

contextos

Una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Víctor Bazán | El control de convencionalidad: Incógnitas, desafíos y perspectivas | Pág. 7

Arturo E. Sampay | ¿Qué Constitución tiene la Argentina y cuál debe tener? | Pág. 43

Peter Häberle | La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales | Pág. 63

Diego A. Dolabjian | Constitución y derechos humanos. 75:22 | Modelo para armar | Pág. 89

Carolina Machado Cyrillo Da Silva | La posición jerárquica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Sudamericanas | Pág. 124

Raúl Gustavo Ferreyra | Discurso sobre el Derecho Constitucional. Colores primarios | Pág. 136



Instituto de Estudios Avanzados
en Derechos y Estado



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Dra. Alicia B. Pierini

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

República Bolivariana de Venezuela 842 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tel.: 4338-4900 / 0810-333-3676

Correo electrónico: consultas@defensoria.org.ar

Página web: www.defensoria.org.ar

Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Número 05 - Abril 2013 - 1° Edición

Editada por el Área de Comunicación y Publicaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Directora Responsable: Dra. Alicia B. Pierini

Coordinador Editorial: Lic. Pablo G. Fernández

Edición: Prof. Karina Casanova Pettigrew

Diseño: Lic. Luciana Garrido - Silvana Ferrary

Es una publicación propiedad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Propiedad intelectual Nro. 5034368

contextos

Una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Directora honoraria: Alicia B. Pierini

Director académico: Raúl Gustavo Ferreyra

Secretaria académica: Camila Carril

Miembros estables: Susana Ayala Ferraro, Silvina Bacchiega, Graciela Benín Chirico, María Sol Blasco, Nora Cattáneo, Patricio Clare, Pablo Corradini, Nerina Da Rin, Eduardo Fachal, Marcela González Ibarra, Alejandro Grossman, Valentín Héctor Lorences, Silvia Madrazo, Gustavo Murano, Silvina Pennella, Juan Pablo Pisano Torres, Fabián Pugliese y Horacio Spandonari

Por Resoluciones 510/10, 1296/11 y 1935/12, respectivamente, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la UBA validó la realización del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como curso de posgrado de esa casa de altos estudios.

PARA SEGUIR SUMANDO

Por Raúl Gustavo Ferreyra (*)

Con la publicación de su quinto número, la colección Contextos -una de las expresiones escritas del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- continúa su periplo doctrinario y la edición total, a la fecha, de 23 contribuciones constituye un aporte sustancial a la discusión crítica del Derecho Público en el ámbito local. Por vez primera, en esta oportunidad se reúnen seis trabajos: cuatro de ellos decididamente orientados a la realización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución; los otros dos, al propio significado de la constitución y su cambio formalizado.

En *El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*, Víctor Bazán plantea abiertamente la “importancia de que la dimensión objetiva de las sentencias internacionales (en nuestro caso, principalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) tenga eco en los órganos jurisdiccionales nacionales”, pero alerta y enfatiza que “tal faena no debe darse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde allí hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un *diálogo jurisprudencial* entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos. En otras palabras, debe gestarse a partir de una relación bi o multidireccional en la que se respete el importante emplazamiento institucional de la Corte y la trascendencia de sus estándares, pero que simultáneamente ésta no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales, políticas, jurídicas y culturales de los Estados que integran el sistema regional”.

Por segunda vez, quienes integramos el seminario y también –intuyocomponen y editan esta publicación, homenajeamos al maestro Arturo E. Sampay con una nueva reproducción de un trabajo suyo. *¿Qué Constitución tiene la Argentina y cuál debe tener?* recoge una conferencia dada por el autor en 1974, y allí sostuvo que la verdadera finalidad de la Ley Suprema es el bienestar del pueblo. Cuatro décadas después, el escrito goza de una llamativa lozanía, tal como lo reflejan estas palabras: “La reforma constitucional de 1949 no organizó adecuadamente el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares debido, primero, a la confianza que los sectores populares triunfantes tenían en

la conducción carismática de Perón, y segundo, al celoso cuidado que el propio Perón ponía para que no se formara paralelamente al gobierno legal un coadyuvante poder real de esos sectores populares, por lo que el nuevo régimen iba a mantenerse hasta que la oligarquía cautivara a los oficiales de las fuerzas armadas”. Agradecemos a su hijo Arturo por otorgarnos nuevamente su respaldo y autorización para reproducir este trabajo, y a la señora Delia Olivera, que gentilmente tipeó el texto originalmente publicado en el libro *Constitución y pueblo*.

La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales es una tesis conmovedora de Peter Häberle, anunciada originalmente en 1975, y constituye una afirmación básica que plantea la discusión permanente del hecho de la realización del Derecho constitucional. Agradecemos al autor, al traductor Xabier Arzoz Santiesteban y a las autoridades de la Revista Academia por facilitar la nueva reproducción del texto con fines exclusivamente científicos.

Constitución y derechos humanos. 75:22 | Modelo para armar es el nombre del nuevo aporte de Diego A. Dolabjian, donde ofrece un estudio analítico acerca de los diversos problemas interpretativos que envuelven al citado texto constitucional y las distintas opciones doctrinarias y jurisprudenciales desarrolladas a su respecto, para presentar, finalmente, la formulación de una nueva propuesta de reconstrucción que permita repensar el significado de los derechos constitucionales y de los derechos humanos como derechos fundamentales.

En su escrito *La posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones sudamericanas*, Carolina Machado Cyrillo Da Silva ofrece un recorrido por los textos constitucionales de Colombia, Argentina, Brasil y Uruguay, los cuales servirán de paradigma básico para el análisis de cuatro diferentes opciones fundamentales en relación a la posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las normas constitucionales sudamericanas

Finalmente: *Discurso sobre el Derecho constitucional. Colores primarios*. Se trata de un proceso de razonamiento en el que se pasa revista a cada uno de los tres cursos del término analizado, para culminar con una propuesta significativamente profunda, es decir, los tres sentidos propuestos: Derecho constitucional, derecho objetivo que emana de la Constitución federal de la República Argentina; derechos fundamenta-

les, pretensiones o esperanzas de los sujetos; y el área propia del saber o dominio científico, la dogmática o teoría constitucional. Nuevamente, la composición teórica tiene la esperanza y expectativa de que pueda promover, aprovechar y formar parte del debate crítico en los contextos constitucionales sudamericano y federal argentino, y también en el porteño.

Nuestro agradecimiento a todos y cada uno de los autores, y un reconocimiento especial a toda el área de Comunicación y Publicaciones de la Defensoría en la persona de su responsable, el licenciado Pablo Fernández. Su equipo es el encargado de corregir, diseñar, divulgar y distribuir esta publicación. Y un último gracias para nuestra directora honoraria, Alicia Pierini: su aliento y aporte constantes permiten concretar, una vez más, esta contribución científica.

(*) Director académico del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD: INCÓGNITAS, DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS*

I. Introducción

En general, y entre otros tópicos relacionados, se examinará la importancia y los retos que afronta el “control de convencionalidad” a cargo de los magistrados nacionales –y demás autoridades públicas–, que consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, CADH) y a los estándares interpretativos forjados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). Para desandar parte importante del camino propuesto, retrataremos diversos aspectos complejos de la cuestión central que se aborda en este documento.

En esa dirección, contextuaremos el control de convencionalidad; formularemos un deslinde conceptual del mismo; reseñaremos sucintamente la evolución de la doctrina jurisdiccional de la Corte IDH a su respecto; indagaremos sobre su objetivo genérico, el parámetro para efectuarlo, su ámbito de cobertura y la viabilidad de desarrollarlo de oficio.

A su tiempo, nos detendremos en la praxis de algunos órganos de cúspide de la justicia constitucional latinoamericana –específicamente en Argentina, Colombia y México–, para indagar cómo ha sido receptado

* El presente texto forma parte del libro de Víctor Bazán y Claudio Nash (eds.): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Control de Convencionalidad*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Bogotá, 2012, pp. 17/55.

y qué impacto ha producido el control de convencionalidad en los respectivos escenarios jurídicos que serán puestos en foco.

Posteriormente, y antes de ingresar a las valoraciones conclusivas de este ensayo, nos ocuparemos de la relevancia de trazar líneas de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH y de intensificar un “diálogo jurisprudencial” entre ambas jurisdicciones, en orden a que las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a sus criterios jurisprudenciales.

Ello así, para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de acrecimiento de las dificultades en el empleo práctico del control de convencionalidad.

Evidentemente, toda esta rica y polifacética problemática representa una de las imágenes asociadas al fuerte crecimiento de los espacios de interacción del Derecho procesal constitucional, el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos, ante el protagonismo que cobran los *tribunales de cierre de la justicia constitucional*¹ en cada Estado Parte del sistema interamericano y su relacionamiento con la *Corte IDH*, en tanto copartícipes jurisdiccionales de un objetivo convergente, tan amplio como sensible y trascendente: *las cabales protección y realización de los derechos en el área interamericana*.

Como tendremos ocasión de verificar, la aconsejable colaboración entre ambas instancias –interna e interamericana– no apunta a una relación jerárquica entre ellos, sino a una coexistencia coordinada en la hermenéutica *pro persona* de los derechos esenciales.

II. Apreciaciones contextuales

La creciente trascendencia de la intersección del Derecho nacional y el Derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras del afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de derechos y garantías.

En tal escenario subyace la circunstancia que marca que la medular

¹ Bajo tal expresión involucramos a las Cortes Supremas de Justicia (*v.gr.*, México, Argentina), las Salas Constitucionales localizadas en Cortes o Tribunales Supremos de Justicia (por ejemplo, Costa Rica, Venezuela, Paraguay) y los Tribunales o Cortes Constitucionales (Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala, Perú, República Dominicana), ya sea que estén enmarcados en el ámbito del poder, función o rama judiciales o que hayan sido diseñados como órganos constitucionales extrapoderes o entes constitucionales autónomos.

cuestión de los derechos humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional; esto es, que hace mucho tiempo ha dejado de ser una problemática exclusiva de los Estados.

Ciertamente, no se nos escapa que la jurisdicción interamericana ostenta una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de aquellas de los ordenamientos nacionales (*cf.* Preámbulo de la CADH, párr. 2°) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos, vinculada al carácter subsidiario de la dimensión interamericana, está pensada para acordar al Estado la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfrentado a un proceso internacional.

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer ámbito de tutela cabal de tales derechos, pues como afirma Pérez Tremps "...no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia"².

Convergentemente, García Ramírez resalta que *la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional*³.

No puede ocultarse que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad de primer orden y se convierte en uno de los desafíos centrales a los que se enfrenta la protección integral de los derechos fundamentales, sobre todo, en un momento como el actual, en el que la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos está inmersa, al menos desde el plano discursivo, en un modelo de justicia internacional de derechos humanos.

En el espacio de interacción jurisdiccional que mencionábamos, vale tener presente que tanto en la etapa inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto —en su caso— en la fase de ejecución de una sentencia de condena internacional de la Corte IDH⁴, la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Como es de sobra conocido, en principio, constituye recaudo esencial

² Pablo Pérez Tremps, "Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales", *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 10, Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

³ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, n.º 158; voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

⁴ *Cfr.* Art. 68.2 de la CADH.

para franquear el acceso inicial al sistema interamericano⁵, el ya señalado agotamiento previo de los recursos internos –ante la existencia de una violación de derechos humanos no resuelta, o no reparada integralmente, en el espacio nacional– y, análogamente, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte IDH que aquél no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima, sus familiares o representantes legales, la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado remiso. Sin perjuicio, en esta última etapa de exigencia compulsiva de la operativización de los decisorios, de las facultades de supervisión que al respecto ostenta el Tribunal Interamericano.

Se torna, así, irrecusable asumir la imprescindibilidad de los derechos humanos en el Estado Constitucional y el sistema protectorio internacional. Asimilar tal premisa es un punto de partida básico en todo proceso hermenéutico que los aborde, desde que no puede pasarse por alto que algunos importantes ribetes del Derecho internacional de los derechos humanos hacen parte del *ius cogens*, delineado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶ (CVDT), de 1969, en los artículos 53 y 64.

La primera de dichas cláusulas lo conceptúa⁷ determinando que “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Por su parte, la segunda enfoca lo que se ha denominado el *ius cogens superviniente*, al disponer que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

Desde una perspectiva genérica, es posible observar que tanto el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia de la ONU (que sucedió a aquel Tribunal Permanente), han establecido la aplicación –*inter alia*– de “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (concepto que hoy debe leerse a la luz del

⁵ Cfr. Art. 46.1. ‘a’ de la CADH. Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 5.2.b)..

⁶ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

⁷ Establece además, en su parte inicial, que “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”.

postulado de igualdad soberana de los Estados), y que –en definitiva– son los aceptados *in foro domestico* por los diferentes sistemas jurídicos internos⁸.

Como se sabe, los principios estructurales y los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento internacional hacen parte del núcleo indiscutido del *ius cogens*, es decir, de las normas imperativas, generando obligaciones *erga omnes* y los correspondientes derechos *erga omnes* para asegurar su respeto⁹.

Si bien en un principio el *ius cogens* estuvo asociado al Derecho de los tratados, con el correr del tiempo fue expandiendo su radio de cobertura para alcanzar al Derecho internacional general y abarcar todos los actos jurídicos, manifestándose en el Derecho de la responsabilidad internacional de los Estados e incidiendo en los propios fundamentos del orden jurídico internacional¹⁰.

Específicamente, en lo que atañe al plano tutelar de los derechos humanos en el área interamericana, la Corte IDH ha contribuido al proceso de evolución del contenido material del *ius cogens*. La aserción puede corroborarse, por ejemplo, cuando argumenta que aquél cobija al principio de *igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación*; a la *proscripción de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes*; y al *derecho de acceso a la justicia* en los ámbitos nacional e internacional.

En definitiva, los principios de *ius cogens* son postulados aceptados por las naciones en el ámbito interno. Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir tales pautas y las normas de Derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquéllas, ya que los principios reconocidos por las “naciones civilizadas” son obligatorios para todos los Estados, *incluso fuera de todo vínculo convencional*.

Todo ello explica por qué debe dirigirse la mirada hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al compás de una lógica compleja y que, en no pocas ocasiones, origina una urdimbre de relaciones tensionales.

⁸ Ver Alejandro J. Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., 2ª reimpres., Madrid, Tecnos, 2009, pp. 154-155.

⁹ *Cfr. mutatis mutandi*, Julio González Campos, Luis Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª ed. revis., Navarra, Thomson - Civitas, 2008, pp. 148-151.

¹⁰ *Vid.* Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 17 de septiembre de 2003, Serie A, n.º 18, párrs. 98 y 99.

III. Acerca del control de convencionalidad

1. *Ámbito de análisis*

Previamente, corresponde enunciar ciertos elementos jurídica y axiológicamente significativos para contextualizar el tema específico del control de convencionalidad, que se muestran asociados a los factores relevados en el apartado anterior.

Aludimos al notable nivel de desarrollo que ha adquirido el Derecho internacional de los derechos humanos, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al Derecho local y la valía que cobran los informes, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales –principalmente de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos–, a cuyos repertorios de precedentes –en el caso de la Comisión IDH– y jurisprudencia –en el de la Corte IDH– *deben adaptarse las soluciones jurisdiccionales (y de las autoridades administrativas) dispensadas en los escenarios judiciales locales.*

Es claro que para justificar el incumplimiento de las obligaciones surgentes de los instrumentos internacionales que los Estados suscriban o las sentencias de condena de la Corte IDH, no valen excusas cimentadas en el vacío *argumento de la soberanía estatal absoluta*. Es que, además de que dicho concepto ha quedado superado desde hace mucho tiempo –e incluso el propio Bodino¹¹ reconocía como límites al “derecho de gentes”–, basta recordar a los Estados renuentes que es precisamente por conducto de un acto de *soberanía* que han firmado, aprobado y ratificado o adherido –según corresponda– a los instrumentos internacionales y aceptado la jurisdicción contenciosa de aquel Tribunal Interamericano.

¹¹ El citado teórico francés reconoció expresamente que el poder soberano está vinculado por el derecho divino, natural y de gentes; y nunca pretendió que el Estado sea el ordenamiento jurídico supremo, limitándose sólo a sostener que constituye la potestas suprema, es decir, la instancia temporal suprema con relación a sus súbditos y ciudadanos.

Al respecto, Carpizo expresa que la primera sistematización del concepto de soberanía se encuentra en *Los seis libros de la República*, de Juan Bodino, quien estudió una realidad nueva y trató de definirla, concibiendo a la soberanía como un poder absoluto y perpetuo. Sin embargo, Carpizo advierte que Bodino tuvo en claro que “el príncipe tenía que respetar las leyes comunes a todos los pueblos, es decir, que tenía que respetar el Derecho internacional (inter-gentes)” (Jorge Carpizo, “La soberanía del pueblo en el Derecho interno y en el internacional”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Nueva Época, n.º 28, julio-agosto de 1982, Madrid, pp. 196-198).

Por su parte, Flores Olea ha indicado que “la expresión *legibus solutus* no significa arbitrariedad del soberano, porque *los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios, de la naturaleza y al Derecho de Gentes*. Bodino distingue, nitidamente, entre Derecho y Ley, entre principio y precepto, y el soberano, a quien le compete *dar las leyes a los hombres*, no está sujeto, precisamente, a la Ley, aunque *sí al Derecho divino, natural y de gentes*” –cursivas del original– (Victor Flores Olea, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México [en adelante, UNAM], México D.F., 1969, pp. 64-65; aludido por Jorge Carpizo, *op. cit.*, p. 197 y nota 4 a pie de página).

Huelga afirmar que la doctrina de los propios actos o *estoppel* –además de los principios fundamentales surgentes de los Arts. 26, 27 y 31.1 de la citada CVDT– se encargaría de desvirtuar radicalmente semejante intento argumentativo¹².

En resumen, la importancia de las líneas interpretativas marcadas por la Corte IDH excede los perfiles meramente especulativos o académicos, y se vincula con cuestiones concretas y exigencias prácticas que –como adelantábamos– impone el Estado Constitucional en el marco del aseguramiento de la cobertura tuitiva integral del ser humano.

2. *Aproximación conceptual*

Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por dos vertientes, según veremos a continuación.

A. *Ámbito internacional*

Una de las modalidades se desarrolla en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como “control de convencionalidad”.

Tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de Derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia –*v.gr.*– la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno (Art. 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad (asunto que retomaremos).

B. *Contexto interno*

La restante tipología se despliega en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados locales –involucrando también a las demás autoridades públicas– y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las

¹² Ver para ampliar el libro de Víctor Bazán, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, México D.F., Porrúa, 2003, *passim*.

normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH –y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos– y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos.

En resumen, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus iuris*¹³ capital en materia de derechos humanos acerca del cual aquél ejerce competencia material.

Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que, en principio y, siempre que sea adecuadamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del Derecho vigente en el Estado, abarcando sus fuentes internas e internacionales.

Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y en no pocas ocasiones genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige implícitamente que los operadores jurídicos *conozcan* el citado bloque de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios de *chauvinismo normativo* a la hora de concretarlo.

3. La visión de la doctrina de la Corte IDH en torno al control de convencionalidad

Realizadas las precedentes referencias descriptivas, recrearemos –por supuesto, no taxativamente– la secuencia que el uso *expressis verbis* de la locución “control de convencionalidad” ha tenido en el seno de la Corte Interamericana y de la magnitud preceptiva que paulatinamente se ha ido asignando a tal modalidad fiscalizatoria.

Todo indica que fue el hoy ex Presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*¹⁴, quien en el marco de ese Tribunal supraestatal utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte.

Aunque es preciso consignar que el citado ex magistrado centraliza el contenido semántico de aquella locución en el ámbito de despliegue funcional de la Corte IDH, a la que concibe *-mutatis mutandi-* como una

¹³ Se ha señalado que la expresión “*corpus iuris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional (ver Daniel O’Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 57).

¹⁴ Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25

suerte de tribunal constitucional (o convencional) supranacional. Retomando el hilo secuencial de las referencias que el nombrado jurista realiza al “control de convencionalidad”, ya con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el *Caso Tibi vs. Ecuador*¹⁵, explicó que el Tribunal Interamericano *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía” (párr. 3).

En un voto razonado elaborado en el *Caso López Álvarez vs. Honduras*¹⁶, y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”–, debe explorar las circunstancias *de iure* y *de facto* del caso (párr. 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*¹⁷ (resuelto el mismo día que el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, del que nos ocuparemos *infra*), el varias veces citado ex magistrado del Tribunal Interamericano precisó que éste “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párr. 6), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos –leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo– con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párr. 7).

Vale recordar que la Corte IDH, ya utilizando plenariamente la expresión “control de convencionalidad”, ha transmitido una señal a los magistrados internos de los Estados Partes de la CADH, en lo tocante a la faceta del examen de convencionalidad practicable en sede interna.

Se trata del anunciado *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en el que se ha pronunciado en los siguientes términos:

¹⁵ Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, n.º 114.

¹⁶ Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, n.º 141.

¹⁷ Corte IDH, *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, n.º 155.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*¹⁸ (remarcado añadido).

Dicho Tribunal ha ido más allá, determinando que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, puso de manifiesto que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”¹⁹; tópico que retomaremos.

Asimismo, si confrontamos los fallos pronunciados en los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, se hace notorio el mayor nivel de determinación jurídica en torno a la naturaleza y la preceptividad del control de convencionalidad que se opera en este último respecto de lo verbalizado en el primero de los decisorios nombrados.

En efecto, mientras que en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* la Corte expresó un tanto genéricamente que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad”, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben realizar *no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”*. En síntesis, ya no se refirió laxamente a una “especie de control de convencionalidad”, sino que aludió expresamente

¹⁸ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, n.º 154, párr. 124.

También lo ha expresado, *v.gr.*, en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, n.º 162, párr. 173.

¹⁹ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. en nota 3, párr. 128.

a la obligación judicial de llevar adelante, además del contralor de constitucionalidad, *un control de convencionalidad*.

Y si a ello le adicionamos que, como quedó anunciado –y luego ampliaremos–, en el mismo caso determinó que los magistrados deben efectivizar el control de convencionalidad incluso *de oficio* –por supuesto, también a pedido de parte–, *es indudable que la Corte IDH ha apostado por reforzar la carga imperativa de tal fiscalización de convencionalidad*.

4. Objetivo genérico

A. Prolegómeno

En la dinámica interactiva de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se vincula con el establecimiento por ésta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquéllos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que éste incurra en responsabilidad internacional, además de concurrir razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

Puede resultar ilustrativo traer aquí la justificación que de ello proporciona García Ramírez –en su voto razonado en el mencionado *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*–, para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH, “no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional –lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos–, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares”²⁰.

Añadió que:

[l]a única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida –insisto– merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales²¹.

²⁰ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, cit. en nota 3, voto razonado del juez García Ramírez, párr. 8.

²¹ Ídem.

B. Dinámica jurisprudencial de la Corte IDH en el particular

En definitiva, como vimos *supra* y con mayor o menor dosis de contundencia léxica, en los citados casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, la Corte IDH impuso a los poderes judiciales de los Estados la obligación de concretar el *control de convencionalidad* de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos *vis-à-vis* la CADH, tomando en consideración al efecto no sólo la literalidad de dicho pacto sino la lectura que del mismo ha realizado el Tribunal Interamericano que, como se sabe, es el intérprete último de aquél.

Sólo por traer a colación un pionero ejemplo de recepción del control de convencionalidad en las jurisdicciones constitucionales nacionales, en *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad*²², de 13 de julio de 2007, la Corte Suprema de Justicia argentina (en adelante, también CSJN) –por mayoría²³– aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (ver, por ejemplo, el consid. 31 de la moción mayoritaria).

Para conformar tal matriz argumental, receptó expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el párr. 124 de la sentencia recaída en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, siendo al efecto particularmente relevante el consid. 21 de la posición triunfante de nuestro máximo tribunal en punto al deber del Poder Judicial local de realizar el *control de convencionalidad*, lo que –añadimos por nuestra parte– significa discernir si una norma interna “*es o no convencional*”.

Como el Tribunal Interamericano dejó en claro en el *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, ello significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es “convencional”, o sea, debe además el órgano jurisdiccional en cuestión decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH²⁴.

Debe además puntualizarse que, en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el Derecho interno. En tal sentido, precisó que: “Los

²² *Fallos*, 330:3248.

²³ Los alineamientos fueron: por la mayoría, los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la doctora Argibay.

²⁴ Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, n.º 169, párr. 78.

jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” –cursivas añadidas– (párr. 225)²⁵.

Respecto del panorama someramente descrito, es útil traer a colación otro ingrediente de importancia sustancial. En efecto, por medio de la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad y entronizado la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo en esa ocasión que

...particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” ... , que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial* –remarcado agregado– (párr. 239)²⁶.

En breves palabras, la Corte IDH ha involucrado *expressis verbis* en la obligación de realizar control de convencionalidad a *cualquier autoridad pública*, lo que representa un mandato con un tenor tal de generalidad que, de no ser debidamente delimitado por aquélla en futuros pronunciamientos, es posible intuir que traerá aparejadas diversas dificultades operativas en el plano interno.

A su tiempo, en un nuevo movimiento en la dirección indicada, el Tribunal Interamericano expresó en el *Caso López Mendoza vs. Venezuela*²⁷ y el *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*²⁸ que, *con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia.*

Para cerrar este segmento, y procurar compendiar la secuencia creciente

²⁵ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, n.º 220.

²⁶ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, n.º 221.

²⁷ Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, n.º 233, párr. 228.

²⁸ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, n.º 239, párr. 284.

de destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y del crecimiento del alcance material de tal test de compatibilidad convencional, se observa que pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones:

- i) Poder Judicial (*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*).
- ii) Órganos del Poder Judicial (*Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*).
- iii) Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*).
- iv) Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial (*Caso Gelman vs. Uruguay*).
- v) Adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH (*Caso López Mendoza vs. Venezuela* y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*).

5. ¿Cuál es el parámetro del control de convencionalidad?

Nos aventuramos a plantear que el material de cotejo para desarrollar el contralor de convencionalidad no se agota en el Pacto de San José de Costa Rica, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de protección de los derechos humanos, y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH.

En otras palabras, alcanza a los documentos internacionales respecto de los cuales este último Tribunal ejerce competencia material.

En torno al tema, en su voto razonado emitido en el varias veces nombrado *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, el entonces magistrado García Ramírez puntualizó que al referirse al control de convencionalidad, si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la CADH, tal función se despliega “en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera” (párr. 2).

En tal sentido, en la Opinión Consultiva O.C.-16/99²⁹, específicamente en el párr. 115, el Tribunal Interamericano sostuvo:

²⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-16/99, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, Serie A, n.º 16.

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones...

Para cerrar esta esquemática reseña, se aprecia en línea convergente que en la Opinión Consultiva O.C.-17/2002³⁰, el Tribunal Interamericano manifestó que “...los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, *tanto el ‘corpus iuris’ de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática...*” –énfasis agregado– (párr. 92); más allá de lo referido en los párrs. 26 y 27.

Ciertamente, resultan muy significativas las apreciaciones vertidas por el ex juez Cançado Trindade en su voto concurrente a la citada O.C.-17/2002, por ejemplo, en los párrs. 18, 31 y 50; además de los párrs. 37, 53 y 54, estos tres últimos específicamente sobre “el *corpus juris* de los derechos del niño”.

6. Espectro de cobertura

Comenzamos esta breve aproximación con un interrogante: las constituciones nacionales, ¿pueden ser susceptibles de control de convencionalidad?

La respuesta afirmativa se impone, aunque debe admitirse que la cuestión no está exenta de dificultades operativas en su aplicación práctica. Necesariamente debemos acudir –una vez más– al artículo 27 de la CVDT, que proscribe al Estado alegar su *Derecho interno* para dejar de cumplir una obligación de carácter internacional. Y en tal expresión “Derecho interno” naturalmente queda comprendida la Constitución Política del Estado.

En ese sentido, la Corte IDH en su Opinión Consultiva O.C.-4/84 de 11 de enero de 1984³¹, consideró que el término “leyes internas” sin calificar

³⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, solicitada por la Comisión IDH, 28 de agosto de 2002, Serie A, n.º 17.

³¹ Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-4/84, «Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización», solicitada por Costa Rica, 19 de enero de 1984, Serie A, n.º 4.

en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, “es para toda la legislación nacional y para todas las *normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales*” –énfasis agregado– (párr. 14).

En el marco de este sintético acercamiento al punto, puede apreciarse que, de hecho, la Corte IDH ha ejercido en más de una ocasión control de convencionalidad sobre reglas constitucionales consideradas contrarias a la CADH. Baste como ejemplo traer a colación aquí el fallo pronunciado en el *Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile*³², donde decidió que el Estado debía “*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa...*” (pto. resolutivo 4). Concluyó que aquél había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el artículo 19, número 12, de la Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párr. 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la CADH (párr. 73).

Ya desde el perfil del control de convencionalidad de disposiciones constitucionales operable *ad intra*, habrá que analizar en el contexto del Estado en cuestión quién/es recepta/n la competencia para desplegarlo y, en su caso, qué efectos tendría semejante declaración de inconvencionalidad; asuntos, todos, no precisamente sencillos ni de importancia menor.

Sea como fuera, en el varias veces citado *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, la Corte IDH parece clarificar la incógnita –al menos en abstracto– al enfatizar en el también nombrado párr. 128 que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las *normas internas* y la Convención Americana...”.

Hemos remarcado *ex professo* la expresión “*normas internas*”, por cuanto ello permite interpretar que el material de Derecho interno que se somete a fiscalización de compatibilidad convencional *vis-à-vis* la CADH –*inter alia*– envuelve a las *disposiciones constitucionales* que indudablemente quedan inmersas en aquel enunciado genérico.

Por lo demás, en el nombrado párrafo 128 de la sentencia, la Corte IDH no ha excluido *expressis verbis* del análisis exigido a la categoría de normas constitucionales, lo que añade algún peso adicional al intento propositivo que formulamos.

³² Corte IDH, *Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, n.º 73.

7. Sobre el control de convencionalidad de oficio

La aplicación oficiosa de tal modalidad de contralor, que supone una manifestación de la observancia por los jueces locales de la jurisprudencia internacional, puede *inter alia* explicarse (empleando *mutatis mutandi* las palabras de Jimena Quesada):

...por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la 'piedra de toque' del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal³³.

La propia Corte IDH ha abierto el espacio para una interpretación extensiva en tal sentido, pues –basándose en el citado principio *jura novit curia*–, al desarrollar su tarea jurisdiccional en casos contenciosos no se ha autolimitado a las alegaciones que expresamente hubieran realizado la Comisión IDH en el escrito de demanda³⁴ o la víctima y/o sus representantes en las presentaciones que articulan. Por el contrario, ha reivindicado con firmeza su competencia, a la luz de la CADH y sobre la plataforma del mencionado principio (el que, según afirma, se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional) “para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido

³³ Luis Jimena Quesada, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en Miguel Revenga Sánchez (coord.), *El Poder Judicial*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, p. 542.

Para su afirmación, aquel autor busca apoyo en Benedetto Conforti (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces” (“La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, cit., pp. 542-543 y nota 96 a pie de página).

³⁴ Ello por supuesto responde al esquema anterior a las modificaciones reglamentarias en la Comisión y la Corte IDH operadas en 2009. En el caso de la Comisión, la innovación fue aprobada durante su 137° Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 (luego retocado el 2 de septiembre de 2011). Respecto de la Corte IDH, la enmienda en cuestión se produjo durante su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, desarrollado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

En el escenario actual se aprecia una mutación del rol de la Comisión en el ámbito del desenvolvimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte. En función de ello, ha desaparecido la calificación que antes se adjudicaba a aquélla como “parte procesal”.

Se explica entonces que en los términos del Art. 35 del Reglamento de la Corte IDH la Comisión no inicie el procedimiento con la presentación de una demanda, sino con la remisión de su informe de fondo, emitido conforme al art. 50 de la CADH, presentando además los fundamentos que la llevaron a someter el caso al Tribunal.

alegadas en los escritos presentados ante ella...”³⁵.

Siendo así, y si los jueces nacionales tienen el *deber* de realizar el control de convencionalidad al aplicar la normativa interna a los casos concretos que resuelvan, pocas alternativas quedan para obturar discursivamente la posibilidad de que aquéllos lo hagan *ex officio*, esto es, aun cuando las partes no lo hubiesen planteado.

La declaración de anticonvencionalidad es *una cuestión de derecho y no de hecho*, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al *Derecho aplicable* para dirimir la contienda. Tampoco implica que el juez falle *extra petita* ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la *litis*, sólo sujeta la selección del Derecho aplicable a su concordancia con la CADH –que, cuando menos, debería ostentar cotización constitucional–, tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes³⁶.

Al solo efecto ilustrativo, se aprecia que la Corte Suprema de Justicia argentina *in re Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación*³⁷, de 31 de agosto de 2010, se apoyó en la doctrina de la Corte IDH en el nombrado *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, recordando que dicho Tribunal Interamericano “ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” –remarcado agregado– (consid. 10).

Ello marca de manera ostensible la expresa recepción del control de convencionalidad de oficio por parte del máximo tribunal argentino; al tiempo que se hace perceptible el mensaje que éste transmite a los órganos judiciaarios inferiores –y, agregamos por nuestra parte, al resto de las autoridades públicas– para que se conduzcan en sentido convergente.

³⁵ *Cfr.*, entre numerosos precedentes, Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989, Serie C, n.º 5, párr. 172; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, n.º 140, párr. 54; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, n.º 146, párr. 186; y *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, n.º 177, párr. 61.

³⁶ Para redactar este párrafo, tomamos en parte, y *mutatis mutandi*, lo expresado respecto del control de constitucionalidad de oficio por Germán J. Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 155.

³⁷ *Fallos*, 333:1657. Votaron de modo coincidente los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

IV. El control de convencionalidad en la visión de ciertos órganos máximos de justicia constitucional de Latinoamérica

Despojados naturalmente de cualquier inalcanzable propósito de exhaustividad, recorreremos la praxis de algunos tribunales de clausura de la justicia constitucional en Latinoamérica para observar el grado de desarrollo que exhiben en cuanto a la recepción del constructo “control de convencionalidad”, las fórmulas que utilizan al respecto y el impacto que éste ha ocasionado en los ordenamientos internos.

En esa línea, y más allá de reiterar condensadamente el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia argentina, nos detendremos en los casos de la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de México.

1. Corte Suprema de Justicia argentina

Para ponderar el tenor de permeabilidad del máximo tribunal nacional acerca del control de convencionalidad diseñado por la Corte IDH, acabamos de anticipar el temperamento adoptado en *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad*, de 13 de julio de 2007, y *Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación*, de 31 de agosto de 2010.

Ese tándem de sentencias testimonia cómo la Corte ha sido pionera en Latinoamérica al acoger explícitamente, ya desde 2007, el deber paulatinamente cimentado por la Corte IDH –preponderantemente a partir de 2006– en torno al control de convencionalidad.

Así, en *Mazzeo* denota el acatamiento de los primeros rasgos bosquejados por el Tribunal Interamericano en la materia; mientras que en *Videla* patentiza la absorción e internalización de instrucciones más definidas y demandantes de aquél, como la referida al ejercicio incluso *ex officio* de tal fiscalización convencional.

2. Corte Constitucional de Colombia

A. La Sentencia C-442/2011 y otros precedentes a los que remite

Nos concentraremos en un relativamente reciente pronunciamiento, sin perjuicio de efectuar alusiones a otros decisorios de importancia en cuanto a la magnitud que la Corte Constitucional (C.C.) asigna a los fallos de la Corte IDH.

En la Sentencia C-442³⁸ de 25 de mayo de 2011, la Sala Plena de la C.C. aludió expresamente al “control de convencionalidad”.

En el caso, se había planteado una acción pública (Art. 241 de la Constitución Política) denunciando en definitiva la inconstitucionalidad de los artículos 220 a 228 –tipificación penal de los delitos de injurias y de calumnias– de la Ley 599 de 2000 –por la cual se expide el Código Penal–, por vulnerar los artículos 20, 29 y 93 constitucionales y los artículos 9 y 13 de la CADH.

Para conformar su argumentación, la C.C. evocó su posición –forjada en decisiones anteriores– en torno a que la jurisprudencia de la Corte IDH “es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad” (cfr. ap. II. “Consideraciones”, pto. 7. “El precedente sentado en el Caso Kimel vs. Argentina”³⁹). En esa línea, y en idéntico subapartado II.7., apuntó que “la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad”⁴⁰ (énfasis del original).

Convergentemente, ya en la Sentencia C-228 de 3 de abril de 2002⁴¹, la Sala Plena de la C.C. había destacado la importancia de valorar la doctrina sentada por la Corte IDH, en punto a que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la CADH, para efectos de estudiar la constitucionalidad del artículo 137 de la Ley 600 de 2000⁴², demandado en aquella ocasión (id. subap.).

Asimismo, en la Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006⁴³, al analizar distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005⁴⁴ relacionadas con los dere-

³⁸ Su texto puede verse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-442-11.htm>. Fue Magistrado Ponente (M.P.) el Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁹ Caso identificado en nota 35, *in fine*.

⁴⁰ En este punto la C.C. cita las Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010 (ver nota n.º 53 del fallo analizado).

⁴¹ Fueron sus Magistrados Ponentes (MM.PP.) los Dres. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

⁴² Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

⁴³ Actuaron como MM.PP. los Dres. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Treviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁴ Ley por cuyo intermedio “se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. Es comúnmente conocida como “Ley de Justicia y Paz”.

chos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Sala Plena de la C.C. reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, "... por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos..." (id. subap.).

En la nota n.º 54 de la Sentencia C-442/11, localizada al finalizar el párrafo que acabamos de transcribir parcialmente, la C.C. señaló que en definitiva la línea argumentativa adoptada "resulta concordante con la postura de la Corte IDH, la cual en distintas sentencias ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la CADH"; lo que el Tribunal Interamericano ha realizado en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (párr. 124) y en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (párr. 128).

Ya refiriéndose al *Caso Kimel vs. Argentina*⁴⁵ de la Corte IDH, la C.C. indicó que

aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un *control de convencionalidad* que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales... –remarcado agregado– (id. subap.).

En definitiva, y con salvamento de voto del entonces Presidente de la Corporación, Dr. Juan Carlos Henao Pérez, y de la magistrada María Victoria Calle Correa, la C.C. declaró exequibles los citados artículos 220 a 228 de la nombrada Ley 599 de 2000.

B. Recapitulación

Más allá de la decisión puntual adoptada por la C.C. en la sentencia centralmente enfocada, consideramos que la misma exhibe algunos perfiles dignos de destacar:

- i) Pone de resalto su visión y convicción en cuanto a que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH, y en punto a que dicha jurisprudencia ostenta "carácter vinculante".
- ii) Utiliza explícitamente la expresión "control de convencionalidad".
- iii) Cita, bien que en nota, los fallos de la Corte IDH recaídos en el *Caso*

⁴⁵ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, cit. en nota 35, *in fine*.

Almonacid Arellano y otros vs. Chile (párr. 124) y en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (párr. 128), lo que –luego de anudar tal referencia a los otros puntos aquí colacionados– permite inferir que acepta las emanaciones de vinculatoriedad y pertinencia del ejercicio de semejante modalidad de fiscalización convencional, incluso *ex officio*.

3. Suprema Corte de Justicia de México

A. El Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos y su impacto “sísmico” en la Suprema Corte

Básicamente, a partir del *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*⁴⁶, el asunto del control de convencionalidad ha convulsionado a la Suprema Corte de Justicia de México (SCJM), desencadenando fuertes movimientos y debates internos en orden a encauzar la búsqueda de los medios adecuados e idóneos para dar cumplimiento al aludido pronunciamiento internacional.

Completan el cuarteto de sentencias del período 2009/2010 de la Corte IDH referidas a la obligatoriedad del contralor de convencionalidad, las condenas contra México pronunciadas en el *Caso Fernández Ortega y otros*⁴⁷, el *Caso Rosendo Cantú y otra*⁴⁸ y el nombrado *Caso Cabrera García y Montiel Flores*⁴⁹.

Retomando el tema del *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* y sus implicancias, durante 2010 el entonces Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, presentó una consulta a trámite para determinar cuáles eran las obligaciones para el Poder Judicial de la Federación derivadas de aquella sentencia de condena de la Corte IDH, cuyo proyecto fue confeccionado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, aunque luego del debate (llevado a cabo los días 31 de agosto y 2, 6 y 7 de septiembre de aquel año) fue rechazado por exceder los términos de la consulta planteada.

Dicha desestimación generó el Expte. “Varios” 489/2010, del que fue ponente la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, cuyo proyecto fue debatido en el Tribunal Pleno en diversas sesiones de julio de 2011 y resuelto el 14 de julio de dicho año. Vale recordar que el encargado del “engrose” de la decisión fue el Ministro José Ramón Cossío Díaz.

En apretada e incompleta síntesis, entre otras, en el Expte. “Varios”

⁴⁶ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, n.º 209.

⁴⁷ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C, n.º 215.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010, Serie C, n.º 216.

⁴⁹ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cit. en nota 25.

912/2010 dentro del Expte. “Varios” 489/2010, se fijaron las siguientes pautas:

i) Las sentencias condenatorias de la Corte IDH en las que el Estado mexicano sea parte, son obligatorias *en sus términos* para el Poder Judicial de la Federación.

ii) Los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

iii) Existe un modelo de control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto y, en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

iv) Todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

Debe además advertirse que se procedió a una reinterpretación del artículo 133 de la Constitución Política⁵⁰ a la luz del vigente artículo 1, *ibíd.*, esto es, conforme la versión reformada publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011⁵¹.

Asimismo, la SCJM ha determinado que el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no puede entenderse un control como el que se ordena en aquella sentencia si no se parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1 y 133 de la Constitución Federal, y que es parte de la esencia de la función judicial.

A ese fin, se estableció que tal tipo de interpretación de parte de los jueces supone cumplir los siguientes pasos:

i) *Interpretación conforme en sentido amplio*, que significa que se debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, favore-

⁵⁰ Dicho Art. 133 de la Constitución mexicana está inspirado en el Art. VI de la Constitución de EE.UU., tal como sucede con el Art. 31 de la Ley Fundamental argentina.

⁵¹ Una somera referencia a tan relevante reforma constitucional puede verse en: Víctor Bazán, “Estado Constitucional y derechos humanos en Latinoamérica: algunos problemas y desafíos”, en Juan Manuel López Ulla (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Navarra, Civitas - Thomson Reuters, 2011, en esp. pp. 95-96.

ciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

ii) *Interpretación conforme en sentido estricto*, para casos en los que existen varias interpretaciones jurídicamente válidas de un determinado precepto, supuesto en el que los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

iii) *Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles*.

B. Control “difuso” de convencionalidad y otras innovaciones sustanciales en el sistema jurídico mexicano

La cuestión suscitada como consecuencia de la búsqueda de bases firmes y sustentables para encaminar el cumplimiento de las imposiciones establecidas en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* en particular (aunque en realidad con valencia que desborda los específicos contornos del mismo), es una de las más trascendentes y complejas en la historia jurisdiccional e institucional reciente de la SCJM.

Entre otros asuntos, ha traído consigo replanteos y modificaciones de gran calado que han llevado a *aggiornar* el sistema de control de constitucionalidad y, por supuesto, el de convencionalidad, para liberar la marcha hacia una modalidad difusa⁵². Todo ello, en un contexto impactado por la reciente modificación constitucional –arriba citada– que ha instilado una clara impronta, originando *-inter alia-* la mutación del paradigma de los derechos humanos y un demandante y reciclado paisaje jurídico para los jueces y magistrados mexicanos y el resto de los operadores del sistema jurisdiccional.

⁵² En particular, sobre el tema del “control difuso de convencionalidad”, sugerimos revisar el voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pronunciado en el multicitado *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (ver nota 25).

V. La necesidad de afianzar un diálogo interjurisdiccional crítico⁵³

1. Algunos casos *testigo*

Previo a incursionar específicamente en el tema que se anuncia en el epígrafe de este apartado V, es preciso reseñar ciertos casos jurisprudenciales que nos brindarán algún soporte para desarrollar argumentalmente lo que acerca de aquel tópico sostendremos *infra* (subap. 2).

A. En Argentina

Nos referiremos a una interesante causa resuelta por la CSJN argentina: *Espósito, Miguel Ángel*⁵⁴, de 23 de diciembre de 2004.

En tal sentencia, al menos por parte de varios de sus componentes, exteriorizó un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la Corte IDH, al admitir mayoritariamente⁵⁵ el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que, luego, fueron juzgados por aquel Tribunal Interamericano, cuyas decisiones –sostuvo la CSJN– resultan de “cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional (consid. 6° de la mayoría).

Previamente, había puntualizado que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de septiembre de 2003 en el *Caso Bulacio vs. Argentina*⁵⁶, en el que se declarara la responsabilidad internacional del país –entre otros puntos– por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (consid. 5° del voto triunfante).

Acotó que, “en consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado

⁵³ Entre otros trabajos de Víctor Bazán sobre el tópico, ver por ejemplo: “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, 2º Semestre 2011, Valencia, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, 2012, pp. 63-104.

⁵⁴ *Fallos*, 327:5668.

⁵⁵ Formaron la mayoría los doctores Petracchi y Zaffaroni; por su voto, lo hicieron los doctores Belluscio y Maqueda (conjuntamente), y Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, n.º 100.

argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado”, por lo que correspondía declarar inaplicables al caso las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en una causa que, en principio, no podría considerarse alcanzada por las reglas de Derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad: Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁵⁷ –énfasis añadido– (consid. 10 de la mayoría).

En síntesis, la CSJN no se privó de exteriorizar su discrepancia respecto de algunas de las cuestiones resueltas por la Corte IDH, ni de puntualizar que:

se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. *Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional –bastardillas nuestras–* (consid. 16 de la mayoría).

⁵⁷ Vale recordar aquí que, por imperio de la innovación constitucional argentina de 1994, el Art. 75, Inc. 22, 2º párr., de la Constitución atribuye jerarquía constitucional *originaria* (es decir, discernida directamente por la propia Convención Constituyente reformadora) a los 11 instrumentos internacionales que se enumerarán en el párrafo siguiente de esta nota. Tal jerarquización constitucional se hizo en las condiciones de vigencia de dichos instrumentos internacionales, además de advertirse que éstos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución (es decir, la fracción dogmática) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Los documentos internacionales beneficiarios de jerarquía constitucional originaria son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ya en el párr. 3º del mismo inciso del Art. 75 se ha estatuido el procedimiento para que el Congreso de la Nación adjudique tal valencia a otros tratados y convenciones sobre derechos humanos (naturalmente, luego de aprobarlos) más allá de los que la Ley Fundamental nominó primigeniamente.

Sobre la base de tal atribución congresal, se ha deparado cotización constitucional *ex post* (o derivada) a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por conducto de la Ley 24820, publicada el 29 de mayo de 1997; y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por medio de la Ley 25778, publicada el 3 de septiembre de 2003; instrumentos internacionales –ambos– referidos en la sentencia de la CSJ que glosamos en el texto.

B. En Colombia

Una mirada interesante en el escenario jurídico colombiano viene proporcionada por Góngora Mera, para quien en la actualidad, “el ejemplo más notable de fijación dialógica de estándares judiciales en materia de derechos humanos como un proceso conjunto” entre la Corte Constitucional (C.C.) y la Corte IDH se aprecia en la reciente evolución jurisprudencial en torno a “derechos de las víctimas de conflicto armado interno, en el marco del proceso de desmovilización de grupos paramilitares”⁵⁸.

En su recorrido argumental, toma como puntos de partida la Sentencia de la C.C. C-228 de 2002 como “sentencia de relevancia”⁵⁹ (o sea –en la visión del autor citado–, aquella por medio de la cual “se reconoce el valor normativo de un estándar judicial interamericano en un asunto constitucional concreto”⁶⁰), y el *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*⁶¹, como “sentencia de persuasión” por la Corte IDH⁶² (conceptuado tal tipo de fallo como aquel en el cual el Tribunal Interamericano “fija su postura y expone sus argumentos sobre un debate colombiano, y de este modo trata de influir tanto a los actores políticos locales” como a la propia C.C.⁶³).

Por último, el autor citado identifica tres tipos de convergencia que pueden apreciarse en la jurisprudencia de ambas Cortes: i) convergencia descendente (*top-down*), en la que la C.C. ha adoptado estándares interamericanos; ii) convergencia ascendente (*bottom-up*), donde la Corte IDH ha adoptado estándares de aquélla; y iii) convergencia paralela entre los dos tribunales “por la difusión horizontal de estándares consagrados en *soft law* del sistema universal de derechos humanos”⁶⁴.

2. Diálogo jurisprudencial

La sentencia sumariamente colacionada en primer término es sólo una muestra de la tendencia que –no exenta de vaivenes⁶⁵– exhibe la CSJN

⁵⁸ Manuel E. Góngora Mera, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, Tº II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F., 2010, pp. 407-408.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 409.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 408.

⁶¹ Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de julio de 2004, Serie C, n.º 109.

⁶² Cfr. Manuel E. Góngora Mera, *op. cit.*, p. 409.

⁶³ *Ibid.*, p. 408.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 409. Para el desarrollo de tales tipologías convergentes, ver pp. 411 y ss.

⁶⁵ *Vid.* sobre el particular Víctor Bazán, por ejemplo en: “La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, n.º 73, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, septiembre-diciembre

argentina en cuanto a adoptar en sus fallos una interpretación conforme a la CADH y a receptor los pronunciamientos de la Corte IDH y los estándares valorativos que ésta ha venido perfilando en su trayectoria jurisprudencial⁶⁶, aun cuando no se esté de acuerdo con ella y se deje verbalizada tal discrepancia en el decisorio.

Juzgamos que dicha tesitura resulta laudable y consistente con los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del Derecho internacional. En particular, se abastecen las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* –norma fundamental del Derecho de los tratados–, cumplimiento de buena fe –que recorre transversalmente a todo el Derecho internacional– e improcedencia de alegar disposiciones –u omisiones (según nuestro criterio)– de Derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales. Todo ello de acuerdo, en lo respectivamente correspondiente, con los citados artículos 26, 31.1 y 27 de la citada CVDT, conjunto de reglas medulares en materia de observancia de los tratados internacionales⁶⁷.

Sin embargo, en un plano general de discusión, ello no nos impide advertir la conveniencia de que se profundice un *diálogo jurisprudencial* entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquélla tenga presente las observaciones o discordancias que los mismos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal Interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional.

Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen, precisamente *para hacer más efectiva y eficiente la protección de aquéllos en nuestro espacio regional*.

de 2008, pp. 315-373.

⁶⁶ Entre otros trabajos de Víctor Bazán, compulsar: “El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, n.º 2, 2010, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, pp. 359-388.

⁶⁷ Cabe resaltar, en lo tocante al Art. 26 de la CVDT, y su reflejo en el Art. 31.1, *ibid.*, que al enunciado tradicional en punto a que “los pactos deben ser cumplidos”, la disposición añade “de buena fe”, que naturalmente es un principio general del Derecho.

Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, también jurídico, al haber quedado literalizadas también en el Preámbulo de la misma, que en su párr. 3º reza: “Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”.

A su tiempo, entre los principios de la ONU, la Carta de esta Organización establece en el Art. 2.2. lo siguiente: “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*” (énfasis añadido).

Ver para ampliar: Ernesto De la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pp. 94-95.

Es que, como con agudeza se ha afirmado (en referencia específica al citado caso *Espósito* de la CSJN argentina):

el deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de *diálogo crítico* que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana [en “Espósito”]... Es indudable que *así como la jurisprudencia constitucional argentina se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema*⁶⁸ (énfasis añadido).

Y convergentemente con la línea argumental que aquí esbozamos, también se ha llamado la atención sobre el punto, afirmando que:

la meta de que la jurisprudencia interamericana sea norma interpretativa de las reglas convencionales requiere adecuaciones de rol por parte de la Corte IDH. Posiblemente tenga que mirar su propio trabajo con mayor modestia, en algunos casos moderar las ambiciones que se reflejan en los remedios que ordena y evitar el autoelogio en el que incurre a menudo. Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos. *La construcción de reglas en una comunidad de principios se logra a través de[] diálogo interjurisdiccional, el intercambio y el aprendizaje recíproco. La capacidad y voluntad de crítica es vital en esta construcción*⁶⁹ (remarcado agregado).

⁶⁸ Víctor Abramovich, “Introducción: Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courts (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS - Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. VI-VII.

⁶⁹ Fernando Basch, “Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios”, borrador del trabajo presentado a las Jornadas “Una Constitución para el Nuevo Siglo”, 18 y 19 de mayo de 2010, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (<http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/borrador-basch2.doc>).

En el fondo, y como se adelantaba, la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales no apunta a generar una relación de jerarquización formalizada entre éstos y aquéllos, sino a trazar una *vinculación de cooperación en la interpretación “pro persona” de los derechos humanos*. Al respecto, Landa advierte que no puede olvidarse que el artículo 29.b de la CADH proscribió a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte IDH, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”⁷⁰.

Con algún punto de contacto con la problemática anunciada en el texto, la doctrina del “margen de apreciación nacional”, de extendido uso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y escasa receptividad en la praxis interamericana⁷¹, responde –en la percepción de García Roca– a “una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona”⁷².

Naturalmente, un eventual empleo de semejante “margen de apreciación nacional” habría de ser razonable y sumamente prudente para evitar que se volatilice la esencia de la protección de los derechos humanos.

Como lo pusiera de manifiesto el juez García-Sayán en su voto concurrente en el *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia* de la Corte IDH⁷³:

Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de ‘nacionalización’ del derecho internacional de los derechos humanos. *Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de*

⁷⁰ César Landa, “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional Peruano”, en Víctor Bazán y Claudio Nash (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela - 2009*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Montevideo, 2010, p. 77.

⁷¹ Fue empleada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva O.C.-4/84, de 19 de enero de 1984, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización”, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A, N° 4, por ejemplo, en los párrs. 58 y 62.

⁷² Javier García Roca, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en Víctor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 1517.

⁷³ Corte IDH, *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26 de mayo de 2010, Serie C, n.º 213.

la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita –énfasis agregado– (párr. 33).

3. Breve mensaje final

Extrapolando *mutatis mutandi* a nuestro contexto de discusión las ciertas apreciaciones de Jimena Quesada, el diálogo interjurisdiccional que planteamos constituye un desafío que

se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad⁷⁴.

Recurriendo a un ejercicio extremo de síntesis, pensamos que la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente como una matriz unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales o cortes supremas, sino también haciendo foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional, gracias a las interacciones e influencias recíprocas que se están presentando entre las cortes constitucionales nacionales y la Corte Interamericana, e incluso entre las cortes constitucionales entre sí”⁷⁵.

Entre las distintas variantes taxonómicas de “diálogo”, pueden aquí mencionarse la *vertical*, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema; y la *horizontal*, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de purificación ordinamental⁷⁶.

Desde estas líneas, condensadas al máximo, y antes de dar paso al epílogo, propiciamos una suerte de “fertilización cruzada” (*crossfertilization*⁷⁷) de aquellas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible

⁷⁴ Luis Jimena Quesada, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Nº 15, Primer Semestre 2010, Madrid, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, 2010, pp. 41-74.

⁷⁵ Manuel E. Góngora Mera, *op. cit.*, p. 429.

⁷⁶ Nos servimos, *mutatis mutandi*, de las reflexiones de De Vergottini, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 10.

⁷⁷ Utilizamos tal término a modo ilustrativo y tomándolo de lo explicado por De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, p. 20 y notas a pie de página 10, 11 y 12.

reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos.

