

NEOCONSTITUCIONALISMO

*Sesión privada del Instituto de Política Constitucional
del 3 de abril de 2008*

NEOCONSTITUCIONALISMO

Por ALFONSO SANTIAGO

En los últimos años es frecuente oír hablar acerca del neoconstitucionalismo, sin, a veces, saber con mayor precisión a qué realidad alude este concepto. El propósito principal de esta exposición es brindar un panorama general de esta corriente doctrinaria, que tiene su origen y desarrollo en el marco de la tradición constitucional europea de los últimos 50 años¹.

Podemos comenzar diciendo que en el constitucionalismo moderno existen dos grandes tradiciones: la norteamericana y la europea. El neoconstitucionalismo pertenece a la segunda de ellas, aun cuando varios de sus principios e instituciones pueden reconocer su fuente de inspiración en la tradición norteamericana. Su origen histórico más inmediato está en las valiosas elaboraciones

1 Acerca del neoconstitucionalismo se puede consultar la siguiente bibliografía: Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003, obra en la que se publican varios artículos de diversos autores acerca de esta corriente jurídica; Comanducci, Paolo, "Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía*, n° 16, abril 2002, p. 89; y *Constitucionalización y teoría del derecho*, discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, publicado en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Anales, tomo XLIV, año académico 2005, Córdoba, p. 175; Bernal Pulido, Carlos, "El Neoconstitucionalismo a debate", en *Temas de Derecho Público*, n° 76, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2006, p. 29; Gil Domínguez, Andrés, "Neoconstitucionalismo formalista y neoconstitucionalismo ético", *La Ley*, diario del 27-II-06; y "Neoconstitucionalismo y última palabra", *La Ley*, diario del 14-III-08; Vigo, Rodolfo, *Neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones* (en prensa).

jurisprudenciales del tribunal constitucional alemán en los primeros años de labor jurisprudencial luego de la sanción de la llamada Ley de Bonn², aunque su conceptualización y denominación son más recientes y han tenido lugar principalmente en Italia y España³. Es una corriente jurídica reciente y en proceso interno de conformación y consolidación.

Siguiendo criterios ya propuestos por otros autores, podemos considerar al neoconstitucionalismo como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional, se podría decir también ideológica, acerca de la función que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional. En mi exposición intentaré seguir este esquema inicial.

² Entre muchos otros, se pueden mencionar como ejemplos de esta etapa inicial los siguientes fallos del tribunal constitucional alemán: convalidación de la negación de la personería jurídica a los partidos neonazi y comunista; caso “Elfes”, en el que se declara la inconstitucionalidad de una norma administrativa que negaba la renovación del pasaporte cuando corrían peligro “los intereses de la Nación”, por entender que la aplicación concreta de la norma al caso violaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, que es considerado un derecho que informa todo el sistema jurídico, más allá de los contenidos concretos de otros derechos; caso “Lüth”, en el que se establece que el régimen de responsabilidad civil de la prensa debe ser interpretado a la luz del ejercicio del derecho constitucional a la libertad de expresión; etc. En estas sentencias se aprecia la consideración de la constitución como un orden de valores llamado a informar la totalidad del ordenamiento jurídico alemán. Sobre la postura antipositivista de la jurisprudencia del tribunal constitucional se puede consultar el trabajo de Eduardo Soderó “Sobre el antipositivismo jurídico del Bundesverfassungsgericht” (en prensa), y la bibliografía y jurisprudencia allí citada.

³ Pueden ser considerados dentro de las corrientes neoconstitucionalistas autores europeos como Alexy, Zagrebelsky, Ferrajoli, Comanducci y Prieto Sanchís.

I) El proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos europeos como presupuesto para el surgimiento y el desarrollo del neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo como proceso histórico se inicia con la profunda transformación que se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial y la tarea que, a partir de ellas, comienzan a desarrollar los tribunales constitucionales de los países del viejo mundo. Estas transformaciones son claramente perceptibles, a partir de la sanción de las constituciones de la posguerra, en países como Alemania, Italia y Francia⁴ y, más tardíamente a partir de 1978, España. Es como una nueva fase en el marco del proceso histórico del constitucionalismo europeo que tuvo comienzo a fines del siglo XVIII, con características propias y diferenciales respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de neoconstitucionalismo.

Algunas de estas transformaciones estructurales del sistema jurídico se expanden luego, especialmente a partir de la década del 90, hacia América Latina (por ejemplo, a Colombia, con la constitución de 1990 y la, a veces sorprendente, jurisprudencia de su tribunal constitucional), los ex países comunistas (por ejemplo, Hungría) y otros estados como Sudáfrica, India y Turquía, por la importancia que van adquiriendo dentro de ellos la constitución como norma jurídica y los tribunales constitucionales como órganos que velan por asegurar su supremacía, especialmente mediante la tutela y el desarrollo de los derechos humanos por parte

⁴ Un hito importante en este país, se da a comienzos de la década de los 70 con la decisión del Consejo Constitucional francés sobre libertad de asociación (decisión del 16 de julio de 1971, déc. 44 DC, Liberté d'association, GC n° 19), que reconoce valor jurídico a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como parte integrante de la Constitución francesa (Lavroff, Dmitri Georges, "El Consejo Constitucional Francés y la Garantía de las Libertades Públicas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, Núm. 3, septiembre-diciembre 1981, p. 43 y sgtes.).

de los jueces constitucionales. Ello supone una transformación importante del ordenamiento normativo y de todo el sistema jurídico de estos países. Por eso, especialmente para sus partidarios, el neoconstitucionalismo es una corriente europea pero en proceso de expansión global.

