

LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO AGENTES DE CAMBIOS SOCIALES*

Néstor Pedro Sagüés (Argentina)
Universidad de Buenos Aires
Universidad Católica Argentina

Sumario. I. Introducción El doble concepto de “agente”: convalidante o promotor. II. Tesis negativa. III. Tesis afirmativa. IV. Reexamen. Roles de la justicia constitucional como agente de cambios sociales. Distintos escenarios normativos. V. Respuestas posibles. VI. Un tope material (y jurídico-político): el presupuesto del Estado y su equilibrio. Alternativas. VII. Conclusiones.

I. Introducción. El doble sentido del concepto de “agente”: convalidante o promotor.

En noviembre de 2009, durante una visita a Buenos Aires, William Koski, docente e investigador en la Universidad de Stanford, planteaba en términos contundentes la alternativa de que “la Justicia puede y debe generar cambios sociales, cuando la política y los políticos se muestran impotentes o, simplemente, no están dispuestos a impulsarlos”. La iniciativa, auspiciada por activistas civiles norteamericanos, procura por ejemplo intentar lograr ante los tribunales la igualdad de oportunidades educativas, en su versión de posibilitar a los chicos en condiciones más vulnerables, el acceso a una educación completa, incluso universitaria y, en términos ambiciosos, de igual calidad. (1)

Esta propuesta motiva detenernos en el amplio tema de los tribunales, cortes o salas constitucionales (o de las cortes supremas, cuando cumplen roles relativamente similares), como posibles agentes de los cambios sociales, más allá del proyecto concreto mencionado en el párrafo anterior. Desde luego, no se agotará aquí un tema tan amplio como acuciante. Antes bien, se aportarán algunas notas que pueden ilustrarlo.

La cuestión, nos parece, obliga a distinguir en esa temática dos posibles roles de la jurisdicción constitucional que, aunque próximos, son distintos:

- a) el primero es cuando ella opera como *agente convalidante* de un cambio social. Una muestra de esto pudo ser la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la década del 30, cuando durante el transcurso de un serio y grave conflicto ideológico y jurídico, después de reputar inconstitucionales varias leyes sancionadas bajo la inspiración de Franklyn D. Roosevelt, enmarcadas en el *New Deal* (o “nuevo trato”), terminó años más tarde por consentirlas, admitiéndolas como constitucionales, con lo que confirmó la apertura de un sesgo político social y de mayor regulación del Estado en áreas económicas. (2) Esta posición importa una actitud de acompañamiento y de confirmación constitucional, por cierto muy importante, pero de algo ya hecho –o puesto en marcha- por el Presidente o el Congreso.

Es útil tener en cuenta que la aprobación constitucional a un cambio social puede manifestarse, de modo indirecto y en el orden práctico de las realidades, tanto cuando la magistratura constitucional explícitamente lo estima constitucional, es decir, cuando lo juzga y entiende que coincide con la Constitución, como si se abstiene de controlarlo (por ejemplo, calificándolo como “cuestión política no justiciable”, tema que abordamos también más abajo), ya que en este caso, oblicuamente, al decir que no puede entrar a meritar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, renuncia a reputarlo como inconstitucional, y por ende, permite que opere como constitucional.

- b) El segundo papel ocurre si la jurisdicción constitucional funciona como *agente promotor o inductor* del cambio social. En tal supuesto, ella lidera, como actor principal, a la mutación, adelantándose (o aún actuando pese a) los “poderes políticos” clásicos. Volviendo a Estados Unidos, en “Brown vs. Board of Education”, la Corte Suprema, al declarar inconstitucional la segregación racial en las escuelas, (3) cambió su jurisprudencia anterior y abrió nuevas y decisivas instancias en la convivencia social estadounidense.

Obviamente, en esta segunda pose, la justicia constitucional adopta un comportamiento activista mucho más manifiesto que en la primera hipótesis que comentamos.

Finalmente, cuando hablamos de “cambios sociales”, aludimos no solamente a los de naturaleza económica, sino también a otros, de tipo cultural, religioso, educativo, etc.

II. Tesis negativa.

La concepción tradicional es renuente a reconocer el rol de agente de cambios sociales por parte de la jurisdicción constitucional.

Maneja, al respecto, varios argumentos. Uno es el papel “jurídico”, y no “político”, de los órganos jurisdiccionales. Los ancestros de esta posición pueden encontrarse, tal vez, en la conocida tesis de Montesquieu sobre el juez, como “boca de la ley” (*bouche de la loi*), es decir, como mero aplicador, casi técnico y robótico, de ella (una suerte de “operador tribunalicio”). Disponer un cambio social sería un asunto “político”, propio del Parlamento y del Poder Ejecutivo, ajeno al quehacer “jurídico” de los tribunales. Desde esta perspectiva, la justicia constitucional solamente podría operar, a lo más, como ejecutora (en los conflictos forenses que tuviese que decidir), de cambios sociales ya dispuestos –principalmente- por el legislador.

El tema se vincula con la tradicional doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*). La misma enseña que hay áreas del quehacer constitucional que, reservadas a los poderes clásicamente “políticos” (ejecutivo y legislativo, v. gr.), no deben estar sometidas al escrutinio judicial de constitucionalidad, puesto que no hacen a las funciones judiciales (por ejemplo, asuntos relativos a guerra, paz, manejo de relaciones exteriores, moneda, etc.). En la misma bolsa estarían las “políticas” estatales de defensa, fomento, alfabetización, educación, salud, vivienda, planificación económica y financiera, promoción social,

etc., ajenas, *prima facie*, a la labor de la magistratura constitucional, por ser, valga la redundancia, asuntos “políticos” y no “jurídicos”. Los tribunales únicamente deberían ocuparse, según esta perspectiva, de los últimos. (4) Los temas “políticos” quedarían oblicuamente convalidados, ante la abstinencia jurisdiccional de poder entrar a calificarlos o descalificarlos.