VI. Valoraciones conclusivas

1. La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del Derecho interno y el Derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

Con ello, el Estado sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión y, lo que es mucho más importante, se prevendrían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales.

2. La Constitución, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas –*inter alia*– en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la protección y la realización de los derechos fundamentales, expresión directa de la dignidad de la persona*.

En esa línea, el incremento de los espacios de conectividad del Derecho procesal constitucional, el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos, constituye una realidad insoslayable y de gran significación jurídica y axiológica.

3. La interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de relaciones no siempre lineales ni pacíficas.

Precisamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*. Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por dos vertientes: Una se desarrolla en sede *internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde hace bastante tiempo, aunque sólo en época reciente se la ha identificado como “control de convencionalidad”. Consiste básicamente en la obligación del Tribunal de analizar en casos concretos si una práctica o una normativa de Derecho interno resultan

congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de ser incompatibles su modificación o abrogación. Paralelamente, tal contralor convencional deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno con arreglo al artículo 2 de la Convención. En resumen, se concreta una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo de este instrumento internacional, o de otros respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia material.

La restante se desenvuelve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales y otras autoridades públicas –vinculados por la jurisprudencia interamericana– y enraza en el deber de éstos de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH –y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos– y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.

4. Con todo, una de las ideas medulares que pretendemos rescatar a modo recapitulativo es la importancia de que la dimensión objetiva de las sentencias internacionales –en nuestro caso, principalmente de la Corte IDH– tenga eco en los órganos jurisdiccionales nacionales. Dicho de otro modo, que se haga foco en el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, impregnando toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales⁷⁸.

Aunque en definitiva, como sucede con diversas cuestiones propias del Derecho internacional, las posibilidades de éxito de la tesis del “control de convencionalidad” están cifradas en el grado de receptividad de la misma en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados.

El hoy Presidente de la Corte IDH, Diego García-Sayán, en su voto concurrente emitido en el *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, ha precisado que:

...los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos. Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y

⁷⁸ Cfr., *mutatis mutandi*, Luis Jimena Quesada, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, cit. en nota 33, pp. 501-502 y nota 13 a pie de página.

definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos –subrayado nuestro– (párr. 30)⁷⁹.

5. De la conjugación de los artículos 1.1. y 2 de la CADH, surge que los Estados Partes de la misma se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*.

En tal contexto, la palabra “garantizar” supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

6. El citado principio de *adecuación normativa* supone la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su Derecho interno a las disposiciones de la CADH, en aras de garantizar los derechos en ella reconocidos, lo que significa que las medidas de Derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales –y restantes autoridades públicas– asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

7. Como insistentemente ha señalado la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados⁸⁰.

⁷⁹ Corte IDH, *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, cit. en nota 71.

⁸⁰ Ver, por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, solicitada por la

8. No está de más insistir en que varias facetas del Derecho internacional de los derechos humanos pertenecen al ámbito del *ius cogens*; que lo ideal es siempre bregar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos; y que es preciso asimilar –en paráfrasis de Higgins⁸¹– que el Derecho internacional general no son sólo reglas, *sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes*, y que los derechos fundamentales constituyen un sistema integrado tendiente a *salvaguardar la dignidad del ser humano*.

9. Uno de los ingredientes que debería estudiarse profundamente para verificar si puede o no aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre el Tribunal Interamericano y las jurisdicciones internas, es el recurso a la doctrina del “margen de apreciación nacional”, de vasto –aunque proteico– empleo por el TEDH, pero con una discreta repercusión en la Corte IDH.

El tema no está exento de dificultades operativas por el riesgo de la generación de inseguridad jurídica que tal doctrina podría traer consigo, además de la necesidad de exigir a su respecto un empleo cauteloso para evitar el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real y concreta de éstos.

En ese sentido, dejar librado al *margen de apreciación nacional* conceptos tan complejamente difusos, sobre todo en materia de derechos humanos, como “orden público”, “bien común”, etc.; fundamentalmente en sitios donde los tribunales que deben definirlos se muestren permeables a las presiones del poder político, podría resultar altamente riesgoso.

En suma, lo ideal sería que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea un *margen de apreciación y no un margen de arbitrariedad*; esto es, una herramienta para utilizar con máximas prudencia y razonabilidad.

Al respecto, no puede ya discutirse que la pauta de “razonabilidad” ha pasado de ser *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del Derecho* (Zagrebelsky⁸² *dixit*).

10. En un contexto donde crece la circulación de reglas iusinternacionales

Comisión IDH, 24 de septiembre de 1982, Serie A, n.º 2, párr. 29.

Un análisis de tal opinión consultiva puede verse en: Víctor Bazán, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la O.C.-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Germán Bidart Campos *et al.* (coords.), *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Tº I, Mendoza (Argentina), 2000, pp. 91-165.

⁸¹ Rosalyn Higgins, *Problems & Process. International Law And How We Use It*, Oxford University Press, Oxford, 2003, *passim*.

⁸² Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Madrid, Trotta, trad. de Marina Gascón, 1999, p. 147.

y se intensifica la interrelación del Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por los jueces –y otras autoridades públicas competentes– del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica sub-constitucional y constitucional.

Sin embargo, tal faena no debe darse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un *diálogo jurisprudencial* entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos.

En otras palabras, debe gestarse a partir de una relación bi o multidireccional en la que se respete el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y la trascendencia de sus estándares, pero que simultáneamente ésta no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales, políticas, jurídicas y culturales de los Estados que integran el sistema regional.

11. La anhelable *sinapsis* entre tales instancias, incluso en una “atmósfera saturada de tensiones cordiales”⁸³, se plantea desde la esperanzada convicción de que es necesario y conveniente que convivan en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la sintonía de una hermenéutica *pro persona*, en tanto ambas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: *fortalecer cualitativamente la tutela y la realización de los derechos básicos*.

⁸³ Aunque pensada y escrita para otros temas y contexto, por su fuerza expresiva tomamos la citada imagen discursiva del libro de George Steiner, *Lecciones de los Maestros*, Buenos Aires, Debolsillo, trad. de María Condor, 2011, p. 34.

¿QUÉ CONSTITUCIÓN TIENE LA ARGENTINA Y CUÁL DEBE TENER?*

Para saber qué Constitución tiene el país y cuál debe tener, debemos antes clarificar la idea de Constitución. Para esto nos atendremos a la definición dada por Aristóteles en un párrafo de la *Política*, que traducimos del original guardando fidelidad a la mente del autor. Enseña el filósofo: “La Constitución es la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, de cuál es el sector social dominante en la comunidad política y de cuál es el fin asignado a la comunidad por ese sector social dominante”¹. Por lo que expresa con frase tajante: como el grupo social que ejerce el gobierno conforma el régimen político, “la Constitución y el sector social dominante son lo mismo”². Este concepto aristotélico de Constitución real, después que Lassalle lo restauró en el siglo pasado, ha sido admitido por la Ciencia Política contemporánea en mérito a la verdad que contiene³.

La *Constitución escrita* fija, en un acta legislativa solemne, las instituciones destinadas a que perdure y se desenvuelva la Constitución real.

De consiguiente, para conocer la Constitución de nuestro país y prever la

* “¿Qué constitución tiene la Argentina y cuál debe tener?” es una conferencia que Arturo E. Sampay dio en Tucumán. Luego, el texto fue publicado por el diario *La Opinión* con el título de “Constitución y Pueblo”. La citada contribución fue recogida, junto a otros ensayos, en 1973, en la obra *Constitución y Pueblo*, Cuenca ediciones, Buenos Aires; Sampay en la advertencia preliminar al libro señaló que “se apropiaba” del título periodístico para titular la obra literaria.

La presente reproducción fue autorizada por el Dr. Arturo E. T. Sampay, hijo del autor, especial y exclusivamente para *Contextos*.

¹ Aristóteles, *Política*, 1289 a 15-18 (Edición de W.L. Newman, Oxford University Press, 1902, vol. IV, p.2)

² Aristóteles, *Política*, 1279 a 25-27 (Edic. cit. Vol. III., p. 11).

³ Lassalle, Ferdinand, *Ueber Verfassungswesen*, Berlín 1862, Lassalle, Ferdinand, *Was nun? Zweiter Vortrag über Verfassungswesen*, Zürich 1863. Mosca, Gaetano, *Studi ausiliari del diritto costituzionale*, en *Il Circolo Giuridico*, vol. XVII, Palermo 1886, p. 101-110. Héller, Hermann, *Staatslehre*, Leiden 1934, III, 5: *Die Staatsverfassung*, p. 249-279. Hesse, Konrad, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen 1959.

que tendrá conforme a las tendencias de su desarrollo histórico, corresponde averiguar, en primera instancia, qué sector social predomina en la actualidad y con qué finalidad lo hace; y, en segundo lugar, qué sector social lucha por conseguir el predominio y qué ideal e inclinación vital los lleva a buscarlo. Cotejando ambos propósitos descubriremos cuál es el sector social apto para estructurar una Constitución justa en las actuales circunstancias. Entendiendo por Constitución justa la institucionalización del predominio del sector de la población históricamente eficiente para ordenar la actividad social y los recursos sociales con vistas a lograr que todos y cada uno de los miembros de la comunidad tengan los bienes necesarios para desarrollarse plena e íntegramente.

I

El país tiene en lo fundamental la Constitución de 1853. Por tanto, examinemos la esencia de esta Constitución, y verifiquemos las transformaciones, alteraciones y revalidaciones que ha experimentado a lo largo de casi un siglo y medio.

Lo sabemos bien. Esta Constitución fue dictada por nuestra burguesía liberal del siglo XIX, compuesta por propietarios e intelectuales que en el ejercicio de las libertades económicas veían, los primeros, el medio para incrementar sus negocios, y los segundos, el medio para promover el progreso social⁴. O sea, consideraban que la Argentina con dicha Constitución desarrollaría una producción moderna al incorporarse de lleno al tráfico del capitalismo europeo, que a la sazón estaba todavía en su breve fase de capitalismo integrado por múltiples y libres empresas que competían entre sí.

Ahora bien, para realizar tal desarrollo económico había que instaurar ante todo el orden, entendido como la draconiana obediencia a la ley dictada por la burguesía liberal a la guisa de sus intereses; además, había que franquear a los europeos nuestros recursos naturales y financieros, nuestros ríos y el trabajo-mercancía de nuestro pueblo. Cumplidas estas condiciones, obtendríamos amplios saldos exportables con los cuales capitalizar al país, importando ferrocarriles, máquinas, inmigrantes, materiales para la construcción de puertos y caminos, y medios para difundir la cultura moderna. La mejor prueba de lo que sostenemos se encuentra

⁴ Sampay, Arturo Enrique, *La filosofía del Iluminismo y la Constitución Argentina de 1853*, Buenos Aires 1944. Groisman Enrique I. , *La Constitución de 1853 / Su ideología, su programa, su aplicación en Polémica*, Centro Editor de América Latina, N° 25, 1970, p. 121-140. Frías Pedro J. (h), *Crónica política de la Constitución argentina*, en Estudios / Revista Argentina de Cultura, año 48, n° 494, Junio 1958, p. 286-287.

en las siguientes palabras de Alberdi entresacadas de sus *Bases*. “Para dar pábulo al desarrollo industrial y comercial –dice– dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible”, con el objeto de “defender y conservar el orden y la paz”; sin los cuales –continúa– no conseguiremos “inmigración de capital”, que “es la varilla mágica que debe darnos población, caminos, canales, industria, educación y libertad”. “Yo no veo –prosigue– porqué en ciertos casos no pueden darse facultades omnímodas para vencer el atraso y la pobreza, cuando se dan para vencer el desorden, que no es más que el hijo de aquellos”. Empero, para que esto ocurra, es “un punto esencialísimo la supresión de los derechos de la multitud” y únicamente conceder el voto a “la inteligencia y a la fortuna”, ya que ambas cosas “no son condiciones que excluyan la universalidad del sufragio, desde que ellas son asequibles para todos mediante la educación y la industria”. Sin este “sistema electoral –concluye– habrá que renunciar a la esperanza de obtener gobiernos dignos por la obra del sufragio”⁵.

Sarmiento describe con su habitual claridad la esencia de la Carta de 1853. “Una Constitución –afirma– no es la regla de conducta pública para todos los hombres. La Constitución de las masas populares son las leyes ordinarias, los jueces que las aplican, i la policía de seguridad. Son las clases educadas las que necesitan una Constitución que asegure las libertades, de acción i de pensamiento; la prensa, la tribuna, la propiedad, etc., i no es difícil que estas comprendan el juego de las instituciones que adoptan”⁶.

Por tanto, en términos absolutos, la Constitución era oligárquica, esto es, una estructura política en la que predominan los ricos con el fin de invertir en su provecho todo lo que pertenece a la comunidad y en la que los pobres, explotados, no tienen acceso a la autodeterminación colectiva. Pero valorada con sentido histórico, vale decir, apreciando el contexto de la realidad de entonces, era democrática y progresista. Era democrática porque permitía la intervención en el gobierno a los sectores del pueblo capaces de hacerlo, pues las bajas capas de la sociedad, debido a sus inveterados hábitos de sumisión y a su ignorancia, permanecían aún sub-politizadas. Era progresista porque al incorporarnos al tráfico del avasallantemente expansivo capitalismo europeo, introducía, en nuestro ámbito de producción primitiva y de consumo rudimentario, los medios científicos de trabajar y las necesidades traídas por una civilización superior.

⁵ Alberdi, Juan Bautista, *Bases*, Segunda edición, Valparaíso, julio de 1852, p. 80, 90, 137, 158-159.

⁶ Sarmiento, Domingo F., *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, Santiago de Chile, septiembre de 1853, p. IV.

Al llegar aquí preciso es que nos detengamos un instante para mostrar el nacimiento de la fuerza que con el tiempo transfiguraría desde adentro a la Constitución de 1853.

El desarrollo de la producción moderna requería la elevación intelectual de los sectores populares, no sólo para utilizar los instrumentos modernos de trabajo, sino también, en cierta medida, para que tuvieran la necesidad de consumir los bienes que esos instrumentos creaban. Es lo que antevió el mismo Sarmiento. Dice: “Una revolución social ha comenzado en el mundo”. “El mundo antiguo –continúa– se civilizó por medio de castas privilegiadas, teniendo por pedestal esclavos, siervos, plebes, o masas populares, que participaban levemente de la asociación; la aplicación a las artes, de los resultados de las ciencias naturales y la mecánica, con la ingerencia del pueblo en el gobierno ha hecho posible que Estados Unidos a pesar del corto tiempo de la experiencia, alcanzase los resultados en riquezas, en aumento de la población, bienestar general que sobrepasan todo lo que la raza humana ha presentado hasta hoy”. Y termina: “el muelle real de todo el sistema es la educación popular”⁷.

Veamos ahora cómo los intelectuales integrantes de la Convención de Santa Fe tenían conciencia de que la popularización de la cultura –que ellos se proponían impulsar y que estaba facilitada por la revolución científico-técnica del mundo contemporáneo– originaría el protagonismo político de los sectores populares. Pero antes, a propósito de esta alusión a los intelectuales constituyentes de 1853, dejemos sentado que el intelectual auténtico es un amante y militante del progreso de la justicia, porque reconoce que la comunidad política tiene por causa última el efectuar la justicia y porque valora la realidad social y obra en ella según esa idea-fin cuya verdad acepta con reflexivo desinterés.

El conspicuo constituyente Juan Francisco Seguí explica el sentido del artículo 5º de la Constitución de 1853, que encargaba a las provincias la promoción de “la enseñanza primaria gratuita”, con las siguientes palabras: “La educación primaria gratuita tiene por principal objeto poner al alcance de todo el mundo los conocimientos primarios, sin los que la civilización de los pueblos no podría dar un paso”. “Esta prescripción terminante del Código de Mayo –agrega– se propone asegurar para el porvenir el desarrollo ulterior de las masas argentinas, bajo la íntima convicción de que la instrucción elemental es condición *sine qua non* para el recto ejercicio de las instituciones republicanas, no siendo sin ella la democracia más que un bello nombre explotado por las oligarquías que

⁷ Sarmiento, D.F., *Las escuelas: base de la prosperidad y de la república en los Estados Unidos*, Nueva York 1866, p. 13-14.

la prostituyen”⁸.

Juan María Gutiérrez –el *alter ego* de Alberdi en aquel Congreso Constituyente y quizá su miembro más sabio– expresa: “La reforma debe comenzar por ser política, es decir creadora de las instituciones que completen nuestro régimen de gobierno. Todas las demás mejoras que miran a los intereses materiales han de resultar de las que primero se introduzcan en la esfera política y legal. Sin aquellas, estas son imposibles o cuando más abortos imperfectos y fundaciones sobre arena”. “La razón es bien clara”, prosigue. “La reforma política se dirige naturalmente a cumplirle al pueblo la promesa que se le ha hecho de gobernarse a sí mismo, de manumitirlo, para que a brazos libres y con su propia mente, sin mentores y sin andaderas, pueda manejar sus propios negocios. Y sin que esta promesa se convierta en realidad, el progreso material es imposible, porque está muerto o dormido el primer obrero de ese progreso”. Concluyendo Gutiérrez con estos conceptos que valen un mundo: “Donde quiera que se efectúen grandes cosas, es a condición de que den a ellos sus fuerzas y sus brazos los pueblos, y cuando más libres y desembarazados son esos brazos, mayor es la grandeza de las obras que realizan”. “En la realidad de esa promesa está el secreto del progreso a que aspiramos”⁹. Recuérdese esta aguda comprensión que del progreso socio-político poseía el preclaro constituyente Juan María Gutiérrez, porque más adelante veremos cómo servirá a uno de los grandes políticos argentinos de este siglo para conformar su trascendental acción.

Cerremos la digresión. Habíamos quedado en que la Constitución de 1853 articula las instituciones dirigidas a impulsar el desarrollo capitalista liberal del país, cuando el capitalismo todavía era concurrencial. En efecto, erige un gobierno central fuerte para reprimir las demasías y disciplinar en el trabajo asalariado a las masas populares, a las cuales, por distintos procedimientos, se les obstaculiza la gravitación política. Garante, igual a nacionales y extranjeros, de las llamadas “libertades económicas”, en particular, la de disponer de la propiedad privada. Nacionaliza la renta de la aduana. Suprime los impedimentos de la circulación interna de las personas, de los capitales, de los productos naturales y de las manufacturas, y para facilitar lo cual uniforma la legislación civil, comercial, penal y de minería. Abre los ríos a la libre navegación y crea una situación de

⁸ Seguí, Juan Francisco, *El cuadro de las reformas /Análisis crítico/ Colección de los artículos publicados en el “Nacional Argentino” sobre las enmiendas que la Convención de Buenos Aires ha propuesto en la Constitución Argentina de 1° de Mayo de 1853*, Paraná 1860, p. 11-12.

⁹ Gutiérrez, Juan María, *El año 1870 y la reforma*, en *Revista del Río de la Plata*, Buenos Aires 1872, vol. III, p. 75.

privilegio a los extranjeros que se radican en el país. Pone bajo la jurisdicción nacional el comercio exterior, el crédito y la moneda. Por el artículo 27 manda promover las relaciones de paz y comercio con todas las naciones del mundo, con lo cual formaliza el abandono de la política de expansión territorial de Rosas, para concentrar al país en el esfuerzo de engrandecerse por dentro, explotando modernamente sus ingentes recursos. En suma: la burguesía liberal, después de triunfar en la batalla de Caseros, abate mediante la Constitución de 1853 la poliarquía feudal instrumentalizada por el pacto confederal del 4 de enero de 1831¹⁰. Y convierte el territorio de todas las Provincias del Río de la Plata –lábilmente unidas– en una nación, esto es, básicamente, en un solo y uniforme mercado interno, sin lo que era imposible promover un desarrollo capitalista moderno¹¹.

La Constitución de Alberdi, pues, concretaba el programa de la Revolución de Mayo enunciado por Belgrano, y el de la Asociación de Mayo formulado por Echeverría. Y Alberdi y los congresales de Santa Fe tomaron la Constitución de los Estados Unidos por modelo, porque este país, con las libertades económicas consagradas por dicha Constitución y aprovechando al máximo la etapa concurrencial del capitalismo europeo, se había transformado, en breve lapso, en una nación potente y adelantada.

II

El referido programa de la Constitución de 1853 no pudo realizarse de inmediato ni íntegramente. Lo impidieron, primero, la guerra entre el Estado de Buenos Aires y la Confederación que concluye en 1862; segundo, la guerra con el Paraguay y sus secuelas que acabaron ya comenzada la octava década del siglo XIX; y tercero, el hecho de que justo en esta década, después de la crisis europea de 1873, cuando el país de lleno y con ímpetu se lanzaba a forjar su desarrollo incorporándose al tráfico del capitalismo europeo, este capitalismo competidor se transmuta en un capitalismo organizado con carácter imperialista. Esta transformación surge de la llamada “segunda revolución industrial”, causada por la invención de los motores eléctricos, por la introducción de la industria pesada, por la concentración de las empresas de la industria liviana, por el progreso de la industria minera y por la fusión de las empresas industriales con las

¹⁰ Rivarola, Rodolfo, *La “oligarquía” según los constituyentes del 53*, en *Revista de Derecho, Historia y Letras*, año X, 1908, tomo 29 p. 492-507.

¹¹ Notta, Julio. A, *Contenido unitario de la Constitución de 1853*, *Cuadernos de Cultura*, Buenos Aires, mayo 1952, p. 72-103

instituciones financieras facilitada por la aparición de las sociedades anónimas. En consecuencia, las empresas capitalistas, en lugar de concurrir a los países atrasados para competir entre sí, ahora unificadas en grandes consorcios, se apoderan de esos países para explotarlos con exclusividad, imponiéndoles, con sus inversiones industriales y sus empréstitos dirigidos, una producción suplementaria y subordinada a la producción del área metropolitana. La Argentina, entonces, ya no pudo servirse de un capitalismo competidor para plasmar un desarrollo autónomo, explotando sus recursos para establecer la infraestructura de una producción moderna. Y la Constitución de 1853, con la concesión de las libertades económicas y garantías excepcionales al capital extranjero, fue la puerta abierta por donde penetró el imperialismo¹². De aquí que a partir de la octava década del siglo XIX, el país experimentó un rápido desarrollo, pero mutilado, parcial, complementario como productor agrícola-ganadero de la economía industrial europea, en especial de la inglesa.

Por segunda vez nos detendremos en el proceso de la elevación cultural de los sectores populares de la Argentina. El aumento de la riqueza social dio recursos para promover el desarrollo cultural. La Ley 1420 de 1884, que dispone la enseñanza obligatoria y gratuita; la Ley Richiere de 1901, que instituye el servicio militar obligatorio, lo cual contribuiría a paliar el analfabetismo de los jóvenes adultos; y la gran Ley Láinez de 1905, que crea escuelas nacionales en las provincias de recursos fiscales insuficientes, habrían de capacitar para la producción moderna y para la actuación política a los sectores populares de todas las regiones argentinas. De aquí parte la lucha de estos sectores por obtener la efectividad de sus derechos políticos y sociales, recurriendo a las reivindicaciones burguesas de libertad, igualdad y soberanía popular reconocidas por la Constitución de 1853.

Al comienzo de la última década del siglo XIX, estrictamente el 18 de octubre de 1891, Hipólito Yrigoyen, que después fundaría un movimiento político popular, demanda al Presidente de la República, en una reunión en la que están los “notables” de la burguesía liberal, la positiva universalización del derecho de los ciudadanos a elegir los gobernantes¹³.

Al final del siglo XIX, una pléyade de jóvenes talentosos, Juan B. Justo, Macedonio Fernández, José Ingenieros, Roberto Payró, Augusto Bunge, entre otros, adhiere a la concepción social-política de Karl

¹² Oliver, Juan Pablo, *La Constitución del capital extranjero*, en Revisión, año II, N° 17, agosto de 1965, p. 5-6.

¹³ Matienzo, José Nicolás, *La revolución de 1890 en la Historia constitucional argentina*, Buenos Aires 1926, p. 29.

Marx, proclamando que el capitalismo liberal ya había agotado su ciclo progresivo y que de entonces en adelante no le servirá al pueblo argentino para lograr todos los beneficios de la civilización moderna.

La generación católica del 80, encabezada por José Manuel Estrada, difunde entre los jóvenes universitarios los principios de la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII, enseñando que el Estado debe intervenir en el manejo de la economía para corregir la injusticia que padecen los trabajadores.

A comienzo del siglo XX los obreros urbanos se organizan en sindicatos reivindicatorios de los derechos sociales y cuyos programas, a ese efecto, propugnan el establecimiento de un orden económico sobre la base de convertir en bienes públicos a los principales medios de producción. En el primer lustro del siglo, el “partido radical revolucionario”, así denominado por su fundador Hipólito Yrigoyen, proclama la necesidad de que los sectores populares recurran a la fuerza para conquistar el derecho al sufragio y, con tal propósito, promueve la revolución del 4 de febrero de 1905. Por entonces, un vocero de la juventud radical, José Nicolás Matienzo, en un libro tan ardoroso como osado, enrostra a la oligarquía su complicidad en la expoliación de que hace víctima al país el imperialismo inglés, y culpa a ambos de que para salvaguardar sus privilegios excluyan de la política a las masas populares¹⁴.

Para que el “partido radical revolucionario” deponga la violencia que había adoptado como medio de lucha, el 21 de septiembre de 1910 el presidente electo Roque Sáenz Peña pacta con Hipólito Yrigoyen el compromiso de dictar una legislación que confiriera garantías al derecho a sufragar de todos los ciudadanos. Frutos de este pacto fueron las leyes electorales de 1911 y 1912.

Cabe señalar que miembros inteligentes de la oligarquía antevieron la trascendencia social de las leyes electorales que el gobierno presidido por Roque Sáenz Peña fue compelido a sancionar. Veamos el juicio que al respecto emite Carlos Rodríguez Larreta, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, y que había sido canciller del presidente Figueroa Alcorta: “Si la democracia no es un sistema irracional de gobierno —escribe en 1912 el jurista nombrado— se debe a que el talento, la fortuna, la ilustración, el apellido, pueden irradiar en ella su poder sobre los que están privados de estos dones y multiplicar, sin necesidad de calificarlo, el voto de los hombres superiores”. “Si mi peón —sigue— hubiera tenido la misma acción que yo para resolver los

¹⁴ A.B. C. (Matienzo, José Nicolás), *La política argentina / Bosquejos de crítica y de historia contemporánea*, Buenos Aires 1904, p. 43.

problemas económicos, internacionales o políticos del país, habríamos estado viviendo bajo un régimen absurdo. No ha sido así, gracias a Dios, porque yo he dirigido a mi peón. Pero el voto secreto lo independiza, al privarme de una influencia saludable y legítima; más aún, lo convierte en mi enemigo porque le permite ejercitar en la sombra, sin que yo lo sepa, el rencor oculto que acaso me guarda por mi superioridad en la vida". "Y lo malo es –añade– que a menudo no tenemos un solo peón sino varios, y que algunos tienen muchos, como los industriales y los estancieros acaudalados". Y termina con una sagaz prognosis: "Una transformación tan honda de nuestra sociedad es hoy más peligrosa que nunca, porque estamos expuestos a iniciar en el país una verdadera cuestión social y una lucha de clases"¹⁵.

Ciertamente, las leyes electorales de referencia transforman la Constitución oligárquica de 1853 en una Constitución virtualmente democrática. Es decir, la mayoritaria clase sometida podía conquistar por vía legal el poder político. Y llegado este caso, el carácter elástico del texto constitucional, esto es, el estar redactado mediante fórmulas genéricas que permiten determinaciones socialmente progresivas, y la existencia de algunos preceptos programáticos imbuidos de principios justos, verbigracia, que el objeto del ordenamiento jurídico-político es "promover el bienestar general" y que el derecho de propiedad debe ejercitarse "conforme a las leyes" que lo reglamentan, permitía una interpretación moderna de la Carta de 1853, que legitimara la intervención del Estado en la economía con vistas a satisfacer los intereses populares¹⁶.

Por tanto, dichas leyes inutilizaron la otra pieza fundamental del mecanismo de desarrollo capitalista liberal en la Argentina, consistente, según vimos, en el excluir a los sectores populares del manejo político y de la administración de los bienes sociales, a fin de capitalizar al país con el trabajo-mercancía y el sub-consumo de esos sectores populares. Para seguir la ilación de esta parte de nuestro discurso, téngase presente lo que ya dijimos: que la otra pieza del mecanismo desarrollista articulado por la Constitución de 1853 era el funcionamiento del capitalismo concurrencial en los países de la alta industrialización, y el cual, según también ya lo mostramos, había sido sustituido, a partir de las últimas décadas del siglo XIX, por el capitalismo organizado.

¹⁵ Rodríguez Larreta, Carlos (hijo), *Las tres confusiones del Presidente*, en Rodríguez Larreta, Carlos (hijo), *Discursos y Escritos*, Buenos Aires 1913, p. 220-221, 222.

¹⁶ Guido, Mario M., *Nuestra Constitución Nacional y las Constituciones de vanguardia*, en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, año XLV, julio-agosto 1928, p. 66-75.

III

Con la reforma política cumplida por el presidente Roque Sáenz Peña adviene el triunfo de los sectores populares, casi en el preciso momento en que la Revolución Rusa de 1917 abre en el mundo el ciclo histórico caracterizado por el predominio de la clase obrera, por la economía políticamente planificada y por la transformación de los principales medios de producción y distribución en bienes públicos.

En enero de 1918, a influjos de dicha revolución rusa, se funda en Buenos Aires el partido comunista argentino, cuya persistente función consistiría en esclarecer el derecho y la posibilidad de participar los sectores populares en el goce de los bienes de la civilización moderna y, en mostrar que la dependencia económica del país es una rémora para que tales sectores alcancen esa meta.

El 15 de junio de 1918, con la toma de la Universidad de Córdoba por los estudiantes, surge el movimiento juvenil de la Reforma Universitaria, cuyo programa es el acceso de los sectores populares a los altos estudios y que la enseñanza superior impartida por la universidad tienda a promover el progreso social de los argentinos.

En 1919, los jóvenes universitarios católicos, agrupados en el Colegio Novecentista, afirman, por la voz de Tomás Casares, que la revolución rusa ha de “dejar a la humanidad un residuo sano de valores positivos: solidaridad, colectivismo y mayor justicia social, que la revolución no ha inventado –pues son tan viejos como la civilización cristiana–, pero que de hoy en más, serán postulados indiscutibles de todo equilibrio universal futuro”¹⁷. También aquellos jóvenes acusan, por intermedio de Adolfo Korn Villafaña, a quienes, “con grave daño para la religión, se afanan en poner al catolicismo al servicio de la Injusticia Social”¹⁸.

Las circunstancias históricas que acabamos de reseñar, más el anhelo de justicia innato en los sectores populares, imprimen al gobierno de Hipólito Yrigoyen una acentuada orientación progresista. En consecuencia, se patentizó la antinomia que la reforma política emergente del pacto Sáenz Peña-Yrigoyen injertó en el seno de la Constitución de 1853, o sea que los obreros, los campesinos y la pequeña burguesía, cuya explotación debía perdurar en beneficio del alto capitalismo, quedaran en condiciones de conquistar el predominio político a través del sufragio universal.

¹⁷ Casares, Tomás D., *El Maximalismo*, I; *El gran ensayo*, en *Publicaciones del Colegio Novecentista*, Cuaderno Nº 7, p. 41-49.

¹⁸ Korn Villafaña, Adolfo, *Contestación a la Pastoral de S. S. I. Fray Zenón Bustos*, en *Publicaciones del Colegio Novecentista*, Cuaderno Nº. 7, p. 50.52.

La realización de tal virtualidad democrática de la Constitución de 1853 puesta de relieve –como se recordará– por Juan María Gutiérrez, era el programa del presidente Yrigoyen, que él resumía expresando que su gobierno tenía por finalidad “el fiel cumplimiento de la Constitución”. Programa que explayaba diciendo: “La Nación ha dejado de ser gobernada para gobernarse por sí misma en la integridad augusta de sus preceptos fundamentales, y es desde esta armonía grandiosa, de donde deben derivarse todos sus perfeccionamientos”¹⁹. Aquí está, como se ve, el pensamiento de Juan María Gutiérrez expuesto en el párrafo ya leído.

La oligarquía, en cambio, pretendiendo que la Constitución escrita de 1853 fuese aplicada con la intención que la burguesía le dio al sancionarla, imputa al gobernante radical la violación de la Constitución, en especial del derecho de propiedad que ella garantiza²⁰.

El periodista Alberto Gerchunoff acusa a Yrigoyen de llevar al país hacia el comunismo mediante medidas gubernativas anticapitalistas²¹. Y Norberto de la Riestra, en carta a Antonio Dellepiane de fecha 4 de agosto de 1923, califica a la presidencia de Yrigoyen con los siguientes términos: “gobierno soviético de la baja capa social analfabeta”.

En esta primera presidencia de Yrigoyen las empresas absorbieron holgadamente las erogaciones que importaban las mejoras sociales, merced a los altos precios que alcanzaron nuestros productos exportables durante la primera guerra mundial.

La anotada antinomia interna de la Constitución de 1853 hizo crisis en la segunda presidencia de Yrigoyen, cuando Inglaterra, forzada por la bancarrota de 1929, exigió una parte mayor del producto del trabajo argentino y esto no podía consumarse sin excluir de la política a los sectores populares. Agravaba estos males que sobrevenían desde afuera, en primer lugar, la circunstancia de que Yrigoyen había sido reelegido por un movimiento popular²² acusadamente antiimperialista, pues propiciaba que la extracción, industrialización y comercialización del petróleo estuviese a cargo del Estado²³; y los agravaba, más aún, el hecho de que la

¹⁹ Yrigoyen, Hipólito, *Mensaje de apertura anual del Congreso / Exordio del Mensaje del año 1917*, en *Documentos de Hipólito Yrigoyen* (Ley 12.839), Buenos Aires 1949, p. 128.

²⁰ Rubianes, Joaquín, *La restauración constitucional*, Buenos Aires 1921. Sánchez Sorondo, Matías, *La defensa social y política del derecho de propiedad*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales*, Tomo I, Nº 1, Buenos Aires, octubre-diciembre de 1922, p. 115-135.

²¹ Gerchunoff, Alberto, *El maximalismo del Sr. Yrigoyen*, en *La Nota*, año III, Nº 133, Buenos Aires, 23 de febrero de 1918, p. 2747-2750.

²² Cantón, Darío y Moreno, José Luis, *Bases sociales del voto radical en la Argentina de 1928/30*, en *Revista Latinoamericana de Sociología*, vol. VI, septiembre y diciembre de 1970, Nº 3, p. 459-464.

²³ Molinari, Diego Luis, *La nacionalización de las minas de petróleo*, Buenos Aires 1927, *El petróleo del Norte Argentino/ Comentarios del diario “El Intransigente” de la ciudad de Salta, con un prólogo del General Enrique Mosconi*, Salta 1928. Bonardi, Silvio E., *En defensa de la riqueza nacional del petróleo*, Buenos Aires 1928. Yrigoyen, Hipólito, *Ley Orgánica del Petróleo / Mensaje al Senado de la Nación*, 22

oligarquía había recobrado privilegios y preeminencias de todas clases durante la presidencia de Alvear, porque este gobernante, rodeado por la vieja guardia de los políticos conservadores²⁴, abandonó el designio de efectuar la democratización de la sociedad argentina, que Yrigoyen había impreso al partido radical. Consignemos cómo el propio Yrigoyen fija el concepto exacto de la defección de Alvear.

“Cuando ya habíamos terminado plena y culminantemente la obra que absorbió todas nuestras consagraciones públicas –escribe en seguida del triunfo electoral de 1928– las imperfecciones y contrastes de la psicología moral de la personalidad humana nos ha impuesto abocarnos de nuevo a ella, con más celo y fervor, aún si cabe, ya que los retrocesos son siempre más severos en las reparaciones que demandan que los avances mismos en las sendas de la infinita civilización”²⁵.

Durante la gestación del nuevo triunfo de los sectores populares en 1928, aparece un movimiento nacionalista antidemocrático. Lo anima la prédica periodística de Leopoldo Lugones, informada por el pesimismo “nietzscheano” de Benito Mussolini²⁶. Sabido es que Nietzsche refleja, con su odio al “espíritu de la revolución” y a las masas populares, el momento en que el capitalismo entra en su fase imperialista y en que parejamente la burguesía se torna clase reaccionaria; de aquí también que el filósofo prusiano sea el mentor ideológico del fascismo, que es la expresión política del capitalismo monopolista en el tramo más agudo de su crisis²⁷.

Los adeptos de este nacionalismo creían que prescindiendo del pueblo en la política aún se podría promover, con el régimen de las empresas privadas basadas exclusivamente en la rentabilidad y con la recepción del capital extranjero en esas empresas, un desarrollo económico independiente. Y que el imperialismo de los monopolios internacionales –que primero persuade con la propaganda, que después disuade con el soborno y que por último avasalla con la violencia– se lo encauzaría, haciéndolo

de octubre de 1929, en *Documentos de Hipólito Yrigoyen*, ed. cit., p. 121-123.

²⁴ Pastor, Reynaldo, *La verdad conservadora*, Buenos Aires 1961, p. 30-31.

²⁵ Carta de Hipólito Yrigoyen al Dr. Afranio de Mello Franco, Marzo de 1928, en *La Nación*, Buenos Aires, Sábado 24 de Marzo de 1924.

²⁶ Lugones, Leopoldo, *La iniquidad dionisiaca*, en *La Nación*, 19 de marzo de 1924. *La fórmula de la paz para toda Nación, es más que nunca: oro y armas*, en *La Nación*, 3 de octubre de 1925. *Del Parlamento*, en *La Nación*, 14 de marzo de 1926. *De la fatalidad en La Nación*, 24 de octubre de 1926. *La crisis mayoritaria*, en *La Nación*, 5 de febrero de 1928. *La paradoja política*, en *la Nueva República*, 1º de diciembre de 1928. *Crítica constitucional*, en *La Nación*, 30 de julio de 1929. *Defensa del Estado*, en *La Nación* 31 de octubre de 1930. Y otros artículos periodísticos recopilados en los siguientes libros: *La Organización de la Paz*, Buenos Aires 1925. *La Patria fuerte*, Buenos Aires 1930. *La grande Argentina*, Buenos Aires 1930. *El Estado equitativo*, Buenos Aires 1932.

²⁷ Hartle, Heinrich, *Nietzsche und der Nationalsozialismus*, München 1937. Ferrara, Mario, *Machiavelli, Nietzsche, Mussolini*, Firenze 1939. Lombardo Restivo, Salvatore, *Riflessi di Nietzsche nelle dottrine socialpolitiche contemporanee*, Roma 1935.

servir al pueblo argentino, con la sola fuerza de la honradez de la nueva clase política, integrada por practicantes de la moral católica.

Rodolfo Irazusta, el más talentoso y acendradamente sincero de ellos, escribe en 1927: “La realidad muestra el monstruoso resultado del Demo-Gobierno; busquemos, pues, la senda que nos lleve a suprimir el mal”: “la Carta de Alberdi es por ahora la única esperanza ante la democracia invasora”²⁸. Pero al final de su vida confiesa: “nuestra acción política para coordinar la estructuración constitucional del Liberalismo con un espíritu nacional, fue un completo fracaso”²⁹. Lo que aconteció fue –apuntémoslo de paso– que dichos nacionalistas no previeron que las libertades económicas del liberalismo facilitaban la función desnacionalizante que, en pos de sus intereses, realizan los monopolios extranjeros. Y que la crisis de la *Constitución escrita* de 1853 residía en que el sector social dominante, para retener el gobierno real del país y contener el avance de los sectores populares, necesitaba suprimir los derechos democráticos que en el siglo pasado le permitieron conquistar y consolidar la supremacía frente al absolutismo político y a una organización monopolista de la economía, ambos –absolutismo político y organización monopolista de la economía– retardatarios del progreso que posibilitaba la “primera revolución industrial”.

Después de derrocado el gobierno de Yrigoyen, se repristinó el sentido esencial de la Constitución de Alberdi, excluyendo de la política a los sectores populares, pero de ello resultó la expoliación de esos sectores populares en beneficio de los intereses británicos. En efecto, el imperialismo inglés, apremiado por el colapso de su economía, se adueñó, con público escándalo, de los principales recursos de la riqueza nacional³⁰. Pero en este tiempo, debido a que en la política un extremo llama al otro, quedó en claro en la conciencia social argentina que los intereses coaligados del imperialismo internacional y de la oligarquía local impedían el desarrollo económico de la Argentina centrado en el objetivo de lograr, ante todo, el bienestar de su pueblo.

El ciclo oligárquico abierto con el derrocamiento de Yrigoyen el 6 de

²⁸ Irazusta, Rodolfo, *La democracia no está en la Constitución*, en *La Nueva República*, Buenos Aires, 28 de abril de 1928. *Revisión Constitucional*, en *La Nueva República*, Buenos Aires, 14 de abril de 1928.

²⁹ Irazusta, Rodolfo, *El Nacionalismo*, en Irazusta, Rodolfo, *Artículos y Discursos*, Buenos Aires 1968, p. 45.

³⁰ Torres, José Luis, *Algunas maneras de vender la Patria (Datos para la autopsia de una política en liquidación)*, Buenos Aires 1940, *Los “Perduellis”*, Buenos Aires 1943. *La década infame*, Buenos Aires 1945. *La oligarquía maléfica (Autopsia de un cadáver político)*, Buenos Aires 1953. Scalabrini Ortiz, Raúl, *La política británica*, Buenos Aires 1935. *Los ferrocarriles, factor primordial de la independencia nacional*, La Plata 1937. *El petróleo argentino*, Buenos Aires 1938. *La política británica en el Río de la Plata*, Buenos Aires 1940. *Historia de los ferrocarriles argentinos*, Buenos Aires 1940. Irazusta, Rodolfo y Julio, *La Argentina y el imperialismo británico*, Buenos Aires 1934. Cascella, Armando, *La traición de la oligarquía*, Buenos Aires 1953.

septiembre de 1930 se cierra con el alzamiento militar del 4 de junio de 1943, cuyo programa era instalar la industria pesada como medio para obtener la independencia económica, y se remacha, dicho cierre del ciclo oligárquico, con la insurgencia popular del 17 de octubre de 1945 dirigida a defender el progreso de la justicia social que se había alcanzado en esa época. Este triunfo de los sectores populares allanó el camino para imponer la reforma constitucional del 11 de marzo de 1949.

Antes de proseguir, advertimos que cuando afirmamos que los sectores populares predominan en determinadas coyunturas históricas, nos estamos refiriendo a la mayoría de los componentes de tales sectores, porque tanto cuando los triunfos radicales de 1916 y 1928, como cuando el triunfo obrero del 17 de octubre de 1945, partes de esos sectores actuaron con otro sentido y a veces antagónicamente, sea por discrepar con el modo y con la intensidad de satisfacer los intereses populares, sea porque la astucia de la oligarquía consigue dividir al enemigo, pues esta división es el seguro de su predominio.

Pues bien, la reforma constitucional de 1949 tendía: 1) a hacer efectivo el predominio político de los sectores populares mediante la elección directa del presidente de la república y mediante la posibilidad de reelegir como presidente al jefe de esos sectores populares victoriosos; 2) a estatizar los centros de acumulación y de distribución del ahorro nacional, las fuentes de materiales energéticos y los servicios públicos esenciales; 3) a estatizar el comercio exterior; 4) a asignar a todos los bienes de producción la función primordial de obtener el bienestar del pueblo; 5) a generalizar la enseñanza, a cuyo efecto debía ser absolutamente gratuita, y a los alumnos se les debía conferir becas y asignaciones a sus familias; 6) a regionalizar la enseñanza de las universidades, a fin de vincular dicha enseñanza a la producción de las respectivas zonas geo-económicas del país; 7) a estatizar las academias, con el propósito de que ellas se ocupen de la alta investigación científica, necesaria para que el país posea una industria moderna independiente; 8) a que el Estado fiscalice la distribución y la utilización del campo y a intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva.

En síntesis, la llamada “Constitución de 1949” se proponía hacer efectivo el gobierno de los sectores populares, a liberar al país del imperialismo, estatizando el manejo de los recursos financieros, de los recursos naturales y de los principales bienes de producción, con la finalidad de ordenarlos planificadamente para conseguir un desarrollo autónomo y armónico

de la economía, que conceda el bienestar moderno a todos y a cada uno de los miembros de la comunidad. Apuntaba, pues, a consumir en la Argentina la revolución social requerida por el mundo contemporáneo.

IV

La reforma constitucional de 1949 no organizó adecuadamente el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares, debido, primero, a la confianza que los sectores populares triunfantes tenían en la conducción carismática de Perón; y segundo, al celoso cuidado que el propio Perón ponía para que no se formara paralelamente al gobierno legal un coadyuvante poder real de esos sectores populares, por lo que el nuevo régimen iba a mantenerse hasta que la oligarquía cautivara a los oficiales de las fuerzas armadas³¹. Tal era, entonces, el talón de Aquiles de la mentada reforma y la cual, precisamente como Aquiles, fue muerta por el enemigo en la flor de la juventud a causa de tener vulnerable nada menos que su soporte.

Efectivamente, de nuevo ganaron el predominio político los antagonistas de los sectores populares, y éstos, como era natural que sucediera, restablecieron íntegramente la Constitución de 1853.

El 27 de abril de 1956, por una proclama del gobierno de facto, se derogó la reforma constitucional de 1949 y se declaró vigente la Constitución de Alberdi “en tanto y en cuanto no se oponga a los fines de la Revolución enunciados en las Directivas Básicas del 7 de diciembre de 1955”. Y el párrafo fundamental de estas Directivas, reza: “Crear sobre la base del respeto y garantía a la propiedad privada, las condiciones propicias a la inversión de capitales extranjeros”. O sea, se refuerzan las garantías que la Constitución de 1853 daba a los capitales extranjeros concurrenciales y que en la actualidad, por las circunstancias que describimos, son inmunidades para los monopolios internacionales.

La Convención Nacional Constituyente de 1957 tuvo por única misión convalidar el decreto derogatorio de la reforma de 1949, y así fue que cuando los partidos políticos de raigambre popular –Radical del Pueblo, Socialista, Demócrata Progresista y Comunista– se propusieron restablecer el artículo 40 introducido por la reforma de 1949, la Convención se disolvió en el acto³².

³¹ “Los que tienen en su poder las armas tienen también en su poder la permanencia o no permanencia de la Constitución”. Aristóteles, *Política*, 1329 a 13-14 (Edic. cit., vol. III, p. 49).

³² González Arzac, Alberto, *Vida, pasión y muerte del artículo 40*, en *Todo es Historia*, N° 31, noviembre de 1969, p. 36-53.

El Estatuto Constitucional y los Anexos dictados a raíz del golpe de Estado del 28 de junio de 1966 ratifican y perfeccionan el contenido esencial de la Constitución de 1853 y el de las Directivas Básicas del 7 de diciembre de 1955.

Para comprender bien lo que estamos exponiendo, definiremos dos conceptos claves utilizados en esta parte de nuestro estudio. Nos referimos a los conceptos de *revolución social* y de *golpe de Estado*.

Cuando la ascensión al gobierno mediante el quebrantamiento por la fuerza de las formas preestablecidas para designar los gobernantes se realiza por la acción o por la presión de los sectores sociales hasta entonces extrañados del ejercicio del poder político y del manejo de los recursos sociales, y se la hace para impulsar el progreso de la justicia, se está en presencia de una *revolución social* que busca transformar la Constitución real de la sociedad. En cambio, cuando a esas formas se las violenta por la acción o por la presión del sector social dominante para reforzar el poder que ejerce e impedir las transformaciones legales en dirección al progreso de la justicia, se está en presencia de un *golpe de Estado*, que reafirma lo principal de la Constitución real, aun cuando abrogue o convierta en letra muerta la parte de la Constitución escrita que amenace o perjudique sus intereses.

Bien; estábamos antes de esta brevíssima digresión en que el Estatuto y los Anexos originados en el golpe de Estado del 28 de junio de 1966 ratifican y perfeccionan el contenido esencial de la Constitución de 1853 y el de las Directivas Básicas de 1955. En efecto, el Estatuto propugna la interdicción política de los sectores populares, porque existiendo la intervención política del pueblo, viene a decir sin muchos circunloquios, “la sana economía no puede subsistir como proceso racional”.

En consonancia con la filosofía política del capitalismo liberal, afirma que “el fin último de la autoridad es la protección de la libertad”, esto es, la libertad de los propietarios de los medios de producción para ordenar en su provecho la actividad económica de la comunidad entera; siendo que el fin natural de la autoridad es efectuar la justicia o el bien común, lo que equivale a decir, obtener la plena participación de todos y cada uno de los miembros de la colectividad en los bienes materiales y culturales de la civilización.

El Anexo III del Estatuto de 1966 impone la obligación de transferir a propietarios privados los bienes nacionalizados acorde con el espíritu de la reforma constitucional de 1949.

En suma, el Estatuto de referencia –calcado de las Leyes Fundamentales del régimen español– y sus Anexos organizan un gobierno centralizado,

concentrado y ágil para transferir el manejo de nuestra economía a los monopolios internacionales aliados con la oligarquía local. En otras palabras, dichos cuerpos de leyes han instituido una dictadura para establecer la política económica de “libre cambio”.

Según ahora existe, el “libre cambio” es la inmunidad e impunidad de los monopolios supranacionales para expropiar a los pueblos dependientes. Por tanto, el “libre cambio” de marras destruye a las nacionalidades, exaspera el antagonismo de clases y, de contragolpe, acelera la revolución social.

Resultado de semejante política económica es la crítica y a la vez promissora realidad socio-política de nuestro país. Por lo que la dictadura de dichos monopolios instalada en la Argentina por el golpe de Estado del 28 de junio de 1966, ha decidido cambiar el aspecto recurriendo a dirigentes de organizaciones políticas y obreras con respaldo en los sectores populares, para desfibrar la resistencia de esos mismos sectores populares y establecer un régimen de apariencia democrática, pero que deje a los monopolios y a la oligarquía el gobierno real del país.

Si fracasa este conato de realizar un fraude al cual deben consentir los propios defraudados, esto es, los sectores populares, el gobierno se apresta a reformar *motu proprio* la Constitución escrita de 1853, con el propósito de reforzar la Constitución real entrañada en ella. O sea, inutilizará el derecho del pueblo a elegir los gobernantes, especialmente al presidente de la República. Porque bajo la jefatura de éste se hallan las armas del Estado y los poderosos instrumentos de la “política oculta”, a través de los cuales los monopolios instauran un Estado belicista contra los sectores populares, para impedir que sobrevenga un Estado de Justicia a favor de ellos, como debe ser y hacia lo cual marcha la civilización.

Para facilitar el cumplimiento de tal plan, el despacho de la mayoría de la comisión de juristas designada por el gobierno para aconsejar la reforma de la Constitución, dictaminó, con fecha 31 de mayo de 1971, lo siguiente:

- 1) Que habiendo ejercido la Junta de Comandantes la función constituyente, ya que dictó el Estatuto de la Revolución Argentina y éste fue acatado, puede en consecuencia seguir ejerciendo dicha función.
- 2) Que siendo valiosa, es inmodificable la parte dogmática de la Constitución, en la cual se garanten la “libertad económica” y la invulnerabilidad de la propiedad privada, pues los bienes particulares, según la Constitución de 1853, sólo pueden ser expropiados si previamente se paga cuanto valen. Es decir, la comisión de juristas estima inmodificables los

preceptos constitucionales que garanten la libertad económica y la propiedad de los monopolios, porque éstas son la libertad económica y la propiedad que están ahora en cuestión.

3) Que es modificable la parte orgánica de la Constitución, vale decir, donde se estructuran los poderes gubernativos y se determinan los modos de designar a sus titulares.

Los juristas que firman el despacho de la mayoría salvan su adhesión a la democracia aconsejando que la Junta de Comandantes sólo haga las veces de órgano preconstituyente –que en la Constitución que nos rige lo forman los dos tercios de los miembros de una y otra Cámara del Congreso–, o sea, indica que la Junta de Comandantes proponga las reformas constitucionales y que una Convención Constituyente o un plebiscito se encargue de aprobar o desechar tales proposiciones de reforma. Esto significa que incapacitan al pueblo para decidir acerca de tópicos atinentes a la Constitución real del país, en especial sobre el fin que la comunidad debe perseguir, y sobre la tenencia y función de los bienes básicos de producción³³. Pues los actuales Comandantes de las fuerzas armadas, fieles a los postulados de la Revolución Argentina –que fue un genuino golpe de Estado– no innovarán las estructuras de injusticia social y de dependencia económica, que son las verdaderas bases de la Constitución real que tiene el país y para cuyo afianzamiento se consumó el referido golpe de Estado.

Y como era de esperar, la Comisión Redactora del proyecto de reforma de la Constitución Nacional, desechando los miramientos democráticos de la Comisión Asesora de juristas, ha suprimido toda intervención del pueblo en la aprobación de dicha reforma³⁴. De este modo, pues, los Comandantes quedan en condiciones de decretar “reformas constitucionales” dirigidas a suprimir o desvirtuar la soberanía del pueblo.

³³ República Argentina, Ministerio del Interior, Comisión asesora para el estudio de la reforma institucional / Dictámenes y antecedentes, Buenos Aires, mayo de 1971, p. 17-27.

³⁴ República Argentina, Ministerio del Interior, *Enmienda Constitucional y Bases para la legislación electoral / Proyectos elevados al Excmo. Señor Presidente de la Nación Tte. Grl. D. Alejandro Lanusse* por la Comisión Coordinadora del Plan Político, Buenos Aires, octubre de 1971.

V

Santo Tomás de Aquino asevera que la “corrupción de la justicia tiene dos causas: la astucia del sapiente, que falsifica el recto enjuiciamiento, y la violencia de los poderosos, que subvierte lo que es justo”³⁵. Según nuestro saber, jamás nadie señaló con mayor exactitud las causas de la injusticia social.

Pues bien, a pesar de la violencia que han desatado las fuerzas que por salvar sus privilegios se oponen al irremisible progreso de la justicia, y a pesar de los planes destinados a conseguir que los sectores populares actúen en contra de sus propios intereses –planes fraguados por políticos, sociólogos, economistas y juristas al servicio de aquellas fuerzas–, fácil es prever, si se atiende el sentido que lleva el ritmo vertiginoso de la historia y el largo proceso de concientización política del pueblo argentino que remata en su reflexiva combatividad actual, que nuestro país está en vísperas de realizar la revolución social que necesita, mediante el acceso de los sectores populares al gobierno. Esto es, que pronto ha de cambiar su Constitución real y, por ende, ha de dictarse una nueva Constitución escrita que estructure el predominio político de los sectores populares y ordene la actividad y el uso de los bienes sociales con miras a establecer la justicia.

En esa Constitución escrita, los sectores populares deben instrumentalizar un gobierno democrático con las atribuciones necesarias para planificar la utilización de todos los recursos del país, con la finalidad de promover el desarrollo independiente y potente de la economía nacional, sin lo cual no hay posibilidad de efectuar la justicia. Y a los efectos de ejecutar con eficacia la planificación general, también debe instrumentalizar una descentralización operativa basada sobre las grandes regiones geoeconómicas del país, respetando la forma federal del Estado y el régimen municipal autónomo.

Asimismo, junto con el respeto y la promoción de los derechos humanos –cabalmente determinados por la Declaración de la Asamblea de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948–, se debe estimular la libertad creadora del pueblo.