El jurista italiano Guastini⁵ señala siete condiciones que permiten hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico:

- 1) Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales;
- 2) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional;
- 3) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”;
- 4) La “sobreinterpretación” de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos;
- 5) La aplicación directa de los normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares;
- 6) La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores;
- 7) Influencia de la Constitución en el debate político.

Complementariamente, cabe destacar la centralidad que los derechos fundamentales o derechos humanos comienzan a tener en la vida jurídica y política. Pasan a ser considerados como valores que impregnan todo el ordenamiento político-jurídico del Estado y extienden, también, su influjo a las relaciones privadas.

⁵ Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”, en *Estudios de teoría constitucional*, IJ-UNAM, Fontamara, México, 2001.

De este modo, se verifica una omnipresencia constitucional que impregna, satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico. Se reconocen y detallan minuciosamente los derechos constitucionales de las personas y grupos sociales y se consagran las garantías jurídicas que los hacen efectivos: del principio que establecía que los derechos humanos valen en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos, que también cuentan con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos. De ese modo, se establece y difunde una cultura jurídica inspirada en derechos, antes que en normas o deberes jurídicos. Esta nueva realidad lleva al crecimiento del rol y de la importancia de la magistratura, que pasa a ocupar un lugar institucional clave, bien diverso del modelo legicentrista decimonónico imperante anteriormente en Europa.

Estas notas producen un cambio notable y progresivo en algunos elementos estructurales del sistema jurídico y también político. Del constitucionalismo inicial que surge en Europa con las grandes revoluciones modernas, se pasa, a partir de la Segunda Guerra, a una segunda fase que culmina en lo que ahora se denomina neoconstitucionalismo. De la constitución considerada fundamentalmente como carta política dirigida básicamente al Parlamento, se pasa a su consideración como norma jurídica suprema y de aplicación directa, dirigida fundamentalmente a los tribunales, en especial al tribunal constitucional. Del Estado legal de Derecho se pasa al Estado Constitucional de Derecho, donde la Constitución, mucho más que la ley, se convierte en el centro de todo el sistema normativo. De la centralidad del Estado y de sus prerrogativas, se da lugar a la consideración de la persona humana y sus derechos como ejes del sistema jurídico. De la soberanía del legislador se pasa a la palabra final a cargo de los jueces⁶.

⁶ Para la descripción detallada de estos cambios se puede ver: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995.

Junto a este proceso de transformación del derecho interno, se verifica el surgimiento y la expansión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto regional como universal. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948 y los posteriores Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que la continuaron, contienen el nuevo paradigma de la convivencia jurídica nacional e internacional, que de modo creciente y progresivo modificará también la fisonomía de los sistemas normativos internos. Aparece la persona humana como sujeto del derecho internacional y se produce una profunda reformulación del concepto de la soberanía estatal. La armonización de las legislaciones y jurisdicciones nacionales, supranacionales e internacionales en materia de derechos humanos constituye tal vez el mayor desafío que enfrentan actualmente los sistemas jurídicos de los distintos países.

Ciertos aspectos del fenómeno del neoconstitucionalismo no representa una mayor novedad para los sistemas inspirados en el modelo constitucional norteamericano, donde muchas de las notas y características que menciona Guastini ya se daban, aunque con matices diferenciales⁷, desde mucho tiempo atrás, casi desde sus inicios. En todo caso, lo que ha pasado en estos últimos ámbitos es la intensificación del modelo constitucional inicial, potenciado especialmente por el surgimiento y recepción en sede nacional del derecho internacional de los derechos humanos.

El neoconstitucionalismo tiene un carácter parcial respecto al constitucionalismo visto como totalidad: le interesa especialmente una parte de la problemática constitucional, la relacionada con la protección de los derechos humanos. En cambio no presta mayor atención a la organización estatal, a la denominada “parte

⁷ Por ejemplo, el principio de la *state action doctrine* que dispone, con importantes excepciones, que las normas constitucionales no son de aplicación directa a las relaciones entre particulares (Cfr. Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law. Principles and Policies*, segunda edición, Aspen, Nueva York, 2002, pp. 486 a 517).

orgánica”. Su meta no es tanto limitar y controlar al poder (objetivo central del constitucionalismo), como afianzar y garantizar la vigencia de los derechos humanos⁸. El nuevo derecho tiene un carácter marcadamente garantizador y garantista de los derechos constitucionales. No se atiende tanto a la consideración de la constitución como norma que organiza el sistema institucional de un estado, sino, fundamentalmente, su sistema normativo.

Afirmaba Villey que el derecho es una obra colectiva que inicia el Constituyente, desarrolla el legislador y culmina el juez. El neoconstitucionalismo supone una modificación importante de este esquema básico del sistema de fuentes del derecho ya que, por un lado, se incorporan los Tratados Internacionales con numerosas disposiciones llamadas a regir en las relaciones intersubjetivas internas, y, por el otro, el juez puede aplicar directamente la Constitución sin que sea indispensable la mediación legislativa. Al decir de Zagrebelsky, el derecho se transforma en una realidad “dúctil” en manos de los jueces, abandonando así las rigideces legalistas. Se adopta por parte de los jueces una actitud antiformalista, que orientan su actuación en los principios “pro homine” y “favor libertatis”.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico, como núcleo del neoconstitucionalismo, es una realidad compleja que tiene aspectos diferenciales en cada uno de los países, de acuerdo con su tradición jurídica y constitucional previa, su sistema jurídico y la naturaleza y función institucional de sus respectivos poderes judiciales y tribunales constitucionales. Sin embargo, en todos ellos implica una profunda transformación en el sistema de fuentes del derecho y desde él en todo el sistema normativo y jurídico.

