ALFONSO SANTIAGO (h)

EN LAS FRONTERAS ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA

2010

Alfonso Santiago (h)
En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho : consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales . - 1a ed. - Buenos Aires : Marcial Pons Argentina, 2010.
228 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-24941-7-9

1. Derecho Constitucional. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Fecha de catalogación: 20/04/2010

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© MARCIAL PONS ARGENTINA, S. A.
Av. Córdoba, 807, piso 5º
Buenos Aires (Argentina)
ISBN: 978-987-24941-7-9
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.
Impresión: VERLAP, S. A.
Comandante Spurr, 653
Avellaneda (Provincia de Buenos Aires)

«El impulso por conocer la esencia de una parcela de la realidad lleva a la indagación sobre la esencia de la realidad entera»*

* A. SAMPAY, Prólogo a *La Teoría de la Institución y de la Fundación*, de Maurice Hauriou, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.

JACKSON, R. H.: *The Supreme Court in the American system of goverment*, Cambridge, 1955.
LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*, Ariel, 1983.
LUHMANN, N.: «Soziologie als Theorie Sozialer Systems», en *Soziologische Aufklarung*, Westdeutscher Verlga, Köln, 1970.
MASSINI, C.: «La interpretación jurídica como interpretación práctica», *Persona y Derecho*, 52 (2005).
MONTEJANO, B.: «Filosofía de la función judicial», en VV.AA., *La función judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1981.
OTEIZA, E.: *La Corte Suprema*, Editora Platense, La Plata, 1994.
SAGÜÉS, N. P.: «El "control de convencionalidad", en particular sobre las constituciones nacionales», *La Ley*, 2008.
— «Legalidad *vs.* Previsibilidad», *ED*, 118-909.
— «Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)», *JA*, 2003-IV-62.
— «Interpretación objetiva e interpretación subjetiva del Derecho», en *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
— «Politicidad y Apoliticidad de la decisión judicial», *ED*, 1981-D-945.
— *Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
SANTIAGO, A.: *Bien común y Derecho Constitucional*, Ábaco, Buenos Aires, 2002.
— *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Buenos Aires, 1999.
SPOTA, A.: «La Corte Suprema como parte del poder político del Estado», *La Ley*, 1990-B-980.
— *Lo político, lo jurídico, el Derecho y el poder constituyente*, Plus Ultra, 1975.
VIEHWEG, Th.: *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.
VIGO, R. L.: «La interpretación de la ley como saber prudencial-retórico», *ED*, 113-858.
— «La teoría discursiva dialógica de R. ALEXY y su confrontación con el realismo jurídico clásico» (en prensa).
VIOLA, F.: «Interpretazzione e indeterminatezza della regola giuridica, en *Dirito Privato*, 2001-2002, VII-VIII.
YOUNG, E.: «The Constitution outside the Constitution», 117, Yale L. J., p. 408 (2007).
ZAMBRANO, P.: *Los derechos ius-fundamentales como alternativa a la violencia: entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia* (en prensa).

CAPÍTULO VI

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

«El estudio de la filosofía no tiene por fin saber qué opinaron los hombres sino cuál es la verdad de las cosas» [1].

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.—6. CONCLUSIÓN FINAL.—BIBLIOGRAFÍA.

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 capítulo 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 [2]. Para ello, pretendemos identificar los principales conteni-

[1] SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In de Caelo et Mundo*, I, lect. 23.

[2] Acerca del neoconstitucionalismo se puede consultar la siguiente bibliografía: M. CARBONELL, *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003, obra en la que se publican varios artículos de diversos autores acerca de esta corriente jurídica; P. 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, t. XLIV, año académico 2005, Córdoba, p. 175; C. 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; H. OLANO GARCÍA, *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, Porrúa, México, 2006; A. GIL DOMÍNGUEZ, *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Ediar, Bs. As., 2009; R. L. VIGO, *Neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones* (en prensa).

dos que se engloblan bajo este nuevo 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 nuestra Corte Suprema. Desarrollaremos nuestro 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 [3], aunque su conceptualización y denominación son más recientes y han tenido lugar, principalmente, en Italia y España [4]. Por lo dicho, puede advertirse que el neoconstitucionalismo es una corriente jurídica reciente y en pleno proceso de conformación y consolidación.