Además, la nueva Constitución debe convertir en disposiciones rígidas las pautas legislativas que pasamos a enumerar:

1) Transformar los latifundios en propiedad de empresas de bien público y, en especial, de cooperativas integradas por los trabajadores de la tierra.

³⁵ Aquino, Santo Tomás de, *Expositio super Job ad litteram ...*, Cap. VIII, 1 (Edición Leonina, línea 50-52).

- 2) Expropiar los monopolios capitalistas poseyentes de medios de producción y distribución.
 - 3) Estatizar y cooperativizar la función de recoger y administrar el ahorro social.
 - 4) Estatizar la extracción, industrialización y comercialización de los materiales energéticos.
 - 5) Estatizar el comercio exterior.
 - 6) Proteger las pequeñas y medianas empresas agrarias, industriales y comerciales, otorgándoseles créditos para modernizar sus técnicas de trabajo, y crear cooperativas de producción y de distribución en las cuales dichas empresas se integren formando complejos de alta productividad.
 - 7) Realizar la “reforma urbana” para que cada habitante de las ciudades disponga de hogar higiénico y decoroso; a cuyo efecto el Estado financiará la construcción de viviendas por cooperativas y la compra por los inquilinos de las casas que habitan.
 - 8) Instituir la asistencia médica gratuita para el pueblo, y transformar en propiedad de cooperativas las fábricas de productos medicinales pertenecientes a los monopolios.
 - 9) Utilizar planificadamente todos los recursos sociales destinados a la educación –los del Estado federal, provincias, municipios e institutos privados– a fin de obtener de inmediato que en todas las regiones del país sus habitantes completen los estudios primarios, y también obtener, en breve plazo, que como mínimo cursen los estudios secundarios.
 - 10) Fundar universidades y modernizar las que haya, en las distintas regiones del país, orientando la formación profesional y las investigaciones científico-técnicas a las necesidades socio-económicas de las respectivas regiones.
 - 11) Transformar las academias en entidades del Estado y asignarles como función las investigaciones científicas de alto nivel.
 - 12) Realizar una política internacional orientada a obtener apoyos para promover el desarrollo económico autónomo del país.
- Este mañana histórico que prevemos para la Argentina será una realidad viviente cuando los sectores populares unifiquen su acción e impongan una nueva Constitución real sobre la base de su predominio político. Esta nueva Constitución real exigirá una Constitución escrita apropiada, cuyos principales elementos nos hemos permitido esbozar, recogiendo de la experiencia de nuestro tiempo y de la más genuina inteligencia nacional.

LA SOCIEDAD ABIERTA DE LOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES

UNA CONTRIBUCIÓN PARA LA INTERPRETACIÓN PLURALISTA Y “PROCESAL” DE LA CONSTITUCIÓN*

I. Tesis básica, estado del problema

1. *El planteamiento hasta ahora de la teoría de la interpretación constitucional*

La teoría de la interpretación se plantea hasta ahora fundamentalmente dos cuestiones:

- la cuestión de las funciones y objetivos de la interpretación constitucional¹;
- la cuestión de los métodos (procedimientos) de la interpretación constitucional (reglas interpretativas)².

Se ha descuidado el problema de la relación sistemática con la tercera (nueva) cuestión de los *participantes* de la interpretación constitucional,

* Publicado originalmente como: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*. Publicado en la revista *JZ*, 1975, pp. 297-305, y posteriormente integrado como capítulo quinto, con un apéndice, en el volumen *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1978, pp. 155-181; existe una 3.ª edición de esta obra (1998). La versión castellana fue publicada dentro del volumen recopilatorio *Retos actuales del Estado constitucional*, por el Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996, pp. 15-46. La traducción original así como la revisión han sido realizadas por el Dr. Xabier Arzoiz Santisteban (Universidad del País Vasco). Una versión se ha publicado, antes de ahora, en la Revista *Academia*, número 11, 2009, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Hoy, con conocimiento del autor, del traductor y de *Academia*, se autoriza esta nueva publicación para *Contextos*.

¹ Se mencionan como funciones: justicia, equidad, equilibrio de intereses, efecto satisfactorio y pacificador, razonabilidad (cfr., p. ej., *BVerfGE* 34, 269 [287 ss.] [= *JZ* 1973, 662, 665 con comentario de Kübler]), practicabilidad, adecuación objetiva, seguridad jurídica, calculabilidad, transparencia, capacidad de consenso, claridad de método, carácter abierto, establecimiento de unidad, “armonización” (Scheuner, *WVStRL* 20 [196], p. 125), valor normativo de la Constitución, corrección funcional, libertad básica efectiva, igualdad social, (“buen”) orden público justo/conforme con el bien común.

² Al respecto, fundamental Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 7.ª ed., 1974, pp. 20 ss. [La última y definitiva edición es la 20.ª, 1999. N. del T.].

una cuestión que la práctica suscita: de un inventario se desprende precisamente un grupo muy amplio, pluralista, a menudo difuso de participantes; este es motivo suficiente para que la teoría tematice explícita y centralmente la cuestión de los participantes, en especial en una perspectiva de teoría científica y democrática. La teoría de la interpretación estaba demasiado centrada en la “sociedad cerrada” de los intérpretes jurídicos de la Constitución³, y todavía reducía su perspectiva contemplando principalmente la interpretación de la *jurisprudencia* constitucional y el procedimiento formalizado.

Si una teoría de la interpretación constitucional quiere tomarse en serio el tema “Constitución y realidad constitucional” –piénsese en la demanda de incorporación de las ciencias sociales⁴, en las teorías jurídico-funcionales ya conocidas⁵, así como en los nuevos métodos de la interpretación referida a la opinión pública y el bien común⁶– entonces tiene que preguntarse más decididamente que hasta ahora, quién conforma la “realidad constitucional”.

2. Nuevo planteamiento y tesis

En este sentido, se plantea ahora la cuestión de los *participantes*, es decir, la cuestión de los participantes en la interpretación constitucional bajo el lema: ¡de la sociedad cerrada de los intérpretes constitucionales a la interpretación constitucional a través y para la sociedad abierta!

La tesis es: en los procesos de la interpretación *constitucional* se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales! La interpretación constitucional es un proceso *consciente*, aunque no tanto en la realidad, hasta ahora ha sido demasiadas veces una cuestión de una “sociedad cerrada”: de los intérpretes jurídicos “agremiados” de la Constitución y de los participantes *formales* en el proceso constitucional. En realidad, es más una cuestión de la sociedad abierta, es decir, de todas las potencias públicas –en la

³ Cfr. en cambio la figura de “todos los que piensan razonable y justamente” que apunta a “toda la comunidad” de Ehmke (*VVDStRL* 20 [1963], p. 53 (71 s., 133)). Se debería completar: “y de los que actúan razonable y justamente”.

⁴ Al respecto, la obra colectiva *Rechtswissenschaften und Nachbarwissenschaften* (ed. Grimm), vol. 1, 1973. Cfr. sin embargo también Schelsky, *JZ* 1974, pp. 410 ss.

⁵ Al respecto, Ehmke, *VVDStRL* 20 [1963], p. 53 (73s.); Hesse, *op. cit.*, pp. 29, 32 s. Sobre las repercusiones procesales (“procedere”) y sustantivas del reparto funcional de trabajo entre el Tribunal Constitucional Federal y “otros órganos constitucionales”: *BVerfGE* 36, 1 (14 s.); 35, 257 (261 s.); 4, 157 (168 s. [=JZ 1955, 417, 418]); 36, 342 (356 s.).

⁶ Al respecto, con pruebas P. Häberle, *Zeit und Verfassung*, *ZfP* 21 (1974), p. 111 (121 ss.). [Este artículo está incluido, con un apéndice (1978), en la obra *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3.^a ed., 1998. N. del T.].

medida en que son participantes *materiales*—, porque la interpretación constitucional contribuye a la Constitución recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista.

3. Explicación de la tesis, concepto de interpretación

El concepto de interpretación que aquí se toma por base necesita de una explicación que se puede resumir en la fórmula: quien “vive” la norma, (co-) interpreta también. Cada actualización de la Constitución (por cada uno) es al menos un fragmento de interpretación constitucional anticipada. Tradicionalmente, se designa como “interpretación” solamente una actividad dirigida consciente e intencionalmente a la comprensión y entendimiento de una norma (de un texto)⁷. La utilización de un concepto de interpretación así delimitado es también sensata: la cuestión del método, por ejemplo, sólo se puede plantear allí donde se interpreta conscientemente. Para una investigación realista de la realización de la interpretación puede ser necesario, sin embargo, un concepto más amplio de interpretación: ciudadanos y grupos, órganos estatales y publicidad* son “fuerzas de producción interpretativa”: intérpretes constitucionales en sentido *amplio*. Actúan por lo menos como “preintérpretes”; la responsabilidad corresponde a la justicia constitucional que interpreta “en última instancia” (salvo el valor normativo de los votos minoritarios). Si se quiere, se trata de una democratización de la interpretación constitucional⁸, como en realidad la teoría interpretativa tiene que ser garantizada desde la teoría democrática y viceversa. No hay interpretación alguna

⁷ Hesse, *Grundzüge*, p. 21, se basa en este concepto restringido de interpretación. Él designa lo que aquí se entiende como interpretación en sentido amplio, como “realización” (actualización) de la Constitución; similarmente, Hans Huber, que habla de “concretización en lugar de interpretación”, *GS für Imboden*, 1972, p. 191 (195). Sobre un concepto *más amplio* de interpretación *cfr.* también Ehmke, *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (68 s.); Scheuner, *ibid.*, p. 125.

* El término alemán Öffentlichkeit, central en este trabajo jurídico y en otras obras relevantes de las ciencias sociales (vid., p. ej., Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1.ª edición, 1962) ha sido vertido en esta traducción como “publicidad”, a pesar de que a menudo se ha venido traduciendo por “vida pública”, “esfera pública”, “público” y hasta a veces por “opinión pública”. Por una parte, la denotación principal de la palabra castellana era hace cien años “vida social pública”, sentido que conserva en alemán Öffentlichkeit, término formado por germanización del latinismo Publicität, trasladado a su vez de publicit . Por otra parte, utilizar la palabra castellana “publicidad” como un tecnicismo culto permite mantener importantes matices de la noción h berliana de Öffentlichkeit, como “publicidad pluralista” (pluralistische Öffentlichkeit). Repárese que el presente artículo se incorporó en un tratado más amplio titulado precisamente Constitución como proceso público, y que pone de manifiesto su concepción dinámica de la Constitución. Para el problema de la traducción del término alemán Öffentlichkeit puede consultarse la traducción castellana de la cita obra de Habermas (*Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Gustavo Gili, 6.ª edición), donde el traductor Antonio Dom nech justifica expresamente en una Advertencia (p. 40) la utilización sistemática de la palabra “publicidad” con la única excepción del título. N. del T.

⁸ Al respecto P. H berle, *Zeit und Verfassung, ZfP* 21 (1974), p. 111 (118 ss.).

de la Constitución sin los ciudadanos activos y las potencias públicas mencionadas.

Todo el que vive en y con el supuesto de hecho regulado por la norma es, indirectamente, y dado el caso también directamente, intérprete de la norma. El destinatario de las normas participa más intensamente en el proceso interpretativo de lo que se admite generalmente⁹. Dado que no solamente los intérpretes jurídicos de la Constitución viven las normas, tampoco son los únicos intérpretes, ni siquiera los primarios.

No se trata aquí solamente de la “práctica estatal”¹⁰ (por ejemplo, de la interpretación de los artículos 54 y ss. LF por el Presidente federal o del artículo 65 LF por el Canciller federal). En algunos derechos fundamentales, la interpretación (¿ya conscientemente?) se orienta de acuerdo con la forma en que los propios “destinatarios de las normas” llenan el ámbito vital protegido por el derecho fundamental. Así, el *Tribunal Constitucional Federal* (en adelante, TCF) determina el ámbito protegido por el artículo 4, apt. 1 y 2 LF con ayuda del autoentendimiento o concepción que de sí mismas tienen las iglesias, las comunidades religiosas e ideológicas¹¹. Parecida importancia podría alcanzar el autoentendimiento del artista en la interpretación de la garantía “abierta” de la libertad artística (Art. 5.3 LF)¹²; también en la libertad científica que debe verse pluralista y procedimentalmente orientada, con su concepto “abierto” de ciencia¹³ se plantea la cuestión de en qué medida ella misma tiene que ser necesariamente cointerpretada por las disciplinas científicas singulares (y sus metateorías), como en general, los derechos fundamentales han de ser interpretados de forma abierta en un sentido específico. En un sentido amplio,

⁹ Winter y Schumann, Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren, en: *Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsstheorie*, vol. 3, 1972, p. 529, reclaman para el ámbito del Derecho penal la participación intensiva de aquellos a los que se reprocha una infracción legal en el examen crítico y desarrollo del Derecho a través de la justicia.

¹⁰ De qué forma ésta influye en la interpretación, lo mostró ya G. Jellinek con la fuerza normativa de lo fáctico, *Allgemeine Staatslehre*, 3.a ed., 7.a reimpresión 1960, pp. 18 s., 332 ss.

¹¹ *BVerfGE* 24, 236 ss. (247 s.), con referencia característica a la “sociedad pluralista”; al respecto, mi comentario en *DÖV* 1969, p. 385 (388); Schlaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972, pp. 202 ss. y mi comentario en *ZevKR* 18 (1973), pp. 420 ss. Sobre la negación del autoentendimiento de las comunidades religiosas, tras el inicio de la lucha de las iglesias, en la jurisprudencia del Tribunal de Finanzas del Reich, Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974, pp. 290 s.

¹² Sobre el concepto constitucional de arte: Knies, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, 1967, esp. pp. 128 ss., 164 s., 172 s., 217 ss.; M. Heckel, *Staat, Kirche, Kunst*, 1968, p. 97: carácter abierto del concepto de arte de la Constitución.

¹³ Sobre la libertad de investigación ahora Schmitt Glaeser, *WissR* 7 (1974), pp. 107 ss., 177 ss.; *BVerfGE* 35, 79 (113); en el Art. 5.3 no se protege una determinada concepción de ciencia o una determinada teoría científica; ningún conocimiento científico se encuentra en principio aislado; compárese también el voto minoritario y su referencia al “pluralismo científico liberal”, a la ciencia como “proceso dialógico, por principio no introvertido de la búsqueda de conocimiento” (p. 157) así como a la libertad de configuración legislativa para la “reforma de las reformas” (p. 165). Para un concepto “abierto” de ciencia y libertad: Solte, *Theologie an der Universität*, 1971, pp. 30, 33 ss., cuyo concepto de una interpretación “neutral” de los derechos fundamentales es desde luego discutible.

se pueden mencionar aquí también la interpretación de los artículos 21¹⁴ y 38 LF orientada a la realidad de la moderna democracia de partidos, la enseñanza de los formadores profesionales¹⁵, el establecimiento de un concepto amplio de (libertad de) prensa y de su “función pública”¹⁶ o la interpretación de la libertad de coalición (Art. 9.3 LF)¹⁷, en la medida en que debe respetar el autoentendimiento de las coaliciones.

Esta relevancia de los *autoentendimientos* y del respectivo actuar de individuos y grupos, pero también de los órganos del Estado, es una forma sobresaliente y fructífera de la unión de interpretación en sentido amplio y estricto. El autoentendimiento se convierte en un “elemento material del derecho fundamental”¹⁸. También pertenece a él el papel realmente cointerpretativo del experto en el procedimiento legislativo y judicial. Esta *interacción* de intérpretes en sentido amplio y estricto no solamente tiene lugar allí donde está ya institucionalizada como del lado de los trabajadores y de los empresarios por los jueces en los tribunales de trabajo¹⁹. “Expertos” e “intérpretes” de la sociedad pluralista se convierten en intérpretes del Derecho estatal. Éste se muestra como pluralista no sólo en el momento del nacimiento, sino también en su desarrollo ulterior: ¡la teoría de la interpretación (constitucional), de la ciencia y de la democracia²⁰ conducen aquí a una comunicación específica entre Estado y Sociedad!

¹⁴ Al respecto Hesse, *op. cit.*, pp. 69 ss.; P. Häberle, *JuS* 1967, pp. 64 ss. P. ej., ahora se deduce una protección de rango constitucional de los grupos parlamentarios de la regulación del *Bundestag* (*BVerfGE* 20, 56 [104] [= *JZ* 1966, 517, 518] y (!) del Art. 21 LF; su “constitucionalización” en el Art. 53 a, 1, segunda frase LF (cfr. ya *BVerfGE* 27, 44 [51 s.] [= *JZ* 1969, 631, 632], al respecto *mi* artículo *JZ* 1969, p. 613 s. con nota núm. 10) fue posterior al Reglamento del *Bundestag*.

¹⁵ Le corresponde en cualquier caso solamente una importancia limitada: *BVerfGE* 7, 377 (397); 21, 173 (180); 34, 252 (256); Maunz/Dürig/Herzog, *Grundgesetz*, Art. 12, marginales 24 ss.

¹⁶ Al respecto, *BVerfGE* 34, 269 (283); 12, 113 (125 s.) [= *JZ* 1961, 535, 536 con comentario Ridderl] y *mi Öff. Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 582 ss. [Existe una segunda edición de esta obra háberliana publicada en 2006, completada con un apéndice. N. del T.].

¹⁷ Inicios en *BVerfGE* 4, 96 (108); 18, 18 (32 s.) [= *JZ* 1965, 103, 106, al respecto, Herschel, p. 81]; 34, 307 (316 s.) así como en Lerche, *Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfrechts*, 1968, p. 53; Scholz, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, 1971, pp. 43 ss., 93. Cfr. también el argumento de falta de “acogida aprobatoria” por los grupos implicados en *BVerfGE* 34, 293 (304 s.) [= *JZ* 1973, 311, 313 con anot. de Schumann] y de la “convicción general de la abogacía”: *BVerfGE* 36, 212 (221). Exhaustivos análisis de la jurisprudencia mostrarían dónde las opiniones (jurídicas) de los grupos implicados son, entre otras, utilizadas por los tribunales (compárese también § 346 HGB). Especialmente la formación del Derecho consuetudinario podría revelarse como un “filón”. Se plantea la cuestión general de cuándo y qué autoentendimientos practicados por los grupos (marginales) pluralistas pueden, incluso tienen que, ser incorporados en la interpretación constitucional; es también un problema del principio de igualdad.

¹⁸ Expresión de F. Müller, *Juristische Methodik*, 1971, pp. 30 ss., 37 s.

¹⁹ Al respecto, Schlaich, *op. cit.*, pp. 66 ss.

²⁰ Sobre la teoría de la ciencia de Popper como “filosofía de la democracia” *infra* nota 70.

II. Los participantes en la interpretación constitucional

1. Observación metódica preliminar

La investigación sobre quién participa en este sentido realmente en la interpretación de la Constitución es expresión sociológica (constitucional) y consecuencia del concepto “republicano”, interpretación abierta, que ha de verse como finalidad de toda interpretación constitucional. Si se habla de que “el tiempo”, “la sociedad pluralista”, “la realidad” plantean problemas constitucionales y despliegan material para la interpretación constitucional, sus necesidades y posibilidades²¹, entonces estos conceptos pueden ser entendidos solamente como cifras provisionalmente abstractas. Una teoría constitucional que se concibe (también) como ciencia de la experiencia, tiene que estar preparada y por principio estar en la situación de indicar de *qué concretas personas* (grupos) y factores se compone la opinión pública, qué tipo de realidad es, de qué forma actúa en el tiempo, qué posibilidades y necesidades existen. La cuestión de los participantes en la interpretación constitucional debe plantearse, en primer lugar, en un sentido puramente sociológico, científico-experimental²². Es decir, se pregunta realísimamente qué interpretación existente previamente ha surgido de qué forma, a través de qué elementos de la opinión pública, a través de qué aportaciones de la ciencia han sido de hecho influidos los jueces constitucionales –o las instancias que en su caso decidan de forma vinculante– en su interpretación²³. Esta cuestión ya es un enriquecimiento y complemento de la teoría constitucional que se pregunta por las finalidades y métodos –y con ello por la “buena” interpretación–; posee una función auxiliar, informativa, una especie de “función de enlace”.

Las cuestiones de los objetivos y métodos y de los participantes en la interpretación constitucional se pondrán posteriormente en una relación sistemática, de la que resulten consecuencias y nuevos planteamientos para la interpretación “jurídica” de la Constitución y para la teoría constitucional.

²¹ Al respecto, *mi* trabajo en *ZfP* 21 (1974), pp. 111 ss.

²² Precisamente bajo el aspecto de la cuestión aquí planteada de los participantes, parece interesante la aproximación desde la sociología de la decisión de Lautmann, el cual investiga las expectativas de comportamiento en dirección al juez de los participantes en el procedimiento y del entorno más amplio (*Jahrbuch f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. I, 1970, pp. 383 ss.). *Cfr.* sin embargo también la crítica de Schelsky, *JZ* 1974, p. 410 (412) al “predominio en la teoría jurídica de la ‘teoría de la decisión’ del juez” con referencia al “procedimiento dialécticamente dispuesto de racionalización” de la colaboración procesal de acusadores, defensores y jueces.

²³ Al respecto, con algún material *mi Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, especialmente sobre la fuerza normativa de la práctica estatal, de la publicidad y de los intereses públicos, pp. 475 ss., 678 ss. y 418 s., 558 ss., 572, 584 s., 589 ss. y 215 ss., 260 ss.

2. Tabla sistemática

El intento de un planteamiento sistematizador de los *participantes* en la interpretación constitucional arroja la siguiente tabla provisional:

1) Las funciones estatales:

a) funciones de decisión vinculante en última instancia: el *Tribunal Constitucional Federal* (claro está que “relativizado” mediante el propio voto minoritario y por ello “abierto”);

b) funciones a las que remite la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LF) para una decisión vinculante pero revisable: la *jurisprudencia*, el *legislativo* (según el ámbito en diferente medida), el *ejecutivo*, especialmente en la (pre-) formulación de los intereses públicos²⁴.

2) Los *participantes* –no necesariamente estatales– en las decisiones de 1 a) y b), es decir:

a) solicitantes y opositores a la solicitud, recurrente (p. ej., amparo constitucional), demandante y demandado, que fundamentan sus alegaciones y obligan al juez a una toma de posición (a un “diálogo jurídico”);

b) otros participantes en el procedimiento, legitimados a manifestarse y a intervenir según la Ley del Tribunal Constitucional Federal (p. ej., §§ 77; 85.2²⁵; 94.1-4; 65; 82.2; 83.2; 88; 94.5), “invitados” a asistir por el Tribunal Constitucional Federal (p. ej., § 82.4 LTCF);

c) peritos (p. ej., en comisiones de investigación, § 73 a Regl. *Bundestag*);

d) peritos y representantes de intereses en *hearings* (§ 73.3 Regl. *Bundestag*, § 40.3 Regl. *Bundesrat*), peritos judiciales²⁶, asociaciones (Anexo 1 a Regl. *Bundestag*: registro de asociaciones y sus representantes), partidos políticos, grupos parlamentarios (influyen también especialmente a través del “largo brazo” de la elección de magistrados del TCF)²⁷;

e) *lobbyistas*, “delegaciones” (§ 10 Regl. Gobierno Federal);

f) participantes en el procedimiento administrativo dispuesto de forma participativa²⁸.

3) La *publicidad* democrática –pluralista–, el proceso político como “gran estimulador”: medios (prensa, radio, televisión) que son participantes procedimentales no en sentido estricto, periodismo profesional por un lado, expectativas de los lectores, cartas al director de los lectores por otro

²⁴ Al respecto, con más pruebas extraídas de la realidad jurisprudencial de los tribunales administrativos: *mi Öff. Interesse*, pp. 475 ss, 678 ss.

²⁵ De la praxis del Tribunal Constitucional Federal: *BVerfGE* 36, 342 (352 s., 354 s.).

²⁶ Reveladora es la “reserva de perito” incorporada por el TCF en *BVerfGE* 35, 202 (219).

²⁷ Y de forma absolutamente consecuente, al respecto *mi* comentario en *JZ* 1973, 451 (453). En el sentido de una vinculación política (partidista) ya Drath *VVDStRL* 9 (1952), p. 17 (102, 106 nota 25).

²⁸ Sobre el problema: Schmitt Glaeser, *VVDStRL* 31 (1973), pp. 179 ss. *Cfr.* también la tipología en *mi Öff. Interesse*, pp. 88 ss.

lado, iniciativas ciudadanas, asociaciones, partidos políticos fuera de su participación organizadora (compárase 2 d), iglesias, teatro, editoriales, centros de formación de adultos, pedagogos, agrupaciones de padres²⁹. 4) (A clasificar entre 1., 2., 3. en la forma que debe aclararse todavía) la *teoría del Derecho constitucional* posee una posición especial, porque tematiza la participación de las otras fuerzas, y ella misma participa también en diversos niveles.

3. Explicación de la tabla sistemática

De este cuadro de conjunto se evidencia que la interpretación constitucional no es ni teórica ni prácticamente un proceso estatal “exclusivo”. Todas las fuerzas de la comunidad política tienen potencialmente acceso a él³⁰. El ciudadano que interpone un recurso de amparo constitucional³¹ es tan intérprete constitucional como el partido político que plantea un conflicto de competencias entre órganos constitucionales³² o contra el que se tramita un procedimiento para su prohibición. Hasta ahora domina una reducción demasiado intensa del proceso de la interpretación constitucional a los órganos *estatales* o los participantes inmediatos en el procedimiento, una fijación al “oficio” de la interpretación constitucional, a la cooperación jurídico-funcional de las funciones estatales, a pesar de lo importante que ésta pueda ser. Interpretación constitucional es, sin embargo, un “asunto” que incumbe potencialmente a cada uno y a todos. Los citados grupos, individuos, etc., pueden ser designados como intérpretes “mediatos” o que operan a largo plazo. La configuración de la realidad de la Constitución deviene también un fragmento de interpretación de las normas constitucionales “correspondientes”.

También en y detrás de las funciones estatales (legislación, jurisprudencia, gobierno y administración) han de verse las personas concretas, los parlamentarios, los funcionarios de la Administración, los jueces³⁴

²⁹ Ilustrativa es la atribución de legitimación procesal activa reclamada ahora por las agrupaciones de padres, *FR* de 18 de marzo de 1975, p. 4.

³⁰ *Cfr.*, sin embargo, el rechazo de Forsthoff a una “democratización” de la interpretación constitucional p. ej. con respecto a los politólogos, en: *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, p. 69; al respecto *mi* crítica en: *ZHR* 136 (1972), p. 425 (443).

³¹ Si se toma en serio la solicitud de diálogo jurídico de A. Arndt, entonces los “que piensan razonable y justamente” en el sentido de Ehmke tienen que ser, por de pronto, los participantes en el procedimiento, *cfr.* Roellecke, *FS für Gebh. Müller*, 1970, p. 323 (328 s.).

³² Lautmann, *Justiz - Die stille Gewalt*, 1972, p. 118, califica las partes del proceso de “proveedores de alternativas”.

³³ En el sentido de *BVerfGE* 4, 27 (30); 20, 56 (113 s.), jurisprudencia constante.

³⁴ *Cfr.*, al respecto, el intento de Kommers, “The Federal Constitutional Court in the West German Political System”, en: *Frontiers of judicial research* (eds. Grossman y Tannenhaus), 1969, pp. 73 ss., de investigar con el enfoque behaviorista de la sociología judicial americana las ideologías de los magistrados constitucionales. Críticamente al respecto Wittig, *Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des BVerfG?*, *Der Staat* 8 (1969), p. 137 (156 s.). Sobre los diferentes enfoques de las ciencias del comportamiento y

(*personalización* de la interpretación constitucional). El llamado debate constitucional del Bundestag alemán de febrero de 1974³⁵ es una interpretación constitucional anticipada. Los parlamentarios son aquí intérpretes de la Constitución. Sus declaraciones –aún sin tener un alcance jurídico formal– pueden repercutir en la práctica administrativa, en la interpretación de los órganos del Estado, p. ej., en la discutida cuestión de la contratación de enemigos de la Constitución en la función pública. El *proceso político*, es de *constitutione lata* un fragmento de interpretación constitucional³⁶ más intensamente de lo que comúnmente se acepta (“política como interpretación constitucional”)³⁷. El “proceso político” no está excluido de la Constitución, sino que es uno de sus más fundamentales ámbitos vitales y funcionales, una parte nuclear en el verdadero sentido de la palabra: comparable a una bomba para elevar agua. Tienen lugar aquí movimientos, innovaciones, cambios, pero también “confirmaciones”, que constituyen más que mero “material objetivo” para la (posterior) interpretación constitucional; son una parte de la interpretación de la Constitución, porque en su marco la realidad pública se crea y se transforma a menudo imperceptiblemente. Aunque la libertad de configuración que posee el legislador “como” intérprete de la Constitución se diferencia cualitativamente de la libertad de movimiento que en la interpretación dispone el juez constitucional, porque su amplitud se delimita en cada caso de forma técnicamente muy distinta³⁸, esto no significa, sin embargo, que tenga que existir una diferencia notable también cuantitativamente. El “proceso político” no es ningún espacio externo a la Constitución; formula puntos de vista, pone en marcha evoluciones que son constitucionalmente relevantes también cuando *después* el intérprete-juez constitucional declara que es asunto del legislador decidir de esta o de aquella manera, en el marco de las alternativas conformes con la

su crítica, compárese también Rottleuthner, *Richterliches Handeln*, 1973, p. 61 ss.

³⁵ Sesión núm.79 del séptimo *Bundestag* de 14 de febrero de 1974, informe taquigráfico, p. 5002 (B), con la contribución, estimada por todos como excelente, del ministro bávaro de cultura H. Maier, p. 5089 (C), *cf.* también Ehmke, sesión núm. 80 del séptimo *Bundestag* de 15 de febrero de 1974, informe taquigráfico, p. 5139 (C) ss., 5140 (C).

³⁶ También Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, 1968, investiga principalmente la influencia del TCF en el proceso político.

³⁷ No solamente existe política por medio de la interpretación constitucional, ¡también hay interpretación constitucional por medio de la política!

³⁸ Para el legislador “técnicamente” mediante el control del TCF, “no técnicamente” por medio de elecciones, la solidez de las coaliciones, la formación de la voluntad en el interior del partido; para el juez constitucional no hay ningún control “técnico”. Desde luego se encuentra vinculado a “la publicidad”, pero ésta se estructura en relación a él de distinta forma, a causa de su concepción profesional, su socialización en la ciencia jurídica constitucional, las expectativas profesionales y colegiales de comportamiento a las que se encuentra sometido (al respecto, en otro orden de cosas F. Kübler, *Kommunikation und Verantwortung*, 1973).

Constitución³⁹. El legislador crea un fragmento de publicidad y realidad sobre la Constitución, pone acentos para el *desarrollo* posterior de los principios constitucionales⁴⁰. Opera como precursor de la interpretación constitucional y de la “transformación constitucional”⁴¹. Interpreta la Constitución –revisablemente–, por ejemplo, en la concretización de la función social de la propiedad. Sus decisiones meramente *conformes* con la Constitución son por entero constitucionalmente relevantes y jalonan ulteriores desarrollos de la realidad y la publicidad de la Constitución a medio o también largo plazo. Ocasionalmente se convierten en *contenido* de la Constitución.

La propia ciencia del Derecho constitucional es un factor esencial y participante activo. La jurisdicción constitucional es un catalizador esencial, aunque no el único, de la ciencia del Derecho constitucional como interpretación de la Constitución⁴². Su influencia efectiva (en la interpretación constitucional) plantea la cuestión de su legitimación al respecto, una cuestión que, desde luego, se tiene que plantear también en relación con todas las otras fuerzas participantes en la interpretación constitucional y que genéricamente conduce a la cuestión de la valoración del inventario realizado.

III. Valoración del inventario

1. Posibles objeciones, crítica

Una objeción podría decir: la interpretación constitucional “se disuelve” en una diversidad de interpretaciones y de intérpretes *diferentes*, según qué *función* actúe. Precisamente una teoría constitucional que contempla como función el establecimiento de la unidad política y que recalca el principio de la unidad de la Constitución tiene que hacer frente a esta crítica, ciertamente no intentando “sólo” un inventario realista. Las objeciones han

³⁹ Sobre la figura argumentativa de la “alternativa” en el proceso interpretativo: Esser, *Vorverständnis*, p. 65 s., 132, 151 (con referencia a Popper); más genéricamente *BVerfGE* 24, 300 (348 [= *JZ* 1969, 557, 561, al respecto Randelzhofer, p. 533]); corresponde a la función de los partidos políticos que éstos ofrezcan “alternativas políticas para todos los ámbitos de la vida abiertos a una configuración estatal”. Cfr. también el caso especial de “alternativa”: interpretación judicial/proyecto de ley (¿deber de espera?), *BVerfGE* 34, 269 (291 s.).

⁴⁰ Sobre ellos P. Häberle, *AöR* 99 (1974), pp. 437 ss.

⁴¹ Al respecto, mi tesis doctoral, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 1.a edición 1962, 2.a edición revisada 1972, pp. 178, 213 ss. [Existe 3.a edición ampliada, 1983, N. del T.]

⁴² Ejemplos famosos: la *recepción* de la concepción de los derechos fundamentales de Dürig (Maunz / Dürig / Herzog, Art. 1, marginales 5 ss.) por el TCF (*BVerfGE* 7, 198 [204 ss.], 21, 362 [371 s.] [= *JZ* 1967, 599, 601]), del “principio de la unidad de la Constitución” (*BVerfGE* 36, 342 [362]; 19, 206 [220]; 1, 14 [31 s.]), de la concepción del Estado de partidos de Leibholz (*BVerfGE* 1, 208 [223 ss.]; 2, 1 [11, 73 s.]; 11, 266 [272]; 20, 56 [100]; 32, 157 [164], con una referencia a K.-U. v. Hassel, cuya manifestación opera como interpretación constitucional en sentido amplio), de la “actitud de buena disposición con la Federación” en el sentido de Smend (*BVerfGE* 12, 205 [254]).

de ser abordadas en el marco de una valoración diferenciada que tiene que preguntarse, en primer lugar, por la legitimación de los diferentes intérpretes constitucionales.

La *cuestión de la legitimación* se plantea para todas las fuerzas no “nombradas”, intérpretes constitucionales “formal”, “oficial”, “competentemente”. La competencia formal constitucional sólo la poseen los órganos (autoridades) que están “vinculados” a la Constitución y que la deben “ejecutar” conforme a un procedimiento preestablecido – legitimación a través del procedimiento (constitucional)⁴³–, es decir, los órganos del Estado (Art. 20, apt. 2 y 3 LF: vinculación al ordenamiento constitucional, a la ley y al Derecho). Pero también los parlamentarios (Art. 38.1 LF) están vinculados a la Constitución, en la medida en que no pretenden reformas constitucionales. Vinculados a la Constitución están también los partidos políticos, grupos, ciudadanos, aunque en distinta medida y no siempre directamente, la mayoría de las veces sólo indirectamente a través del poder –sancionador– del Estado. Aquí un menor grado de legitimación parece corresponder también, por de pronto, a un menor grado de vinculación.

2. Legitimación desde el punto de vista de la teoría jurídica, normativa e interpretativa

La relación de correspondencia de vinculación (a la Constitución) y legitimación (para la interpretación constitucional) pierde, sin embargo, fuerza como enunciado, cuanto más se toman en consideración recientes conocimientos de la teoría interpretativa. La interpretación es un proceso abierto, no un sometimiento pasivo, no la recepción de una orden⁴⁴. Conoce posibilidades alternativas. La vinculación se convierte en libertad en la medida en que la reciente concepción sobre la interpretación ha refutado la ideología de la subsunción.

La ampliación aquí realizada del grupo de intérpretes es sólo la consecuencia de la incorporación universalmente secundada de la realidad en el proceso interpretativo⁴⁵. Porque los intérpretes en sentido amplio constituyen un fragmento de esta realidad pluralista. Tan pronto como se

⁴³ Tanto el concepto de legitimación como el de procedimiento tienen que ser entendidos en un sentido más material que en Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, al respecto *infra* nota 48.

⁴⁴ Al respecto, sobre todo la discusión sobre la interpretación dirigida por Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, antes ya *Grundsatz und Norm*, 1956; Ehmke, *VVDStRL* 20 (1963), pp. 53 ss.; Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967; F. Müller, *Juristische Methodik*, 1971; Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5.a ed., 1974.

⁴⁵ Al respecto, Hesse, en: *FS für Scheuner*, 1973, p. 123 (137 s.); *cfr.* también H. H. Klein, *BVerfG und Staatsraison*, 1968, pp. 15, 16 ss., 29 (también con respecto a mi comentario *DÖV* 1966, pp. 660 ss.), al respecto *mi* comentario *DÖV* 1969, pp. 150 s.

reconoce que la norma no es algo preestablecido, simple y acabado, se plantea la cuestión de los que participan personal y funcionalmente en su “desarrollo”, las fuerzas activas del “*law in public action*” (¡personalización y pluralismo de la interpretación constitucional!).

Cada intérprete es guiado por la teoría y la práctica. Esta práctica, sin embargo, no es desarrollada esencialmente por los intérpretes oficiales, “profesionales”.

La vinculación judicial solamente a la ley y la independencia personal y objetiva de los jueces no puede llamar a engaño sobre el hecho de que el juez interpreta en la publicidad y realidad de la Constitución⁴⁶. Sería falso ver las influencias, expectativas, presiones sociales a los que el juez está expuesto solamente bajo el aspecto de la amenaza a su independencia⁴⁷. Estas influencias contienen también un fragmento de legitimación⁴⁸ e impiden una arbitrariedad⁴⁹ de la interpretación⁵⁰. La garantía de la independencia judicial solamente es soportable porque otras funciones estatales y la publicidad pluralista proporcionan material “para” la ley.

Esto es la deducción ideológica de la tesis de que *todos* estarían inmersos en el proceso de interpretación constitucional. ¡Incluso los mismos no afectados inmediatamente por una interpretación! El grupo de los que participan en la interpretación constitucional es también tan abierto como

⁴⁶ Esto pasa por alto el análisis de Massing, *Recht als Korrelat der Macht?*, en: *Der CDU-Staat*, editado por Schäfer y Nedelmann, 1967, p. 123, que contempla en la “autonomía interpretativa” del TCF “el verdadero poder del ‘soberano oculto’” (p. 129). La afirmación de que la soberanía se ha trasladado del pueblo a otras instancias, “principalmente a la jurisdicción constitucional” (p. 142), parte de un concepto discutible de soberanía popular (al respecto más tarde), que no puede captar la forma en que el proceso democrático incide en la publicidad pluralista.

⁴⁷ Cfr. Bachof, *FS für Hans Huber*, 1961, p. 26 (43): aunque el juez no puede dejarse influir en un caso concreto por la opinión pública, “está, sin embargo, como con las partes del proceso, como con los colegas del propio tribunal, como con la pluralidad de todos los tribunales situados al mismo, superior o inferior nivel, como con el mundo jurídico especializado y con la ciencia, también con el pueblo, con la opinión pública, en una comunicación constante, en cierto modo en un ‘diálogo’ duradero”. Bachof considera incluso la oportunidad de alcanzar en los tribunales una más pura comunicación que en el parlamento.

⁴⁸ También la “legitimación por el procedimiento” en el sentido de Luhmann es legitimación por la *participación* en el procedimiento. Sin embargo, se trata aquí de algo fundamentalmente distinto: participación en el procedimiento no debe elevar la disposición para la disminución de las decisiones y para la asimilación de los desencantos (así Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, pp. 27 ss., 107 ss.). Legitimación, que no solamente sea entendida formalmente, resulta de la cooperación, es decir, de la influencia cualitativo-material de los participantes en la decisión. No se trata del aprendizaje por los participantes, sino del aprendizaje por el tribunal de los participantes. (Para una crítica de Luhmann a este respecto Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, pp. 202 ss. y Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, pp. 141 ss.).

⁴⁹ Una teoría jurídica que se limite a ser lógica normativa corre el peligro de no ver la dependencia social de la jurisprudencia. De la refutación de la ideología de la subsunción *no* se desprende que “los órganos encargados de la aplicación del Derecho actúen como generadores de azar” (Podlech, *AöR* 95 [1970], p. 185 [190 s.]). Compárese al respecto también Schefold, *JuS* 1972, p. 1 (6).

⁵⁰ Esto significa al mismo tiempo que la búsqueda crítica de las influencias *unilaterales* e ilegítimas en la formación de las decisiones judiciales (de la reciente sociología judicial Kaupen y Rasehorn, *Die Justiz zwischen Obrigkeitstaat und Demokratie*, 1971) es justificada y necesaria.

abierta es, material y metódicamente, la interpretación constitucional. Pues se trata de la Constitución como proceso público⁵¹. Frente a la objeción de que se pierde la unidad de la Constitución habría que remitirse a la existencia general –activa en el futuro– de reglas interpretativas, al “concierto” que mediante la colaboración de diversos intérpretes constitucionales resulta de su respectiva función propia, remitirse sobre todo al carácter abierto de la Constitución, cuyo “vestido” muchos “bordan”, ¡no solamente el jurista constitucional! La “unidad de la Constitución”⁵², si es que surge, lo hace a partir de la suma de los procedimientos y funciones de muchos intérpretes constitucionales; a este respecto tienen que incorporarse consideraciones de teoría constitucional, especialmente de teoría democrática.

3. Legitimación desde consideraciones de la teoría constitucional

La legitimación teórico-constitucional fundamental de la participación más o menos intensa de todas las fuerzas pluralistas en el “asunto” de la interpretación reside en el hecho de que estas fuerzas son un *fragmento* de publicidad y realidad de la Constitución, no como “hecho aceptado”, como *factum brutum*, sino en el marco de la Constitución: la incorporación por lo menos mediata de la *res publica* en la interpretación constitucional en general es expresión y consecuencia de la concepción aquí defendida, amplia, abierta, colocada en el campo de tensión de lo posible, lo real y lo necesario, de la Constitución⁵³. Una Constitución que no solamente estructura el Estado en sentido estricto sino también la publicidad y compone la sociedad, que incorpora inmediatamente los ámbitos de lo privado, no puede hacer esto sólo de forma pasiva, tratar las fuerzas sociales y privadas como objetos. Tiene que incorporar éstas también *activamente*: como sujetos.

Pensada desde la realidad y publicidad constituida –en la cual el “pueblo” actúa pluralmente, en el punto de partida de manera difusa, pero en el punto final “concertadamente”–, todas las fuerzas relevantes de hecho tienen relevancia teórica para la interpretación constitucional. La praxis se convierte aquí en legitimación de la teoría, no a la inversa. Ya que estas fuerzas fundamentan una parte de la realidad y publicidad

⁵¹ Al respecto, *mi* artículo Öffentlichkeit und Verfassung, *ZfP* 16 (1969), pp. 273 ss. [Este artículo está incluido, con un apéndice de 1976, en la obra *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3.ª ed., 1998. N. del T.].

⁵² Al respecto: Hesse, *Grundzüge*, pp. 5 ss., 28.

⁵³ Al respecto: P. Häberle, *ZfP* 21 (1974), p. 111 (121 s.); *id.*, Comentario de Hartwich, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo*, 1970, en: *AöR* 100 (1975), pp. 333 ss.

constitucional, participan también en la *interpretación* de la realidad y la publicidad de la Constitución. Incluso si estuvieran excluidas: como los partidos políticos que deben ser prohibidos por el TCF y que están entonces prohibidos. Justamente éstos obligan a la reflexión sobre el contenido de la Constitución e influyen a través de su existencia en el desarrollo del autoentendimiento de la comunidad liberal-democrática⁵⁴. Limitar la interpretación constitucional a los intérpretes estatales “gremiales”, acreditados funcional-jurídicamente, sería empobrecimiento o autoengaño. Especialmente una concepción más experimental⁵⁵ de la ciencia del Derecho constitucional como ciencia normativa y de la realidad no puede renunciar a la fantasía y fuerza creadora de los intérpretes “no gremiales” en el proceso de la interpretación constitucional.

La Constitución es, en este sentido, espejo de la publicidad y de la realidad. Pero no es solamente espejo, es también fuente de luz, si se permite esta comparación algo gráfica. Tiene función de dirección⁵⁶.

Una cuestión especial concierne a la legitimación de la ciencia del Derecho constitucional. Tiene función de catalizador y actúa introduciéndose especialmente en todos los ámbitos de la interpretación, porque –públicamente– refleja de forma metódica la interpretación constitucional y, al mismo tiempo, configura la formación de los intérpretes “oficiales”. ¿Cómo se puede fundamentar una eventual legitimación especial? Por la vía del propio artículo 5.3 LF. La Constitución como objeto es (también) una cuestión de la ciencia. El ámbito de la ciencia tiene que ser contemplado a través del artículo 5.3 LF como una parte integrante autónoma de la comunidad política. La –relativa– autonomía de esta “cosa” se encuentra desde un principio pensada por la Ley Fundamental; se legitima menos “desde afuera” que por procedimientos y mecanismos de control internos y específicos de la ciencia⁵⁷. También tiene que ser tarea de la ciencia formular sus contribuciones y hacerlas accesibles de tal manera

⁵⁴ El debate constitucional del *Bundestag* de 14/15 de febrero de 1974 es también aquí un ejemplo. Sólo es una parte de la discusión constitucional que se ha establecido en todos los niveles y en todos los ámbitos de la comunidad política ante la confrontación con alternativas radicales.

⁵⁵ Sobre este intento del racionalismo crítico de acoger las peticiones de una “sociedad abierta” en la teoría constitucional, *mi* trabajo en *ZfP* 21 (1974), pp. 111 (132 s.).

⁵⁶ Sobre este concepto de la Constitución, Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959; P. Häberle, *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (56 s.).

⁵⁷ A este respecto: F. Kübler, *Kommunikation und Verantwortung*, 1973, pp. 38 ss.; compárese también Luhmann, *Selbststeuerung der Wissenschaft*, en: *Soziologische Aufklärung*, 1970, pp. 232 ss. Sobre la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho público como posible “punto de partida institucional para el conocimiento y conciencia teórico-constitucional de nuestra comunidad democrática”: Ehmke, *loc. cit.*, p. 133. Para Popper la “objetividad científica”... no es “resultado de la imparcialidad del científico individual..., sino resultado del carácter social o público del método científico; y la imparcialidad del científico individual, en la medida en que existe, no es la fuente, sino más bien el resultado de esta objetividad social o institucionalmente organizada de la ciencia” (*Die offene Gesellschaft und ihre Feinde* [versión castellana: *La sociedad abierta y sus enemigos*], vol. II, *Falsche Propheten*, 1958, p. 270).

que sean criticables para la publicidad. El concepto de enseñanza del artículo 5.3 LF juega un papel que no debe subestimarse: contiene un mandato de formación dirigido a la ciencia constitucional que se resalta expresamente a través de la cláusula de lealtad⁵⁸.

4. En especial: consideraciones teórico-constitucionales como legitimación

En el Estado constitucional democrático la cuestión de la legitimación debe plantearse, todavía una vez más, especialmente desde puntos de vista democráticos (de la teoría democrática). La ciencia del Derecho constitucional, las llamadas ciencias de la realidad que le “proveen”, los ciudadanos y grupos no tienen una legitimación democrática, entendida en sentido tradicional, para la interpretación constitucional. Pero la democracia no se desarrolla solamente a través de la relación, formalizada, canalizada, concebida en sentido estricto, de delegación y responsabilidad del pueblo a los órganos estatales (legitimación a través de las elecciones)⁵⁹ hasta el intérprete constitucional “competente” en última instancia, el TCF⁶⁰. Se desarrolla en una comunidad abierta también en las formas mediatizadas “más finas” del proceso público pluralista de la política y la praxis diaria, especialmente en la realización de los derechos fundamentales, frecuentemente aludido en la “vertiente democrática” de los derechos fundamentales⁶¹: a través de las controversias sobre las alternativas, las posibilidades y necesidades de la realidad y también el “concierto” científico sobre las cuestiones constitucionales, en el que no hay ni puede haber apenas “pausas” y “fermatas” y ningún director⁶². El “pueblo” no es precisamente sólo una majestad unitaria que “emana” (sólo) el día de las elecciones, que proporciona como tal legitimación democrática⁶³. El pueblo como majestad pluralista no está menos

⁵⁸ Sin embargo, la formación previa correspondiente de los jueces constitucionales no es ningún presupuesto cualificador. Cfr. en cambio el requisito de “conocimientos específicos de Derecho público” y el requisito, lleno de referencias, de “personas con experiencia en la vida pública” de algunas leyes sobre los Tribunales Constitucionales de los *Länder* (p. ej., § 3, apt. 1, frase 1.a de la Ley del Tribunal Constitucional de Hamburgo) y en § 3, apt. 2 de la versión antigua de la LTF. Cfr. todavía la nota 89 *in fine*.

⁵⁹ Cfr. ahora sobre esa problemática la sentencia del Tribunal Constitucional de Bremen sobre la formación de los juristas, *NJW* 1974, 2223 (2228 ss.); compárese también *BVerfGE* 33, 125 (158) (decisión del médico especialista, al respecto, *mi comentario DVBl.* 1972, p. 909 [911]).

⁶⁰ La investigación de Billing, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, 1969, parte demasiado de esta idea, pp. 93 ss. (sin embargo, diferenciadamente en p. 116).

⁶¹ Sobre la controversia cfr. por un lado Hesse, *Grundzüge*, pp. 122 s.; P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie*, pp. 17 ss.; por otro H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1971 (al respecto *mi* *recensión DÖV* 1974, pp. 343 ss.), por último E.-W. Böckenförde, *NJW* 1974, pp. 1529 ss.

⁶² Que la interpretación constitucional, como es entendida aquí, se convierta en “*bellum omnium contra omnes*” de las opiniones científicas y políticas” (al respecto, Schefold, *JuS* 1972, 1 [8]), tiene que (y solamente puede) evitarlo la ahora muy invocada “solidaridad de los demócratas”.

⁶³ Por eso, la cuestión de la legitimación democrática de la jurisprudencia no se puede constestar defini-

presente y no es menos legitimador de las interpretaciones en el proceso constitucional: “como” partido político⁶⁴, como opinión científica, como grupo de interés, como ciudadano; cuya competencia material para la interpretación constitucional es un derecho del ciudadano en el sentido del artículo 33.1 LF. Así contemplados, los derechos fundamentales son un fragmento de base democrática de legitimación para la interpretación abierta no solamente en sus resultados, sino también en su *grupo de participantes*⁶⁵. ¡En la democracia liberal el ciudadano es intérprete constitucional! En consecuencia, las medidas de garantía de la libertad real devienen tanto más importantes: política de derechos fundamentales del Estado prestador de servicios⁶⁶, libertad de la formación de la opinión, constitucionalización de la sociedad, por ejemplo, a través de la estructuración del ámbito público, en especial del económico, conforme a la división de poderes⁶⁷.

Esto no es ningún “destronamiento” del pueblo –en todo caso de un entendimiento *rousseauiano* de la soberanía popular, que concibe al pueblo como un absoluto y semejante a Dios. El pueblo como majestad constituida actúa “por todas partes”, universalmente, a muchos niveles, por muchos motivos y en muchas formas, no en último lugar a través de la cotidiana realización de los derechos fundamentales. No se olvide: el pueblo es ante todo una asociación de ciudadanos. La democracia es el “imperio de los ciudadanos”, no del pueblo en el sentido rousseauiano. No hay regreso a Rousseau. *La democracia de los ciudadanos es más realista que la democracia popular.*

La democracia de ciudadanos sugiere un pensamiento que contemple la democracia desde los derechos fundamentales, no concepciones según las cuales el pueblo como soberano, en realidad, sólo ha ocupado el lugar del monarca. Esta perspectiva es una consecuencia de la relativización del –con mucha facilidad mal entendido– concepto de pueblo⁶⁸

tivamente por medio de la ampliación de la elección de los jueces (al respecto, F.-J. Säcker, *ZRP* 1971, pp. 145 ss.). Sobre la relación entre democracia e independencia judicial *cfr.* también Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960, pp. 103 ss.

⁶⁴ En esta medida existe una coincidencia con la teoría del Estado de partidos de Leibholz (*Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3.a ed., 1967, esp. pp. 78 ss.): el pueblo es capaz de articulación y de acción sólo en determinadas formas de organización. Pero esto no justifica la identificación de pueblo y partidos (populares); la comunidad pluralista es mucho más diferenciada.

⁶⁵ Sobre la interpretación constitucional abierta: P. Häberle, *JZ* 1971, pp. 145 ss.; *ZfP* 21 (1974), p. 111 (121 ss.); compárese también Schlaich, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁶ A este respecto, *mi* ponencia *VVDStRL* 30 (1972), pp. 43 ss. (69 ss.).

⁶⁷ El pluralismo tiene que estar organizado y escrito. Por ello, tiene que ser superada la confrontación entre “estrategias de democratización”, que llevan en sí el peligro de politización totalitaria de todos los ámbitos, y concepciones restrictivas, que quieren limitar la democracia a un Estado contrapuesto a la sociedad (Hennis, *Die mißverstandene Demokratie*, 1973).

⁶⁸ Demasiado intensamente orientado al concepto tradicional de pueblo está también el intento de fortalecer la legitimación democrática de la jurisprudencia mediante el recurso del juez a los “valores medios”

desde el ciudadano. La libertad fundamental (pluralismo)⁶⁹, no “el pueblo”, se convierte para la Constitución democrática en el punto de referencia. Esta *capitis diminutio* de la concepción criptomonárquica del concepto de pueblo se produce en una época de libertad del ciudadano y de pluralismo.

Existen muchas formas de legitimación democrática entendida ampliamente en este sentido, solamente hay que liberarse de la mentalidad lineal y “volcánica” de las ideas tradicionales sobre la democracia. Se llega a un fragmento de democracia de los ciudadanos a través del desarrollo interpretativo de la norma constitucional⁷⁰. Al proceso interpretativo se le proporciona, de diversas formas, posibilidad y realidad de discusión libre de los individuos y grupos “por encima” y “por debajo” de las normas jurídicas constitucionales y de su acción pluralista “en” ellas. Que este proceso libre realmente también está amenazado desde dentro y que nuestro mismo orden fundamental liberal-democrático muestra en realidad frente

que deben averiguarse con encuestas demoscópicas, *cf.* W. Birke, *Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen*, 1968, pp. 45 ss. Contra una orientación según la “voluntad mayoritaria del pueblo”, también por consideraciones de teoría democrática, F.-J. Säcker, *ZRP* 1971, p. 145 (149 s.). También crítico frente al “valor medio” Hans F. Zacher, *Vierteljahresschrift f. Sozialrecht*, vol. II (1974), p. 15 (48 s., nota 95). Sobre el “ciudadano medio” como figura judicial normativa que debe verse desde la teoría constitucional, *mi Öff. Interesse*, pp. 328, 347 s., 425 ss., 573, 725.

⁶⁹ Esta perspectiva vale también para todas las formas de autonomía local, social, etc.

