

SECCIÓN V

LOS ASPECTOS NORMATIVOS EN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. El lenguaje normativo	375
2. La formulación gramatical de los derechos	377
A. La declaración normativa de operatividad	380
B. Las vías de exigibilidad	381
C. El sujeto titular y su individualización en el lenguaje normativo	381
D. La implicitud de los derechos	383
E. La presunción de operatividad	384
F. La implicitud de las garantías tutelares	384
3. Las obligaciones constitucionales	385
4. La extensión de la normativa constitucional	386
5. La jerarquía (igual o distinta) de las normas de la Constitu- ción, y el equivalente problema de los derechos declarados en ellas	388

SECCIÓN V

LOS ASPECTOS NORMATIVOS EN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. EL LENGUAJE NORMATIVO

Cuando preponderantemente giramos alrededor del derecho escrito, en el que el constitucionalismo moderno se instaló desde su hora de nacimiento a través de la Constitución codificada y de las declaraciones de derechos, es casi un lugar común recordar que las formulaciones normativas emplean un lenguaje, un idioma, un juego de lenguaje, y unos usos lexicales que resultan importantes.⁶⁷ La redacción gramatical o literal de las normas es el signo sensible a través del cual nos adentramos en el orden normativo del mundo jurídico (siempre presuponiendo su constancia escrita); y es el lenguaje, también, el instrumento con que pensamos; el hombre no puede pensar sino en un idioma, y hasta cuando enfrenta al derecho no escrito y capta sus normas no formuladas lingüísticamente, las piensa valiéndose de un lenguaje. Lenguaje es también lo que usa la doctrina para exponer y explicar sus elaboraciones teóricas.⁶⁸

⁶⁷ Aunque no es realmente propio de nuestro tema, nos tentamos de hacer una somera referencia a las funciones del lenguaje. Se nos hace fácil —a título de ejemplo— hablar de una función docente, de una función cultural, de una función emocional, de una función técnico-jurídica, y de una función utilitaria que, en cierto modo, surge como convergencia de las otras, en cuanto cada una de esas otras sirve para una o más cosas. Y también globalmente podríamos decir que esa conjunción múltiple de funciones permite aludir a un lenguaje representativo (qué valoraciones quedan aludidas), y a un lenguaje ideológico (qué ideas alberga y difunde).

⁶⁸ Tamayo distingue un lenguaje jurídico que llama cognoscitivo, que es aquel mediante el cual la ciencia del derecho otorga cierto sentido a los materiales jurídicos que conoce, de otro lenguaje jurídico que denomina prescriptivo, que es aquel en que se manifiesta el derecho, y que es propio de los órganos creadores del orden jurídico. De tal modo, el segundo lenguaje —que el mismo Tamayo califica como normativo, y que está constituido por las normas jurídicas— viene a ser

Si parcial y someramente nos ocupamos del lenguaje al tratar el tema de la interpretación constitucional de los derechos, ahora queremos —más bien— prestarle atención desde el ángulo de la técnica constitucional de elaboración y formulación de normas. Y lo haremos en relación con las de la Constitución codificada o escrita. Hace tiempo que el punto nos preocupa, porque por un lado es indispensable que las declaraciones de derechos transmitan de la mejor manera posible —lexicalmente— lo que quiere decir su autor, y por el otro es a la vez tan indispensable como en el caso anterior que la formulación lingüística o gramatical sea jurídica, o sea, a la inversa, que no sea literaria, vacía de contenido jurídico, declamatoria, engañosa, defraudante, estéril, inocua o cosas parecidas.⁶⁹ Si el respeto y el simbolismo de la Constitución merecen que su autor no los trafique ni los defraude, y que por parte de la sociedad provoquen en torno de ella el acuerdo o consenso fundamental de base, se vuelve un axioma capital el de que al texto de la Constitución no se le puede insertar cualquier clase de formulaciones lexicales, ni hacer presentar con el nombre de derechos los que no son ni pueden ser tales (sea ontológicamente, sea fácticamente).⁷⁰ El realismo —que aquí consiste en tomar muy en cuenta la inconveniencia de que algo que no es ni puede ser un dere-

objeto compuesto por los enunciados de la teoría del derecho. En su explicación hace también otro desdoblamiento: el lenguaje normativo usado por las normas jurídicas de acuerdo con la formulación que les han dado sus autores, y un lenguaje usado por la ciencia jurídica para hablar del anterior —que recibe el nombre de metalenguaje— (aquí Tamayo remite a Copi). (Ver: Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, México, 1986, pp. 162-163). Aplicando estas nociones, tendríamos una primera importancia del lenguaje en el lenguaje normativo que ha sido el instrumento lexical con que se ha expresado el autor de la normativa constitucional, más otra importancia inmediata en el lenguaje que, al interpretar al primero, emplean los órganos del poder, muy especialmente los de la jurisdicción constitucional (caso de interpretación que Tamayo apoda "orgánica"). Y hay una segunda importancia en el plano de la interpretación "no orgánica" (o puramente cognoscitiva) a cargo de la doctrina —por ejemplo—; es decir, ajena a la creación normativa por los órganos que la tienen confiada a su cargo. Esta interpretación no orgánica también se vale de un lenguaje jurídico (cognoscitivo), que muchas veces les sirve de guía a los órganos que hacen interpretación orgánica o normativa al aplicar las normas constitucionales.