⁸ Señala Comanducci: “el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX–, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales” (“Formas de (Neo) Constitucionalismo...”, pp. 99 y 100).

II) El neoconstitucionalismo como teoría jurídica

El neoconstitucionalismo también puede ser visto como la teoría jurídica que describe, explica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico antes descrito. Es una toma de conciencia, una reflexión e intento de conceptualización de las transformaciones jurídicas que se advierten. Con el neoconstitucionalismo se da un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Pareciera que, desde esta perspectiva, el estudio del neoconstitucionalismo interesa casi más a los filósofos del Derecho y a los que se ocupan de la Teoría del Derecho, que a los propios constitucionalistas.

El paradigma jurídico predominante en Europa al momento de surgir el neoconstitucionalismo era el positivismo jurídico⁹. De las tres preguntas fundamentales de la teoría jurídica –validez, eficacia y justicia de la norma jurídica– el positivismo sólo pretendía responder a la primera y dejaba las restantes a la Sociología Jurídica y a la Filosofía o la Ética, respectivamente. Ahora la teoría jurídica pretende ocuparse de las tres cuestiones. Hay un abandono del legalismo, del juridicismo extremo, del legicentrismo, del formalismo jurídico. Se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa porque respete y desarrolle los derechos humanos, y sea eficaz y operativa porque ellos estén garantizados en la práctica. Hay una redefinición de los conceptos de validez y vigencia normativa. Ahora, la vigencia señala simplemente que una norma ha sido dictada por las autoridades públicas y pretende producir efectos jurídicos, mientras que validez jurídica pasa a significar conformidad con los derechos humanos de los ciudadanos.

⁹ Afirma Perelman que el juicio de Nuremberg es la muerte del positivismo jurídico.

De autores como Kelsen, Hart, Ross y Bobbio, cuyas doctrinas predominaron en la primera parte de la segunda mitad del siglo pasado, se pasa a otros, como Alexy, Dworkin, Arnio y Zagrebelsky, que son los iusfilósofos que comienzan a destacarse en el pensamiento jurídico en los ambientes académicos germano, anglosajón, escandinavo e italiano, respectivamente.

La Constitución, su contenido, sus principios y valores y su función jurídica y política, y no la ley formal en su frío deber ser, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica, de la Teoría General del Derecho del Neoconstitucionalismo. Hay una profunda rematerialización del derecho. Adquiere importancia el contenido y la valoración moral del derecho y no tan sólo de su perfección formal. Hay un intento de “remoralizar” el derecho, si bien realizado desde variadas perspectivas axiológicas. Así, el constitucionalista italiano Mauro Capeletti señala que el constitucionalismo incorpora, positiviza y formaliza las exigencias del derecho natural, movilizándolo, permitiendo su crítica interna, incorporando en su seno una teoría de la justicia, fundada en los Derechos Humanos. Por su parte, desde una perspectiva diferente, Dworkin escribe sobre la necesidad de hacer una lectura moral de la Constitución¹⁰, lo que hubiera sido un contrasentido desde la perspectiva iuspositivista clásica. Autores como Ferrajoli reconocen el carácter normativo y no sólo descriptivo de la ciencia jurídica y de la interpretación constitucional. El derecho que se descubre debe ser realizado y garantizado en la práctica de modo efectivo. Estos nuevos enfoques y afirmaciones motivaron la acusación de cierto iusnaturalismo a las nuevas doctrinas neoconstitucionalistas, por parte de algunos autores positivistas más tradicionales.

La nueva teoría del neoconstitucionalismo se ocupa atentamente de la metodología y el razonamiento jurídico, en especial

¹⁰ Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.

del judicial, acercando la reflexión filosófica a la práctica jurídica. Así, Zagrebelsky llega a decir que la idea de derecho sólo se puede conocer desde el interior, participando en la práctica social llamada derecho, en la que junto a las normas aparecen los hechos y los valores. Afirma que, antes que una “scientia iuris”, el derecho es básicamente una “iuris prudentia”¹¹.

La interpretación constitucional, que pasa a ser la decisiva en el quehacer jurisdiccional, tiene principios y reglas propias que la distinguen en parte de la interpretación legal. Fundamentalmente la incorporación del criterio de la ponderación, que completa y a veces reemplaza al paradigma de la subsunción y el silogismo judicial, propio de la etapa iuspositivista.

El neoconstitucionalismo es, en esta segunda dimensión, un nuevo paradigma de la ciencia y la filosofía del derecho que responde, de modo diverso al positivismo, las tres cuestiones básicas de toda teoría iusfilosófica: ¿Qué es el derecho? ¿Cuál es su fundamento? ¿Cómo se lo conoce?¹².

III) El neoconstitucionalismo y la misión institucional de los jueces en una democracia constitucional

En tercer término, el neoconstitucionalismo puede ser también visto como la doctrina o ideología institucional que considera muy positivo el fenómeno que hemos descrito y lo promueve activamente¹³, especialmente alentando un modelo de Poder Ju-

¹¹ Zagrebelsky, Gustavo, “Dos tradiciones de derechos: Derechos de libertad y derechos de justicia”, en *Derechos y Libertades*, nº 2, año 1 (1993-1994), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, p. 371.

¹² Sobre la discusión entre iuspositivistas y neoconstitucionalistas remitimos a la bibliografía señalada en el trabajo de Comanducci, “Formas de (Neo) Constitucionalismo...”, p. 96, n. 7.

