



Dikaion

ISSN: 0120-8942

revista.dikaion@unisabana.edu.co

Universidad de La Sabana

Colombia

Santiago, Alfonso

SISTEMA JURÍDICO, TEORÍA DEL DERECHO Y ROL DE LOS JUECES: LAS NOVEDADES DEL  
NEOCONSTITUCIONALISMO

Dikaion, vol. 22, núm. 17, diciembre, 2008, pp. 131-155

Universidad de La Sabana

Cundinamarca, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72011607007>

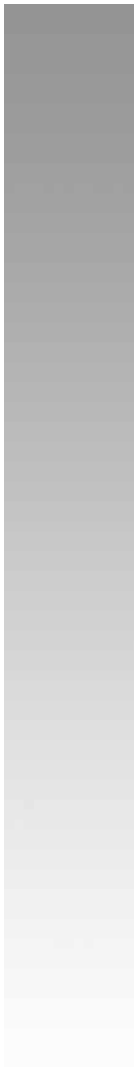
- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



---

ALFONSO SANTIAGO

DOCTOR EN DERECHO. PROFESOR TITULAR DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL, UNIVERSIDAD AUSTRAL. BUENOS AIRES, ARGENTINA.  
asantiago@cudes.org.ar

---

**SISTEMA JURÍDICO, TEORÍA  
DEL DERECHO Y ROL DE LOS  
JUECES: LAS NOVEDADES  
DEL NEOCONSTITUCIONALISMO**



---

RECIBIDO JULIO 14 DE 2008, APROBADO NOVIEMBRE 8 DE 2008

## RESUMEN

En este trabajo se intenta hacer una descripción y valoración de algunos de los principales contenidos del neoconstitucionalismo. El origen de esta nueva corriente jurídica se sitúa en el marco del derecho constitucional europeo de posguerra y de la labor desarrollada por los distintos tribunales constitucionales, en especial el alemán. Luego, se identifican tres aspectos centrales que caracterizan al neoconstitucionalismo: las transformaciones del ordenamiento jurídico como consecuencia del valor normativo que se atribuye a la Constitución; la nueva teoría del derecho que acompaña y promueve este fenómeno; y el rol institucional que, de acuerdo con el nuevo paradigma jurídico, comienzan a desarrollar los jueces y tribunales constitucionales, con el consiguiente surgimiento de novedosas posturas y doctrinas jurisprudenciales. Posteriormente, se analizan las posibilidades y los riesgos que plantea el modelo del neoconstitucionalismo. En primer término, se sostiene que el desarrollo de esta corriente puede contribuir notablemente a la vigencia efectiva de los derechos humanos mediante la activa tarea de los jueces. Como posibles riesgos se señalan dos: una concepción excesivamente individualista y relativista de los derechos humanos, y la posibilidad de una extralimitación judicial que afecte el normal funcionamiento del sistema institucional. Finalmente, se da cuenta de cómo algunas de las tesis neoconstitucionalistas han sido recepcionadas en el derecho constitucional argentino, especialmente a través de la reforma constitucional de 1994 y en algunos de los fallos más recientes de la Corte Suprema de ese país.

### **PALABRAS CLAVE**

Neoconstitucionalismo, sistema jurídico, teoría del derecho, derechos humanos, poder judicial, jueces, control de constitucionalidad.

## **ABSTRACT**

In this article I attempt to make a description and an assessment of some of the main contents of neoconstitutionalism. This new current is framed in post Second World War european constitutional law and in the work developed by national constitutional courts. Three main aspects are identified, that characterise neoconstitutionalism: the legal system's transformation due to the normative value attributed to the constitution; the new theory of law that accompanies this event and the institutional role that judges begin to develop, following the new paradigm and causing the rise of new jurisprudence doctrines. I afterwards analyze the possibilities and risks posed by the pattern of neoconstitutionalism. Firstly, it is suggested that the development of this current may notably contribute to the effective validity of human rights, by means of the judges' active task. Secondly, two possible risks are pointed out: an excessively individualistic and relativist conception of human rights, and the possibility of a judicial activism that could affect the normal functioning of the institutional system. Finally, I report how the neoconstitutionalist theses have been received in the argentine constitutional law, specially in the 1994 constitutional reform and in some of the most recent cases adressed by the Supreme Court of that country.

### **KEY WORDS**

Neoconstitutionalism, legal system, theory of law, human rights, judicial power, judges, judicial review.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS. 2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORÍA JURÍDICA. 3. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA MISIÓN DE LOS JUECES EN UNA DEMOCRACIA. 4. POSIBILIDADES Y RIESGOS DEL MODELO NEOCONSTITUCIONALISTA EN LO QUE HACE A LA FUNCIÓN DE LOS JUECES Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. 5. RECEPCIÓN DE LAS TESIS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ARGENTINA. CONCLUSIÓN.