⁶⁹ Citando a Dietze, Pérez Luño recuerda que la formulación de los derechos exige un lenguaje jurídico que los enuncie de modo claro, unívoco y preciso, lo que se relaciona con una cuestión de orden sistemático, porque han de promulgarse como un catálogo de estructura coherente, teniendo presentes los nexos que vinculan a unos derechos con otros (en *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 63).

⁷⁰ Hay una pequeña obra de Genaro R. Carrió que arrima reflexiones útiles a nuestro tema (*Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, 1973).

cho del hombre reciba el nombre y la apariencia de tal en la letra constitucional— debe ser una guía inequívoca del autor del orden normológico, porque no hay nada peor para los derechos humanos, y para la Constitución, que declarar derechos imposibles.

2. LA FORMULACIÓN GRAMATICAL DE LOS DERECHOS

Los clásicos derechos civiles pudieron —y pueden— ser formulados gramaticalmente en normas breves y reducidas. Cuando fundamentalmente traducen libertades cuyo ejercicio y goce se satisfacen con la sola omisión de daño, impedimento o injerencia por parte del sujeto pasivo, basta declarar el derecho para que con facilidad y rapidez se comprenda cuál es la obligación correlativa, y cuál el sujeto pasivo que la debe cumplir (negativamente, o sea, mediante un deber de abstención —no hacer—). Esto no sufre escollo si a la altura de nuestro tiempo, ese sujeto pasivo es tanto el Estado como los particulares.

La cuestión se complica, sobre todo en el constitucionalismo social, cuando con él se incorporan al orden normativo constitucional muchos derechos que, en reciprocidad, encuentran —o pueden encontrar— multiplicidad de obligaciones (algunas análogas a las recién descritas, o sea de abstención, pero otras de índole positiva, que implican prestaciones de dar o de hacer). Aquí el lenguaje normativo exige una gran claridad, para que con precisión suficiente se pueda saber quién es el sujeto pasivo de cada clase de obligación, y cuál es el débito correspondiente.

Si tomamos un ejemplo lo alcanzamos a comprender. Una Constitución puede insertar una norma que, aproximadamente, diga algo semejante a esto: “todo hombre tiene derecho a la atención de su salud”; o esto otro: “el Estado reconoce y garantiza a todo hombre su derecho a la salud, y el acceso a las prestaciones que le sean necesarias para conservarla, recuperarla o rehabilitarla plenamente”.

¿Quién o quiénes, son los sujetos pasivos, y cuáles sus obligaciones? En primer lugar, tanto una fórmula como la otra inducen a ver razonablemente un sujeto pasivo pluralizado, con un deber de omisión; tanto el Estado como los demás hombres deben omitir todo lo que dañe a la salud ajena. Pero es indudable que en el Estado social de derecho, y con el lenguaje normativo empleado por las formulaciones alternativas que tomamos como ejemplo, el autor de la norma ha querido o quiere decir algo más, y mucho más. Ha tenido la voluntad de que

todo hombre tenga acceso a prestaciones positivas de salud, cuando está sano para mantenerse sano, cuando está enfermo para atenderse y curarse, y después de la enfermedad para rehabilitarse de sus secuelas. ¿Y quién le provee esas prestaciones? Todo profesional del arte de curar ¿es sujeto pasivo obligado a atender a cualquier persona que se lo recaba, aun mediante un pago de honorarios? ¿Y si esa persona con tal pretensión no puede pagarle, o si aun pudiendo pagarle, el profesional no quiere tomarla como paciente suyo? ¿Puede razonablemente el Estado convertir compulsivamente al médico en sujeto pasivo gravado con esa obligación inesquivable?

La dificultad de las respuestas racionalmente válidas deja entrever el arduo problema de la formulación gramatical con que el autor de la norma ha traducido algo que llama "derecho" (a la salud).

Si acaso concedemos que únicamente ha querido decir que es el Estado el que, como sujeto pasivo, debe otorgar esas prestaciones de salud, queda todavía bastante por recorrer. ¿Las otorgará pagándole al titular del derecho a la salud una atención o un tratamiento a cargo de un médico particular? ¿Y será el Estado el que previamente registrará en una lista oficial a los médicos que voluntariamente quieran inscribirse para asumir esa obligación de atender a cualquier paciente, o el mismo Estado directa y compulsivamente los alistará sin su consentimiento en un registro de esa índole? ¿O será el Estado el que creará, organizará, y tomará a su cargo servicios de salud en centros asistenciales —gratuitos para quienes no puedan pagar su costo—?

Todo esto tiene que poder desprenderse con claridad y razonabilidad suficientes de la norma; y para ello el lenguaje de ésta ha de permitir la derivación comprensiva e interpretativa.

Bien se introduce aquí una sagaz admonición de Peces-Barba cuando avanza a esta reflexión:

necesidad de pasar en este campo de los programas, de los deseos y de las buenas intenciones a una regulación jurídica detallada de los derechos económicos, sociales y culturales y de, en la medida de lo posible, formularlos para que de ellos puedan derivarse auténticos derechos subjetivos con exigencia de comportamiento concreto para los obligados en la relación jurídica frente a los titulares de los derechos.⁷¹

⁷¹ *Libertad, poder, socialismo*, Madrid, 1978, p. 189.