¹³ Afirma Comanducci: “el neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su

dicial activista que tutele los derechos humanos para lograr su plena vigencia práctica. La nueva visión del ordenamiento jurídico reclama una nueva postura institucional por parte de los integrantes de las magistraturas judiciales. Se postula una nueva postura institucional de los jueces, en particular de los tribunales constitucionales, que podríamos definir como activismo judicial, con fundamento normativo en los derechos humanos constitucionalizados y/o reconocidos en los documentos internacionales¹⁴. El neoconstitucionalismo vuelve a plantear el complejo y difícil tema de la misión que los jueces, especialmente quienes tienen a su cargo el control de constitucionalidad, están llamados a cumplir en una democracia constitucional.

El neoconstitucionalismo plantea y promueve una nueva relación del Poder Judicial con los demás órganos de gobierno y con la sociedad civil para el logro de la vigencia efectiva de los derechos humanos. Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales. Así como el siglo XIX ha sido el siglo del Poder Legislativo y el siglo XX el del Poder Ejecutivo, el siglo XXI será, de acuerdo a una profecía neoconstitucionalista, el del Poder Judicial.

Hay una consideración muy elevada de la misión que los jueces están llamados a realizar en los sistemas democráticos. “La verdadera democracia es la democracia de los jueces”. “Vengan los jueces a salvar el mundo” (Zagrebelsky). “La idea es que jueces ilustrados y abiertos a la deliberación racional contengan los im-

defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales –podríamos en este sentido hablar de ‘neoconstitucionalismo de los contrapoderes’– pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previsto en la Constitución” (“Formas de (Neo) Constitucionalismo....”, p. 100).

¹⁴ Ver, por ejemplo, Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces Constitucionales”, discurso pronunciado el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50^o aniversario de la Corte Constitucional italiana.

pulsos autoritarios de los políticos profesionales que pueblan los demás poderes de Estado”¹⁵. Se advierte un cierto elitismo epistemológico y ético judicial, una elevada consideración de la misión institucional del Poder Judicial, que en ocasiones es algo exagerada, desbalanceada y descontrolada. Así Gil Domínguez llega a hablar de la omnipotencia judicial en un Estado Constitucional¹⁶. Algunos, más moderados sostienen que el modelo es el de una democracia deliberativa cuyos límites son los derechos humanos, pero son los jueces quienes, en definitiva, definen de modo dinámico y creativo el contenido de esos derechos fundamentales.

Pareciera que el paradigma que sirve para inspirar la actuación de un tribunal constitucional conforme a los parámetros neoconstitucionalistas, es la Corte Warren (1953-1969)¹⁷, seguida de la Corte del *Chief Justice* Burger, de modo especial por su doctrina de las libertades preferidas y su activa defensa de los derechos constitucionales de igualdad e integración racial, de libertad de expresión, de debido proceso y de privacidad.

Este nuevo rol que se asigna a los jueces es, en parte, una realidad muy positiva. Ellos han sido protagonistas y artífices de una creciente concientización y protección de los derechos humanos en nuestras democracias constitucionales. Su rol ha sido fundamental tanto por lo que ellos han hecho a través de sus fallos, como por el estímulo que su actuación significó para los demás poderes de gobierno. Baste para ello recordar la importancia del caso “Brown” sobre integración racial en las escuelas norteamer-

¹⁵ Cfr. Hilbink, Lisa, *Legalism against democracy: The political role of the judiciary in Chile, 1964-1994*, tesis doctoral presentada en la Universidad de California, San Diego, 1999.

¹⁶ “Una de las notas estructurales que presenta el Estado constitucional de derecho es la omnipotencia judicial. En este paradigma, el órgano judicial se encuentra en una situación temporal de detentador de la última palabra respecto de las decisiones colectivas (aun aquellas que tienen que ver con los derechos fundamentales), lo cual genera un natural desplazamiento del legislador”, Gil Domínguez, “Neoconstitucionalismo y última palabra”, *La Ley*, diario del 14-III-08.

¹⁷ Respecto de la llamada “Corte Warren” es de consulta obligada el libro de Schwartz, Bernard, *The Warren Court: A Retrospective*, Oxford University Press, 1996.

ricanas, o el fallo de la Corte Suprema argentina en el caso “Siri”, en el que se creó pretorianamente la acción de amparo, como garantía de los derechos constitucionales. Sin embargo, existen algunas amenazas teóricas y prácticas que, si se cae en extremos, pueden distorsionar la función judicial.

El modelo institucional de Poder Judicial y de Tribunal constitucional propio del neoconstitucionalismo no es ya una corte moderadora, sino una corte activista. La Corte Suprema no aparece tan preocupada en el control de los poderes, por asegurar la división de poderes, como en la promoción y aseguramiento de los derechos personales. No se atiende ya tanto a quién y cómo se decide, sino qué se decide.

El dictado de fallos que hagan operativos los derechos prometidos en el texto constitucional, es la forma que tienen los tribunales constitucionales para legitimarse y prestigiarse ante la sociedad y el modo de lograr imponer algunos valores “revolucionarios” o “progresistas”, a veces en complicidad con las tendencias predominantes en los medios de comunicación, la opinión pública y el mundo intelectual. También, en ocasiones, los jueces asumen como propias algunas políticas públicas desatendidas por los poderes políticos (por ejemplo, medio ambiente, carcelaria, etc.), convirtiéndose de ese modo en legisladores positivos, y no sólo negativos, en defensa de la supremacía constitucional.

Se propone una interpretación creativa y dinámica de la constitución y los Tratados sobre derechos humanos que revive, en cierto modo, la polémica que se dio en Estados Unidos entre originalistas y partidarios de la “living constitution”. En el fondo, esta discusión no es tanto estrictamente jurídica, simplemente sobre los modelos de interpretación constitucional, sino sobre (i) el rol político que los jueces están llamados a cumplir y su relación con la legislatura y (ii) acerca de los valores de fondo que han de regir la sociedad. En parte, es también una discusión sobre quién ha de actualizar y dinamizar, principalmente, el derecho y el sis-

tema jurídico para adecuarlo a las nuevas realidades y exigencias: los poderes políticos a través de los procedimientos constituyentes y legislativos o los jueces cuando resuelven dinámicamente los denominados “casos difíciles”¹⁸.

