

## EL SIGNIFICADO ACTUAL DE LA CONSTITUCIÓN

Oswaldo Alfredo GOZAÍNI

SUMARIO: Primera Parte. I. *Breve historia de los códigos y las leyes fundamentales.* II. *La postmodernidad y su influencia en las Constituciones.* III. *La Constitución y sus tres manifestaciones esenciales.* IV. *La Constitución y la justicia constitucional.* V. *Los derechos humanos.* VI. *Incorporación de los derechos humanos al derecho interno.* VII. *La Constitución consensuada. El paradigma de la universalidad.* Segunda Parte. I. *El presente de la justicia constitucional.* II. *Las bondades del sistema americano (difuso) para el control de constitucionalidad.* III. *Los inconvenientes de la jurisdicción difusa para el control constitucional.* IV. *Legitimidad constitucional de los jueces.* V. *Los tribunales constitucionales. La jurisdicción concentrada.* VI. *La evolución de los tribunales constitucionales.* VII. *El futuro de la justicia constitucional.*

### PRIMERA PARTE

#### I. BREVE HISTORIA DE LOS CÓDIGOS Y LAS LEYES FUNDAMENTALES

La historia del mundo es multifacética, no caben dudas sobre ello; sin embargo, existe en el plano de la evolución normativa un punto común donde se reúnen ideales compartidos que han perseguido, desde siempre, afianzar el destino de los hombres a partir del conocimiento de sus derechos.

Fue así como el derecho romano planteó un modelo o arquetipo por el cual cada conflicto hipotético en la sociedad tenía una respuesta legal y un sistema de representación ante los jueces para resolver las controversias suscitadas.

La utopía de la comunidad universal que apresaba el imperio romano entronizó el *jus comune*; éste se proyectaba en sus lugares de poder y dominación bajo la coherencia intrínseca del orden jurídico homogéneo.

Propiamente, era un método destinado a perdurar; una ética o una moral dispuesta como modelo y, en definitiva, un conjunto de reglas afianzadas por la fuerza y la persuasión sobre la conveniencia del respeto.

Es el mismo temperamento que va a tener la Iglesia cuando, en la Edad Media, confluye con sus principios y modifica tipificaciones conocidas dándoles un profundo sentido religioso.

Se conservan las reglas y se compilan las disposiciones de varios siglos, bajo la forma totalizadora del inventario.

Al mismo tiempo sucede el desmembramiento de los imperios. Las regiones y los intereses se agrupan originando normas particulares fuertemente influidas por los usos y costumbres.

Germinal un nuevo orden jurídico, fronteras adentro, pero sin mayores creaciones o novedades respecto al dogma del derecho tradicional.

Tiempo después, sí ocurre un hecho trascendente. Se socava la autoridad y el misterio eclesiástico que poseía, sobre todo, la Iglesia católica;<sup>1</sup> en adelante, cualquiera podía interpretar el destino mortal de las sagradas escrituras y extraer sus propias conclusiones.

Es el tiempo de las ciencias (Copérnico, Newton, entre otros) y de los descubrimientos, con una gran incidencia en las conductas humanas que comienzan a percibir el valor de las idiosincrasias y las pertenencias singulares.

Surge la noción de “derecho natural” y la fragmentación de los principios totalizadores que tenía hasta allí el mentado *jus comune*. El primero preconizando la tesis de regular matemáticamente las conductas sociales a partir de una serie de proposiciones jurídicas de la naturaleza humana. La segunda, es consecuencia política de la creación de los Estados al requerir un sistema normativo para autorregularse.

La recopilación de las leyes fue consecuencia lógica y esperada de la acumulación de poder en las autoridades centrales. Cada uno requirió una sistemática que evitara el uso de las habitualidades como reglas de con-

1 La reforma protestante rompió el dogma del papel intermediario de la Iglesia e introdujo la intermediación personal entre el creyente y las escrituras. Las consecuencias de este principio serían inmensas, en especial para el desarrollo de la ciencia, más allá de las suspicacias de Lutero y Calvino (Cfr. Nuñez, Carlos Raúl, *Codificación, tecnología y modernidad. La muerte de un paradigma*, Lima, Perú, Ara, 1996, pp. 25 y 26).

ductas, o la aplicación de las costumbres, como modelo para resolver los conflictos.

Las recopilaciones no creaban un derecho particular, sólo continuaban las disposiciones de otrora dándoles un orden sin demasiada meticulosidad. Son ejemplos de esta ardua tarea, las Leyes de Indias, o los digestos, o el *swabspiegel*, que era una simetría absoluta con los hasta allí existentes.<sup>2</sup>

A mediados del siglo XVIII se avizora un cambio de mentalidad: el derecho reunido en un orden jurídico no respondía con suficiente certeza por la inseguridad que traía el desconocimiento sobre qué leyes estaban vigentes.

La era de la certidumbre y el orden da lugar al tiempo de la codificación. Bien se ha dicho que

La codificación es uno de los productos más acabados y llamativos del Iluminismo y de la cultura occidental moderna, una de sus expresiones formales más genuinas; se trataría de una obra tardía, más que de una producción antigua o medieval. Ésta parece ser la posición más razonable. Se pecaría de anacronismo si se conjetura que la codificación es un fenómeno del mundo antiguo o medieval o propio de cualquier civilización que haya condensado sus normas coercitivas. Desde el momento que las condiciones materiales o ideológicas eran diversas, tal propósito constituiría, como ha puntualizado Bartolomé Clavero, un imposible histórico, y una interpolación fatal habría sido pensar en códigos antes de una innovación tecnológica como el surgimiento de la imprenta.<sup>3</sup>

El código dio respuesta al criterio racionalista que caracteriza el tiempo donde transcurre.

Si bien es posible encontrar codificaciones desde el siglo VII, el papel auténtico de estos modelos orquestados a partir de un sistema y un método, son propios del siglo XVIII, que es cuando se inicia la obra en Baviera y Prusia.

Además, no puede descartarse el fenómeno revolucionario de la técnica, que trae consigo importantes manifestaciones y claras repercusiones en la tarea de codificar. En primer lugar, la imprenta permitió eludir (eliminar) el uso del latín dando espacio a los moldes gráficos y a la expan-

2 Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fé, Argentina, Rubinzal Culzoni, 1995, p. 11.

3 Clavero, Bartolomé, *Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio (quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno)*, Firenze, Italia, 1989; cfr. Núñez, *op. cit.*, p. 29.

sión de los productos impresos. La ley dejaba de ser conocida por algunos para llegar a una dimensión superior. En segundo término, los primeros códigos revirtieron la obra colosal (por su peso y tamaño) de las recopilaciones, al quedar presentados sistemáticamente con contenidos breves aunados en un solo concepto: la ley.

Los códigos se redactan con un obsesivo afán de claridad<sup>4</sup> donde son ejemplos grandilocuentes el Código Napoleón con su floripondioso lenguaje, y la belleza gramatical del Código Civil de Andrés Bello. Esta es una diferencia intrínseca con las recopilaciones, que desde otra perspectiva, utilizaron una técnica expresiva barroca, con reiteradas insistencias conceptuales (en razón de compilar leyes de naturaleza diversa —civiles, penales, mercantiles, políticas, fiscales, procesales, etcétera—) y teñidas de una retórica de difícil lectura.

La codificación tiene un éxito notable. Se difunde por Europa en el siglo XIX y hegemoniza los modelos normativos. Al mismo tiempo, venía acompañando la formación del Estado moderno, un suceso paralelo: el constitucionalismo.

Por eso, tanto los códigos como las leyes fundamentales gozan de una similar contextura. Pretenden claridad y orientación y asumen el papel de ser la mejor representación de soberanía de los nuevos Estados. Cada uno tiene su propia constitución y sus códigos de fondo.<sup>5</sup>

De todas maneras, pese al paralelismo histórico, cada Constitución tiene presente en su propia condición una calidad singular. Esta es la aspiración que refleja Häberle cuando dice

El tener siempre bien presente el contenido nacional específico de cada Derecho constitucional de un Estado concreto o país es lo que, en último término, puede evitar que se incurra en el error de reducir “a común denominador” de forma precipitada justamente aquello que debe ser y permanecer “diferente”; piénsese en los preámbulos de textos legales en cuanto a su dimensión de resumen expositivo de la historia nacional, en las garantías de las festividades nacionales y en tantos otros textos repletos de símbolos.<sup>6</sup>

4 Nuñez, *op. cit.*, p. 27.

5 Sostiene Nuñez que “la identificación de la Constitución y de los códigos con el Estado Nacional al cual pertenecían sería uno de los rasgos centrales de la modernidad jurídica durante más de dos siglos. Por otro lado, la dogmática erigida desde la aparición de los códigos evidenciaría un marcado carácter nacional y habría de referirse prioritariamente a la legislación vigente en el Estado que la producía” (*op. cit.*, p. 49).

6 Häberle, Peter, “Derecho constitucional común europeo”, trad. de Emilio Muranda Franco, coordinador Antonio-Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 212.

Desde entonces arrolla un movimiento transformador en la política legislativa. Cada Estado retoma valores y prosapias que busca jerarquizar a partir de un sistema básico de derechos fundacionales y fundamentales. Con el mismo objetivo de asegurar el derecho evitando la incertidumbre, se predica y alienta el esquema meditado de los códigos y de las Constituciones.

Ellos tenían la inmutabilidad del paradigma. Es la idea de resolver de una vez y para siempre bajo la sombrilla de la ley por todos conocida y aceptada.

Una semblanza de cada ordenamiento muestra un orden normativo público en el espacio de las leyes fundamentales destinado a regular al Estado; y otro orden jurídico privado que con los códigos obtenía un estatuto orgánico para disciplinar las relaciones de la sociedad.

En definitiva, había nacido el paradigma. Concepto bien acuñado a partir de la rigidez constitucional, pues debía permanecer en sus términos como un baluarte de ejemplos sociales y políticos a seguir en la medida en que, siendo las libertades la base esencial del sistema, no podía pensarse en modificarlos. Por eso y para eso las constituciones fueron leyes fundamentales afianzadas por los modelos de permanencia y eternidad.