⁷⁰ La concepción democrática de Popper y su conexión con su teoría científica y del conocimiento no puede ser reproducida aquí en detalle (referencias a la democracia en: *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, vol. I (1957), esp. pp. 25, 156 ss., 170 ss.; vol. II (1958), pp. 157, 159 ss., 186 s., 197 ss., 293 s.). Ha de bastar la indicación de que el concepto de ciencia de Popper es fructífero en la teoría democrática, que el concepto liberal, constitucional, pluralista y separador de poderes, defendido en el texto en relación con la democracia, puede invocar también a Popper, en la medida en que él desarrolla su teoría democrática sin, e incluso contra, los dogmas de la soberanía popular. *Recepciones y adaptaciones de Popper en la discusión democrática* bajo la LF han tenido lugar más o menos expresa y mediatamente: especialmente en la sentencia relativa al Partido Comunista de Alemania (KPD) del TCF, *BVerfGE* 5, 85: “*process of trial and error*” (I. B. Talmon) (p. 135), “control recíproco permanente y crítica como mejor garantía de una línea política correcta (relativamente)” (p. 135), las relaciones y mentalidades son “susceptibles y necesitan mejora”, “tarea que no finaliza nunca” (p. 197), rechazo de la idea de que el desarrollo histórico esté “determinado por un objetivo final científicamente conocible” (p. 197), “compromiso social” (p. 198), “carácter abierto” de este orden (p. 200), “relativo contenido de razón de todas las opiniones políticas” (p. 206); *cf.* también *BVerfGE* 12, 113 (125): formación pública pluralista de la opinión; *BVerfGE* 20, 56 (97): proceso libre y abierto de la formación de la opinión y de la voluntad. En la bibliografía: von Simson, *VVDStRL* 29 (1971), p. 3 (9 s.); Dürig, *ib.*, p. 127: “reglas de juego inmanentes de la corrigibilidad y de la revocabilidad”; *id.*, en Maunz/Dürig/Herzog, *Grundgesetz*, Art. 3 Abs.1, marginal 210 (para la determinación del Derecho). No es difícil reconocer aquí: el principio de falsificación de Popper (“*trial and error*”), su tesis del carácter indirecto y de presunción del conocimiento (*conjectures and refutations*), su verificación constante, la “*piece-meal social engineering*” corregible, que se conforma ella misma con su rechazo de la técnica como planificación de la totalidad, su fe relativa en la razón, su concepción experimental de la política, su alegato para las reformas graduales, orientadas a las consecuencias, su exhortación a la paciencia y a la tolerancia y su posición en favor de la sociedad abierta como “racional y crítica”, de su competencia pluralista de ideas e intereses diferentes gracias a la libertad de la crítica, del pensamiento y con ello del hombre y sus responsabilidades y decisiones personales, pero también su lucha contra la aspiración de omnisciencia y de omnipotencia de las sociedades “cerradas”. La tarea principal consiste, en general, en desarrollar desde la teoría y práctica constitucional la teoría de la ciencia de Popper, incorporándola a la teoría democrática y al mismo tiempo a la teoría normativa e interpretativa en particular (inicios en *mi* artículo *AöR* 99 (1974), p. 434 [448 s.]).

al tipo ideal déficit, ya se ha señalado expresamente. Teoría democrática y teoría interpretativa⁷¹ se convierten en una consecuencia de la teoría de la ciencia. La sociedad es libre y abierta en la medida en que el círculo de los intérpretes constitucionales se abre en el sentido más amplio.

IV. Consecuencias para la interpretación “jurídica” de la Constitución

1. *Relativización de la interpretación jurídica – Nuevo entendimiento de sus tareas*

Las reflexiones anteriores conducen a una relativización de la interpretación jurídica de la Constitución. La exigen los motivos siguientes:

1) Incluso en el proceso constitucional el juez constitucional no interpreta “en solitario”: varios participan en el procedimiento, las formas de participación procedimental se amplían.

2) En el “campo previo” de la interpretación jurídica de la Constitución de los jueces muchos interpretan potencialmente todas las fuerzas pluralistas públicas. El concepto “participante en el proceso constitucional” se relativiza en la medida en que los círculos de los participantes en la interpretación constitucional se amplían. La publicidad pluralista despliega fuerza normativa. El Tribunal Constitucional ha de interpretar posteriormente en correspondencia actualizando la publicidad.

3) Muchos problemas y ámbitos de la Constitución material no llegan hasta el juez constitucional por falta de competencia judicial y por ausencia de recurso al Tribunal Constitucional. La Constitución material “vive” aquí igualmente: sin interpretación constitucional del juez (piénsese en los principios de los reglamentos internos parlamentarios). Los participantes e intérpretes en sentido amplio desarrollan autónomamente Derecho constitucional material. El Derecho procesal constitucional no es el único acceso a los procedimientos de la interpretación constitucional.

En el tiempo, la vía de instancias de la interpretación constitucional se prolonga hasta el infinito: el jurista constitucional es sólo un chismoso⁷². Su resultado interpretativo está bajo la reserva de la confirmación, que en el caso particular puede concretarse en la permanencia, en la “justificación rica en alternativas”⁷³ o en la modificación mediante alternativas razonables.

⁷¹ Cfr. la referencia de Esser al método *trial and error* de Popper, *Vorverständnis*, p. 151, ahora el voto particular de los magistrados Rupp-v. Brüneck y Dr. Simon a la sentencia sobre el aborto del TCF de 25 de febrero de 1975 (JZ 1975, 205 [215] = NJW 1975, 582 [583]).

⁷² La jurisprudencia constitucional realiza p. ej. con los *obiter dicta* el intento de preparar la futura interpretación constitucional, más allá de la resolución puntual, y de hacerse así criticable anticipadamente. Crítico a este respecto desde otro concepto de Constitución, Kull, *FS für Forsthoff*, 1972, p. 213, nota 2.

⁷³ Expresión de Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973, p. 148.

El procedimiento de la interpretación constitucional tiene que ser extendido hacia adelante y por encima del propio proceso constitucional concreto⁷⁴; el radio interpretativo de la norma se amplía, gracias a todos “los intérpretes de la sociedad abierta”. Son participantes esenciales en los procedimientos de “*trial and error*” en el proceso de determinación del Derecho⁷⁵. La sociedad deviene precisamente abierta y libre, ya que todos potencial y actualmente realizan (o pueden realizar) aportaciones a la interpretación constitucional. La interpretación jurídica de la Constitución proporciona (sólo) la publicidad y realidad pluralista, las necesidades y posibilidades de la comunidad, que están antes, en y detrás de los textos constitucionales. Las teorías interpretativas sobreestiman siempre la importancia del texto⁷⁶.

Tan disciplinados y disciplinantes como son los procedimientos de la interpretación constitucional a través de la vía de los métodos “jurídicos”, tan diversas, incluso difusas resultan las operaciones que preceden a este proceso: los procesos legislativos parecen todavía relativamente racionales, en la medida en que son interpretación constitucional, y así es a menudo; también la Administración como Administración “interpretadora” (del bien común)⁷⁷ actúa de forma verdaderamente racional; otras formas de actuación del Estado también han de ser contempladas. Las operaciones de participación de la publicidad pluralista son, en cambio, todo menos disciplinadas, en ello estriba un elemento de garantía de su apertura y espontaneidad. A pesar de ello, los principios y métodos de la interpretación constitucional conservan su importancia, ciertamente en una función nuevamente entendida: son el “filtro”, a través del cual, y solamente entonces, la fuerza normativa de la publicidad⁷⁸ actúa y adquiere forma. Disciplinan y canalizan las formas diversas de influencia de los diferentes participantes.

⁷⁴ Ello debe tenerse en consideración con los conceptos “entendimiento previo” y “entendimiento posterior”, P. Häberle, *ZfP* 21 (1974), p. 111 (126 ss.) Las leyes (constitucionales) tienen no sólo antecedentes históricos, sino también una historia ulterior.

⁷⁵ A este respecto: Esser, *Vorverständnis*, pp. 23, 151 s.

⁷⁶ Sobre la problemática del texto como “límite del cambio constitucional” compárese también Hesse, *FS für Scheuner*, p. 123 (139 s.). Sobre la poca fecundidad del tenor literal en la concretización de los derechos fundamentales: Hans Huber, *GS für Imboden*, p. 191 ss.

⁷⁷ Al respecto con pruebas *mi Öff. Interesse*, pp. 475 ss., 678 ss.; Ossenbühl, *AöR* 92 (1967), pp. 1 ss. Cfr. también la discusión subsiguiente al informe de la Sala Común de los Tribunales Supremos de la Federación (*JZ* 1972, 655 ss.) y a la sentencia del Tribunal Administrativo Federal (*JZ* 1972, 204 ss.); Bachof, *JZ* 1972, 641 ss. y 208 ss.; Ossenbühl, *DÖV* 1972, 401 ss.; Erichsen, *VerwArch* 1972, 3377 ss.; Bullinger, *NJW* 1974, 769 ss.

⁷⁸ Pruebas típicas de la jurisprudencia del TCF en *AöR* 95 (1970), p. 260 (287 ss.); últimamente por ejemplo E 34, 269 (283); 35, 202 (222 s., 230 ss.); 32, 111 (124 ss.); 31, 229 (242 ss.); 30, 173 (191); más genéricamente en *mi Öff. Interesse*, pp. 304 s., 419 nota 31, 558 ss., 572 s., 583 s., 594, así como en Th. Würtenberger (nota 95), pp. 36 (39 ss.).

2. En especial: Dimensión e intensidad del control judicial – Diferenciación con respecto al grado de participación

Una teoría de la interpretación constitucional que pone en relación sistemática la cuestión de los objetivos y métodos y la cuestión de los participantes en la interpretación constitucional tiene que extraer de ahí conclusiones concretas para el método de la interpretación constitucional. Las consecuencias posibles serán aludidas aquí en forma de tesis.

Un tribunal como el *Tribunal Constitucional Federal*, que verifica la interpretación constitucional de otra instancia, debe utilizar diferentes métodos, según quién haya participado en la interpretación primera (verificable)⁷⁹. Esto ya ha sido visto a grandes rasgos por el pensamiento jurídico-funcional: los tribunales deben contenerse especialmente en el control de las decisiones del legislador democrático⁸⁰; lo mismo puede decirse con respecto al examen del derecho de los Länder por el TCF⁸¹. En la continuación de este planteamiento habría de considerarse lo siguiente: hay leyes (leyes universitarias, reformas del Código Penal como el § 218*, leyes de cierre comercial), con relación a las cuales la publicidad muestra un interés enorme, que están constantemente en la discusión, las cuales se elaboran con amplia *participación* y bajo el *control* atento de la publicidad pluralista. El TCF debiera, cuando verifica una de tales leyes, tener en consideración que esta ley está especialmente legitimada, porque muchos participaron especialmente en el proceso democrático de la interpretación constitucional. En el caso de leyes, *en principio no discutidas*, ello significaría que éstas no habrían de ser verificadas tan rigurosamente como aquellas que están menos en la discusión pública, porque son aparentemente poco interesantes (p. ej., regulaciones de oportunidad técnica) o se han olvidado ya.

⁷⁹ Una relación similar se muestra en Geitmann, *Bundesverfassungsgericht und "offene Normen"*, 1971: las exigencias de concreción (*Bestimmtheit*) que el TCF plantea respecto a las normas "abiertas" son diferentes según quién establezca la norma (al respecto, sólo brevemente pp. 22 ss.) y quién haya de completarla (pp. 149 ss.).

⁸⁰ Las leyes preconstitucionales no pueden ser vistas como las postconstitucionales como interpretación constitucional del legislador. Por ello han de ser examinadas no sólo procesalmente de forma distinta (*cf.* Art. 100 LF), sino también materialmente de forma más rigurosa.

⁸¹ A este respecto: Ehmke, *VVDStRL* 20 (1963), pp. 53 ss. (75); Klump, *Landesrecht vor Bundesgerichten im Bundesstaat des GG*, 1969, pp. 179 ss. Para la relación del TCF con la dogmática (ciencia) civilista, así como con el Tribunal Supremo Federal: *BVerfGE* 34, 269 (281 s.).

* Este precepto contiene la prohibición de la interrupción del embarazo. No es antijurídico, ni en consecuencia punible, sin embargo, en caso de necesidad, acreditada por un médico, para evitar peligro para la vida de la madre o peligro de menoscabo grave de su salud física o síquica, en la medida en que este peligro no puede evitarse de otra forma exigible para la madre. Conforme a la sentencia del TCF de 28 de mayo de 1993 (BGBl. I, p. 820) este parágrafo 218, en el sentido de la ley de 27 de julio de 1992 (BGBl. I, p. 1398) no es aplicable, cuando la interrupción tiene lugar dentro de las doce semanas desde la concepción, es practicada por un médico, se realiza a instancia de la mujer embarazada y ésta acredita mediante certificación al médico, que ha sido asesorada al menos con tres días de antelación a la intervención por un centro reconocido. N. del T.

Algo distinto ha de regir, por el contrario, para aquellas leyes respecto de las cuales existe en la publicidad una gran *disensión*. Piénsese en el § 218 del Código Penal que afecta el “consenso constitucional”, en algunas regulaciones de las leyes universitarias, a la participación paritaria en la gestión de las empresas. Aquí tiene que controlar el TCF severamente y hacer generoso uso⁸² de la posibilidad de medidas provisionales (§ 32 LTGF) (cfr. *infra* punto 3.). Porque en una situación de división profunda en el seno de la opinión pública corresponde al TCF la tarea de velar por que no se pierda el mínimo irrenunciable de función integradora de la Constitución.

Más aún: El TCF debería vigilar también la *participación justa* de diferentes grupos en las interpretaciones constitucionales, de tal manera que en su decisión tenga en consideración interpretativamente los *no participantes* (los intereses no representados y no representables) especialmente⁸³. Piénsese en los problemas de protección de los consumidores, de protección del medio ambiente. Aquí manifiestan importancia los “intereses públicos”, los “intereses susceptibles de generalización”, según la terminología de Habermas⁸⁴.

Un *minus* de participación fáctica conduce a un *plus* de control del juez constitucional. La intensidad del control del juez constitucional es *variable*, según qué formas de participación son o fueron posibles.

3. Consecuencias para la organización y aplicación del Derecho procesal constitucional

Para la organización y aplicación del Derecho procesal constitucional se desprenden dos consecuencias: los instrumentos de información del juez constitucional⁸⁵ han de ampliarse y afinarse –no a pesar, sino a causa

⁸² ¡Disensiones y peligros profundos para el “consenso constitucional” son el motivo del interés público en el sentido del § 32, apt. 1 LTGF!

⁸³ Aquí se insinúa una transformación de la función de la tutela jurídica en general. Ante la creciente importancia de la actividad estatal planificadora y conformadora de los derechos de los particulares, la tutela jurídica ha de realizarse menos mediante control *ex post* de los tribunales que por procedimientos previos participativos (P. Häberle, *VVDStRL* 30 [1972], p. 43 (86 ss., 125 ss.); Schmitt Glaeser, *VVDStRL* 31 [1973], p. 179 [204 ss.]). Pero el cumplimiento del procedimiento “correcto” tiene que poder ser verificado por los tribunales.

⁸⁴ Habermas, *op. cit.*, esp. pp. 153 ss.

⁸⁵ Ejemplar es el instrumento de información del § 82 apt. 4 LTGF, así como la oportunidad de manifestarse, a menudo en los “grandes” procesos, concedida a las “autoridades y organizaciones” aludidas por el Tribunal Constitucional Federal: *BVerfGE* 35, 202 (213 s.); 35, 78 (100 ss.); 33, 265 (322 s.); 31, 306 (307 bajo el punto 4); 30, 227 (238 s.). Proporcionan un fragmento de la “representación social” pluralista en el Derecho procesal constitucional. Sintomático es el cuestionario enviado por el TCF (Segunda Sala) al Parlamento federal, parlamentos de los *Länder* y partidos sobre el tema de las dietas de los parlamentarios, FR de 10 de marzo de 1975, p. 1. Cfr. aún la regulación ejemplar en § 48 de la Ley del Tribunal Constitucional de Hesse y en § 42 de la Ley del Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg.

de la vinculación a la ley–, especialmente las formas y posibilidades⁸⁶ de participación graduales en el propio proceso constitucional⁸⁷ –ante todo “audiencia” y “participación”–; tienen que desarrollarse nuevas formas de participación de potencias públicas pluralistas como intérpretes constitucionales en sentido amplio. El Derecho procesal constitucional se convierte en un fragmento del derecho democrático de participación. La interpretación constitucional de los jueces constitucionales puede ser en correspondencia más elástica y expansiva⁸⁸, sin que pudiera, ni fuera lícito llegar a una identidad con la del legislador. La concreta utilización del Derecho procesal constitucional por el Tribunal Constitucional Federal tiene que ser también flexible de conformidad con las cuestiones jurídico-materiales pendientes y los participantes *materiales* (interesados). La relación intensa entre la Constitución material y el Derecho procesal constitucional se muestra también aquí⁸⁹.

Una expansión de la actividad de la justicia constitucional significa, desde luego, una restricción del margen de discreción interpretativo del legislador⁹⁰. En general, la organización legislativa óptima y la afinación interpretativa del Derecho procesal constitucional son condiciones

⁸⁶ Al respecto: P. Häberle, *AöR* 98 (1973), 119 (128 nota 43). Explosiva es la cuestión de la participación del *Bundestag* (y de su mayoría) en la discusión constitucional, conducida por la minoría de la oposición, sobre el § 218 del Código Penal (al respecto *Woche im Bundestag* de 18 de septiembre de 1974, ed. 15, p. 3). El desarrollo del Parlamento como lugar de enfrentamiento entre mayoría de gobierno y minoría opositora aboga por continuar este reparto de roles también en el Derecho procesal constitucional: sería un argumento para una participación del *Bundestag* mediante su personación en el procedimiento (cfr. también § 77 LTCF, que también concede al *Bundestag* derecho a manifestarse precisamente cuando en el procedimiento de control abstracto de constitucionalidad un tercio de los miembros del *Bundestag* lo solicitan, cfr. aún §§ 82 apt. 2, 83 apt. 2, 94 LTCF). Derecho procesal constitucional y Derecho parlamentario se solapan aquí (otro ejemplo: *BVerfGE* 27, 44 [51 s.]). Sería consecuente “constitucionalizar” la *oposición* como tal en el Derecho procesal constitucional y otorgarle derechos de participación ante el Tribunal Constitucional Federal, ya que no tiene por qué ser idéntica con el tercio de miembros del *Bundestag* legitimado procesalmente. *De lege lata* el *Bundestag* debería insertar en los dictámenes el voto de la minoría opositora.

⁸⁷ En Winter y Schumann, *Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren*, en: *Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre*, vol. 3, 1972, pp. 529 s., se consideran la oralidad y la inmediatez de la interacción en el juicio como “islas de la acción comunicativa, que resultan casi anacrónicas en una constitución social burocrática-funcionalracionalista”. Quizá en el proceso constitucional se ofrezca la oportunidad de alcanzar un mayor grado de comunicación no distorsionada en el sentido de Habermas que en otros ámbitos, compárese Bachof, *op. cit.* (*supra* nota 47).

⁸⁸ Existe una relación entre los instrumentarios de averiguación y de prognosis a disposición del Tribunal Constitucional Federal, y la precisión de los criterios jurídico-materiales por él aplicados: mientras que en las recientes leyes económicas (especialmente las de coyuntura) el requisito de la idoneidad se utiliza bastante generosamente (*BVerfGE* 29, 402 [410 s.]; 36, 66 [71 s.]), el TCF ha fundado sus investigaciones y prognosis empíricamente de forma muy exhaustiva, p. ej., en la sentencia de las farmacias (*BVerfGE* 7, 377 ss. [= *JZ* 1958, 472 ss.]) (compárese Philippi, *Tatsachenfeststellungen des BVerfG*, 1971, pp. 57 ss.) y podía entonces aplicar también criterios jurídico-materiales estrictos.

⁸⁹ Sobre este punto *mi* artículo en *JZ*, 1973, pp. 451 ss.; también Zuck, *JZ*, 1974, p. 361 (364). Importante fue el mantenimiento de la cláusula de los profesores universitarios del § 3 apt. 4 LTCF.

⁹⁰ La cuestión de los deberes diferenciados de motivación y de provisión de material del legislador debería ser meditada. También aquí se muestra una relación, no analizada todavía totalmente, entre Derecho parlamentario y Derecho procesal constitucional.

necesarias para que la legitimación de la jurisprudencia constitucional, intentada aquí desde la teoría democrática, esté suficientemente garantizada en la realidad.

V. Nuevos planteamientos para la teoría constitucional

1. *¿Distintos objetivos y métodos de la interpretación de diferentes participantes?*

De la vinculación de las cuestiones relativas a los objetivos, métodos y participantes de la interpretación constitucional resultan nuevos planteamientos no sólo para la jurisprudencia constitucional y sus métodos, sino también para la teoría constitucional que se ocupa de éstos.

Ya se indicó la posible objeción de que la “disolución” de la interpretación constitucional no se deja incorporar sin tensiones a una teoría constitucional que contemple la elaboración de consenso, de unidad política como objetivo del procedimiento jurídico-constitucional y como objetivo del proceso político en general⁹¹. Una teoría constitucional semejante no puede, sin embargo, ser malinterpretada simplifcadamente como armonizadora. El consenso resulta también del conflicto y del compromiso entre los participantes que defienden egoístamente opiniones e intereses divergentes. Derecho constitucional es, ahora bien, Derecho del conflicto y del compromiso a la vez. Es evidente que los autores de una moción y sus adversarios en el proceso constitucional perseguirán distintos objetivos y, por tanto, escogerán distintos métodos interpretativos y vestirán sus contenidos con tales métodos; lo mismo puede decirse respecto de los representantes de distintos intereses que son oídos por las comisiones parlamentarias, de los partidos mayoritarios y la oposición en el proceso parlamentario⁹². En esta medida, se muestran paralelismos entre Derecho procesal constitucional y Derecho parlamentario.

Se desprenden aquí efectos *retroactivos* de los principios interpretativos jurídico-funcionales en la interpretación constitucional material⁹³. Han de ser tematizados más intensamente que hasta ahora, en correspondencia con los efectos retroactivos de los principios procedimentales en la interpretación constitucional material⁹⁴. El Derecho constitucional material –vívido– surge de una pluralidad de funciones desempeñadas

⁹¹ Compárase Hesse, *Grundzüge*, p. 5 ss., 28.

⁹² Sobre la democracia parlamentaria como “transferencia de la idea de *proceso judicial al proceso político legislativo*”: Kriele, *VVDStRL* 29 (1971), p. 46 (50).

⁹³ Con razón habla Ehmke, *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (73) de una “relación insoluble” entre principios interpretativos jurídico-materiales y jurídico-funcionales; *cfr.* también p. 76: “bilateralidad”.

⁹⁴ Al respecto: P. Häberle, *Zeit und Verfassung*, *ZfP* 21 (1974), p. 111 (118 ss.); *idem*, *JZ*, 1973, p. 451 (452 s.); *DVBt.*, 1973, pp. 388 s.

“correctamente”: las del legislador, del juez constitucional, de la opinión pública, del ciudadano, pero también del Gobierno y de la oposición. Esta reflexión sobre la interpretación constitucional significa desde el lado funcional, procedimental: la corrección funcional de la interpretación constitucional conduce a la disparidad práctica de la interpretación constitucional. Cómo se interprete –correctamente– depende en cada caso del órgano, su procedimiento, su función, sus cualificaciones.

2. Funciones de la teoría constitucional

Otro problema es si a este respecto se puede hablar de la corrección –aunque relativizada– de la interpretación. Para la teoría constitucional se plantea ahora la cuestión básica de si puede ser su función vincular normativamente las diferentes fuerzas políticas y participantes en sentido amplio, *proponerles* los métodos interpretativos “buenos”.

¿Hasta qué punto debe ampliar el círculo de sus interlocutores la *teoría* constitucional, que hasta ahora era crítica y asesora, compañero de discusión y de consenso de los Tribunales Constitucionales? Esto podría tener entonces también consecuencias para la configuración del Derecho procesal constitucional.

La fijación en la jurisprudencia ha de ser sin duda superada. Parece abrirse camino la opinión de que la teoría constitucional tiene que ser, por lo menos igualmente, también teoría de la legislación, es decir, interlocutor del legislador⁹⁵.

La relevancia de la cuestión de los distintos objetivos y métodos de los distintos participantes se comprueba aquí con ejemplos: la *preferred freedoms doctrine*⁹⁶ y el principio de *self restraint* sólo rigen para la jurisprudencia, no precisamente para la legislación. En esta medida, el problema ya ha sido aludido por Hesse y Ehmke: si la interpretación constitucional se halla bajo el mandato de “corrección funcional”, entonces el órgano intérprete, en virtud de sus competencias específicas, tiene que interpretar de forma *distinta* que otro órgano con otras competencias.

La teoría constitucional como teoría legislativa debería investigar las –hasta ahora descuidadas– peculiaridades propias de la interpretación constitucional por el legislador (y con ello también la gran relevancia del Derecho parlamentario). Esta ha sido contemplada hasta ahora más bien de forma “refleja”: desde la jurisdicción constitucional, es decir, sus

⁹⁵ Sobre la cuestión de la teoría de la legislación: P. Häberle, en: Th. Würtenberger (ed.), *Rechtsphilosophie und Rechtspraxis*, 1971, p. 36 (38 s.); H.-P. Schneider, *ibidem*, pp. 76 ss.; Noll, *Gesetzgebungslehre*, 1973.

⁹⁶ A este respecto: H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, pp. 437 ss.; Haller, *Supreme Court und Politik in den USA*, 1972, pp. 40 s., 164 s.

límites funcionales, por ejemplo, con ayuda de la *preferred freedoms doctrine*, la presunción de constitucionalidad de la acción legislativa⁹⁷, de la discrecionalidad del legislador en los límites del “sistema de valores” de la Constitución⁹⁸ o en la fórmula negativa: ninguna acción arbitraria⁹⁹. Ahora se trata de delimitar desde ella misma, positivamente, la interpretación constitucional “a través” del legislador: desde sus procedimientos –en especial del Derecho parlamentario–, sus funciones¹⁰⁰, etc., no sólo negativamente a través del rodeo por la cuestión de hasta qué límites jurídico-funcionales puede controlar el intérprete (juez) constitucional. Se trata de un entendimiento positivo de la competencia del legislador como intérprete constitucional: sea que en el proceso político “pre” formula constantemente, sea que participa él mismo de manera formalizada en los procedimientos del Tribunal Constitucional (compárese §§ 77, 82 II¹⁰¹, 83 II, 88, 94 IV, V LTCF).

La cuestión de si y en qué medida otros participantes, individuos y grupos, deben ser vinculados normativamente, “constitucionalizados” por la teoría constitucional, es más difícil y debe ser respondida diferenciadamente. Constitucionalizar formas y procedimientos de la participación es función específica de una teoría constitucional (procesal). Esto sólo puede valer limitadamente para los contenidos y métodos. El *proceso político* debe ser (permanecer) en principio tan abierto como sea posible, también la interpretación constitucional “absurda” debe tener la oportunidad de ser representada por alguien en algún momento. Aunque el proceso político es un proceso de comunicación de todos con todos, en el cual la teoría constitucional debe, precisamente, también intentar hacerse oír, hallar su propio emplazamiento y desempeñar su función como instancia crítica¹⁰². Pero una insuficiente “*academic self restraint*” puede también conducir

⁹⁷ Hesse, *Grundzüge*, p. 33.

⁹⁸ *BVerfGE* 11, 50 (56); 13, 97 (107); 14, 288 (301). Para una crítica: Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, 1973; al respecto *mi* comentario *JR*, 1974, pp. 487 s.

⁹⁹ *BVerfGE* 1, 14 (52), jurisprudencia constant: compárese *BVerfGE* 18, 38 (46). Al respecto *mis* pruebas *AöR* 95 (1970), p. 86 (104 s., 118 ss.), 260 (281 ss.) y para la relación entre jurisprudencia y Administración en el “ámbito” de la discrecionalidad: *Öff. Interesse*, pp. 647 ss.

¹⁰⁰ Importante es el intento de Noll, *Gesetzgebungstheorie*, 1973, de desarrollar un “método de la legislación” que no sea solamente “tecnología de poder”, sino “cuestión de valores” (p. 63) y propone procedimientos que están orientados al pensamiento del racionalismo crítico (compárese especialmente los apartados sobre el trazado de alternativas y los procedimientos de su crítica, pp. 107 ss., 120 ss.). Pero Noll no considera demasiado la legislación desde el aspecto de la interpretación constitucional (compárese sólo pp. 103 s.).

¹⁰¹ Para una extensión del § 82 apt. 2 LTCF al procedimiento de control abstracto de constitucionalidad (mediante modificación legislativa): Friesenhahn, *JZ*, 1966, p. 705 (709). Sobre el desarrollo generoso del § 77 LTCF por el Tribunal Constitucional Federal: Lechner, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 3.a ed., 1973, explicación 2 al § 77.

¹⁰² P. Häberle, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, *AöR* 99 (1974), p. 437 (453 ss.). [Este artículo está incluido, con un apéndice (1978), en la obra *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3.ª ed., 1998. N. del T.].

a una pérdida de autoridad. La teoría constitucional democrática aquí aludida tiene igualmente una responsabilidad especial para la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales.

Apéndice a “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”

Este trabajo, expresión concreta del entendimiento de la “Constitución como proceso público”, ha sido desde su aparición controvertidamente discutido: compárese en primer lugar Yersin, JA 1975 ÖR, pp. 129 ss. (453 ss.); por una parte E.-W. Böckenförde, NJW, 1976, p. 2089 (2093 ss.); Ossenbühl, en: BVerfG-Festgabe I (1976), p. 458 (510); cfr. sin embargo también *idem*, en DÖV, 1977, p. 801 (809 nota 47); por otra parte Kirchhof, en: BVerfG-Festgabe I (1976), p. 50 (101, 106); *id.*, *Rechtsänderung durch geplanten Sprachgebrauch?*, Ged.-Schrift für F. Klein (eds. Dieter Wilke y Harald Weber), 1977, p. 227 (239); Schuppert, *Bürgerinitiativen...*, AöR 102 (1977), p. 369 (396); Sailer, ZRP, 1977, p. 303 (p. 309 con nota 74); Haverkate, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken*, 1977, p. 173 nota 61. Cfr. también Stern, *Das Staatsrecht der BR Deutschland*, vol. I, 1977, pp. 114 s.; Göldner, *Integration und Pluralismus im demokratischen Rechtsstaat*, 1977, p. ej. p. 43 así como Hans F. Zacher, en: VVDStRL 34 (1976), p. 284 (discusión). Aprobación y crítica a la vez Isensee, NJW, 1977, p. 545 (550 s.) en la discusión sobre los valores básicos. Asentimiento y crítica parecen igualarse (cfr. últimamente Lerche, en: *FS für Ipsen*, 1977, p. 437 [437 nota 1] para cuestiones constitucional-procesales).

El trabajo se concibe él mismo como *una* voz en la acción concertada de la –pluralista–ciencia del Derecho constitucional. La mirada a los que participan *personalmente* en los procedimientos, contenidos y resultados de la interpretación constitucional es tan necesaria ahora como antes. El pensamiento en el sentido de la “sociedad abierta” de Popper representa el fundamento último.

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS. 75:22 | MODELO PARA ARMAR*

I. Constitución y derechos humanos

Cada sistema constitucional posee determinados rasgos propios de identidad: en tal sentido, el artículo 75 inciso 22 puede considerarse una disposición paradigmática de la Constitución argentina¹ en cuanto confiere jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos (en adelante TIDH)².

Dicho artículo prescribe:

Corresponde al Congreso:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

¹ El título de este trabajo remite a la obra de tres autores: Cortázar (1968) quien, desde la literatura, enseñó a privilegiar los contenidos por sobre las formas literarias; Bunge (1981) quien, desde la epistemología, enseñó a diseñar modelos teóricos para apresar la realidad y comprenderla; y Bidart Campos (1991) quien, desde el derecho, enseñó a pensar a la Constitución y a los derechos humanos en reciprocidad simétrica.

Sirva de presente, pues, como pequeñísimo homenaje a la originalidad, rigor y compromiso de su magisterio.

¹ Cfr. Ferreyra (2010, 854).

Sin embargo, reconocer el impacto del artículo 75 inciso 22 en el campo normativo y simbólico de nuestro sistema constitucional no implica que el derecho internacional de los derechos humanos constituya un elemento de la regla de reconocimiento constitucional argentina, al respecto cfr. Gil Domínguez (2007, 9 y ss.).

Por otra parte, corresponde señalar que la apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos no es un fenómeno local sino más bien una nota característica del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo, cfr. Dulitzky (1998, 929 y ss.), Carpizo (2009, 20 y ss.) y Gargarella (2012, 206 y ss.).

² Aquí se utiliza la expresión "tratado" como término genérico que engloba diversos tipos de acuerdos internacionales, cfr. De la Guardia (1997, 114/115); siendo que, en rigor, el artículo 75 inciso 22 confiere actualmente jerarquía constitucional a 2 Declaraciones, 2 Pactos, 9 Convenciones y 1 Protocolo.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Asimismo, en los términos de dicha disposición, gozan también de jerarquía constitucional la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”³ y la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”⁴.

Sin embargo, como quedará evidenciado, tan clara es la trascendencia del artículo 75 inciso 22 como difícil la interpretación de su significado⁵.

³ Aprobada por Ley 24556 (BO 18/10/1995) y dotada de jerarquía constitucional por Ley 24820 (BO 29/05/1997).

⁴ Aprobada por Ley 24584 (BO 29/11/1995) y dotada de jerarquía constitucional por Ley 25778 (BO 03/09/2003).

⁵ Así, *v.gr.*, se ha dicho que se trata de una disposición normativa desafortunada, *cf.* Badeni (2006, 259); problemática, *cf.* Dulitzky (1995, 937); ambigua, *cf.* Gelli (2008, 708) y Vítolo (1995, 387); defectuosa, *cf.* Jiménez (2000, 188); complicada, *cf.* Lonigro (2011, 156/157); compleja, *cf.* Mignone (1995, 36); difusa, *cf.* Midón (2004, 145); etc.; producto de las deliberaciones, controversias y presiones que tuvieron lugar en el seno de la Convención reformadora.

En tal sentido, debe señalarse que las indeterminaciones constitucionales –semánticas (ambigüedad y vaguedad), pragmáticas, sintácticas y lógicas (lagunas, contradicciones y redundancias)– no siempre son el resultado de defectos de redacción, sino que en muchos casos son recursos intencionales y funcionales al logro de compromisos entre ideologías e intereses opuestos y a permitir la adaptación del texto a diversas circunstancias en el tiempo, *cf.* Nino (2002, 89 y ss.).

A su vez, a tales indeterminaciones del lenguaje constitucional se suma la carencia de acuerdos significativos acerca del modo en que debería interpretarse el texto de la Constitución, *cf.* Gargarella

1. Jerarquía normativa en la Constitución

Para comenzar, conviene efectuar un breve repaso acerca de la jerarquía normativa consagrada en nuestro texto constitucional, distinguiendo entre el sistema de la Constitución histórica de 1853/60 y el de la Constitución reformada de 1994.

En la Constitución histórica de 1853/60, la jerarquía normativa venía definida fundamentalmente por los artículos 27, 28, 31 y 86 inciso 2, a saber:

- La Constitución, las leyes que se dicten en su consecuencia y los tratados internacionales son la ley suprema de la Nación (Art. 31).
- Los tratados internacionales deben estar de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución (Art. 27).
- Las leyes no pueden alterar los principios, derechos y garantías reconocidos en la Constitución (Art. 28).
- Los decretos no pueden alterar el espíritu de las leyes (Art. 86 Inc. 2).

Dichas disposiciones resultaban suficientemente claras en los extremos –es decir, la jerarquía suprema de la Constitución⁶ e inferior de los decretos del Presidente⁷– pero dejaban lugar a dudas en su nivel medio (es decir, la jerarquía entre las leyes del Congreso y los tratados internacionales)⁸.

La Ley 24309⁹ declaró necesaria la reforma parcial de la Constitución histórica habilitando a la Convención reformadora a considerar, entre otras cuestiones, la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros y sus funciones, la regulación de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada y la definición de institutos para la integración y la jerarquía de los tratados internacionales (Arts. 2 y 3); estableciendo que sólo se podían considerar los temas habilitados (Art. 5), que serían nulas las modificaciones que se realizaran fuera de las competencias habilitadas (Art. 6) y, en especial, que no se podría introducir modificaciones en la primera parte de la Constitución (Art. 7).

Consecuentemente, en lo que aquí interesa, la Constitución reformada de 1994 mantuvo los artículos 27, 28 y 31, reenumeró el artículo 86 inciso 2 como 99 inciso 2 e incorporó los artículos 75 incisos 22 y 24, 76, 99

(2004, 649 y ss.).

⁶ Sin embargo, *v.gr.*, en el caso “Merck” (1948, Fallos 211:162) la CSJN sostuvo que los tratados de guerra estarían por sobre la Constitución.

⁷ Sin embargo, *v.gr.*, en los casos “Delfino” (1927, Fallos 148:430) y “Peralta” (1990, Fallos 313:1513) la CSJN admitió, respectivamente, los decretos delegados y los decretos de necesidad y urgencia por sobre los artículos 29 y 30 de la Constitución.

⁸ En el caso “Martín & Cía SA” (1963, Fallos 257:99) la CSJN consideró que las leyes y los tratados tenían idéntica jerarquía; sin embargo, luego, a partir del caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (1992, Fallos 315:1492) consideró que los tratados tenían una jerarquía superior a las leyes.

⁹ Ley 24309 (BO 31/12/1993).

inciso 3 y 100 incisos 2, 12 y 13, según los cuales:

- Los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes (Art. 75 Inc. 22, primer párrafo).
- Ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (Art. 75 Inc. 22, segundo párrafo).
- Las normas dictadas en consecuencia de ciertos tratados de integración tienen jerarquía superior a las leyes (Art. 75 Inc. 24).
- Los decretos delegados pueden dictarse de manera excepcional, dentro de las bases de la delegación que se establezca y sujetos a control congresual (Arts. 76 y 100 Inc. 12).
- Los decretos de necesidad y urgencia pueden dictarse de manera excepcional, salvo en determinadas materias y están sujetos a control congresual (Art. 99 Inc. 3 y 100 Inc. 13).
- El Jefe de Gabinete de Ministros puede dictar ciertos reglamentos (Art. 100 Inc. 2).

Dichas disposiciones resolvieron a nivel constitucional la discusión anterior –relativa a la jerarquía entre las leyes y los tratados¹⁰– pero, a su vez, generaron nuevas dudas acerca de la jerarquía normativa de las nuevas categorías constitucionalizadas (es decir, tratados internacionales sobre derechos humanos, normas dictadas en consecuencia de ciertos tratados de integración, decretos delegados, decretos de necesidad y urgencia, reglamentos del Jefe de Gabinete de Ministros)¹¹.

Con tal panorama, seguidamente, el análisis se centrará puntualmente sobre el artículo 75 inciso 22, desarrollando un modelo descriptivo sobre las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales formuladas a su respecto¹².

2. *Derechos humanos: declaraciones, guías o derechos*

Una de las primeras cuestiones a dilucidar es si las disposiciones de los TIDH del artículo 75 inciso 22 constituyen declaraciones de propósitos,

¹⁰ Sin embargo, *v.gr.*, en el caso "Asociación Trabajadores del Estado" (2008, Fallos 331:2499) la CSJN debió revocar una decisión que había priorizado una ley frente a las disposiciones de derecho internacional sobre libertad sindical.

¹¹ Al respecto: sobre los tratados de integración y las normas dictadas en su consecuencia, *cf.* Pizzolo [h] (1998, 181 y ss.); sobre los decretos delegados, *cf.* Santiago [h] y Thury Cornejo (2003, 473 y ss.); sobre los decretos de necesidad y urgencia, *cf.* Pérez Hualde (1995, 149 y ss.); y sobre los reglamentos del Jefe de Gabinete de Ministros, *cf.* Barraza y Schafrik (1999, 253 y ss.).

¹² Al respecto, corresponde recalcar que la construcción de un modelo como el propuesto exige la atenuación de ciertos matices entre las diversas interpretaciones reseñadas; por lo que, en cada caso, corresponderá remitirse a la propia fuente citada en procura de mayores precisiones.

guías legislativas o auténticos derechos:

- Para algunos, las disposiciones de los TIDH reiteran derechos ya consagrados o son meras declaraciones de buenos propósitos¹³.
- Para otros, las disposiciones de los TIDH del artículo 75 inciso 22 son una guía para los legisladores más que fuentes autónomas de derechos¹⁴.
- Para otros, las disposiciones de los TIDH del artículo 75 inciso 22 son una auténtica fuente de nuevos derechos¹⁵.

Desde esta última postura, surge el interrogante acerca de quiénes resultarían los sujetos de tales derechos:

- En cuanto al sujeto titular: para algunos, sólo podrían ser titulares las personas físicas con exclusión de las personas jurídicas y del Estado¹⁶; mientras que, para otros, lo serían primordialmente las personas físicas, pero también las personas jurídicas e incluso, en cierto sentido, hasta el propio Estado¹⁷.

¹³ Cfr. Natale (1995, 103).

¹⁴ Cfr. Sola (2009, 158).

¹⁵ Cfr. Albanese (1995, 929 y ss.); Alice (2000, 40 y ss.); Barra (1994, 168 y ss.); Bidart Campos (2000, 359, 722 y ss.); Castorina de Tarquini (1995, 165 y ss.); Dromi y Menem (1994, 101); Farroco y Vittadini Andrés (1999, 25); Gelli (2008, 714); González Napolitano (2011, 53); Wlasic (2006, 214 y ss.); Leonardi de Herbón (2000, 26); Mignone (1995, 36); Quiroga Lavié (2007, 394); Sabsay y Onaindía (2009, 241); incluso hay quienes utilizan la expresión "derechos humanos constitucionales". Al respecto, cfr. Colautti (1999) y Rosatti (2010, 119 y ss.).

En el caso "Vizzoti" (2004, Fallos 327:3677) la CSJN afirmó que los principios constitucionales resultaron robustecidos por los aportes del artículo 75 inciso 22 y que cuando la Constitución reconoce derechos lo hace para que éstos resulten efectivos, y no ilusorios, máxime si lo puesto en juego es un derecho humano.

A su vez, en el caso "Aquino" (2004, Fallos 327:3753) sostuvo que las mandas constitucionales se han visto fortalecidas y agigantadas por la singular protección reconocida por los TIDH que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional.

Asimismo, en el caso "García Méndez" (2008, Fallos 331:2691) afirmó, en especial, que los derechos que tienen los niños en razón de la CDN no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema.

Y en los casos "Pérez" (2009, Fallos 332:2043) y "Q. C., S. Y." (2012) reiteró que los derechos humanos son reconocidos por la Constitución para que resulten efectivos, precisando en el último caso que los derechos reconocidos por la Constitución y los TIDH no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

¹⁶ Cfr. Gordillo (2005, V-15).

¹⁷ Cfr. Herrendorf y Bidart Campos (1991, 62, 88 y 104 y ss.).

En los casos "Poder Ejecutivo Nacional c. Universidad de Buenos Aires" (1996, Fallos 319:562) y "Entre Ríos c. Estado Nacional" (2000, Fallos 323:1825) la CSJN afirmó, respectivamente, el derecho de acceso a la jurisdicción y al derecho de debido proceso del Estado Nacional.

A su vez, en especial, en el caso "Maldonado Balderrama" (1998, Fallos 321:455) el juez Vázquez se refirió al derecho de ser oído del Ministerio Público de la Nación como corolario del debido proceso y la defensa en juicio; y en el caso "Estado Nacional c. Corrientes" (2010) la CSJN afirmó el derecho del Estado Nacional a interponer acciones de amparo.

De su lado, en los casos "Salta c. Estado Nacional" (2003, Fallos 326:979), "San Luis c. Estado Nacional" (2008, Fallos 331:1500) y "San Luis c/ Estado Nacional" (2003, Fallos 326:417) la CSJN se refirió, respectivamente, a los derechos de igualdad, de petición y de propiedad de las provincias involucradas.

En tales decisiones, ciertamente, la CSJN ha evitado la cita explícita de las disposiciones de TIDH; sin embargo, en el último caso citado, el juez Fayt invocó expresamente el artículo 21 de la CADH..

- En cuanto al sujeto obligado: para algunos vincularían primordialmente al Estado¹⁸; para otros vincularían al Estado y, en ciertos casos también, a las personas físicas o jurídicas¹⁹; mientras que, para otros, serían ambivalentes vinculando tanto al Estado como a las personas físicas y a las personas jurídicas²⁰.

En tal sentido, respecto de la obligación estatal, algunos precisan que alcanza al legislador, al gobierno y a los jueces; mientras que otros señalan que alcanza también a las autoridades de las órbitas locales²¹.

A su vez, sobre este punto se plantea la cuestión de la operatividad de las disposiciones de los TIDH: para algunos, en principio deben ser consideradas directamente efectivas e inmediatamente aplicables, salvo excepciones²²; para otros dependería del tipo de TIDH o de su redacción y del desarrollo efectuado en el derecho interno²³; mientras que para otros la operatividad se encontraría en manos del legislador, aunque para unos

¹⁸ Cfr. Hitters y Fappiano (2007, 36 y ss.); Pinto (2011, 10 y ss.).

¹⁹ Cfr. Gordillo (2005, V-16).

²⁰ Cfr. Herrendorf y Bidart Campos (1991, 89, 102 y ss.); Manili (2003, 38/39); Russo (2008, 82/83).

En el caso "Pérez" (2009, Fallos 332:2043) la CSJN afirmó que el respeto y realización de los derechos humanos no sólo incumbe a los poderes públicos sino también a las relaciones entre particulares en razón del precepto de jerarquía constitucional según el cual los hombres "deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" (Art. 1 de la DUDH y el preámbulo de la DADDH).

²¹ Cfr. Carrió (1995, 52 y ss.); Leonardi de Herbón (2000, 26); Rosatti (2000, 127 y ss.); Spota [h] (2004, 545 y ss.).

En el caso "Simón" (2005, Fallos 328:2056) el juez Maqueda afirmó que el artículo 75 inciso 22 obliga a todos los poderes del Estado en su ámbito de competencias y no sólo al Poder Judicial, para hacer posible la plena vigencia de los derechos protegidos.

A su vez, en el caso "García Méndez" (2008, Fallos 331:2691) la CSJN afirmó que el deber del estado de respetar los derechos reconocidos en la CADH incumbe a cualquier poder y órgano, independientemente de su jerarquía.

²² Cfr. Bidart Campos (2000, 334); Cafiero y Graham (1996, 42 y ss.); Gil Domínguez (2007, 27 y ss.); Gordillo (2005, V-10 y ss.); Hitters y Fappiano (2007, 525, 554 y ss.); Manili (2003, 154 y ss.); Mignone (1995, 38); Pinto (2011, 83); Travieso (2000, 29/30); Vanossi y Dalla Vía (2000, 337 y ss.); Wlasic (2006, 41, 184 y ss.).

Antes de la reforma de 1994, la CSJN afirmó que ciertas disposiciones de la CADH resultaban inaplicables si no habían sido objeto de reglamentación legal para ser tenidas como derecho positivo interno, v.gr. en el caso "Ekmekdjian c. Neustadt" (1988, Fallos 311:2497); pero luego, a partir del caso "Ekmekdjian c. Sofovich" (1992, Fallos 315:1492) consideró que tales disposiciones resultaban suficientemente operativas.

Tras la reforma de 1994, la operatividad de las disposiciones de la CADH resultó también afirmada en el caso "Giroldi" (1995, Fallos 318:514).

A su vez, en los casos "Sánchez" (2005, Fallos 328:1602), "Madorrán" (2007, Fallos 330:1989) y "Álvarez" (2010, Fallos 333:2306) la CSJN sostuvo que los TIDH obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, dado que resultaba propio de todos los TIDH el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen.

Asimismo, la operatividad de los TIDH fue resaltada por los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en el caso "Simón" (2005, Fallos 328:2056).

²³ Cfr. Quiroga Lavié (2007, 400 y ss.).

En el caso "Microómnibus Barrancas de Belgrano" (1989, Fallos 312:2490) la CSJN sostuvo que de acuerdo a su jurisprudencia el otorgamiento del carácter operativo o programático a los tratados internacionales depende de si su ejercicio ha sido supeditado o no a la adopción, en el caso concreto, de medidas legislativas por parte del orden jurídico interno.

los jueces podrían suplir la omisión²⁴ y para otros no²⁵.

3. Validez del artículo 75 inciso 22

Puntualmente, como se adelantó, la Ley 24309 había establecido que la Convención reformadora no podía introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el entonces capítulo único de la primera parte de la Constitución, de donde resultan discrepancias acerca de la incidencia del artículo 75 inciso 22 sobre la parte dogmática de la Constitución en general y sobre sus artículos 27, 30, 31 en especial.

- En relación a la parte dogmática en general: para algunos, las disposiciones de los TIDH habrían modificado la parte dogmática de la Constitución²⁶; en cambio, para otros, no habría tal modificación sino, en todo caso, una complementación²⁷.

- En relación al artículo 27 en especial: para algunos, el otorgamiento de jerarquía constitucional a los TIDH resultaría incompatible con dicho artículo²⁸; en cambio, para otros, no habría tal incompatibilidad²⁹.

- En relación al artículo 30 en especial: para algunos, el sistema diseñado habría flexibilizado la rigidez que impone dicho artículo³⁰; en cambio, para

²⁴ Cfr. González Napolitano (2011, 61).

En el caso "Sánchez" (2005, Fallos 328:1602) la CSJN sostuvo que la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos reconocidos por los TIDH debía ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el artículo 75, inciso 23, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos.

A su vez, en el caso "Q. C., S. Y." (2012) la CSJN afirmó que la obligación primera que surge de los TIDH a los que se comprometió la Argentina es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos, sosteniendo además que, si bien el artículo 75 inciso 23 está dirigido específicamente al legislador federal, debía igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, con la precisión de que aún tratándose de derechos cuya operatividad no sea directa sino de carácter derivado –en tanto requieren su implementación mediante una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo– existe una garantía mínima cuya razonable atención debe ser controlada por el Poder Judicial.

²⁵ Cfr. Padilla (1995, 92 y ss.).

²⁶ Cfr. Sabsay y Onaindia (2009, 117/118).

²⁷ Cfr. Vicente y Rodríguez (1995, 914); Barra (1994, 187/188); Bidart Campos (2000, 360, 722 y ss.); Gil Domínguez (2007, 72 y ss.).

²⁸ Cfr. Badeni (2006, 249, 262 y ss.).

²⁹ Cfr. Albanese (1995, 933); Gelli (2008, 321); Gutiérrez Posse (1995, 279); Manili (2003, 258 y ss.); Quiroga Lavié (2007, 396); Vanossi y Dalla Vía (2000, 294/296, 321/322); Wlasic (2006, 181/182).

En los casos "Nardelli" (1996, Fallos 319:2557); "Cauchi" (1998, Fallos 321:1928) y "Re" (2000, Fallos 323:3356) la CSJN afirmó que los principios de derecho público establecidos en el artículo 27 de la Constitución comprenden actualmente los principios consagrados en los TIDH que gozan de jerarquía constitucional conforme al artículo 75 inciso 22; sin embargo, posteriormente, en el caso "Arias" (2005, Fallos 328:3193), señaló que las disposiciones de los TIDH debían hallarse en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución.

³⁰ Cfr. Badeni (2006, 249, 262 y ss.); Barroso (1995, 924); Castorina de Tarquini (1995, 132/134, 167/168); Ekmekdjian (2001, 628/629); Gelli (2008, 714); Natale (1995, 101 y 105); Padilla (1995, 86); Rey Caro (1995, 18, 48 y 49); Sagüés (2007, 152 y 171); Vítolo (1995, 387).

otros, no habría tal flexibilización³¹.

- En relación al artículo 31 en especial: para algunos, habría alterado la gradación de la jerarquía normativa que surge de dicho artículo³²; para otros, en cambio, no habría tal alteración sino, en todo caso, una aclaración³³.

1.3.2. Al respecto, se advierte que, según sean las posturas sobre tales puntos, la Convención reformadora se habría mantenido o extralimitado en el ejercicio de las competencias que le fueran fijadas por la Ley 24309 bajo sanción de nulidad.

4. Recepción de los TIDH en la Constitución

Asimismo, en torno al artículo 75 inciso 22 se plantea el debate acerca de la recepción de los TIDH en la Constitución:

- Para algunos, la jerarquía constitucional de los TIDH implica que sus disposiciones están incorporadas y forman parte del texto de la Constitución³⁴.

- Para otros, en cambio, la jerarquía constitucional no significa que las disposiciones de los TIDH estén incorporadas o formen parte de la Constitución, sino que gozan de dicha jerarquía por fuera del texto constitucional³⁵.

³¹ Cfr. Bidart Campos (2000, 339/340 y 483); Ferreyra (2007, 360 y ss.); Manili (2003, 251 y ss.); Midón (2004, 62); Vanossi y Dalla Via (2000, 326); Vicente y Rodríguez (1995, 916); Wlasic (2006, 182/183).

En los casos "Arancibia Clavel" (2004, Fallos 327:3312) y "Simón" (2005, Fallos 328:2056) el juez Boggiano sostuvo que el artículo 75 inciso 22, en cuanto habilita la jerarquización de TIDH por el Congreso siguiendo el procedimiento previsto en su último párrafo, no implica un quebrantamiento de la rigidez del artículo 30; en cambio, el juez Fayt consideró que la jerarquización de un TIDH que no se adecue a la Constitución implicaría una reforma constitucional contraria al artículo 30.

³² Cfr. Badeni (2006, 249, 262 y ss.); Castorina de Tarquini (1995, 129 y 163); De Ruiz (1997, 147); Dromi y Menem (1994, 254 y 258); García Belsunce (2006, 9 y ss.); González Napolitano (2011, 52); Sabsay y Onaindía (2009, 116); Spota [h] (2004, 536); Midón (2004, 143).

En el caso "Chantrain" (1947, Fallos: 208:84), la CSJN afirmó que con arreglo al artículo 31 de la Constitución, los tratados internacionales deben respetar las disposiciones de aquella, cuya supremacía sobre todas las normas de derecho positivo asegura el precepto de referencia.

³³ Cfr. Albanese (1995, 933); Cafiero y Graham (1996, 29/31); Ekmekdjian (2001, 618); Ferreyra (2007, 363/364); Gelli (2008, 321, 373/374); Lonigro (2011, 149 y 155); Rosatti (2010, 161); Vanossi y Dalla Via (2000, 295/296 y 303); Wlasic (2006, 179 y 182).

³⁴ Cfr. Castorina de Tarquini (1995, 166, 170/171); Colautti (1998, 71); Ekmekdjian (2001, 619/622); Sola (2009, 158/160 y 172).

En el caso "Méndez Valles" (1995, Fallos 318:2639) el juez Vázquez se refirió a las disposiciones de los TIDH como integradas al texto de la Constitución.

Asimismo, en el caso "Casal" (2005, Fallos 328:3399) la CSJN afirmó que los TIDH formaban parte de la Constitución a partir de su inclusión en el artículo 75 inciso 22, y se refirió a sus disposiciones tratándolas como requisitos constitucionales en función de dicho artículo.

³⁵ Cfr. Badeni (2006, 274/275); Bidart Campos (2000, 340, 410 y ss. y 2003, 371); Bidegain (2005, 91); Cafiero y Graham (1996, 37 y 50); Carnota (2001, 38); De Ruiz (1997, 147); Ferreyra (2007, 360 y ss.); Gil Domínguez (2007, 43, 48 y 76); Haro (2011, 124/125); Jiménez (2000, 190/191 y 202); Leonardi de Herbón (2000, 26); Lonigro (2011, 158); Manili (2003, 188 y ss.); Midón (2004, 145); Mignone (1995, 37); Padilla (1995, 81); Sagüés (2007, 167/168); Spota [h] (2004, 538); Vítolo (1995, 387); Zarini (2001, 135 y 301/302).