Siguiendo parcialmente criterios ya propuestos por otros autores [5], 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 misión que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional. En el desarrollo de este capítulo seguiremos este esquema inicial.

[3] 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 personalidad 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 E. SODERO, *Sobre el antipositivismo jurídico del Bundesverfassungsgericht* (en prensa), y la bibliografía y jurisprudencia allí citada.

[4] Pueden ser considerados dentro de las corrientes neoconstitucionalistas autores europeos como ZAGREBELSKY, FERRAJOLI, COMANDUCCI y PRIETO SANCHÍS.

[5] Señala L. PIETRO SANCHÍS: «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 M. CARBONELL (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, Porrúa y UNAM, México, 2005, p. 420.

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 [6] 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 *neo*constitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo con que se lo identifica.

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) [7], 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.

[6] 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. D. 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.

[7] Entre estos fallos, se puede mencionar, por ejemplo, SC-013 de 1993 (M. P.: Eduardo Cifuentes); SC-386 de 1996 (M. P.: Alejandro Martínez); SC-222 de 1997 (M. P.: José Gregorio Hernández); SC-760 de 2001 (Ms. Ps.: Manuel José Cepeda-Marco Gerardo Monroy); SC-915 de 2001 (M. P.: Eduardo Montealegre); SC-1250 de 2001 (M.P.: Manuel José Cepeda); SC-688 de 2002 (M. P.: Rodrigo Escobar); SC-801 de 2003 (M. P.: Jaime Córdoba); SC-551 de 2003 (M. P.: Eduardo Montealegre); SC-1056 de 2003 (M. P.: Alfredo Beltrán); SC-839 de 2003 (M. P.: Jaime Córdoba); SC-1152 de 2003 (M. P.: Jaime Córdoba); SC-313 de 2004 (M. P.: Jaime Córdoba); SC-370 de 2004 (M. P.: Jaime Córdoba); SC-372 de 2004 (M. P.: Clara Inés Vargas). Cfr. L. GARCÍA JARAMILLO, «Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional», en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 10 (2008).

El jurista italiano GUASTINI [8] 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, 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 del 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

[8] R. GUASTINI, «La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano», en *Estudios de teoría constitucional*, IIJ-UNAM, Fontamara, México, 2001.

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 [9].

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 [10].

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 [11], 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 en relación al constitucionalismo considerado como totalidad: le interesa principalmente 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 orgánica». Su meta primordial no es tanto limitar y controlar al poder (objetivo central del constitucionalismo clásico), como afianzar y garantizar la vigencia efectiva de los derechos humanos [12]. El nuevo Derecho tiene un carácter marcadamente garantizador y garantista de los derechos constituciona-

[9] Para la descripción detallada de estos cambios, véase G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995.

[10] Ampliaremos el análisis de esta temática en el capítulo VII de esta obra.

[11] 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. E. CHEMERINSKY, *Constituional Law. Principles and Policies*, 2ª ed., New York, Aspen, 2002, pp. 486 a 517.

[12] 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—,

les. No se atiende tanto a la consideración de la Constitución como norma que organiza las instituciones de un Estado, sino que, fundamentalmente, configura su sistema jurídico.

Siguiendo a VILLEY, afirmábamos en el capítulo anterior 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, justifica, 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.

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, AARNIO 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 [13].

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 [14]. Así, el constitucionalista italiano M. CAPELETTI señala que el constitucionalismo incorpora, positiviza y formaliza las exigencias del Derecho natural, movilizando el Derecho, permitiendo su crítica interna, incorporando en su seno una teoría de la justicia, fundada en los derechos humanos [15]. Por su parte, desde una perspectiva diferente, DWORKIN escribe sobre la necesidad de hacer una lectura moral de la Constitución [16], lo que hubiera sido un contrasentido desde la

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).

