "La dignidad de la persona, fundamento de los derechos humanos", en AA.VV., *Los derechos humanos,* Mendoza, 1985.

Spota, Alberto A., *Lo jurídico, lo político, el derecho y el poder constituyente,* Buenos Aires, Plus Ultra, 1975.

Squella, Agustín, "Derechos humanos y derecho positivo", en *Derechos y libertades,* Madrid, Universidad Carlos III, 1993, núm. 1.

Tribe, Laurence, "*The Puzzling Persistence of Process-based Theories",* en *Yale Law Journal,* 1980.

Valiña, Liliana, "El margen de apreciación nacional en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho

interno", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997.

Vanossi, Jorge R., *Teoría constitucional,* Buenos Aires, Depalma, 1975, t. I.

Verdú, Pablo Lucas, *Curso de derecho político,* Madrid, Tecnos, 1974, t. II.

Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho, 1a* reimp., Buenos Aires, La Ley, 2008.

———, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy),* reimp., Buenos Aires, La Ley, 2006.

Villán Durán, Carlos, "*Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena",* en AA.VV., *Estudios básicos de derechos humanos II,* San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995.

Weber, Max, *El político y el científico,* Buenos Aires, Libertador, 2005.

Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional,* trad. por María G. Rubio y Sonsoles Valcárcel, Madrid, Civitas, 1991.

Yourow Howard, Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dinamics of European Human Rights Jurisprudence,* La Haya, Boston, Londres, Kluwer Law International, 1996.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Sistema penal y derechos humanos a diez años de una investigación", en *Memoria del Simposio Internacional Derechos Humanos y Justicia penal,* Toluca, México, Emahaia, 1998.

Zafra Valverde, José, "*La interpretación de las Constituciones",* en *Revista de Estudios Políticos,* Madrid, núm. 180, 1971.

———, *Teoría fundamental del Estado,* Pamplona, Universidad de Navarra, 1967.

Zarini, Helio Juan, *Esquema institucional argentino (1810-1976),* Buenos Aires, Astrea, 1977.

La Constitución bajo tensión
de Néstor Pedro Sagüés
se terminó de imprimir en julio de 2019,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez
su tiraje consta de 1 000 ejemplares.

LA CONSTITUCIÓN BAJO TENSIÓN

Este es un libro que plantea algunos (entre tantos) problemas constitucionales. La mayor parte de ellos pone a prueba la capacidad de la Constitución para enfrentar situaciones difíciles, a menudo críticas. Los trabajos que se incluyen no son estudios teóricos, sino que han emergido -en momentos muy distintos- de la dimensión existencial del derecho constitucional. Se trata de desafíos comunes a muchos países. Las áreas que se han seleccionado son cuatro: la primera, intenta mostrar a la Constitución en situación de acoso, ya que se controvierte su misma naturaleza -¿es una estatua o un ser viviente?-, su parto -algunas veces defectuoso, por el poder constituyente irregular-, la erosión que la carcome -su desconstitucionalización-, la desmesura del presidencialismo y de la reelección presidencial, el desafío de la gobernabilidad constitucional y las cláusulas con las que procura protegerse para sobrevivir y, llegado el caso, renacer. Un segundo tramo de la obra se detiene en los tribunales constitucionales, visualizados hoy como una pieza vital para la salud constitucional. Bueno es, entonces, explicar qué es un órgano extrapoder, si tales cortes deben operar como agentes del cambio social, si pueden revisar sus propios fallos y si es correcto que actúen como legisladores. Todo ello enmarcado en el actual conflicto entre garantismo y activismo, que replantea el comportamiento de todo juez. El tercer escenario es el de los derechos humanos. Temas como su modulación en la batalla entre universalismo y multiculturalismo, su avasallamiento por los contraderechos, la polémica sobre los "derechos imposibles", el olvido de alguno de ellos, incluso en la jurisdicción internacional, o la exportación de los mismos desde constituciones modélicas a otros paisajes normativos, son cuestiones igualmente inquietantes y provocativas. La última parte enfoca la posición de la Constitución ante el fenómeno de la jurisdicción supranacional. En particular, su actitud ante la exigente doctrina del control de convencionalidad, factor revulsivo que puede llegar a cambiar la fisonomía de la otrora Ley suprema, es decir, su transfiguración de constitución nacional a constitución convencionalizada. El libro no es solamente descriptivo, sino crítico, abordando hipótesis extremas como los bordes del control de convencionalidad y sus dificultades operativas.

ISBN 978-607-7822-25-7

9 786077 822257

QUERÉTARO
ESTÁ EN NOSOTROS

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO