

SECCIÓN III

EL FUNCIONAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. El significado del funcionamiento	351
2. El problema de si para el funcionamiento de los derechos es menester una norma previa de reconocimiento	352
El problema de si es necesario que la norma previa prevea su cumplimiento coactivo	354
3. El plexo de garantías constitucionales	354
La jurisdicción constitucional y el control de constituciona- lidad	355
4. La supremacía de la Constitución	356
A. Los derechos humanos no enumerados en la Constitución suprema	359
B. Las trampas a la supremacía de la Constitución en materia de derechos	359
C. La supremacía de la Constitución ¿tiene alguna instancia positiva por encima de ella?	361

SECCIÓN III

EL FUNCIONAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1 EL SIGNIFICADO DEL FUNCIONAMIENTO

Que los derechos humanos funcionen, o que funcione la Constitución que los reconoce e incorpora a su conjunto normativo, significa —en equivalencia— que tengan unos y otra la aptitud de encarnar en la dimensión sociológica del mundo jurídico, es decir, de lograr vigencia sociológica. El fenómeno sociológico de la vigencia es, muchas veces, más reacto y difícil que el de poner una norma formulada en el orden normológico del mundo jurídico, y por eso el derecho constitucional tiene que estimular y propender a la vigencia sociológica mediante una serie de elementos e instrumentos.

Hay que tener en cuenta que en todo régimen político —en el que ineludiblemente hay una relación de mando y obediencia— el fenómeno de la obediencia, cuyas motivaciones provocantes no hemos de mencionar ahora) es normal y habitual. Si así no fuera, el régimen no subsistiría. Pero esta simple observación sociopolitológica no ha de hacernos caer los brazos, como si por el hecho de existir una obediencia generalizada hubiéramos de suponer que los derechos humanos no precisan de ninguna cobertura. La precisan por diversidad de razones, entre las que enunciativamente pensamos que se puede citar: a) el hecho de que a veces desde el poder (o mando) se disparan violaciones, y hasta políticas de desconocimiento, hostigamiento, represión, amenaza y lesión; b) el hecho de que las mismas veces u otras acontece algo análogo, desde la sociedad, a través de grupos y organizaciones; c) la circunstancia de que, aunque no ocurra lo señalado en los dos incisos anteriores, es sabido que no alcanza con la ausencia de violaciones o interferencias dañinas, sino que es menester además promover los derechos, facilitar el acceso a los mismos, optimizar su disponibilidad generalizada para todos los hombres, etcétera; y en esta

área es donde todavía el derecho constitucional presenta escaseces, atrasos, dificultades, y necesita acelerar su funcionamiento eficaz.

La incitación que surge de sociedades disconformistas, que multiplican sus pretensiones y anhelan el urgente recorrido posible de los tramos de acceso a muchos derechos y el simultáneo puente para saltar las vallas que para ellos son inexpugnables, obliga a reforzar los mecanismos útiles del funcionamiento de los derechos humanos a que, en el plano constitucional, estamos refiriéndonos.

2. EL PROBLEMA DE SI PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LOS DERECHOS ES MENESTER UNA NORMA DE RECONOCIMIENTO

Puede suponerse que este tema dudoso reenvía a la filosofía jurídica, y que por eso no debe extrapolarse para insertarlo en el derecho constitucional. No obstante, como pese a aquel reenvío la norma previa sería siempre una norma de las acostumbradas a considerar "positiva" —o sea, del orden normológico que integra al mundo jurídico— esa positividad hace que a la tal norma debamos situarla en el ámbito del derecho constitucional (aunque acaso no sea la Constitución la que la contenga, sino otra normativa inferior, como por ejemplo la ley).

Hay afirmaciones rotundas en el sentido de que los derechos humanos exigen necesariamente, para su positivización, de la tal norma previa, o en otros términos, del denominado derecho "objetivo" (si es que se lo ve, fundamental o exclusivamente, como un sistema u orden de normas jurídicas). Ya no se trata aquí del fundamento de los derechos que pueda existir o exista fuera y por sobre la positividad, sino del arraigo necesariamente normativo de ellos en el derecho positivo.⁵⁰ No nos queda muy en claro si el requerimiento doctrinario de existencia de norma jurídica previa alude a norma "escrita", o consiente que pueda no estar formulada por escrito.

Históricamente tenemos los dos modelos, porque el constitucionalismo moderno dio por cierto que hacía falta la norma escrita (y por eso hizo cundir la novedad de las declaraciones constitucionales de derechos), aunque no desde un axioma que la exigiera como necesidad inesquivable (de modo que a falta de esa norma no pudiera haber derechos) sino, más modestamente, desde la creencia en que la norma previa conseguía y aseguraba la realización de los derechos; pero tene-

⁵⁰ Ver: Peces-Barba, *op. cit.*, p. 63.

mos el otro modelo del derecho no escrito —caso de Gran Bretaña— en el que los derechos se alojan en el *common law* sin norma escrita previa (y hasta el caso de Estados Unidos, cuya Constitución escrita en el texto originario de 1787 no contenía declaración de derechos). El rastreo histórico no nos da, pues, una respuesta única ni uniforme.

Muy sintética y dogmáticamente, nuestra posición es esta: si por norma positiva previa se entiende única y necesariamente una norma de reconocimiento de los derechos que se halle formulada por escrito, decimos que esa tal norma no hace falta. Si, en cambio, admitimos que en el campo del derecho constitucional (o Constitución) material hay (porque puede haber en un sentido ontológico) derecho no escrito cuyas normas —por ende— no constan en una formulación expresa,⁵¹ entonces decimos que por fuente de derecho consuetudinario o de derecho "espontáneo" (no escrito) surge y entra en el derecho constitucional material una norma no formulada por escrito, a la que es admisible reputarle de carácter previo a la subjetividad positiva de los derechos.⁵² Con afinidad a este supuesto de norma previa no escrita hay que citar otro, que es el del derecho judicial (o jurisprudencia) cuando de él (en cuanto fuente del derecho constitucional material) surge y entra en éste la norma no escrita de reconocimiento de los derechos.⁵³

En suma, para que el hombre titularice derechos y los pueda ejercer y gozar no hace falta, con necesidad absoluta, la existencia de una norma escrita que sea previa y anterior. Pero cuando estamos inmersos en una cultura jurídica escrituraria, y cuando nos habituamos a una Constitución que, además de escrita (formal o codificada) es suprema —y aún más, rígida—, la normativa escrita previa es una herramienta capaz de reforzar la vigencia sociológica de los derechos, aunque no de asegurar que ésta vaya a ser efecto automático y necesario de la normativa escrita.

⁵¹ Ver nuestro *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., t. I, pp. 41-43. Recomendamos el muy buen libro de José de Jesús Orozco Henríquez, *El derecho constitucional consuetudinario*, México, UNAM, 1983.

^{52, 53} Ello acontece cada vez que sin norma escrita referente a uno a más derechos, uno o más de ellos quedan reconocidos o amparados en su ejercicio, o en el acceso a su disfrute, por vía de derecho no escrito (en el que —al menos para el sistema argentino— nosotros incluimos al derecho judicial o jurisprudencia, en cuanto si bien cada sentencia es una norma escrita de carácter individual, la norma que con carácter general se puede proyectar desde una o más sentencias análogas, no está escrita).

El problema de si es necesario que la norma previa prevea su cumplimiento coactivo

De coacción y coercibilidad ya hemos dicho lo necesario, y a ambas las habíamos descartado como elementos constitutivos del derecho subjetivo. Ahora nos preguntamos constitucionalmente: ¿tiene categoría de derecho del hombre —constitucionalizado como tal— el que no cuenta con una norma previa que disponga coactivamente el cumplimiento de la obligación por parte del sujeto pasivo frente al activo, o la sanción o la reparación por la violación del derecho o el incumplimiento de la obligación?

La respuesta tiene dos partes: a) si bien no aceptamos que la coactividad o coercibilidad sean elementos constitutivos del derecho subjetivo (y por ende, para que éste sea constitucionalmente tal no requiere norma previa de carácter coactivo o coercible), sí creemos que para la vigencia sociológica del derecho hace falta la disponibilidad de una vía tutelar (que si se quiere puede equipararse a la coactividad o coercibilidad), pero ello únicamente ante el supuesto de desconocimiento o violación del derecho y de incumplimiento de la obligación por parte del sujeto pasivo frente al activo; por ende: admitimos necesariamente que también la vigencia sociológica puede existir sin recurso a la coacción o coerción cuando espontáneamente el sujeto pasivo reconoce el derecho del activo y cumple su prestación obligacional; b) extractando del anterior inciso la afirmación de que en casos de violación o incumplimiento hace falta para la vigencia sociológica del derecho respectivo que exista disponibilidad de coacción o coerción, éstas no precisan indispensablemente de una norma escrita previa que las prevea (y el ejemplo elocuente lo tenemos con el amparo argentino, que surgió en 1957-1958 por fuente de derecho judicial emanado de la Corte Suprema, sin ninguna norma escrita —ni expresa, ni previa—).

3. EL PLEXO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

El derecho constitucional clásico no se quedó desprevenido desde que el constitucionalismo moderno estereotipó a la Constitución escrita con su declaración de derechos, y acopló —tanto en la parte dogmática cuanto en la orgánica— un conjunto de garantías o medios de protección y seguridad frente al Estado. Las garantías tienen, desde

entonces, el alcance de prestar auxilio al funcionamiento de los derechos humanos dentro del campo del derecho constitucional.

En sentido lato, toleramos visualizar y comprender a las garantías constitucionales, entendidas globalmente en toda su gama, como la cobertura coactiva o coercible de los derechos constitucionalmente declarados. Son garantías la propia seguridad que implica la escritura formal de la propia Constitución, su supremacía, su rigidez, la división de poderes, el control de constitucionalidad, las vías procesales comunes (incluyendo las recursivas, y entre éstas, las que consisten en recursos de inconstitucionalidad), las vías procesales sumarias y sumarísimas, y entre todas, el *habeas corpus* y el amparo, con cualquier denominación que sea propia de cada ordenamiento jurídico. En este plexo, la posibilidad de coacción y coerción luce claramente en las vías de acceso a la jurisdicción con todos sus matices, y especialmente en las de *habeas corpus* y de amparo.

La jurisdicción constitucional y el control de constitucionalidad

En su sentido más amplio, tanto la jurisdicción constitucional como el control de constitucionalidad se dirigen a la defensa de la Constitución *in totum*, o sea, en todas sus partes, así como a su interpretación, para asegurar su funcionamiento eficaz. No vamos a explicar lo que es jurisdicción constitucional ni control de constitucionalidad, porque entraríamos en tema que, pese a su conexión con el nuestro, son propios de otra clase de obra, que ya hemos abordado anteriormente.⁵⁴ Sólo queremos decir que uno de los resortes para que la Constitución no sea pura literalidad normativa, para que las transgresiones a ella puedan subsanarse, para que su interpretación objetiva quede asegurada, es el de la existencia de una jurisdicción constitucional con función de control constitucional.

Si recortamos dentro de la Constitución la parte dedicada a la declaración de derechos, y la sometemos —con el resto de la Constitución— a la justiciabilidad y al control en la jurisdicción constitucional, estamos ante una cobertura garantizadora de los mismos derechos,⁵⁵ y

⁵⁴ Ver: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., t. II, cap. XL; *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, 1988.

⁵⁵ Ver el clásico libro de Mauro Cappelletti: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, 1961, y su más reciente *La justicia constitucional*, México, UNAM, 1987. Remitimos asimismo a la bibliografía que viene citada en nuestro

ante lo que hoy ya se denomina —hasta con autonomía— el derecho constitucional procesal (o procesal constitucional, según se prefiera anteponer uno u otro adjetivo).