El siglo XIX afirmó y desarrolló los sistemas constitucionales. También se consolidaron las normas codificadas del derecho privado. Ambos, aparecían como esquemas sólidos, precisos y eficaces para regular la sociedad civil y el equilibrio entre poderes de un Estado.

Pero la sociedad no era ya la misma. Existía una clara despersonalización en las relaciones individuales. La explosión demográfica provocaba una sociedad de masas, en la clara definición de Ortega y Gasset; era un tiempo de anonimatos y una modificación profunda en los comportamientos al incentivarse los modelos económicos y las culturas egocéntricas imponiendo modas y predilecciones.

De pronto, la codificación sufre el impacto. Los jueces debían elaborar un trabajo sistémico de adecuación a los tiempos y necesidades. El problema estaba en que, desde la Revolución francesa, a la justicia ordinaria le estaba permitido únicamente aplicar las normas, sin darles alcance ni inteligencia. Ese, no otro, era el mensaje acuñado por Montesquieu.

La aventura hacia una justicia con mayores poderes y deberes queda reflejada, principalmente, en Italia (1940), y prontamente se transmiten los resultados por toda Europa y América.

La inmutabilidad normativa tuvo en los jueces una vía de elusión. En realidad, la interpretación judicial permitió elastizar algunos conceptos y recrear instituciones que estaban presentadas como programas a elaborar. La jurisprudencia, con su encanto e imaginación, amplió los límites codificados y constitucionalizados.

Esta situación plantea en el siglo XX una auténtica revolución. La sólida estructura de los códigos y la férrea implementación de las leyes fundamentales perdieron consistencia cuando los jueces iniciaron el proceso de interpretación.

La utilización de legislación extranjera, y la asimilación interna de las sentencias de otros países, era imprescindible por el grado de adelanto que algunos tenían respecto a la lectura aplicada de los cambios ideológicos y las transformaciones industriales.

Era tan fenomenal y rápida la celeridad de los tiempos que no había respuesta eficaz para las renovaciones sociales y sus nuevas pertenencias. Del individualismo dominante en el siglo anterior se posicionaba una cultura que entronizaba lo social.

De este modo, tanto los códigos con sus monosistemas rígidos y estancos; como las Constituciones, con sus declaraciones y principios intangibles para el hombre, observaron cómo se agrietaron los sistemas.

Desde mediados de siglo, por señalar una fecha caprichosa aunque probable, se encuentra en el mundo una increíble inflación legislativa.

Los pequeños reductos codificados que simplificaron el estudio de las instituciones, se desmorona con la producción normativa individualizada; comienzan los estatutos especiales y una construcción singular que abre surcos en la unidad constitucional o en los códigos vigentes.

Era lógico, la aparición de nuevas tecnologías, un mercado económico diversificado, reglas de abastecimiento y consumo diferentes, la producción de bienes y servicios nuevos, el seguro colectivo, entre tantas manifestaciones, no habían sido previstas en las estructuras legales conocidas hasta entonces.

La visión totalizadora debió replantearse. Ya no era el ciudadano el centro de las preocupaciones; ahora, se despersonaliza para atenderlo en función de sus conductas y necesidades, por eso es regulado, como dice Lorenzetti,

como comprador, como contribuyente, como comerciante, como usuario, como trabajador, etcétera, y en cada una de esas actividades enfrenta leyes

especiales. De ello se sigue que el consumo de normas especiales es mucho mayor que el de las generales. Si una empresa tiene que celebrar un contrato recurrirá poco a la teoría general del contrato del código civil y mucho más a las normas sobre impuestos, responsabilidad civil, seguros, quiebras, etcétera. Ello lleva a una crisis del concepto global y abstracto de “ciudadano” y de “pueblo”. Se nos hace difícil saber qué piensa la mayoría y cuáles son los intereses del ciudadano y del pueblo.<sup>7</sup>

El derecho constitucional también elaboró en sus normas fundamentales el mismo concepto de “paradigmas”. Esta teoría ha tenido la virtualidad de resaltar que la idea de los derechos humanos se realiza y desarrolla siempre dentro de una tradición cultural masificada y uniforme.<sup>8</sup>

Claro fue que con las rupturas ideológicas y las situaciones cambiantes en el funcionamiento de las garantías, claramente observado, por ejemplo, en la dinámica de la justicia constitucional que más adelante referimos, determinó también aquí, que se hablara de una época trastornada. Una sustitución de paradigmas y el tiempo de la descodificación.

Estas son voces a las que tenemos que ir adaptándonos: fin de los paradigmas; sociedad posmoderna; recodificación; códigos modelos; justicia alternativa, cada cual tiene tras suyo un llamado a las coincidencias, una brújula puesta hacia otro rumbo donde no se puede conjeturar sobre ensayos pasados ni principios intangibles e inmutables.<sup>9</sup>

7 Lorenzetti, *op. cit.*, p. 21.

8 Bien se ha dicho que “los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiraron las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ese contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de derecho” (Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?”, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio, cit.*, p. 14.)

9 Pertenece a Thomas Kuhn el haber planteado en 1962 las crisis de los paradigmas (*cf. The Structure of Scientific Revolution*, Chicago, University of Chicago). El término “postmodernidad” fue utilizado por los críticos literarios a comienzos de la década del setenta, y luego lo retoman filósofos, politólogos, abogados, entre otros. Una obra guía puede ser la de Gianni Vattimo, *El fin de la modernidad*, Barcelona, Gerisa, 1986. Los códigos modelos son producto de la tarea iniciada en 1967 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que redacta bajo la pluma y dirección de los profesores Enrique Vescovi y Adolfo Gelsi Bidart, ambos de la República Oriental del Uruguay, un anteproyecto de normas procesales para el enjuiciamiento civil que se terminó en 1988; también el mismo instituto encomendó en el mismo año (1967) a los profesores argentinos Alfredo Vélez Mari-

## II. LA POSTMODERNIDAD Y SU INFLUENCIA EN LAS CONSTITUCIONES

La vinculación entre el tiempo y el derecho demuestran cómo la idea de orden y seguridad está implícita en la evolución desarrollada superficialmente en los párrafos precedentes. El positivismo es producto de esta ambición por la certidumbre. Pero también momificó la evolución normativa impidiendo su adaptación a las nuevas realidades emergentes.

De todos modos, las instituciones fueron modernizándose, tomando de otros las adaptaciones y copiando de sus reglas los principios que todavía se marcaban hacia adentro. Esto equivale a decir que el modernismo institucional fue causado por una importación de principios que se dieron al paso de las generaciones. Aún se registraban los cambios para cada nación, como reducto particular que se acomodaba a los cambios y reclamos sociales.

La “modernidad” se define como

una forma concreta de sociedad, que corresponde a la que la tradición occidental ha vivido y desarrollado en los últimos tres siglos. En consecuencia, la modernidad no es un concepto que describe el proceso genérico y abstracto de cambio, sino el contenido social de un proceso de cambio específico. La modernidad es el resultado de una cierta modernización en particular: usamos el término “modernidad” para distinguir, entre todos los cambios y modernizaciones que se han producido en la historia (posiblemente todos con caracteres únicos), uno en particular que da nacimiento a la sociedad que conocemos actualmente como “moderna” dentro del mundo occidental.<sup>10</sup>

Una de las características manifiestas del modernismo, en materia legislativa, se da en la creación de regulaciones precisas que no toleran ya el tratamiento vertical de los problemas. La horizontalidad, esto es, la regulación para los iguales modificó la estructura normativa tradicional. Se

conde y Jorge Claría Olmedo, la redacción de un código uniforme para el proceso penal. Finalmente, el movimiento denominado de justicia alternativa, pone de relieve las funciones que tienen otros mecanismos diferentes del proceso judicial para solucionar las controversias; se trata del arbitraje, la mediación, la conciliación, los minijudicios, entre muchos más, que en definitiva, permiten mostrar cómo la “desconfianza en los jueces” lleva a buscar en estos mecanismos una vía de escape o alternativa de composición. Puede señalarse a Mauro Cappelletti como uno de los pioneros en esta semblanza para el cambio.

10 Trazegnies Granda, Fernando de, *Postmodernidad y derecho*, Lima, Perú, Ara, 1996, p. 19.



procuró solucionar la crisis del contexto antes que continuar la línea de la determinación híbrida y abstracta.

El Estado, como pilar fundacional y creador de las normas, pierde consistencia al resultar el ciudadano el agente provocador de los cambios y adaptaciones.

Bien expresa Lorenzetti que frente a tal estado de cosas

el comportamiento racional de los individuos autosuficientes no es vincularse al Estado. Las clases altas y medias viven en *countries* privados donde el municipio tiene poco que hacer. La policía es sustituida por la guardia contratada; la escuela pública por la privada; el sistema de salud por la medicina prepaga; el crédito estatal por el crédito privado. Últimamente asistimos a la peor deformación: la justicia estatal es sustituida por la justicia privada; la gente se arma y se defiende por sí misma o se contratan policías privados por doquier. Este individuo no necesita al Estado; le molesta, pretende que se lo suprima, porque él está satisfecho sin necesidad de la “acción pública”. El Estado le molesta, le cobra impuestos, la ley le impone cargas, responsabilidades; hay que reducirlo al mínimo.<sup>11</sup>

La legislación sectorizada desmembró la unidad de los códigos y dio origen a la mentada descodificación. Esta política de estrechamiento surcó la ideologías dominantes hasta buena parte del siglo XX. Había llegado una hora nueva: el posmodernismo.

¿Qué significa ello y qué influencia tiene para el constitucionalismo?

Algunos sostienen que posmodernidad supone observar la decadencia (o el fin) de las ideologías para dar paso a un nuevo orden totalizador donde se privilegia el pragmatismo antes que el romanticismo político del siglo pasado.