[13] Comentando ese proceso señala R. VIGO: «aquel escenario jurídico e institucional europeo en las décadas siguientes a Nüremberg termina transformado, por lo que aquella exitosa teoría iuspositivista normativista que se había forjado al hilo de la escuela exegética, la escuela histórica, el primero IHERING y culminado con KELSEN y que había logrado controlar la formación de los juristas y la cultura jurídica, entra en desorientación y comienza a padecer crecientes conversiones y críticas desde las más prestigiosas cátedras europeas. En ese proceso de cambio de la teoría jurídica los iuspositivistas comienzan a calificar sus miradas con adjetivos o prefijos que suavicen sus convicciones, se habla de iuspositivismos críticos, *soft*, inclusivos, post o neo, y algunos testimonios resultan de gran impacto para el mundo académico general, así el de Radbruch en Alemania denunciando la complicidad teórica del iuspositivismo frente al nazismo; el de BOBBIO con su teoría funcional en la década de los setenta, dejando atrás las visiones estructurales del Derecho que simbolizaba KELSEN; el de DWORKIN cuando sucede a HART en Oxford y declara su combate al normativismo en nombre del principialismo; el de PERELMAN atreviéndose a incorporar la razón en los problemas valorativos y decisionales; el de NINO criticando los modelos epistemológicos de KELSEN, ROSS y BULYGIN-ALCHOURRON en tanto silencian la dimensión valorativa del Derecho; el de ATIENZA afirmando su confianza en un cierto objetivismo y cognitivismo ético, y el de muchos otros», R. L. VIGO, «Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones» (en prensa).

[14] «Las Constituciones contemporáneas se cargan de principios y valores, y cuando ellos se juridizan una avalancha de moral se introduce al Derecho», R. L. VIGO, «Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones», ob. cit.

[15] Cfr. M. CAPELLETTI, «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho constitucional*, 1986, pp. 45 y ss.

[16] R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.

perspectiva iuspositivista clásica. Autores como FERRAJOLI reconocen el carácter normativo y no sólo descriptivo de la ciencia jurídica y de la interpretación constitucional [17]. El Derecho que se descubre debe ser realizado y garantizado en la práctica de modo efectivo [18]. Estos nuevos enfoques y afirmaciones motivaron la acusación de cierto iusnaturalismo a las nuevas doctrinas neoconstitucionalistas por parte de algunos autores positivistas más tradicionales [19].

La nueva teoría del neoconstitucionalismo se ocupa atentamente de la metodología y el razonamiento jurídico, en especial 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* [20].

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?

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

[17] FERROJOLI postula una ciencia jurídica orientada al logro de los objetivos propios del constitucionalismo, con un «papel crítico y constructivo», «descriptiva del ser del Derecho y prescriptiva de su deber ser jurídico», cfr. L. FERRAJOLI, «El garantismo y la filosofía del Derecho», Universidad de Externado de Colombia, 2000, p. 60.

[18] Cfr., entre otros, L. FERRAJOLI, «Garantías», en *Jueces para la democracia*, núm. 38, Madrid, 2000, pp. 39 y ss.

[19] 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. También, S. POZZOLO, *Neoconstitucionalismo e positivismo giuridico*, Giapichelli, Torino, 2001.

[20] G. ZAGREBELSKY, «Dos tradiciones de derechos: derechos de libertad y derechos de justicia», en *Derechos y Libertades*, núm. 2, año 1 (1993-1994), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, p. 371. Más recientemente este autor contrapone *scientia juris* y *juris prudentia* en los siguiente términos: «la primera como racionalidad formal, la segunda como racionalidad material, es decir, orientada a los contenidos. En términos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*; en términos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio práctica*. Mientras el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, todo-nada, el que preside las segundas es una progresión cuantitativa que va desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno, desde lo menos a lo más adecuado y productivo», *El Derecho dúctil*, ob. cit., p. 123.

hemos descrito y lo promueve activamente [21], especialmente alentando un modelo de poder judicial activista que tutele los derechos humanos para lograr su plena vigencia práctica [22]. 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 [23]. 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 fue el siglo del poder legislativo y el siglo 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» [24]. 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 [25]. Algunos, más moderados, sostienen que el modelo que se debe seguir

[21] 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.

[22] FERRAJOLI no duda en concluir que el «constitucionalismo es un programa para el futuro» que debe avanzar en el sentido de abarcar todos los derechos y no sólo los derechos de libertad, sino también los derechos sociales, controlar tanto a los poderes públicos como a los poderes privados y traspasar el ámbito del Derecho estatal al Derecho internacional

[23] Véase, por ejemplo, G. ZAGREBELSKY, «Jueces Constitucionales», discurso pronunciado el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50 aniversario de la Corte Constitucional italiana.