Concordantemente, hay que resolver constitucionalmente el derecho a la jurisdicción de los justiciables para que, con su ejercicio, accedan —o puedan acceder— a la jurisdicción constitucional, cuenten con legitimación procesal activa y, mediante ello, den entrada a su pretensión y obtengan el pronunciamiento final. Es sabido que no todos los sistemas de jurisdicción constitucional legitiman a los particulares a acceder a ella para impulsar el control constitucional, pero lo importante radica en que si exista un dispositivo procesal para que la persona que cree sufrir o haber sufrido lesión a un derecho suyo disponga del derecho a la jurisdicción para hacer valer su pretensión correspondiente.

Lo que sí hemos de recomendar como máximo de garantía es que el sistema de jurisdicción constitucional sea flexibilizado, optimizado, y abierto en toda su posible amplitud, tanto en cuanto al aspecto orgánico (qué órgano recibe la función), a las vías de acceso, y de promoción del control, y a los efectos que surten los pronunciamientos (y nos tentamos en este último punto de encomiar a los sistemas que a las declaraciones de inconstitucionalidad de normas generales les atribuyen efecto amplio, *erga omnes*, o derogatorio de esas normas).

4. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN ⁵⁶

En un orden lógico, seguramente deberíamos haber comenzado por este título, pero aquí hemos juzgado más conveniente llegar a él a través de un discurso racional previo, cuyo desarrollo nos ha conducido ágil y naturalmente a la culminación. La Constitución dotada de supremacía es una garantía para los derechos que ella declara o contiene.

Es claro que siempre lo que interesa es que los derechos, con normas escritas o sin ellas, gocen de vigencia sociológica, y esto pareciera no relacionarse demasiado con la normativa constitucional escrita y su-

libro *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, cit. Ver también, con el título de "La jurisdicción constitucional de la libertad", el trabajo de José Luis Cascajo en *Revista de Estudios Políticos*, 1975, núm. 199.

⁵⁶ Ver nuestro *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., t. I, cap. IV; *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, cit., pp. 37 y ss.

prema, sobre todo si observamos el fenómeno frecuente de que tal vez nunca se haya declarado tanto a los derechos y se los desconozca, o vulnere, o no se los promueva a la vez que se los inscribe y proclama.

Sin embargo, para nuestra cultura jurídica escrituraria, no es lo mismo que las normas escritas de los derechos humanos consten en una ley, a que consten en una Constitución codificada que se halla revestida de supremacía, o sea, que encabeza vigorosamente el orden jurídico-político del Estado, que tiene dificultada su reforma o enmienda, que impone su prioridad jerárquica sobre el resto de aquel orden y, sobre todo, que permite extraer de la imagen piramidal del mismo la conclusión de que si en los planos infraconstitucionales subordinados no se acata el deber de congruencia con la Constitución, el apartamiento lesivo de ella exhibe el vicio o defecto de la inconstitucionalidad o anticonstitucionalidad, queda descalificado como tal, carece de validez, y necesita corrección para restablecer la compatibilidad distorsionada.

Ya no nos referiremos al valor sociocultural y docente que el principio de supremacía es capaz de ostentar cuando su noción se adentra e interioriza con convicción en el sistema social de valores, y también en la legitimidad legalizada. Sólo vemos al mismo principio en su inserción juridizada para fomentar el respeto a la Constitución suprema, su simbolismo, y su funcionamiento. En esto reside la calidad que como garantía tiene.

Los derechos declarados en la Constitución suprema participan positivamente del nivel y jerarquía que se asigna a la misma Constitución suprema, están sobrepuestos a toda normativa inferior, y reciben la tutela que, por esa ubicación preeminente, queda organizada institucionalmente en cobertura y defensa de aquella Constitución.

A esta supremacía estamos acostumbrados a llamarla super-legalidad en la doctrina y en el derecho americanos, porque la Constitución suprema está por arriba —en el último escaño de la positividad— sobre la mera legalidad, sobre las leyes y, por ende, sobre todo lo que se sitúa por debajo de la legalidad (administración y jurisdicción).