De aceptar este temperamento, los programas declamados en las leyes fundamentales se afectan directamente por el nuevo llamado al cumplimiento estricto de las consignas. Se persigue llegar a los objetivos antes que emplazarlos como paradigmas.

Una variable demostrativa de la forma como opera el cambio se expone en la eliminación de los adagios medievales que fueron fijados en los códigos y las constituciones como principios generales del derecho. Por ejemplo: *ignorantia juris non excusat* y *nemo jus ignorare censetur* era un axioma para los jueces. Hoy, es sabido que el conocimiento inte-

11 Lorenzetti, *op. cit.*, p. 22.

gral de un ordenamiento jurídico interno es inabordable; sin contar la influencia decisiva para la eficacia de las instituciones que recibe de la legislación internacional y supranacional.

De este modo, los sistemas autosuficientes quedan subsumidos por la pluridimensión de las fuentes de producción legislativa.

Es muy interesante advertir la distancia que presenta Hayek entre los dos tipos de creación de normas, la que sería igual a la que existiría entre formular principios de viabilidad como tiene un “código de tránsito”, y el ordenar donde la gente debe estar; o mejor todavía, entre el organizar un sistema de carteles indicadores de caminos, y prescribir a cada uno qué ruta debe seguir.<sup>12</sup>

En definitiva, el posmodernismo es un análisis dinámico de las estructuras normativas, donde pervive el síndrome de la eficacia antes que la esencia de las cosas. Pareciera elevarse la vanidad que pretende reconstruir desde los cimientos, olvidando todo lo aprendido para comenzar desde la nada.<sup>13</sup>

Desde esta perspectiva, las Constituciones pierden su carácter de norma fundamental de una nación para constituirse en el pilar de todo el ordenamiento jurídico. Ella no pretende ejecutar un proyecto político ni determinar un modelo institucional, pero deja en sus contenidos las bases necesarias para realizarlos.

Podría ser un criterio similar al que plantea Rawls cuando establece las condiciones o características de la “estructura básica” de la sociedad que, a través del *overlapping consensus*, puede servir de base para un acuerdo político informado y voluntario entre ciudadanos entendidos como personas libres o iguales.<sup>14</sup>

### III. LA CONSTITUCIÓN Y SUS TRES MANIFESTACIONES ESENCIALES

El fenómeno de la interdependencia normativa, producto del avance incesante de la sociedad, donde están presentes variables tecnológicas, científicas y hasta las más inesperadas fuentes de motivación para el cam-

12 Cfr. Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 16, donde cita al pensador austríaco que reproducimos.

13 Cfr. Trazegnies Granda, *op. cit.*, p. 49.

14 Rawls, John, “Justice as fairness: Political not Metaphysical” (Justicia como imparcialidad: política no metafísica), *Political and Public Affairs*, vol.14, núm. 3, 1985, p. 230. También en *Teoría de la justicia*, trad. de M.D. González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, pp. 227 y ss.

bio, obligan a replantear la tradición estática del ideal consagrado en una norma básica.

Actualmente las Constituciones han recobrado una fuerte presencia en el concierto mundial. Se han despojado de su vida íntima, fronteras adentro, para proyectarse y ser modelo de otras cartas superiores, generando la interrelación de valores, principios y normas que venimos comentando.

De esta condición surge una guía conceptual que permite a cada Estado orientarse por el fundamento vecino adaptando en su seno una reglamentación específica. Por ejemplo, una ley fundamental puede entronizar el derecho de propiedad, y legislarse internamente a través de disposiciones particulares para la propiedad urbana, rural, latifundios, minifundios, propiedad horizontal, etcétera.

Implícitamente es un paso de lo individual a lo social. Una solidaridad diferente basada en el respeto de lo singular que no puede colisionar con el derecho de todos.

Éste puede ser un principio fundacional nuevo, que no supone abandonar absolutamente el modelo positivista para la regulación legal, sino la recuperación de ciertas partes menos enfatizadas pero esenciales en la tradición explicada.

La idea de solidaridad introduce un razonamiento social y finalista dentro del campo del derecho privado. Es un hecho patente que este tipo de aproximación ha venido introduciéndose paulatinamente dentro del derecho civil, al punto que algunas de sus antiguas ramas clásicas, ante la incapacidad del civilismo para procesar esta injerencia que la siente como extraña a la naturaleza de su disciplina, han abandonado su campo y aun el del derecho propiamente privado para considerarse a sí mismas como parte de una nueva área denominada derecho social, que ya no se considera privada aunque todavía no alcanza a ser pública; como si el derecho civil, irremediablemente individualista, fuese incompatible con los fines sociales.<sup>15</sup>

Ahora bien, la cooperación indisciplinada de las normas que se nutre de la comparación de resultados antes que de los valores proyectados, no puede resultar absolutamente abierta. No es posible pensar en una gama de derechos únicos que fundan las diversidades cuando el mundo tiene

15 Trazegnies Granda, *op. cit.*, p. 55.

múltiples expresiones de culturas que impiden la formación de un estereotipo.

Pensemos, por el caso, en la libertad como criterio ordenador del orden social. Este es un paradigma que se cae cuando las libertades escogidas difieren entre sí. No es la misma libertad la que prefiere un occidental cristiano respecto a un habitante de países musulmanes; también difiere, a veces, en la consideración regional (*verbi gratia* entre Asia y África).

Así las cosas, la unidad preconizada desde los valores fundamentales tiene algo de caótico porque niega *per se* la creación y la inteligencia aplicada. No obstante, si la influencia se recibe con posibilidades de discusión y sistematización, evidentemente será posible hablar de una coexistencia visible de normas, principios y valores iguales en cualquier parte del mundo.

Pérez Luño resiste esta tendencia sosteniendo que

Toda cultura tiende a ofrecer resistencia a aquello que le es ajeno, procurando así perpetuar sus modelos operativos. De ahí que la cultura jurídica tradicional ligada a un método interpretativo orientado hacia la subsunción de los hechos en los esquemas formales de una normativa analítica y casuística, se vea desorientada al tener que proyectar sus métodos interpretativos a las disposiciones constitucionales, enunciadas en términos más generales y amplios para conseguir la máxima fuerza expansiva y flexibilidad.<sup>16</sup>

Basados en esta prevención, en miras a darle posibilidades reales a un mundo unificado desde las Constituciones, conviene establecer en qué lugares de las normas fundamentales están las orientaciones a seguir.

Las cláusulas generales, que en Argentina se manifiestan como “Declaraciones, derechos y garantías”, constituyen valores superiores —para expresarlo con la fórmula de la Constitución española— que no pueden supeditarse a quedar vigentes con la reglamentación precisa.

En tal caso, una norma programática será un principio, porque requiere de una vía de acción específica. Mientras que los valores son válidos por sí mismos (directamente operativos),<sup>17</sup> las normas, por su parte, se

16 Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 285.

17 Se ha convertido en un clásico ineludible la obra de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1981, donde esclarece el concepto diciendo: “los valores son la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación” (p. 98).

expresan a través de las garantías mínimas, es decir, las herramientas procesales indispensables para la defensa de los derechos humanos.

En conjunto, la Constitución es un todo orgánico que tiene presunción de inmediata operatividad, aun en los principios, pues más allá de la obligación que ellas pueden contener en orden a una actividad complementaria, y aunque tal obligación no esté cumplida ni la normativa reglamentaria se dicte, toda norma programática impide actuar o hacer algo en oposición a ellas. La ausencia de consumación, además, genera una *omisión inconstitucional*.<sup>18</sup>

#### IV. LA CONSTITUCIÓN Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Los derechos humanos han igualado la normativa fundamental de los Estados, otorgando una base similar que progresa y desarrolla las instituciones del constitucionalismo clásico.

Éste, tiempo atrás, estableció un orden diferente en la organización interna. La acumulación del poder se fraccionó en la tripartición por todos conocida, tutelada por una norma superior que limita y controla las actividades de cada uno.

Según Fayt,

el gobierno es ejercido por tres poderes, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial que, en el ámbito de sus competencias, tienen por función gobernar a la nación. Los jueces, en tanto guardianes e intérpretes finales de la Constitución, sólo intervienen para garantizar el funcionamiento del gobierno en el marco de las atribuciones que la Constitución les ha conferido. No para decidir en materias propias de los otros poderes, acerca de su acierto, oportunidad y conveniencia, sino sólo ante la invocación del menoscabo de cláusulas, derechos, declaraciones o garantías constitucionales, y con el fin de contribuir para que los tres poderes ejerciten sus facultades, en el marco que la Constitución les ha fijado.<sup>19</sup>

Tuvo razón Loewenstein cuando afirmó que la historia del constitucionalismo moderno no era sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por quienes lo detentan.

18 Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994), Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 310.

19 Fayt, Carlos S., *Nuevas fronteras del derecho constitucional. La dimensión político institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 1995, p. 6.

Tal intención de organizar al Estado en torno del poder para domesticar al absolutismo y la arbitrariedad, no debe, sin embargo, conducirnos a suponer que el contenido constitucional se agota en la estructura de ese mismo poder, ya sometido a límites y controles.

Esa es la primera cuestión que tendremos que reconocer: *la Constitución no se cumple por el solo hecho de estar programada y declarando derechos de los hombres.*

La característica más elocuente para esta etapa es el encumbramiento del principio de legalidad. El Estado es un estado de derecho donde el ciudadano “recibe” sus derechos, los acepta y los cumple.