Sistematicemos, entonces, alguna pauta: a) no debe formularse gramaticalmente como derecho algo cuya disponibilidad o cuyo dispensamiento es imposible que esté a cargo de uno o más hombres como sujetos pasivos (así, la felicidad no es dispensable ni disponible por un hombre a favor de otro, y sería absurdo declarar que el hombre tiene derecho a ser feliz, porque nadie puede depararle ese supuesto bien que se llama felicidad); ⁷² b) el sujeto pasivo del derecho debe ser fácilmente descubierto (si el Estado, o un particular determinado —por ejemplo, el empleador en caso de deber suministrar vivienda a su dependiente—, o todos los demás particulares, etcétera); c) la obligación (de un solo tipo o de varios) también debe serlo, de modo que se advierta fácilmente qué obligación y de qué tipo grava a cada uno de los eventuales sujetos pasivos cuando éstos son múltiples; d) tanto el sujeto pasivo (único, o plural) como su o sus obligaciones deben gozar, en su establecimiento normativo, de suficiente razonabilidad, es decir, no ha de incurrirse en arbitrariedad al trabarse la relación de alteridad entre sujeto activo y sujeto pasivo, ni al imponerse el débito; e) se ha de tomar la precaución de encarar los condicionamientos de toda índole (sociales, culturales, políticos, económicos, etcétera) que propenden o que obstaculizan a los bienes, servicios y prestaciones relacionados con las obligaciones a cargo del sujeto pasivo (si, por ejemplo, se sabe que no habrá posibilidad de desarrollar planes habitacionales, será imprudente declarar el derecho de todo hombre a obtener una vivienda digna); ⁷³ f) es prioritario que, después de todo lo anterior, el derecho que se formula gramaticalmente como tal cuente, como auxilio, de una vía tutelar para hacer exigible el cumplimiento de la obligación correlativa; g) el esclarecimiento del derecho, del sujeto pasivo, y de la obligación exigible, ha de tener posible encarril-

⁷² Goldschmidt encara este aspecto cuando en su teoría trialista sobre el reparto de potencia e impotencia, repara en los límites de los repartos y atiende a diversos tipos de imposibilidades que derivan —por ejemplo— de las leyes de la naturaleza, de las leyes síquicas, de las leyes de la lógica, de las leyes político-sociales, y de las realidades económicas. Aquí se advierte que los repartos pueden fracasar. Un ejemplo burlesco que trae el autor citado es el de Pedro III de Rusia, que en un ucaso del 10 de junio de 1762 mandó a los marineros enfermos de la flota del Báltico que sanasen inmediatamente para ser empleados en la proyectada guerra con Dinamarca. Y, por supuesto, no se curaron, porque la orden no era capaz de devolverles la salud. (Ver: Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, cit., pp. 71 y ss.; para la anécdota de Pedro III, p. 72.)

⁷³ Recuérdese la formulación condicionada que aconseja Segovia (ver su cita en la nota 38).

lamiento suficiente mediante la interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional.

A. *La declaración normativa de operatividad*

Nos ocupamos en otra parte de distinguir las normas (o cláusulas) operativas y programáticas. Si de las primeras se dice que por su forma lexical —entre otras cosas— son autoejecutorias y habilitan directamente el ejercicio y goce de un derecho, habrá quien se tiene a pensar que basta que una norma declarativa de un derecho se formule de modo operativo, para que sin más el acceso y goce de ese derecho quede expedito, o se haga exigible la prestación obligacional al sujeto pasivo. Pero las normas sabemos que no tienen ese poder mágico. Por más que después de enunciarse el derecho a la salud con alguna de las fórmulas que antes examinamos, la norma agregue: “esta cláusula es operativa”, no será posible que el titular acceda a una prestación de salud si no hay quien pueda proporcionársela.

Esto vaya dicho y advertido para apaciguar los apresuramientos del lenguaje normativo que puedan conducir a insertar en una declaración general de derechos —abarcadora de los sociales— la fórmula, también general para todos los derechos, de que éstos, o las normas que los consignan, gozan o gozarán de operatividad. Esta recomendación nuestra, que aminora ambiciones y buenas intenciones, es muy realista, y sirve para tomar en cuenta que las cláusulas declarativas de derechos a veces no pueden menos de ser programáticas, por lo que asignarles en el lenguaje normativo la naturaleza operativa poco o nada soluciona, si verdaderamente el derecho anidado en ellas requiere ineludiblemente el desarrollo ulterior por una norma infraconstitucional, o la concurrencia de condicionamientos socioeconómicos propicios que están ausentes.⁷⁴

⁷⁴ Nada de lo dicho en el texto rife con el principio de que hay que esforzarse por interpretar las normas referidas a derechos humanos como operativas; pero tal principio requiere presumir la posibilidad de su autoaplicación y su funcionamiento eficaces. La nueva Constitución de la provincia de Salta (Argentina) de 1986 contiene una cláusula general de operatividad en su artículo 16, donde al referirse a los derechos dice: “tales derechos tienen plena operatividad, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación”, lo que no significa, sin más, ni por virtud automática de tal cláusula, que queden eliminados los impedimentos fácticos que pueden concurrir a trabar su ejercicio, el que en tal hipótesis no será viable, sin que el óbice resulte imputable a la no operatividad de la norma; más bien, a factores de índole diferente. Debe dis-