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años es frecuente oír hablar acerca del neoconstitucionalismo, sin saber, a veces, con mayor precisión a qué realidades se alude exactamente con este novedoso término. El propósito principal de este artículo es brindar un panorama general de esta nueva corriente de pensamiento jurídico, que tiene su origen y desarrollo en el marco de la tradición constitucional europea de los últimos cincuenta años<sup>1</sup>. Para ello, pretendemos identificar los principales contenidos que se engloban bajo este reciente concepto, analizar las principales cuestiones que plantean cada uno de ellos, y hacer un juicio de valor sobre las posibilidades y los riesgos que presenta el surgimiento de esta nueva tendencia jurídica. Por último, daremos un panorama general sobre la recepción de los principios de esta corriente en el derecho constitucional argentino y en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país. Desarrollaremos el trabajo en diálogo con las doctrinas, los autores y los fallos jurisprudenciales que guardan relación con las principales propuestas del neoconstitucionalismo.

Podemos comenzar señalando que en el constitucionalismo moderno existen dos grandes tradiciones: la norteamericana y la europea. El neoconstitucionalismo pertenece principalmente a la segunda de ellas, aun cuando varios de sus principios e instituciones pueden reconocer su fuente de inspiración originaria en la tradición norteamericana. Su origen histórico más inmediato está en las valiosas elaboraciones jurisprudenciales del tribunal constitucional alemán en los primeros años de labor jurisprudencial luego de la sanción de llamada Ley Fundamental de Bonn<sup>2</sup>, aunque su conceptualización y denominación son más recientes y han

<sup>1</sup> Acerca del neoconstitucionalismo se puede consultar la siguiente bibliografía: Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, obra en la que se publican varios artículos de diversos autores acerca de esta corriente jurídica; Paolo Comanducci, "Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía*, núm. 16, abril de 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; Carlos Bernal Pulido, "El Neoconstitucionalismo a debate", en *Temas de Derecho Público*, núm. 76, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006, p. 29; Hernán Olano García, *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006; Andrés Gil Domínguez, "Neoconstitucionalismo formalista y neoconstitucionalismo ético", *La Ley*, 27-II-06; y "Neoconstitucionalismo y última palabra", *La Ley*, 14-III-08; Rodolfo Vigo, *Neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones* (en prensa).

<sup>2</sup> 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 "Elles", 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

tenido lugar, principalmente, en Italia y España<sup>3</sup>. Por lo dicho, puede advertirse que el neoconstitucionalismo es una corriente jurídica reciente y en proceso interno de conformación y consolidación.

Siguiendo parcialmente criterios ya propuestos por otros autores<sup>4</sup>, 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 el desarrollo de este trabajo seguiremos este esquema inicial.

## 1. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS

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 Francia<sup>5</sup> y, más tardíamente, a partir de 1978, en España. Es como una nueva fase 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* o *constitucionalismo contemporáneo* con que se lo identifica.

---

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 Sodero, "Sobre el antipositivismo jurídico del Bundesverfassungsgericht" (en prensa), y la bibliografía y jurisprudencia allí citada.

<sup>3</sup> Pueden ser considerados dentro de las corrientes neoconstitucionalistas autores europeos como Zagrebelsky, Ferrajoli, Comanducci y Prieto Sanchis.

<sup>4</sup> Señala Luis Pietro Sanchis: "Con el nombre de neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo se alude tanto a un modelo de organización jurídico político o de Estado de derecho, como al tipo de teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo; e incluso cabría hablar de una tercera acepción, el neoconstitucionalismo como ideología, para referirse a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de derecho"; voz "Neoconstitucionalismo" en Miguel Carbonell (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, Porrúa y UNAM, 2005, p. 420.

<sup>5</sup> Un hito importante en este país tiene lugar a comienzos de la década de los setenta 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 núm. 19), que reconoce valor jurídico a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como parte integrante de la Constitución francesa. Dmitri Georges Lavroff, "El Consejo Constitucional Francés y la Garantía de las Libertades Públicas", *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, núm. 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 43 y ss.