Se presenta de este modo el “telos ideológico” de la norma fundamental, y del mismo surgen principios que se deben respetar y consagrar como insuperables o inalienables, a saber:

a) La fundamentalidad, con lo que se quiere expresar que la Constitución provee al Estado de su derecho fundamental; del derecho que es base y origen de todo el orden jurídico político.

b) La organización interna, o, dicho en otros términos, el nexo indisoluble que declara la organización que estructura un Estado cualquiera, como son, la población, el territorio, el poder y el gobierno.

c) El reparto de funciones en esa organización, que conduce al principio de limitación, donde nadie tiene más poder que el otro.

d) El principio de responsabilidad que la extiende al Estado como persona de derecho público y a sus gobernantes, funcionarios y agentes públicos.

e) El principio de finalidad, también llamado techo ideológico de la Constitución.

f) El principio de control (*checks and balance*) o frenos y contrapesos ejercido en diferentes modelos y sistemas.

g) El principio de eficiencia, o eficacia de la Constitución, por medio de la cual se persigue que el rendimiento eficaz se alcance con el menor costo posible en su repercusión social, sea sobre las personas, los derechos, o los valores constitucionales.

e) Y así llegar al principio de totalidad, que muestra a una carta fundamental como auténtico *derecho*, más que como carta y programa declarativo. Es un derecho a la perdurabilidad, o durabilidad, o persistencia. Se mira y quiere un futuro, por eso se habla de la estabilidad como sistema de respeto por la continuidad de las instituciones y garantías reconocidas.

Actualmente, la evolución constitucional, en sus principales líneas, muestra hasta qué punto la sociedad incide en el comportamiento del Estado, llevándolo a resolver nuevos derechos, transformando otros, o determinando caminos de acción, a partir de la autonomía e independencia que aquélla tiene y que elimina la subsidiariedad anterior.

Algunos autores hablan de un tránsito del Estado de derecho decimonónico al Estado constitucional.

Partiendo de la idea de que el Estado constitucional constituye una versión del Estado de derecho, Zagrebelsky analiza las características esenciales del segundo, para proceder a continuación a efectuar un contraste con la situación actual. Este autor expresa que “vivimos en un contexto ideológico todavía dominado por los principios, o por la ideología, del positivismo jurídico, mientras los caracteres del ordenamiento jurídico actual ya no son conforme a tal ideología...” El centro de la construcción jurídico-política ya no radica en el Estado soberano, sino en la Constitución.<sup>20</sup>

El análisis de cada aspecto demuestra la significativa influencia que tiene la norma fundamental en el orden jurídico interno.

No importa hablar del respeto insoslayable que merece el principio de la supremacía constitucional, sobre el cual volveremos, sino advertir de qué manera cada principio, normas y valores, determinan la suerte de muchísimas instituciones del derecho de fondo llevándolas a adecuar sus precisiones a esa suerte de llamado ideológico que no es posible trastornar.

Un ejemplo de ello puede encontrarse en el capítulo nuevo de la Constitución Nacional de la República Argentina, que introduce bajo el título de “Nuevos derechos y garantías” una serie de disposiciones que llevan a resolver el destino de múltiples situaciones, sobre la base de cada principio orientador (*v.gr.* los derechos laborales y las desigualdades económicas; la participación popular en la economía de mercado; la regulación de los derechos derivados del ambiente y la ecología; la defensa del consumidor y del usuario de bienes y servicios; la regulación de la salud y los derechos del paciente; la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; la calidad y eficiencia de los servicios públicos; la Constitución de asociaciones de consumidores y usuarios; los

20 Zagrebelsky, Gustavo, “I diritti fondamentali oggi”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXII/1, 1992, p. 187. *Cfr.* Ansuátegui Roig, Francisco Javier, “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, en *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, núm. 2, marzo, 1994, pp. 113 y ss.

mecanismos alternativos para la resolución de conflictos y controversias; las garantías procesales, etcétera.)

En el mismo sentido, la norma fundamental no limita únicamente el obrar del Estado, pues también recae sobre las relaciones entre particulares; por eso se habla de derechos oponibles “frente a los demás”.

Bidart Campos dice, al respecto,

Hoy, son muchas las Constituciones que, además de reconocer derechos, enuncian *obligaciones o deberes de las personas*, no sólo en sus relaciones con el estado sino frente a otros seres humanos o al conjunto social, lo que carecería de sentido si no se consintiera que la Constitución es un complejo normativo cuya fuerza vinculante se dirige ambivalentemente a los poderes públicos y a los particulares.<sup>21</sup>

## V. LOS DERECHOS HUMANOS

La evolución someramente descrita permite visualizar un cambio aún más copernicano. Las Constituciones en el mundo van mostrando una tendencia hacia la unificación o uniformidad de ciertos derechos fundamentales, y esencialmente, de las garantías que preservan su cobertura y eficacia.

De esta manera, surgen estructuras predispuestas en los llamados “bloques de constitucionalidad”<sup>22</sup> que toman de las normas fundamentales comparadas y, particularmente, de los tratados y convenciones internacionales, un sistema de fuentes comunes con ambiciones de universalidad.<sup>23</sup>

Los derechos humanos, como categoría jurídica, tienen mucho que ver con este enfoque novedoso, en la medida en que se presentan como valores indispensables para una sociedad ideal.

21 Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 153.

22 Piniella Sorli, Juan Sebastián, *Sistemas de fuentes y bloque de constitucionalidad. Encrucijada de competencias*, Barcelona, Bosch, 1994, en especial pp. 42 y ss.

23 La tendencia señalada tiene algunas observaciones muy precisas. Pérez Luño dice que “...el Estado de derecho, que es uno de los grandes logros de la modernidad, se está viendo comprometido en una cultura como la nuestra, calificada de postmoderna. El asedio a la modernidad (Sebrelli) es, precisamente, el término con el que se quiere aludir al fenómeno de relativismo cultural y al auge de los particularismos antiuniversalistas propios de la fase histórica actual. Como quiera que los ideales de la modernidad fueron los valores ilustrados de la razón, la libertad, la igualdad y la fraternidad universal, debiéramos ser conscientes que la negación postmoderna de la tradición ilustrada comporta un abandono de esos valores que siguen siendo básicos” (*op. cit.*, p. 13).



Va de suyo que no referimos al valor como determinación cuántica, sino al sentido vital de su necesidad. Es, entonces, un criterio axiológico el que mentamos, aún a sabiendas de la distancia que tiene respecto a la teoría del valor en el plano de la filosofía jurídica.

De alguna manera, entender a los derechos humanos como valores, supone llevar al plano de la conciencia general los principios que identifican al ser.

Tal proposición encuentra un valladar importante: para lograr tal criterio será preciso que el valor sea, precisamente, valorado positivamente por el sujeto, lo cual conduce a cierto relativismo por depender de un acto estimativo.<sup>24</sup>

El problema de establecer la categoría jurídica a que pertenecen los derechos humanos retorna a la polémica tradicional entre juspositivistas y jusnaturalistas. Inclusive, el esfuerzo filosófico por encontrar una adscripción lógica no deja de colisionar con los fenómenos particulares que identifican a cada sociedad. Así como la comunidad occidental estructura su pensamiento en base al reino de la ley y del *common law*, curioso resulta observar cómo una cultura diferente, como la japonesa, no encuentra vocablos correspondientes a la palabra derecho (*droit, right, recht*) pues se fundamenta, esencialmente, en obligaciones y deberes, y no en derechos.<sup>25</sup>

Por eso Rommen explica muy bien que

la idea de un derecho natural puede surgir sólo cuando la razón descubre que no todas las leyes son inmutables, que pueblos distintos viven de

24 Al respecto: Ortega y Gasset, José, *Obras completas*, Madrid, *Revista de Occidente*, 1946, en especial capítulo referido a: “¿Qué son los valores?”, *Una introducción a la estimativa*. Cfr. Gozáni, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos. Vínculos y autonomías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1995, pp. 16 y ss.

25 La misma curiosidad se observa entre los autores islamitas, donde el “Corán” es fuente de legislación y de cambios revolucionarios (v.gr. Irán). En este sentido el Islam puede ayudar a los pensadores occidentales a reconocer la estrechez de una concepción en que la reivindicación de la protección de los individuos ignora la “fraternidad en la obediencia de Dios”. También, en la India, la escritura sánscrita no tiene equivalente a la palabra “derecho”, sino una que puede traducirse como “justa exigencia” por lo que el derecho siempre se gana y se merece. Según la idea de Karma se recoge lo que se siembra. En la misma línea se constata la confrontación de conceptos entre Oriente y Occidente y aun, en éstos, entre los países pobres subdesarrollados, en expansión y poderosos. La síntesis propone dos consecuencias positivas de indudable alcance filosófico: “que derechos idénticos pueden no ser derechos similares en todos los aspectos y que por encima de la igualdad abstracta es necesario colocar la solidaridad entre los individuos y la interdependencia entre las sociedades”, en Ricoeur, Paul y otros, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal-Unesco, 1985, p. 29.

acuerdo con leyes distintas y que casi imperceptiblemente el derecho cambia. Se concluye entonces en que no todo derecho es derecho divino, inmutable y sagrado, sino que existe también un derecho humano cambiabile.<sup>26</sup>

El empalme entre la categoría jurídica con la persona humana abre posibilidades distintas. Así pueden llamarse “derechos humanos”, “derechos naturales”, “derechos fundamentales”, “derechos del hombre”, “derechos individuales”... pero en todas estas denominaciones aflora un valor, una identidad axiológica. El hombre tiene estos derechos por su sola condición, no importa el nombre que se les asigne; los tiene y los ostenta por su propia naturaleza y dignidad.

Esos derechos no responden a una categoría jurídica propia ni determinada. Por ello al estar afuera de cualquier orden jurídico por ser “suprapositivos” (es decir, no establecidos por una declaración de la voluntad del hombre al instituir un sistema normativo) sólo puede colegirse su factibilidad a partir de una situación ideal. Algo así como un código de conducta; una ética del comportamiento.

Ahora bien; si los derechos humanos fueran sólo eso carecerían de la realidad ontológica de un orden objetivo, y como tales, serían consagraciones para una sociedad ideal.