Este punto de vista no descarta ni inhibe el control constitucional de las normas programáticas de la Constitución por parte de la jurisdicción constitucional, cuando la ausencia de aquel desarrollo reglamentario infraconstitucional ha sido producto de una mora temporal suficientemente dilatada por el órgano cargado con la obligación incondicionada de dictar la norma reglamentaria, porque en ese supuesto —como lo decimos en otra parte— hay omisión inconstitucional, o inconstitucionalidad por omisión.

B. Las vías de exigibilidad

Casi es redundante añadir nuevamente que, aun cuando la coactividad o coercibilidad no es elemento constitutivo del derecho subjetivo, éste precisa, para su vigencia sociológica, de uno o más medios de protección, no sólo para dejar expedito su ejercicio turbado o para lograr reparación a una violación, sino también —y esto es primordial en los derechos sociales— para impeler a que el sujeto pasivo cumpla su obligación positiva (de dar o de hacer) cuando no lo hace espontáneamente. Sabemos que en el campo de los derechos sociales topamos muchas veces con dificultad o imposibilidad para dar funcionamiento procesal, legitimación activa y pasiva, y vías idóneas, a este aspecto de la tutela y la exigibilidad, pero no hay que escatimar esfuerzos en la búsqueda y el hallazgo de soluciones razonables y eficaces. Baste, pues, este recordatorio para el acápite que no queríamos silenciar aquí.

C. El sujeto titular y su individualización en el lenguaje normativo

Dejamos para el final el punto referente al sujeto titular, que po-
tinguirse, entonces, entre el bloqueo de un derecho proveniente de la ausencia de reglamentación a la norma programática que lo declara, y el que se vincula a otro tipo de condicionamientos reales que son ajenos a la naturaleza de la norma; tan sólo para los bloqueos que paralizan derechos porque las normas en que éstos se formulan no son, o se interpreta que no son operativas, sino programáticas, es loable una cláusula general que estipule su operatividad. Este deslinde parece haber sido advertido en la nueva Constitución de la provincia de Córdoba (Argentina) de 1987 cuando en su artículo 22 se establece que "los derechos y garantías establecidos en esta constitución son de aplicación operativa, salvo cuando sea imprescindible reglamentación legal". Con todo, sigue subsistente la necesidad de actuar sobre los condicionamientos fácticos indispensables para la efectividad de los derechos.

dría parecer lo más importante, ya que en él se subjetiviza el derecho que integra el plexo total de los derechos humanos, o sea, cada uno de éstos, y todos en su conjunto.

Si tanto se hace mención y alarde de los derechos del "hombre", parece obvio, y hasta pueril, estudiar este desarrollo. Pero no es así y, al contrario, lo estimamos imperioso.

Por supuesto que los derechos humanos son del hombre, de cada uno y de todos, no obstante lo cual, si es verdad que esos derechos arraigan en el derecho constitucional de cada Estado, y si lo es que ese derecho constitucional es propio y singular de cada Estado (pese a todas las semejanzas, concordancias, o afinidades entre varios), hay que indagar a qué hombres cada derecho constitucional instala en la situación de titulares de los derechos.

Lo primero sería una propuesta: circunvalar al elemento humano o poblacional del Estado. Allí están los hombres cuya convivencia se politiza dentro de un orden jurídico territorialmente circunscrito, que es el derecho constitucional del Estado de que se trata; entre esos hombres hay que computar: a) los afincados permanentemente (a los que cabe denominar habitantes); b) los residentes transitorios; c) los meramente transeúntes. A ese triple conjunto creemos que hay que ampararlos constitucionalmente a tenor de los derechos que para "el hombre" venimos propiciando. Toda limitación reductiva tiene que fundarse en una razón suficiente, o sea, ser razonable.

En segundo lugar, y ya casi surge implícitamente de lo expuesto, es absolutamente disvalioso (injusto) para nuestra estimativa que la Constitución titularice los derechos empleando en su lenguaje normativo la referencia a los "nacionales". Desmerece a una Constitución todo reduccionismo nacionalista que mencione a los derechos (en vez de derechos "del hombre") como derechos de los nacionales; o que si acaso no usa ese vocabulario, sino el de "hombres", incurra en excepciones disvaliosas para los "extranjeros". De ahí que buenas formulaciones gramaticales sean, a nuestro juicio, las que en la titularidad de los derechos humanos aluden al hombre, a la persona humana, a los habitantes; y mejor todavía si expresamente se involucra a los extranjeros, o se estipula una cláusula explícita de igualdad o equiparación de extranjeros y nacionales.

