

NÉSTOR PEDRO SAGÜES

REFLEXIONES SOBRE LA IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL

I.	A manera de introducción	11
II.	Pecados y virtudes de la imprevisión constitucional	12
III.	Tipos de imprevisión constitucional	16
IV.	Consecuencias de la imprevisión	17
V.	Cobertura de la imprevisión: El «quién»	18
VI.	Cobertura de la imprevisión: El «cómo»	19
VII.	Cobertura de la imprevisión: El «qué»	25
VIII.	Recapitulación	26

REFLEXIONES SOBRE LA IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL (*)

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS (**)

SUMARIO: I. A manera de introducción. II. Pecados y virtudes de la imprevisión constitucional. III. Tipos de imprevisión constitucional. IV. Consecuencias de la imprevisión. V. Cobertura de la imprevisión: El «quién». VI. Cobertura de la imprevisión: El «cómo». VII. Cobertura de la imprevisión: El «qué». VIII. Recapitulación.

I AMANERA DE INTRODUCCIÓN

La Universidad Nacional de Cajamarca ha tenido la gentileza de conferirme el grado de *Doctor Honoris Causa*. Se trata de la máxima distinción que una Casa

(*) El presente trabajo se inserta en el marco 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.

(**) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Buenos Aires y de la Universidad Católica Argentina (Rosario).

Superior de estudios puede otorgar a un catedrático. Quedo muy conmovido, pues, por tan honroso nombramiento, que lo recibo más que a título personal, como una muestra (entre tantas) de los intensos vínculos que unen al Perú con Argentina.

La profunda unión entre nuestros países está hondamente anclada en la historia. A nosotros, los constitucionalistas, nos corresponde destacar que ambas naciones tienen un singular y tal vez irrepetido episodio que nos hermana todavía más. En concreto: un argentino, José de San Martín, ocupó la Jefatura de Estado del Perú como Protector, declaró su independencia y dictó el Reglamento Provisional de 1821, tal vez el primer atisbo constitucional local. Pocos años antes, un peruano, el Coronel Ignacio Alvarez Thomas, había asumido el Poder Ejecutivo argentino, como Director Supremo de las Provincias Unidas del Río de La Plata, resultando un factor decisivo en la sanción del Estatuto Provisorio de 1815, que para algunos es la primera Constitución nacional en el sentido técnico y preciso de lo que es una «Constitución».

La Universidad Nacional de Cajamarca ha tenido pues un gesto de afectuosa hospitalidad que valoro debidamente y que refrenda tantos lazos en común. El acontecimiento es todavía más gratificante cuando la iniciativa del otorgamiento del Doctorado *Honoris Causa* ha partido tanto de sus órganos directivos como del estudiantado, en este caso de la Asociación *Ipsa Jure*, compuesta por jóvenes inquietos, laboriosos y responsables, que han asumido con seriedad la difícil empresa de organizar un Congreso Internacional de Derecho Público digno de la mejor mención.

La recepción del diploma y de las insignias doctorales es un buen momento para abordar una temática grave y constante a la vez, que implica un reto para doctrinarios y operadores del sistema constitucional. Me refiero a las imprevisiones de la Constitución, asunto que algunos obvian y quizá hasta niegan, pero que como problema existe, latente o en acto, aun en los textos constitucionales de mayor mérito. A él me refiero de inmediato.

II. PECADOS Y VIRTUDES DE LA IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL

La imprevisión del constituyente no es un asunto fácil de abordar para los constitucionalistas. En una primera aproximación, en efecto, parecería que detrás de ella existe un vicio del constituyente y de su obra, la Constitución, un

documento generalmente entrevisto como supremo y, por qué no, perfecto, que no tiene palabras superfluas o carentes de sentido⁽¹⁾.

Pese a ello, cabe reconocer que la Constitución, como obra humana que es, no resulta perfecta ni completa: «Algunos sectores –escribe Konrad Hesse– incluso los de la vida estatal en sentido estricto, únicamente están ordenados mediante disposiciones de mayor o menor amplitud e indeterminación, y algunos ni siquiera han sido ordenados. La Constitución no es un sistema cerrado ni omnicompreensivo»⁽²⁾.

Más todavía: toda Constitución es, necesariamente, y de algún modo, «imprevisora». Si es un documento destinado a sobrevivir durante generaciones –y en ciertos casos, durante siglos– (alguna vez se sostuvo, en palabras del *Chief Justice* John Marshall, que «está encaminada a alcanzar la inmortalidad tanto como las instituciones humanas pueden alcanzarla»)⁽³⁾, parece natural concluir que «las palabras de la Constitución... dieron vida a un ser cuyo destino no pudo ser previsto completamente ni aun por sus creadores mejor dotados»⁽⁴⁾. En ese contexto, no es anómalo que ciertas situaciones importantes no hayan sido comprendidas y ni siquiera sospechadas cuando la Constitución se dictó⁽⁵⁾. En *Martin vs. Hunter*, el recordado *Justice Story* vuelve a señalar que «el instrumento (constitucional) no fue destinado a responder meramente a las exigencias de unos pocos años, sino a perdurar a través de un largo período de años, cuyos eventos estaban sujetos a los

(1) En tal sentido, Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Knowlton vs. Moore*, Varios, *La Constitución de los Estados Unidos de América*, trad. por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo (Buenos Aires, 1949), ed. Kraft, t. I, pág. 69.