Pero como ellos son trascendentes a la persona misma por interesar su acatamiento y realización a todo el conjunto de la humanidad, deben poseer un *status* dónde situarse para obtener desde él su ejecución.<sup>27</sup>

Es evidente que, en materia de derechos humanos, podemos coincidir en reconocerlos como necesarios e imprescindibles, y aún obtenerlos consagrados por aplicación de normas fundamentales que los tengan en su télesis (v.gr: a través de los llamados derechos implícitos). Son derechos de la comunión y la pacífica armonía del hombre en coexistencia; generan, a su vez, un marco de adecuación con el sistema político por el que atraviesen y por eso, aun manteniendo innato su espíritu, pueden refor-

26 Rommen, Heinrich, *El Estado en el pensamiento católico*, Madrid, 1956, p. 179; ver: Bidart Campos, Germán J., *Los derechos del hombre*, Buenos Aires, Ediar, 1974, p. 23. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El proceso transnacional (particulares procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Buenos Aires, Ediar, 1992, p. 34.

27 En tal sentido Peces Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Madrid, ed. Latina (Colección Universitaria), 1980, pp. 16 y 31, donde sostiene que los derechos fundamentales son valores o paradigmas de un derecho futuro y que de esos derechos sólo se puede hablar en sentido estrictamente jurídico, una vez que son recibidos en un derecho positivo.

mularse con base en lo que podría denominarse como condiciones de viabilidad.<sup>28</sup>

En América Latina, la incorporación de la Convención Americana a un orden interno crea las mejores condiciones de realización y praxis para los derechos humanos. Sin embargo, la juridicidad otorgada, que por sí misma importa asignar un marco propicio para su consagración, no ha determinado un sistema inmediato de vigencia práctica.

De lo que resulta que todo cambio en el sistema de los derechos y las libertades corresponde a los cambios que afectan a las oportunidades reales que permite la estructura social.

## VI. INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS AL DERECHO INTERNO<sup>29</sup>

Para llegar a esclarecer la vigencia de los derechos humanos en el derecho interno damos por superado el interrogante que otrora se planteaba, referido al ingreso de un tratado en el orden jurídico local a partir del dictado de una ley que integre las previsiones normativas concertadas, o bien, receptorlo con los actos pertinentes respectivos del Poder Legislativo y Ejecutivo.

El dilema podría plantearse con los alcances que resulten asignados en cada legislación común, y con los efectos que se persigan al adherirse a un pacto de la fisonomía, por ejemplo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Basados en esos límites, observamos que en Argentina se efectuó la interpretación de los derechos humanos en la dimensión intelectual elaborada por el derecho transnacional, que finalmente resultó convalidado por la jurisprudencia orientadora de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En cambio México reconoce superioridad a la Constitución, sobre todo en los términos del artículo 133 de la Constitución Política, que dice:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión, y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Supre-

28 Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1989, p. 241.

29 Reproducimos el parágrafo 8 de nuestro libro citado en la nota 24.

ma de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.

Ahora bien, como los derechos constitucionales resultan también operativos (autoejecutivos) y programáticos, resulta imperioso conocer a qué derechos nos referimos y cómo juegan internamente.

Por vía de principio, los derechos son operativos cuando son directamente ejecutables, es decir, que no requieren ni necesitan de una norma que los complemente.

A su vez, otros serían programáticos o ideológicos, según formulen una aspiración a lograr un proyecto compartido, una ilusión común; o bien, enuncien desde una filosofía particular un programa a conducir. En ambos casos, las normas requerirán de un complemento que las formule positivamente.

El conflicto de estas últimas estriba en el tiempo, modo y forma como se realizan. Si no existe norma indicativa que precise el momento en que deben reglamentarse, podría llegar a sostenerse que ellas valen sólo como un programa de acción.

No obstante, sin esfuerzo se pueden obtener otras conclusiones. De algún modo la omisión del Estado en dictar la norma que operativice y dé plenitud al derecho del hombre planteado como programático, importa un acto inconstitucional por la demora o el ocio voluntariamente dispuesto.

También, se postula como principio que si el Estado supedita la vigencia a la espera de una ley próxima, cede la supremacía constitucional pues no es compatible la idea de que existan derechos cuyo ejercicio no pueda hacerse efectivo por ausencia de una legislación reglamentaria, o cualquier otro acto o decisión del poder tendientes a dejarle curso expedito.<sup>30</sup>

Asimismo, si el derecho presentado no se cumplimenta por la omisión referida, no obstante pueden ser válidos por motivos de repudio o resistencia a una contingencia que los enfrente. En estos casos, debería el Estado limitar su propia acción y otorgarles, aun sin norma sancionada que lo integre, la vigencia operativa como control de razonabilidad.

En caso de que la norma reglamentaria se dicte pero acote a límites constrictos el alcance normal de la premisa, podría plantearse la inconstitucionalidad de la disposición por violar el espíritu manifiesto de la orientación liminar.

30 Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*, cit., p. 360.

Regiría directamente, en tal caso, lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Convención Americana, referida a la interpretación de las normas del Pacto y al alcance posible y admitido de las restricciones.

Analizado el cuadro de principios y derechos que consagra la Convención Americana, pueden diagramarse tres situaciones estrechamente vinculadas.

a) El Pacto de San José de Costa Rica, como conjunto normativo, se incorpora al derecho interno cuando el Estado se adhiere a la Convención.

Interesa en este grupo afirmar la Constitución de organismos operativos de la Convención, como la Corte y la Comisión, que deben orientar su vigencia de acuerdo con los términos como se realice el reconocimiento. Cuando se admite la jurisdicción contenciosa de la Corte se estiman sus decisiones jurisdiccionales. Similar efecto resulta con la Comisión, en la medida en que las recomendaciones que pronuncie en opiniones consultivas servirán de guía en un diseño a seguir.

Dentro de este conjunto se desarrolla lo que se denomina el derecho internacional de los derechos humanos, con sus sistemas y mecanismos de promoción y protección.

b) En un segundo grupo se alinean los derechos operativos (*self executing*). Presentes ya en la Convención, se integran al derecho interno y soportan su inmediata aplicación por vía de la presunción de ejecutoriedad que de ellos emana.

A tal fin, la opinión consultiva núm. 7 despachada a requerimiento del gobierno de Costa Rica (con relación al derecho de rectificación o respuesta), dejó en claro que el artículo 2° de la Convención que manda a los Estados Partes a dictar medidas que garanticen el cumplimiento de los derechos reviste carácter subsidiario, porque la obligación esencial viene impuesta en el artículo 1°, haya o no legislación interna; si ésta falla, la Convención se aplica igualmente mientras ello resulte posible.<sup>31</sup>

31 Según Bidart Campos, son normas del pacto directamente operativas las dispuestas en los artículos, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 17 (con excepción de los acápites 4 y 5), 20, 21, 22, 24 y 25. A su vez, los artículos 10 y 14 remiten a la ley interna pero ello no les priva su carácter operativo. Lo mismo cabe para el artículo 18, donde el Pacto pide una ley que reglamente la forma de asegurar ese derecho, ya que una ley de reaseguro no es lo mismo que una ley reglamentaria de la norma programática. El artículo 19 será también operativo por la amplitud con que se redacta. Por fin, el artículo 23 no expresa que las personas “tienen” derecho, sino que todos los ciudadanos “deben gozar” de los que inmediatamente se enuncian. Ver: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III (Los pactos internacionales sobre derechos humanos y la Constitución), *cit.*, p. 129.

c) El tercer grupo lo integran los derechos programáticos, los que, como dijimos, necesitan de la implementación local.

Tanto los artículos 1 y 2 de la Convención participan de este asignado. De todos modos, el ‘programa’ que proyectan declama mucho más que una razón para que los Estados organicen y ajusten su propia legislación.

Nikken, interpretando la relación entre los artículos citados, manifiesta que la programaticidad de ellos puede conducir a un resultado absurdo, como es el de dar por no escrito el artículo 1° ante la omisión reglamentaria que dictamina el artículo 2°.

En suma, agrega,

si el artículo 2° es leído a la luz de lo dispuesto por el artículo 1°, se concluye, como lo ha hecho la misma Corte Interamericana, que dicha disposición no hace más que recoger una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole. Se trata, pues, de un tema que tiene que ver con la inserción del derecho internacional en el derecho interno o, incluso, con la eventual ejecutoriedad de la Convención Americana en algunos Estados, cuyo sistema jurídico permita a los tribunales adoptar decisiones (“medidas de otro carácter”), para garantizar los derechos internacionales protegidos, aun en ausencia de ley interna que los reglamente.<sup>32</sup>

## VII. LA CONSTITUCIÓN CONSENSUADA. EL PARADIGMA DE LA UNIVERSALIDAD

Esta larga evolución del constitucionalismo a través del tiempo y el espacio llega a fines de siglo con la pregunta que pone título a este trabajo: ¿Cuál es el significado actual de la Constitución?

Evidentemente, si los derechos humanos reflejan el fenómeno cultural más importante del milenio, en la medida en que han transformado los sistemas legales de protección y defensa del hombre y permitieron, progresivamente, desarrollar el establecimiento de un criterio nuevo para la legitimidad internacional; de suyo, cada norma fundamental adecuada a

32 Nikken, Pedro, *Los derechos humanos en el sistema regional americano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, V Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, agosto 1987-4, pp. 18-22.

dichos preceptos reposa en un derecho internacional contemporáneo que por su capacidad de adaptación no puede quedar vulnerada ni condicionada por subjetivismos internos.

Es decir, asistimos al cumplimiento de la promesa kantiana del “derecho cosmopolita”, como “derecho público de la humanidad en general”.<sup>33</sup>

Peter Häberle explica minuciosamente el método como se ha ido incorporando este sistema constitucional uniforme, que denomina “teoría de la recepción jurídica”.