En tercer lugar, reconocemos que hay derechos "del hombre" que se concretan según la situación personal que inviste o en que se encuentra el hombre. Así, hay derechos "del hombre" que se titularizan en

“la mujer” cuando está embarazada, o es madre. Pero en ese caso, la mujer titulariza tales derechos porque éstos son “del hombre” (en femenino), y porque la mujer pertenece a la especie humana. Se habla, asimismo, de derechos “del trabajador” —por ejemplo—, como se habla de derechos “del niño”, o “del anciano”. Pero trabajador, niño, anciano, no son más que situaciones en que se halla o puede hallarse el hombre, y mejor aún si se entiende que son derechos del hombre en función del trabajo que realiza, o de la edad en que se encuentra (niñez, ancianidad). No somos, pues, adictos, a sustituir la mención del hombre por otras como trabajador, etcétera.

Por último, ya desde el principio de nuestro ensayo habíamos planteado el tema de si los derechos humanos son extensibles a entes humanos plurales o colectivos —asociaciones, agrupaciones, corporaciones, organizaciones, etcétera—. Los tratados internacionales no son tan generosos en esto como algunas constituciones, porque circunscriben sus declaraciones al ser humano o persona humana. Sin embargo, en el derecho constitucional la titularidad de derechos “humanos” por entes humanos colectivos parece ser reclamada vehementemente por el valor justicia, en la medida en que razonablemente quepa proyectarles los derechos que, siendo del hombre, les son necesarios para cumplir, en el pluralismo democrático, con sus fines específicos. Esté formulado gramaticalmente o no en el lenguaje normativo este sesgo de los derechos, entendemos que el sistema de valores y la filosofía de la Constitución democrática deben dar auspicio a su titularización a favor de todas las entidades intermedias que integran la sociedad pluralista, porque es en ella donde el hombre individual expande y despliega su sociabilidad, su libertad, sus energías creadoras, su iniciativa privada, y donde realiza muchos de sus fines parciales.

Precisamente, la superación del individualismo y la vertebración de la solidaridad social se muestran en este campo del asociacionismo, que no debe quedar huérfano dentro del plexo de derechos constitucionalmente declarados.

D. *La implicitud de los derechos*

Para no sobreabundar en un tema que ocupa otras consideraciones fuera de este rubro, y no incurrir en repeticiones, recomendamos que del lenguaje normativo de la Constitución se pueda inferir que el plexo de derechos no queda cerrado ni agotado en su declaración o

enumeración expresa, es decir, que éstas no son taxativas, y que fuera de cada una y de todas las normas referentes a derechos, la Constitución da cabida a otros implícitos tanto en su orden normológico cuanto en su sistema de valores, en su ideología, en su filosofía, o acaso también en su tradición histórica.

Constituciones del siglo pasado admiten, en ese supuesto, interpretarse a la luz y al tono del constitucionalismo social que advino en este siglo xx, y dar por acogidos a los derechos sociales en la medida en que su personalismo, su libertad, su plexo de derechos quedarían amputados o estrechados si actualmente se repeliera a las añadiduras que recaban los clásicos derechos civiles en la completitud del Estado contemporáneo —social de derecho, o democrático a secas—.

E. La presunción de operatividad

Bien que no nos ha encandilado el optimismo lingüístico que atribuye operatividad a todas las normas declarativas de derechos, porque por sí solo el enunciado de la operatividad no es capaz de resolver la totalidad compleja de problemas que analizamos en torno de normas operativas y programáticas, sí creemos bueno y útil que, además de la claridad ya recomendada de las formulaciones gramaticales, el lenguaje normativo permita inferir —e interpretar— que toda norma declarativa de derechos tiene naturaleza operativa, mientras no haya indicio cierto de que es programática y de que necesita la reglamentación infraconstitucional reglamentaria. Ésta bien puede ser una pauta para la interpretación constitucional que tratamos por separado.

F. La implicitud de las garantías tutelares

Si la defensa, el reconocimiento, la reparación y la exigibilidad de los derechos son un anexo complementario de suma importancia, cabe agregar a todo lo ya dicho acerca de las vías tutelares algo más. El lenguaje normativo de la Constitución no tiene necesariamente impuesto el deber de formular gramaticalmente la declaración de derechos con un añadido específico que depare expresamente una vía protectora de cada uno o de todos, pero sí el deber de facilitar la comprensión de cuáles, y a través de qué medios, podrán hacerse valer o hacerse oponibles a los respectivos sujetos pasivos.

Por un lado, sea en forma expresa o en forma implícita, el lenguaje normativo tiene que abrirse claramente en favor del acceso a la jurisdicción de los justiciables, o derecho a la jurisdicción, para transitar el debido proceso y alcanzar la sentencia que resuelva la pretensión articulada en él con referencia a los derechos humanos. Por otro lado, sea en forma expresa o en forma implícita, hace falta que el lenguaje normativo deje sitio a una interpretación constitucional que sólo dé por abastecido y satisfecho aquel acceso a la jurisdicción cuando la vía tutelar sea idónea para la naturaleza de la pretensión del justiciable (y aquí inoculamos el *habeas corpus* y el amparo, por ejemplo). Esto por razón de la eficacia y la utilidad que deben rendir, en favor de los derechos, tanto las vías como su eventual resultado. Tutela jurisdiccional eficaz, o garantías eficaces, podrían ser los lemas de este breve rubro.