[24] Cfr. L. 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.

[25] «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 deten-

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)[26], seguida de la Corte del *Chief Justice* Burger, especialmente por su doctrina de las libertades preferidas y su activa defensa de los derechos constitucionales de igualdad e integración racial, libertad de expresión, debido proceso y 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.

El modelo institucional de poder judicial y de tribunal constitucional propio del neoconstitucionalismo no es ya una corte moderadora, sino una corte activista[27]. 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, cárceles, sectores sociales más carenciados o excluidos, etc.), convirtiéndose de ese modo en legisladores positivos, y no sólo negativos, en defensa de la supremacía constitucional.

tador 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», A. GIL DOMÍNGUEZ, «Neoconstitucionalismo y última palabra», *La Ley*, 14 de marzo de 2008.

[26] Respecto de la llamada «Corte Warren» es de consulta obligada el libro de B. SCHWARTZ, *The Warren Court: A Retrospective*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

[27] Acerca de las características propias que definen cada uno de estos modelos remitimos a nuestro libro *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Buenos Aires, 1999.

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 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 *vs.* 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:

> «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 por 100 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 ho-

mosexual. 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 *vs.* Hardwick» [28], 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 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 *National Legal Foundation*, *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 *vs.* 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

[28] 478 U.S. 186, 1986.

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 [29]. 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»* [30].

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.

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 [31];
— 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 [32];
— obligatoriedad de seguir las pautas jurisprudenciales establecidas por los tribunales internacionales;

[29] Cfr. M. J. García-Mansilla, «Historia de los juicios políticos a los jueces federales norteamericanos», en A. Santiago (h) (dir.), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Ábaco, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 569.

[30] Una expresión similar es utilizada por A. Garapon en el título de su libro *Le Gardien des promesses*, publicado en Presses Universitaires de France en 1998.

[31] Cfr. M. Pinto, «El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en VV.AA., *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

[32] Cfr. Mª S. Sagüés, «Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión», en *Derecho Procesal Constitucional*, E. Ferrer Mac Gregor (coord.), Porrúa, México, 2002, t. III, p. 2499.

— 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 [33].

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 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. Ésta 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 [34].

Una indebida intervención judicial podría llevar a imponer preferencias personales de los magistrados, en coordinación con los medios de comunicación, las

[33] Cfr. Mª S. 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.

[34] 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 incisos 16 y 28».

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 [35].

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 [36]. 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 [37].

Siempre vale la pena recordar la sabia advertencia del 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» [38]. Y también aquella otra que expresara E. 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» [39]. Por eso, es siempre necesaria la autolimitación, el *self-restraint* judicial, que asegure el equilibrio de los poderes y del juego democrático [40].

[35] 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!"». M. TALBOT, «Supreme Confidence. The jurisprudence of Justice Antonin Scalia», *The New Yorker*, 28 de marzo de 2005, p. 42.

[36] 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.

[37] Cfr. SUÁREZ BERRÍO, «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.

[38] F. FRANKFURTER, *John Marshall and the judicial function: Government under law*, Cambridge, Mass., 1956, p. 31. En el mismo sentido, sostuvo el juez Harlan Stone en su disidencia en el caso «United States v. Butler» (297 U.S. 1 —1936—): «mientras el ejercicio inconstitucional del poder por las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno está sujeto a la restricción judicial, el único freno sobre nuestro ejercicio del poder, es nuestro propio sentido de la autolimitación».

[39] E. COUTURE, *Estudios de Derecho procesal civil*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, t. I, 1978, p. 92.

[40] Hemos analizado con más detenimiento el rol institucional que a nuestro criterio le corresponde desarrollar a la Corte Suprema en nuestra obra *La Corte Suprema y el control político*, ob. cit., a la que remitimos para ampliar lo aquí dicho.

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 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» [41]. 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 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.

[41] 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 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».

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 [42], 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) [43]. Mediante esta incorporación constitucional, la protección de los derechos humanos adquiere aún una mayor relevancia jurídica y política, y un desarrollo más profundo de sus contenidos que el que tenía 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

[42] Así, los arts. 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*».

[43] 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.

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».

reforma constitucional de 1994 consagró en los arts. 41 [44] y 42 [45] algunos de los denominados derechos de tercera generación, e incorporó la tutela de los «derechos de incidencia colectiva», estableciendo en el art. 43 [46] un régimen específico para su tutela.