(2) Hesse Konrad, *Constitución y Derecho Constitucional*, en Varios, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. por Antonio López Pina (Madrid, 1996) ed. Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, pág. 6.

(3) *Cohen vs. Virginia*, cit. por Linares Quintana Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional* (Buenos Aires, 1996), ed. Abeledo-Perrot, págs. 457/8.

(4) Son palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos (252, U.S. 416, 433), en *Missouri vs. Holland*, citados por lo demás por el juez Fayt, de la Corte Suprema Argentina, en el caso «Inés Repetto», Jurisprudencia Argentina, 1988-IV-646 y sgts.; y antes, por la Corte Suprema argentina, en «Merck Argentina», Fallos, 247:654. Cfr. Linares Quintana Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, ob. cit., pág. 482.

(5) Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, «Merck Argentina», Fallos 247:654.

designios inescrutables de la providencia. No podría prever qué nuevos cambios y modificaciones de poderes podrían ser indispensables para realizar los objetos generales de la Carta...»⁽⁶⁾.

La inescindible conexión entre *futuridad* constitucional e *imprevisión* constitucional es quizá un lugar común en la praxis y en la literatura constitucionalista. Ya en su discurso de asunción presidencial Abraham Lincoln advirtió que «ninguna ley orgánica puede jamás idearse como una disposición aplicable específicamente a todas las situaciones que pueden presentarse», mientras que el jurista argentino Juan B. Alberdi, ideólogo y autor intelectual de la Constitución de 1853, apuntaba por su lado «no se ha de aspirar a que las constituciones expresen las necesidades de todos los tiempos»⁽⁷⁾.

La idea de la «imprevisión feliz», como secuela o corolario obligado de la vocación de futuridad de la Constitución se refuerza, en algunos autores, con la condena paralela a lo que podríamos llamar «manía de previsibilidad» que contaminaría a otros textos constitucionales. Veamos la tesis en Bernard Schwartz: «Los hombres que escriben constituciones, todos ellos demasiado a menudo, tratan de proporcionar disposiciones expresas para todas las contingencias previsibles. Afortunadamente eso no ocurrió con los autores de la Constitución federal (norteamericana)»⁽⁸⁾.

Desde esta perspectiva, una Constitución *demasiado* previsora, y por ende, detallista, minuciosa, casuística, puntillosa y con vocación de ser «dueña del azar», resultaría a la postre una suerte de Constitución-cárcel, un instrumento nocivo que so pretexto de regular todo el porvenir, de hecho lo reglamentaría mal, ya que pretender disciplinar útilmente hoy a la integralidad de los acontecimientos del futuro puede significar tanto una misión utópica (frente a una realidad altamente cambiante y volátil, en grandes tramos impredecible), como también axiológicamente discutible, en cuanto que aherrojar aquel porvenir con las pautas culturales del presente importa una empresa que puede contar con escasa

⁽⁶⁾ Cfr. Linares Quintana Segundo V, *Tratado de interpretación...*, ob. cit., pág. 479.

⁽⁷⁾ *Ibidem*, págs. 459; Schwartz Bernard, *Los poderes del Gobierno*, trad. por José J. Olloque Labastida (México, 1966), ed. UNAM, t. I, pág. 10.

⁽⁸⁾ Schwartz Bernard, *Los poderes del Gobierno*, ob. cit., t. I, pág. 18.

legitimación. La actual generación, en efecto, no parece contar con muchos títulos para obligar a las que vengan en las décadas venideras acerca de cómo enfrentar los nuevos desafíos que ellas tendrán que resolver

En síntesis: resulta curioso observar cómo un presunto déficit de una Constitución —la imprevisión de ciertos acontecimientos— podría eventualmente resultar, a la postre, algo positivo, al permitir un interesante margen de maniobra de los operadores posteriores de la misma Constitución (vale decir, los poderes constituidos).

En rigor de verdad, puede quizá hablarse de dos tipos de imprevisión constitucional: la «buena» y la «mala». La imprevisión «buena» parte del supuesto de asumir los límites del constituyente: puede disciplinar el futuro, pero no todo el futuro. Tampoco está autorizado éticamente para reglamentar la totalidad de ese porvenir. Ni está obligado ni tiene derecho a conjeturar todos los acontecimientos que puedan presentarse en el paisaje constitucional, para darle respuestas normativas precisas. Cierta dosis de imprevisión es, igualmente, connatural a la condición humana: el constituyente no puede imaginar todo lo que pueda pasar en el escenario jurídico-político, ni en el económico y social.