3. LAS OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES

Recalamos otra vez en las obligaciones constitucionales.⁷⁵ El lenguaje normativo nos muestra a menudo en la codificación constitucional el uso de las palabras "deber", "debe", "obligación", "está obligado", etcétera, así como el de verbos que por el tiempo futuro en que se emplean (o a veces tiempo presente, como diciendo "ya", con inmediatez temporal o presenteadad), permiten entender que el autor de la normativa urge al cumplimiento de una obligación. "El Estado removerá (o deberá remover, o debe remover) los obstáculos..."; "el Estado establecerá..."; "el Estado atiende (o atenderá) a la salud de la población...", etcétera, son ejemplos elocuentes. Hay aquí obligaciones constitucionales inesquivables e impostergables. No son programas para mañana, sino para hoy, ya, aquí, ahora.

El lenguaje normativo expresa, pues, algo. Pero, ¿y cómo se compele a cumplir esas obligaciones? Normalmente, el mismo lenguaje no nos da la solución, no nos dispensa la vía. Y entonces hay una falencia, hay una mudez lingüística, que hay que superar, si es necesario, sin lenguaje normativo, o acelerar otro complemento lingüístico que aporte la solución.

⁷⁵ Repetimos la cita de nuestro libro *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Buenos Aires, 1987.

Vimos que también hay obligaciones constitucionales a cargo de los particulares en reciprocidad con derechos humanos. Vimos que hay obligaciones activamente universales a las que las formulaciones gramaticales no denominan así, ni proveen de vías de exigibilidad. Y vimos que hay derechos que, con cierta holgura y algún esfuerzo, toleran encuadre en los denominados derechos por analogado. No pretendemos que este léxico y estas categorías que pueden circular en el plano académico o científico se trasladen intactos al lenguaje normativo de la Constitución, pero sí que éste contenga y permita funcionalizar lo que la investigación aconseja o plasma en su vocabulario cuando procura una correcta técnica normativa en la Constitución, una fácil y adecuada interpretación de la misma, y por sobre todo, con esas ayudas, una efectiva vigencia sociológica de los derechos del hombre.

4. LA EXTENSIÓN DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Las reflexiones que hemos desarrollado sobre el lenguaje normativo de la Constitución pueden inducir a creer —al menos en algunas de sus partes— que seamos partidarios del detallismo y, con él, de una normativa extensa, pormenorizada, reglamentarista. Y todo lo contrario, damos por verdad que la claridad, concisión, precisión y buen uso del lenguaje normativo tienen mucho que ver con la parquedad y sobriedad de la codificación constitucional. Para nada se imagine un parentesco entre Constitución extensa y Constitución clara, o de buen lenguaje normativo.

El ya aludido detallismo, el elevado número de artículos y de incisos, la inflación normológica, y el intento de preverlo todo y con el mayor casuismo en el texto constitucional, conspiran contra la claridad y precisión de él, contra la naturaleza genérica y abierta que han de tener sus normas (lo cual, dicho sea de paso, no contradice a la claridad y pureza de las formulaciones gramaticales), y contra la perdurabilidad que, al menos en su tronco fundamental, ha de tener la Constitución.

Tal vez esta sugerencia provenga de nuestro apego a la nitidez y sobriedad del lenguaje normativo que utilizó el constituyente argentino en su codificación de 1853-1860, subsistente todavía hoy, y a la labor que en su interpretación, integración, aplicación, y control, ha desplegado normalmente —con pocas interrupciones— la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Pero a más de esa eventual razón

particular, militan otras, como nuestra aversión a las declamaciones literarias y ambiguas en los textos constitucionales, a su reglamentarismo, a la profusión de largas fórmulas reiterativas, y al escaso o nulo contenido jurídico que se alberga habitualmente en las normativas abultadas, donde proliferan más promesas e ilusiones que derechos posibles (ontológica y fácticamente).

No apostatamos de los hábitos escriturarios de nuestros sistemas jurídicos, pero sí del confusionismo a que induce una normativa recargada y pormenorizada que, además de adentrar en la Constitución lo que es propio de las normas infraconstitucionales, la privan a la primera de su agilidad evolutiva, de su aptitud para adecuarse a la multiplicidad de las transformaciones sucesivas y ulteriores, la enfeudan en la situación coyuntural de su época originaria, la incitan a repetidas enmiendas y reajustes, le dificultan la convergencia del consenso social generalizado, porque los hombres —los grupos, los partidos, los programas temporales u ocasionales— pueden concordar en torno de un lineamiento esquemático, pero discrepar o disentir con su instrumentación, sus medios, sus pormenores.