Algunas de estas transformaciones estructurales del sistema jurídico se expanden luego, especialmente a partir de la década de los noventa, hacia algunos países de América Latina (por ejemplo, a Colombia, con la sanción de la Constitución de 1991 y la novedosa jurisprudencia que comienza a desarrollar el tribunal constitucional creado por ella), los ex países comunistas (por ejemplo, Hungría) y otros Estados, como Sudáfrica, India y Turquía. En todos estos casos se advierte la creciente importancia que van adquiriendo en su sistema político la constitución como norma jurídica y los tribunales constitucionales como órganos que velan por asegurar su vigencia, en especial mediante la tutela y el progresivo desarrollo de los derechos humanos. Ello supone una transformación importante del ordenamiento normativo y de todo el sistema jurídico de estos países. Por ello, sus partidarios señalan que el neoconstitucionalismo es una corriente europea, pero en franco proceso de expansión global.

El jurista italiano Guastini<sup>6</sup> señala siete condiciones que permiten hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico:

- i) Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales.
- ii) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional.
- iii) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es ya considerada como un conjunto de normas “programáticas”, sino “preceptivas”.
- iv) La “sobreinterpretación” de la Constitución, ya que su texto es interpretado extensivamente y se deducen de ella principios implícitos.
- v) La aplicación directa de las normas constitucionales, sin necesidad de la mediación legislativa, que también se extiende a las relaciones entre particulares.
- vi) La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores.
- vii) La presencia e 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. 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 los grupos sociales, y se consagran las garantías jurídicas que los hacen efectivos: del principio que establecía que los derechos humanos valían 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 ahora 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,

<sup>6</sup> Riccardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”, en *Estudios de teoría constitucional*, México, ILJ-UNAM, Fontamara, 2001.

bien diverso del modelo legicentrista decimonónico imperante anteriormente en los sistemas jurídicos de base continental.

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 al Parlamento, se pasa a su consideración como norma jurídica suprema y de aplicación directa, dirigida en esencia 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 jueces<sup>7</sup>.

Junto a este proceso de transformación del derecho interno se verifica el surgimiento y la expansión del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), tanto a nivel 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 reconocida 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, uno de los mayores desafíos que enfrentan actualmente los sistemas jurídicos de los distintos países.

Ciertos aspectos del fenómeno del neoconstitucionalismo no representan 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 diferenciales<sup>8</sup>, desde mucho tiempo atrás, casi desde sus inicios. En todo caso, lo que ha sucedido en estos países es la intensificación del modelo constitucional inicial, potenciado especialmente por el surgimiento y la recepción en sede nacional del derecho internacional de los derechos humanos.

El neoconstitucionalismo tiene un carácter parcial respecto al constitucionalismo considerado como totalidad: le interesa principalmente una parte de la problemática constitucional, la relacionada con la protección de los derechos humanos.

<sup>7</sup> Para la descripción detallada de estos cambios véase Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995.

<sup>8</sup> 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. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 2 edición, Nueva York, Aspen, 2002, pp. 486 a 517.



En cambio, no presta mayor atención a la organización estatal, a la denominada “parte orgánica”. Su meta primordial no es tanto limitar y controlar al poder (objetivo central del constitucionalismo clásico), como afianzar y garantizar la vigencia de los derechos humanos<sup>9</sup>. 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 las instituciones 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 de acuerdo con los nuevos principios jurídicos *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 que se asignan a 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, de todo el sistema normativo y jurídico.

## 2. 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 que se advierten en la realidad jurídica. 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 aún más a los filósofos del derecho y a quienes se ocupan de la teoría del derecho, que a los propios constitucionalistas.

<sup>9</sup> 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”. Comanducci, “Formas de (Neo) Constitucionalismo...”, ob. cit., pp. 99 y 100.

El paradigma jurídico predominante en Europa al momento de surgir el neoconstitucionalismo era el positivismo jurídico. 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 en manos de la sociología jurídica y de la filosofía o la ética, respectivamente. Ahora la teoría jurídica pretende ocuparse de las tres cuestiones antes mencionadas. 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.

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, Arno y Zagrebelsky, que son algunos de 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. Adquieren 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 el derecho, permitiendo su crítica interna, incorporando en su seno una teoría de la justicia, fundada en los derechos humanos<sup>10</sup>. Por su parte, desde una perspectiva diferente, Dworkin escribe sobre la necesidad de hacer una lectura moral de la Constitución<sup>11</sup>, 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<sup>12</sup>. 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 del judicial, acercando la reflexión filosófica

<sup>10</sup> Cfr. Mauro Capelletti, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista española de derecho constitucional*, 1986, p. 45 y ss.

<sup>11</sup> Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.

<sup>12</sup> Cfr., entre otros, Luigi Ferrajoli, “Garantías”, *Jueces para la democracia*, núm. 38, Madrid, 2000, pp. 39 y ss.

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*<sup>13</sup>.

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 anterior 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?<sup>14</sup>.