Desde esta segunda postura, algunos ven allí un “bloque de constitucionalidad”, aunque difieren acerca de la posición que ocuparían dentro de dicho bloque el texto constitucional y las disposiciones de los TIDH:

- Para algunos, el texto constitucional y las disposiciones de los TIDH se encontrarían en igual plano dentro del mismo bloque³⁶.
- Para otros, en cambio, el texto constitucional se encontraría en un plano superior respecto de las disposiciones de los TIDH dentro del mismo bloque³⁷.

II. Cuatro problemas capitales

Concretamente, de conformidad a los términos del artículo 75 inciso 22, la jerarquía normativa de las disposiciones de los TIDH queda definida bajo cuatro coordenadas fundamentales, a saber:

- En las condiciones de su vigencia.
- Tienen jerarquía constitucional.
- No derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución.
- Deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución.

Paralelamente, dichas expresiones configuran cuatro problemas capitales en la interpretación del significado del artículo 75 inciso 22.

1. En las condiciones de su vigencia

Para algunos tal expresión resultaría inadecuada³⁸; en cambio, para otros resulta altamente significativa.

³⁶ Cfr. Bidart Campos (2000, 295/296 y 410 y ss.); Maniili (2003, 186 y ss.); Midón (2004, 147); Quiroga Lavié (2007, 394 y ss.).

³⁷ Cfr. Bidegain (2005, 91 y ss.); Cayuso (2007, 163 y 265/266); Jiménez (2000, 192 y 202 y ss.); Pinese y Corbalán (2007, 117 y 255); Sagüés (2007, 81/82, 149 y 168); Vicente y Rodríguez (1995, 914 y ss.).

En los casos “Arce” (1997, Fallos 320:2145) y “Alianza Frente para la Unidad” (2001, Fallos 324:3143) la CSJN afirmó que los TIDH del artículo 75 inciso 22 conformaban un “bloque único de legalidad” fuera de la Constitución.

La concepción de un “bloque de constitucionalidad” o “bloque constitucional” conformado por la Constitución y los TIDH fue afirmada en diversos votos de los jueces Petracchi, Boggiano, Maqueda, Lorenzetti y Zaffaroni en los casos “Brusa” (2003, Fallos 326:4816); “Arancibia Clavel” (2004, Fallos 327:3312); “Verbitsky” (2005, Fallos 328:1146); “Llerena” (2005, Fallos 328:1491); “Asociación de Teleradiodifusoras Argentina” (2005, Fallos 328:1825); “Simón” (2005, Fallos 328:2056); “Casa” (2005, Fallos 328:3399); “Martínez Areco” (2005, Fallos 328:3741); “Dieser” (2006, Fallos 329:3034); “Gramajo” (2006, Fallos 329:3680); “Juri” (2006, Fallos 329:5994); “Pouler” (2007, Fallos 330:2112); “Amodio” (2007 Fallos 330:2658); “García Méndez” (2008, Fallos 331:2691); “Pérez” (2009, Fallos 332:2043); “Romero” (2010, Fallos :333:1075); “Álvarez” (2010, Fallos 333:2306).

A su vez, desde finales de 2011 dicha concepción aparecería receptada también por los jueces Fayt, Highton de Nolasco y Argibay en los casos “Méndez” (2011); “Pellicori” (2011); “W., D.” (2011) y “Q., V.” (2012).

³⁸ Así, *v.gr.*, se ha dicho que la expresión sería superflua, *cfr.* Midón (2004, 145) y Spota [h] (2004, 538); o impropia respecto de las declaraciones, *cfr.* González Napolitano (2011, 58/59) y Vítolo (1995, 385).

En efecto, sobre el punto se han expuesto diversas posturas según las cuales la expresión “en las condiciones de su vigencia” significaría:

- La validez de los TIDH en la órbita internacional³⁹.
- Las reservas formuladas respecto de los TIDH, pero no a las declaraciones interpretativas⁴⁰.
- Las reservas y las declaraciones interpretativas formuladas respecto de los TIDH⁴¹.
- Las reservas y declaraciones interpretativas formuladas respecto de los TIDH, se encuentren estos en vigor o no en el ámbito internacional⁴².
- Las reservas y declaraciones interpretativas formuladas respecto de los TIDH y siempre que estos hayan entrado en vigor en el ámbito internacional⁴³.
- Las reservas y declaraciones interpretativas formuladas, siempre que los TIDH hayan entrado en vigor en el ámbito internacional y de acuerdo a la jurisprudencia y opiniones de los órganos internacionales de interpretación y aplicación⁴⁴.
- Las reservas y declaraciones interpretativas formuladas y de acuerdo a la jurisprudencia y opiniones de los órganos internacionales de interpretación y aplicación⁴⁵.

³⁹ Cfr. Carnota (2001, 38).

⁴⁰ Cfr. Vanossi y Dalla Via (2000, 324).

⁴¹ Cfr. Badeni (2006, 275); Barra (1994, 180); Bidegain (2005, 95); Castorina de Tarquini (1995, 159); Cayuso (2007, 266); Hitters y Fappiano (2007, 555); Leonardi de Herbón (2000, 25); Lonigro (2011, 163); Midón (2004, 145); Mignone (1995, 36); Moncayo (2004, 97/98); Natale (1995, 104); Padilla (1995, 81); Quiroga Lavié (2007, 395); Sagúes (2007, 168); Spota [h] (2004, 538).

⁴² Cfr. Barroso (1995, 926); Colautti (1998, 73).

⁴³ Cfr. Rey Caro (1995, 49 y ss.).

⁴⁴ Cfr. Manili (2003, 180 y ss.).

⁴⁵ Cfr. Armagnague (2009, 76); Bidart Campos (2003, p. 372/373); Cafiero y Graham (1996, 49 y ss.); Ekmekdjian (2001, 623); Gelli (2008, 708 y ss.); Gil Domínguez (2007, 63, 85 y ss.); Gordillo (2005, I-25, III-21 y ss.); Travieso (2000, 33); Wlasic (2006, 183/184).

Antes de la reforma de 1994, en el caso “Firmenich” (1987, Fallos 310:1476) la CSJN afirmó que una disposición de la CADH podía interpretarse siguiendo la jurisprudencia elaborada por el Tribunal EDH; y, asimismo, en el caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (1992, Fallos 315:1492) consideró que la interpretación de la CADH debía guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH.

Tras la reforma de 1994, en los casos “Giroldi” (1995, Fallos 318:514) “Viaña” (1995, Fallos 318:2348), “Bramajo” (1996, Fallos 319:1840) y “Arce” (1997, Fallos 320:2145) la CSJN afirmó que la expresión “en las condiciones de su vigencia” significaba cómo los TIDH efectivamente rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su interpretación y aplicación por los tribunales y demás organismos internacionales cuya jurisprudencia y opiniones debían servir de guía.

Sin embargo, luego, en el caso “Acosta” (1998, Fallos 321:3555) la mayoría afirmó que, si bien debían realizarse los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión IDH, ello no equivalía a consagrar el deber para los jueces de cumplirlas al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes; y en el caso “Felicetti” (2000, 323:4130) afirmó que las recomendaciones de la Comisión IDH en cuestión no podían aplicarse retroactivamente sino que debían ser observadas en lo sucesivo.

A su vez, en el caso “Cantos” (2003, Fallos 326:2968) la CSJN desestimó una presentación a fin de que dé cumplimiento a una condena de la Corte IDH contra la Argentina, sosteniendo que su observancia vulneraría derechos y garantías constitucionales de terceros y que, además, no resultaba imprescindible su intervención.

Por otra parte, es posible plantear aquí el *quid* acerca de si las modificaciones que se hicieran a los TIDH adquirirían la jerarquía constitucional en forma automática o no:

- Para algunos, la jerarquización de los TIDH es en las condiciones de vigencia internacional que tenían en tal momento y en proyección al futuro⁴⁶.

- Para otros, la jerarquización de los TIDH es en las condiciones de vigencia internacional que tenían en tal momento sin proyección automática hacia el futuro⁴⁷.

2. Tienen jerarquía constitucional

Para algunos, tal previsión resultaría poco importante⁴⁸; en cambio, para otros presenta gran trascendencia.

En efecto, sentado que todos los tratados internacionales gozan de jerarquía supralegal⁴⁹, sobre el punto se han expuesto diversas posturas según las cuales la expresión “tienen jerarquía constitucional” significaría:

- Una jerarquía igual o equivalente a la Constitución⁵⁰.

En contraste, en el caso “Espósito” (2004, 327:5668) la CSJN sostuvo que lo decidido por la Corte IDH en un caso contra la Argentina alcanzaba a la CSJN que, por lo tanto, debía subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional, sin perjuicio de dejar sentado que no compartía el criterio adoptado para la resolución del caso.

Idéntico acatamiento a lo resuelto resulta del caso “Derecho” (2011, Fallos 334:1504) donde la CSJN revocó y dejó sin efecto un anterior pronunciamiento suyo a fin de dar estricto cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH.

En los casos “Moliné O’Connor” (2004, Fallos 327:1914) la CSJN apoyó su decisión en la jurisprudencia de la Corte IDH; en el caso “Casal” (2005, Fallos 328:3399), tras citar diversas decisiones de organismos internacionales, afirmó que su decisión se imponía por ser la única compatible con el criterio allí sentado; en el caso “Aquino” (2004, Fallos 327:3753) recordó que la expresión “en las condiciones de su vigencia” remitía a los criterios de los organismos internacionales que constituyen los intérpretes autorizados de los TIDH; y, en el caso “Itzcovich” (2005, Fallos 328:566) afirmó que la CADH debía ser considerada conforme con el alcance e interpretación que de aquélla ha efectuado la Corte IDH.

A su vez, en el caso “Lavado” (2006, Fallos 329:3863) la CSJN admitió una presentación relativa a unas medidas provisionales adoptadas por la Corte IDH en un caso contra la Argentina difiriendo el tratamiento de su competencia a fin de requerir una serie de informes a los gobiernos involucrados acerca del cumplimiento de lo dispuesto por el referido tribunal internacional.

Asimismo, en los casos “Mazzeo” (2007, Fallos 330:3248), “García Méndez” (2008, Fallos 331:2691), “Gualtieri Rugnone de Prieto” (2009, Fallos 332:1769) y “Videla y Massera” (2010, Fallos 333:1657) la CSJN afirmó que el Poder Judicial debía ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH teniendo en cuenta no sólo sus disposiciones sino también la interpretación que de la misma ha hecho la Corte IDH.

⁴⁶ Cfr. Bidart Campos (2003, 372/373); De Ruiz (1997, 147 y ss.).

⁴⁷ Cfr. Manli (2003, 211/212); Padilla (1995, 82).

⁴⁸ Así, *v.gr.*, se ha dicho que la expresión tendría una relevancia didáctica pero no jurídica, *cfr.* Sola (2009, 159); o que se trataría de una falacia, *cfr.* Vitolo (2005, 386).

⁴⁹ Cfr. artículo 75 inciso 22, párrafo primero.

⁵⁰ Cfr. Bidart Campos (2000, 410 y ss.); Cañero y Graham (1996, 40/41); Dromi y Menem (1994, 257); Gil Domínguez (2007, 43 y ss.); Gordillo (2005, III-18/19); Ekmekdjian (2001, 621); Manli (2003, 186 y ss.); Pinto (2011, 79).

En los casos “Mazzeo” (2007, Fallos 330:3248) y “Arriola” (2009, Fallos 332:1963) la CSJN sostuvo que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que

- Una jerarquía constitucional atenuada, limitada, restringida, condicionada, intermedia, mitigada, no plena, por encontrarse sujeta, en manera genérica, a los artículos de la primera parte de la Constitución en general (Cfr. Art. 75 Inc. 22) o, de manera específica, a los principios de derecho público de la Constitución (Cfr. Art. 27)⁵¹.

Las diferencias entre una y otra postura se ponen de relieve con claridad en el supuesto de colisión concreta entre el texto constitucional y las disposiciones de los TIDH del artículo 75 inciso 22:

- Desde la primera postura, algunos sostienen que las normas en conflicto deben armonizarse⁵²; mientras que otros agregan que, en caso de no resultar ello posible, debe prevalecer la norma más favorable de acuerdo a ciertos principios, *v.gr.* dignidad humana, *pro homine*, *favor debilis* y/o *pro actione*⁵³.

impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma a través del artículo 75 inciso 22.

⁵¹ Cfr. Badeni (2006, 275 y ss.); Barra (1994, 187/188); Carnota (2001, 38); Castorina de Tarquini (1995, 164/165, 168/169); Cayuso (2007, 265/266); González Napolitano (2011, 53 y 62); Guerrero (2001, 165 y 184/185); Ferreyra (2007, 365); Jiménez (2000, 204 y ss.); Lonigro (2011, 158/159); Mignone (1995, 36/37); Natale (1995, 105 y ss.); Padilla (1995, 82); Quiroga Lavié (2007, 396); Sabsay y Onandía (2009, 117/118 y 122/124); Sagüés (2007, 81/82, 149 y 168); Sola (2009, 159); Spota [h] (2004, 538); Travieso (2000, 34); Vanossi y Dalla Vía (2000, 318/322); Vitolo (1995, 385/386).

En el caso “Méndez Valles” (1995, Fallos 318:2639) el juez Vázquez afirmó que las disposiciones de los TIDH tenían jerarquía cuasi constitucional.

A su vez, en el caso “Petric” (1998, Fallos 321:885) el juez Belluscio sostuvo que las disposiciones de los TIDH configuraban normas constitucionales de segundo rango porque están supeditadas a la primera parte de la Constitución, criterio que luego sería recogido también por el juez Fayt en los casos “Arancibia Clavel” (2004, Fallos 327:3312) y “Simón” (2005, Fallos 328:2056).

⁵² Cfr. Albanese (1995, 929 y ss.); Bidegain (2005, 91 y ss.); Spota [h] (2004, 538/539).

En el caso “Petric” (1998, 321:885) el juez Fayt afirmó que las disposiciones de los TIDH debían armonizarse con las normas de la Constitución de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente.

En el caso “S., V.” (2001, Fallos 324:975) la mayoría sostuvo que los derechos reconocidos en la Constitución y, por ende, en los TIDH del artículo 75 inciso 22, debían ser interpretados armónicamente para hallar un ámbito de correspondencia recíproca dentro del cual obtengan su mayor amplitud los derechos y garantías individuales; considerando que en el caso concreto resultaba posible armonizar el “conflicto de derechos” traído por las partes, sin necesidad de violentar ninguno de los elementos en juego.

A su vez, en el caso “Brusa” (2003, Fallos 326:4816) la CSJN afirmó que la Constitución y los TIDH debían analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de manera tal que las normas constitucionales deben armonizarse con las restantes cláusulas constitucionales y con las normas internacionales a las que la reforma de 1994 ha conferido igual jerarquía.

Asimismo, en el caso “Simón” (2005, Fallos 328:2056) el juez Lorenzetti sostuvo que la función de los jueces debía sustentarse en los principios de armonización, complementariedad y pleno significado de todas las disposiciones.

Y en el caso “Álvarez” (2010, Fallos 333:2306) la CSJN se refirió a la armonía que debía ser establecida dentro del “bloque de constitucionalidad federal” comprensivo de los TIDH y la Constitución.

⁵³ Cfr. Armagnague (2009, 77); Bidart Campos (2000, 388, 419 y ss.); Cafiero y Graham (1996, 40/41); Gil Domínguez (2007, 29, 73 y ss.); Guerrero (2001, 165); Manili (2003, 194, 215 y ss.); Midón (2004, 147); Moncayo (2004, 99); Pinto (2011, 80 y ss.); Wlasic (2006, 55/56).

En los casos “Portal de Belén” (2002, Fallos 325:292); “López” (2004, Fallos 327:4206); “Cardozo” (2006, Fallos 329:2265); “Madorrán” (2007, Fallos 330:1989); “Acosta” (2008, Fallos 331:858);

- Desde la segunda postura, en cambio, se coincide en afirmar que, en caso de no ser posible la armonía, deben prevalecer los principios de derecho público y/o los artículos de la primera parte de la Constitución sobre las disposiciones de los TIDH⁵⁴.

Asimismo, surge el interrogante acerca de la posición de las disposiciones de los TIDH que adquieran jerarquía constitucional siguiendo el procedimiento del último párrafo del artículo 75 inciso 22:

- Para algunos, las disposiciones de los TIDH que adquieran jerarquía por dicho procedimiento y los enumerados en el artículo 75 inciso 22 se encuentran en el mismo rango⁵⁵.

- Para otros, las disposiciones de los TIDH que adquieran jerarquía por dicho procedimiento estarían en un rango inferior a los enumerados en el artículo 75 inciso 22 porque su posición no resultarían de una decisión del constituyente⁵⁶.

Por otra parte, se plantea el *quid* de la jerarquía supraconstitucional de las disposiciones de los TIDH:

- Desde el derecho interno, para algunos, las disposiciones de los TIDH podrían ser dotadas de jerarquía supraconstitucional sin que ello afecte la supremacía de la Constitución como fuente primaria⁵⁷; en cambio, para otros, ello no sería posible porque alteraría la primacía de la Constitución

"Ascua" (2010, Fallos 333:1361); "H., E. N" (2010, Fallos 333:1805); "Álvarez" (2010, Fallos 333:2306); "Calderón de Loiza" (2011, Fallos 334:223); "Germano" (2012); "F., A. L." (2012) la CSJN sostuvo que el principio *pro homine* que informa a los TIDH impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde o proteja en mayor medida al ser humano.

⁵⁴ Cfr. Barra (1994, 187/188); Barroso (1995, 926/927); Dulitzky (1995, 954/955); Ferreyra (2007, 365); Vicente y Rodríguez (1995, 919/921).

En el caso "Felicetti" (2000, Fallos 323:4130) la mayoría de la CSJN afirmó que una disposición de la CADH tenía igual valor que una disposición de la Constitución, aclarando que ésta no pertenecía a su primera parte.

A su vez, en el caso "S., V." (2001, Fallos 324:975) el juez Belluscio sostuvo que ante la imposibilidad de coordinar los derechos de la primera parte de la Constitución y las disposiciones de los TIDH, la correcta hermenéutica obligaba a dar primacía a los primeros; criterio que luego sería recogido también por los jueces Vázquez y Fayt en los casos "Arancibia Clavel" (2004, Fallos 327:3312) y "Simón" (2005, Fallos 328:2056).

⁵⁵ Cfr. Badeni (2006, 279); Bidart Campos (2000, 410 y 418 y 2003, 380); Cafiero y Graham (1996, 54); Ekmekdjian (2001, 628); Guerrero (2001, 144); Manili (204, 213 y ss.); Sagüés (2007, 170); Vanossi y Dalla Vía (2000, 308).

En los casos "Arancibia Clavel" (2004, Fallos 327:3312) y "Simón" (2005, Fallos 328:2056) el juez Boggiano sostuvo que las disposiciones de los TIDH que adquieran jerarquía constitucional por el procedimiento fijado en el último párrafo del artículo 75 inciso 22 tienen el mismo rango que los enumerados en dicho artículo, señalando que cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma.

⁵⁶ Cfr. Sabsay y Onaindía (2009, 123).

En el caso "Arancibia Clavel" (2004, Fallos 327:3312) el juez Belluscio sostuvo que las disposiciones de los TIDH que adquieran jerarquía constitucional por el procedimiento fijado en el último párrafo del artículo 75 inciso 22 son con mayor razón normas constitucionales de segundo rango porque su jerarquización no proviene directamente del poder constituyente.

⁵⁷ Cfr. Barroso (1995, 924/925); Bidart Campos (2000, 411 y ss. y 2003, 370); Cafiero y Graham (1996, 39); Colautti (1998, 72); Gil Domínguez (2007, 49); Mignone (1995, 37).

que surge de sus artículos 27 y 31⁵⁸.

- Desde el derecho internacional, para algunos, las disposiciones de los TIDH tendrían primacía sobre la Constitución en razón de los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵⁹; en cambio, para otros, dicha Convención no conllevaría a reconocer tal prioridad⁶⁰.

3. No derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución

Para algunos, tal expresión resultaría poco significativa⁶¹; en cambio, para otros resulta verdaderamente importante.

En efecto, sobre el punto se han expuesto diversas posturas según las cuales la expresión “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” significaría que:

- Las disposiciones de los TIDH no podrían derogar la primera parte de la Constitución ni los otros segmentos que contengan principios de derecho público⁶².

- Las disposiciones de los TIDH no podrían derogar la primera parte de la Constitución, pero sí alterar su parte orgánica y otros segmentos⁶³.

- Las disposiciones de los TIDH no podrían derogar la primera parte de la Constitución, ni ésta podría derogar a aquellas en razón de su complementariedad⁶⁴.

- Las disposiciones de los TIDH no podrían derogar parte alguna de la Constitución, ni éstas podrían derogar a aquellas en razón de la complementariedad⁶⁵.

⁵⁸ Cfr. Badeni (2006, 245, 274 y ss.).

⁵⁹ Cfr. Bidart Campos (2000, 408); Gordillo (2005, III-7 y ss.); Guerrero (2001, 181); Manili (2003, 258 y ss.); Sagüés (165/166).

En el caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (1992, Fallos 315:1492) la CSJN afirmó que, en razón de la aprobación de la citada Convención de Viena, la prioridad de rango del derecho internacional sobre el derecho interno se encontraba incorporada al ordenamiento jurídico argentino.

Sin embargo, al poco tiempo, en el caso “Fibraca” (1993, 316:1669) aclaró que ello era así, una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales.

⁶⁰ Cfr. Badeni (2006, 275); Lonigro (2011, 162/163).

⁶¹ Así, *v.gr.*, se ha dicho que la expresión podría parecer una obviedad, *cfr.* Ekmekdjian (2001, 624); o que sería irrelevante, *cfr.* Hitters y Fappiano (2007, 556).

⁶² Cfr. Jiménez (2000, 204/210).

En los casos “Chocobar” (1996, Fallos 319:3241); “Rozenblum” (1998, Fallos 321:2314); “Cancela” (1998, Fallos 321:2637) la CSJN afirmó que los TIDH no pueden ni han podido derogar la Constitución, pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir.

⁶³ Cfr. Castorina de Tarquini (1995, 159 y 166/167); Sagüés (2007, 168/169); Vanossi y Dalla Via (2000, 326).

⁶⁴ Cfr. Cafiero y Graham (1996, 50); De Ruiz (1997, 148); Ekmekdjian (2001, 621 y 624/625); Manili (2003, 196/197 y 199); Spota [h] (2004, 538).

⁶⁵ Cfr. Bidart Campos (2000, 413 y ss. y 2003, 373 y ss.).

En los casos “Monges” (1996, Fallos 319:3148) y “Ministerio de Cultura y Educación de la

- Las disposiciones de los TIDH no derogan parte alguna de la Constitución⁶⁶.

Al respecto, la expresión “no derogan” ha planteado la cuestión acerca de si ha sido el propio constituyente quien efectuó la comprobación de compatibilidad entre la Constitución y los TIDH:

- Para unos, la comprobación de compatibilidad fue efectivamente realizada por el constituyente, al menos como presunción⁶⁷.

- Para otros, la comprobación de la compatibilidad no fue realizada por el constituyente⁶⁸.

A su turno, la expresión “primera parte de esta Constitución” ha planteado una discrepancia acerca de si ella aludiría a:

- Los artículos 1 a 35 de la Constitución, que abarcan las declaraciones, derechos y garantías del capítulo único de la Constitución histórica⁶⁹.

- Los artículos 1 a 43 de la Constitución, que abarcan las declaraciones, derechos y garantías y los nuevos derechos y garantías de los capítulos primero y segundo de la Constitución reformada⁷⁰.

4. Deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución

Para algunos, tal previsión resultaría poco elocuente⁷¹; en cambio, para otros presenta suma relevancia.

En efecto, sobre el punto se han expuesto diversas posturas según las

Nación” (1999, Fallos 322:875) la CSJN afirmó que los TIDH complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución, aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, de manera tal que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente.

⁶⁶ Cfr. Colautti (1998, 76/77).

⁶⁷ Cfr. Armagnague (2009, 76/77); Carrió (1995, 71/72); Cayuso (2007, 266); Gordillo (2005, III-27); Manli (2003, 195 y 262); Quiroga Lavié (2007, 396).

En los casos “Monges” (1996, Fallos 319:3148); “Chocobar” (1996, Fallos 319:3241); “Petric” (1998, Fallos 321:885); “Rozenblum” (1998, Fallos 321:2314); “Cancela” (1998, Fallos 321:2637); “Ministerio de Cultura y Educación de la Nación” (1999, Fallos 322:875) la CSJN afirmó que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los TIDH y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna.

Con posterioridad, dicha postura fue mantenida por el juez Boggiano en los casos “Mignone” (2002, Fallos 325:524); “Arancibia Clavel” (2004, Fallos 327:3312) y “Simón” (2005, Fallos 328:2056).

⁶⁸ Cfr. Badeni (2006, 279); Colautti (1998, 76/77); Gil Domínguez (2007, 139); Lonigro (2011, 160); Spota [h] (2004, 540).

En los casos “Arancibia Clavel” (2004, Fallos 327:3312) y “Simón” (2005, Fallos 328:2056) el juez Fayt rechazó la idea de que los constituyentes hubiesen ya efectuado el juicio de comprobación entre los TIDH y los artículos constitucionales verificando que no se producía derogación alguna de estos últimos.

⁶⁹ Cfr. Badeni (2006, 261/262); Barra (1995, 187); Bidart Campos (2003, 377/378); De Ruiz (1997, 146); Dromi y Menem (1994, 100); Guerrero (2001, 165 y 184); Saqués (2007, 168/169); Wlasic (2006, 177).

⁷⁰ Cfr. Padilla (1995, 81); Quiroga Lavié (2007, 396); Vanossi y Dalla Vía (2000, 325).

⁷¹ Así, v.gr., se ha dicho que la expresión sería irrelevante, cfr. Colautti (1998, 77).

cuales la expresión “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos” significaría:

- Complementación, reglamentación y desarrollo del catálogo de derechos constitucionales ya existentes, pero sin que puedan crear nuevos derechos⁷².
- Complementación, explicitación, integración, perfeccionamiento, tecnificación y enriquecimiento del catálogo de derechos y garantías constitucionales explícita o implícitamente consagrados⁷³.
- Complementación del catálogo de derechos constitucionales y de las jurisdicciones para su tutela⁷⁴.

III. Cuestiones conexas

A más de los cuatro problemas capitales anteriores, pueden señalarse otras importantes cuestiones conexas que plantean dudas en torno al artículo 75 inciso 22.

1. Selección de los TIDH

Una primera cuestión conexas se refiere a la selección de TIDH a los que se ha conferido jerarquía constitucional por el artículo 75 inciso 22:

- Para algunos, tal selección carece de justificación o constituye un error de técnica⁷⁵.
- Para otros, tal selección merece crítica, sea por defecto o sea por exceso⁷⁶.

⁷² Cfr. Badeni (2006, 276); Quiroga Lavié (2007, 398).

⁷³ Cfr. Alice (2000, 40 y ss.); Armagnague (2009, 77); Barra (1994, 187); Bidart Campos, 2003, 375 y ss.); Caferio y Graham (1996, 50); Castorina de Tarquini (1995, 159, 166/167); Gelli (2008, 713/714); Gil Domínguez (2007, 65/66); González Napolitano (2011, 53), Hitters y Fappiano (2007, 555); Lonigro (2011, 163); Midón (2004, 148); Natale (1995, 105); Vanossi y Dalla Vía (2000, 322/325).

En el caso “Gabrielli” (1996, Fallos 319:1165) la CSJN afirmó que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado con jerarquía constitucional, como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de nuestra Constitución, los derechos consagrados en ciertos TIDH.

⁷⁴ Cfr. Manili (2003, 197 y ss.).

⁷⁵ Cfr. Dulitzky (1995, 942 y ss.); Padilla (1995, 84); Rey Caro (1995, 47); Vanossi y Dalla Vía (2000, 306/308 y 313); Vítolo (1995, 386).

Es interesante recordar que, en el seno de la Convención reformadora, la Comisión de redacción consensuó otorgar jerarquía constitucional sólo a algunos TIDH, pero el dictamen de la Comisión de origen preveía conferirla a todos los TIDH, lo cual, para algunos hubiera sido preferible, *cfr.* Bidart Campos (2003, 370); y para otros no, *cfr.* Manili (2003, 174).

⁷⁶ Cfr. Bidart Campos (2003, 370); Colautti (1998, 69/70); Dulitzky (1995, 946 y ss.); Ekmekdjian (2001, 615); Guerrero (2001, 164); Sola (2009, 158/159); Vanossi y Dalla Vía (2000, 306/307).

En el caso “Verbitsky” (2005, Fallos 328:1146), la CSJN consideró que cierto instrumento de la ONU, si bien carecía de la jerarquía constitucional de los TIDH incorporados al bloque de constitucionalidad federal, constituía el estándar internacional a aplicar al caso por vía del artículo 18 de la Constitución.

- Para otros, tal selección no merece crítica ni por defecto ni por exceso por cuanto se contemplan los TIDH más básicos e importantes⁷⁷.

2. Control judicial de constitucionalidad

A su vez, se plantea el debate adicional acerca de si las disposiciones de los TIDH resultan susceptibles de control judicial de constitucionalidad:

- Para algunos, los jueces podrían declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones de los TIDH en un caso concreto por considerar que resultan incompatibles con la Constitución y/o que la Convención reformadora se extralimitó en sus atribuciones⁷⁸.

- Para otros, los jueces no podrían declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones de los TIDH en ningún caso en razón de su jerarquía constitucional y/o porque su compatibilidad con la Constitución resulta un juicio constituyente⁷⁹.

3. Jerarquía constitucional de los deberes, limitaciones y restricciones

Por otra parte, una duda que se agrega se refiere a si los deberes, limitaciones y restricciones contempladas en las disposiciones de los TIDH gozan o no de jerarquía constitucional:

- Para algunos, las disposiciones de los TIDH regulan no sólo derechos, sino también deberes con jerarquía constitucional⁸⁰.

- Para otros, las disposiciones de los TIDH que contemplan limitaciones y/o restricciones a los derechos tendrían jerarquía constitucional como el resto de sus normas⁸¹.

⁷⁷ Cfr. Barra (1994, 169); Cafiero y Graham (1996, 37); Manili (2003, 175).

⁷⁸ Cfr. Badeni (2006, 279); Dulitzky (1995, 955); Moncayo (2004, 98/99); Padilla (1995, 84); Spota [h] (2004, 540, 542/543).

En los casos "Arancibia Clavel" (2004, Fallos 327:3312) y "Simón" (2005, Fallos 328:2056) el juez Fayt afirmó que correspondía al Poder Judicial comprobar la armonía de los TIDH con los derechos y garantías de la Constitución mediante el control de constitucionalidad en los casos concretos.

⁷⁹ Cfr. Bidart Campos (2000, 408/409 y 419); Carrió (1995, 72); Colautti (1998, 71); Gordillo (2005, III-27/28); Manili (2003, 174 y ss.); Quiroga Lavié (2007, 133); Vanossi y Dalla Via (2000, 322).

En los casos "Monges" (1996, Fallos 319:3148); "Chocobar" (1996, Fallos 319:3241); "Petric" (1998, Fallos 321:885); "Rozenblum" (1998, Fallos 321:2314); "Cancela" (1998, Fallos 321:2637); "Ministerio de Cultura y Educación de la Nación" (1999, Fallos 322:875) la CSJN afirmó que los poderes constituidos no podían desconocer o contradecir el juicio de comprobación efectuado por los constituyentes acerca de la compatibilidad de las disposiciones de los TIDH y los artículos constitucionales.

Con posterioridad, dicha postura fue mantenida por el juez Boggiano en los casos "Mignone" (2002, Fallos 325:524); "Arancibia Clavel" (2004, Fallos 327:3312) y "Simón" (2005, Fallos 328:2056).

A su vez, en el último caso citado, el juez Lorenzetti sostuvo que la incorporación de los TIDH del artículo 75 inciso 22 es una decisión de los constituyentes que los poderes constituidos no pueden discutir, agregando que la función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización, complementariedad y pleno significado de todas las disposiciones.

⁸⁰ Cfr. Quiroga Lavié (2007, 394); Sagüés (2007, 932/933).

⁸¹ Cfr. Manili (2003, 237 y ss.); Moncayo (2004, 100/101); Wlasic (2006, 183).

- Para otros, las disposiciones de los TIDH que contemplan limitaciones y/o restricciones a los derechos tendrían jerarquía constitucional en cuanto brinden iguales o mejores garantías constitucionales⁸².
- Para otros, las disposiciones de los TIDH que contemplan limitaciones y/o restricciones a los derechos no tendrían jerarquía constitucional en cuanto contrarían el sistema constitucional⁸³.

4. TIDH y reforma constitucional

Sobre este punto, una primera discusión anexa se refiere a si las disposiciones de los TIDH pueden ser reformadas por la vía del artículo 30 de la Constitución: para algunos, ello sería posible⁸⁴; para otros, en cambio, no⁸⁵.

Por otro lado, una duda adicional se refiere a si las disposiciones de los TIDH constituyen límites a la posibilidad de reforma de la Constitución: para algunos, efectivamente constituyen límites implícitos y externos al poder constituyente reformador⁸⁶; para otros, en cambio, no constituyen límites, más allá de las consecuencias axiológicas o políticas⁸⁷.

IV. 75:22 | Modelo para armar

Las líneas precedentes desarrollan un modelo descriptivo acerca de las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales formuladas sobre el artículo 75 inciso 22.

En lo que sigue, a partir de la consideración de diversos aportes, se avanza en la definición de un modelo interpretativo propio que se presenta como una nueva propuesta de reconstrucción.

⁸² Cfr. Manili (2003, 237 y ss.); Moncayo (2004, 100/101); Wlasic (2006, 183).

⁸³ Cfr. Sabsay y Onaindia (2009, 118).

En el caso "Sánchez" (2005, Fallos 328:1602) la CSJN afirmó que las disposiciones de los TIDH no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la Constitución, de manera tal que la consideración de los recursos disponibles de cada Estado no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes.

A su vez, en el caso "Gottschau" (2006, Fallos 329:2986) la CSJN afirmó que las disposiciones de los TIDH sólo podían mejorar la tutela de los derechos y no empeorarla; de manera tal que no podían entenderse como restrictivos de los derechos constitucionales existentes dado que el artículo 75 inciso 22 dispone que los TIDH de rango constitucional no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos y, además, los propios TIDH prevén que sus disposiciones no pueden ser interpretadas en el sentido de limitar los derechos reconocidos en las normas de los propios Estados.

⁸⁴ Cfr. Colautti (1998, 71/72).

⁸⁵ Cfr. Bidart Campos (2003, 371); Ekmekdjian (2001, 620).

⁸⁶ Cfr. Colautti (1998, 71/72).

⁸⁷ Cfr. Ferreyra (2007, 365/366).

A. Derechos humanos y derechos constitucionales: derechos fundamentales

Parte de las discrepancias sobre las disposiciones de los TIDH respondería a la falta de claridad acerca de cómo son considerados sus enunciados⁸⁸ pues, en principio, su identificación como derechos humanos del derecho internacional o como derechos constitucionales del derecho interno puede conllevar a diversas interpretaciones⁸⁹.

Al respecto, aquí se considera que el artículo 75 inciso 22 permite difuminar positivamente la cuestión⁹⁰ pues la jerarquía constitucional otorgada a las disposiciones de los TIDH implicaría que, más allá del valor que asuman en el ámbito internacional⁹¹, en nuestro ámbito interno, los derechos humanos funcionan como los derechos constitucionales en tanto configuran derechos fundamentales⁹².

B. Derechos humanos: declaraciones, guías o derechos

Dicho lo anterior, cabe recordar que corresponde a nuestra doctrina más clásica la idea de que los derechos constitucionales no son simples fórmulas teóricas sino que poseen fuerza obligatoria para los individuos y para las autoridades en toda la nación, como así también, que aquellos corresponden tanto a las personas particulares como a los poderes públicos⁹³.

Por lo tanto, desde la perspectiva señalada, puede afirmarse que tales características resultan predicables también respecto de las disposiciones de los TIDH en razón del artículo 75 inciso 22.

⁸⁸ En términos generales, se ha advertido que parte no desdeñable de las controversias entre los juristas responderían a la falta de claridad acerca de cómo deben tomarse ciertos enunciados jurídicos, *cf.* Carrió (2006, 25, 91 y ss.).

⁸⁹ La distinción entre “derechos humanos” y “derechos constitucionales” –como así también entre otras categorías de derechos (“derechos naturales”, “derechos innatos”, “derechos morales”, “derechos del hombre”, “derechos de la persona humana”, “derechos individuales”, “derechos públicos subjetivos”, “libertades públicas”, “derechos fundamentales”)– puede responder a diversos criterios, como su origen, fundamento, caracterización, amplitud, exigibilidad, etc., *cf.* Bidart Campos (1989, 165 y ss.); Peces-Barba Martínez (1999, 19 y ss.); Díez-Picazo (2008, 33 y ss.).

⁹⁰ En tal sentido, en términos generales, puede decirse que cuando más influenciados se encuentran los sistemas jurídicos internos por el derecho internacional de los derechos humanos, que con mayor frecuencia se aloja en el nivel constitucional, más injustificada resulta la diferenciación, *cf.* Nowak (2009, 19/20); al punto que podría ponerse en duda si tal distinción resulta válida en el siglo XXI, considerando especialmente la tendencia constitucional en América Latina, *cf.* Aguilar Cavallo (2010, 15 y ss.).

⁹¹ No es óbice a tal afirmación que el artículo 75 inciso 22 aluda a “las condiciones de su vigencia”, en razón de las consideraciones expuestas.

⁹² Aquí se propone el uso de la expresión “derechos fundamentales” como género que permitiría abarcar a los “derechos constitucionales” reconocidos en el texto de la Constitución y los “derechos humanos” consagrados en los TIDH con jerarquía constitucional.

Tal estipulación implica una definición formal y positiva de los “derechos fundamentales” que los individualiza como aquellos derechos que participan de la fundamentalidad de la norma constitucional, *cf.* Bastida Freijedo (2005, 30 y ss.).

⁹³ *Cfr.* González (1983, 101 y ss.; la primera edición data de 1897).

De allí que estas no pueden ser entendidas como meras declaraciones de propósitos en tanto resultan investidas de la misma fuerza normativa de la Constitución⁹⁴.

A su vez, tampoco pueden ser consideradas disyuntivamente como verdaderos derechos o como guías legislativas sino que, antes bien, deben concebirse en su doble dimensión como derechos subjetivos a la vez que principios objetivos del sistema constitucional⁹⁵.

En cuanto a los sujetos de tales derechos, cabría afirmar que los titulares son esencialmente los particulares –sean personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras– pero también el Estado –sea federal, local o incluso extranjero⁹⁶; en tanto que el sujeto obligado sería esencialmente el Estado –sea federal, local o incluso extranjero– pero también, los particulares (sean personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras)⁹⁷. Asimismo, cabe agregar que ni todos los derechos humanos son operativos ni todos resultan programáticos sino que tal caracterización

⁹⁴ La idea de la fuerza normativa de la Constitución fue introducida en 1959 por Hesse (2011, 77 y ss.) y desarrollada entre nosotros, especialmente, por Bidart Campos (1995, 11 y ss.).

Positivamente, la fuerza normativa de la Constitución puede desprenderse del artículo 36 de la Constitución, entre otros.

⁹⁵ Entre nosotros, en un sentido parecido, se ha sostenido que los derechos fundamentales constituyen derechos subjetivos a la par que líneas de acción para el ejercicio del poder público, *cf.* Ferreyra (2010, 843 y ss.).

Positivamente, la doble dimensión de los derechos fundamentales puede desprenderse de los artículos 14; 18; 19; 28; 33; 75 inciso 23 y 116 de la Constitución, además de las propias disposiciones de los TIDH del artículo 75 inciso 22.

⁹⁶ Ciertamente, hay derechos que esencialmente tutelan a personas físicas, *v.gr.* vida; pero también hay otros cuyo amparo alcanza a personas jurídicas, e incluso al Estado, *v.gr.* propiedad.

Positivamente, la idea de que los titulares de los derechos fundamentales son los particulares, sean personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, puede desprenderse de las referencias a los habitantes, las personas, los hombres, los ciudadanos, los extranjeros, las asociaciones, etc., de los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 25, 36, 42, 43 de la Constitución, además de las propias disposiciones de los TIDH del artículo 75 inciso 22.

En especial, cabe advertir las referencias expresas a distintas personas de derecho público con diversos derechos: la Iglesia Católica, los partidos políticos, las universidades, *cf.* 2, 38, 75 inciso 19 de la Constitución.

Asimismo, como ejemplos de derechos que amparan al Estado, sea federal, local o incluso extranjero, *v.gr.* propiedad, acceso a la jurisdicción, etc., *cf.* artículos 4, 75 inciso 5, 116, 117, 124 de la Constitución.

⁹⁷ Ciertamente, hay derechos que esencialmente vinculan al Estado, *v.gr.* acceso a la jurisdicción; pero también hay otros cuya obligatoriedad se extiende a las personas físicas, e incluso a las personas jurídicas, *v.gr.* no discriminación.

Positivamente, la idea de que el obligado por los derechos fundamentales es el Estado, sea federal, local o incluso extranjero, puede desprenderse de los artículos 5, 8, 14, 14 bis, 19, 27, 29, 31 y 128 de la Constitución, además de las propias disposiciones de los TIDH del artículo 75 inciso 22.

En especial, cabe advertir que la vinculación alcanza puntualmente al Poder Legislativo, *cf.* artículos 28, 67 y 75 inciso 23; al Poder Ejecutivo, *cf.* artículos 86 y 93; y al Poder Judicial, *cf.* artículos 112 y 116 de la Constitución.

Asimismo, como ejemplos de derechos que también vinculan a los particulares, sean personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, *v.gr.* libertad, igualdad, derechos laborales, *cf.* 15, 16, 14 bis de la Constitución.

Por fin, la vinculación de todos los sujetos, sean públicos o particulares, a los derechos fundamentales puede derivarse, en general, de los artículos 36 y 43 de la Constitución.

dependerá concretamente de la formulación de cada derecho, sin perjuicio de recordar que la fuerza normativa abraza a ambas categorías⁹⁸.

C. Validez del artículo 75 inciso 22

En este punto corresponde señalar que el artículo 3 de la Ley 24309 había habilitado a la Convención constituyente de 1994 para regular la jerarquía de los tratados internacionales mientras que, a la vez, su artículo 7 vedaba la introducción de modificación alguna al entonces capítulo único de la primera parte de la Constitución donde se encontraban las principales disposiciones sobre jerarquía normativa, derechos y garantías constitucionales.

De ello resultaría un aparente conflicto entre tales artículos si no fuera porque puede interpretarse que el artículo 7 solamente prohibía todo cambio sobre los textos del referido capítulo único, pero no sobre sus significados como resultado de la incorporación de nuevos artículos constitucionales⁹⁹.

Consecuentemente, la reforma constitucional de 1994, en cuanto incorporó el artículo 75 inciso 22 manteniendo incólumes los textos de la

⁹⁸ De allí que, en principio, debe estar por su operatividad y, aún en caso de programaticidad, debe reconocerse un contenido esencial cuya falta de desarrollo genera inconstitucionalidad por omisión, que impide legislar en sentido contrario y que puede ser atendido por los jueces en los casos concretos, *cfr.* Bidart Campos (2000, 331 y ss.).

Positivamente, lo expuesto puede desprenderse de los artículos 14, 28, 31, 75 inciso 23, 86, 99 inciso 2, 116 de la Constitución, además de las propias disposiciones del artículo 75 inciso 22.

⁹⁹ Y es que, si así no se lo entendiera, resultaría que los artículos 2 y 3 colisionarían con el artículo 7, pues, la casi totalidad de los temas habilitados para la reforma constitucional suponían, en algún modo, introducir indirectamente ciertas modificaciones sobre las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución.

En efecto, en cuanto a los temas habilitados en el artículo 2: la atenuación del sistema presidencialista incidía sobre la forma de gobierno del artículo 1; la eliminación del requisito confesional para ser presidente incidía sobre la posición del culto católico del artículo 2; la elección directa de los senadores, del presidente y vicepresidente y del jefe de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires incidía sobre el sistema representativo y el principio de soberanía del pueblo de los artículos 1, 22 y 33; la regulación de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa incidía sobre el principio de legalidad y a la prohibición de delegación de los artículos 14, 17, 18, 19 y 29; la reglamentación de la intervención federal incidía sobre el artículo 6.

A su vez, en cuanto a los temas habilitados en el artículo 3: el fortalecimiento del régimen federal incidía sobre la forma federal del artículo 1; la autonomía municipal incidía sobre el régimen municipal del artículo 5; la incorporación de los mecanismos de democracia semidirecta incidía sobre el sistema representativo y el principio de soberanía del pueblo de los artículos 1, 22 y 33; la actualización de las atribuciones del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, la creación del defensor del pueblo, la consagración del ministerio público como órgano extrapoder incidía sobre la forma de gobierno del artículo 1; la regulación de los institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales incidía sobre la gradación normativa y principio de soberanía de artículos 27, 31 y 33; la regulación de los partidos políticos y del sistema electoral incidía sobre el sistema representativo y el principio de soberanía del pueblo de los artículos 1, 22 y 33; la defensa del orden constitucional incidía sobre el sistema de defensa constitucional de los artículos 21 y 29; la tutela de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas incidía sobre la igualdad formal y el fomento de la cultura europea de los artículos 16 y 25; la preservación del medio ambiente y la defensa de la competencia, del usuario y del consumidor incidía sobre los derechos de los artículos 14 y 17; la consagración expresa del *habeas corpus* y del amparo incidía sobre los artículos 18 y 33.

primera parte de la Constitución, habría respetado las previsiones de la Ley 24309, aún cuando las disposiciones de los TIDH pudieran cambiar su anterior significado.

En tal sentido, específicamente, la introducción del artículo 75 inciso 22 no colisionó con el artículo 27 de la Constitución, pues los derechos humanos hacen a los principios de derecho público de la Constitución¹⁰⁰. Tampoco alteró el artículo 30, pues el artículo 75 inciso 22 no habilita un mecanismo para la reforma de partes de la Constitución, sino para conferir jerarquía constitucional a ciertos TIDH por fuera del texto de la Constitución¹⁰¹.

Finalmente, tampoco desconoció el artículo 31, pues de la enunciación de la Constitución, las leyes y los tratados como ley suprema de la Nación, no se deduce una ordenación jerárquica de dichas normas entre sí¹⁰².

En suma, la jerarquía constitucional de las disposiciones de los TIDH contemplada en el artículo 75 inciso 22 resulta conforme a las competencias fijadas a la Convención reformadora de 1994 por la Ley 24309.

D. Recepción de los TIDH en la Constitución

Sentado que la Constitución y los TIDH configuran sistemas jurídicos distintos, aquí se considera que la jerarquía constitucional prevista en el artículo 75 inciso 22 no significa que las disposiciones de los TIDH sean incorporadas como parte del texto de la Constitución, sino la definición de la relación entre ambos sistemas desde la perspectiva de nuestro

¹⁰⁰ Al respecto puede destacarse que la fuente del artículo 27 de la Constitución fue el artículo 35 del Proyecto de Alberdi quien utilizó la expresión "derecho público" para referirse a los derechos que debían ser reconocidos a todos los habitantes naturales o extranjeros en la Constitución y, también, mediante la celebración de tratados internacionales que servirían como garantías para el propio derecho constitucional, *cfr.* Alberdi (1852, 71, 108, 206, 211, 233 y ss.).

¹⁰¹ Al respecto puede destacarse que el artículo 75 inciso 22 tampoco ha flexibilizado la rigidez de nuestra Constitución. En efecto, la flexibilidad o rigidez constitucional depende de la posibilidad de proceder a su reforma mediante el procedimiento legislativo ordinario o la necesidad de recurrir a un procedimiento más complejo, *cfr.* Bryce (1988, 9 y ss.).

Desde tal perspectiva, nuestra Constitución sigue siendo rígida pues, dotar de jerarquía constitucional a un TIDH supone que el mismo haya sido concluido por el Poder Ejecutivo en sede internacional, luego aprobado por el Congreso en el ámbito interno, luego ratificado por el Poder Ejecutivo en sede internacional y luego dotado de tal jerarquía por una ley sancionada por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara del Congreso, *cfr.* artículos 75 inciso 22 y 99 inciso 11; todo lo cual excede al proceso legislativo ordinario, *cfr.* artículos 77 y ss.

¹⁰² Al respecto puede destacarse que la alusión del artículo 31 a la Constitución, las leyes y los tratados permite afirmar la supremacía del derecho federal sobre el derecho local, pero no alcanza por sí sola para deducir un orden jerárquico entre tales normas, pues éste no surge de un análisis sintáctico del enunciado, ni aún apelando a un análisis pragmático, *cfr.* Gamut (2004, 32, 209 y ss.).

Por lo demás, que la Constitución sea la norma suprema no permite concluir que, *a contrario sensu*, las demás normas deban estar necesariamente en una jerarquía inferior, pues bien podrían asumir una jerarquía idéntica, como sucede en el caso en razón del artículo 75 inciso 22, sin que ello contrarie la supremacía de la Constitución, *cfr.* Guastini (1999, 214 y ss.).

derecho constitucional¹⁰³.

Con tal precisión, podría utilizarse estipulativamente la expresión “bloque constitucional” para aludir al conjunto normativo –la Constitución y los TIDH– que goza de jerarquía constitucional en el sistema jurídico argentino¹⁰⁴.

1. Cuatro problemas capitales

A. En las condiciones de su vigencia

La expresión “en las condiciones de su vigencia” significa que la jerarquización de los TIDH es de acuerdo a la manera en que resultan formalmente válidos para la Argentina, es decir, considerando su entrada en vigor y las reservas y declaraciones interpretativas formuladas a su respecto¹⁰⁵.

Desde esta perspectiva, por tanto, dicho enunciado no alcanzaría a la jurisprudencia y opiniones de los órganos internacionales de interpretación y aplicación, pues éstas remitirían más bien a condiciones de eficacia y no de vigencia¹⁰⁶; lo cual no implica desconocer que aquellas puedan servir de importante guía para la efectivización de los TIDH, pero sí señalar que el artículo 75 inciso 22 no impone el deber de su seguimiento.

Por otra parte, en cuanto las modificaciones que se hicieran a los TIDH, se considera que no adquieren jerarquía constitucional en forma automática sino que, a tal efecto, debería seguirse el procedimiento previsto en el último párrafo del artículo 75 inciso 22¹⁰⁷.

¹⁰³ En términos generales, entre distintos sistemas jurídicos pueden darse diversos tipos de relaciones, v.gr.: indiferencia, rechazo o absorción; coordinación o subordinación; inclusión total, exclusión total, inclusión/exclusión parcial, *cfr.* Bobbio (1992, 245 y ss.).

En tal sentido, el artículo 75 inciso 22 indicaría una relación de absorción, coordinación e inclusión/exclusión parcial entre el sistema de la Constitución y el sistema de los TIDH.

Por lo demás, afirmar que la jerarquía constitucional de los TIDH implica su incorporación al texto constitucional significa confundir la “pertenencia” con la “aplicación”, pues bien puede haber normas que se apliquen con jerarquía constitucional pero que, sin embargo, no pertenezcan al sistema constitucional, *cfr.* Alchourrón y Bulygin (1991, XXV).

¹⁰⁴ La expresión “bloque constitucional” ha sido utilizada por la CSJN en algunos fallos recientes y aparece como más adecuada que la noción de “bloque de constitucionalidad” que maneja mayoritariamente la doctrina.

¹⁰⁵ *Cfr.* Rey Caro (1995, 49 y ss.).

¹⁰⁶ En efecto, aún cuando no hay unanimidad en la terminología, puede señalarse que el término “vigencia” se referiría al vigor formal de las normas, en tanto que el término “eficacia” aludiría a su observancia efectiva, *cfr.* Capella (1999, 84 y ss.); Serrano (1999, 17 y ss.).

¹⁰⁷ *Cfr.* Manlil (2003, 211/212); Padilla (1995, 82). En tal sentido, la práctica internacional permite observar que las modificaciones a los TIDH se efectúan mediante nuevos instrumentos –denominados “Protocolos Facultativos”– que, consecuentemente, quedan sujetos a la previsión del último párrafo del artículo 75 inciso 22: así, v.gr. el “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” –aprobado por Ley 24658 (BO 17/07/1996)– carece de jerarquía constitucional, cuyo otorgamiento requeriría el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara del Congreso, *cfr.* Wlasic (2006, 184/185).

B. Tienen jerarquía constitucional

A su turno, la expresión “tienen jerarquía constitucional” significa que las disposiciones de los TIDH, tanto los enumerados en el artículo 75 inciso 22 como los jerarquizados por el Congreso siguiendo el procedimiento previsto en su último párrafo, gozan de una jerarquía exactamente igual al texto constitucional, es decir, ni infraconstitucional ni supraconstitucional, sino equivalente¹⁰⁸.

De tal suerte, en el supuesto de conflicto concreto entre el texto constitucional y las disposiciones de los TIDH del artículo 75 inciso 22, las eventuales colisiones deberían ser resueltas, concretamente, como cualquier conflicto iusfundamental¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Cfr. Bidart Campos (2000, 410 y ss.); Cafiero y Graham (1996, 40/41); Dromi y Menem (1994, 257); Gil Domínguez (2007, 43 y ss.); Gordillo (2005, III-18/19); Ekmekdjian (2001, 621); Manili (2003, 186 y ss.); Pinto (2011, 79).

¹⁰⁹ Una tipología de los conflictos iusfundamentales permitiría distinguir: a) conflictos en sentido restringido (entre derechos fundamentales) y en sentido amplio (entre derechos fundamentales y principios, garantías, bienes o fines fundamentales); b) conflictos intraderechos (entre un mismo derecho fundamental) e interderechos (entre distintos derechos fundamentales); c) conflictos abstractos (a nivel regulación normativa) y concretos (a nivel aplicación efectiva); d) conflictos totales (en toda la extensión) y parciales (en determinados segmentos).

No obstante, los conflictos iusfundamentales serían auténticos para algunos mientras que, en cambio, aparentes para otros; lo cual repercute directamente en los métodos que se proponen para su resolución: a) las posturas conflictivistas sostienen que las colisiones iusfundamentales son auténticas y que deben ser resueltas mediante la jerarquización o mediante la ponderación de los contenidos realmente en pugna; y b) las posturas no conflictivistas sostienen que las colisiones iusfundamentales son aparentes y que deben ser resueltas mediante la delimitación y armonización de los contenidos supuestamente en pugna.

Por lo demás, con la constitucionalización de los derechos humanos se hacen presentes también criterios *pro homine*, *favor debilis* y/o *pro actione* para la resolución de los conflictos iusfundamentales.