¹⁸ Una situación muy interesante para este análisis se ha dado en Estados Unidos en la segunda mitad de la década de los noventa, a través de los intentos de iniciar juicios políticos a algunos jueces federales norteamericanos por parte del Congreso de ese país, por asumir presuntas ilegítimas posturas activistas que desconocían decisiones de otros órganos de gobierno. En el marco de esta ofensiva, y de especial interés para el tema que se aborda en el presente trabajo, se destacan las propuestas de iniciación de juicio político a los seis ministros de la Corte Suprema que conformaron el voto mayoritario en el controvertido caso *Romer v. Evans* (517 U.S. 620, 1996), donde se declaró la inconstitucionalidad de una enmienda de la Constitución del Estado de Colorado. Dicha enmienda –conocida como la “Enmienda 2”– establecía que “ni el Estado de Colorado, por medio de cualesquiera de sus ramas o departamentos, ni ninguna de sus agencias, subdivisiones políticas, municipalidades o escuelas de distrito, sancionará ley, regulación, ordenanza o política alguna por medio de las cuales la orientación o conducta homosexual, lesbiana o bisexual constituya o sea el fundamento o título de cualquier persona o clase de personas para reclamar un status especialmente protegido o de minoría, ni para exigir cuotas preferenciales o reclamos antidiscriminatorios”. Merece subrayarse que esta reforma a la carta magna estadual tuvo origen en un referéndum estatal, en el cual optaron por la inclusión de la Enmienda el 53% de los habitantes de Colorado. La Corte Suprema de los Estados Unidos, al declarar inconstitucional la Enmienda 2, confirmó el fallo de la Suprema Corte del Estado de Colorado, aunque con distintos fundamentos. Se sostuvo que la enmienda en cuestión colocaba a los homosexuales en una clase solitaria, privándolos de la protección legal existente contra injurias causadas por discriminación, tanto en la esfera privada como en la pública. Por otra parte, se entendió que, dado que no existe una razonable relación entre la desigualdad creada por la norma y un propósito legislativo válido, la reforma de la Constitución estadual resulta violatoria de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, donde se garantiza el derecho de todos los ciudadanos a la igual protección de las leyes. La única explicación a la Enmienda 2, según la opinión de la mayoría, es una cierta animosidad hacia el grupo homosexual. El voto disidente redactado por el *Justice Scalia* sostiene la validez de la Enmienda 2, fundándose –entre otros argumentos– en que dicha norma supera el test de constitucionalidad fijado por la Corte en el precedente vigente *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186, 1986), a la vez que no lesiona la igualdad ante la ley, sino que se limita a negar un especial tratamiento al grupo en cuestión. Más allá de los distintos argumentos y refutaciones a la opinión de la mayoría presentes en este voto es oportuno comentar, en miras al tema que nos ocupa, que en él se destaca en reiteradas ocasiones y con contundentes afirmaciones el carácter activista de la postura adoptada por la mayoría del Tribunal. En este sentido, el voto de la minoría afirma que la Enmienda 2 da una respuesta a un debate cultural, cuya resolución –a falta de normativa constitucional– debe realizarse por los medios democráticos ordinarios. Por el contrario –continúa la minoría– la Corte, al tomar partido en esta *Kulturkampf*, impone los criterios y valores de la *elite* de los abogados a todo el pueblo norteamericano. Se sostiene, con respecto a la opinión de la mayoría, que no tiene fundamento en el derecho constitucional de los EE.UU. y, lo que es peor, que “apenas pretende tenerlo”. Todo lo anterior lleva a concluir a los tres jueces firmantes del voto minoritario que “la declaración de inconstitucionalidad de la Enmienda es un acto, no de índole jurisdiccional, sino de decisión política”. Por último, la disidencia recuerda que el mismo Congreso de los Estados Unidos ha sido reticente ante reiterados intentos de extender a los homosexuales la protección otorgada por distintas leyes a grupos beneficiarios de tratamiento preferencial, lo cual demuestra –una vez más– que

Se produce una transformación en el modo de encausar las demandas y valores sociales. Antes, para autolimitar la función judicial, los tribunales afirmaban en sus fallos: “Go to the polls, not to the courts”; ahora, declaran: “Come to the courts. We are the keepers of the constitutional promises”.

Paradojalmente, mientras hay una disminución progresiva de la discrecionalidad en la actuación de los poderes políticos, se verifica y promueve un notable aumento en la discrecionalidad de los jueces en su función jurisdiccional y constitucional.

Algunas de las doctrinas jurídicas a las que más han acudido y desarrollado los jueces y autores partidarios del neoconstitucionalismo son las siguientes:

- carácter operativo de los derechos constitucionales y los reconocidos en los Tratados Internacionales;

la opción que tomó aquí la Corte es propia del ámbito del debate político y la *policymaking*, y ajena a los limitados alcances que debe tener un recto ejercicio del control de constitucionalidad. La reacción a la controvertida decisión de la Corte no se hizo esperar. Diversos grupos políticos autodenominados “conservadores”, tales como la *National Legal Foundation*, la *Free Congress Foundation*, *Intercissors for America*, *Eagles Forum* y *Wall Builders* expresaron públicamente su pedido de juicio político para los *Romer Six*. No obstante, serían las reiteradas apariciones mediáticas de Tom DeLay –uno de los más importantes representantes republicanos en el Congreso– así como sus cartas al diario *New York Times*, las que dieran mayor difusión a los pedidos de *impeachment* para los jueces integrantes de la mayoría en el caso *Romer v. Evans*. Por su parte, no faltaron voces que salieran al cruce de estas opiniones, rechazando terminantemente la posibilidad de remover a los presuntos jueces activistas. Ciento cuatro decanos de facultades de Derecho, setenta y cinco presidentes de colegios de abogados e incluso dos de los jueces de la disidencia en *Romer* –Scalia y Rehnquist– expresaron su punto de vista negativo, coincidiendo en que “el *impeachment* no fue concebido para ser utilizado contra un juez que sostiene una opinión con la cual los miembros de los otros poderes están en desacuerdo”. La *American Bar Association*, a su vez, conformó ese mismo año una Comisión especial dedicada a estudiar el tema, que elaboró al año siguiente un informe defendiendo la independencia judicial, quedando así sentada la posición de la institución en la controversia. Planteado en estos términos, el debate acerca del activismo judicial y la responsabilidad política de los magistrados se insertó como nunca en la agenda política de los Estados Unidos, país en el cual jamás se ha removido a un magistrado federal por el contenido de sus sentencias (cfr. García-Mansilla, Manuel José, “Historia de los juicios políticos a los jueces federales norteamericanos”, en Santiago, Alfonso (h) (Director), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Ábaco, Buenos Aires, 2006, Tomo I, p. 569). A pesar de que las amenazas de *impeachment* por parte de DeLay y otros representantes de distintos sectores políticos ocuparon las páginas de los periódicos por meses, finalmente nunca se llegó a tratar en el Congreso la iniciación de juicio político a ninguno de los *Romer Six*.

- utilización del principio “pro homine” para escoger las normas que mayor tutela y protección otorguen a los derechos de las personas¹⁹;
- análisis intensivo de razonabilidad por parte de los jueces, especialmente en materia de “libertades preferidas”;
- máxima protección del derecho a la privacidad y a la autonomía personal;
- máxima tutela del derecho a la igualdad que se transforma en derecho a la no discriminación y surgimiento de las denominadas “categorías sospechosas”, con una clara presunción de inconstitucionalidad;
- surgimiento de los denominados derechos sexuales;
- efectivización de los derechos sociales;
- protección judicial de derechos colectivos;
- vasto desarrollo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión;
- obligatoriedad de seguir las pautas de los tribunales internacionales;
- control de “convencionalidad” y no sólo de constitucionalidad de las normas internas;
- flexibilidad y distintas clases de sentencias que pueden dictar los tribunales constitucionales: formulación de recomendaciones, fijación de plazos para la mejora y adecuación a las exigencias constitucionales. Estas medidas permiten la coordinación de las funciones de los tribunales constitucionales con la de los otros poderes. Se trata de las denominadas sentencias aditivas y exhortativas²⁰.

¹⁹ Cfr. Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en AA.VV., *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Bs. As., 1997.

²⁰ Cfr. Sagües, María Sofía, “La jurisprudencia nomogenética en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *El Dial*, suplemento de derecho constitucional, marzo 2008.

IV) Posibilidades y riesgos del modelo neoconstitucionalista en lo que hace a la función de los jueces y tribunales constitucionales

Sin lugar a dudas, el modelo del neoconstitucionalismo, principalmente a través de la función que encomienda a los jueces, contiene una posibilidad de lograr que los derechos constitucionales estén más asegurados frente a la distracción, desentendimiento o violación por parte de los otros poderes de gobierno. Los derechos a la vida y a la salud, el derecho a la igualdad, los derechos sociales, el acceso a la justicia, el debido proceso y la tutela judicial efectiva, deben mucho a la labor judicial. La prudente, lúcida y decidida acción de los jueces y en particular de los tribunales constitucionales puede hacer mucho para la mejora del sistema jurídico y político de un determinado país. Esta nos parece que es la principal oportunidad que ofrece este, en alguna medida nuevo, paradigma del neoconstitucionalismo.

Por otro lado, nos parece que el modelo del neoconstitucionalismo tiene dos riesgos principales: la extralimitación judicial y una impronta excesivamente individualista y relativista en la concepción e instrumentación de los derechos humanos que llegue a desvirtuar su contenido y alcance.

En cuanto a la posibilidad de la extralimitación, habrá que estar atentos a no llevar al debate judicial lo que es propio del debate legislativo, incursionando de ese modo en áreas que son propias de la función gubernamental, a cargo de los poderes de base electoral, y para lo que no está debidamente preparado ni diseñado el proceso judicial²¹.

²¹ La Corte Suprema argentina se hizo eco parcial de esta postura cuando en el caso Rendón, Fallos, 251:53 (1962), afirmaba: "El remedio a la posibilidad genérica de que la función legislativa se aparte de las exigencias del bien común, debe buscarse en los comicios y no en los estrados de la Corte Suprema, pues la Constitución Nacional no encomienda a ella la satisfacción del bienestar general, en los términos del art. 67 inc. 16 y 28".

Una indebida intervención judicial podría llevar a imponer preferencias personales de los magistrados, en coordinación con los medios de comunicación, las ONG “más progresistas” y a veces los organismos internacionales, por sobre las decisiones de base mayoritaria. Con cierta ironía, señala el *Justice* Scalia que los jueces partidarios de la *living constitution* son jueces felices, porque encuentran siempre que sus preferencias personales coinciden con lo que, a su criterio, señalan los textos constitucionales²².

Se corre el riesgo de promover el surgimiento de jueces iluminados o profetas, que se sienten llamados a resolver desde sus estrados judiciales los más difíciles y complejos problemas sociales y políticos, cuando el proceso judicial no está pensado ni diseñado para ello²³. Esto puede llevar al excesivo protagonismo y vetetismo judicial, a la preocupación por las grandes causas y la desatención de las normales y habituales y al riesgo latente de una politización indebida del Poder Judicial.