### 3. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA MISIÓN DE LOS JUECES EN UNA DEMOCRACIA

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 activamente<sup>15</sup>, especialmente alentando un modelo de poder judicial 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 actitud institucional de los jueces, en particular de los tribunales constitucionales, que podríamos definir como activismo judicial, con fundamento normativo en los derechos humanos constitucionalizados o reconocidos en los documentos internacionales<sup>16</sup>. 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

<sup>13</sup> Gustavo Zagrebelsky, "Dos tradiciones de derechos: derechos de libertad y derechos de justicia", en *Derechos y Libertades*, num. 2, año 1 (1993-1994), Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, p. 371.

<sup>14</sup> Sobre la discusión entre iuspositivistas y neoconstitucionalistas remitimos a la bibliografía señalada en el trabajo de Comanducci, "Formas de (Neo) Constitucionalismo...", ob. cit., p. 96, n. 7.

<sup>15</sup> 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 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". Ibid., p. 100.

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, Gustavo Zagrebelsky, "Jueces Constitucionales", discurso pronunciado el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50º aniversario de la Corte Constitucional italiana.

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 fue el siglo del poder legislativo y el XX el del poder ejecutivo, el siglo XXI será, de acuerdo con 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 impulsos autoritarios de los políticos profesionales que pueblan los demás poderes de Estado"<sup>17</sup>. Se advierte un cierto elitismo epistemológico y ético judicial, una elevada consideración de la misión institucional del poder judicial, que en ocasiones aparece como algo exagerado, desbalanceado y descontrolado. Así Gil Domínguez llega a hablar de la omnipotencia judicial en un Estado constitucional<sup>18</sup>. Algunos, más moderados, sostienen que el modelo que se debe seguir 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)<sup>19</sup>, 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 norteamericanas, 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.

<sup>17</sup> Cfr. Lisa Hilbink, *Legalism against democracy: The political role of the judiciary in Chile, 1964-1994*, tesis doctoral presentada en la Universidad de California, San Diego, 1999

<sup>18</sup> "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*, 14-III-08.

<sup>19</sup> Respecto de la llamada "Corte Warren" es de consulta obligada el libro de Bernard Schwartz, *The Warren Court: A Retrospective*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

El modelo institucional de poder judicial y de tribunal constitucional propio del neoconstitucionalismo no es ya una corte moderadora, sino una corte activista<sup>20</sup>. La Corte Suprema no aparece tan preocupada por el control de los poderes, por asegurar la división de los mismos, como en la promoción y el 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, medioambiente, carcelaria, sectores sociales más carenciados o excluidos, 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 de 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 sistema 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”.

Una situación muy interesante para ejemplificar los problemas jurídicos e institucionales que plantea este activismo judicial en los “casos difíciles” se dio en Estados Unidos en la segunda mitad de la década de los noventa a propósito de la resolución del 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. Algunos legisladores de ese país intentaron iniciar juicios políticos a los seis jueces de la Corte Suprema que conformaron la mayoría, acusándolos de asumir presuntas ilegítimas posturas activistas que desconocían decisiones de otros órganos de gobierno con base electoral. De ahí el nombre de *Romer Six* con que se conoce este “incidente institucional”.

La enmienda constitucional declarada inconstitucional por la Corte federal –conocida como la “Enmienda 2”– establecía que:

<sup>20</sup> Acerca de las características propias que definen cada uno de estos modelos remitimos a nuestro libro *La Corte Suprema y el control político*, Buenos Aires, Ábaco, 1999.

ni el estado de Colorado, por medio de cualquiera 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 estatus 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*<sup>21</sup>, 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 Estados Unidos 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

<sup>21</sup> 478 U.S. 186, 1986.

otorgada por distintas leyes a grupos beneficiarios de tratamiento preferencial, lo cual demuestra –una vez más– que 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*, *Intercessors 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<sup>22</sup>. 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*.

El activismo judicial produce una transformación en el modo de encausar las demandas y los 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”<sup>23</sup>.

Paradójicamente, 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.

<sup>22</sup> Cfr. Manuel José García-Mansilla, “Historia de los juicios políticos a los jueces federales norteamericanos”, en Alfonso Santiago (h) (dir.), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Buenos Aires, Ábaco, 2006, tomo I, p. 569.

<sup>23</sup> Una expresión similar es utilizada por Antoine Garapon en el título de su libro *Le Gardien des promesses*, publicado en Presses Universitaires de France en 1998.