En este punto cabe señalar que, efectivamente, ya han sido planteados diversos conflictos iusfundamentales entre la Constitución y los TIDH: *v.gr.* entre la libertad de prensa (Art. 14 de la Constitución) y el derecho a réplica (Art. 14 de la CADH), *cfr.* casos “Ekmekdjian c/ Sofovich” (1992, Fallos 315:1492) y “Petric” (1998, Fallos 321:885); entre la autonomía universitaria (Art. 75 Inc. 19 de la Constitución) y la accesibilidad a la educación superior (Art. 13.2.c PIDESC), *cfr.* caso “Monges” (1996, Fallos 319:3148); entre la prohibición de censura previa (Art. 14 de la Constitución) y privacidad de los menores (Arts. 3 y 16 de la CDN), *cfr.* “S., V.” (2001, Fallos 324:975); entre el proceso de *jury* o juicio político (Arts. 53, 59, 60 y 115 de la Constitución) y el derecho a la protección judicial (Art. 25 de la CADH), *cfr.* casos “Brusa” (2003, Fallos 326:4816), “Moliné O’Connor” (2004, Fallos 327:1914) y “Boggiano” (2006, Fallos 329:3235); entre los institutos de la prescriptibilidad, la amnistía y el indulto en materia penal (Arts. 18, 99 Inc. 5 y 75 Inc. 20 de la Constitución) y la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad (Art. I de la CIGyCLH), *cfr.* “Arancibia Clavel” (2004, Fallos 327:3312), “Simón” (2005, Fallos 328:2056) y “Mazzeo” (2007, Fallos 330:3248); etc.

Y, asimismo, otras tantas posibles colisiones pueden ser imaginadas: *v.gr.* entre el derecho de propiedad individual (Art. 17 de la Constitución) y el derecho de propiedad colectiva (Art. 17 de la DUDH), *cfr.* Wlasic (2006, 181 y ss.); entre la libertad de expresión (Art. 14 de la Constitución) y las restricciones respecto de las expresiones de odio (Art. 3 Inc. c de la CPySDG, Art. 13 de la CADH, Arts. 19 y 20 del PIDCP y Art. 4 de la CIETFD), *cfr.* Rivera [h] (2009, 163 y ss.); entre la prohibición de censura previa (Art. 14 de la Constitución) y la permisión de censura en ciertas excepciones (Art. 13.4 de la CADH y Art. 19 del PIDCP), *cfr.* Badeni (2006, 692); entre la exigencia de renta para ser senador o presidente (Arts. 55 y 89 de la Constitución) y la igualdad para el acceso a las funciones políticas (25 del PIDCP), *cfr.* Dulitzky (1995, 955); etc.

En general, sobre los conflictos iusfundamentales, *cfr.* Castillo Córdova (2005, 99 y ss.); Cianciardo (2000, 18 y ss.); de Domingo (2001, 29, 322 y ss.); Mendoza Escalante (2007, 38 y ss.); Moreso (2010, 821 y ss.); Saux (2004, 1071 y ss.); Serna y Toller (2000, 3 y ss.); Zucca (2011, 19 y ss.).

C. No derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución
La expresión “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” significa que la jerarquización de las disposiciones de los TIDH no produce una cancelación general de ninguna de las disposiciones de la primera parte del texto constitucional¹¹⁰.

Mas ello no excluye, por cierto, la complementariedad de las disposiciones de los TIDH respecto de las disposiciones de la Constitución¹¹¹.

D. Deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución

Precisamente, la expresión “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos” significa que la jerarquización de los TIDH implica una explicitación, un enriquecimiento e, incluso, una reglamentación de los derechos y garantías de la Constitución¹¹².

En tal sentido, resulta relevante destacar que tal complementariedad alcanza a la garantía del sistema interamericano de derechos humanos¹¹³; por supuesto, en las condiciones de su vigencia¹¹⁴.

¹¹⁰ El término “derogación” es ambiguo en tanto puede aludir a la privación de existencia de una norma o a la privación de su validez, la cual a su vez puede referirse a su pertenencia, obligatoriedad o aplicabilidad respecto del sistema jurídico, *cfr.* Mendonca (2008, 141/142).

Al respecto, aquí se considera intrascendente dilucidar si el propio constituyente ha efectuado o no una comprobación de compatibilidad entre la Constitución y los TIDH pues, positivamente, lo relevante es su prescripción de no derogación.

A su vez, en cuanto a la alusión a la “primera parte” de la Constitución, se considera que se trataría de los artículos 1 a 35 del capítulo único de la Constitución histórica; aunque, ciertamente, en los términos aquí expuestos, la “no derogación” alcanzaría a todo el texto constitucional.

¹¹¹ En tal sentido, corresponde a nuestra doctrina más clásica la idea de que el catálogo de derechos constitucionales no implica negación de otros derechos no enumerados en el texto constitucional, como así también, que los derechos constitucionales no son absolutos sino relativos en cuanto se ejercen conforme a las normas que reglamenten su ejercicio, lo cual incluye a los tratados internacionales, *cfr.* González (1983, 109, 484 y ss.; la primera edición data de 1897).

Positivamente, lo expuesto puede desprenderse de los artículos 14, 19, 27, 28, 33 de la Constitución, además de las propias disposiciones del artículo 75 inciso 22.

¹¹² *Cfr.* Bidart Campos (2000, 802 y 2003, 375 y ss.).

¹¹³ *Cfr.* Manilí (2003, 197 y ss.).

¹¹⁴ Al respecto, corresponde señalar que, de acuerdo a la Ley 23054 (BO 27/03/1984) y al instrumento de ratificación de la CADH, nuestro Estado ha reconocido la competencia de la Comisión IDH y de la Corte IDH por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, teniendo en cuenta la reserva parcial y las declaraciones interpretativas efectuadas al momento de la ratificación, *cfr.* <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html#Argentina>.

Consecuentemente, las decisiones de tales órganos internacionales respecto de la Argentina si resultan de acatamiento obligatorio, a diferencia de las opiniones y jurisprudencia referidas a otros Estados que, como queda dicho, sólo han de servir como guías de seguimiento no obligatorio.

2. Cuestiones conexas

A. Selección de los TIDH

La selección de TIDH que gozan de jerarquía constitucional aquí no merece cuestionamiento pues, a más de que aquella responde al juicio de la Convención reformadora o, en su caso, del Congreso con mayoría agravada; efectivamente aparece como atinada en tanto se consagran los más básicos e importantes¹¹⁵.

A mayor abundamiento, las críticas formuladas a tal selección no parecen convincentes, ni por exceso ni por defecto¹¹⁶.

B. Control judicial de constitucionalidad

En cuanto al control judicial de constitucionalidad de las disposiciones de los TIDH corresponde diferenciar entre los enumerados en el artículo 75 inciso 22 y los jerarquizados por el Congreso siguiendo el procedimiento previsto en su último párrafo.

En efecto, mientras que los primeros no pueden ser controlados por los jueces en tanto gozan de una jerarquía exactamente igual al texto constitucional por decisión de la Convención reformadora –y ésta, como ha quedado dicho, ha obrado válidamente–; en cambio, en el caso de los segundos, corresponde formular una distinción en el sentido de que los jueces podrían controlar los aspectos formales del procedimiento de jerarquización de los TIDH, pero no los aspectos sustanciales de contenido de sus disposiciones¹¹⁷.

¹¹⁵ Cfr. Barra (1994, 169); Cafiero y Graham (1996, 37); Manili (2003, 175).

¹¹⁶ En efecto, la crítica por exceso se centra en que las Declaraciones carecerían de obligatoriedad jurídica en el ámbito internacional; sin embargo, como ha quedado dicho, la jerarquía constitucional otorgada a las disposiciones de los TIDH implicaría que, más allá del valor que asuman en el ámbito internacional, en nuestro ámbito interno resultan investidas de la fuerza normativa de la Constitución.

De su lado, la crítica por defecto se centra en que faltaría conferir jerarquía constitucional a otros importantes TIDH; sin embargo, una vez más, cabe recordar que el propio artículo 75 inciso 22 abre en su último párrafo la posibilidad de que se confiera dicha jerarquía a otros TIDH mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara del Congreso.

¹¹⁷ En efecto, sentado que el artículo 75 inciso 22 fue incorporado válidamente a la Constitución en la reforma constitucional de 1994, las disposiciones de los TIDH a los que el poder constituyente confirió jerarquía constitucional no podrían ser consideradas inconstitucionales por los poderes constituidos, en cuanto tienen una jerarquía igual al texto constitucional.

Concretamente: el Poder Judicial no podría declarar su inconstitucionalidad; admitiéndose solamente, en su caso, la posibilidad de denuncia por el Poder Ejecutivo previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara del Congreso.

Respecto de los TIDH jerarquizados por el Congreso, el Poder Judicial sí podría declarar su inconstitucionalidad por razones formales –v.gr. si no se respeta el procedimiento constitucionalmente previsto–; pero no por razones sustanciales dado que –una vez debidamente adoptados y jerarquizados– las disposiciones de los TIDH gozan de una jerarquía idéntica al texto constitucional.

En este punto, se considera que, si bien la jerarquización de TIDH por el Congreso no implica una reforma constitucional, el problema puede analogarse a los efectos de su análisis.

En general, sobre la reforma constitucional y el control de constitucionalidad, cfr. Ferreyra (2007, 118 y ss.).

Por lo demás, no puede soslayarse en esta materia que, siendo nuestro sistema de control

C. Jerarquía constitucional de los deberes, limitaciones y restricciones
A tenor del artículo 75 inciso 22, cabe reconocer que tanto los deberes como también las limitaciones y restricciones que consagran los TIDH tienen jerarquía constitucional como todas sus disposiciones¹¹⁸.

Mas sobre el particular resulta importante precisar que tales limitaciones y restricciones operan directamente sobre las propias disposiciones de los TIDH, delimitando el contenido de los derechos humanos allí reconocidos, y no derechamente sobre los derechos constitucionales¹¹⁹.

D. TIDH y reforma constitucional

Dado que, como queda dicho, la Constitución y los TIDH configuran sistemas jurídicos distintos –sin perjuicio de sus interrelaciones–, las disposiciones de los TIDH no pueden ser reformadas por la vía del artículo 30 de la Constitución¹²⁰.

Por lo demás, y sin ánimo de ingresar aquí en el arduo problema de los límites materiales a la reforma constitucional, cabría considerar que las disposiciones de los TIDH no constituyen vallas al poder constituyente reformador¹²¹.

de constitucionalidad de tipo reparador, la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado internacional podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado y que, de hecho, a lo largo de la historia de la CSJN, solamente una vez –en el caso “Cabrera” (1983, Fallos 305:2150)– se declaró la inconstitucional de un tratado internacional, aunque cabe señalar que tal declaración no afectaba a su núcleo sino a un aspecto lateral y que, al poco tiempo, se volvió a tratar un planteo similar –en el caso “Fibraca” (1993, Fallos 316:1669)– rechazando en esta ocasión el acuse de inconstitucionalidad, *cfr.* Dolabjian (2010, 232 y ss.).

¹¹⁸ *Cfr.* Quiroga Lavié (2007, 394); Sagüés (2007, 932/933); Colautti (1998, 81/82).

¹¹⁹ En efecto, las limitaciones y restricciones que consagran los TIDH hacen a la delimitación del contenido de los derechos humanos que en cada caso se reconocen y, consecuentemente, son tales derechos humanos así delimitados los que gozan de jerarquía constitucional a la par de los derechos constitucionales asimismo delimitados.

Así, pues, la jerarquía constitucional conferida por el artículo 75 inciso 22 a los TIDH no podría alcanzar solamente los derechos sin sus limitaciones y restricciones; como así tampoco podría alcanzar a estas para pretender aplicarlas directamente a los derechos constitucionales dado que, como queda dicho, la Constitución y los TIDH son sistemas jurídicos distintos, sin perjuicio de sus interrelaciones.

En este punto se considera que, si bien el problema de la delimitación del contenido de los derechos se ha desarrollado en el ámbito de los derechos fundamentales, puede reproducirse respecto de los derechos humanos.

En general, sobre el objeto, contenido y límites de los derechos fundamentales, *cfr.* Bastida Freijeido (2005, 103 y ss.); Alguacil González-Aurioles (2006, 305 y ss.).

¹²⁰ *Cfr.* Bidart Campos (2003, 371); Ekmekdjian (2001, 620).

¹²¹ *Cfr.* Ferreyra (2007, 365/366).

En efecto, si el propio artículo 75 inciso 22 dispone que los TIDH pueden ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de miembros de cada cámara del Congreso, *a fortiori* también una Convención reformadora podría apartarse de sus disposiciones.

En general, sobre los límites materiales a la reforma constitucional, *cfr.* Aláez Corral (2000, 3 y ss.).

V. Conclusión

El recorrido efectuado permite advertir la existencia de profundos desacuerdos en las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el artículo 75 inciso 22.

Frente a ello, aquí se ha intentado desarrollar un modelo interpretativo propio centrado en las disposiciones positivas del texto constitucional procurando seguir una teoría de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuada a la Constitución argentina¹²².

Ciertamente, la reconstrucción propuesta puede agitar, en diversos aspectos, las interpretaciones más comunes sobre el tema: mas ello no es otra cosa que una consecuencia del mismo artículo 75 inciso 22 que, precisamente, al otorgar jerarquía constitucional a los TIDH, obliga a repensar –desde el derecho constitucional– el significado de los derechos constitucionales y los derechos humanos como derechos fundamentales¹²³.

VI. Bibliografía

Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, n° 127, enero-abril, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Albanese, Susana, “Panorama de los derechos humanos en la reforma constitucional”, en *El Derecho*, T. 163.

¹²² En efecto, si una Constitución ha de tener fuerza normativa, su interpretación no puede hacerse con cualquier teoría entre las muchas que se puedan encontrar disponibles, sino con aquella que resulte extraíble de las propias decisiones del texto constitucional, *cf.* Böckenförde (1993, 66 y ss.) y Bastida Freijedo (2005, 77 y ss.).

¹²³ La propuesta aquí formulada supone abandonar el “esencialismo” todavía persistente en el pensamiento jurídico, *cf.* Nino (2001, 11); como así también, exaltar la “positividad” de los derechos humanos como conquista humana, *cf.* Bulygin (1991, 625).

Ciertamente, la articulación de la fórmula “derechos constitucionales + derechos humanos = derechos fundamentales” resulta una tarea ardua para el derecho, pero ello no ha de extrañar, ni mucho menos ser motivo de desazón; después de todo, incluso para la matemática resulta compleja la demostración de la fórmula “ $1 + 1 = 2$ ”, *cf.* Withehead y Russell (1910, 379).

En suma, los derechos fundamentales constituyen hoy en día el concepto que permite englobar a los derechos constitucionales nacionales y los derechos humanos universales: y ambas clases de derechos fundamentales son, con diversa intensidad, parte integrante necesaria de la cultura jurídica de todo “Estado constitucional” que merezca tal nombre, *cf.* Häberle (2003, 182).

Alberdi, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1852.

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Alguacil González-Auriales, Jorge, “Objeto y contenido de los derechos fundamentales: presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática”, en *Teoría y realidad constitucional*, n° 18, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2006.

Alice, Beatriz L., “Acrecimiento de derechos y garantías y creación de órganos de control en la reforma constitucional de 1994. Su influencia en el sistema democrático y republicano”, en Ekmekdjian, Miguel A. y Ferreyra, Raúl G. (coords.), *La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

Armagnague, Juan F., *Curso de derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, La Ley, 2009.

Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2006.

Barra, Rodolfo C., “Declaraciones, tratados y convenciones internacionales”, en AA. VV., *La reforma de la Constitución. Explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.

Barraza, Javier I. y Schafrik, Fabiana H., *El jefe de gabinete de ministros*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

Barroso, Fernando, “La supremacía y la reforma constitucional. El problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en *El Derecho*, 1995, T. 163.

Bastida Freijedo, Francisco J., et al, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2005.

Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

_____, *Constitución y derechos humanos. Su reciprocidad simétrica*, Buenos Aires, Ediar, 1991

_____, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

_____, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000.

_____, 2003 *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. II-A, Buenos Aires, Ediar.

Bidegain, Carlos M., *Curso de derecho constitucional*, T. I, Buenos Aires,

- Abeledo-Perrot, 2005.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- Bryce, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Bunge, Mario, *Teoría y realidad*, Barcelona, Ariel, 1981.
- Cafiero, Juan P. y Graham, Marisa A., “Tratados sobre derechos humanos”, en Vega, Juan C. y Graham, Marisa A. (dirs.), *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- Capella, Juan R., *Elementos de análisis jurídico*, Madrid, Trotta, 1999.
- Carnota, Walter F., *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en Carbonell, Miguel *et al* (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.
- Carrió, María E., “Alcance de los tratados en la hermenéutica constitucional”, en AA. VV., *Interpretando la Constitución*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1995.
- Castillo Córdoba, Luis F., “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Cuestiones Constitucionales*, enero-julio, n° 12, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Castorina de Tarquini, María C., “Suprema de la Constitución. El nuevo orden”, en AA. VV., *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, T. I., Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1995.
- Cayuso, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- Cianciardo, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2000.
- Colautti, Carlos E., *Los tratados internacionales y la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 1998.
- _____, *Derechos humanos constitucionales*, Santa Fe,

- Rubinzal-Culzoni, 1999.
- Cortázar, Julio, *62/ Modelo para armar*, Buenos Aires, Sudamericana, 1968.
- De Domingo, Tomás, *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- De la Guardia, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997.
- De Ruiz, María, *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Heliasta, 1997.
- Díez-Picazo, Luis M., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2008.
- Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1994.
- Dulitzky, Ariel, "La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva Constitución argentina", en *El Derecho*, T. 163, 1995.
- Ekmekdjian, Miguel A., *Tratado de derecho constitucional*, T. IV, Buenos Aires, Depalma, 2001.
- Farroco, Susana J. y Vittadini Andrés, Susana N., *Dogmática constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- Ferreya, Raúl, "Constitución y derechos fundamentales", T. 2010-E, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- Ferreya, Raúl G., *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
- Gamut, L. T. F., *Introducción a la lógica* (volumen 1), Buenos Aires, Eudeba, 2004.
- García Belsunce, Horacio A., "Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional", 2006, disponible en la página web de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, www.ancmyp.org.ar.
- Gargarella, Roberto, "Interpretación del derecho" en AA. VV., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004.
- Gargarella, Roberto, *200 años de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, manuscrito facilitado por el autor, 2012.
- Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- Gil Domínguez, Andrés, *La regla de reconocimiento constitucional argentina. Art. 75 Inc. 22*, CN, Buenos Aires, Ediar, 2007.

González Napolitano, Silvina S., “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno argentino”, en González Napolitano, Silvina S. y Pulvirenti, Orlando D. (coords.), *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Buenos Aires, Errepar, 2011.

González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada, 1983.

Gordillo, Agustín, *et al*, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005.

Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.

Guerrero, Raúl, *Los tratados en la Constitución de 1994*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 2001.

Gutiérrez Posse, Hortensia D. T., “El derecho internacional”, en Bidart Campos, Germán J. y Sandler, Héctor R. (coords.), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Buenos Aires, Depalma, 1995.

Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

Haro, Ricardo, *Manual de derecho constitucional*, Córdoba, Advocatus, 2011.

Herrendorf, Daniel y Bidart Campos, Germán J., *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 1991.

Hesse, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de derecho constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

Hitters, Juan C. y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, T. I, Vol. I, Buenos Aires, Ediar, 2007.

Jiménez, Eduardo P., *Derecho constitucional argentino*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 2000.

Leonardi de Herbón, Hebe M., “Introducción”, en *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 2000.

Lonigro Félix V., *Derecho constitucional*. Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2011.

Manili, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2008.

Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales: expresión, información y honor*, Lima, Palestra, 2007.

Midón, Mario A. R., *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

- Mignone, Emilio F., *Constitución de la Nación Argentina. Manual de la reforma*, Buenos Aires, Ed. Ruy Díaz, 1995.
- Moncayo, Guillermo R. (): "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (coords.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2004.
- Moreso, José J., "Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos", en *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, septiembre-octubre, nº 745, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2010.
- Natale, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995.
- Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2001.
- _____, *Fundamentos de derecho constitucional Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002.
- Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Nowak, Manfred, *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2009.
- Padilla, Miguel M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, T. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- Pérez Hualde, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia. Límites y control*, Buenos Aires, Depalma, 1995.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio *et al*, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, 1999.
- Pinese, Graciela G. y Corbalán, Pablo S., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2011.
- Pizzolo, Calogero [h], *Pensar el Mercosur*, Mendoza, Ed. Jurídicas Cuyo, 1998.
- Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, Zavallia, 2007.
- Rey Caro, Ernesto J., *Los tratados internacionales y la Constitución Nacional*, Córdoba, Ed. Lerner, 1995.

Rivera, Julio C. [h], *La libertad de expresión y las expresiones de odio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

Rosatti, Horacio, *Tratado de derecho constitucional*, T. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010.

Russo, Eduardo A., *Derechos humanos y garantías. El derecho del mañana*, Buenos Aires, Eudeba, 2008.

Sabsay, Daniel A. y Onaindía, José M., *La constitución de los argentinos*, Buenos Aires, Errepar, 2009.

Sagüés, Néstor P., *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007.

Santiago, Alfonso [h] y Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Buenos Aires, Abaco, 2003.

Saux, Edgardo I., “Conflicto entre derechos fundamentales”, T. 2004-B, 1071, Buenos Aires, La Ley, 2004.

Serna, Pedro y Toller, Francisco, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

Serrano, José L., *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Trotta, 1999.

Sola, Juan V., *Tratado de derecho constitucional*, T. IV, Buenos Aires, La Ley, 2009.

Spota, Alberto A. [h] (2004): “La vigencia en el ordenamiento jurídico interno de los tratados sobre derechos humanos a posteriori de la reforma constitucional de 1994”, en Bidart Campos, Germán J. y Gil Domínguez, Andrés (coords.), *A una década de la reforma constitucional. 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar.

Travieso, Juan N., *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 2000.

Vanossi, Jorge R. A. y Dalla Vía, Alberto R., *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

Vicente, Daniel E. y Rodríguez, Jorge L., “Reflexiones sobre la relación de supremacía constitucional tras la reforma de 1994”, en *El Derecho*, T. 163, 1995.

Vítolo, Alfredo M., “Luces y sombras en la nueva Constitución”, en AA. VV., *Estudios sobre la reforma constitucional*, Cassagne, Juan C. (dir.), Buenos Aires, Depalma, 1995.

Wlasic, Juan C., *Manual crítico de derechos humanos*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

Withehead, Alfred N. y Russell, Bertrand, *Principia mathematica*, vol. 1, Londres, Cambridge University Press, 1910.

Zarini, Helio J., *Constitución Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

Zucca, Lorenzo *et al*, *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

LA POSICIÓN JERÁRQUICA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES SUDAMERICANAS

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto presentar una propuesta de clasificación normativa sobre la posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones sudamericanas.

El objetivo de este breve estudio es organizar la investigación jurídica sobre la temática señalada, sentando las bases para analizar diversas alternativas para la resolución de eventuales inconsistencias entre las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y las disposiciones del derecho constitucional.

La cuestión resulta, ciertamente, compleja pues la internacionalización del derecho constitucional o la constitucionalización del derecho internacional conllevan –nada menos– la necesidad de revisar las clásicas teorías sobre la supremacía y fuentes de las normas jurídicas básicas de cada Estado e, incluso, a la reconceptualización de la propia noción de soberanía.

En tal sentido, aquí se ofrece un recorrido por los textos constitucionales de Colombia, Argentina, Brasil y Uruguay, los cuales servirán de paradigma básico para el análisis de cuatro diferentes opciones fundamentales en

¹ Agradezco especialmente a Diego A. Dolabjian por su colaboración en la discusión de los problemas teóricos que aquí abordo.

relación a la posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las normas constitucionales, a saber: a) primacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho constitucional; b) jerarquía constitucional del derecho internacional de los derechos humanos; c) jerarquía infra-constitucional, pero supra-legal, del derecho internacional de los derechos humanos; d) ausencia de referencia expresa a la interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional.

II. Presupuestos teórico-conceptuales

Para el positivismo jurídico, los individuos sólo poseen derechos jurídicos en la medida en que éstos hayan sido creados por decisiones políticas o prácticas sociales expresas. Así, las normas jurídicas que componen el sistema jurídico sólo existen en la medida en que hayan sido creadas mediante determinadas decisiones políticas o prácticas sociales expresas³.

La versión del positivismo jurídico desarrollada por H. L. A. Hart⁴ se caracteriza por dar legitimación a la validez de las reglas a través de los actos de las instituciones públicas en los modelos constitucionales aceptados por determinada comunidad por ellas gobernada. En la teoría hartiana, a este modelo máximo se lo llama “regla de reconocimiento”: esta se encuentra directamente relacionada con la validez de las otras reglas del sistema (reglas primarias y reglas secundarias), siendo aquella misma la regla de identificación del sistema jurídico⁵.

Por otra parte, todo sistema de normas y actos jurídicos es, al mismo tiempo, jerárquico y dinámico⁶.

Es jerárquico, porque los actos jurídicos adquieren validez en razón de su conformidad con otras normas jurídicas superiores que dependen, a su vez, de otras normas, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma fundamental, que no tiene justificación jurídica, pero se presupone por

² Dworkin, Ronald, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. XV.

³ Entiendo por “positivismo jurídico” la teoría del derecho que hace la diferenciación entre derecho y moral, estableciendo que el derecho es el conjunto de normas creadas por la voluntad humana en una determinada comunidad política.

⁴ Cfr. Hart, Herbert L. A., *O Conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, passim.

⁵ Entiende Carlos Santiago Nino que Hart parece admitir que la regla de reconocimiento es la propia Constitución. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 44. A su vez, Hart en el Post-Scriptum aclaró que “la regla de reconocimiento puede incorporar, como criterios de validez jurídica, la conformidad con principios morales o con valores sustanciales”, y, por lo tanto, su doctrina debería ser designada como “positivismo moderado” o “softpositivism”. Hart, Herbert L. A. “Postescrito” en *O Conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 312.

⁶ Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Aremnio Amado, 1979, p. 269.

todas las normas y todos los actos jurídicos del sistema.

Es, asimismo, dinámico porque las normas inferiores y los actos jurídicos no pueden ser tan solo derivados de las normas que condicionan su validez, sino que estas proveen únicamente un marco dentro del cual puede encuadrarse válidamente la creación de las normas inferiores, así como la decisión de los actos jurídicos de aplicación.

En los sistemas jurídicos estatales así concebidos yace en el centro, como bien enseña Raúl Gustavo Ferreyra, la regla constitucional⁷. En efecto, la supremacía de la Constitución es el postulado sobre el cual se asienta el propio derecho constitucional contemporáneo, oriundo de la experiencia estadounidense⁸. Así, la Constitución goza de supremacía jurídica con relación a las demás normas del sistema jurídico, y, como consecuencia, ninguna norma o acto jurídico puede subsistir válidamente en el sistema si fuera incompatible con la misma.

Para Germán Bidart Campos sostener que la Constitución goza de supremacía puede tener dos sentidos diferentes, a saber: a) que la Constitución material es la base o fundamento que otorga efectividad y funcionalidad al orden jurídico-político de un Estado; o b) que la Constitución en sentido formal, por estar revestida de supra-legalidad y supremacía, impone como deber ser que todo el mundo jurídico inferior a ella sea congruente y compatible⁹.

La prueba de dicha supremacía puede encontrarse en la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad de las demás reglas del sistema a través de lo que se conoce como “jurisdicción constitucional”¹⁰.

Asimismo, las Constituciones contemporáneas establecen reglas de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales –como bien enseña Norberto Bobbio– son derechos históricos, ya que surgen a partir de determinado contexto social y cultural de la humanidad, naciendo de forma gradual, modificándose y desapareciendo conforme a las necesidades existentes en las sociedades en un momento dado¹¹.

Así sucedió con el surgimiento de los “derechos de libertad” (o “derechos de primera generación/dimensión”), de los “derechos sociales o prestacionales” (o “derechos de segunda generación/dimensión”), de los

⁷ Ferreyra, Raúl Gustavo, “Fundamentos Básicos de Direito Constitucional”, en *Revista Superior de Justiça*, Vol. I, São Paulo, Leud, 2011, p. 35.

⁸ Cfr. Barroso, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 84.

⁹ Bidart Campos, Germán J, *Compendio de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 23.

¹⁰ Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)” en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 109. Traducción de Juan Ruiz Manero.

¹¹ Bobbio, Norberto, *A era dos direitos*, São Paulo, Campus, 2004, p. 25.

“derechos de solidaridad” (o “derechos de tercera generación/dimensión”) y así será con los demás derechos que la humanidad eventualmente considere como fundamentales en el transcurso de su historia.

A su vez, para Ingo W. Sarlet, los “derechos fundamentales” son los derechos del ser humano reconocidos y positivizados en la esfera del derecho constitucional positivo de determinado Estado; mientras que la expresión “derechos humanos”, por su parte, guardaría relación con los documentos de derecho internacional, por referirse a aquellas posiciones jurídicas que reconocen al ser humano como tal, independientemente de su vinculación con determinado orden constitucional y que, por lo tanto, aspiran a la validez universal, para todos los pueblos y todos los tiempos, de manera tal que revelan un inequívoco carácter supra-nacional (internacional)¹².

Los derechos naturales no se equiparan a los derechos humanos toda vez que la inclusión en el derecho positivo, en normas de derecho internacional, revela la dimensión histórica y relativa de los derechos humanos¹³.

¹² Siguiendo a Ingo Wolfgang Sarlet se puede decir que los derechos fundamentales de primera dimensión fueron los primeros en ser reconocidos por las Constituciones escritas y son oriundos del pensamiento liberal-burgués del siglo XVIII. Estos derechos buscan limitar el poder del Estado en miras del individuo en el sentido de protegerlo contra las arbitrariedades de aquel, razón por la cual también son denominados derechos de defensa. Para hacerse efectivos, basta que el Estado se abstenga de actuar, no interviniendo en la esfera de la libertad individual, siendo, por ello, considerados derechos de carácter “negativo”. Así, a pesar de caracterizarse, sobre todo, por derechos atinentes a la libertad, no se resumen en ellos, abarcando, también, los derechos a la vida, a la propiedad, a la igualdad (formal), a la participación política, entre otros derechos que pasaron a ser presentados de forma genérica como derechos civiles y políticos. Los derechos fundamentales de segunda dimensión surgieron a partir de la influencia de las doctrinas socialista y social de la iglesia, como consecuencia de la grave crisis social surgida del período de industrialización durante el siglo XIX. Estos derechos, a su vez, surgen con el objeto de atribuir al Estado un comportamiento activo para realizarlos. Así, lo que los distingue de los derechos de primera dimensión es su lado “positivo”, pues requieren, en general, que el Estado actúe a fin de garantizar derechos a prestaciones sociales: salud, educación, asistencia social, trabajo, etc. Estos derechos de segunda dimensión están, de esta manera, relacionados a los derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos fundamentales de tercera dimensión se constituyen en los denominados derechos de solidaridad y fraternidad. La consagración de éstos deriva de los impactos ocasionados por la evolución tecnológica y científica. La principal diferencia entre ellos y los anteriores citados se encuentra en la cuestión de la titularidad, puesto que, mientras que en la primera y segunda dimensión la titularidad de los derechos pertenece al individuo, en esta tercera dimensión pertenece a todo el género humano, es decir, la colectividad. Son de esta dimensión los derechos relativos al desarrollo, a la autodeterminación de los pueblos, a la paz, al medio ambiente y a la calidad de vida, a la conservación y utilización del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, así como a la comunicación. Algunos autores mencionan la existencia de derechos fundamentales de cuarta dimensión. Sin embargo, el contenido de dichos derechos varía. Sarlet enseña que, en Brasil, Paulo Bonavides es un referente en lo que se refiere al abordaje de dichos derechos, ya que defiende el reconocimiento de la existencia de los mismos bajo el argumento de que derivan del fenómeno de la globalización de los derechos fundamentales, entendiendo que esta cuarta dimensión abarca los derechos a la democracia directa, a la información y al pluralismo. Sarlet, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005. p. 54-60.

¹³ En tal sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni, refiriéndose al surgimiento de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, expresa que “el derecho natural de Feuerbach y de Carrara, y también el de Bettiol y el de Welzel, se convirtieron en derecho positivo internacional”. Zaffaroni, Euge-

De tal forma, con la referida correlación entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, surge lo que Flávia Piovesan llama “derecho constitucional internacional”, entendido como una rama del derecho en la cual se verifica la fusión e interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional¹⁴. Esta interacción asume un carácter especial en cuanto ambos campos del derecho buscan resguardar un mismo valor. No obstante, un rasgo que diferencia los dos planos es la fuente de su creación u origen: los derechos fundamentales como expresión de la fuente estatal, y el derecho internacional de los derechos humanos de fuente supra-estatal (o, incluso, universal)¹⁵.

Y allí pueden surgir inconsistencias, es decir, un enfrentamiento en vez de correlación entre las dos fuentes de producción de normas. Por ello, en un número considerable de casos, las Constituciones contemporáneas establecen disposiciones normativas concernientes al derecho internacional de los derechos humanos, regulando su posición jerárquica en el sistema estatal (y, por cierto, a su vez, el derecho internacional de los derechos humanos incorpora reglas en relación a su observancia respecto del derecho interno de cada Estado).

Enseña Raúl Gustavo Ferreyra que el siglo XXI obligará a una actualización de la propia definición del contenido del derecho constitucional, dado que su “internacionalización” parece inevitable¹⁶. Por esta razón, discurre el jurista que si fuera reconocida la existencia de fuentes de producción jurídica estatal y fuentes de producción jurídica supra-estatal, se estaría amortizando el peso de la controversia y, como consecuencia, el derecho internacional de los derechos humanos podría hospedarse en el ámbito de la noción de derecho constitucional. Mediante esta construcción, el concepto de “sistema constitucional” albergaría en su sentido conceptual tanto las reglas estipuladas en el texto constitucional estatal, como las que, existiendo fuera de éste, tienen también igual jerarquía y nivel, pero no están incorporadas en su marco normativo, a pesar de que algunas compartan la primacía del sistema jurídico estatal.

nio Raúl. “Humanistas en el derecho penal” en *Anuário Superior de Justiça*, Vol. I, Santo Amaro, Leud, 2011, p. 28.

¹⁴ Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2a ed., São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 45.

¹⁵ En tal sentido, resulta clásico el extenso debate doctrinario entre las posturas monistas y dualistas. Al respecto, consultar: Kelsen, Hans, “Les Rapport de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public”, en RDC, Paris, 1926, Vol. IV, t. 14.

¹⁶ Ferreyra, Raúl Gustavo, “Fundamentos Básicos de Direito Constitucional”, en *Anuário Superior de Justiça*. Vol. I, Santo Amaro, Leud, 2011.

III. Cuatro diferentes opciones fundamentales

Siguiendo con el itinerario programado, seguidamente se formula una reseña de las cuatro diferentes opciones fundamentales que reflejan los textos constitucionales de Colombia, Argentina, Brasil y Uruguay.

A. Primacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho constitucional: el Art. 93 de la Constitución Política de la República de Colombia

La primera categoría que aquí se presenta se refiere a los textos constitucionales que establecen que el derecho internacional de los derechos humanos prevalece sobre el derecho interno, o sea que gozan de posición jerárquica superior o supremacía sobre el derecho constitucional.

Dicho modelo es característico del artículo 93 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991¹⁷, paradigma normativo de superioridad jerárquica de los derechos humanos en el sistema jurídico. Según Rodrigo Uprimny¹⁸, la Corte Constitucional colombiana decidió con base en el artículo 93 de la Constitución que las normas de los derechos internacionales de los derechos humanos prevalecen en el orden jurídico interno por tratarse de derechos humanos que no pueden ser suspendidos en el Estado de Excepción.

Dicha circunstancia tuvo lugar, conforme al autor, en el momento que la Corte Constitucional tuvo que debatir cuál era el lugar jerárquico que dichas disposiciones ocupan en el sistema jurídico colombiano, ya que existen dos tesis diferentes.

Según la primera, la Constitución de Colombia cuando dispone sobre los principios fundamentales de la República en su artículo 4, establece que las normas constitucionales son las normas predominantes, al decir

¹⁷ **Artículo 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

¹⁸ Uprimny, Rodrigo, "Bloque de Constitucionalidad. Derechos humanos y nuevo procedimiento penal", en *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004. p. 10.

que la Constitución es la norma de las normas¹⁹. De esta primera tesis resultaría, entonces, que si la Constitución entra en conflicto con el derecho internacional de los derechos humanos prevalecería la Constitución.

Sin embargo, en virtud de una segunda tesis, el artículo 93 de la Constitución establece la primacía del derecho internacional de los derechos humanos.

En este debate, en el que por un lado se aboga la primacía de la Constitución y, desde el otro, por la primacía del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Constitucional resolvió de la siguiente manera²⁰: si existen dos disposiciones constitucionales aparentemente contrarias –a saber: el artículo 4º que da primacía a la Constitución y el artículo 93 que da primacía a los tratados internacionales–, esto quiere decir que ambos tienen la misma fuerza y jerarquía interna, conformando la figura del bloque de constitucionalidad que, a su vez, es mote de la interpretación y de la valoración de la toma de decisiones en materia constitucional²¹.

B. Jerarquía constitucional del derecho internacional de los derechos humanos: el Art. 75 inciso 22 de la Constitución Federal de la República Argentina²²

La segunda categoría que se reseña aquí se refiere a los textos constitucionales que disponen que el derecho internacional de los derechos humanos goza de jerarquía constitucional.

Como paradigma de este segundo modelo, en torno a la interacción

¹⁹ Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

²⁰ La decisión de la Corte Colombiana en comento es la Sentencia C-225/95, cuyo argumento central es “El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

²¹ Como otro ejemplo, puede citarse también el Art. 13, IV de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia del año del 2009, dispone que los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. El referido artículo también expresa un mandato interpretativo para los derechos consagrados en la Constitución, cuando dice que dichos derechos se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

²² La opción es seguir la nomenclatura de la doctrina argentina y designar Constitución Federal Argentina. Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires, Ediar, 2006.

entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, encontramos la Constitución Federal Argentina, reformada en 1994, cuyo artículo 75 inciso 22 elevó al status (jerarquía) constitucional determinados instrumentos internacionales en materia de derechos humanos²³.

Respecto de dicho enunciado constitucional, según Raúl Gustavo Ferreyra²⁴, hay en la doctrina argentina quienes entienden que la reforma constitucional de 1994 incorporó al texto constitucional argentino más de cuatrocientas disposiciones jurídicas provenientes de los once instrumentos internacionales de los derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, según el enunciado del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Federal Argentina. En tanto que, por el otro lado, hay quienes sostienen –como es el caso del referido autor– que las reglas del derecho internacional de los derechos humanos no fueron “incorporadas” sino que poseen “jerarquía constitucional”.

Más allá de tal interesante discusión doctrinaria, lo cierto es que, en lo que aquí interesa, el modelo constitucional argentino, luego de la reforma de 1994, claramente confiere jerarquía constitucional al derecho internacional de los derechos humanos²⁵.

²³ Artículo 75 inciso 22°. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

La Ley 24820 de 1997 otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional argentina. La Ley 25778 de 2003 otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998 y aprobada por la Ley 24584.

Al respecto, consultar: Bldart Campos, Germán J, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997; Ferreyra, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

²⁴ Ferreyra, Raúl Gustavo, “Fundamentos Básicos de Direito Constitucional”, en *Revista Superior de Justiça*, Vol. I, Salvador, Leud, 2011, no prelo.

²⁵ También en el marco normativo de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el artículo 10, establece que rigen en la Ciudad de Buenos Aires todas las declaraciones, derechos y garantías consagrados en la Constitución nacional y todos los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Introduce en el sistema jurídico una regla que impide la denegación de derechos humanos

C. Jerarquía infra-constitucional, pero supra-legal, del derecho internacional de los derechos humanos: el art. 5º, § 2º y 3º de la Constitución de la República Federativa del Brasil

La tercera categoría que aquí se examina es la solución de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, con la reforma de la Enmienda Constitucional 45 de 2004.

La Constitución Federal Brasileña de 1988 en su redacción original introdujo la regla del artículo 5º § 2º, que dispone que los derechos y garantías expresados en la Constitución no excluyen otros surgidos de tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte²⁶.

Ante dicho dispositivo constitucional, la doctrina brasileña se dividió en las siguientes vertientes acerca de la posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos: a) aquellos que reconocen el status supra-constitucional²⁷; b) los que reconocen el status constitucional²⁸; c) los que reconocen el status supra-legal, pero infra-constitucional²⁹; y d) los que reconocen que tienen status de ley ordinaria (status legal)³⁰.

A su vez, la Constitución de 1988 fue modificada a través de la ya citada Enmienda Constitucional 45/2004 para incluir al §3º en el artículo 5º y reconocer el status constitucional de las normas internacionales de derechos humanos, consagrando la doctrina de la jerarquía constitucional de dichos tratados³¹.

Sin embargo, dispone que para recibir el status constitucional de enmienda a la Constitución (valen como poder constituyente de reforma) los tratados deben resultar aprobados a través de quórum calificado, imponiendo su aprobación por el Congreso Nacional en los límites

cuando éstos no se encuentran reglamentados, haciendo suya la tesis de la misma jerarquía entre los derechos constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos.

²⁶ Artículo 5 § 2º. Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte.

²⁷ Albuquerque Mello, Celso, "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal", en Torres, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, p. 25.

²⁸ Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito constitucional Internacional*, 2a ed., São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 83. También es esa la posición del Ministro del STF Celso Mello, que en sus votos expresa que dicho diploma legal asienta la tesis de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos conforman el bloque de constitucionalidad. A su vez, Luciane Klein Vieira entiende que no sólo los tratados internacionales en materia de derechos humanos deberían tener jerarquía constitucional en Brasil, sino también lo deberían tener los tratados de integración regional. Klein Vieira, Luciane, "La reforma de las constituciones de los estados partes del Mercosur", en *La Ley*, 25 de julio de 2012, p. 5.

²⁹ Actual posición del STF, por mayoría, referente a los tratados ya ratificados al momento de la entrada en vigencia del § 3º del Art. 5º a través de la EC/45, como el Pacto de San José de Costa Rica.

³⁰ Antigua posición del STF (RE80004/SE).

³¹ § 3º Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales.

formales que ya venían establecidos en el artículo 60, § 2º del texto constitucional (forma de aprobación de enmienda constitucional). Por lo tanto, impone que para que los tratados internacionales en materia de derechos humanos adquieran el status constitucional cumplan la forma más rígida de aprobación en comparación con la forma de aprobación común de tratados, hasta entonces practicada (aprobación del Congreso Nacional, de conformidad con el Art. 49, I de la CF, o sea, quórum de ley ordinaria).

No obstante la nueva regla introducida por el § 3º, a la fecha sólo la Convención sobre los Derechos de las Personas Discapacitadas y su Protocolo Facultativo, firmados en Nueva York, fueron internalizados conforme al procedimiento formal de aprobación por quórum de las enmiendas constitucionales.

Por este motivo, prevalece la posición del Supremo Tribunal Federal del status de supra-legalidad, pero no del status constitucional del derecho internacional de los derechos humanos, como por ejemplo, del Pacto de San José de Costa Rica, tesis que fue inicialmente defendida por el Ministro del STF Gilmar Mendes en la decisión del RE 466343/SP.

Por lo tanto, en el sistema jurídico brasileño, aunque exista la nueva regla del § 3º introducido por la Enmienda Constitucional 45/2004, de hecho, el derecho internacional de los derechos humanos sólo goza de supra-legalidad con relación a las demás normas, pero es jerárquicamente inferior con relación a las normas constitucionales.

D. Ausencia de referencia expresa a la interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional: la Constitución de la República Oriental del Uruguay

La cuarta y última categoría que se presenta se refiere a los textos constitucionales que no poseen reglas de interacción acerca del derecho internacional de los derechos humanos y derecho constitucional.

Para ejemplificar dicho modelo, cabe citar a la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967, con sus reformas, en especial la de 2004. La Constitución uruguaya no posee norma específica sobre la posición jerárquica que corresponde a los instrumentos internacionales de derechos humanos en el sistema jurídico³².

³² Ante el silencio en la Constitución uruguaya hay dos posibles interpretaciones: a) que el silencio constitucional significa que el tema está irresuelto y nada más, pese al precedente *Gelman Vs. Uruguay*; o b) que el silencio constitucional significa que el tema de la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos queda "diferido" a lo que dispongan los propios tratados. El tema merece profundización con el planteo del siguiente problema teórico generado: Si hubo transferencia de la fun-

Ciertamente, el artículo 6º del texto constitucional uruguayo se refiere a los tratados internacionales en general, pero sin fijar la jerarquía normativa de dichos tratados³³, pese a lo cual la doctrina suele inclinarse por la jerarquía legal de los tratados internacionales³⁴.

No obstante, en el caso uruguayo se presenta un caso paradigmático en la interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el orden jurídico interno, a raíz de la condena decidida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el conocido caso “Gelman vs. Uruguay”³⁵.

De allí resultó que, aun sin regla constitucional específica que defina la posición jerárquica de las normas del derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho interno, Uruguay decidió –acatando la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– la anulación de los artículos 1º a 4º de la Ley 15848 de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado –“Ley de Caducidad”– y la sanción de la Ley 18831 por la que restableció el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado, a los cuales declaró como crímenes de lesa humanidad³⁶.

IV. Consideraciones finales

Con el presente estudio nos propusimos exponer una clasificación de las constituciones, tomando en cuenta la existencia y la conformación de reglas constitucionales que establecen la posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de las constituciones sudamericanas.

La proposición presentada es de carácter normativo y epistemológico,

ción típicamente constitucional de fijar la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, hay que reconceptualizar la idea de soberanía expuesta en el Artículo 4º de la Constitución uruguayo que dice: “La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes”.

³³ **Artículo 6.** En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

³⁴ Klein Vieira, Luciane, “La reforma de las constituciones de los estados partes del Mercosur”, en *La Ley*, 25 de julio de 2012, p. 5; Negro, Sandra, “El Mercosur de Asunción a Olivos: los cambios los cambios de las dos últimas décadas”, en Molina del Pozo, Carlos Francisco, *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el Mercosur*, Buenos Aires, Eudeba, 2011, p. 306.

³⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C. No. 221.

³⁶ Sobre el debate sobre los efectos del caso “Gelman vs Uruguay” y la legitimación democrática, puede consultarse Gargarella, Roberto, *Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman*. Inédito, gentilmente facilitado por el autor.

es decir, el problema fue presentar el texto normativo y el problema de la jerarquía en las normas constitucionales.

Con el recorrido se probó que los modelos y la posición jerárquica de las normas de los derechos internacionales de los derechos humanos son variadas, conforme a la opción constitucional del sistema jurídico interno.

Con base en el análisis se puede observar que existen cuatro modelos, a saber: a) cuando existe la previsión constitucional de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: modelo de la Constitución Política de la República de Colombia; b) cuando el derecho internacional de los derechos humanos poseen jerarquía constitucional: modelo de la Constitución Nacional de la República Argentina; c) cuando el derecho internacional de los derechos humanos tiene jerarquía infra-constitucional, pero supra-legal: paradigma de la Constitución de la República Federativa del Brasil; y, d) cuando la Constitución no hace referencia a la interacción entre derechos internacionales de los derechos humanos y la Constitución: Constitución de la República Oriental del Uruguay.

De hecho, el problema normativo de la posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones es el tema central involucrado en los sistemas jurídicos de Sudamérica en el siglo XXI, generado por una consolidación de la práctica constitucional y reconocimiento de la centralidad de los derechos humanos y derechos fundamentales en las normas constitucionales.

DISCURSO SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL. COLORES PRIMARIOS*

I. Razones básicas: poder y Derecho

Toda comunidad de ciudadanos que alcanza cierto grado de convivencia se encuentra inclinada a la organización constitucional. Hasta podría conjeturarse: todos los hombres se encuentran organizados o desorganizados constitucionalmente; no existiría un tercer estadio. En forma liminar, por constitucional se entiende fundamental; no es necesario que la constitución, en el sentido advertido, sea escrita ni codificada.

Con alguna facilidad se dice que el Derecho puede representarse como un árbol; el Derecho constitucional que brota de la raíz “constitución” configura el tronco mismo y posee siempre una determinada concepción de la libertad y la autoridad. Sus enunciados acostumbra, por ejemplo: devenir hostil hacia la libertad y favorecer el arbitrio de la autoridad; fluir hacia la libertad y controlar racionalmente a la autoridad; o lograr el apetecido (e inalcanzable) equilibrio entre autoridad y libertad. Esta última versión nunca ha sido, hasta ahora, el alma fundamental de ninguna organización constitucional que se conozca.

En este escrito se discurre sobre un objeto o material mundano: el Derecho constitucional; en particular, el que emana del sistema de la Constitución federal de la República Argentina (en adelante, CFA o CF, sin distinción). Dondequiera que el discurso se presenta, su formación es mediante la razón, ya que la razón es “por naturaleza igual en todos los hombres” y la diversidad de nuestras opiniones no se genera porque unos hombres sean más racionales que otros hombres, sino porque las ideas son trazadas por senderos diferentes y no se tienen en cuenta los mismos estados de cosas¹.

¹ Dedico esta contribución al Prof. Dr. Raúl Serroni Copello.

¹ Descartes, René, *Discurso del método. Para dirigir bien la razón y buscar la verdad en las ciencias*,

La disertación se apoya en dos razones elementales y señeras, que se introducen en forma apodíctica, juntamente con la invitación al lector.

Primera. Descreo de que el estado de cosas del mundo responda a un plan general, así como de que existan entes absolutamente perfectos². E igualmente descreo de que exista un autor o autores de un programa natural u orden del universo. El hombre forma parte de la naturaleza y todo es resultado de la evolución. Por lo demás, constituye evidencia suficiente que el hombre apoyado en “las luces de su razón”³ tiene tendencia a la asociación con otros hombres y/o a la organización comunitaria. La fuente del contrato político reside en el poder de los ciudadanos que integran el pueblo. Ello implica que el poder crea el Derecho; esa llama que produce efectos deseados sobre otros hombres. El poder, una de las máximas creaciones del hombre, genera las máximas tensiones comunitarias. El poder público, político, conceptúa o pretende definir el bienestar general, el marco de la vida colectiva. Al mismo tiempo, es obra del poder la insinuación o formulación de la dimensión de la individualidad del hombre, en la sociedad política. El poder produce las reglas que determinan la conducta humana. El poder es unilateral en su actitud de creación del Derecho. La primacía de la política es indiscutible. Pero producido el Derecho, se produce el eterno viraje: el poder queda sometido a la regulación jurídica. Comienza, en otro lenguaje y escenario, la tensión inacabada entre autoridad y libertad.

Segunda. Los sistemas⁴ jurídicos estatales son sistemas normativos en cuyo núcleo reside la regla constitucional, que intenta determinar, a

Barcelona, Altaya, 1993, p. 5.

² V. Leibniz, Gottfried, *Discurso de la metafísica*, Madrid, Alianza, 2002, p. 53.

³ V. Rousseau, Jean J., *Discurso sobre las ciencias y las artes*, Madrid, 1987, p. 47.

⁴ Mario Bunge enseña que el más simple de los análisis del concepto de sistema incluye los conceptos de composición, entorno, estructura y mecanismo. La composición de un sistema es la colección de sus partes; el entorno del sistema es la colección de las cosas que actúan sobre sus componentes o a la inversa; la estructura de un sistema es la colección de las relaciones, en particular de vínculos y enlaces entre los componentes del mismo, así como entre éstos y los componentes del entorno; por último, el mecanismo de un sistema está compuesto por los procesos internos que lo hacen funcionar, es decir, cambiar en algunos aspectos, mientras que conserva otros. V. Bunge, Mario, *Emergencia y convergencia*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 25/60, y *Filosofía y Sociedad*, México D.F., Siglo XXI editores, México, 2008, pp. 9/48. Recuérdese que la composición estricta de la CFA fue definida en cuatro partes: i) simples declaraciones; ii) derechos y deberes fundamentales; iii) poderes del Estado; autoridad y control, y iv) la reforma del propio sistema. Las garantías, en esta comprensión, desempeñan el rol de mecanismo; las referencias sobre las partes y mecanismos de la CFA pueden leerse en Ferreyra, Raúl Gustavo, “Sobre la constitución. Concepto, composición y mecanismos”, en *Contextos: publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Vol. 4, 2012, pp. 68-115. Por su parte, el entorno queda configurado por la democracia, entendida como forma de producción de reglas: método en el que todos los ciudadanos que participan o pueden participar en la configuración quedan sometidos a la regulación determinada (V. Ferreyra, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicialidad de la enmienda*, México D.F., Porrúa, 2007, pp. 32-103). En esta oportunidad, sostengo que la radiografía del sistema de la CFA se trata concretamente de la mostración y comprensión, propia y apropiada, del Derecho constitucional mismo. Para ver un gráfico de las ideas expuestas, remito amablemente al lector a la Addenda.

su vez, al poder. El Derecho constitucional emana de la constitución; su convocatoria traslada a las ideaciones en torno a su definición. Expresado de otro modo: idear el Derecho constitucional⁵ implica construir proposiciones que puedan definirlo. Sin anticipar la lectura final, corresponde decir que el Derecho constitucional alberga, conforma o da cuenta de dos ámbitos: un sistema primario de enunciados normativos y no normativos dirigidos a los ciudadanos y a los servidores públicos; y otro, específico e igualmente integrado por enunciados normativos y no normativos, solamente dirigido a las autoridades constitucionales⁶.

El discurso se divide en tres secciones. En las secciones II, III y IV, respectivamente, se reflexiona y explora sobre tres orientaciones atribuibles a “Derecho constitucional”: a) el Derecho constitucional como el Derecho objetivo que concretiza la organización fundamental de los poderes del Estado y que confiere el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas; b) el Derecho constitucional como derecho subjetivo: individual, social o grupal, o colectivo, o de incidencia colectiva; y c) el Derecho constitucional como el saber o la ciencia del sistema constitucional del Estado democrático.

II. Organización fundamental del Estado y derechos fundamentales

1. *Derecho objetivo*

Pensar sobre el Derecho constitucional significa referir, representar, determinar la existencia de un sistema que marca, por un lado, el punto de llegada del proceso de autodeterminación o soberanía política de los ciudadanos que integran un pueblo, y por otro, la plataforma para el proceso de organización y construcción jurídica del Estado. En este sentido, pues, “Derecho constitucional” es sinónimo de “sistema jurídico constitucional” o “Derecho objetivo”, es decir, el conjunto de enunciados lingüísticos, normativos y no normativos, que expresan las prescripciones del poder constituyente.

Tengo buenas razones para sostener que el Derecho constitucional federal

⁵ Enseñó el maestro Bidart Campos que el Derecho constitucional es una parte del mundo jurídico. V. Bidart Campos, Germán, *Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 269. Añado, por mi parte, que el mundo jurídico es una realidad: hechos sociales que tienen lugar en un sistema social. Luego, el Derecho –y el mundo jurídico constitucional que forma parte nuclear de él– es un artefacto, es decir, un objeto creado por el hombre.

⁶ Observa Diego Valadés que la cultura jurídica es una de las claves para que el gobernante sea más recatado y el gobernado menos encogido. Sin cultura jurídica, unos atropellan sin quererlo y otros son atropellados, incluso sin saberlo. V. Valadés, Diego, *La lengua del Derecho y el derecho de la lengua*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

en vigor de la Argentina está integrado por las siguientes disposiciones normativas: las enunciadas en el Preámbulo y las 129 reglas de naturaleza permanente –en realidad, son 130 porque hay una disposición normativa entre los Arts. 14 y 15 a la que se ha denominado 14 bis, y que fue incluida por la reforma de 1957– y 17 de naturaleza transitoria que se enuncian en la Constitución federal de la Argentina, según la redacción que le ha conferido a su texto normativo y originario el poder constituyente ejercido en los años 1853/60, con las enmiendas de los años 1866, 1898 y 1957, y la reforma constitucional de 1994.