Pero también puede pensarse en una imprevisión «mala». Ella ocurre cuando por falta de pericia, o por cobardía, o por malicia, guarda silencio sobre algo en lo que debió pronunciarse. Veremos poco después esas alternativas ilegítimas de imprevisión constitucional, que aluden a situaciones que demandaban una respuesta constitucional (en puntos concernientes a algo fundamental para el Estado), y esa respuesta no se dio.

En definitiva, esta introducción tiene por objeto demostrar que la imprevisión constitucional tiene aristas muy diversas, según como se la quiera constatar y evaluar. Ninguna Constitución escapa a ella: es algo que pasa «en las mejores familias». Aún el venerable texto norteamericano de 1787 (de quien se dijo en *Elkison vs. Deliesseline*, ya en 1823, y no sin cierta inmodestia, que era «el instrumento más maravilloso jamás creado por la mano del hombre»⁽⁹⁾), incurrió en

⁽⁹⁾ Voto del Justice Johnson. Cfr. Corwin Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, edición revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat (Buenos Aires, 1987), trad. por Aníbal Leal, ed. Fraterna, pág. 13.

imprevisiones importantes, algunas de ellas causa de tragedias nacionales. Por ejemplo, no contempló un régimen de control de constitucionalidad (vacío purgado dieciséis años después de la Constitución, por el caso *Marbury vs. Madison*). No dispuso nada sobre la reelección presidencial, cosa que obligó, casi doscientos años después, a establecer una enmienda permisiva de una sola posibilidad de repetición en el mando; y no se refirió al difícil problema del derecho de los Estados a separarse de la Unión, silencio que justificó en buena medida el apartamiento de varios de ellos y la «solución» del tema en las batallas finales de una guerra de secesión que devoró en el siglo XIX a centenares de miles de víctimas fatales.

III. TIPOS DE IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL

Aparte de la ya esbozada distinción entre la «imprevisión buena» y la «mala», una tentativa de clasificación de las clases de imprevisión constitucional puede distinguir la voluntaria de la involuntaria, y dentro de esta última, la culposa y la forzosa. Veamos estas alternativas.

a) Imprevisión voluntaria. En tal supuesto, el constituyente asume que hay un tema en el que debe pronunciarse, y no lo hace. La abstención puede motivarse por prudencia, si estima que es preferible el silencio a un pronunciamiento constitucional conflictivo y quizá dañoso, o todavía no madurado, en cuyo caso relega al legislador ordinario la solución del problema, con lo que éste viene a ejercer, en tal caso, una suerte de poder constituyente delegado. Lo puede hacer por dolo, si al estilo de Poncio Pilatos prefiere transferir la responsabilidad política de ciertas decisiones –por ejemplo– al Poder Legislativo común, o a los tribunales.

b) Imprevisión involuntaria. En esta alternativa, el constituyente ha callado en resolver un tema de rango constitucional sin que exista en esa actitud conciencia de la omisión:

- *Hechos nuevos.* Una primera posibilidad se da cuando el constituyente no ha previsto hechos materialmente imprevisibles, producto de nuevas situaciones fácticas. Es el caso de las «lagunas históricas» de la Constitución ⁽¹⁰⁾. Por ejem-

⁽¹⁰⁾ La expresión es de Goldschmidt Werner (*cfr. su Introducción filosófica al Derecho*, 4ª. ed., Buenos Aires, 1974, ed. Depalma, pág. 291).

plo, la de los Estados Unidos no contempla el transporte aéreo ni la titularidad de las fuerzas aéreas (cosa que sí hace respecto de la marina y del Ejército de la Nación, en el art. II sección 2). En 1787, en efecto, no había aviones.

- *Falta de consenso.* En esta variable el constituyente quiere, pero no puede, resolver un problema de categoría constitucional. Así, *v. gr.*, el constituyente de Venezuela de 1961 no pudo decidir con precisión la integración del Consejo de la Magistratura. Lo mismo ocurrió con el constituyente argentino en 1994, quien tampoco logró acuerdo para disponer la conformación del mismo Consejo y para resolver el destino final de los decretos de necesidad y urgencia (en ambos casos, transfirió esa responsabilidad al Congreso, mediante el dictado de leyes especiales por parte de éste) ⁽¹¹⁾.
- *Impericia.* Aquí el constituyente, por error o culpa, de vez en cuando por olvido, omite un pronunciamiento sobre algo en lo que pudo expedirse. Un caso paradigmático es el del art. 98 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe (Argentina). Indica que están sometidos al juicio político (equivalente al *impeachment* norteamericano), el Gobernador «y sus substitutos legales en ejercicio del Poder Ejecutivo» (art. 98), pero no habla del Vicegobernador que no desempeñe el Poder Ejecutivo, y que actúe, por ejemplo, como presidente del Senado, tenor del art. 39 de la misma Constitución. Una inaceptable interpretación restrictiva, de tipo literal, podría llevar a sostener que ese Vicegobernador no puede ser removido, concluyendo entonces irresponsable.