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;
- utilización del principio *pro homine* para escoger las normas que mayor tutela y protección otorguen a los derechos de las personas<sup>24</sup>;
- 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<sup>25</sup>;
- obligatoriedad de seguir las pautas jurisprudenciales establecidas por los tribunales internacionales;
- ejercicio del control de “convencionalidad”, es decir, de su adecuación a los principios y las normas del derecho internacional de los derechos humanos, y no sólo de constitucionalidad de las normas internas, por parte de los jueces nacionales;
- 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 las de los otros poderes. Se trata de las denominadas sentencias aditivas y exhortativas<sup>26</sup>.

#### 4. 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 una activa

<sup>24</sup> Cfr. Mónica Pinto, “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*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

<sup>25</sup> Cfr. María Sofía Sagüés, “Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión”, en *Derecho Procesal Constitucional*, E. Ferrer Mac Gregor (coord.), México, Porrúa, 2002, tomo III, p. 2499.

<sup>26</sup> Cfr. María Sofía Sagüés, “La jurisprudencia nomogenética en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *El Dial*, suplemento de derecho constitucional, marzo de 2008.



y creativa labor judicial. La prudente, lúcida y decidida acción de los jueces, y en particular de los tribunales constitucionales, puede hacer mucho para la mejora en puntos concretos 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 judicial<sup>27</sup>.

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 constitucionales<sup>28</sup>.

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 ello<sup>29</sup>. Esto puede llevar al excesivo protagonismo y *vedetismo* 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 ponen de manifiesto algunos fallos del tribunal constitucional colombiano<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> 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”.

<sup>28</sup> 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!’”. Margaret Talbot, “Supreme Confidence. The jurisprudence of Justice Antonin Scalia”, *The New Yorker*, 28 de marzo de 2005, p. 42.

<sup>29</sup> 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 del peligro de estos desbordes judiciales.

<sup>30</sup> Cfr. Suárez Berrio, “Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitu-

Siempre vale la pena recordar la sabia advertencia de juez norteamericano Frankfurter: "Si los jueces quieren ser predicadores, 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"<sup>31</sup>. 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"<sup>32</sup>. 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, en particular 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 formula expresada en el artículo 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"<sup>33</sup>. Allí están debidamente contempladas y equilibradas 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 tendenciosas. Nos parece que es importante

cional colombiana entre los años 1992 y 1997", *Revista Dikaion*, núm. 8, julio de 1999, Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana.

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

<sup>32</sup> Eduardo Couture, *Estudios de derecho procesal civil*, 2 edición, Buenos Aires, Depalma, 1978, tomo I, p. 92.

<sup>33</sup> También en el artículo 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 reconocimiento 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".

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.

## 5. RECEPCIÓN DE LAS TESIS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ARGENTINA

Habiendo brindado un panorama general acerca del neoconstitucionalismo, en este apartado pretendemos analizar brevemente cómo sus principales principios han sido recepcionados en el derecho constitucional argentino, particularmente en la jurisprudencia de su máximo tribunal, la Corte Suprema de Justicia.

La gran mayoría de las novedades jurídicas sobre las que se desarrolla el neoconstitucionalismo de origen europeo (carácter normativo de la Constitución, carácter difusivo e integrador de las disposiciones constitucionales, control judicial de constitucionalidad, protección de los derechos humanos, etc.) eran, en buena medida, realidades ya presentes en el sistema constitucional argentino desde los albores mismos de la organización constitucional a mediados del siglo XIX. Argentina adhirió, con su constitución de 1853, al modelo constitucional norteamericano, donde el carácter normativo y supremo de la Constitución fue reconocido ya desde los inicios de su tradición constitucional. Las propiedades del texto constitucional que ahora postula el neoconstitucionalismo ya estaban reconocidas desde el origen de la era constitucional argentina<sup>34</sup>, aunque recientemente y de modo gradual se ha acentuado su intensidad.

En este sentido, corresponde señalar que la reforma constitucional de 1994 significó una modificación importante en nuestro sistema de fuentes, en particular por la jerarquía constitucional que se otorgó a los varios tratados sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22.2 y 3)<sup>35</sup>. Mediante esta incorporación constitucional, la

<sup>34</sup> Así, los artículos 31, 112 y 116 de la Constitución argentina disponen, respectivamente, lo siguiente:

- "*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales*".

- "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*".

- "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, *el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución*".

<sup>35</sup> Estas disposiciones constitucionales establecen lo siguiente: "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana de los 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*. Solo 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.

protección de los derechos humanos adquiere aún una mayor relevancia jurídica y política, y un desarrollo más detenido de sus contenidos que la que tenían hasta ese momento. La recepción constitucional y jurisprudencial del derecho internacional de los derechos humanos está produciendo una profunda y notable transformación de todo el sistema jurídico argentino, tal vez la más profunda que ha experimentado a lo largo de toda su historia. De manera complementaria, la reforma constitucional de 1994 consagró en los artículos 41<sup>36</sup> y 42<sup>37</sup> algunos de los denominados derechos de tercera generación, e incorporó la tutela de los “derechos de incidencia colectiva”, estableciendo en el artículo 43<sup>38</sup> un régimen específico para su tutela.