Nótese que la tarea de precisar, objetivamente, el contenido propio del sistema constitucional es tarea compleja. Quiero plantear dos cuestiones relativas a la descripción del objeto, que son tratadas en los próximos apartados: una de ellas relativa al estatus del Derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito del sistema de la Constitución federal (en adelante, indistintamente DIDH); y la otra acerca de la división clásica entre creación y aplicación del Derecho. De ambos encuadres pueden obtenerse sugerentes resultados para la delimitación del cuerpo del sistema de la Constitución federal, porque escribir sobre ello es transmitir al lenguaje la razón de la organización fundamental del Estado.

2. Jerarquía del Derecho internacional de los derechos humanos

Ya que no deseo asombrar al lector con variantes inesperadas, adelanto inquietudes: ¿el DIDH se sumó al texto de la CFA? ¿Existe un Derecho constitucional de primer rango (CFA) y otro de segundo (DIDH)? Veamos.

A. Sistema de la CFA: sus enunciados

Hay quienes –desde la dogmática o la práctica judicial– entienden que la reforma constitucional de 1994 incorporó –es decir: “sumó”– en el texto constitucional varios centenares de disposiciones jurídicas provenientes

de los once instrumentos⁷ –hoy trece⁸– del DIDH que gozan de jerarquía constitucional, según la enumeración efectuada en el artículo 75 inciso 22 de la CF. (“Varios centenares” porque se trataría del mismo número que arroja la suma de la totalidad de disposiciones del DIDH que gozan de jerarquía constitucional). Esos autores consideran que dichas reglas del DIDH, en las condiciones de su vigencia, forman parte de la CFA. Según esta opinión, la reforma de 1994 produjo la expansión del Derecho dentro de los propios límites de la Constitución federal. Claramente, ahora, formarían parte de su “propio texto” los enunciados permanentes, transitorios y los que provienen del DIDH.

En cambio, quienes piensan –como yo– que las reglas del Derecho internacional de los derechos humanos no han sido “incorporadas”, sino que poseen “jerarquía constitucional”, difícilmente admitirán que ellas integran el tejido del Derecho constitucional federal argentino en el sentido que se expone en el párrafo anterior⁹. Parece una sutileza, pero

⁷ Artículo 75: “Corresponde al Congreso... inciso 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

⁸ La Ley 24820 –BO: 29/5/1997– otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del Art. 75, Inc. 22 de la CF. La Ley 25778 –BO: 3/9/2003– otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998 y aprobada por Ley 24584.

⁹ Horacio Rosatti identifica un “bloque constitucional”, con los siguientes elementos: i) rígido, en el sentido de que sólo es modificable por el poder constituyente (texto de la CFA); ii) semirrígido, en el sentido de que es modificable por el poder constituido: documentos internacionales con jerarquía constitucional (Art. 75, Inc. 22). Sugiere que el Art. 31 de la CFA debería leerse: “Esta Constitución, los tratados con jerarquía constitucional, el resto de los tratados internacionales y las leyes de la Nación, dictadas por los órganos autorizados y dentro de sus respectivas competencias, constituyen, en ese orden, la ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”. V. Rosatti, Horacio D., *Tratado de Derecho constitucional*, T. I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2010, pp. 163-164.

Unos años antes, el maestro Germán Bidart Campos expresó que por “bloque de constitucionalidad” puede entenderse, según cada sistema en cada Estado, un conjunto normativo que parte de la Constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución escrita. El bloque de constitucionalidad federal argentino, con idéntica jerarquía constitucional y ocupando la cúspide del ordenamiento, está integrado por la Constitución y los instrumentos internacionales del Inc. 22 del Art. 75. Tales tratados no entran a formar parte del texto de la Constitución federal y quedan fuera de él, en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con él

no lo es. El sistema de la Constitución federal es único; en su interior no existe ninguna relación de jerarquía entre sus propios enunciados. El Derecho constitucional que se origina en el sistema reconoce en él su fuente directa de producción y validación: es decir, el Derecho objetivo, los enunciados propiamente redactados por el poder constituyente, las normas y declaraciones permanentes y transitorias formuladas en su texto, que poseen raíz y jerarquía constitucional. El Derecho constitucional que se origina en el sistema de la CFA o reconoce en él su fuente directa de validación; el Derecho objetivo, los enunciados propiamente adoptados por el poder constituyente: el Derecho internacional de los derechos humanos, que goza de membresía constitucional, se trata de las normas detalladas en el artículo 75, inciso 22, en las condiciones de vigencia fijadas, que poseen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la CFA y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ella reconocidos.

B. Sobre la jerarquía normativa y la raíz de las reglas del sistema de la CFA

Del mismo modo en que nadie puede recordar la totalidad de su propia vida, no hay forma de conocer todo lo escrito sobre el Derecho constitucional. Muchas veces se presenta como una experiencia inabarcable, aunque lógicamente factible. En el fluir de las opiniones, se menciona la que más robustamente intentó aprisionar, a punto de cumplir cuatro años el cambio constitucional de 1994, al Derecho internacional de los derechos humanos. Un juez de la CSJN, en opinión disidente, insinuó el encierro:

En efecto, los textos mencionados en el art. 75, inc. 22, si bien “tienen jerarquía constitucional”, “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”, configuran, pues, normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en

su misma supremacía (*Manual de la Constitución reformada*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 1996, pp. 276, 342 y 345). En el fondo del asunto se sigue el pensamiento del maestro. No obstante, me permito desarrollarlo; buscar mayor claridad y precisión. El DRAE, entre las ocho acepciones que propone para “bloque”, en quinto lugar dice “conjunto coherente de personas o cosas con alguna característica común”. Idéntica pesquisa, entre las cuatro propuestas para sistema, la primera dice “conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí”. Resueltamente, desde el punto de vista de la definición lexicográfica, “sistema” es ampliamente superior a “bloque” al introducir, por definición, a la razón. En el plano epistemológico, “sistema”, pese a su amplitud y ambigüedad, es indudablemente una ideación más facilitadora que la de “bloque”. Ciertamente, aquí no se debatirán estatutos epistemológicos, si acaso se pudiese, porque toda comparación es desgarradamente borrosa. En la nota al pie número 4 se aducen las razones que aconsejaron el apodo de “sistema” para la complejidad que irradia la CFA.

la medida en que no afecten los derechos consagrados en la 1ª parte de la Constitución...¹⁰

El poder constituyente reformador de la CFA jamás dispuso, en agosto de 1994, la estipulación de “rangos” entre sus normas. Mucho menos primer rango o segundo rango. Las fantasías que se construyen sobre el mundo impiden distinguir, con certeza, lo que realmente se ha de saber o se podrá conocer, precisamente, sobre ese mundo. La prisión es una institución para aislar, aunque nadie pueda explicar, de modo sensato, si cumple o no cumple una finalidad comunitaria. La opinión criticada aísla, separa y fragmenta el mundo conocido.

El DIDH cumple la función de vincular el mundo del Derecho. Y aunque siempre propone una estructura compleja de integración, su pretendida inferioridad no fue demarcada por el poder constituyente reformador en 1994. El mensaje prescriptivo contenido en el DIDH es, resueltamente, integrar. Por lo tanto, desintegrar, es decir, determinar normas de primer rango o segundo, no enseña nada porque se opone a la verdad.

Sin audacia, se concluye este apartado:

- i. Todos los enunciados del Derecho constitucional de la Argentina (permanentes y transitorios) tienen la misma jerarquía normativa;
- ii. Todos los enunciados del DIDH que gozan de jerarquía constitucional tienen idéntica jerarquía normativa;
- iii. Los enunciados del DC (descritos en el punto i) y los enunciados del DIDH (descritos en el punto ii) tienen rango jurídico idéntico, aunque difieren en la raíz: unos son producidos por la CFA y otros son validados por ella. Diferente raíz, igual estatura.

C. Fuente nativa y fuente extranjera

El siglo XXI obliga, constantemente, a la propia actualización de la definición del contenido de Derecho constitucional, en virtud de que su “internacionalización” parece inevitable. Por dicha razón, y si se reconociere la existencia, para la configuración del contenido abarcado por el término “Derecho constitucional”, de fuentes de producción jurídica estatal y fuentes de producción jurídica supra-estatal –categoría conceptual que, hasta mediados del siglo XX, hubiera parecido un despropósito–,

¹⁰ Conforme Augusto C. Belluscio *in re* “Petric Domagoj, Antonio c/Diario *Página 12*”, pronunciado el 16/4/1998, CSJN, *Fallos*: 321:885. El pronunciamiento fue suscrito por Julio S. Nazareno (por su voto), Eduardo Moliné O’Connor (por su voto), Carlos S. Fayt (por su voto), Antonio Boggiano (por su voto), Enrique S. Petracchi, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert, Adolfo R. Vázquez (por su voto) y la disidencia apuntada. De los nueve jueces que integraban la CSJN por aquel entonces, quince años después siete de ellos ya no integran el Más Alto Tribunal de Justicia.

se estaría amortiguando el peso de la controversia y, por consiguiente, el DIDH podría hospedarse en el ámbito de la noción “Derecho constitucional federal argentino”, tal como se lo viene delimitando. Desde luego, no dentro del texto de la Constitución, y sí dentro del sistema de la Constitución federal. Mediante esta construcción, “sistema de la constitucional federal” alberga en su seno conceptual tanto a las reglas estipuladas en el texto constitucional federal como a las que, existiendo originariamente fuera de ella, tienen también igual jerarquía y nivel, pero no están sumadas en su marco normativo, pese a que unos y otros comparten la primacía del sistema jurídico estatal.

3. La interpretación judicial

A. Creación y realización

El sistema de la Constitución federal de la República Argentina significa la creación máxima, suprema y cumbre del Derecho vigente. Es la partitura maestra para la realización del Derecho. En cuanto definición normativa, se desarrolla en dos espacios y en dos tiempos: el de su producción y el de su realización, respectivamente.

Producida la norma, previa comprensión racional, deberá sobrevenir su acatamiento, es decir, su realización tanto por los ciudadanos como por los poderes del Estado. Refiero, pues, que se presenta un contexto de mera aplicación o ejecución, cuando las autoridades federales o los ciudadanos cumplen una regla emanada del sistema de la Constitución federal. Por ejemplo: cuando un ciudadano ejerce o desarrolla un derecho fundamental cualquiera (político, civil o social); naturalmente, el planteo considera la relatividad de los derechos fundamentales, o dicho de otra forma, que no son absolutos. Este acatamiento o despliegue sencillo constituye una simple realización; no necesita una determinación específica de la autoridad constitucional u orientación gubernativa federal que la solvente. Se trata de una realización en el marco de una sociedad abierta, porque el Derecho constitucional existente es válido desde el mismo día, hora y lugar que se haya fijado para su entrada en vigencia. El único órgano que puede desdecir la existencia o validez del Derecho constitucional es el órgano creador, o sea, el poder constituyente.

También se dirá que existe una mera realización del Derecho constitucional cuando se “desarrollan” las previsiones que surgen del sistema. Por ejemplo: toda la legislación, incluida la actividad del poder administrador; en este mismo contexto se enrolan las sentencias y resoluciones judiciales que resuelven cuestiones constitucionales. Para distinguir de la “mera aplicación o simple acatamiento”, ahora se llamará “realización propia”; y

con afán de claridad, en el caso de la realización (propia) que cumplen los jueces, interpretación judicial.

Un tercer contexto de realización es la actividad dogmática, tanto en sus fases de investigación como de disertación académica. Este conocimiento o cuerpo de conocimientos sobre el Derecho constitucional, que se estudia más adelante, constituye un contexto científico o con pretensiones semejantes.

La realización del Derecho constitucional, en cualquiera de los contextos descritos, será siempre, pues, concreción o ejecución de Derecho creado. Sin embargo, existen situaciones excepcionales que desbordan este modelo de realización, como por ejemplo, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante, también CSJN– asocia o disocia un significado, en un caso concreto, con pretensiones de generalidad normativa.

B. Resoluciones de la CSJN

Resulta controvertido determinar si la interpretación judicial que, en su caso, la CSJN haya decidido atribuir como significado al texto normativo constitucional, o al sistema jurídico *lato sensu*, constituye una fuente de producción de disposiciones jurídicas de alcance general. Es decir, si sus fallos –o determinados fallos– o las prescripciones de algunos de sus fallos –y éstos aún también bajo determinadas condiciones–, que han sido elaborados en el ámbito del sistema jurídico constitucional, pasan o no pasan a integrar el elenco de disposiciones normativas del Derecho constitucional federal argentino.

Escojo, en el ámbito de una literatura vastísima, dos destacadas opiniones de juristas; luego, ensayo la propia.

Germán Bidart Campos sostuvo que cuando la CSJN dicta sentencias en las que se lleva a cabo interpretación constitucional, sobre todo si se arriba a una declaración de inconstitucionalidad, esa interpretación de la Constitución adquiere el mismo rango de la Constitución interpretada y compone con ella una unidad¹¹. Desde otra óptica, un tanto más genérica pero no menos precisa, Eugenio Bulygin sostiene que solamente la actividad del juez es fuente de Derecho, y por ello es capaz de ser integrada al sistema jurídico cuando la sentencia judicial crea norma/s general/es¹². Es decir, el juez crea Derecho cuando la norma general mediante la que

¹¹ Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 421.

¹² Bulygin, Eugenio, “Sentencia Judicial y Creación de Derecho”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 366 y 367

justifica su decisión no fue creada por el legislador constituyente¹³.

C. Análisis o construcción y destrucción del objeto

Uno. Se observa que las disposiciones o enunciados que constituyen el Derecho constitucional de un Estado responden habitualmente a dos finalidades: arquitectura de sus poderes, y conferir reconocimiento a los derechos fundamentales y los deberes correlativos.

Dos. El orden coactivo que impone el Derecho –el Derecho constitucional no escapa a la regla– se expresa, o mejor dicho, tiene como soporte al lenguaje, que en nuestro Estado es escrito. Toda la planificación prescriptiva que realiza el Derecho constitucional se programa por intermedio del lenguaje escrito proveniente de las fuentes de producción. El Derecho constitucional argentino es una manifestación del lenguaje escrito.

Tres. Si, además, se repara en que el lenguaje prescriptivo en el cual está expresado el Derecho constitucional, más bien todo el Derecho, no es completo sino que necesita ser completado, se advertirá sin complicaciones que las tareas de interpretación constitucional no sólo pueden consistir en el análisis del lenguaje, en virtud de que la obra de integración de los segmentos o sectores incompletos contribuye –siempre en forma complementaria– a construir (o destruir) el objeto. Por este motivo, dichas decisiones interpretativas también entrarán a formar parte del elenco de disposiciones normativas¹⁴.

Cuatro. El lenguaje jurídico tiene las mismas propiedades que los lenguajes naturales. Las palabras que aparecen en las reglas jurídicas tienen una zona de penumbra, es decir que son potencialmente vagas. La vaguedad se pone de manifiesto frente al caso atípico. Quien trate de orientar o apreciar dicha conducta se sentiría desconcertado debido a que el caso no está incluido en el área de significado central donde se congregan los casos típicos, ni claramente excluido de ella. Por lo tanto, cualquier descripción honesta de lo que ocurre cuando un juez trata de determinar si un caso concreto está o no comprendido por el significado actual de la regla tiene que admitir que no todos los casos

¹³ Bulygin, Eugenio, "Creación y aplicación de Derecho", contribución obrante en mi archivo, gentilmente entregada por el autor.

¹⁴ Norberto Bobbio se preguntó qué es, en efecto, la interpretación de la ley sino análisis del lenguaje del legislador, de ese lenguaje en el que se expresan las normas jurídicas (p. 187). Agregó más adelante que el lenguaje del legislador es incompleto, y esta falta de plenitud puede ser completada (p. 193). Esta obra de integración es la llamada interpretación extensiva, considerada expresamente como una modalidad de la analogía (p. 195). Así concebida, la interpretación extensiva no es un acto creativo, sino una operación lógica en sentido estricto que no se sale de la consideración de la interpretación jurídica como análisis del lenguaje, es una de las operaciones con las que se efectúa ese análisis lingüístico del Derecho en que consiste la Ciencia del Derecho (p. 195). V., en este sentido, *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Torres Editor, 1980.

son del mismo tipo ni suscitan iguales problemas. Dicha descripción debe distinguir entre estos dos tipos de casos: aquellos cuyos hechos constitutivos están claramente comprendidos por el área de significado central de los términos o expresiones en que la regla consiste; y aquellos a los que Herbert Hart denominó “zona de penumbra”, es decir, atípicos en cualquiera de las formas en que éstos puedan ocurrir¹⁵.

Cinco. El Derecho constitucional es, por regla, objeto de interpretación. La interpretación judicial, en el marco de una sociedad abierta, es una de las formas que asume la realización del Derecho constitucional.

Por lo pronto, asevero que la interpretación del Derecho constitucional es una tarea que consiste en analizar el discurso de las fuentes de producción, el cual puede, eventualmente, ser incompleto. Cuando las operaciones se realizan sobre el objeto constituido, es decir, cuando se determina que las disposiciones normativas están completas –situación que autoriza o posibilita la descripción de su significado–, se está privilegiando el empleo de métodos de tipo cognitivo, cuyo resultado más evidente y palpable es el hallazgo y la consiguiente aplicación del significado objetivo de la regla de Derecho constitucional en análisis. En estos casos, la comprensión del significado central de la regla de Derecho constitucional consiste en hallar el sentido que quiso efectivamente poner el legislador constitucional, debidamente respaldado y actualizado con la realidad respecto de cuya aplicación y ordenación se trata, ya que ella es la única que le puede dar soporte racional a la tarea misma de interpretación jurídica. La interpretación constitucional se orienta a la descripción de significados, y la actividad consiste en la conjetura respecto del significado de una regla constitucional, aplicada desde luego a un caso. Defino de este modo a la interpretación constitucional analítica; tarea que no tiene, nunca, aptitud constitutiva del objeto. Simplemente lo realiza, ejecuta o aplica.

Seis. Sin embargo, la falta de plenitud, o ausencia de completitud, del propio discurso programado por el Derecho constitucional pone de manifiesto que, en oportunidades, las tareas de análisis del lenguaje de las fuentes son insuficientes o no puedan dar respuesta al significado central del término bajo examen. En estos supuestos, el intérprete no descubre, sino que decide el sentido de la regla; se enfrenta a los casos atípicos, y la adscripción (introducción) que él proponga como significado de la expresión de la disposición constitucional, en puridad de verdad, estará creando un nuevo significado. Se habla así, pues, de interpretación constitucional correctiva, y la naturaleza de las proposiciones que el intérprete construye

¹⁵ Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pp. 55 a 58.

es normativa, porque su actividad es susceptible de ser caracterizada como creadora de disposiciones jurídicas de alcance general.

Siete. Cuando el intérprete transita por los campos de la interpretación constitucional analítica, describe los significados de las reglas constitucionales que examina. En cambio, cuando lo hace ocasionalmente –“en casos contados con los dedos de las manos”– en los territorios de la interpretación correctiva, el intérprete asocia (también disocia) o reconstruye (pero también puede destruir) un nuevo significado a la expresión o texto, cuya oscuridad era la nota más característica de su fisonomía hasta que se produjo su intervención, por lo menos para dicho caso. En rigor: se la apoda “interpretación correctiva” por comodidad lingüística; ajustadamente, se trata de creación, positiva o negativa, de Derecho constitucional. En modo inicial, en la interpretación correctiva se encuentra ausente la deliberación, en tanto planificación y voluntad de alcanzar el bienestar general¹⁶, que tiene el poder político para crear Derecho constitucional. En paralelo, también se encuentra ausente su codificación normativa. Estas ausencias no devalúan su actividad creadora, pero aconsejan mantener el apodo “interpretación”, pese a que se sepa que ella es el puente para crear. Creadores del Derecho constitucional despliegan actos políticos en su formación. Realizadores del Derecho constitucional, también, pero en otro sentido: mantienen y desarrollan un sistema jurídico. Toda creación de Derecho constitucional es política; las resoluciones judiciales, en el contexto apuntado, comparten la filiación política.

Ocho. Analizar y decidir son, entonces, las consignas del intérprete judicial cuando realiza el Derecho constitucional. Cuando se apela a la interpretación correctiva, los jueces contribuyen a la “reconstrucción” del sistema de la Constitución federal porque introducen (aunque también pueden sustraer) de dicho sistema una disposición de naturaleza prescriptiva que el legislador constituyente, si bien expresamente no había incluido, tampoco había prohibido. Por ello, debe entenderse que el poder constituyente –originario o derivado– brindó la plataforma de sustentación para que la interpretación sea luego la que, en última instancia, pudiere configurar y concretizar la vigencia y el alcance de la propuesta normativa constitucional.

¹⁶ El bienestar general es una de las seis afirmaciones básicas del sistema de la CFA contenida, elegante y prolijamente, en el Preámbulo. Es el propósito dentro de los propósitos. Todas las autoridades constitucionales tienen por obligación desarrollar, mantener, alcanzar o aspirar al bienestar general. La actividad de los departamentos político, ejecutivo y judicial se caracteriza por la generalidad y universalidad de sus tareas; en cambio, por definición, el Poder Judicial atiende en casos puntuales, individualizados, a pedido de parte, nunca en abstracto. Por ende, no legisla y resuelve asunto por asunto, con el objetivo del bienestar general.

Nueve. Parece bastante claro que las técnicas de interpretación correctiva, en todas sus variantes estratégicas, tienen por objeto usual ampliar el campo de los significados del sistema jurídico constitucional. Cuando son utilizadas de este modo, resultan útiles para propiciar la evolución del Derecho. Aunque debe advertirse que también pertenece a esta familia la interpretación constitucional restrictiva que, en ocasiones, produce resultados que pueden conducir a la reducción irracional del campo de aplicación de los significados centrales consignados en las disposiciones del sistema de la CFA, cuya objetividad incontrovertible hubiese sido asegurada por una interpretación analítica. La interpretación restrictiva circunscribe el marco de aplicación de una regla constitucional, excluyendo de su campo de actuación supuestos de hecho que racionalmente deberían quedar comprendidos y concretizados por la labor del intérprete. La implementación de este mecanismo de interpretación constitucional puede producir la involución del Derecho, ubicando en una delicada situación a importantes sectores de la configuración llevada a cabo por la constitución.

Las estrategias interpretativas de filiación correctiva desarrolladas por la CSJN han demostrado tener aptitud para poner en evidencia que el producto de la actividad ponderativa también, y al mismo tiempo, fue capaz de constituir una fuente de producción normativa del sistema de la CFA, debido a la expansión generalizada de la coactividad que emanaba de tales prescripciones resolutorias. Del propio repertorio de decisiones judiciales de la CSJN se puede citar una variada gama de fallos que tienen una ligazón importante, desde el punto de vista empírico, con las estipulaciones formuladas. Así, en una brevísima lista de ejemplos, puede advertirse el poder creativo de Derecho constitucional, por parte del Más Alto Tribunal de Justicia de la Nación. Simplemente, a título de ejemplo: a) el otorgamiento de ciudadanía constitucional a la acción de amparo, en el caso “Siri” (1957); b) el reconocimiento de jerarquía supra-legal de los tratados, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (1992)¹⁷; c) las bases para la elaboración de la doctrina de arbitrariedad de sentencias, en el caso “Rey c/Rocha” (1909)¹⁸; d) el acceso a la justicia y mención sobre la regulación de las acciones de clase, en la causa “Halabi” (2009)¹⁹; e) enjuiciamiento de

¹⁷ CSJN, *Fallos*: 315:1492 (1992). El pronunciamiento fue suscrito el 7/7/1992 por los jueces Mariano A. Cavagna Martínez, Rodolfo Barra, Carlos Fayt, Julio Nazareno y Antonio Boggiano.

¹⁸ CSJN, *Fallos*: 112:384 (1909), “Rey, Celestino c/Rocha, Alfredo *et al*”, pronunciada el 2/12/1909 y suscrita por los jueces A. Bermejo, N. González del Solar y M. Daract.

¹⁹ CSJN, “Halabi, Ernesto”, sentencia suscrita el 24/2/2009 por los jueces R. Lorenzetti, E. H. de Nolasco, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni y en disidencia parcial por los jueces C. Argibay, E. Petracchi y C.S. Fayt.

crímenes de lesa humanidad, en el caso “Simón” (2005)²⁰: posiblemente, el fallo más relevante, si existiese tal mención, en toda la historia política del Más Alto Tribunal de Justicia de la República:

...3. Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 [autoamnistía de la dictadura militar] y 23.521 [obediencia debida] y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables [civiles y militares], u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la [República] Argentina...

Todas estas interpretaciones constituyen actos de lealtad constitucional. El intérprete genera una nueva regulación normativa que, antes de su decisión, no existía descrita como el intérprete (creador, no ya realizador) ahora regiamente dispone.

Sin embargo, no todo es virtuosismo judicial. Narrar la deslealtad constitucional constituye una obligación. Rastrear su configuración requiere precisión. ¿Cómo se hiere a un sistema constitucional? ¿Cómo ha de ser posible tanta hostilidad? ¿Cómo ha de ser factible herir y mantenerse en el propio cargo constitucional? Líneas abajo, el dibujo de la trama y la mención de los personajes.

Probablemente, el peor acto jurídico de la CSJN en toda su historia no fue un fallo judicial. Las fuerzas de la soledad en el Derecho, la peligrosa vía de la incomunicación, concretamente el dominio de la irracionalidad, tiene una radiografía específica: la “Acordada de la CSJN” pronunciada el 10 de septiembre de 1930, suscrita por cuatro jueces de la CSJN y el procurador general, quienes abjuraron del Derecho constitucional, sin contemplación²¹.

²⁰ V. *in re* “Simón, Julio *et al*”, CSJN, Fallos: 328:2056, 14/6/2005, parte dispositiva reproducida en el texto, arriba, fue suscrita por E. Petracchi, A. Boggiano, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni, E. Highton de Nolasco, R. L. Lorenzetti y C. Argibay; C. Fayt, en disidencia.

²¹ El texto completo de la Acordada se reproduce porque debe significar un “nunca más” en el Derecho constitucional de la República Argentina. La pieza quiebra el vínculo entre razón y Derecho, porque es solamente fuerza, pura, sin razón que la hilvane, sostenga o fundamente. Se encuentra recogida en CSJN, Fallos: 158:290.

“En Buenos Aires ..., reunidos en acuerdo extraordinario los señores ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ... y el señor Procurador General de la Nación, con el fin de tomar en consideración la comunicación dirigida por el señor presidente del Poder Ejecutivo provisional, teniente general don José F. Uriburu, haciendo saber a esta Corte la constitución de un gobierno provisional para la Nación, dijeron:

“1) Que la susodicha comunicación pone en conocimiento oficial de esta Corte Suprema la constitución

También fue una interpretación correctiva, pero de orientación restrictiva, la que resolvió la nulidad de una disposición de la Constitución federal incorporada por obra del poder constituyente, como hiciera en 1999 la CSJN, en el sonado caso “Fayt”²², circunstancia que comportó un quebrantamiento constitucional²³. En rigor, la interpretación judicial correctiva (restrictiva) es denominada así para lograr claridad lingüística, porque, en estos casos, la coartada no funciona: lo fáctico, el decisionismo o pura voluntad no puede ocultar su prevalencia sobre el ámbito de comprensión delimitado específicamente por la propia normatividad constitucional, incluyendo todas sus posibles realizaciones racionales. Existen otras formas de deshacer el Derecho constitucional, aunque no con la intensidad ni profundidad del poder de destrucción que supuso el caso “Fayt”. Resulta inimaginable una resolución judicial con semejante poder de demolición del sistema de la CFA. Estas especies suavizadas de interpretación judicial restrictiva se hacen presentes en la

de un gobierno provisional emanado de la revolución triunfante de 6 de septiembre del corriente año.

”2) Que ese gobierno se encuentra en posesión de las fuerzas militares y policiales necesarias para asegurar la paz y el orden de la Nación, y por consiguiente para proteger la libertad, la vida y la propiedad de las personas, y ha declarado, además, en actos públicos, que mantendrá la supremacía de la Constitución y de las leyes del país, en el ejercicio del poder.

”Que tales antecedentes caracterizan, sin duda, un gobierno de hecho en cuanto a su constitución, y de cuya naturaleza participan los funcionarios que lo integran actualmente o que se designen en lo sucesivo con todas las consecuencias de la doctrina de los gobiernos de facto respecto a la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por él.

”Que esta Corte ha declarado, respecto de los funcionarios de hecho, “que la doctrina constitucional e internacional se uniforma en el sentido de dar validez a sus actos, cualquiera que pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección, fundándose en razones de policía y de necesidad y con el fin de mantener protegido al público y a los individuos cuyos intereses puedan ser afectados, ya que no les sería posible a estos últimos realizar investigaciones ni discutir la legalidad de las designaciones de funcionarios que se hallan en aparente posesión de sus poderes y funciones. Constantineau, Public officers and the facto doctrine, Fallos: 148:303.

”Que, el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país, es, pues, un gobierno de facto cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social.

”Que ello no obstante, si normalizada la situación, en el desenvolvimiento de la acción del gobierno de facto, los funcionarios que lo integran desconocieran las garantías individuales o las de la propiedad u otras de las aseguradas por la Constitución, la administración de justicia encargada de hacer cumplir ésta las restablecería en las mismas condiciones y con el mismo alcance que lo habría hecho con el Poder Ejecutivo de derecho.

”Y esta última conclusión, impuesta por la propia organización del Poder Judicial, se halla confirmada en el caso por las declaraciones del gobierno provisional, que al asumir el cargo se ha apresurado a prestar el juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes fundamentales de la Nación, decisión que comporta la consecuencia de hallarse dispuesto a prestar el auxilio de la fuerza de que dispone para obtener el cumplimiento de las sentencias judiciales.

”En mérito de estas consideraciones, el Tribunal resolvió acusar recibo al gobierno provisional, en el día, de la comunicación de referencia mediante el envío de la nota acordada, ordenando se publicase y registrase en el libro correspondiente...”. Suscribieron los jueces J. Figueroa Alcorta; Roberto Repetto; R. Guido Lavalle y Antonio Sagarna; también firmó el procurador general, H. R. Larreta.

²² CSJN, Fallos: 322:1616 (1999), sentencia pronunciada el 19/9/1999, suscrita por los jueces Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto C. Belluscio, Antonio Boggiano, Gustavo A. Bossert (disidencia parcial), Guillermo A. F. López y Adolfo R. Vázquez (según su voto).

²³ V. Ferreyra, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicialidad de la enmienda*, México D.F., Porrúa, 2007.

causa “Bussi” (2007)²⁴, al permitir el examen judicial –por mayoría– de una competencia privativa y excluyente del Congreso de la Nación y no aplicar como correspondía la doctrina de las cuestiones políticas. Una forma también suavizada de interpretación judicial restrictiva se hace presente, recientemente, en la jurisprudencia del Más Alto Tribunal en la causa “Rodríguez Pereyra”²⁵ (2012); allí la CSJN asumió y confirió la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad aunque no exista petición expresa de parte en la causa. No existe fundamento para que los jueces, un poder contramayoritario, controlen de oficio, y por su propia voluntad, la constitucionalidad de los actos de los poderes políticos. El control de oficio –en un sistema difuso– puede abrir la puerta al judicialismo, porque es susceptible de inducir un aguijón en la distribución de los poderes del Estado, al no encontrarse expresamente detallado como competencia constitucional. Además, se establece una potestad notoriamente desbalanceada en favor del Poder Judicial y legislada por los propios jueces, sin fundamento deliberativo y desgarrando la idea de que una ley debe ser cambiada por otra ley, precedida de información a la ciudadanía, elección y debate en el ágora (Congreso), antes que en un proceso judicial sin control ni decisión del cuerpo electoral.

Diez. Determinadas decisiones judiciales de la CSJN son susceptibles de pasar a integrar el sistema de la CFA siempre que fueren capaces de satisfacer las siguientes condiciones: a) que la interpretación de la Constitución o del segmento del sistema constitucional de que se trate –es decir, cuando se decide judicialmente atribuir un significado al texto normativo, con preferencia sobre otros, por lo que se crea un nuevo significado– haya servido, o bien que existan razones para pronosticar que la ponderación normativa servirá en el futuro, de pauta o estándar racional para su seguimiento habitual por el propio tribunal y los tribunales inferiores de la República; y b) que el contenido de la norma producida por el Más Alto Tribunal de Justicia no sea idéntico al de alguna otra regla perteneciente al sistema jurídico constitucional, aunque sí deducible lógicamente del mismo.

Desde la perspectiva planteada, sólo puede admitirse que, en determinadas situaciones, condiciones y presupuestos, la tarea de los jueces de la Corte puede tener también como propiedad la de ser una usina generadora de reglas de Derecho de alcance general. Así sólo cabría

²⁴ CSJN, *Fallos*: 330:3160 (2007), sentencia pronunciada el 13/7/2007, suscrita por los jueces R. L. Lorenzetti, C. S. Fayt, E. R. Zaffaroni (según su voto), C. Argibay, E. H. de Nolasco y, en particular, la disidencia de J. C. Maqueda.

²⁵ CSJN, “Rodríguez Pereyra”, resuelta el 27/11/2012, suscrita por los jueces R. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco, E. R. Zaffaroni, J. C. Maqueda, C. Fayt (por su voto) y Enrique S. Petracchi (en disidencia).

admitirse que, en determinadas situaciones, condiciones y presupuestos, los jueces de la Corte pueden crear piezas componentes del sistema de la CFA. La aseveración tiene un radio de acción muy limitado se opone y es radicalmente distinta del grito de batalla de ciertas corrientes afines al realismo jurídico que han llegado a sugerir que la Corte Suprema es algo así como una convención constituyente en sesión permanente; o que estamos regidos por una constitución, pero ella es lo que los jueces dicen que es. Tesis equivocada, suficientemente refutada en este escrito. Por su parte, la interpretación judicial restrictiva no tiene defensas.

4. *Dos consignas: hecho y regla*²⁶

El Derecho es producido por el poder que emana de los ciudadanos que integran un pueblo. Se trata, claramente, de un hecho social que produce un conglomerado o combinación de reglas jurídicas generales, abstractas, obligatorias y universales, comúnmente asociadas en un sistema. Los hechos sociales se encuentran en el mundo y merecen ser tratados, por tanto, como cosas, es decir: objetivamente²⁷. Doy por sentado la existencia del Derecho constitucional y me pregunto sobre las posibilidades en torno a su conocimiento y aplicación. Una vez creado, la sensibilidad del ciudadano o del intérprete no constituye el objeto Derecho constitucional (V. con la salvedad apuntada arriba II.3.C).

La creación del sistema inaugura, al mismo tiempo, las propias posibilidades de su coactividad. Dícese, pues, que Derecho es una determinación fáctica que dispone un orden específico. Normatividad instaurada por reglas²⁸, porque el deber de obediencia se encuentra en el ADN del Derecho constitucional, en el sentido que su sistema genera directamente prescriptividad o a partir de él pueden generarse reglas prescriptivas.

A. Un hecho empírico

El Derecho constitucional se formaliza en el lenguaje escrito por el legislador que ejerce el poder constituyente, a lo que debe adicionarse, con las puntualizaciones y advertencias: el discurso del intérprete judicial (en el caso argentino, la CSJN, v. *ut supra* sección II.3.C), como así también, el proveniente de la fuente internacional de los derechos humanos que goza de jerarquía constitucional (*cfr.* art. 75, Inc. 22,

²⁶ Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 5.

²⁷ V. Bunge, Mario, *A la caza de la realidad. La controversia sobre el realismo*, Barcelona, Gedisa, p. 91, con cita de la exhortación de É. Durkheim (1901) en *Las reglas del método sociológico*, Buenos Aires, Gradifco, 2011, pp. 13 y 31-76.

²⁸ Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad del Derecho*, ob. y loc. cit.

de la Constitución federal, v. *ut supra* sección II.3.B).

B. Un sistema de reglas

Porque considero que el lenguaje es de naturaleza prescriptiva²⁹, su función elemental no es la de transmitir información, sino la de establecer, organizar o dirigir la conducta de las personas que componen la sociedad. La coactividad o fuerza normativa es una cualidad definitoria del Derecho constitucional, en igual sintonía que lo es del sistema jurídico del cual él forma parte. El Derecho constitucional posee fuerza obligatoria, es vinculante y también, a su modo, participa de la nota de coercibilidad, propiedad dominante y sobresaliente del sistema jurídico del Estado que lo contiene. Por dicha razón, como bien indicó Bidart Campos, el Derecho de la constitución reviste naturaleza de norma jurídica, y no un mero carácter declarativo u orientativo³⁰. Un Derecho constitucional ideado o instrumentado por reglas significa que éstas se han de cumplir o no cumplir –se siguen o no se siguen–; no hay una tercera alternativa, si se ha de pretender que el sistema cumpla las tareas nucleares para las cuales ha sido ideado: formación de la unidad política del Estado, organización, mantenimiento y dirección de todo el sistema jurídico. La proposición capital tiene un ámbito de validez: el sistema constitucional tiene fuerza normativa, obligatoria, en todas sus partes.

El Derecho constitucional nace de la CFA, con la siguiente singularidad: la CFA es la fuente de producción de las normas, permanentes y transitorias, de raíz constitucional cobijadas dentro de las cuatro esquinas de su texto. Fuera de su texto, al mismo tiempo, por aplicación del artículo 75, inciso 22 (producido por el poder constituyente en 1994), la Constitución es fuente de aplicación y validación del DIDH, que goza de jerarquía constitucional. En consecuencia: existe un Derecho constitucional federal de la Argentina de raíz y jerarquía constitucional; existe también otro subsistema que no tiene raíz constitucional, pero sí tiene jerarquía: el DIDH validado jerárquicamente por el artículo 75, inciso 22, recién referido. Además, también tiene existencia una hipótesis singular y excepcional de creación aquí tratada: la interpretación judicial, especialmente la de la CSJN, al asociar un significado y crear Derecho constitucional. Este nuevo

²⁹ Jerzy Wróblewski señaló con certeza que, teóricamente, la discusión relativa a la normatividad del texto constitucional sólo es significativa después de definir el término "normatividad". Si por normatividad se entiende que las reglas constitucionales son, o bien directamente aplicables, o aplicables tras construir otras disposiciones jurídicas a partir de sus propias reglas, se puede decir que las reglas constitucionales colman dicha definición. V. Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, p. 104.

³⁰ Bidart Campos, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 11, 19 y 31.

momento inaugura el “sistema de la Constitución federal”, que queda integrado por los tres elementos antedichos: las normas propiamente formuladas en la CF, las provenientes del DIDH y las generadas por la CSJN. No hay más Derecho constitucional de la República Argentina.

Las normas del Derecho constitucional son la fuente u origen de la validez jurídico positiva de todas las normas jurídicas, producidas por vía legislativa y, excepcionalmente, de la costumbre o de un fallo judicial.

En resumen, el sistema de la Constitución federal es la única fuente del Derecho constitucional (el Derecho de raíz y jerarquía constitucional); en pocas palabras: el origen de las fuentes. La CFA es la fuente del Derecho constitucional, y éste, del Derecho argentino.

¿Qué es pues, en sentido mundano, el Derecho constitucional? Una verdadera tecnología social; en ciernes³¹.

B.bis. Se esquematiza el discurso desarrollado en este apartado. En consecuencia, el sistema de la Constitución federal de la República Argentina origina y/o valida, según el caso, los siguientes enunciados o productos normativos y no normativos:



5. *Entreacto: temporalidad y especialidad del Derecho constitucional*

Comprender el Derecho constitucional significa determinar los ámbitos de realización de sus reglas. Todos los artefactos que produce el hombre se desarrollan en el tiempo y en el espacio.

Con relación al tiempo, breves consideraciones sobre el propio Derecho constitucional. Su fundamento es la organización comunitaria. La formación jurídica pertenece al presente; todas las reglas del Derecho constitucional deberían formularse en tiempo “presente”, porque la demanda de organización fundamental, su concreta determinación, es una exigencia del presente. Por ejemplo, al disponerse en el artículo 1 constitucional que “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal...”, se trata de un presente

³¹ Cfr. Bunge, Mario, *Las ciencias sociales en discusión*, Buenos Aires, Sudamericana, 1999, p. 323 y ss.

continuo, una decisión permanente. La idea republicana, como forma de gobierno, es una tarea constante, sin pausas, un “ahora comunitario” que no concluye nunca, ni cede, pero progresa.

Otras reglas se refieren, significativamente y de diferente modo, al pasado. En el artículo 15 constitucional se dispone: “En la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de la Constitución...”. Quienes estaban sumidos en el pasado, son libres. Otra referencia, con gran trascendencia al pasado, se libera del artículo 14 constitucional: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: ...de usar y disponer de la propiedad...”. Una regla ecuménica de la CFA portadora de la perspectiva de quienes suscribieron el contrato original en 1853. La conclusión es lacónica: “usar” y “disponer” es una facultad exclusiva de quienes tienen la propiedad. En el momento originario existió, por lo tanto, una decisión hegemónica en relación con la propiedad: la distribución, según pautas determinadas por los propios redactores de la CFA, según texto de 1853-60, que produce, por supuesto, una significativa y marcada desigualdad ciudadana, porque la distribución fue liberal y no igualitaria; porque se construyó un mundo para incluidos, que presupuso la existencia de excluidos. Sugiero, por tanto, que el Derecho constitucional que surge de la CFA de 1853 propugna un modelo para ciudadanos libremente iguales y socialmente desiguales³².

También se encuentra descrito el viaje al futuro. Así, en el artículo 25 constitucional se instaló una clave: “El gobierno federal fomentará la inmigración europea...”. En forma semejante, el futuro se encuentra en otra regla cimera, enunciada en el artículo 28 constitucional: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Concretamente: en el momento de la fundación constitucional –es decir, a partir de 1853– existe un “estado de cosas constitucional”, una ontología del mundo constitucional fundamental, básica e insustituible, que el legislador no podrá traspasar, violar, sin caer en inconstitucionalidad por irracionalidad en su proceder.

³² ¿Los frutos son de todos? ¿La tierra es de todos? ¿Nacemos socialmente desiguales, pero igualmente libres? ¿Qué es lo que se observa en el mundo? Con inigualable claridad literaria y auténtico pesimismo, en 1754 J. J. Rousseau, en su *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, afirmó que la desigualdad fue nula en el estado de naturaleza, pero sacó sus fuerzas y crecimiento del propio desarrollo de las facultades de los hombres y de los progresos del espíritu humano, para llegar a ser por fin “estable y legítima por el establecimiento de la propiedad y las leyes”. Previamente, anunció: “El primero al que, habiendo cercado un terreno, se le ocurrió decir *esto es mío* y encontró gente lo bastante simple como para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil”. V. Rousseau, Jean J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Buenos Aires, *Prometeo*, pp. 131 y 101, respectivamente.

Sin embargo, en este breve intervalo se llama la atención del lector sobre las cuestiones vinculadas al espacio. No hay que ser experto en Derecho constitucional para determinar que, si existen reglas de Derecho constitucional, es porque son dirigidas a determinados sujetos que viven en determinada comunidad, localizada y establecida en determinado territorio. No es decisivo que las Naciones Unidas confieran el reconocimiento de Estado, pero suele existir semejanza entre la configuración del ente político y su asiento en la ONU.

El Derecho constitucional, una vez creado, fluye. Pero ¿hacia quiénes?, ¿hacia los ciudadanos?, ¿hacia los servidores públicos?, ¿hacia ciudadanos y servidores públicos?

Se entiende por “ciudadano” a la persona que se encuentra sometida a un orden jurídico y participa de su desarrollo y/o formación, siempre que se acepte su leal acatamiento; se entiende por “servidor público” a aquella persona que, por elección del cuerpo elector o designación de los poderes del Estado, legisla, administra o juzga; en fin: cumple una tarea fijada por la CFA en representación del pueblo.

Aseguro la noticia; luego, su explicación. El Derecho constitucional de la Argentina organiza dos subsistemas normativos: primario, del ciudadano y los servidores públicos, y secundario, de los servidores públicos. Nótese que la mirada se centraliza en la persona, no en la institución³³.

Ciudadanos y servidores públicos. La regla contenida en el artículo 19 constitucional es una vía de acero: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. El beneficio y porvenir de la libertad constitucional se condensa en la regla; todos, absolutamente todos, disfrutaban de la libertad fundamental. La normatividad de la regla es universal: ciudadanos y servidores públicos. No se aplica a quienes no se encuentren en el ámbito de la normatividad de la CFA; si lo están, su rigurosidad y solvencia caen sin excepciones. Toda la libertad constitucional se organiza por intermedio de esta regla; es fundamento de todo, y para todos, dentro de las reglas fundamentales.

La regla de la libertad, descrita maravillosamente en el artículo 19,

³³ En 1975 Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin llamaron la atención sobre la centralización de la función jurisdiccional. Opinaron que la existencia de funcionarios especializados da lugar a la existencia de dos sistemas normativos paralelos, pero interdependientes: el sistema de normas que regula la conducta de los sujetos del Derecho, sistema primario, y el sistema de normas que regula la conducta de los jueces y demás órganos jurisdiccionales, sistema del juez. V. “Algunos problemas metodológicos de la ciencia del Derecho”, en la obra *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, p. 208.

demuestra, por sí misma, que no es necesario que un presidente, legislador o juez la realice. No es necesario una sentencia, una ley o un decreto; todos los productos mencionados, en su elaboración, tienen que adaptarse a la regla de la libertad. Su disponibilidad es inmediata, opera en cada instante para beneficio de todos los integrantes de la comunidad, sin distinción.

Otras reglas se dirigen, inocultablemente, a los ciudadanos que cumplen con la función republicana, como por ejemplo, la contenida en el artículo 99 constitucional: “El presidente tiene las siguientes atribuciones...”; o la dispuesta en el artículo 75 constitucional: “Corresponde al Congreso...”, o la fijada en el artículo 116: “Corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas...”. Estas reglas constituyen otro blanco específico, un sistema de reglas secundario que confiere poderes y/o atribuciones para concretar y desarrollar la organización comunitaria de los ciudadanos.

De abajo hacia arriba, la existencia, al menos de dos sistemas, desmiente la idea de que el Derecho constitucional sólo sea o fuese lo que la autoridad judicial (o cualquier otra autoridad) afirmó, afirma o afirmare; nada más erróneo. El paradigma de la sociedad abierta conduce como un rayo a esta conclusión: o todos realizamos el Derecho constitucional, o el Derecho constitucional es simplemente una nueva forma de dominación; en este caso, de la aristocracia de cierto saber no elegido directamente por los ciudadanos que integran el pueblo, cuya sabiduría nunca podrá ser puesta a prueba. Obviamente, la referencia alude al gobierno de los jueces, única forma nunca instaurada, felizmente, hasta el día de hoy³⁴.

³⁴ La posición desarrollada no tiene enredaderas: el discurso constitucional se origina en el poder constituyente; existe porque fue creado por él. Luego, el campo de su realización continúa de este modo: ciudadanos, autoridades, ciudadanos y autoridades, entre éstas últimas, los jueces. Los jueces no son los únicos ni principales realizadores. Una norma abierta en una sociedad abierta. Naturalmente, existen otros puntos de vista, entre los que escojo, por su solidez, el de Juan V. Sola: el contenido del estudio del Derecho constitucional debe estar orientado hacia los precedentes judiciales; las leyes y las normas; la función del juez, en relación con la norma constitucional, no tiene carácter declarativo; el tribunal no se limita a formular un Derecho ya existente. Tanto al establecer la presencia de los supuestos de la norma constitucional en el caso concreto como al estipular la sanción, la decisión tiene un carácter constitutivo. V. *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, pp. 23-40. La partitura argumental descrita en la sección II de esta pieza es materia propia y suficiente; no obstante, se considera que al mismo tiempo corresponde dejar introducido otro enfoque, máxime cuando se comparte con Sola que “nuestra sociedad no es igualitaria, por el contrario contiene desigualdades que pueden ser chocantes” (ver su afirmación, ob. cit., p. 35).

III. Derecho constitucional como derecho subjetivo individual, social o colectivo; los derechos fundamentales

1. Letras preliminares

En otros escritos se han plantado una serie de tesis, que ahora deseo referir:

i. Los derechos fundamentales, cuyo estatus es conferido por las constituciones, significan líneas de acción para el uso de la fuerza estatal. Se trata de “razones de Derecho constitucional” concebidas objetivamente para asegurar el uso correcto de la fuerza estatal. Así formalizados, constituyen directivas de la vida estatal porque contienen la reglamentación jurídica elemental para la vida comunitaria en libertad³⁵.

ii. Los derechos fundamentales, ahora enfocados subjetivamente, son “derechos” porque resultan conferidos a los hombres por normas e implican poderes jurídicos que emplazan facultades o expectativas individuales, plurales o colectivas. Creados por el hombre, no gozan de eternidad³⁶ y tienen siempre única matriz filosófica: el propio ser humano, sujeto con idéntica libertad e igualdad que cada uno de sus congéneres³⁷.

La doble dimensión o dualidad que atraviesa a los derechos fundamentales sugiere, por supuesto, no alejarme de ninguna de las afirmaciones. Paralelamente, el enfoque subjetivo sobre los derechos fundamentales plantea cuestiones cuya enumeración es compleja, problemática e inexacta: conceptualización, organización, limitación y delimitación; desarrollo, valoración y realización. En próximos apartados se insinúan afirmaciones sobre el concepto en el modelo de la Argentina, ya que, parafraseando al sofista, el sistema de la CFA es la medida de todos los derechos fundamentales: de los que son en cuanto que son y de los que no son en cuanto que no son; léase: por medida, el perímetro constitucional, y por derechos fundamentales, las regulaciones normativas³⁸.

³⁵ V. Ferreyra, Raúl Gustavo, “El Derecho, la razón de la fuerza. Sobre la constitución y los derechos fundamentales”, en *Contextos: publicación del seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Vol. 1, Buenos Aires, 2011, pp. 40-89. También en lengua portuguesa: “Constituição e direitos fundamentais: um enfoque sobre o mundo do direito”, traducción de Carolina Machado Cyrillo da Silva y David Leal da Silva, Porto Alegre, Linus, 2012. Y en lengua inglesa: “An Approach to the Legal World. Constitution and Fundamental Rights”, traducción de Mariano Vitetta en *Jahrbuch Des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, Band 60, Mohr Siebeck, Alemania, 2012, pp. 21-38.

³⁶ En 1872, Rudolph Von Ihering dijo que la idea del derecho será “eternamente el mudar; así lo que existe debe ceder pronto su puesto al nuevo cambio, porque, como advierte el célebre autor [Johann Wolfgang von Goethe] del *Fausto*, “Todo lo que nace debe volver a la nada”. Von Ihering, Rudolph, *La Lucha por el Derecho*, versión española de A. Posada, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1921, p. 13.

³⁷ V. Ferreyra, Raúl Gustavo, “Sobre la constitución. Concepto, composición y mecanismos”, en *Contextos: publicación del seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Vol. 4, Buenos Aires, 2012, pp. 100-102.

³⁸ Es decir, el *homo mensura*, una de las célebres afirmaciones de Protágoras. V. Protágoras, Gorgias,

2. *Noción*

“Derechos constitucionales” y “derechos fundamentales” suelen emplearse con semejante campo semántico. Así, se observa en el ágora que un ciudadano manifieste su “derecho de trabajar”, o su “derecho de usar y disponer de la propiedad”, o su “derecho de enseñar y aprender”, o su “derecho de intimidad o derecho de privacidad”. En estas referencias normativas, como en tantísimas otras, el término “derecho constitucional” es utilizado para designar las atribuciones que la/s persona/s individual/es o grupos de personas tienen para dar, hacer o no hacer algo postulando una competencia, inmunidad o privilegio, cuyo reconocimiento es conferido por el sistema de la CFA. En esta formulación, “derecho constitucional” se entiende como derecho subjetivo: individual, social o colectivo; es decir, la persona física (o jurídica, si correspondiere por su especialidad) tiene derecho constitucional de libertad de expresión, de propiedad, al trabajo, a la educación, a la salud, al ambiente sano, a la juridicidad constitucional, etcétera. Aunque para evitar el empleo del mismo nombre con “Derecho constitucional” (como se describe en la sección II), se prefiere emplear “derechos fundamentales”, en lugar de derecho/s constitucional/es.

3. *Concepto de derechos fundamentales*

Toda organización constitucional siempre posee una concepción o ideación del estado de cosas que existe en el mundo al momento constituyente y cómo deberían ser en el porvenir. Aunque el mundo no se construye sólo a partir de la experiencia, existen estados de cosas que merecen ser referidos por su omnipresencia: la libertad, la igualdad, la participación política, el trabajo, el desarrollo solidario y la propiedad y su función social. Expresamente, no se menciona la vida, porque ella es el fundamento de todo; sin ella, todo es irreal, no tiene existencia ni presencia.

Mencionar los estados de cosas constitucionales no es contar una historia. O, en todo caso, genuinamente: es un relato, sin final, sobre el hombre. Las personas interactúan unas con otras, otras sobre otras, en una sucesión indefinida de procesos indeterminados. Los grupos de personas, los núcleos de ciudadanos actuarán siempre “motivados o impulsados por intereses”³⁹; las contiendas y negociaciones muestran, de modo cotidiano, la imposibilidad empírica de satisfacer todos los intereses al mismo tiempo. Además, con alardes o sin ellos, ciudadanos,

Fragmentos y testimonios, Buenos Aires, Orbis, 1984, p. 51.

³⁹ Bunge, Mario, *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*, Barcelona, Gedisa, 2009, p. 137.

agentes o dirigentes siempre insistirán en mostrar la mejor fórmula con relación al progreso o conservación de cada uno de los siete estados de cosas referidos, o bienes anhelados, o situaciones preferidas. Implicaría un reduccionismo sostener que todo grupo propone alcanzar, conservar o perfeccionar cada uno de esos estados de cosas; porque hay muchos otros bienes por alcanzar. La mención de algunos de ellos cumple una función meramente descriptiva, ilustrativa, generadora para la articulación discursiva.

Los derechos fundamentales son el resultado de acciones humanas guiadas o no guiadas. Dichas acciones procuran la construcción de un estado de cosas, nuevo en relación con el pasado, porque pretende reflejar o significar profundamente la conquista de un nuevo estado que conserva, mejora o desarrolla las condiciones políticas de la existencia humana. Los derechos fundamentales constituyen, concretamente, un puente entre el sujeto o los sujetos y un estado de cosas. Desde tiempo inmemorial el hombre ha construido puentes, con todo tipo de materiales para vincular, intermediar, cohesionar; en fin, comunicar un espacio con otro espacio territorial. Los derechos fundamentales cumplen la función –inacabada– de vincular un espacio decisional (la política en su estado más puro y rudimentario) con otro espacio (la concreta producción de efectos deseados sobre determinados estados de cosas o bienes que se desea proteger y/o promover). Por eso son puentes: se dirigen a un bien o bienes, y tienen como punto de partida una decisión del poder político. Los derechos fundamentales facultan al sujeto o producen en él la expectativa entre el desarrollo de la decisión política y el concreto goce o disfrute de un bien que jurídicamente quedará protegido o tutelado⁴⁰. Significan, entonces, el paso más racional, la construcción humana más perfecta de las conocidas hasta hoy, para superar la zanja abierta entre la decisión política y el bien jurídico constitucionalmente tutelado.

Naturalmente, en todas las comunidades existen notables discrepancias y diferencias entre los bienes y la cotización que merecen. Persisten estos desacuerdos sobre cada uno de ellos, tanto en el imaginario individual de cada uno de los ciudadanos como en el imaginario de la comunidad. Resulta de imposible acceso la idea de que son los derechos fundamentales los que configuran los bienes; más entendible e ilusoria es la vía inversa, es decir, primero, en el ágora democrática se definen los estados de cosas, se prefieren los bienes que se desea mejorar o conservar y luego, siempre luego, se trazan los puentes –la definición

⁴⁰ V. sobre el concepto de bien jurídico, Zaffaroni, E. Raúl et al, *Manual de Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 370-378.

jurídica— para la asequibilidad al bienestar o la seguridad. En palabras bien sencillas: primero, filosofar; luego, decidir; más tarde, organizar jurídicamente.