Pero la supremacía constitucional no solamente ocupa el vértice del orden jurídico-político estatal, como si acaso únicamente las normas y los actos de origen o autoría estatales tuvieran que sujetarse a ella, y los particulares en sus relaciones recíprocas se eximieran de análogo deber de sometimiento. La supremacía rige y ciñe toda normativa y toda actividad dentro del Estado, también en el ámbito privado, de forma que tanto la autoridad pública como los hombres en general

quedan vinculados obligatoriamente por la Constitución, lo que da pie sólido para afirmar que toda violación a ella, provenga de los poderes estatales o de los particulares (individual o colectivamente) es inconstitucional porque ofende a la supremacía. De aquí es fácil extractar, en orden a su funcionamiento como garantía, la idea de que también cuando dentro del Estado se tiene que aplicar una normativa que ingresa desde afuera (por ejemplo, el derecho extranjero en los casos en que el derecho internacional privado lo convoca), esa normativa extraña, en la medida en que penetra dentro del Estado, debe ser compatible con su Constitución y quedar sometida a control de constitucionalidad interno.

En la supremacía constitucional es menester acoger, como mínimo, una triple imagen, si es que se pretende que sea garantía de funcionamiento eficaz de los derechos.⁵⁷ La diversificamos así: a) la Constitución prohíbe algunas cosas; por ejemplo, violar los derechos; y si los poderes públicos o los particulares hacen lo que ella prohíbe, hay inconstitucionalidad; b) la Constitución también manda hacer otras cosas, o sea, impone obligaciones de tipo positivo; por ejemplo, obliga muchas veces al legislador ordinario a reglamentar normas programáticas en las que la Constitución declara derechos; y si lo mandado no se cumple hay también inconstitucionalidad (por omisión); c) por fin, otras veces la Constitución habilita alternativas y opciones, entre las que aquellos a cuyo favor se ofrecen pueden escoger; y aquí cabe recomendar el criterio de optimización, para que esos destinatarios de las opciones elijan las que puedan dar mayor rendimiento a la Constitución; en este campo corresponde situar a muchas de las políticas de bienestar que la competencia de los órganos de poder permite adoptar y desarrollar para beneficio de los derechos humanos.

Pero nos queda otro rincón de la Constitución suprema al que hemos hecho alusiones ligeras en otras partes de este trabajo. Es el de los espacios en blanco, o de los silencios de la Constitución, a los que hay que saber poner atención —porque pueden ser muy ricos y fécondos— con el oído abierto a la filosofía y a la historia de la Constitución, a su sistema de valores, a su idea de derecho, porque también esos silencios tienen que ser aprovechados en maximización de la Constitución suprema. ¿Podría vedarse o perseguirse al pluralismo partidario o religioso al que la Constitución no dedicara norma alguna, si de

⁵⁷ Este esquema fue propuesto ya en nuestro libro *Para vivir la Constitución*, cit., pp. 98 y 166.

todo el conjunto de ideas, valores, principios, y tradición histórica de la Constitución se desprendiera su favor hacia la libertad, los derechos personales, el asociacionismo, la participación? Indudablemente no; aquel silencio o espacio en blanco tendría que cubrirse razonablemente en acogimiento al pluralismo tomado por ejemplo de nuestra propuesta.

A. *Los derechos humanos no enumerados en la
Constitución suprema*

Prosiguiendo con el último párrafo precedente, dedicamos una somera referencia a los derechos que no figuran en el plexo expreso de la declaración constitucional. ¿Hay allí silencio, o espacio en blanco, o laguna, o carencia normativa? Lo que sin duda hay es una serie de derechos que no constan expresamente. ¿Y qué hacer con ellos? Si la Constitución es democrática, hay que darles razonable hospedaje, y albergarlos en su supremacía.