Se pueden señalar algunos precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema argentina de las etapas anteriores a la actual en los que, de algún modo, están ya presentes elementos propios del neoconstitucionalismo. Entre otros, podrían mencionarse los siguientes fallos<sup>39</sup>:

- caso Siri<sup>40</sup>: en este fallo el máximo tribunal argentino creó pretorianamente la acción de amparo para la pronta y efectiva protección de los derechos humanos;
- caso Bazterrica<sup>41</sup>: en el que se declaró la inconstitucionalidad de la mera tenencia de estupefacientes destinada al consumo personal, por considerar que ello violaba el derecho constitucional a la privacidad;
- caso Sejean<sup>42</sup>: en esta sentencia, la Corte Suprema, en fallo dividido, declaró la inconstitucionalidad de la ley de matrimonio civil que consagraba la indisolubilidad matrimonial, por estimar que esa disposición legal era lesiva del

---

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”.

<sup>36</sup> Artículo 41: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.

<sup>37</sup> Artículo 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno”.

<sup>38</sup> Artículo 43: “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

<sup>39</sup> Para un análisis más completo de estos fallos, remitimos a nuestro libro, *La Corte Suprema y el control político*, ob. cit.

<sup>40</sup> Fallos, 239:459 (1957)

<sup>41</sup> Fallos, 308:1392 (1986). Un detenido comentario de este fallo puede verse en: Néstor Sagües, “Tenencia de estupefacientes, delitos de peligro abstracto, razonabilidad de las penas y perspectivas del control de constitucionalidad”, *Jurisprudencia Argentina*, 1986-IV-962.

<sup>42</sup> Fallos, 308:2310 (1986). Sobre este fallo se pueden consultar los siguientes comentarios: Antonio Boggiano, *El divorcio en la Corte*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987; Néstor Sagües, “Constitución, matrimonio indisoluble y divorcio vincular”, *La Ley*, 1986-A-796; Bidart Campos, “La Corte Suprema y el divorcio vincular”, *El Derecho*, 121-522.

derecho a la libre elección del proyecto de vida de las personas y significaba la imposición de un ideal de vida;

- caso Ekmekdjian<sup>43</sup>: en este fallo la Corte Suprema estableció el carácter operativo del derecho de réplica reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos, aún en el supuesto de que no existiera ley interna reglamentaria y sostuvo, adicionalmente, que todas las disposiciones de un tratado internacional tienen jerarquía superior a las leyes internas;
- caso Bahamondez<sup>44</sup>: en esta sentencia se reconoció la objeción de conciencia de un integrante de la confesión religiosa Testigos de Jehová para negarse a recibir tratamientos médicos que contrariaban sus convicciones religiosas;
- caso Asociación Benghalensis<sup>45</sup>: mediante este fallo se reconoció a todos los enfermos de SIDA el derecho a recibir un tratamiento médico adecuado a cargo del Estado.

Tras el recambio en la integración del máximo tribunal argentino ocurrida a partir del año 2003, se nota un incremento de los rasgos neoconstitucionalistas en la jurisprudencia del tribunal, con un claro propósito de asumir un rol más activo en la defensa y promoción de los derechos humanos, en especial los de contenido social. Como manifestación de esta tendencia podemos mencionar los siguientes casos:

- caso ALITT <sup>46</sup>: la Corte Suprema dejó sin efecto el acto administrativo por el cual se negó el reconocimiento, como asociación civil, de una entidad destinada a luchar contra la discriminación contra los travestis y transexuales. La negativa administrativa se fundaba en razones de moralidad pública;
- caso Verbitsky<sup>47</sup>: se trata de una acción de hábeas corpus colectivo interpuesta por una entidad no gubernamental a favor de las personas privadas de su libertad en la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, en razón de las condiciones inadecuadas en la que ellas cumplen sus detenciones debido a la superpoblación carcelaria. La Corte Suprema acoge la presentación y en la parte resolutive de su sentencia establece los siguientes puntos:
  - i) dispone que la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires haga cesar en sesenta (60) días la detención en comisarias de la provincia de menores y enfermos, y que el poder ejecutivo de dicha provincia cada sesenta (60) días informe a la Corte Suprema las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos;
  - ii) ordena que el mencionado poder ejecutivo remita informe a los jueces en el que consten las condiciones en que se cumple la detención;

<sup>43</sup> Fallos, 315:1492 (1992).