IV. CONSECUENCIAS DE LA IMPREVISIÓN

Hay dos formas básicas de entender a la imprevisión constitucional.

a) *La imprevisión como prohibición.* En esta variable, el intérprete piensa que si la Constitución nada dice sobre un punto, ello significa, como regla, que ello está prohibido. Por ejemplo, cuando el proceso de integración regional cobró auge en Latinoamérica y muchas de las constituciones del subcontinente no contemplaban la transferencia de competencias legislativas o judiciales hacia los órganos del sistema de integración, muchos juristas concluían que tal delegación

⁽¹¹⁾ Así, los arts. 99 inc. 3 y 114 del texto constitucional argentino sancionado en 1994.

estaba constitucionalmente interdicta, y que solamente era viable mediando una previa reforma constitucional que explícitamente la autorizase.

b) La imprevisión como silencio. Desde este ángulo, se piensa que el no tratamiento de un tema por el constituyente solamente significa eso, esto es, una laguna constitucional, que puede y debe ser rellenada por el operador de la Constitución (el Congreso, el Poder Ejecutivo, los jueces). A éste le tocaría, pues, cubrir el vacío lagunoso por alguno de los métodos de *integración constitucional* (más que de «interpretación» constitucional, puesto que poco habría que interpretar en un hueco normativo de la Constitución). De seguirse esta ruta, la respuesta jurídica ante la imprevisión podría tranquilamente no ser «prohibitiva» o «negativa», sino francamente permisiva de una competencia o de un derecho.

De estas dos posturas, la segunda es mucho más atractiva. Permite construir respuestas jurídicas provechosas, positivas, funcionales para el sistema constitucional, en vez de negaciones rígidamente bloqueadoras para este régimen. Volviendo al ejemplo de la integración regional, una visión integrativa de la norma constitucional faltante podría llevar a decir, por ejemplo, que en aras del bien común internacional y de un despliegue actualizado del derecho de gentes, el operador de la Constitución estaría autorizado a realizar las transferencias de competencias domésticas a órganos supranacionales, atendiendo así a ese hecho históricamente no previsto por la Constitución.

V COBERTURA DE LA IMPREVISIÓN. EL «QUIÉN»

El primer punto a definir en este tema es el sujeto de la cobertura. Obviamente, lo ideal sería que el propio constituyente rellenase la laguna o imprevisión constitucional. Eso puede ser relativamente simple en constituciones «flexibles» o «semiflexibles», cuando el mismo Poder Legislativo ordinario opera como poder constituyente, aunque con algunos recaudos de mayor severidad para adoptar las decisiones de orden constitucional.

Sin embargo, la actuación del poder constituyente no siempre es fácil de lograr, y menos con premura. En constituciones rígidas o semipétreas la aparición del poder constituyente en el escenario político y jurídico no es muy frecuente. Por ende, la cobertura de la imprevisión correrá, a menudo, a cargo de los poderes constituidos, máxime ante emergencias públicas o cuando surja un imposterizable «estado de necesidad» que demande respuestas inmediatas. Por lo

demás, si se trata de una imprevisión sometida a la decisión de un Tribunal, éste no está autorizado para omitir su pronunciamiento, y deberá fallar, por más que las normas constitucionales del caso sean insuficientes o simplemente no contemplen el problema a resolver.

La imprevisión constitucional, resumiendo, muchas veces obliga a los poderes constituidos a comportarse como poderes constituyentes. Es un acto de transformismo jurídico-político para el que tal vez no están suficientemente entrenados, pero para el caso de los tribunales concluye como un trabajo forzoso del que no pueden escapar.

VI. COBERTURA DE LA IMPREVISIÓN. EL «CÓMO»

Entramos aquí en el espinoso asunto del método o técnica de cegado de la imprevisión constitucional.

a) La ruta de la interpretación dinámica de la Constitución. Esta ancha avenida del Derecho Constitucional contiene muchos carriles para contemplar y resolver la imprevisión del constituyente.

- Para muchos, ciertas imprevisiones constitucionales pueden resolverse mediante una exégesis evolutiva y progresista de la Constitución, dándole a sus vocablos, por ejemplo, no el sentido histórico que tuvieron cuando se sancionó la ley suprema, sino el que poseen hoy. Ello permitiría tanto *aggiornar* a la Constitución, como expandir sus cláusulas, otorgándoles un radio de cobertura mucho más amplio que el que inicialmente tuvieron. Ese alongamiento o estiramiento de la Constitución autorizaría entonces que ella capte muchos más fenómenos que los abarcados por la misma Constitución al momento en que se dictó.
- Se vincula con esto la conocida distinción de Ronald Dworkin entre «conceptos» y «concepciones», diferenciación que pretende vencer la tesis conservadora de entender las palabras de la Constitución exclusivamente según el significado que tuvo de ellas el constituyente histórico⁽¹²⁾. Conforme al autor