No es esta la única ocasión en que el punto se nos pone por delante, y ahora lo utilizamos para señalar que hay constituciones con una norma expresa sobre los derechos no enumerados, o implícitos, a los que no se puede negar ni desconocer constitucionalmente por el hecho de estar ausentes en el catálogo declarativo, que no debe recibir el carácter de taxativo o exhaustivo. Queda la rendija de la implicitud para dar entrada a otros derechos que, parificados con los enunciados en normas expresas, tienen que disfrutar del amparo de la Constitución en un mismo nivel jerárquico con los otros y con ella misma.

B. *Las trampas a la supremacía de la Constitución
en materia de derechos*

Siempre enderezados a alcanzar la vigencia sociológica de los derechos, queremos acotar rápidamente un caso tramposo en el que se pueden frustrar o bloquear algunos derechos, sea porque están declarados constitucionalmente en normas programáticas (y no operativas), sea porque se traba o impide o perturba el acceso a la jurisdicción para controlar la constitucionalidad o interpretar los derechos.

Lo proponemos así: cuando la Constitución declara ciertos derechos, especialmente de tipo socioeconómico —a lo mejor de los que sólo dan para un encuadre en los derechos por analogado—, o utiliza

para esa formulación normas de tipo programático, el llamado crédito a favor de quien aparece como titular de esos derechos (o sea, la obligación con que ese crédito tiene que satisfacerse) tiene naturaleza de prestación positiva (de dar o de hacer), y ocurre algo de esto: o no es posible ni fácil situar frente al titular del derecho a alguien con rol de sujeto pasivo, o no es posible ni fácil darle a esa prestación un contenido cierto, o un cumplimiento efectivo, o una vía de exigencia compulsiva. (Pensemos en cláusulas sobre derecho a la salud, a la vivienda, a la educación, al trabajo, etcétera.)

El acceso al derecho y el ejercicio y disfrute del mismo pueden, en esos casos, colocarnos ante lo que dimos en apodar derechos imposibles. ¿Qué pasa con la supremacía de la Constitución en la que esos derechos constan normativamente, cuando la imposibilidad los castra en la vigencia sociológica?

Otro caso —que luego indagaremos más— se configura cuando el derecho se obstruye porque el órgano estatal que debe constitucionalmente dictar una norma infraconstitucional que reglamente a la norma programática de la Constitución donde se consigna ese derecho, no la dicta en un tiempo razonable, incurre en negligencia u ocio, y so pretexto de que la omisión legislativa no puede ser superada, se le dice al titular del derecho que su ejercicio queda suspendido o postergado hasta tanto el órgano remiso dicte la legislación reglamentaria que lo capacite a aquel ejercicio ahora paralizado. ¿Sufre o no la supremacía? Porque la supremacía no consiente ponerse temporalmente entre paréntesis, a menos que la propia Constitución suministre pautas suficientes para considerar que el órgano de poder que debe hacer algo puede elegir el momento oportuno según su discreción.

Como principio, si tal habilitación de espera no surge claramente de la Constitución, entendemos que su supremacía no es compatible con la idea de que en su declaración de derechos haya algunos cuyo ejercicio no se pueda hacer efectivo mientras falte la legislación reglamentaria, o cualquier otro acto o decisión del poder tendientes a dejarle curso expedito.

Cuando acontece algo de esto que llamamos trampa a la supremacía, el común de las gentes se puede preguntar seriamente para qué sirve la Constitución suprema si los derechos que ella declara pueden encontrarse, en algunos casos —precisamente, los tramposos—, encerrados en un bloqueo de funcionamiento del que no pueden soltarse para adquirir posibilidad de ejercicio, acceso o disfrute.

Desde un tiempo atrás alabamos la prudente sagacidad del constituyente español, que en el texto supremo de 1978 separó los derechos y libertades civiles, de los sociales y económicos, pero no con un mero fin metodológico de distinción, sino con otro que preserva a la Constitución de caer en burla en descrédito. En el artículo 53,3, salva la imagen de su supremacía cuando y porque señala que los principios rectores de la política social y económica (ámbito del constitucionalismo social y de los derechos sociales) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero que "sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Esta norma impide que los hombres puedan enrostrarle a la Constitución algo como esto: tú me reconoces algunos derechos y eres suprema, pero tu supremacía no me sirve y queda desvirtuada porque yo no tengo acceso a esos derechos hasta que los poderes públicos hagan a mi favor tal o cual cosa, ni puedo acceder a la jurisdicción para suplir o reparar su inercia y alcanzar la efectividad de mis derechos; ¿para qué me vale tu supremacía?