<sup>44</sup> Fallos, 316:479 (1993).

<sup>45</sup> Fallos, 323:1339 (2000). Para ampliar el tema de la protección judicial del derecho a la salud, véase: María Sofía Sagüés, "La acción de amparo como mecanismo procesal de tutela de la inconstitucionalidad por omisión en la protección del derecho a la salud, *Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis Argentina, Boletín 6264, 19 de septiembre de 2001, p. 50.

<sup>46</sup> CS, 21-XI-06.

<sup>47</sup> CS, 3-V-05.

- iii) instruye a la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias para que hagan cesar toda situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante, o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional;
  - iv) exhorta a los poderes legislativos y poder ejecutivo de la provincia que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales.
- caso Mendoza<sup>48</sup>: mediante este fallo la Corte Suprema argentina intervino activamente para proteger el derecho a un medioambiente sano de los vecinos de una cuenca fluvial gravemente contaminada por la actividad industrial, y ordenó a las autoridades públicas la puesta en marcha de un amplio plan de saneamiento ambiental;
  - caso Defensor del Pueblo<sup>49</sup>: en este caso, el Defensor del Pueblo de la Nación dedujo acción de amparo contra la provincia del Chaco y el Estado nacional, a fin de que se condene a las autoridades nacionales y provinciales a que adopten las medidas necesarias para modificar las actuales condiciones de vida de ciertas poblaciones indígenas, quienes, según sostiene, se encuentran en una situación de emergencia extrema, con sus necesidades más básicas y elementales insatisfechas, como consecuencia de la inacción del Estado nacional y provincial, y del incumplimiento, por parte de ambos, de las obligaciones que emanan de las leyes vigentes, de la Constitución Nacional, de los tratados internacionales y de la Constitución de la Provincia del Chaco. Solicita que se proporcione a dichas comunidades una real y efectiva calidad de vida digna, que les permita el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia médico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, entre otros, y que tales derechos sean satisfechos de manera continua y permanente, con la mutua intervención por parte del Estado nacional y la provincia del Chaco.

El máximo tribunal considera que la gravedad de la situación denunciada requiere su inmediata intervención. La Corte resuelve “requerir al Estado nacional y a la provincia del Chaco para que en el plazo de treinta días informen al Tribunal, con relación a las medidas de protección de la comunidad indígena que habita en dicha región:

- i) Comunidades que pueblan esos territorios y cantidad de habitantes que la integran.

<sup>48</sup> CS, 20-VI-06. Sobre la actuación de la Corte Suprema en este caso pueden consultarse, entre muchos otros, los siguientes trabajos: Daniel Alberto Sabsay, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la Cuenca Matanza-Riachuelo”, *La Ley*, 11-07-2006, p. 4; Dolores María Duverges, “Novedades en jurisprudencia ambiental”, *La Ley*, Suplemento Ambiental del 03-11-2006, p. 8; Aída Kemelmajer de Carlucci, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la Ley 25.675, Ley general del ambiente (LGA)”, Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, 2006 (julio); Andrés Gil Domínguez, “El caso *Mendoza*: hacia la construcción pretoriana de una teoría de los derechos colectivos”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional 2006, agosto, p. 31.

<sup>49</sup> CS, 18-IX-07.

- ii) Presupuesto para la atención de los asuntos indígenas, y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas.
- iii) Ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria.
- iv) Ejecución de programas de provisión de agua potable, fumigación y desinfección.
- v) Ejecución de planes de educación.
- vi) Ejecución de programas habitacionales.

Observamos en el pronunciamiento del tribunal una clara decisión de intervenir directamente, movilizar a los otros poderes del gobierno para que enfrenten el grave problema social denunciado, y se dé protección efectiva a los derechos sociales de los indígenas.

- caso Badaro<sup>50</sup>: en este caso la Corte Suprema debió analizar la falta de actualización de los haberes jubilatorios por parte de las autoridades públicas. Este hecho resultaba una clara omisión constitucional frente al derecho constitucional a la movilidad del monto de las jubilaciones consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. El máximo tribunal dictó dos pronunciamientos en esta causa. En el primero de ellos, luego de reconocer la inconstitucionalidad por omisión de los poderes públicos, en la parte resolutive dispone: “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”. Posteriormente, ante la inacción de los poderes públicos pese a la decisión judicial, decide dictar la sentencia definitiva en el caso estableciendo en ella el porcentaje en que debían ser actualizados los haberes de jubilación del accionante.