A. Justificación de los derechos fundamentales: ¿son los que el Estado define constitucionalmente?

Los derechos fundamentales son constituidos por el sistema de la CFA⁴¹. El poder constituyente produjo una cantidad de derechos fundamentales, alojados en el propio cuerpo de la Constitución federal; otro grupo de derechos fundamentales fueron producidos en el ámbito internacional de los derechos fundamentales y gozan de jerarquía constitucional en la República Argentina, al ser validados constitucionalmente en el artículo 75, inciso 22, tal como hemos referido en varias oportunidades. Si la finalidad fuese pedagógica, correspondería decir: derechos fundamentales, con raíz constitucional y derechos fundamentales, con jerarquía constitucional, respectivamente.

La génesis de los derechos fundamentales, en la Argentina, se encuentra ilustrada desde 1853 (con el empalme institucional de 1860, que completó la unidad jurídica). Una definición normativa concreta y repleta de racionalidad. En efecto, en la parte primera, capítulo único de la Constitución de la Confederación Argentina, sancionada el 1 de mayo de 1853, fue definida por el poder constituyente originario la constancia, en el epígrafe “Declaraciones, derechos y garantías”. Siete años más tarde, la Constitución federal tuvo adiciones; una regla, el nuevo artículo 33 constitucional: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. A buen entendedor, sobran las palabras.

La legitimación, específicamente sobre el origen, no se encuentra abierta a debate, porque la propia Constitución federal es autorreferencial; en el artículo 31 constitucional, recuérdese, se asevera: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...”. Significa que la

⁴¹ El maestro Germán J. Bidart Campos mantuvo otra opinión. En efecto, realizó una enumeración de posibles “fundamentos objetivos” para luego afirmar que el Derecho constitucional debía remitirse a uno o más de ellos con el objeto de hacer aterrizar en su ámbito a los derechos fundamentales. Mencionó, entre otros, al orden natural, la naturaleza humana, la idea racional de Derecho justo, la ética, la moral, los valores objetivos y trascendentes, el consenso social generalizado, la tradición histórica de la sociedad y las necesidades humanas en cada situación concreta. Añadió, también, que la regla sobre derechos implícitos del artículo 33 constitucional prestaba ayuda importante a su estructura argumental. V. Bidart Campos, Germán J., *Manual de Derecho constitucional*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 1996, pp. 478-479.

Constitución federal se refiere a sí misma para concretar el origen de los derechos fundamentales, porque ella misma, la Ley Mayor, es producto de la soberanía de los ciudadanos que integran el mismo pueblo que la engendró y reunió, redactó y, en fin, postuló, en el señalado artículo 31, la supremacía de la propia norma constitucional y su consagración como vínculo ineludible para referenciar y reconocer la compatibilidad jurídica de la totalidad de los enunciados del orden jurídico que se escalona debajo.

Pienso que “soberanía del pueblo” debería ser leída comprensivamente como el poder de los ciudadanos para producir y realizar la Constitución federal. Premisa que se traduce en la reunión explícita de todas las facultades y expectativas ciudadanas, el poder detrás del Derecho. Se trata, ni más ni menos, que del derecho de libre determinación para la configuración política y estipulación de las reglas para el desarrollo biológico, económico y cultural de la comunidad.

En conclusión, “forma republicana de gobierno” se traduce normativamente en división del poder, participación y elección de los gobernantes. Los derechos fundamentales, pues, en cierto sentido, son resultado de la participación política y la concreción normativa institucionalizada. Los derechos fundamentales han sido caracterizados, de modo inteligente, como “fragmentos de la soberanía”⁴². En el caso de la Argentina, significa soberanía popular más republicanismo.

B. Derechos fundamentales, derechos subjetivos

Los derechos son derechos subjetivos porque enlazan al ser humano. El ser humano es sujeto de Derecho, no objeto. Los derechos fundamentales nacen “cuando deben o pueden nacer”⁴³. La Constitución federal, a partir de 1853, fue tajante en sus definiciones normativas relacionadas con la centralidad de la persona humana: la cabecera del sistema de derechos. Léanse algunos ejemplos: a) en el artículo 14 constitucional se refirió: “Todos los habitantes de la Confederación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”; b) en el artículo 15: “En la Confederación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de la Constitución”; c) seguidamente, en el artículo 16, otra regla capital: “...Todos sus habitantes son iguales ante la ley...”; d) coronado todo ello con la regla

⁴² V. Bastida, Francisco, “Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales”, en la obra co-legiada *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 35-38.

⁴³ V. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 18-19.

de la libertad contenida en el artículo 19 constitucional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero... Ningún habitante de la Confederación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Las constituciones delimitan el mundo jurídicamente posible del mundo jurídicamente indeterminado, que queda fuera de la naturaleza imperativa que establecen sus textos. El hombre se constituyó en el centro del universo del mundo jurídico constitucional, en la Argentina, a partir de su fundación jurídica. La conclusión es lacónica: antropocentrismo constitucional⁴⁴.

Las reglas constitucionales descritas mantienen su validez y vigencia desde 1853 hasta la fecha. El paradigma fue complementado en 1994. A partir de entonces, diferentes reglas alcanzan la jerarquía de Ley Mayor del sistema constitucional de la Argentina; ensayo, a título de ejemplo, una lectura compartida: a) artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros...”; b) artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948): “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; c) artículo 1, apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969): “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”; todo ello empalma, de modo concluyente, con d): artículo 2, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto...”. Todas estas normas contienen y consagran la idea de que el destinatario, el sujeto de los derechos fundamentales, es el hombre, todos los hombres.

Los derechos fundamentales, al igual que el sistema jurídico, son un artificio del cual se sirve el hombre como tecnología de control social⁴⁵, sin

⁴⁴ Recientemente, el maestro E. Raúl Zaffaroni ha llamado la atención sobre la pretendida exclusividad del humano como titular de derechos. Al analizar las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), respectivamente, refiere que en ambas constituciones la Tierra asume la condición de sujeto de derechos; en forma expresa en la ecuatoriana (Preámbulo y, especialmente, Arts. 71 y 72) y algo tácita en la boliviana (Preámbulo y Arts. 33 y 34), pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que sería primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos. V. Zaffaroni, E. Raúl, *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Colihue, 2011, pp. 21, 108, 109, 111 y 134.

⁴⁵ Recuérdese, como bien señalan Ricardo Guibourg y Daniel Mendonca, que el Derecho es un medio de control social determinado por la política, es decir, por valores cambiantes, contingentes y a menudo

importar si es con fines de conservación o progreso de las condiciones prepolíticas de existencia comunitaria. Los derechos fundamentales son subjetivos porque son atribuidos a los sujetos por el sistema jurídico. Puede existir una larga lista de derechos que los seres humanos puedan disponer, de manera independiente de lo que disponga el sistema jurídico positivo del Estado donde viva. Pero, si no están conferidos por el sistema jurídico positivo ni son deducibles implícitamente de él, se trata de derechos morales que quedarán en estado gaseoso, hasta que el ente soberano configure el correspondiente enunciado normativo. Con las garantías respectivas de los derechos, ocurre lo mismo. Las garantías, al igual que los derechos, también pueden ser implícitas, pero aun en estos casos deben ser deducidas a partir del esquema del sistema jurídico, cuya ponderación –interpretación mediante– es la que permitirá su reconocimiento.

Los derechos fundamentales, en sentido jurídico, son conferidos a los hombres por disposiciones jurídicas, es decir, por el sistema de la CFA. Los derechos fundamentales, con su inherente subjetividad, en sentido jurídico, se distinguen de los derechos morales porque los primeros son relativos o pertenecientes al sistema jurídico positivo estatal que los confiere. Los derechos morales también pertenecen a un sistema normativo: el moral. De acuerdo con el lenguaje empleado, los hombres tendrían derechos subjetivos –es decir, derechos fundamentales– cuando los mismos les sean atribuidos –explícita o implícitamente– por el Derecho objetivo⁴⁶.

Los derechos fundamentales, en sentido jurídico constitucional, son conferidos a los sujetos por el Estado y operan ante él y el resto de los habitantes. Por eso se dice de ellos que son bifrontes o ambivalentes⁴⁷. Básicamente, en sentido jurídico constitucional, un derecho fundamental, subjetivo, entraña o presupone una obligación correlativa en cabeza de uno u otros sujetos, ya sea el Estado o los particulares, o ambos al mismo tiempo. Naturalmente, las obligaciones podrán ser de hacer o de omitir. Las obligaciones constitucionales que corresponden a los derechos subjetivos, en el caso de los derechos individuales, implican para los sujetos pasivos una obligación de omisión, consistente en que su modalidad de conducta ha de dejar expedita y libre de estorbo el ejercicio

irracional, pero para satisfacer el humano afán de seguridad se presenta a sí mismo como un sistema con pretensiones de racionalidad. V. Guibourg, Ricardo y Mendonca, Daniel, *La odisea constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 41.

⁴⁶ Cfr. Guastini, R., *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 180.

⁴⁷ Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, T. I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 764.

del derecho para su titular, absteniéndose de impedirselo, violárselo; en fin, de interferírselo de modo alguno. Las obligaciones constitucionales que recíprocamente a los derechos sociales y colectivos consisten, dicho sencillamente, en que el modo de las prestaciones a cargo del sujeto pasivo –el Estado por vía de principio– exige un comportamiento positivo, prestacional, ya sea de hacer o de dar, del mismo a favor del sujeto activo.

Sin embargo, para conferir un derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, no parece bastar con redactar el enunciado normativo atributivo del derecho. El derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, sólo queda fijado si el deber del sujeto pasivo en cuestión puede ser exigible jurisdiccionalmente. Desde el lado del derecho subjetivo, siempre en sentido jurídico constitucional, puede decirse que el derecho valdrá en forma exacta lo que valgan sus garantías, las que pueden ser entendidas como aquellos mecanismos dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la equivalencia entre los enunciados normativos del derecho –en el caso, las disposiciones normativas constitucionales que confieren derechos, presuponiendo la obligación recíproca– y las distintas realizaciones operativas.

C. Abstenciones y prestaciones

El significado de los derechos fundamentales reside en fijar posiciones o situaciones de la persona en relación con el Estado y también los particulares. Los derechos pueden existir antes de la constitucionalización jurídica, pero la positividad, su validez jurídica, su normatividad, la adquieren a partir de su regulación. Los derechos subjetivos constitucionales son una entidad del sistema de la CFA y gozan de su rasgo de fundamentalidad, precisamente, por su producción y/o validación. No hay derechos fundamentales fuera del sistema de la CFA. Podrán ser legales, pero derechos fundamentales, en sentido jurídico, son los referidos o inferibles de la propia enunciación en la reglamentación constitucional. Más claro: hay derechos constitucionales y derechos legales, pero la fundamentalidad sólo es atribuible a los normados en la Ley Mayor; la calificación constitucional es decisiva.

Los derechos fundamentales contienen la disponibilidad de un poder jurídico. Este apoderamiento jurídico tiene en las letras constitucionales diferentes despliegues, porque los derechos fundamentales trazan la posibilidad de diferentes acciones humanas. En el lenguaje constitucional los derechos fundamentales involucran acciones humanas. Es muy difícil establecer todos los recorridos. Sin embargo, con fines didácticos es

posible imaginar diadas, caminos que pueden transitarse. Dicho de modo comprensivo: permisos y esperanzas; facultades y expectativas; pretensiones y fomentos; libertades y poderes o abstenciones y prestaciones. Todas ellas contienen una “pizca” de verdad. Tal vez, en la sociedad que precisamente hoy podemos observar –comunidad en la que vivimos–, la fórmula abstenciones (facultades) y prestaciones (expectativas) sería la que mejor dibuja el círculo de los derechos fundamentales; círculo relevante al momento que deba determinarse el correspondiente núcleo y la correspondiente periferia del derecho que se tratare.

Abstenciones, por ejemplo, porque existe una facultad de la persona a que nadie se entrometa en su libertad o a realizar su propio plan existencial y vital. Prestaciones, por ejemplo, porque envuelven ciertos deberes del Estado, cuya expectativa la persona aguarda con esperanza. Siempre los derechos fundamentales implican un deber; si existe una facultad a realizar mi propio plan de vida, es porque existe una prohibición: un deber de no hacer, estatal y/o privado; si existe una expectativa o ilusión sobre un derecho que implica una prestación, es porque existe un deber estatal de cumplir con la figura⁴⁸.

D. Derechos enumerados y derechos no enumerados

En el régimen organizado hoy por la Constitución federal hay derechos expresamente enumerados o reconocidos; por ejemplo, los enunciados en los artículos 14 (civiles y participación), 14 bis (sociales y seguridad social), 16 (igualdad jurídica), 17 (propiedad), 18 (acceso a la jurisdicción), 19 (juridicidad, intimidad y privacidad), 20 (extranjeros), 36 (defensa del orden constitucional)⁴⁹, 37 (políticos: sufragio), 38 (partidos políticos), 39 (participación democrática, iniciativa), 40 (participación democrática, consulta), 41 (ambiente y contrato generacional), 42 (usuarios y consumidores de bienes y servicios) y 43 (amparo e incidencia colectiva). Hay también derechos y garantías no enumeradas o implícitas que nacen,

⁴⁸ V. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 860-862.

⁴⁹ “Art. 36 - Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

“Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

“Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

“Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

“Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

“El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

conjuntamente, de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, según la disposición formulada por el artículo 33 de la Constitución federal.

E. Contenidos

Desde otra perspectiva, no ya su mera enumeración o descripción literaria, los derechos fundamentales se distinguen entre: a) los enunciados y producidos propiamente por el poder constituyente en la Constitución federal de la República Argentina; y b) aquellos que son validados por la Constitución federal (también el poder constituyente reformador), en las condiciones de su vigencia y siempre que no deroguen artículo alguno de su primera parte, de conformidad con el artículo 75, inciso 22. Ambos grupos, con idéntica jerarquía, componen el sistema de la CFA.

Si nos atenemos, estrictamente, a la regulación realizada con exclusividad en la Constitución federal, se ha mencionado que en ella se distinguen, por imperativo del artículo 20, los derechos civiles de los derechos no civiles⁵⁰. Este criterio es interesante y correcto, aunque en estas líneas se pretende una distinción de la materia o contenido de los derechos fundamentales alojados con exclusividad en la Constitución federal, que siga a su vez, o se corresponda, precisamente, con los bienes individuales o colectivos sugeridos en el inicio de esta sección III (v. III.3), cuya preservación, promoción o protección el legislador constituyente decidió producir por deliberación y derecho propio.

A título de ejemplo, se puede recorrer el texto de la Constitución federal. Pese a que el encuentro en esta sección III es solamente sobre el concepto de los derechos fundamentales, se ha creído oportuno consignar al pie de página un fallo judicial significativo, trascendente o representativo sobre la materia pertinente, pronunciado por la CSJN durante el siglo XXI. Por de pronto, la nomenclatura constitucional en el cuerpo principal y, accesoriamente, un aspecto de su realización en sede judicial.

i. Derechos de libertad⁵¹ civil y de acceso a la jurisdicción, en paradigma:

⁵⁰ V. Sagüés, Néstor P., *Manual de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 545.

⁵¹ La CSJN, el 25/8/2009, en la causa "Arriola, Sebastián y otros", con sustento en la doctrina del fallo "Bazterrica" (Fallos: 308:1392) y el DIDH, declaró que el Art. 14, segundo párrafo, de la Ley 23737 debía ser invalidado, pues conculca el Art. 19 de la Constitución federal, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. La declaración de inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros y la exhortación a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país, fue firmada por los jueces Elena Highton de Nolasco, E. S. Petracchi (según su voto), R. L. Lorenzetti (según su voto), C. S. Fayt. (según su voto), E. R. Zaffaroni (según su voto) y C.

- artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 75, inciso 17.
- ii. Derechos de libertad y participación política⁵²: artículos 1, 21, 22, 29, 36, 37, 38, 39 y 40.
- iii. Derecho de igualdad⁵³: artículo 16; igualdad real de oportunidades: artículo 75, inciso 23, primer apartado.
- iv. Derechos sociales; trabajo⁵⁴ y la seguridad social⁵⁵: artículos 14 bis y 75, inciso 23.

Argibay (según su voto). Doctrina registrada en CSJN, *Fallos*: 332:1963.

⁵² El 17/3/2009 la CSJN, en los autos "Partido Nuevo Triunfo", consideró que la decisión del tribunal de alzada de negar reconocimiento político a una agrupación que se basa en el desconocimiento de los derechos más esenciales de ciertos grupos de personas o de minorías y en la superioridad de una raza, que promueven diferencias en razón del color, origen, religión, orientación sexual, etc., por entender que todas estas actitudes consideradas en forma conjunta revelan una práctica discriminatoria prohibida, no hace otra cosa que respetar estrictamente el mandato de la Constitución y los instrumentos internacionales de DDHH. Con el voto de los jueces R. L. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco, E. S. Petracchi, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni, C. Argibay y C. Fayt, se confirmó la sentencia en cuanto fue materia de apelación federal. Ver CSJN, *Fallos*: 332:433.

⁵³ En la causa "Gottschau" la CSJN, el 8/8/2006 afirmó que el Art. 16 de la Constitución federal, en lo que interesa, dispone: "Todos sus habitantes [de la República Argentina] son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...". Esta norma impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas. El Tribunal lo ha dicho desde antaño: la igualdad establecida por el Art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (*Fallos*: 153:67, entre muchos otros). El ámbito del Art. 16 de la Constitución federal admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación. Todo ello en tanto no se altere lo central del principio que consagra: la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos "habitantes de la República". La resolución fue suscrita por los jueces E. S. Petracchi, C. S. Fayt, E. R. Zaffaroni, R. L. Lorenzetti, C. Argibay, E. I. Highton de Nolasco y J. C. Maqueda, según sus votos, respectivamente; registrado en CSJN, *Fallos*: 329:2986.

⁵⁴ La CSJN, en la causa "Vizzoti", el 14/9/2004, aseveró que los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución federal. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución federal de la República Argentina enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último. Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que, al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución federal. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (Art. 28, Constitución federal), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Art. 75, Inc. 23, Constitución federal). El mandato que expresa el tantas veces citado Art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento "atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" a dicho precepto (*Fallos*: 301:319, 324/325, considerando 5). El fallo fue suscrito por los jueces A. C. Belluscio, E. Petracchi, C. Fayt, A. Boggiano, J. C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y E. I. Highton de Nolasco, y se encuentra registrado en CSJN, *Fallos*: 327:3677.

⁵⁵ En la causa "Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/ reajustes varios", la CSJN (registrada en *Fallos*: 330:4866), el 26/11/2007, reputó que la Constitución federal ha reconocido el derecho a la movilidad en el beneficio jubilatorio, no como un enunciado vacío que el legislador puede llenar de cualquier modo, sino que debe obrar con el objeto de darle toda su plenitud, que no es otra que la de asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo. Ese mandato debe ser cumplido con el alcance exigido por el Art. 14 bis de la Constitución federal, razón por la cual, para conferir eficacia a la finalidad protectora de la ley fundamental, su reglamentación debe guardar una razonable vinculación con los cambios que afectan al estándar de vida que se pretende resguardar, lo que no sucede si el régimen en cuestión termina desconociendo la realidad

- v. Derecho al ambiente⁵⁶ y contrato generacional⁵⁷, en el modelo constitucional contenido en el artículo 41.
- vi. Derechos de incidencia colectiva⁵⁸, desarrollo científico, progreso económico con justicia social: artículos 43 y 75, incisos 18 y 19.
- vii. Derecho de propiedad⁵⁹ y su función social: artículos 14, 17 y 75, incisos 18, 19 y 23.

que debe atender, con correcciones en los haberes que se apartan por completo de los indicadores económicos. La sentencia fue suscrita por los jueces R. Lorenzetti, E. I. Highton de Nolasco, C. S. Fayt, E. S. Petracchi, J. C. Maqueda y E. R. Zaffaroni.

⁵⁶ En la causa "Mendoza", del 8/7/2008, la CSJN consideró que la recomposición y prevención de daños al ambiente, de conformidad al Art. 43 de la Constitución federal, obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces. La resolución fue suscrita por los jueces R. L. Lorenzetti, C. S. Fayt, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni, C. Argibay y E. I. Highton de Nolasco; registrada en CSJN, *Fallos*: 331:1622.

⁵⁷ El 26/3/2009, en la causa "Salas" los jueces consideraron que el principio precautorio en materia ambiental, arraigado en la Constitución federal, produce una previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras, en los términos prescritos por el Art. 41 constitucional. Suscribieron el fallo los jueces R. L. Lorenzetti, E. I. Highton de Nolasco, C. S. Fayt, E. S. Petracchi, J. C. Maqueda y E. R. Zaffaroni; registrado en CSJN, *Fallos*: 332:663.

⁵⁸ En la causa "Halabi" los jueces de la CSJN entendieron que correspondía delimitar con precisión, sobre la base del Art. 43, tres categorías de derechos descritos por la Constitución federal: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos; en el supuesto de los derechos mencionados en tercer término, al advertir que no existe en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase para protegerlos, con la necesidad de dar una respuesta jurisdiccional y sin reservas, el Más Alto Tribunal insinuó en su fallo los datos normativos "elementales" que debería contener la futura regulación normativa de la materia, a cargo del Congreso federal. CSJN, *Fallos*: 332:111, causa resuelta el 24/2/2009, pronunciamiento suscrito por los jueces R. L. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni; en disidencia parcial: C. Fayt, C. Argibay y E. S. Petracchi.

⁵⁹ En la causa "Provincia de San Luis" la CSJN, el 5/3/2003, dijo que la controversia que subyacía en ese proceso se había visto reiterada en más de cien mil causas que tramitaban ante los tribunales de todo el país, reveladoras de la aguda tensión existente entre una cantidad significativa de ahorristas, el Estado Nacional y las entidades financieras. Desde esa perspectiva consideró que, si bien el Estado puede reglamentar el derecho de propiedad (Art. 28, Constitución federal), el ejercicio de esa facultad no puede conducir a disminuir sustancialmente el valor de una cosa. Reiteró sus propios precedentes: el contenido del derecho fundamental de propiedad se vincula con la noción de derechos adquiridos, o sea, de derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona (*Fallos*: 312:1121). De ahí que también el Tribunal haya sostenido que "cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho, debe tenérselo por adquirido, y es inadmisibles su modificación por una norma posterior sin agravar el derecho constitucional de propiedad" (*Fallos*: 296:737; 299:379; 303: 1835 y 1877; 307:305). También se puntualizó que la CSJN desde antiguo ha admitido restricciones al ejercicio del derecho de propiedad –no a su sustancia– en situaciones de emergencia, reconociendo la validez de la fijación de plazos o la concesión de esperas como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto (*Fallos*: 136:161). Aun en situaciones de normalidad institucional, ha aceptado la validez de los límites en la afectación del patrimonio más allá de los cuales se encontraría comprometida la garantía del Art. 17 de la Constitución federal (*Fallos*: 210:172; 220:699; 234:129; 239:157), y ha sentado pautas por las que, en situaciones de grave crisis, el perjuicio debe ser soportado, en alguna medida, por todos los integrantes de la sociedad (*Fallos*: 313: 1513, considerandos 58 y 59). La resolución judicial fue suscrita por los jueces G. López y E. Moliné O'Connor, C. Fayt (según su voto), A. Vázquez (según su voto) y J. Nazareno (según su voto); registrada en CSJN, *Fallos*: 326:417.

F. Invención

Finalmente, en el orden instaurado por el sistema de la CFA, las personas, y excepcionalmente los grupos de personas, o sea, quienes integran la población del Estado, son quienes titularizan activamente los derechos y garantías, de fuente directa o de jerarquía constitucional. Sin que implique reducción, pues, derecho constitucional –entendido como derecho subjetivo fundamental cuyo reconocimiento el sistema confiere a los sujetos de derechos– es acuñado por éste como derechos de libertad, igualdad y solidaridad. Al fin y al cabo, es una de las invenciones más importantes del pensamiento ilustrado de los siglos XVII y XVIII, que se puede formular normativamente con amplitud y realizar, en forma parcial, por nuestros días. Porque, fundamentalmente, todos somos iguales en libertad; no hay escritura o formulación más simple: soberanos de nuestra ciudadanía, individual, inalienable, indisputable y disponible para concretar el ideal republicano y el democrático, como un debate permanente sobre sus propios fundamentos.

IV. Discurso del saber que describe o prescribe sobre la constitución

1. Delimitación

La propuesta realizada en la sección I ahora se aprecia con gran intensidad. “Derecho constitucional” ofrece un tercer sentido, un tercer campo con significado propio, en lo que pareciera una polisemia compleja de contener. En cualquier caso, precisamente, las diversas significaciones son las que justifican, de modo profundo, las razones comprendidas en este escrito.

Fijar con precisión el sentido de “Derecho constitucional”, empleado como rama del saber o ciencia jurídica, es la tarea en esta sección. Si en la sección II las descripciones se realizan sobre un “objeto de estudio”, ahora es el momento de decidir la entidad y algunas propiedades del estudio del propio objeto. Pocas disciplinas, rigurosamente, afrontan esta delicada calificación en la que el estudio del objeto y el objeto del estudio pueden asomarse con el mismo apodo. Sin adelantar: “Derecho constitucional” se emplea también para designar o distinguir la disciplina, es decir, la ciencia o saber que hace de la conformación, variaciones y/o postulaciones sobre la realidad constitucional su objeto de estudio. De manera más simple todavía: si el Derecho constitucional es una combinación de enunciados normativos y no normativos sobre la organización fundamental del Estado, su conocimiento (derecho constitucional) se lleva a cabo por intermedio

de declaraciones (descripciones) o determinaciones (prescripciones), en fin, ideas expresadas, mayormente, como proposiciones. Es verdad: “una conciencia agudizada de las palabras”⁶⁰ aumenta nuestras posibilidades de conocer el mundo. Nótese la importancia de las conceptualizaciones o formulaciones terminológicas, siempre que no contengan el pecado original de la caída en la regresión infinita, es decir: cuando la definición no autoriza avanzar en el conocimiento. El jurista no se encuentra preocupado sólo por el buen o mal uso del lenguaje; su tarea principal es la construcción de modelos que, significativamente, se apodan “teóricos”. Para explicar la realidad propuesta por la norma constitucional, un discurso explicativo, fundado en soportes más vigorosos que el mero conocimiento vulgar.

Se renuncia de antemano a reducir todos los significados de Derecho constitucional, en la inteligencia o referencia que pueda proponer o aconsejar a su apodo como estudio del objeto. Se discurre, en estas líneas, por los que comprensivamente se vinculan y atesoran en los estatutos propios del escrito, porque todo conocimiento del mundo es siempre incompleto y falible.

2. *Saber constitucional*

Conocer el “Derecho constitucional” exige delinear una realidad jurídica. Más simplemente: determinar qué entes serán estudiados y qué entes no lo serán. Dado que la fijación ontológica o la determinación del “universo de entes” decide el ámbito de comprensión y de proyección del propio saber, corresponde distinguir con claridad los entes abarcados y los entes excluidos⁶¹. Pero esa distinción no genera la construcción de los entes, porque el objeto de estudio ya existe. El discurso que delimita es un discurso de presentación o descripción, no de construcción del objeto de estudio, ya que la regla es que el estudio del objeto no puede constituir el objeto, salvo inconsistencia fatal y terminal. (Queda a salvo, desde luego, la consideración que se formaliza, adelante, en el parágrafo IV.3). La constitución alinea los entes; el discurso los describe, a veces, con abstracciones prescriptivas.

Para llevar adelante su tarea, los constitucionalistas, los juristas, en fin, los estudiosos del Derecho germinan un discurso sobre el programa prescriptivo que compone el sistema jurídico constitucional de un Estado. Aunque también se puede leer más abajo otras tareas científicas, tales

⁶⁰ La frase se le atribuye a J. L. Austin y su cita proviene de Hart, H., *El concepto de Derecho*, traducción de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 12.

⁶¹ Zaffaroni, Eugenio R. *et al*, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 23-30.

como la historia o los planteos abstractos generales con sesgos o pretensiones de universalidad.

En la sección II se concreta una significada determinación: el contenido del sistema de la CFA. El Derecho constitucional que emana del sistema de la CFA es creado por el poder constituyente o tiene validación semejante por él. Ciertamente: las reglas constitucionales muchas veces son ambiguas, pero dicha cualidad no autoriza discernir o suprimir la distancia existente entre la creación o formulación de una regla y su realización por la vía de la interpretación o simple acatamiento o cumplimiento. Es decir: la concreción interpretativa que realiza la regla es libre, pero se entiende por sí solo que dicha libertad tiene como limitación el propio sentido finito de la regla constitucional dada, creada, configurada, producida, sancionada y publicada. ¿O acaso es tarea semejante o idéntica formular, establecer que interpretar, discernir el sentido de la regulación normativa? La distinción fundamental no plantea un aviso insensato, porque demuestra el propio campo de cada tarea jurídica.

Determinar el contenido del sistema de la CFA no constituye ninguna gala incomparable del universo o mundo jurídico; eso sí: despierta la necesidad de fundamentar su análisis y/o evaluación. Sobre el sistema de la CFA o sobre cualquier sistema jurídico se pueden desenvolver dos tareas: su descripción y/o su prescripción.

Describir el sistema de la CFA consiste en presentar o mostrar el campo o ámbito de su regulación normativa. El conglomerado o combinación de reglas del sistema de la CFA tiene una propia entidad; la propia entidad de cada una de sus posibilidades normativas, aunque no sean todas conocidas de antemano, pueden ser conjeturadas, descritas o mostradas. La descripción del sistema de la CFA culmina en el mismo momento que el intérprete abandona el marco de referencia normativo para pasar a postular, según su propio credo, cómo debería ser el sistema.

Si se aceptase que una teoría⁶² es un cuerpo de proposiciones racional, exacto y verificable, organizadas lógicamente entre sí, que procura adaptarse a una clase de hechos, podría admitirse el empleo de la fórmula “teoría constitucional” en un sentido muy débil y como sinónimo de “Derecho constitucional”, o más concretamente, como el estudio, la concreta descripción organizada del objeto “sistema de la CFA”.

La debilidad manifestada puede consistir en las dificultades que se originan para la resolución de alguno o ambos de estos interrogantes:

⁶² Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Sudamericana, 1998, pp. 11, 19 y 35. V. también del mismo autor, *Epistemología*, Barcelona, Ariel, 1982, p. 179; y *Las ciencias sociales en discusión*, Buenos Aires, Sudamericana, 1999, p. 383 y ss.

a) ¿las predicciones o retrodicciones que puede formular la teoría constitucional son comprobables empíricamente?; b) el establecimiento de las relaciones que responden a las tareas de ubicación, y por ende de jerarquización intrasistémica entre las reglas constitucionales y las reglas infra-constitucionales, ¿es susceptible de ser demostrado científicamente? Nadie saldría herido si se estipulase que el rango epistemológico del discurso de los constitucionalistas sobre su objeto de investigación y estudio, en fin, sobre las tareas que cumplen, fuera el de doctrina o interpretación; mejor dicho: saber constitucional.

Entender la tarea de descripción como un saber⁶³ implica su comprensión abierta como un “contacto con la realidad con el fin de discriminarla” y muchas veces: discernirla. Saber es sustantivo. Puede equipararse a conocimiento, pero para evitar equívocos, se insiste en que se trata de un conocimiento basado en una serie de operaciones definidas, en un desarrollo histórico concreto y en elementos que autorizan la objetivación de lo conocido y la universalización de lo sabido.

Objetivación, porque las tareas lógicas que se deben cumplir para sistematizar los enunciados que conforman el discurso del sistema jurídico constitucional son tan evidentes como indispensables. Esta circunstancia otorga entonces un grado muy importante de plausibilidad a la elección realizada. La concepción del Derecho que surge del sistema de la CFA como un sistema lógico importa admitir la existencia de innegables relaciones entre las disposiciones o reglas jurídicas; la referencia: relaciones de deducción o implicación y contradicción⁶⁴. La supremacía matricialmente ordenada en el artículo 31 constitucional configura una firme determinación lógica y establece un escalonamiento de las reglas, cuya aceptación es obligatoria e imposible de esquivar para cualquier intérprete, estudioso o realizador del derecho federal de la República Argentina.

Universalización, porque el discurso de los juristas –específicamente, la literatura producida por los constitucionalistas– es un meta-discurso que tiene por objeto un discurso fuente adoptado universalmente, es decir, el orden propiamente determinado de modo normativo por el poder constituyente en el sistema de la CFA. Paralelamente, se podría asumir que el carácter fáctico de las proposiciones jurídicas que integran el discurso de los juristas, cuando éstos llevan a cabo la descripción del

⁶³ V. Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, T. IV, Barcelona, Ariel, 2009, p. 3141.

⁶⁴ V. Hernández Marín, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 37. También, Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 111 y ss.

sistema jurídico constitucional, fuese susceptible de corroborarse, hasta cierto punto, y deslindar su gradación de verdad o falsedad. Por ende, el saber constitucional es un conocimiento para la comunidad, porque se encuentra en el mismo seno y referido en la misma sociedad en que se produce; sus afirmaciones son verdaderas para el universo de ciudadanos que coexisten en la sociedad precisamente elegida.

Radicado en la sospecha ontológica de que la realidad es única y el mundo existente independiente del sujeto cognoscente, en este trabajo se utiliza la fórmula “saber constitucional”, en el sentido propuesto. Naturalmente: dogmática constitucional, teoría constitucional o hasta interpretación constitucional juegan como posibilidades; no obstante, el saber constitucional, aunque resultado quizás de una elección, no por ello pierde el liderazgo emergente de su capitanía.

3. Ideología

También sobre el sistema de la CFA pueden realizarse prescripciones; es decir: valoraciones o cotizaciones sobre cómo debería ser la realidad constitucional, no sobre cómo efectivamente es en realidad. Este tipo de formulaciones no describe la realidad constitucional, pretende influir en ella. Asume, de modo consistente, la ruta literaria como ideología o política constitucional.

Una vez establecido esto, he aquí que en variadas circunstancias el sistema de la CFA no determina el camino a seguir, como si fuese una inexpugnable y certera brújula. La norma constitucional regula abiertamente; no es matemática pero tampoco un viejo carruaje. Nada en la vida del hombre se encuentra totalmente determinado; ergo, las reglas fundamentales por él creadas siempre contendrán un margen provocativo de indeterminación, porque la determinación nunca puede ser “completa”⁶⁵. Quiero decir, sin remilgos, que entre los “millares de causas entreveradas”⁶⁶ o no entreveradas que puede abarcar el universo de la norma constitucional, existirán o podrán existir operaciones interpretativas claramente basadas en un juicio de valor antes que en una mera descripción. La imperfección del lenguaje normativo y la evolución propia de la comunidad acompañan o dan lugar a este tipo de circunstancias. Se estará en presencia, en estos supuestos, de una teoría normativa (tópica) de la Constitución y no otra cosa, porque ese nombre le doy.

⁶⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 2ª ed., México D. F., Porrúa, 1998, p. 350.

⁶⁶ Borges, Jorge Luis, “El impostor inverosímil Tom Castro”, en *Obras completas*, T. IV, Buenos Aires, Sudamericana - La Nación, 2011, p. 30.

4. Teoría general

Parecerá curioso pero, a pesar del distingo y las precisiones formuladas, la expresión “teoría constitucional” sigue estando provista de complejidades semánticas, ya que admite al menos otros dos significados⁶⁷.

Puede ser utilizada como sinónimo de “teoría general del Derecho Constitucional”, o teoría general, seca y pulcramente. No tiene apego a un sistema normativo en especial ni particular. Sus tesis, por eso, son generales. Se mencionan singulares disertaciones que pueden constituir un ejemplo preferencial: a) una teoría del control de constitucionalidad de las normas, referencia concreta al debate entre Hans Kelsen y Carl Schmitt⁶⁸; b) un determinado sistema de gobierno, por ejemplo, cuando Raúl Zaffaroni se refiere al parlamentarismo⁶⁹; c) la realización del Derecho constitucional, según la visión de Peter Häberle⁷⁰, o d) la propuesta de

⁶⁷ Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador en *Derecho constitucional mexicano y comparado*, entienden que el Derecho constitucional ha alcanzado una madurez notable, y que los principales aspectos que abarca este estudio enciclopédico y universal son los siguientes: a) Derecho constitucional general (teoría de la Constitución); b) Derecho constitucional comparado; c) Derecho constitucional particular (Porrúa, México, D.F., 2001, pp. 41-44).

⁶⁸ Hans Kelsen participó significativamente en la configuración de la Constitución federal de la República democrática de Austria (1920), cuyas leyes emanaban del pueblo, según se determinó en su Art. 1. Especialmente influyó en la formulación de las normas sobre control de constitucionalidad; en sus artículos 137-148, se estableció la centralización, reservando el control constitucional de las leyes y reglamentos a una corte especial, el llamado Tribunal Constitucional. La Constitución confirió a ese Tribunal el poder de anular la ley que hubiera encontrado inconstitucional. En 1928 Kelsen aseveró que la justicia constitucional es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen como fin asegurar el ejercicio de las funciones estatales; remató: el control de regularidad constitucional no puede ser confiado a ninguna instancia más que la jurisdicción constitucional. (V. Kelsen, Hans: “La garantía jurisdiccional de la constitución”, en *Revista Latinoamericana de Derecho procesal constitucional*, n° 10, 2008, traducción de R. Tamayo Salmorán, corregida por D. García Belaunde, pp. 6 y 26). Por su parte, en 1931 fue publicada por Carl Schmitt *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Su tesis, enrolada en el aniquilamiento de la normatividad, fue que ningún Tribunal de Justicia puede ser el Guardián de la Constitución, y en su lugar sostuvo que el Presidente del Reich, esto es, el Jefe del Estado, era quien debía cumplir únicamente con dicha tarea (la obra ha sido publicada en nuestra lengua por Tecnos, Madrid, 1983, con traducción de M. Sánchez Sarto, ver en especial, pp. 28, 52, 57, 61, 62, 63, 71, 72, 83, 89-93, 100, 114, 213 y ss., 225 y 249-251). La confrontación no se hizo esperar. Pocos meses después, Kelsen le formuló sus observaciones críticas en su trabajo *Quién debe ser el defensor de la Constitución* (publicado también por Tecnos, Madrid, en 1995, con traducción de R. Brie). Para Kelsen, la fórmula propuesta por Schmitt era verdaderamente impensable (p. 14), e insistió en que la defensa de la Constitución puede tener realización a través del control jurisdiccional de la misma, efectuado por un Tribunal Constitucional (pp. 23 y 33), aunque paralelamente advirtió la necesidad de que las constituciones eliminen las fórmulas vagas, imprecisas y genéricas que dan lugar a la libre interpretación del tribunal, lo que supondría el peligro de desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución, hacia una instancia ajena a él, que puede ser la expresión de fuerzas políticas totalmente diversas a las expresadas por el parlamento (p. 34). Kelsen sostuvo que el sistema parlamentario no ha fracasado en absoluto en todas partes, pero que Schmitt pronunció la pena de muerte contra el parlamentarismo, sin limitaciones ni fundamentos (pp. 78-81).

⁶⁹ Zaffaroni, E. Raúl, “Elogio del parlamentarismo”, en *Le Monde Diplomatique*, Buenos Aires, agosto de 2007.

⁷⁰ Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, n° 11, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2008, pp. 29-61.

Bidart Campos sobre las cualidades de la regla constitucional⁷¹.

También es una actividad de la teoría general la elaboración de una noción abstracta de constitución desprovista de las peculiaridades normativas de un sistema jurídico estatal concreto. El mismo itinerario se recorre cuando se formulan inquietantes preguntas respecto de si es verdad que existen especificidades o peculiaridades en la tarea de interpretación constitucional, y, en su caso, cuál o cuáles son las propiedades que distinguen la tarea de interpretar el sistema jurídico constitucional del Estado de cualquier otro fragmento o rama del sistema jurídico estatal. Puede advertirse que, en este campo, las dificultades para la estructuración de la teoría general son inmensas; aunque no parecen imposibles de afrontar, por cierto, con moderado éxito.

Se trata, en todos los casos, de categorías jurídicas básicas del Derecho constitucional; sus proposiciones tienen una órbita de aplicación que excede, por vía de principio, el análisis y ponderación de determinado sistema constitucional estatal⁷². Entre las categorías más destacadas, desde luego, cabe mencionar: derechos fundamentales, sistemas de gobierno, forma política de Estado, modelo de control de constitucionalidad, legislación y participación e incremento del poder de los ciudadanos.

5. *Derecho comparado*

En pie de igualdad con el estudio de las categorías jurídicas básicas, también el Derecho constitucional comparado se propone cotejar las disposiciones de los diferentes órdenes constitucionales estatales, tratando de poner en evidencia tanto sus simetrías más características como así también sus asimetrías más relevantes. Por esta vía comparativa se intenta alcanzar la postulación de ciertas regularidades que encuentren efectiva normación o regulación en los diferentes sistemas jurídicos. El saber de la comparación de sistemas constitucionales, el Derecho constitucional comparado, como bien se advierte⁷³, enfrenta una serie de problemas: a) para qué se compara, problema de la función; b) qué se compara, problema del objeto, y c) cómo comparar, problema del método. Tener muy en cuenta esta proposición sistemática alienta, sin dudas, el horizonte de proyección y los resultados de la comparación

⁷¹ Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

⁷² Manuel García Pelayo puntualizó la existencia de un Derecho constitucional general (Teoría General del Derecho Constitucional democrático liberal) que se hizo posible gracias a la extensión de este régimen a todos los Estados y la consiguiente unificación de la imagen jurídica del mundo, expresada en una especie de Derecho constitucional común (*Derecho Constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1987, p. 21).

⁷³ V. De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Buenos Aires, Universidad, 2005, p. 2.

de sistemas constitucionales. Pareciera aconsejable reservar el apodo “Derecho constitucional comparado” para esta forma de disertación del pensamiento científico.

6. *Explicar y comprender*

En resumen: saber constitucional, teoría (normativa) del Derecho constitucional, teoría general del Derecho constitucional y Derecho constitucional comparado son los apodos o denominaciones de las diferentes rutas discursivas que transita el conocimiento y la disertación sobre el Derecho de la constitución. Un saber tópico, si circunscribe su indagación y reflexión al análisis estructural de las reglas que configuran el sistema constitucional específico de un Estado en particular. Un saber con pretensiones universalistas, si se atiene a la meditación de la organización fundamental que intenta instrumentar la constitución.

V. Comentario final. Colores primarios⁷⁴

Uno. Había empezado a escribir con un objeto: distinguir los ámbitos de comprensión discursiva de “Derecho constitucional”. La trama se abrió en las secciones II, III y IV. Ahora, línea tras línea, el discurso se puede retener, simplemente, sin intrusiones, con una representación didáctica, una última invitación que ofrece una analogía con los colores primarios. Desde el siglo XVII⁷⁵ se consideran colores primarios, simples, porque no resultan por composición de ningún otro. En modo equivalente puede hablarse, ya no de tres sensaciones de colores primarios, sino de tres orientaciones discursivas: Derecho constitucional, derechos fundamentales y saber constitucional.

Dos. Los hombres elaboran constituciones porque necesitan afirmaciones básicas, determinaciones fundamentales. Una suerte de alquimia comunitaria. Edifican determinaciones normativas para poner en cierto orden a la libertad y determinada regulación al poder, con ilusión de igualdad o justicia. Recuerdo inquietudes, que no son tempranas. Tienen más de 2.300 años y fueron ensayadas por Platón: ¿puede una constitución o ley abarcar con exactitud lo mejor y más justo para todos a

⁷⁴ La Licenciada María Gracia Quiroga leyó esta contribución, antes de su escritura final. Sugirió la trilogía “colores primarios” para abarcar la triple dimensión del Derecho constitucional. Agradezco su notable aporte.

⁷⁵ En todo discurso existe referencia, un punto de apoyo. Aquí: “A Letter of Mr. Isaac Newton, Professor of the Mathematicks in the University of Cambridge; containing his New Theory about Light and Colors...”, contribución publicada en 1672 en *Philosophical Transactions of the Royal Society*, n° 80, pp. 3075-3087. Hay versión en nuestra lengua nativa: “El primer trabajo de Newton sobre su teoría de la luz y los colores”, realizada por Miguel de Asúa, en *Ciencia Hoy*, Asociación Civil Ciencia hoy, vol. 10, n° 58, 2000, Buenos Aires, pp. 16-27.

un tiempo, y prescribir así lo más útil para todos? Admitida la desemejanza e inherente dinámica de las acciones humanas, ¿puede revelarse un arte, cualquiera que fuese, que determine que un asunto sea simple y valga en todos los casos y en todo tiempo?⁷⁶ La estructura y movimiento en este cierre discursivo alienta introducir, también, preguntas, cuya entidad parece perenne, porque ningún ente mundano o universal constituye ni posee “sabiduría suprema e infinita”, contrariamente a aquello ideado⁷⁷.

Tres. “Derecho constitucional” hace referencia al conjunto de disposiciones enunciadas tanto en el texto de la Constitución federal como en las que se encuentran fuera de su texto y provienen de fuentes internacionales que gozan de jerarquía constitucional; a lo que se suma la interpretación judicial que se les haya asociado como significado, tal como se puntualiza más arriba en la sección II. Todo reunido: el sistema de la CFA.

Cuatro. El sistema de la CFA es básicamente objeto de interpretación porque su delimitación viene determinada por la fuente de producción constituyente. No puede dejar de considerarse que, en incontables ocasiones –a veces más de las deseadas– también el Derecho constitucional es producido por la vía de la interpretación judicial, en razón de la generalidad normativa de la disposición elaborada por los jueces de la CSJN, generalidad y tipicidad no prevista por el poder constituyente.

Cinco. Se reserva, pues, “Derecho constitucional” para definir a la combinación o conglomerado normativo, tal como se puntualiza en la sección II; su principal deber es poner orden fundamental en la coexistencia humana, reglar la fuerza estatal e imponer que el Estado no cause “daño”⁷⁸ a las personas o que ellas lo causen entre sí, porque ésta es la primera lección de la constitucionalidad.

Seis. Los derechos subjetivos que se presentan en formas de pretensiones, potestades o esperanzas son conferidos, justificados jurídicamente, por los sistemas constitucionales. Se confieren a las personas o a los grupos de ellas. Las constituciones conjugan a tales derechos subjetivos como derechos de libertad –que son derechos o facultades de comportamientos propios a los que corresponden prohibiciones o deberes públicos de no hacer– y derechos sociales –que son derechos o expectativas de comportamientos ajenos a los que deberían corresponder obligaciones o deberes públicos de hacer. A partir de dicha fórmula descriptiva, cuando un sistema jurídico constitucional no incorpora garantías que aseguren

⁷⁶ Platón, *Político*, Madrid, Gredos, 2007, p. 571.

⁷⁷ V. Leibniz, Gottfried (*Discurso de metafísica*, ob. cit., p. 53), quien la atribuye a Dios.

⁷⁸ Cicerón, Marco Tulio, *Tratado de los deberes*, Madrid, Editora Nacional, 1975, p. 45, traducción de J. S. Cruz Teijeiro.

la eficacia del derecho subjetivo, es muy probable que éste quede en estado gaseoso.

Siete. “Derechos fundamentales” queda reservado, entonces, para la descripción inteligible de los derechos subjetivos, ya sean individuales, plurales o colectivos, cuya fundamentalidad confiere el sistema de la CFA. Los derechos fundamentales que confiere el texto de la Constitución federal pueden agruparse en un septeto; clase que aumenta en forma notable si se conjugan los propiamente conferidos por el DIDH y que gozan de jerarquía constitucional.

Ocho. “Saber constitucional” es el discurso sobre los entes creados y desarrollados por el sistema de la CFA. Un saber que asume o se presenta, según los casos, en forma de doctrina, interpretación o dogma, y que analiza y/o pondera, empleando la observación, la comprensión o la mera cotización, el sistema de la CFA. Un saber fundamentalmente sobre el Derecho constitucional que es; circunstancialmente, del que debe ser. Saber que trata objetivamente una ordenación jurídica positiva, en nuestro caso: el sistema de la CFA.

Nueve. Por su parte, las categorías jurídicas básicas son estudiadas por la teoría general del Derecho de la constitución y constituyen un objeto de presentación y/o evaluación. El saber de la propia comparación de los sistemas normativos constitucionales, el Derecho constitucional comparado, tiene también su estatus y reconocimiento científico.

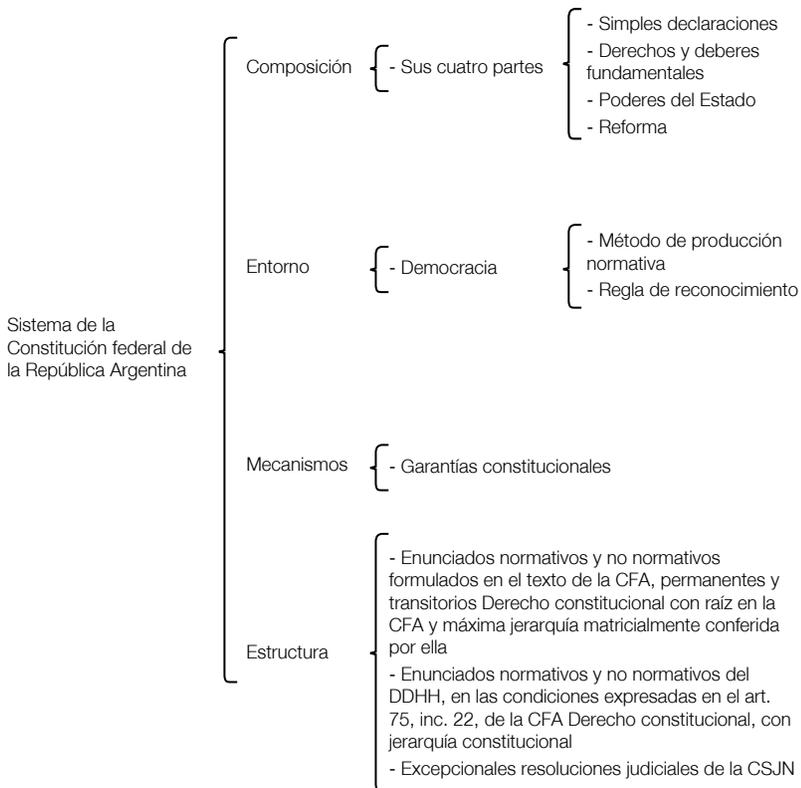
Diez. Finalmente, describir y decidir en torno de los rasgos básicos del Derecho constitucional no implica que tales actividades queden sólo en manos de los operadores o científicos del Derecho, según el caso: presidentes, legisladores, jueces, fiscales, defensores en suma, servidores públicos; abogados, profesores y doctos en la materia. Francamente, comparto la idea de que el significado de la Constitución tiene que descansar en manos de “la sociedad abierta”⁷⁹ de los realizadores “constitucionales”: todos los órganos del Estado, todos los grupos, pero principalmente todos los ciudadanos, tal como se ha postulado, con inteligencia, desde 1975⁸⁰. No debe existir un número cerrado de realizadores de la Constitución, porque su acatamiento, cumplimiento o interpretación es un asunto inherente a toda la ciudadanía, en la medida en que todos los ciudadanos quedan sometidos a la fuerza normativa

⁷⁹ V. Popper, Karl, *V. La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 1992, pp. 167-195; en especial: “...aquella en la que los individuos deben adoptar sus propias decisiones personales” (p. 171).

⁸⁰ Literatura fundamental, Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, ob. cit.; en especial, en la p. 61 se expresa que la tesis de K. Popper esgrimida en 1945 (citada en la nota que antecede) representa el “fundamento último” de su propia tesis acerca de la apertura de los realizadores de la Constitución.

e imperio de la norma constitucional. Alentar una sociedad abierta de los realizadores del sistema constitucional estimula, sin dudas, el debate público, y éste a su vez pone de manifiesto la participación, que al mostrar signos de cohesión, puede inducir, razonablemente, la estabilidad jurídico-constitucional, es decir, una comunidad dispuesta a vivir, a regirse por reglas, antes que en descuido o inobservancia de ellas. Pensar de este modo no es una herejía ni esperanza fútil. Constituye afirmar que se puede vivir dentro de las cuatro esquinas que determina la norma constitucional; quizá la eficacia o cumplimiento más o menos acabado o totalizador del Derecho constitucional signifique, en el futuro, un “experimento crucial”⁸¹, en el ámbito de la imperfección natural de toda obra humana.

VI. Addenda: Sistema de la Constitución Federal de la República Argentina



⁸¹ Newton, Isaac, “A Letter of Mr. Isaac Newton, Professor of the Mathematicks in the University of Cambridge; containing his New Theory about Light and Colors...”, ob. cit., p. 3078 (*Experimentum Crucis*, en el original).

Víctor Bazán

Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma facultad. Autor, coautor y coordinador de más de 70 libros y 200 artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos, publicados en Argentina y el extranjero.

Arturo Enrique Sampay (1911-1977)

Se recibió de abogado en 1932 en la Universidad Nacional de La Plata, donde también fue docente. Realizó estudios de posgrado en Europa. Autor intelectual de la Reforma de la Constitución Federal de 1949: fue convencional constituyente y miembro informante y a su pensamiento se debe el determinante artículo 40 sobre la organización de la riqueza y la explotación para el bienestar del pueblo argentino. Profesor de Derecho Constitucional en la UBA. Autor de numerosos ensayos, artículos y notas sobre Derecho Constitucional, Teoría del Estado y Filosofía. Probablemente una de sus obras más caracterizadas sea su Introducción a la Teoría del Estado, publicada originalmente en 1951. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Peter Häberle

Doctor en Derecho por la Universidad de Friburgo. Catedrático en las Universidades de Friburgo, Mannheim, Marburgo y Bochum. Catedrático de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (Alemania), donde ejerce actualmente sus tareas docentes e investigadoras. Publicó más de 50 libros sobre Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Filosofía del Derecho y temas afines y cerca de mil artículos, ensayos y notas en libros colectivos, revistas y periódicos de Alemania y del extranjero. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires y Miembro del Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires.

Diego Alberto Dolabjian

Abogado y profesor adjunto (interino) de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante de distintos proyectos académicos y autor de diversos artículos sobre Derecho Constitucional. Asesor Jurídico de la Subsecretaría de Protección de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Carolina Machado Cyrillo Da Silva

Abogada. Doctoranda en Derecho (UBA). Magister en Teoría y Filosofía del Derecho (Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil). Becaria de la Fundación CAPES del Ministerio de Educación de Brasil. Profesora Titular de Filosofía del Derecho (Centro Universitario Metodista – IPA, Brasil). Docente en la materia “Elementos de Derecho Constitucional” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Raúl Gustavo Ferreyra

Abogado y Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Profesor del Doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA. Publicó 7 libros (el último se titula *Constituição e direitos fundamentais: um enfoque sobre o mundo do direito*, Porto Alegre, 2012) y más de sesenta artículos sobre Derecho constitucional en diversas publicaciones argentinas, latinoamericanas y europeas. Conferencista, disertante y panelista. Abogado con ejercicio ininterrumpido ante los tribunales de la República Argentina desde 1984. Director del Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires. Desde 1999 es Consultor de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.