Hasta fines del siglo XX, la realidad de los tribunales constitucionales latinoamericanos muestra que la amenaza no han sido las cortes activistas, sino que, en todo caso, tendió a predominar un cierto permisivismo judicial. Sin embargo, ahora despunta el peligro de cortes alocadamente activistas, como pone de manifiesto algunos fallos del tribunal constitucional colombiano²⁴.

Siempre vale la pena recordar la sabia advertencia del juez norteamericano Frankfurter: “Si los jueces quieren ser predica-

²² Según Scalia: “A ‘living-Constitution’ judge [...] is a ‘happy fellow who comes home at night to his wife and says, ‘The Constitution means exactly what I think it ought to mean!’” (Talbot, Margaret, “Supreme Confidence. The jurisprudente of Justice Antonin Scalia”, *The New Yorker*, 28 de marzo de 2005, p. 42).

²³ Nos parece que algunas decisiones del juez español Garzón asignándose una jurisdicción y competencia universal en materia penal o algunos fallos del juez porteño Gallardo (cfr. nuestro trabajo “El sorpresivo final del primer proceso de remoción a un juez porteño”, *La Ley*, 2006-C-203), son una muestra de estos peligros.

²⁴ Cfr. Suarez Berrío, “Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997”, *Revista Dikaion*, n° 8, julio de 1999, Facultad de Derecho, Universidad de la Sabana.

dores, deberían dedicarse al púlpito; si pretenden ser primariamente configuradores de una política, el Parlamento es su lugar. Los jueces obstinados son los menos defendibles entre todos los que atacan al imperio del Derecho”²⁵. Y también aquella otra que expresara Eduardo Couture: “Del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el Poder Judicial; en tanto que del despotismo del Poder Judicial no queda recurso alguno”²⁶. Por eso, es siempre necesaria la autolimitación, el *self-restraint* judicial, que asegure el equilibrio de los poderes y del juego democrático.

El segundo riesgo que se advierte en algunas versiones del neoconstitucionalismo y frente al que hay que estar prevenidos, es que se realice una interpretación exageradamente individualista, relativista y permisiva de los derechos constitucionales, particularmente del derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, del derecho a la privacidad y, del más reciente, derecho a la diferencia, que desnaturalice el contenido propio de esos derechos y lesione otros legítimos derechos o bienes públicos. En ocasiones, actuando de ese modo, se puede pretender imponer desde los tribunales constitucionales una nueva concepción disolvente de la vida social.

A la hora de interpretar y operar los derechos es necesario tener presente la sabia fórmula expresada en el art. 32 de la CADH: “Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”²⁷. Allí están debidamente contempladas y equilibra-

²⁵ Frankfurter, Félix, *John Marshall and the judicial function: Government under law*, Cambridge, Mass, 1956, p. 31.

²⁶ Couture, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1978, Tomo I, p. 92.

²⁷ También en el art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se puede leer: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconoci-

das las exigencias que se derivan de la efectiva tutela de los derechos humanos con las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática. El excesivo individualismo y permisivismo podría llevar al debilitamiento de los vínculos sociales y de los ideales de excelencia colectivos, especialmente en ciertas y determinadas áreas como las de la moralidad pública, permitiendo el surgimiento de ciertas “zonas rojas” para el ejercicio abusivo de ciertos derechos y dando razón a la queja del tango cuando señala con desdén que “todo es igual, nada es mejor”.

También habrá que estar atentos a una apertura incondicional, acrítica e indiscriminada al derecho internacional de los derechos humanos y a las doctrinas de los tribunales y organismos internacionales, en general muy valiosas pero que algunas veces pueden ser algo tendenciosas²⁸. Nos parece que es importante reafirmar el necesario margen nacional de apreciación y el carácter de la constitución nacional como instancia jurídica última, suprema y definitiva para los jueces nacionales.

V) Recepción de las tesis del neoconstitucionalismo en la Argentina

Las novedades jurídicas sobre las que se desarrolla el neoconstitucionalismo europeo son realidades ya presentes, en buena medida, en el sistema constitucional argentino desde los albores mismos de la organización constitucional: carácter normativo de la CN, protección judicial de los derechos humanos,

miento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

²⁸ Si el Comité del CEDAW considera que el mantenimiento del día de la Madre es contrario a los derechos de no discriminación de la mujer, no necesariamente será obligatorio seguir acríticamente esa pauta para los operadores jurídicos de nuestro país.

carácter difusivo e integrador de las disposiciones constitucionales, etc. La Argentina adhirió con su constitución de 1853 al modelo constitucional norteamericano donde el carácter normativo y supremo de la Constitución Nacional estuvo presente desde sus inicios. Especialmente se pueden ver en ese sentido, los arts. 31, 112²⁹ y 116. También estos principios estuvieron presentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema desde los comienzos de su labor jurisdiccional y a lo largo de sus distintas etapas³⁰. Siempre se ha sostenido esas propiedades del texto constitucional que ahora descubre y postula el neoconstitucionalismo, aunque recientemente y de modo gradual se han acentuado su intensidad. Nos parece que no hay un cambio cualitativo, sino de grado: un creciente grado de constitucionalización del ordenamiento jurídico como parte del creciente proceso de juridización y judicialización del proceso político y social.