Ante todo —dice— se requiere una primera división teórica dicotómica que diferencie entre *vías y procedimientos de recepción entre los actores o Estados receptores*, por un lado (incluyendo aquí desde los poderes constituyentes hasta los votos especiales de los magistrados de los tribunales constitucionales, pasando por los juristas y pensadores clásicos —antiguos y modernos—) y, por otro, entre *materias y contenidos susceptibles de recepción* (todos los cuales se refieren a la temática y materias más relevantes del arquetipo Estado constitucional, sin olvidar aquí las variantes nacionales particulares que abarcan asimismo desde los preámbulos hasta las estructuras federales y regionales y algunos elementos particulares del “derecho eclesiástico, considerado como derecho constitucional cultural). Sus contenidos pueden versar sobre materias y tener forma de textos jurídicos, teorías, sentencias y praxis administrativa.<sup>34</sup>

Una de las características esenciales de este movimiento consiste en superar la barrera del concepto de “soberanía” plasmado en el siglo XIX. No es el Estado el centro de las construcciones del dogmatismo jurídico, sino la sociedad que reclama y produce desde su propia fuerza, expresada en las variables que encuentra en el modelo pluralista de participación directa y semidirecta de la democracia moderna.

La Constitución abandona así la idea tradicional de ser la suprema orientación del orden jurídico interno. Ahora, tiene un papel más integrado con la mentada globalización, acorde con las realidades emergentes del cambio social y puesta al servicio de todos los habitantes de un país y

33 Cfr. Pureza, José Manuel, “¿Derecho cosmopolita o uniformador? Derechos humanos, Estado de derecho y democracia en la posguerra fría”, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, op. cit., p. 123.

34 Häberle, Peter, “Elementos teóricos para un modelo general de recepción jurídica”, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, op. cit., pp. 160 y ss.

de todos aquellos que se encuentren en paridad de circunstancias en el concierto universal.

Claro está que no referimos a una Constitución uniforme que piensa en un orden mundial. Esto es casi una utopía, porque cada sociedad reclama sus propios cambios, su orden particular.

Ésta es una distinción trascendente respecto al constitucionalismo anterior, pues en éste, el individuo debía respetar y, en su caso, restablecer ese orden superior que mandaba la norma fundamental del Estado.

Bien explica Zagrebelsky las consecuencias que importa esa constitucionalización de los principios provenientes de los derechos humanos.

En primer lugar, se crea un ámbito de protección frente a la fuerza disgregadora de los derechos individuales, y en particular de los derechos en función de la voluntad. Frente a la justicia como integración, los derechos expresan una tendencia opuesta en relación con la vida social. En segundo lugar, la reapropiación por parte del Estado de ámbitos políticos de economía. En tercer término, el cambio de la relación entre el hombre y el medio ambiente. Y, por último, los principios de justicia sirven para proteger al hombre frente a la vertiente más agresiva y violenta del género humano. Los principios de justicia son un límite frente al pleno desarrollo de la voluntad individual en relación con los demás.<sup>35</sup>

Además de los derechos humanos, existen otras fuentes de integración normativa que las aporta el derecho comparado. En este campo, vemos como las Constituciones van tomando instituciones o principios de otras, amparándose en el concepto de sociedad abierta que les permite adaptar los preceptos a sus necesidades, sin alterar el perfil o finalidad de las normas copiadas.

Inclusive, no puede pasarse por alto, el proyecto de “derecho constitucional común europeo” que importa la manifestación más importante para este nuevo significado de las cartas superiores.

En este contexto, se involucran con el sistema de implementación ordenada y sistemática, la interpretación judicial de los derechos humanos. Sea efectuada por las cortes de justicia transnacional o por los tribunales de cada estado.

Bien se apunta que

35 Cfr. Ansuátegui, Roig, “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, en *Derechos y libertades*, cit., p. 125.



los tratados internacionales sobre derechos humanos revisten carácter de derecho mínimo: lo de carácter 'mínimo' de la declaración de derechos contenida en los pactos puede entenderse en un doble sentido: por un lado, quiere decir que en ellos sólo se incluyen los derechos fundamentales y, aun así, en su contenido esencial, primario o básico; por otro lado, significa además que las fórmulas normativas tienen el detalle mínimo descripto de esos derechos y de su contenido, con elasticidad y generalidad lexicales para facilitar la ratificación y adhesión de los estados, de modo que el derecho interno de éstos no tropiece con barreras demasiado rígidas y disponga de suficiente margen reglamentario interno compatible con la aludida apertura de las disposiciones normativas internacionales.<sup>36</sup>

Al compartir este criterio, fácilmente se colige que no existen tropiezos entre la Constitución y los derechos humanos incorporados al derecho interno. Estos siguen en el espíritu de la ley fundamental y requieren su puesta al día, a veces por analogía, otras por expresa reglamentación.

De un modo u otro, lo cierto es que los derechos emergentes de las convenciones son declarativos de aptitudes que deben ser reconocidos sin demora a su simple pretensión, por ser principios de un orden que trasciende la voluntad del Estado cuando ésta se ha manifestado positivamente respecto a su reconocimiento.

La interpretación política de los derechos humanos (distinta a la valoración proveniente de la jurisdicción), indica que la obligatoriedad de un derecho reconocido por una convención o tratado, depende del valor jurídico y jerárquico que, internamente, se asigna al valor susodicho.<sup>37</sup>

Por ello es útil distinguir entre derechos programáticos y *self executing*, porque se elimina la posibilidad de ambigüedades provenientes de conveniencias políticas.

La discrecionalidad para admitir un derecho determinado como fundamental no es habitual ni común en los instrumentos internacionales. El basamento que los involucra parte de la premisa del consenso generalizado, de manera que las diferencias han de hallarse en la aplicación interna, más que en la práctica institucional.

36 Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, *cit.*, pp. 112-113.

37 Frente a este fenómeno de asimilación normativa, cualquiera podría preguntarse ¿qué papel desempeña el legislador dentro del sistema jurídico actual? Bien podría afirmarse que este cuadro de situación permite sostener que el Estado ya no crea la ley, sólo la reformula. O también, sostener que el Estado ahora es dueño de la ley, pero no del derecho.

Se llega así a un problema superior, del cual hemos de insistir cuando analicemos el conflictivo tema del control de constitucionalidad de las leyes. ¿Qué deben hacer los jueces cuando deben aplicar y reconocer los fundamentos que pondera un derecho humano cualquiera?

En consecuencia, el significado actual de la Constitución es otro. El Estado tiene deberes negativos, como la obligación de abstenerse de ejecutar o provocar actos que atenten contra las libertades fundamentales. Seguidamente, los poderes legislativos cumplen la función de adecuar las necesidades del medio y la sociedad brindándoles a través de una norma expresa, los derechos que reclaman para su justo ejercicio. La jurisdicción, por su parte, tiene el deber de ofrecer un proceso adecuado, que posibilite un acceso sin restricciones, un recurso efectivo, un litigio sustanciado sin sofismas rituales, y un pronunciamiento que tienda a aplicar los derechos superiores que hacen a la conformación humana y a su dignidad.

Queremos expresar con ello, que la orientación emplazada para las normas fundamentales tienen una base común en los derechos humanos, y por eso tienen supremacía (superlegalidad según el léxico constitucional francés), de manera que, como dice Bidart Campos

si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etcétera, con un plexo global o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que en tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución. Si lo que queremos es optimizar los derechos humanos y si conciliado con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social se han enrolado —cada una en su situación histórica— en líneas de derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar (*de lege ferenda*) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución.<sup>38</sup>

En suma, la universalidad es el signo de nuestro tiempo. Las Constituciones reciben esa base consensuada y la proyectan en las legislaciones internas. Esto modifica el juego habitual de las fuentes de regulación normativa, y demuestra por qué sólo las cartas superiores de un Estado son el vértice de todo el sistema y el único elemento unificador y compartido por todos.

38 *Teoría general de los derechos humanos, cit.*, p. 362.

## SEGUNDA PARTE

### I. EL PRESENTE DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La otra cara de la renovación constitucional la ofrece el sistema de protección interno. No hay posibilidades de considerar la utilidad del mecanismo fundamental si el régimen pensado para defender y desarrollar los derechos consagrados no son garantizados con eficacia

Sobre la base de tomar aquello que fue dado y reconocido como útil y necesario, la justicia constitucional latinoamericana creció a partir del modelo inspirado por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Su sistema de revisión judicial de las leyes inconstitucionales fue el arquetipo, y la confianza en los jueces el método a partir del cual se podía implementar el efectivo control de constitucionalidad.

Que pueda concretarse la fiscalización por “todos los jueces” como el caso argentino; o sólo por la Corte Suprema de una Nación (modalidad concentrada jurisdiccional) no impide sostener la aplicación estricta del principio central: *deben ser jueces y no políticos los que controlen la constitucionalidad de las leyes*.

Sin embargo, aparece hoy día una incipiente pero vigorosa corriente de aceptación al establecimiento de tribunales constitucionales especializados, que admiten la influencia de Hans Kelsen.

De este modo, es posible afirmar cierta reconversión americana en materia de justicia constitucional. No se trata de afirmar que han cambiado las ideas, sino de sostener que el pensamiento basado en la confianza hacia todos los jueces ha variado o está mudando a la confianza hacia “algunos jueces”.

El problema, entonces, será observar si este cambio es producto de una necesidad política que parte del mismo Estado, o el surgimiento de una evolución que tiene presente los problemas graves y profundos que tiene el control difuso.

Por eso,

si se abordan exclusivamente los aspectos normativos del control de constitucionalidad, tendríamos una panorámica incompleta que requiere complementarse con una visión, así sea aproximada, de la realidad político social de nuestra región, la que ha experimentado una notoria inestabilidad en las últimas décadas, afectando de manera sustancial la eficacia de la justicia constitucional en todos sus aspectos. Por este motivo y sin pretender un

examen de sociología política que corresponde a otras ciencias sociales, tenemos la pretensión de analizar, también de manera superficial, los grandes problemas que afectan el control constitucional latinoamericano: el predominio exagerado de las cuestiones políticas no justiciables; los frecuentes y en ocasiones permanentes estados de excepción, y la necesidad de dotar de mayor eficacia a los instrumentos jurídicos del propio control.<sup>39</sup>

## II. LAS BONDADES DEL SISTEMA AMERICANO (DIFUSO) PARA EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El mecanismo difuso (que equivale decir, que todos los jueces pueden fiscalizar la supremacía de la Constitución) es característico de la mayor parte de los Estados americanos.