(12) En el sentido que «La Constitución es un documento escrito. Como tal, su sentido no cambia. Lo mismo que significó cuando fue adoptada, significa ahora», *cf.* Corte Supre-

que mencionamos, los primeros serían vocablos que la Constitución utiliza como ideas jurídicas indeterminadas, cuyo relleno el mismo constituyente deja en manos de los futuros operadores de la Constitución (así, palabras como «justicia», «dignidad humana», «igualdad», etc.) Las «concepciones», en cambio, resultarían ideas concretadas por el constituyente de modo más preciso. Por ejemplo, el art. 18 de la Constitución argentina prohíbe «toda clase de tormento y los azotes». La expresión «toda clase de tormento» es vaga, y deja al operador un buen y elástico margen para describir las distintas variables de tormento, e incluso incluir en esa noción, hoy, algo que no se visualizaba como «tormento» hace un siglo y medio, cuando se juró la Constitución. Sería un típico caso de «concepto». En cambio, la prohibición de «azotes» es francamente precisa, y su determinación ya la hizo el mismo constituyente⁽¹³⁾.

- Transportando ese esquema a temas de actualidad, la cuestión de la tutela de los embriones y óvulos fecundados, por ejemplo, puede entretenerse, en muchos textos constitucionales, como algo no previsto por el constituyente. Sin embargo, si la Constitución ampara a la «vida», o al «niño», o al ser humano desde su concepción o desde el embarazo, estas palabras son perfectamente entendibles como tuitivas, también, de los referidos embriones.
- Yendo a una cuestión todavía más polémica, como es si una pareja de homosexuales puede o no entenderse como «familia», el asunto podría adquirir distintas consecuencias según si el texto constitucional ha manejado un «concepto» o una «concepción» en cuanto los términos «familia» o «matrimonio». En el caso de Ecuador, *v. gr.*, donde el constituyente entiende por unión de hecho protegible al igual que la familia matrimonial, a la «unión estable y monogámica de un hombre y una mujer» (art. 38), difícilmente aquella pareja gay o lesbica podría aspirar a lograr un *status* matrimonial o similar al mismo. En un país que manejase solamente el «concepto» (y no una «concepción») de «familia», la respuesta quizá

ma de Estados Unidos, *North Carolina v. United States*, en Varios, *La Constitución de los Estados Unidos de América*, ob. cit., pág. 66.

⁽¹³⁾ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino (Barcelona, 1984), ed. Ariel, pág. 213 y sgts.

podría ser diferente, en el sentido de que el constituyente histórico habría dejado la precisión del concepto «familia» a los operadores posteriores de la Constitución⁽¹⁴⁾.

- Otro campo propicio para la interpretación dinámica y evolutiva de la Constitución se da por medio de las «cláusulas abiertas» de la Constitución. Un caso típico son las reglas constitucionales de los «derechos no enumerados», o «derechos implícitos», que afirman, por ejemplo, que los derechos enumerados por la Constitución no implican la negación de otros retenidos por el pueblo (enmienda IX, Constitución de EEUU), o que derivan de la dignidad humana, o que son inherentes a la persona, o a la forma republicana de gobierno, etc. En tales supuestos, es evidente que son los operadores posteriores de la Constitución los que darán rango constitucional a derechos no imaginados como constitucionales por los constituyentes históricos, y ello implica un importante conducto para resolver imprevisiones constitucionales, o atender temas que el constituyente no abordó incluso por razones cronológicas. En tal sentido, *v. gr.*, puede reputarse que en las constituciones donde el honor o la tutela de la propia imagen no tienen rango constitucional expreso, al no mediar previsión constitucional sobre el punto, los operadores judiciales de la Constitución están habilitados para conferirle esa protección constitucional si se deciden a hacerlo, merced a una exégesis elástica de la cláusula de los derechos no enumerados. Así se hizo en Argentina, por ejemplo, en materia de Acción de Amparo: algo no contemplado inicialmente por el constituyente, pero declarado con rango e inserción constitucional por la Corte Suprema, en el referido precepto de los derechos implícitos (en el caso, art. 33 de la Constitución nacional)⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ En estos casos debe hacerse la salvedad de que, aunque el texto de la Constitución emplee un «concepto», si el constituyente histórico efectivamente manejó una «concepción» (y ello surgiera claramente de los proyectos y debates de una convención constituyente, por ejemplo), habría en principio que respetarla. La «concepción» específica puede surgir, también, de los principios y valoraciones sociales y morales imperantes en una comunidad concreta, al momento en que se pretende interpretar a la Constitución.

⁽¹⁵⁾ *Cfr.* Sagüés Néstor Pedro, *Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional*, en «Enciclopedia Jurídica Omeba», Apéndice V, pág. 33 y sgts.; *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo* (Buenos Aires, 4ª. Ed., 1995), ed. Astrea, pág. 9 y sgts.