Y lo impide porque es la propia Constitución suprema la que, dentro de la supremacía, enuncia en la norma citada algo como esta respuesta a la recriminación: mis normas supremas en las que encuentras derechos tuyos marcan una pauta y una orientación al legislador, a los jueces, y a los poderes públicos, quienes obligatoriamente deben tomarlas en cuenta; pero yo misma, en mi supremacía, te digo que para invocar esas cláusulas en las que encuentras derechos tuyos tendrás que someterte, en tiempo y condiciones materiales, a lo que establezca la ley que yo doy por habilitada para adoptar tales dispositivos; entre tanto, sin abdicar de mi supremacía, te contesto que ella sólo tiene como alcance a favor de tus derechos el que te acabo de explicar.

(Por supuesto que la misma Constitución española, en el artículo 53,2, pone al acceso directo de las personas la tutela jurisdiccional de sus derechos y libertades civiles.)

C. La supremacía de la Constitución ¿tiene alguna instancia positiva por encima de ella?

El interrogante nos deja margen para ubicar dos respuestas, o mejor, dos aspectos de una respuesta análoga.

El primer aspecto proviene de una Constitución francesa, en la que el apego tradicional a los postulados emergentes de la Declaración de 1789 permite entender que, para muchos autores, los derechos humanos en ella declarados forman parte de una instancia positiva que está por arriba de la propia Constitución, de forma que aunque ésta no reenviara a la Declaración, o no la imitara en una propia, los derechos del hombre disfrutarían de un rango superior al de la Constitución misma. A tal instancia positiva colocada por sobre la Constitución se le llamaría, en el léxico constitucional francés "superlegalidad", con lo que este vocablo ya no aludiría, como en nuestro vocabulario americano, a la propia Constitución que prevalece sobre las leyes y con la que quedaría identificado a "supremacía", sino a una especie de Constitución histórica valorativamente legitimada que se sobreelevaría respecto de la Constitución. Algo así como un supervértice o una supercúspide.

El segundo aspecto queda descubierto en una relación de derecho constitucional (o interno) con derecho internacional público,⁵⁸ y se presenta cuando en postura monista de supremacía del segundo sobre el primero (por ejemplo, en la Constitución de los Países Bajos) se confiere al derecho internacional un orden prelatorio superior al de todo el derecho interno, incluida la propia Constitución. 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. Es cosa que cada Estado ha de decidir por sí, pero si esa decisión conduce a erigir a los tratados sobre derechos humanos en instancia prelatoria respecto de la Constitución, el principio de su supremacía —aun debilitado— no queda escarnecido en su télesis, porque es harto sabido que desde que lo plasmó el constitucionalismo clásico se ha enderezado —en común con todo el plexo de derechos y garantías— a

⁵⁸ Ver nuestro libro *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, cit., pp. 61 y ss.

resguardar a la persona humana en su convivencia política. (Otra cosa diferente ocurre cuando el principio de supremacía constitucional ha sido o es trasplantado al orden jurídico de Estados no democráticos.)

En el derecho comparado encontramos más bien una tendencia más moderada que la del monismo con supremacía del derecho internacional respecto del interno, y es la que a través de la Constitución reconoce a los tratados sobre derechos humanos que vinculan al Estado, un nivel o rango iguales al de la Constitución. Con esta solución no se alcanza a colocar a los primeros en una instancia positiva superior a la Constitución, pero se confiere a los mismos un alojamiento hospitalario dentro de la supremacía constitucional en paridad con la Constitución.⁵⁹

⁵⁹ Para los casos de España y Perú —por ejemplo— ver, en nuestro libro citado en la nota 58, lo que decimos en pp. 62-63, nota 46.