Se pueden señalar algunos precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema argentina de las etapas anteriores en los que, de algún modo, están ya presentes elementos propios del neoconstitucionalismo. Entre otros, pueden mencionarse los siguientes fallos [47]:

— caso «Sirí» [48]: 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» [49]: el tribunal 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» [50]: 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 derecho a la libre elección del proyecto de vida de las personas y significaba la imposición de un ideal de vida;
— caso «Ekmekdjian» [51]: 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

[44] Art. 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».

[45] Art. 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».

[46] Art. 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».

[47] Para un análisis más completo de estos fallos, remitimos a nuestro libro, *La Corte Suprema y el control político*, ob. cit.

[48] *Fallos* 239:459 (1957).

[49] *Fallos* 308:1392 (1986). Un detenido comentario de este fallo puede verse en N. SAGÜES, «Tenencia de estupefacientes, delitos de peligro abstracto, razonabilidad de las penas y perspectivas del control de constitucionalidad», *Jurisprudencia Argentina*, 1986-IV-962.

[50] *Fallos* 308:2310 (1986). Sobre este fallo se pueden consultar los siguientes comentarios: A. BOGGIANO, *El divorcio en la Corte*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987; N. 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.

[51] *Fallos* 315:1492 (1992).

reglamentaria y sostuvo, adicionalmente, que todas las disposiciones de un tratado internacional tienen jerarquía superior a las leyes internas;
— caso «Bahamondez» [52]: la Corte Suprema 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» [53]: 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» [54]: 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 de los travestis y transexuales. La negativa administrativa se fundaba en razones de moralidad pública;
— caso «Verbitsky» [55]: 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 cumplen su detención debido a la superpoblación carcelaria. La Corte Suprema acoge la presentación y en la parte resolutiva 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 comisarías de la provincia de menores y enfermos, y que el poder ejecutivo de dicha provincia cada sesenta (60) días informe a la Corte Suprema de 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;
  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

[52] *Fallos* 316:479 (1993).

[53] *Fallos* 323:1339 (2000). Para ampliar el tema de la protección judicial del derecho a la salud, véase Mª S. SAGÜES, «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 6.264, 19 de septiembre de 2001, p. 50.

[54] *Fallos* 329:5266 (2006).

[55] *Fallos* 328:1146 (2005).

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 legislativo y ejecutivo de la provincia que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares internacionales mínimos;

— caso «Mendoza» [56]: 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» [57]: 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:

[56] *Fallos* 329:2316 (2006). Sobre la actuación de la Corte Suprema en este caso pueden consultarse, entre muchos otros, los siguientes trabajos: D. A. SABSAY, «La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la Cuenca Matanza-Riachuelo», *La Ley*, 11 de julio de 2006, p. 4; D. Mª DUVERGES, «Novedades en jurisprudencia ambiental», *La Ley*, Suplemento Ambiental de 3 de noviembre de 2006, p. 8; A. 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); A. 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.

[57] *Fallos* 330:4953 (2007).

i) Comunidades que pueblan esos territorios y cantidad de habitantes que la integran.
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» [58]: 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 estatal frente al Derecho constitucional a la movilidad del monto de las jubilaciones consagrado en el art. 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 resolutiva 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» [59].

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

[58] *Fallos* 329:3089 (2006) y 330:4866 (2007).

[59] *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» [60].

Más recientemente, desarrollando más los lineamientos anteriores, ha sostenido:

«A diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judiciable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más convenientes para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución» [61].

6. CONCLUSIÓN FINAL

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 ésta 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 [62].

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL PULIDO, C.: «El Neoconstitucionalismo a debate», en *Temas de Derecho Público*, núm. 76, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2006.

[60] *Fallos* 308:2268 (1986).
[61] Caso «CELS», *Fallos* 328:1146 (2006), consid. 27, voto de mayoría.
[62] Véase, en este sentido, el trabajo de R. VIGO, citado en la nota 1.