- La doctrina de la «Constitución en el tiempo» aporta otra visión evolutiva de la Constitución. La misma, de buen predicamento en el pensamiento alemán, alerta que el cambio histórico afecta a cualquier Constitución: «si cambia la realidad, cambia con ella el sentido de la norma». En rigor de verdad, la persistencia de la Constitución correría pareja con su aptitud para adaptarse a las nuevas circunstancias: «su continuidad puede llegar a depender de la forma en que se aborde el cambio» (Konrad Hesse). Practicando aquí una suerte de gatopardismo *sui generis*, podría inferirse que el secreto de la supervivencia de la Constitución estriaría en su habilidad para mutar, en consonancia con los nuevos requerimientos socioeconómicos y culturales. La tesis recepciona las ideas de Easton en torno a los sistemas políticos: el cambio no es opuesto a la persistencia, sino todo lo contrario⁽¹⁶⁾.

- Finalmente, y sin pretender agotar el catálogo de las posiciones reparadoras de la imprevisión dentro de una concepción evolutiva de la Constitución, no puede ignorarse, desde luego, a la doctrina de la Constitución como *un instrumento constante de gobierno*, expuesta, entre otros casos, por el *Chief Justice Stone* en «United States v. Classic»⁽¹⁷⁾. Tal postura insiste en que una Constitución no es una ley común, ni debe leerse como a ésta. En definitiva, la Constitución es, básicamente, una suerte de «revelación de los grandes propósitos». Esta concepción de la Constitución como «sistema de principios» fue explicada por el Presidente Woodrow Wilson en el sentido que de por sí era un documento incompleto: «si hubiera ido más allá de las disposiciones elementales, habría perdido su elasticidad y adaptabilidad. El desarrollo de la Nación y el desenvolvimiento consiguiente del sistema gubernativo habría hecho pedazos a una Constitución que no

⁽¹⁶⁾ Hesse Konrad, *Constitución y Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 9. Sobre la tesis de Easton, en el sentido que «De un sistema puede afirmarse que subsiste aunque cambie. El cambio es a todas luces compatible con la continuidad. Parece posible y necesario decir que un sistema dura si, al mismo tiempo, sufre alteraciones sustanciales y significativas», *cfr.* Easton David, *Esquema para el análisis político*, trad. por A. C. Leal (Buenos Aires, 1973), ed. Amorrortu, pág. 120, y Sagüés Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución* (Buenos Aires, 2001), ed. Astrea, pág. 104 y sgts.

⁽¹⁷⁾ *Cfr.* Corwin Edward S., ob. cit., pág. 14.

tuviese en sí cómo adaptarse a las nuevas condiciones de una sociedad que progresa» ⁽¹⁸⁾.

Si se quiere una muestra simple y práctica en el derecho estadounidense acerca de cómo una interpretación evolutiva de la Constitución puede resolver una imprevisión constitucional de tipo histórico, como fue la obvia omisión, en la Constitución de 1787, de la autoridad competente para regular el tráfico aéreo. Para atender tal laguna, el Gobierno federal hizo uso de la «commerce clause» de la Constitución (art. II, sección 8), que permite al Capitolio reglar el comercio con las naciones extranjeras y entre los Estados de la Unión. Pues bien: dado que la actividad aérea era básicamente un emprendimiento mercantil, se entendió que la vieja «commerce clause» resultaba idónea y suficiente para que el Congreso dictara la «Air Commerce Act» de 1926 ⁽¹⁹⁾.

Otro caso de interés pudo ser el de Argentina, que en su texto de 1853/60 declaró que todo habitante tiene el derecho «...de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa». Por supuesto, al redactarse la cláusula citada, no había televisión, y mediaba entonces una «laguna histórica» en el asunto. El debate acerca de si los canales de televisión estaban o no incluidos en el concepto de «prensa» motivó una definición judicial de la Corte Suprema de tipo semielástica: consideró, al atender la imprevisión constitucional, que la palabra «prensa» involucraba a la televisión, pero no de la misma manera que a la prensa escrita, sino en un sentido más restringido, motivo por el cual podría haber respecto de la TV restricciones que no serían constitucionales en cuanto, por ejemplo, los diarios ⁽²⁰⁾. La solución es discutible, pero muestra un caso de despliegue constitucional de un vocablo a situaciones inimaginadas por el constituyente que lo empleó.

⁽¹⁸⁾ Wilson Woodrow, *El gobierno del Congreso*, trad. por Julio Carrié (Buenos Aires, 1902), págs. 8/9, cit. por Linares Quintana Segundo V, *Tratado de interpretación constitucional*, ob. cit., pág. 443.

⁽¹⁹⁾ Raitzin Mario, *El derecho de la aeronavegación. Teoría y práctica en los EEUU* (Buenos Aires, 1945), ed. Valeriano Abeledo, pág. 48.