Y a raíz de estos comentarios, sobreviene otra vez el interrogante: ¿deben los derechos declararse normativamente en la Constitución, o no? ⁷⁶ La respuesta nos coloca ante horizontes disímiles; la costumbre

⁷⁶ Son muy útiles y elocuentes las citas de K. C. Wheare en su libro *Las constituciones modernas*. Barcelona, 1971, del que extractamos estas: "La naturaleza de una Constitución requiere... que sólo se establezcan sus grandes líneas, que se consignen únicamente sus objetivos principales..." (y remite a la cita de Marshall). "A la pregunta: ¿qué debe contener una Constitución?, podría responderse, pues, brevemente: lo mínimo, y este último traducirse en normas legales" (p. 38); con referencia a las declaraciones de derechos, dice en p. 43: "Estas declaraciones de derechos representan un grave problema para quien proyecta una Constitución. Si no se insertan, puede enajenarse algún sector influyente de la opinión y la Constitución dejar de ser aceptada. Y si hay que insertarlas resulta extraordinariamente difícil definir la naturaleza y el alcance de estos derechos de tal modo que con ello se consiga algo significativo y efectivo". En p. 48 reflexiona así: "Si los derechos se definen y se otorgan en tan vagos y contradictorios términos, y es casi imposible definirlos de otro modo, ¿qué difícil es implantar la observancia de estas disposiciones!". En p. 51 aconseja: "Una lección cuando menos parece evidente: si deben existir tales declaraciones, hagamos que su lenguaje sea claro y concreto". En p. 53 sintetiza: "Así, pues, la Constitución ideal debería contener pocas o ninguna declaración de derechos, aun cuando el sistema ideal de ley debería definir y garantizar muchos derechos". Y sobre el cierre, en pp. 54-55, agrega: "Tiene por objeto (una Constitución) establecer las normas legales supremas. Por consiguiente, debe limitarse en lo posible a proclamar normas legales, no opiniones, aspiraciones, directivas o tendencias políticas... estas normas deberán ser poco numerosas, generales y fundamentales. Asimismo deben referirse a materias aptas y propias para ser descritas y ordenadas en forma de norma legal... Si se

—interna e internacional— acusa marcadamente la tendencia a inscribirlos en las constituciones, en las leyes, en los tratados, y no hay por qué oponerse a lo que la cultura jurídica tiene incorporado a sus hábitos. Hoy ya es tradicional hacerlo así. Las violaciones y negaciones a los derechos prueban, sin embargo, que ese tramo elevado ya a hábito no es suficiente; y clama otra vez el desafío de la vigencia sociológica. Por acá nos interpela la urgente necesidad de superar el tramo de las inscripciones normativas y, sin desdeñar el lenguaje normativo, echar a andar vigorosamente por el trayecto de la realización del valor con signo positivo. ¡Obra ardua de cultura humana que hace tiempo nos ha hecho su convocatoria!

Hemos de situarnos, entonces, en una perspectiva intermedia y de equilibrio: no decir que las declaraciones normativas son innecesarias o inútiles, pero al adherir a ellas, decir —sí— que deben: a) ser breves, claras, concisas, y de interpretación razonablemente fácil, y b) que demandan numerosos acompañamientos del Estado y de la sociedad en todos los campos para encarnarse en la vigencia sociológica.

5. LA JERARQUÍA (IGUAL O DISTINTA) DE LAS NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN Y EL EQUIVALENTE PROBLEMA DE LOS DERECHOS DECLARADOS EN ELLAS

Este tema viene interpolado dentro de la sección dedicada a la formulación gramatical de los derechos porque, aun cuando puede tener cabida en otras partes del ensayo, guarda relación marcada, a nuestro criterio, con el lenguaje normativo. Por supuesto, también con la interpretación de la Constitución.

La formulación gramatical de la Constitución *in totum*, y de su parte dedicada a los derechos humanos, nos puede deslizar a una pregunta crucial: ¿todas las normas de la Constitución tienen igual rango, o las hay entre ellas algunas de mayor nivel que otras?

En la doctrina, se admite curiosamente que dentro de una misma Constitución suprema todas sus normas no sean iguales en jerarquía, y entonces se emprende la búsqueda de las que están en un peldaño

de sea que una Constitución evoque no solamente el respeto debido a la ley, sino también la complementaria veneración que se debe a la ley suprema, lo más seguro y prudente será entonces excluir de sus confines, en la medida de lo posible, todo aquello que no deba ser considerado una norma legal".

más elevado que las otras.⁷⁷ Así se admite sostener que normas en las que se encapsulan valores o principios generales en la Constitución, son superiores y prevalecen sobre otras normas específicas, pese a formar parte todas de una común unidad normativa dotada de supremacía.⁷⁸ En ese caso, la supremacía de la Constitución sólo significaría que ésta se antepone a toda otra normativa infraconstitucional, pero no que dentro de la Constitución todas sus normas son iguales.

En nuestro enfoque de la Constitución argentina hemos entendido y sostenido, a la inversa, que todas sus normas —en cuanto normas— son iguales y tienen idéntica jerarquía, no existiendo unas que sean superiores a otras, ni éstas inferiores a las primeras. Y creemos que el lenguaje de la Constitución argentina, dentro de su tipología suprema, da pie para sostener que entre sus normas no es posible introducir una gradación jerárquica.⁷⁹

Vamos, pues, a manejanos con esta hipótesis extraída de la Constitución argentina.

Si la aceptamos, tenemos que decir que todas las normas declarativas de derechos se sitúan en un mismo plano; el de la Constitución cuya supremacía comparten en igualdad de nivel común. La norma sobre derecho a la libertad religiosa es igual a la norma sobre derecho de propiedad. Y la norma sobre derechos implícitos —que alberga sin enumerarlo el derecho a la vida, a la dignidad, al honor, etcétera— nos lleva a afirmar que la norma sobre derecho a la vida es igual a la norma sobre derecho de huelga (ésta sí expresa).