Esquemáticamente el modelo trabaja sobre estos pilares: a) la cuestión debe ser concreta, es decir que no se admiten problemas abstractos, hipotéticos o eventuales; b) debe existir un interés particular presentado directamente por las partes. Excepcionalmente se permite al juez realizar de oficio el control de constitucionalidad; c) la sentencia tiene efectos declarativos, no ejecutivos; y sólo alcanza a quienes fueron partes litigantes. Por ello, más que declarar la inconstitucionalidad de una norma, se decreta la inaplicabilidad de ella en el caso concreto que fue considerado.

Este sistema es naturalmente restrictivo, pero admite puntuales reconocimientos. Uno de ellos es que permite actuar a todos los jueces de un ordenamiento jurisdiccional local, evitando las dificultades típicas del acceso a las instancias especializadas. También no puede soslayarse el conocimiento que tienen las partes sobre el procedimiento donde se hace efectivo el control, en la medida en que el juez interviniente no necesita adecuar las formas, sino, tan sólo, declarar lo que en derecho corresponda de acuerdo con los límites que veremos inmediatamente. Asimismo, la actuación “reparadora” de los jueces devuelve, en algún sentido, la confianza en la justicia, aun cuando esta consecuencia pueda resultar, a veces, una mera ilusión.

39 Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en Latinoamérica”, en *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX Constitucionalismo*, México, UNAM, t. IV, 1989, p. 453.

### III. LOS INCONVENIENTES DE LA JURISDICCIÓN DIFUSA PARA EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Entre los aspectos que destacan la inconveniencia de sostener el control de constitucionalidad en “todos los jueces”, aparece un argumento que polariza dos entes ideales: de un lado la ley, del otro la Constitución. Mientras ésta responde a un catálogo de derechos y garantías establecidos con criterio general y abstracto pensado en una sociedad global, la ley puede concretar esas aspiraciones de manera diferente, acotando sus premisas a una situación actual, o de coyuntura, o simplemente dirigida a resolver cuestiones puntuales.<sup>40</sup> En ambos casos —se dice—, permitir la interpretación de los jueces sería tanto como permitir legislar a través de las sentencias.

Este tema de la politización de la justicia, que fuera tan bien presentado por Carl Schmitt cuando observó el fenómeno llamado del “veto judicial”, tiene otras proyecciones.

La composición de los tribunales representa una variante del problema, pues la adhesión —hipotética— a cierta línea de pensamiento (político) puede ocasionar condicionamientos o fidelidades; las que por esa maleable situación pueden arrojar decisiones vacilantes perjudicando la seguridad jurídica ante una jurisprudencia inconsistente.

Algunos críticos indican que la justicia constitucional reconoce que las Cortes Supremas poseen ciertas funciones de carácter político, pero político en el sentido de que ellas están a la cabeza de una de las funciones del poder estatal. Por tanto y, en consecuencia, no puede sustraerse a la decisión de asuntos políticos de gran trascendencia.

Otra cuestión destacada fue la metodología que aplica este tipo jurisdiccional, pues se despoja del análisis de los hechos sobre los cuales toda sentencia funda sus decisiones, para tornar el estudio a un problema de naturaleza bien diferente como es el contenido de una norma jurídica, circunstancia que obra trascendente al mudar el sentido del pronunciamiento judicial.

Estas críticas abundan confrontando el paralelo de funciones jurisdiccionales ordinarias y constitucionales; pero no son únicas, ni el frente de ataque está parcializado en estos aspectos.

40 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La justicia constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 71.

Muchas son las voces que se alzan sosteniendo que los jueces no tienen respaldo electoral, y por ello es peligroso que ejerzan un control normativo emanado de los poderes que sí lo cuentan.

#### IV. LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS JUECES

El famoso valladar instalado en la “legitimidad constitucional de los jueces” resuena en los ecos de quienes alzan sus voces contra la constitución de tribunales constitucionales.

La duda que se pone en consideración asienta en saber si es conveniente que los jueces puedan controlar la constitucionalidad de las normas que crea un poder libremente elegido por el pueblo a través del ejercicio soberano del sufragio.

El principio de las mayorías representadas pareciera eludirse asignando a un magisterio especial una función que debiera respetarse sin posibilidad de alterar su espíritu.

La desconfianza en los jueces perdura y en América misma el sistema consagrado refuerza el condicionamiento.

Una de ellas se demuestra por la forma de intervenir activamente en el control de constitucionalidad, al requerir la dinámica procesal que sea “a pedido de parte”, lo cual evidencia que, al instalarse el juez como tercero imparcial, no resuelve ni decide sino sobre el “interés” de quienes debaten en el proceso.

Hitters agrega un argumento más, cuando señala que el Poder Legislativo no siempre, necesariamente, es la representación genuina de las voluntades mayoritarias, para constituirse más en fuerzas o grupos de presión.<sup>41</sup>

Cualquiera sea la duda respecto a esta contingencia, pocas son las respuestas que puedan justificar un problema que, en definitiva, asienta en la integración e independencia del Tribunal.

Una magistratura especializada, es cierto, idealmente representa el mejor sistema para la defensa y desarrollo de la Constitución; pero también lo es que puede acompañar desatinadamente cualquier desvío, provocando interpretaciones sofistas o fuera de contexto.

41 Hitters, Juan Carlos, *Legitimación democrática del Poder Judicial y control de constitucionalidad*, E.D. 120, p. 903.

El derecho muestra esas actitudes inusitadas cuando ha tolerado la aparición de cuestiones no justiciables (esencialmente, las cuestiones políticas) como admitiendo que, en ejercicio de la voluntad del pueblo, pueden celebrarse actos que escapan del control jurisdiccional.

De ahí, entonces, que la clave de bóveda para la eficacia del sistema dependa de la independencia de la justicia que activa el control de constitucionalidad; magisterio que no puede ser dañado o destruido por la permeabilidad de los jueces a las presiones del Ejecutivo o del Legislativo.<sup>42</sup>

## V. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. LA JURISDICCIÓN CONCENTRADA

Originariamente, los tribunales constitucionales que sirven de modelo a un método diferente para el control de constitucionalidad, esto es, concentrando en un órgano especializado toda la cuestión constitucional, sea para la eficacia u obrando a título de prevención, fueron estructurados no como magisterios de justicia, propiamente dichos, sino bajo el dominio de la función política que venían a cumplir.

Para Kelsen, el Tribunal de Garantías no debía enjuiciar hechos concretos sino compatibilizar las diferencias entre normas abstractas como eran la ley y la Constitución.

Su función resulta así limitada a la adecuación o compatibilidad de una norma jurídica con el sistema constitucional. Un órgano que puede abrogar leyes hasta entonces eficaces, otorgando un nuevo *status* legislativo al derogar para todos la norma incompatible.

Es, en consecuencia, dice García de Enterría, “un legislador, sólo que no un legislador positivo, sino un legislador negativo”.<sup>43</sup>

## VI. LA EVOLUCIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

La idea pilar que orientó la creación de los tribunales constitucionales fue despojándose de esa función para la mera confrontación entre normas. Las competencias se fueron ampliando, y lo notable del caso es que el

<sup>42</sup> Fayt, *op. cit.*, p. 7.

<sup>43</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1985, p. 132.

modelo adoptado para esta renovación y crecimiento fue el sistema americano.

Del sistema difuso se tomaron las modalidades para el acceso, y el estrechamiento de causales que evitaran la burocratización del órgano por exceso de causas constitucionales.

Es decir, si bien se conservó la compatibilidad fundamental entre normas y ley constitucional como principal motivo, no se dejó de aceptar la intervención en problemas puntuales y específicos de similar dimensión.

En tal sentido se reconocen tres formas principales de actuación: a) el control normativo preventivo; b) el control represivo por medio del recurso directo de inconstitucionalidad; y c) el control por vía incidental mediante los planteamientos de inconstitucionalidad deducidos en una causa común o por vía de promoción de procesos constitucionales (amparos, etcétera).

Por *control preventivo* se debe entender la posibilidad de que los órganos de justicia constitucional se pronuncien sobre el ajuste de los textos normativos al principio de la supremacía, a cuyo fin intervienen antes de que éstos entren en vigor. Esto es, que actúan *a priori*, antes de que finalice el proceso de sanción, promulgación y publicación de la ley.<sup>44</sup>

Ocupa también a los proyectos de ley que no tienen aún votación por las cámaras legislativas, y cuenta con la ventaja de impedir daños derivados de la vigencia de una norma inconstitucional.

El control preventivo suele criticarse por la eventualidad que plantea el juego político de las maniobras dilatorias.

Una variable del modelo es la llamada “consulta de constitucionalidad”, que introduce, por ejemplo, la Constitución de Costa Rica. Consiste en admitir que el requerimiento se presente por la Asamblea Legislativa respecto de todo proyecto de reforma de la Constitución política, o de modificación de la ley de jurisdicción constitucional, o para la aprobación de convenios o tratados internacionales, o simplemente para consultar sobre la constitucionalidad de leyes comunes que estén en vías de promulgarse.

Asimismo, este modelo permite que el control *a priori* se haga viable a petición de la justicia ordinaria como una forma de proteger el debido proceso constitucional y evitar perjuicios subsiguientes si la norma aplicada fuera estimada inconstitucional.

44 Gozaíni, *La justicia constitucional*, op. cit., p. 80.



La consulta puede o no ser vinculante. En Guatemala, la jurisdicción constitucional vigente permite que la Corte emita opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado. La actuación es a título de consejo, pues no hay control de constitucionalidad, propiamente dicho. De todos modos, la fuerza de opinión es absoluta, y aun sin tener carácter obligatorio, la sugerencia cuenta con gran respaldo institucional.

En El Salvador, Panamá, Costa Rica, entre otros, el dictamen es obligatorio y se habla, propiamente, de un “veto judicial”.