BIDART CAMPOS, G.: «La Corte Suprema y el divorcio vincular», *El Derecho*, pp. 121-522.
— «Un brillante e innovador fallo de la Corte Suprema acoge parcialmente la objeción de conciencia para los deberes militares», *El Derecho*, pp. 133-365.
BOGGIANO, A.: *El divorcio en la Corte*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
CARBONELL, M.: *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003.
CHEMERINSKY, E.: *Constitutional Law. Principles and Policies*, 2ª ed., Aspen, New York, 2002.
COMANDUCCI, P.: «Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico», *Isonomía*, núm. 16, abril 2002.
— «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*, t. XLIV, 2005.
COUTURE, E.: *Estudios de Derecho procesal civil*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I.
DWORKIN, R.: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.
FRANKFURTER, F.: *John Marshall and the judicial function: Government under law*, Cambridge, Mass, 1956.
GARCÍA-MANSILLA, M. J.: «Historia de los juicios políticos a los jueces federales norteamericanos», en A. SANTIAGO (h) (dir.), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, t. I, Ábaco, Buenos Aires, 2006.
GIL DOMÍNGUEZ, A.: «Neoconstitucionalismo formalista y neoconstitucionalismo ético», *La Ley*, 27 de febrero de 2006.
— «Neoconstitucionalismo y última palabra», *La Ley*, 14 de marzo de 2008.
GUASTINI, R.: «La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano», en *Estudios de teoría constitucional*, IIJ-UNAM, Fontamara, México, 2001.
HILBINK, L.: *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, D. G.: «El Consejo Constitucional Francés y la Garantía de las Libertades Públicas», *Revista española de Derecho constitucional*, vol. 1, núm. 3, septiembre-diciembre 1981.
OYHANARTE, J.: «El caso Portillo y la imagen de la Corte», *La Nación*, 5 de mayo de 1989.
PINTO, M.: «El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en VV.AA., *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
SAGÜES, Mª S.: «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.
— «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, N.: «Constitución, matrimonio indisoluble y divorcio vincular», *La Ley*, 1986-A-796.
— «Tenencia de estupefacientes, delitos de peligro abstracto, razonabilidad de las penas y perspectivas del control de constitucionalidad», *Jurisprudencia Argentina*, 1986-IV-962.
SANTIAGO, A.: *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Buenos Aires, 1999.
— «El sorpresivo final del primer proceso de remoción a un juez porteño», *La Ley*, 2006-C-203.
SCHWARTZ, B.: *The Warren Court: A Retrospective*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
SODERO, E.: «Sobre el antipositivismo jurídico del Bundesverfassungsgericht» (en prensa).
SUÁREZ BERRÍO: «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, M.: «Supreme Confidence. The jurisprudence of Justice Antonin Scalia», *The New Yorker*, 28 de marzo de 2005.
VIGO, R. L.: *Neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones* (en prensa).
ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995.
— «Dos tradiciones de derechos: derechos de libertad y derechos de justicia», en *Derechos y Libertades*, núm. 2, año 1 (1993-1994), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid.
— «Jueces Constitucionales», discurso pronunciado el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50 aniversario de la Corte Constitucional italiana.

CAPÍTULO VII

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: POSIBILIDADES, PROBLEMAS Y RIESGOS DE UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO

«Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana», *Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo.*

«En repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana», *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Preámbulo.*

SUMARIO: PRESENTACIÓN.—1. EL SURGIMIENTO Y DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.—2. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA.—3. EL FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LA OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.—4. LA COORDINACIÓN DE LAS JURISDICCIONES NACIONAL E INTERNACIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHO HUMANOS.—5. EL CRECIMIENTO DESMEDIDO Y LA ACUMULACIÓN DE CAUSAS EN LOS TRIBUNALES REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS.—6. LA POSIBLE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS PROVENIENTES DE DECISIONES DE ORGANISMOS Y TRIBUNALES INTERNACIONALES.—7. EL PELIGRO DE LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.—8. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

PRESENTACIÓN

Al cumplirse seis décadas de la firma de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, quisiera esbozar unas breves reflexiones sobre algunos problemas jurídicos y políticos que se plantean con motivo del progresivo desarrollo de un nuevo «paradigma jurídico», como consecuencia del surgimiento del Derecho internacional de los derechos humanos durante la segunda mitad del siglo XX.

Me propongo plantear brevemente algunas de las principales cuestiones teóricas y prácticas que el nacimiento y desarrollo de este nuevo modelo jurídico está