Pero, ¿es que los derechos —en cuanto derechos, y no en cuanto a las normas que los consignan— están todos en un mismo nivel, parificados sin jerarquías distintas? No. Los derechos no son todos iguales. Tampoco los valores, bienes y necesidades a que ellos se refieren.⁸⁰ ¿Y a qué nos conduce igualar las normas y desigualar los derechos?

Podría parecer que fuera una especulación doctrinaria pura, sin ningún sentido práctico. Y lo tiene.

Primero, igualar a todas las normas de la Constitución arroja la conclusión de que no es viable tildar de inconstitucional a una norma de la Constitución que se supone inferior a otra que se supone superior, si es que a la inferior se la valora como contradictoria respecto

^{77, 78} Ver nuestro libro *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, cit., pp. 105 y ss., y 236.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 107.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 106-107.

de la superior. Yo no podría decir que la norma de la Constitución argentina que en 1957 incorporó los derechos sociales es inconstitucional porque su contenido pugna con la norma superior que dentro de la misma Constitución (en su texto originario) consagró los derechos y libertades civiles; y razonando así, no podría afirmar que la norma que reconoce el derecho de contratación colectiva es inconstitucional respecto de la que (implícitamente en la que resguarda los derechos no enumerados) contiene el derecho de contratar (individualmente), si es que creyera que el efecto *erga omnes* del convenio colectivo de trabajo viola el derecho individual de contratar porque impone al contrato individual de trabajo concertado entre patrón y trabajador unos topes de orden público que no se pueden disminuir.

Segundo, igualar las normas pero reconocer jerarquía diferente a los derechos que ellas reconocen surte un efecto importante para la interpretación constitucional, especialmente cuando hay pugna o conflictos entre derechos distintos. Si las normas —todas de igual nivel— obligan a una interpretación correlacionada, armónica, y coherente, que las concuerde dentro de la unidad sistemática de la Constitución cuya supremacía comparten en paridad de rango, los derechos declarados en esas normas que entran en confrontación necesitan, para salvar con respeto la igual jerarquía de todas las normas, parangonarse y conciliarse según el lugar —más alto o más bajo— que ocupan en la jerarquía del plexo de derechos. Y entonces, cuando debo interpretar el derecho a la vida de un hijo menor al que el médico ordena practicarle —como única terapia con posibilidad de éxito— una transfusión de sangre, con el derecho a la libertad religiosa y a la patria potestad de sus padres, que se oponen a la transfusión porque conculca sus convicciones religiosas y éticas, tengo que hacer prevalecer el derecho a la vida del menor sin discernimiento, por sobre el derecho paterno a ejercer su patria potestad y a emplazar al hijo menor con el *status* religioso elegido por sus progenitores.

Se dirá que la formulación gramatical de los derechos no siempre da margen para visualizar el distinto orden jerárquico de esos derechos dentro de la misma igualdad de las normas que los declaran; pero éste es un problema de interpretación, que debe moverse dentro de una interpretación que tome en cuenta el lenguaje normativo de la Constitución, tanto como el sistema de valores que él expresa. Y, concomitantemente, habrá de esclarecerse a través del léxico y de las restantes pautas de interpretación, las limitaciones razonables al derecho

que se posterga para priorizar otro superior con el que colisiona o no armoniza. Se nos aparece, entre medio del principio del idéntico rango de todas las normas de la Constitución y del diferente rango de los derechos que formulan, otro que tiene que dimanar del contexto lexical de la Constitución: el de que hay que sostener el plexo integral de las normas y de los derechos de forma que se optimice su funcionamiento dentro del Estado democrático.

¿Qué surge de este tal vez complicado razonamiento? Que el contexto lingüístico de las formulaciones gramaticales en la normativa constitucional equilibra dos principios: el de igual rango de todas sus normas, y el de la jerarquía escalonada de los derechos, entre los cuales dos principios se interpone como mediador del conflicto el de que debe maximizarse la funcionalidad y disponibilidad de los derechos en la armónica relación solidarista de los mismos, tanto como de los hombres que los titularizan en una sociedad democrática.

Hay un párrafo de Eusebio Fernández que nos viene bien para estas reflexiones, porque en él se aúnan muchas de las que hemos vertido hasta aquí. Dice así:

Ni el alcance, ni la jerarquía, ni los límites son los mismos para todos los derechos que contiene cualquier tabla contemporánea de los derechos humanos. En este punto es necesario establecer una graduación jerárquica entre los distintos derechos según su importancia, ordenada en relación con la idea de dignidad humana. . . De todas formas. . . no olvido que se pueden plantear dificultades y problemas a la hora de evaluar casos concretos y que esta valoración entre derechos responde a las concepciones de filosofía moral, política y jurídica de que se parta.⁸¹

Al rescatar ahora la última parte de la cita, comprobamos que es el contexto lexical, el lenguaje normativo, y la formulación gramatical de la Constitución los que permiten captar esa filosofía que vendrá a darnos el posible desempate justo de los supuestos derechos en conflicto, dentro de una normativa que, dentro de la Constitución, disfruta de un mismo y común nivel en su supremacía.

⁸¹ *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cit., pp. 114-115.