Por otra parte, corresponde señalar que la reforma constitucional de 1994 significó una modificación importante en nuestro sistema de fuentes, particularmente por la jerarquía constitucional que se otorgó a los Tratados sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 22.2 y 3). Allí los derechos constitucionales adquieren una mayor relevancia aun y un desarrollo más detenido de sus contenidos que en la primera parte de la Carta Magna. Tampoco puede dejar de mencionarse que la recepción constitucional y jurisprudencial del derecho internacional de los derechos humanos está produciendo una profunda y notable transformación de todo nuestro sistema jurídico.

También en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los últimos años se puede advertir con claridad la recepción de algunas

²⁹ Art. 112: “En la primera instalación de la Corte Suprema, los individuos nombrados prestarán juramento en manos del presidente de la Nación, de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución”.

³⁰ Cfr., entre muchos otros ejemplos, los fallos de los casos: “Elortondo”, “Além”, “Siri”, “Kot”, “Sofía”, “Outon”, “Mate Larengeira”, “Saguir”, etc.

de las tesis o doctrinas más afines al neoconstitucionalismo. Así, por ejemplo, se pueden mencionar los siguientes casos:

- Corte Suprema 1983-90: casos Bazterrica³¹, Sejean³², Portillo³³ y Rayford³⁴;
- Corte Suprema 1990-2003: casos Ekmekdjian³⁵, Bahamondez³⁶, Morales Solá³⁷, Girolodi³⁸, Arteaga³⁹, Mignone⁴⁰, Calvo y Pesini⁴¹, González de Delgado⁴², y Asociación Benghalensis⁴³;
- Corte Suprema 2003-: casos Alitt⁴⁴, Hoft⁴⁵, Mendoza⁴⁶, Verbitsky, Defensor del Pueblo⁴⁷ y Badaro⁴⁸.

³¹ Fallos, 308:1392 (1986). Un detenido comentario de este fallo puede verse en: Sagües, Néstor, *Tenencia de estupefacientes, delitos de peligro abstracto, razonabilidad de las penas y perspectivas del control de constitucionalidad*, JA, 1986-IV-962.

³² Fallos, 308:2310 (1986). Sobre este fallo se puede consultar los siguientes comentarios: Boggiano, Antonio, *El divorcio en la Corte*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987; Sagües, Néstor, *Constitución, Matrimonio indisoluble y divorcio vincular*, LL, 1986-A-796; Bidart Campos, *La Corte Suprema y el divorcio vincular*, ED, 121-522.

³³ Fallos, 312:496 (1989). Hay varios comentarios sobre este fallo: ver en especial, Bidart Campos, G., *Un brillante e innovador fallo de la Corte Suprema acoge parcialmente la objeción de conciencia para los deberes militares*, ED 133-365 y Oyhanarte, Julio, *El caso Portillo y la imagen de la Corte*, La Nación, 5-V-89.

³⁴ Fallos, 308:733 (1986).

³⁵ Fallos, 315:1492 (1992).

³⁶ Fallos, 316:479 (1993).

³⁷ Fallos 319:2741.

³⁸ Fallos, 318:514 (1995).

³⁹ Fallos, 321:2767 (1998); LL, 1998-F-236.

⁴⁰ Fallos, 325:524, (2002).

⁴¹ Fallos, 321:194 (1998).

⁴² Fallos, 323:2659 (2000).

⁴³ Fallos, 323:1339 (2000).

⁴⁴ CS, 21-XI-06.

⁴⁵ Fallos, 327:5118 (2004).

⁴⁶ CS, 20-VI-06.

⁴⁷ CS, 18-IX-07.

⁴⁸ En la parte resolutive se afirma: “comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas a las que se alude en los considerandos”. La Corte, en este caso, reconoce sus limitaciones constitucionales para actuar, pero no se queda allí sino que impulsa la actuación de los órganos

Se advierte un progresivo cambio de paradigma en la propia autoconcepción del rol institucional del máximo tribunal.

Había afirmado en su momento la Corte Suprema argentina: “La misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar a las funciones que incumben a otros poderes, pero sin renunciar a la jerarquía que la constitución -como su modelo norteamericano– reserva al acto de juzgar como acción propia del Poder Judicial, a cuya cabeza se halla este tribunal, con capacidad de control constitucional, como custodio de los valores básicos del sistema político jurídico. Tan celosa debe mostrarse esta Corte Suprema en el uso de sus facultades, cuanto en el respeto que la Ley Fundamental asigna a los otros poderes. El mantenimiento de ese delicado equilibrio es la más grande contribución que el Poder Judicial debe prestar a la seguridad jurídica y al bienestar general”⁴⁹.

En cambio, ahora se afirma para justificar su mayor activismo en materia de protección de los derechos humanos: “En el campo de la elección de los medios más adecuados para lograr las finalidades del bien común [...] el proceso legislativo constituye, sin duda, la vía apta para llegar a decisiones al menos aceptables, en virtud del compromiso, o de la imposición de la mayoría. Pero cuando se trata de precisar el contenido de los derechos humanos fundamentales, adquiere preeminencia el Poder Judicial a cuyos integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un estado de derecho: garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas frente al Poder del Estado”⁵⁰.

habilitados para hacerlo –el Congreso– y, de ese modo, propugna una deliberación pública del tema”.

⁴⁹ Fallos, 316:2624.

⁵⁰ Fallos, 308:2268.

VI. Conclusión final

Para finalizar, podemos señalar que tanto desde el derecho constitucional, como desde la filosofía del derecho habrá que seguir de cerca la evolución de esta nueva corriente del neoconstitucionalismo para realizar una lúcida tarea de discernimiento que potencie sus posibilidades a favor del aseguramiento de la dignidad de la persona humana y esté atento para neutralizar sus riesgos y amenazas⁵¹.

⁵¹ Ver, en este sentido, el trabajo de Rodolfo Vigo, citado en la nota. 1.