⁽²⁰⁾ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos*, 315:1943. Nos hemos referido con mayor amplitud al tema en Sagüés Néstor Pedro, *La censura judicial a la prensa en Argentina*, en Fundación Konrad Adenauer, «Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano» (Buenos Aires, 1998), pág. 395.

b) Las posiciones hiperevolutivas (interpretación mutativa, no interpretativismo).

Estas corrientes autorizan plenamente atender las imprevisiones constitucionales, sea a través del agregado de *algo* al texto constitucional sobre lo que el mismo nada dice (interpretación mutativa «por adición»), o rellenando la laguna según las creencias y valoraciones inmersas en la sociedad («no interpretativismo», y doctrina de la «Constitución viviente», o *living constitution*). En otros supuestos, el intérprete-operador estará autorizado para *quitarle* algo a la Constitución (interpretación mutativa «por sustracción») para tornarla todavía útil. En ambos casos la solución de la imprevisión es fácil, ya que se parte del supuesto de que el intérprete no va a encontrar soluciones en algo ya hecho por el constituyente, sino que él mismo va a elaborar las respuestas constitucionales que la sociedad necesita. En conclusión, estas doctrinas están hechas a medida para resolver las imprevisiones y vacíos de la Constitución ⁽²¹⁾. Puesto que justifican con amplitud que el intérprete-operador se separe de la voluntad del constituyente histórico para elaborar sus recetas jurídicas, con mayor razón admiten que aquél construya las mismas si el constituyente no legisló sobre un determinado tema.

c) El recurso al Derecho Internacional. Otro dispositivo para atender útilmente a la imprevisión constitucional es el llamado al Derecho Internacional. Un punto no tratado por el constituyente, en efecto, puede haber sido ya cubierto por documentos internacionales, vigentes en un Estado.

La cobertura de la previsión constitucional es sencilla si el documento internacional tiene para el país del caso, rango constitucional, o si la Constitución declara, como lo hace la de Guatemala (art. 46), que los tratados en materia de derechos humanos prevalecen sobre el Derecho Interno. De todos modos, aunque la regla internacional no cuente en un determinado país con categoría constitucional, la actual fuerte presión del Derecho Internacional sobre el local (incluso el Derecho Constitucional), las reglas de *jus cogens* del «pacta sunt servanda» y de la «bona fide», retratadas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, hacen que la norma internacional adquiera vigencia cada vez más consolidada en el interior de un país.

⁽²¹⁾ Sobre la interpretación constitucional mutativa y el no interpretativismo derivamos al lector a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución* (Buenos Aires, 1998), ed. Depalma, págs. 51 y sgts., 100 y sgts.

El caso de «Productos Avón S.A.», sentenciado por la Corte Suprema de la República Dominicana, en el sentido de cubrir la imprevisión constitucional de la Acción de Amparo, con reglas emergentes del Pacto de San José de Costa Rica, es una significativa muestra de lo que estamos comentando⁽²²⁾.

d) *El camino de la integración*. Para esta posición, un asunto, situación o problema de naturaleza constitucional no previsto por el constituyente es básicamente una *laguna* constitucional, y como tal, no debe resolverse por vía de «interpretación» (ya que no habría dispositivo normativo que interpretar), sino por «integración» (o si se prefiere, «construcción») de la norma faltante.

Los métodos de integración son básicamente dos: la *autointegración*, que recurre al mercado jurídico interno (analogía, principios generales del Derecho doméstico, valores y creencias del medio local) y la *heterointegración* (valores, principios generales del Derecho, Derecho extranjero valioso)⁽²³⁾.

A todas luces, en estos casos el «integrador» cuenta con un margen de acción más amplio que un «intérprete», ya que éste se encuentra ceñido en su libertad de actuar por la presencia de una norma, mientras que el integrador no tiene norma que lo enclaustre, sino *norma ausente*. De todos modos, la «integración» no significa que el operador pueda integrar como le guste: deberá respetar el techo ideológico y el plexo axiológico de la Constitución, las demás cláusulas de esta última (con la excusa de integrar, no podrá derogar otros preceptos constitucionales), las reglas de Derecho Internacional que vinculan al Estado en cuestión, los principios jurídicos vigentes, la conciencia constitucional imperante, etc.

VII. COBERTURA DE LA IMPREVISIÓN. EL «QUÉ»

A menudo, la atención y el despacho de la imprevisión constitucional terminan en la elaboración de una regla (consuetudinaria) de Derecho Constitucional.

⁽²²⁾ Sobre el caso «Productos Avón S.A.», *cfr.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Judicium et Vita*, Diciembre 2000, n° 7, págs. 329 y sgts., con nota de Allan Brewer-Carías.

⁽²³⁾ Sobre la integración constitucional, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, ob. cit., págs. 161 y sgts.