A través de los casos que hemos analizado brevemente, se advierte un progresivo cambio de paradigma en la propia autoconcepción del rol institucional del máximo tribunal, para asumir un rol más activo en la defensa de los derechos humanos, en especial aquellos de claro contenido social. En su momento había afirmado la Corte Suprema argentina que:

la misión más delicada de la justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público<sup>51</sup>

En cambio ahora se afirma, para justificar su mayor activismo en materia de protección de los derechos humanos, que:

---

<sup>50</sup> CS, 8-VIII-06 y 26-XI-07.

<sup>51</sup> Fallos, 155:248 (1929)

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”<sup>52</sup>.

## CONCLUSIÓN

Al finalizar este trabajo 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 atenta para neutralizar sus riesgos y amenazas jurídicas e institucionales<sup>53</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bernal Pulido, Carlos, “El Neoconstitucionalismo a debate”, en *Temas de Derecho Público*, núm. 76, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.
- Bidart Campos, Germán, “La Corte Suprema y el divorcio vincular”, *El Derecho*, 121-522.
- Bidart Campos, Germán, “Un brillante e innovador fallo de la Corte Suprema acoge parcialmente la objeción de conciencia para los deberes militares”, *El Derecho*, 133-365.
- Boggiano, Antonio, *El divorcio en la Corte*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.
- Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003.
- Chemmerinsky, Erwin, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 2 edición, Nueva York, Aspen, 2002.
- Comanducci, Paolo, “Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía*, núm. 16, abril 2002.

<sup>52</sup> Fallos, 308:2268 (1986).

<sup>53</sup> Véase, en este sentido, el trabajo de Rodolfo Vigo, citado en la nota. 1.



- Comanducci, Paolo, "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, 2005.
- Couture, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, 2 edición, Depalma, Buenos Aires, 1978, tomo I.
- Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.
- Frankfurter, Félix, *John Marshall and the judicial function: Government under law*, Cambridge, Mass, 1956.
- García-Mansilla, Manuel José, "Historia de los juicios políticos a los jueces federales norteamericanos", en Santiago, Alfonso (h) (dir.), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Buenos Aires, Ábaco, 2006, tomo I.
- Gil Domínguez, Andrés, "Neoconstitucionalismo formalista y neoconstitucionalismo ético", *La Ley*, 27-II-06.
- Gil Domínguez, Andrés, "Neoconstitucionalismo y última palabra", *La Ley*, 14-III-08.
- Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano", en *Estudios de teoría constitucional*, México, IIJ-UNAM, Fontamara, 2001.
- 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.
- Lavroff, Dmitri Georges, "El Consejo Constitucional Francés y la Garantía de las Libertades Públicas", *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, núm. 3, septiembre-diciembre, 1981.
- Oyhanarte, Julio, "El caso Portillo y la imagen de la Corte", *La Nación*, 5-V-89.
- 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*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- Sagües, María Sofia, "La jurisprudencia nomogenética en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *El Dial*, suplemento de derecho constitucional, marzo de 2008.

- Sagües, María Sofía, "La acción de amparo como mecanismo procesal de tutela de la inconstitucionalidad por omisión en la protección del Derecho a la Salud", *Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis Argentina, *Boletín* 6264, 19 de septiembre de 2001.
- Sagües, Néstor, "Constitución, matrimonio indisoluble y divorcio vincular", *La Ley*, 1986-A-796.
- Sagües, Néstor, "Tenencia de estupefacientes, delitos de peligro abstracto, razonabilidad de las penas y perspectivas del control de constitucionalidad", *Jurisprudencia Argentina*, 1986-IV-962.
- Santiago, Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Buenos Aires, Ábaco, 1999.
- Santiago, Alfonso, "El sorpresivo final del primer proceso de remoción a un juez porteño", *La Ley*, 2006-C-203.
- Schwartz, Bernard, *The Warren Court: A Retrospective*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- Sodero, Eduardo, "Sobre el antipositivismo jurídico del Bundesverfassungsgericht" (en prensa).
- Suárez Berrio, "Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997", *Revista Dikaion*, núm. 8, julio de 1999, Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana.
- Talbot, Margaret, "Supreme Confidence. The jurisprudente of Justice Antonin Scalia", *The New Yorker*, 28 de marzo de 2005.
- Vigo, Rodolfo, *Neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones* (en prensa).
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.
- Zagrebelsky, Gustavo, "Dos tradiciones de derechos: derechos de libertad y derechos de justicia", en *Derechos y Libertades*, núm. 2, año 1 (1993-1994), Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III.
- Zagrebelsky, Gustavo, "Jueces Constitucionales", discurso pronunciado el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50<sup>a</sup> aniversario de la Corte Constitucional italiana.