El *control represivo* se orienta por vías directas, como son el recurso o la demanda de inconstitucionalidad; o por vías indirectas, como el incidente o la excepción de inconstitucionalidad.

También el juez ordinario que entienda un problema de aplicación de una norma supuestamente inconstitucional, puede derivar el caso a un tribunal especializado.

Finalmente, los tribunales constitucionales desenvuelven el control de la supremacía y el desarrollo de los derechos fundamentales, por medio de los llamados procesos constitucionales, donde el amparo y el hábeas corpus tienen preeminencia.

## VII. EL FUTURO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. *Los derechos humanos*

Lo objetivamente comprobable en Latinoamérica es la evidencia de un desarrollo progresivo de la justicia constitucional.

El diseño de las cartas fundamentales de muchos países en los últimos quince años, ha colocado a los tratados en una categoría superior a las Constituciones, aunque se advierta cierta inconsistencia en materia de derechos humanos cuando los Estados someten el aceptamiento al cumplimiento de cláusulas de reserva.

Las reservas comunes que las naciones realizan cuando aceptan la vigencia interna de un instrumento como los descritos anteriormente, tanto como —en su caso— la competencia y jurisdicción de los organismos de tutela, pone de relieve el carácter infraconstitucional de estos convenios sobre derechos humanos.

La cuestión a clarificar estriba en que muchos de los derechos humanos que vienen a incorporarse en el orden jurídico interno, por lo común

están ya incorporados en la Constitución y otros, si no lo estuvieran, seguramente estarían considerados como derechos implícitos.

¿Qué ha cambiado, entonces, en los derechos preexistentes?

Quizá el entendimiento generalizado de que las cartas constitutivas de los Estados son condiciones de vida para el hombre, antes que un catálogo de principios declamados sin posibilidad de aplicación práctica.

La idea de la Constitución ideológica, es decir, aquella que desde el plano de una ideología determinada inspira una serie de derechos a los que imprime una definida valoración, creencia, aptitud, etcétera, pareciera estar superando a las cartas puramente utilitarias que sólo declaman principios de organización estadual.

Casi como un fenómeno continental, las cartas magnas latinoamericanas adscriben a esta manifestación, hecho que no obstante, permite visualizar genéricamente en las nuevas Constituciones, una parte dogmática poco teñida de manifestaciones estrictamente programáticas de una idea política determinada.

En Argentina, por el caso, esa distinción es precisa y aún más, sus principales modificaciones surgieron acompañando el fenómeno de la transformación social, más que por el impulso de una renovación doctrinaria.

Sin embargo, si las Constituciones proclaman derechos fundamentales que se elevan sobre cualquier otra legislación, bien cierto es que la Convención Americana, como los demás instrumentos, perfilan un conjunto de derechos cuya axiología goza del consenso continental.

La Corte Interamericana ha sostenido que

este método de interpretación se acoge al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación. Además, en materia de Tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes, ya que tales tratados, como lo dijo esta Corte, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.<sup>45</sup>

45 O.C. 3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A, núm. 3, párr. 50, sobre restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

## 2. *Los tribunales constitucionales*

El siguiente fenómeno alumbrado es la notable dimensión cobrada por los tribunales constitucionales. Ellos, a través de una jurisprudencia constante y homogénea, pueden lograr unificar criterios de interpretación de los derechos humanos, como de las garantías procesales y fundamentales que, pueden significar lo mismo, según el Estado que les de lectura.

La evolución independiente de estos cuerpos de justicia obraría en un proceso de integración y formación de los derechos constitucionales, permitiendo forjar una justicia creíble, independiente e imparcial.

Las bondades que muestra la jurisdicción concentrada son elocuentes y quedan de manifiesto en el progreso mismo que el modelo tuvo en ambos continentes.

Lo curioso es que mientras el sistema americano torna hacia la Constitución de tribunales constitucionales (*v.gr.* Guatemala, Perú, Costa Rica, entre otros), en Europa el procedimiento ante las cortes especializadas reforma su metodología sobre la base de numerosas características del método difuso (*v.gr.* necesidad del caso; reducción de cuestiones constitucionales, etcétera).

Los argumentos que corroboran la creación de tribunales constitucionales reconocen múltiples expresiones que, por simpleza en la presentación, hemos de enumerar a continuación.

Explicación reiterada es la proveniente de la efectiva separación de poderes que a través de estas magistraturas se consigue. Se protege el estado de derecho, evitando la autolimitación que evidencia la justicia ordinaria (del sistema difuso), quizá temerosa de ocupar espacios sin expresa asignación.

La tolerancia que exponen algunos fallos continentales de ciertas cortes nacionales ejemplifican la verdad de lo dicho (*v.gr.* En Chile, la Corte convalidó el golpe militar que derrocó a Salvador Allende; en Argentina, se convalidó sucesiva y reiteradamente la vulneración del derecho de propiedad a través de distintas decisiones de política económica; en Perú, se dijeron constitucionales varias disposiciones del gobierno francamente contrarias al espíritu orientador de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etcétera).

La puntualidad de funciones que tienen los tribunales constitucionales permite concretar la primacía de las normas constitutivas del Estado,

además de fomentar su correcta aplicación y generar un desarrollo jurisprudencial.

Este signo específico de capacidades y aptitudes admite resolver numerosas cuestiones acerca de la efectiva protección de los derechos fundamentales.

Las materias de orden constitucional son a la vez jurídicas y políticas, circunstancia que alerta en la disposición como ambas se consideren.

Sin embargo, la experiencia demuestra que la integración de los cuerpos de justicia consigue equilibrar la crítica y el control, sobre el terreno estricto de la discusión científica y el papel político que tiene.

Que desenvuelvan cuestiones políticas y que asuman los tribunales esa función, no debe asustar ni favorecer temores. Es más, debe contemplarse la conveniencia de que así sea.

En los hechos, el concepto de política se ha tergiversado y confundido con luchas electorales y partidistas, pero no existe duda de que todo juez que decide sobre la constitucionalidad de las leyes, aun cuando se trate de un juez ordinario y lo haga respecto de un caso concreto, realiza una actividad al mismo tiempo jurisdiccional y política, entendida esta última como la interpretación y aplicación de los valores supremos contenidos en la carta constitucional.<sup>46</sup>

Esta actividad política de las magistraturas constitucionales resuelve un problema técnico judicial que opera sobre la supremacía fundamental, a diferencia de la política activa que se desarrolla sobre el principio de la discrecionalidad administrativa.

Esta variable fue bien apuntada en el famoso asunto “Baker vs. Carr”, cuando la Corte Suprema federal de los Estados Unidos de América, al resolver en problemas de naturaleza electoral, divide las aguas especificando el contenido técnico de la justicia constitucional.<sup>47</sup>

Señala Fix-Zamudio que

esta creciente intervención de los jueces constitucionales en actividades anteriormente reservadas exclusivamente a los otros órganos del poder, no sólo no ha resultado perjudicial para la marcha armónica de los poderes públicos, sino inclusive necesaria, debido a la complejidad, suprema abstracción y orientaciones axiológicas de las disposiciones constitucionales.<sup>48</sup>

46 Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, p. 178.

47 Cfr. Loewenstein, Karl, “La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero/febrero, 1964, pp. 5 a 39.

48 Ensayos..., *cit.*, p. 179.

Desde esta perspectiva surge otro validante, afincado en la promesa de “generalizar” los resultados evitando la injusticia del “caso concreto”.

Vemos cómo se ha transformado el sentido fundamental del concepto de ley y derecho, donde la abstracción y generalidad de la primera se ha difuminado respecto a la aplicación e interpretación corriente de la segunda.

En efecto, las crecientes necesidades de justicia social sobrecargan la tensión y responsabilidad de los organismos elegidos por el voto directo, circunstancia que compromete su actuación a través de leyes que son frutos de la promesa efectuada, más que de la necesidad de organización y pacificación de la sociedad.

La tesis de que los jueces debían “aplicar” la ley sin interpretarla ha sido un error en la doctrina de la división de poderes.

Quizá la confusión provenga desde la desconfianza nacida en la Revolución francesa, recordando la frase que aleccionaba que “si los jueces intentasen ir más allá de la esfera de sus atribuciones invadirían las de otro poder público”.

De todos modos, “*Marbury vs. Madison*” provocó un giro trascendente abriendo senderos opuestos en los sistemas para el control de la constitucionalidad de las leyes.

En definitiva,

en los países latinoamericanos la influencia decisiva en materia de Poder Judicial ha estado históricamente dada por la tradición continental europea. Como en tantas otras materias, jurídicas o no, hemos acabado por deformar tales tradiciones. Así, en muchas naciones de esta región se ha petrificado el sentido de la función judicial, adquiriendo un notorio tinte formalista, que en definitiva significa falta de independencia judicial y desprotección para los derechos humanos. Siempre con el ejemplo de la revisión judicial, uno se encuentra con que en muchos países latinoamericanos esta facultad hubo de ser introducida por la vía de una reforma constitucional y que luego los tribunales han hecho un uso muy escaso y poco significativo de atribución tan importante.<sup>49</sup>

Esa zona de reserva que crea la ilusión judicial a partir del abstencionismo, en realidad provoca el desequilibrio en los pesos y contrapesos del poder.

49 González, Felipe, *Justicia constitucional comparada*, México, UNAM, 1993, p. 36.

Por tanto, la dinámica de actuación propia de los tribunales especializados contrae la ventaja de actuar “para todos” y no “para el interés singular” de los litigantes; de igual manera, la decisión “hacia todos” y no “para uno”, favorece la generalidad que la ley pensó cuando fue dictada.

Finalmente, la Constitución de los tribunales es un punto de importancia trascendente. No se trata ya de asegurar la idoneidad para el ejercicio del cargo, sino de obtener la mayor independencia e imparcialidad, so riesgo de alimentar el creciente desprestigio de nuestra justicia latinoamericana, aguijoneada permanentemente por el veneno de las cuestiones políticas, los hechos no justiciables, la emergencia administrativa, o las necesidades del gobierno de turno.