Las sentencias de un Tribunal Constitucional supremo que concentre el control de constitucionalidad configuran, con frecuencia, directrices con efectos *erga omnes* que prácticamente valen como el mismo texto constitucional.

En los países con control difuso, con fallos que se ciñen a casos concretos, la solución de la imprevisión puede tener efectos más tenues, ya que allí las sentencias del Tribunal Supremo pueden cambiar de caso a caso. No obstante, y por diversas vías, los fallos de ese órgano máximo de control de constitucionalidad adquieren a menudo vigor expansivo, acercándose bastante (aunque no del todo) a las de una Corte Constitucional concentrada. La doctrina norteamericana del *stare decisis* y la argentina de los efectos vinculantes, aunque condicionados, de los veredictos de sus Cortes Supremas, es un indicador de ello ⁽²⁴⁾.

Desde luego, la solidez de una doctrina judicial que resuelva una imprevisión constitucional no depende solamente de la categoría del Tribunal que lo haga, sino del acierto intrínseco de la solución adoptada. A mayor dosis de prudencia, de tino y de justicia en la atención de la imprevisión, mayores posibilidades de supervivencia de lo decidido. Naturalmente, juega aquí también la voluntad de los operadores constitucionales posteriores al sujeto que cubrió la imprevisión, en el sentido de repetir o no la receta que él mismo elaboró.

Es importante reiterar aquí que el «qué» diseñado por el agente que estudió y resolvió la imprevisión constitucional tiene *materialmente* naturaleza constitucional (desde el momento en que ha «construido» una respuesta constitucional no incluida en la Constitución inicial imprevisora), por más que el referido sujeto sea un poder constituido.

VIII. RECAPITULACIÓN

Generalmente se visualiza la imprevisión constitucional como un fenómeno negativo. Y puede serlo así, cuando el constituyente ha guardado silencio en temas que debió tratar. Las fuentes de esa omisión son diversas: impericia, falta de consenso para expedirse, ausencia de coraje, o también hedonismo constituyente.

⁽²⁴⁾ Ibidem, págs. 222 y sgts.

A esa imprevisión «mala» cabe sumar otra «buena»: no es aconsejable que la Constitución prevea todo. Su vocación de futuridad hace que ciertos temas sean enunciados únicamente de modo general, dejando a los operadores futuros su despliegue y explicitación posterior. Al respecto, la Constitución no debe ser una cárcel, sino una pista de despegue. Del mismo modo, el transcurso del tiempo presentará problemas y situaciones novedosas que los constituyentes, por más que lo hubieran querido, no habrían podido prever.

La imprevisión constitucional, por todo ello, es un fenómeno harto importante y a la vez frecuente y casi connatural a la misma Constitución. Por ello, la empresa de cobertura de la imprevisión no debe llamar a asombro, aunque pone a prueba la idoneidad de los operadores del sistema constitucional, que van a trabajar como constituyentes subrogantes, y en particular, de los jueces de la Constitución, que son quienes tienen la última palabra en el problema, como intérpretes supremos de la Constitución.

La imprevisión constitucional presenta tres niveles de interrogación: *quién* debe atenderla, *cómo* tiene que operar, y *qué* debe hacerse, vale decir, en qué consiste el producto final que cubre la imprevisión.

Normalmente la primera pregunta se responde recurriendo a los poderes constituidos, que de alguna manera se convierten, ante la imprevisión, en poderes constituyente suplentes. La segunda encuentra soluciones en un conjunto de recetas que circulan en el Derecho Constitucional Comparado: doctrinas de la interpretación evolutiva, del recurso al Derecho Internacional, de la hiperflexibilización constitucional (no interpretativismo, mutativismo), o de la integración de la norma constitucional incompleta o faltante. El tercer interrogante conduce a observar que a menudo, las soluciones integradoras o reparadoras de la imprevisión generan reglas de Derecho Constitucional consuetudinario que se adosan a la Constitución formal inicialmente imprevisora. Pero esto depende de la sagacidad y del acierto con que ha operado el sujeto que atendió y respondió a la imprevisión, así como de la aceptación que su fórmula de cobertura tuvo en los operadores posteriores de la Constitución.

IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL

1. **Introducción.** Tema incómodo, frecuente y apasionante.
2. **Tipos de Imprevisión Constitucional**
 - Perspectiva Axiológica { Imprevisión «buena».
impresión «mala».
 - Perspectiva Sociológica { Voluntaria.
Involuntaria (hecho nuevo, falta de consenso, impericia).
3. **Consecuencias de la Imprevisión**
 - Negación.
 - Permiso.
 - ¿Quién? { Poderes constituidos.
 - ¿Cómo? { Vía interpretación (Interpretación dinámica, posiciones hiperevolutivas, recurso al Derecho Internacional Público).
Vía integración (auto y heterointerpretación).
 - ¿Qué? { Generación de reglas de Derecho Constitucional Consuetudinario.
4. **Cobertura de la Imprevisión**