Acompañan a esta posición dos subtesis significativas: el principio de “mediación de la ley”, y el distintivo entre cláusulas constitucionales programáticas y operativas. Ambas neutralizan la gestión judicial para actuar en materia de cambios sociales. A ellas nos referiremos más abajo.

Últimamente se ha agregado otra argumentación complementaria. Conforme a ella, hay dos maneras de entender el control de constitucionalidad: una, que podría denominarse *modelo constitucionalista-judicialista*, considera que la ley suprema contiene en sí un proyecto político que deja poco margen de maniobra al legislador, al que le correspondería más bien ejecutarlo. Y a los jueces le tocaría, vía interpretación, y con facultades intensas para ello, determinar el cerco constitucional, bastante limitativo, que condiciona al Poder Legislativo. La otra concepción, tributaria de un *modelo democrático o legalista*, piensa en cambio que la constitución “no predetermina la solución a todos los conflictos”, sino que solamente fija las reglas fundamentales de juego, y deja al legislador, representante del pueblo, un muy amplio margen para realizar sus opciones políticas. La jurisdicción constitucional debería solamente actuar si el poder legisferante traspasara las fronteras de la constitución. (5)

La tesis en debate, en el fondo, estriba en una cuestión de ocupación de espacios políticos (por la justicia constitucional o por el Poder Legislativo). Si se acepta la versión democrático-legalista, bien podría concluirse que la programación e instrumentación de los cambios en las políticas sociales corresponde, naturalmente, a un legislador con generosos radios de acción para definirse, mientras que a la judicatura le correspondería solamente un papel de fiscalización en el ejercicio de las funciones legisferantes (evitar que aquél elija alternativas extra o anticonstitucionales), pero no ponerse ella a diseñar tales cambios, porque no le corresponde sustituir al Congreso o Parlamento. No son pocos, en efecto, quienes desconfían del activismo judicial para alterar la estructura de la realidad social o económica, argumentando al respecto que ello “interceptaría gravemente al mecanismo democrático”. (6)

III. Tesis afirmativa.

La posibilidad de que los tribunales, salas y cortes constitucionales actúen de algún modo como agentes convalidantes, o en su caso promotores, de cambios sociales, tiene a su turno su propio arsenal argumentativo.

a) El primer instrumento aperturista estriba en el profundo repliegue que ha sufrido la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, o *political questions*. En el ámbito doctrinario ha sido objetada como doctrina hedonista y oportunista, sin lógica ni coherencia alguna, diseñada por los tribunales al vaivén de conveniencias y circunstancias históricas puramente contingentes. Una tesis, añadieron otros, que consagra la impunidad constitucional de los actores “políticos”, y que niega el

derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia a quienes son víctimas de los “actos políticos” eximidos del control de constitucionalidad. (7)

Pero aparte de esos embates doctrinarios, han sido los tribunales, que inventaron aquella doctrina y que elaboran el catálogo de las cuestiones políticas “no justiciables”, y de las “justiciables”, los que han *judicializado* muchos espacios otrora estrictamente “políticos”, con lo que el mapa de las *political questions* hoy se encuentra sensiblemente reducido. Vale la pena recordar que temas como el diseño de los distritos electorales, o la exclusión de un legislador del Congreso, han sido ahora decididos por las cortes, en Estados Unidos, donde su Corte Suprema, por lo demás, determinó quién debía ser presidente de la Nación, en “Gore vs. Bush”. Y que en otros países, como en Argentina, el control del proceso legislativo, de una reforma constitucional, la destitución de jueces de la Corte Suprema por el Senado federal (en lo que hace al debido proceso), el acierto de una ley del Congreso que regula la competencia por apelación ordinaria ante la Corte Suprema, entre otros tantos asuntos, también fueron judicializados. (8)

El caso más paradigmático, obviamente, ha sido el de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en “Zamora Bolaños”, donde el Tribunal declara prácticamente extinguida la categoría de cuestiones no justiciables, por entender que hay un “derecho de la Constitución” que en todo caso debe aplicar la Sala, ya que para eso ha sido creada. En virtud de ello, ordenó al Poder Ejecutivo retirarse de la Coalición Antiterrorista Internacional contra Sadam Hussein, incorporación que se realizó, constata la sentencia, en infracción a varias reglas de la Constitución local, consagratorias por ejemplo del derecho a la paz, y en violación también a instrumentos internacionales, comenzando por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. (9)

b) la segunda razón es el reconocimiento de los papeles políticos que inevitablemente asume la jurisdicción constitucional como órgano controlante (en defensa de la supremacía de la constitución), de los poderes clásicamente “políticos”. Determinar si una ley es o no constitucional, es desde luego una operación jurídica, pero, inescindiblemente, como acto de control entre poderes, también posee naturaleza política. Demás está decir que si la sentencia de un tribunal constitucional tiene efectos expansivos, ya porque debe ser seguida por los otros tribunales del país, ya por derogar a la ley inconstitucional, esa entidad política se acrecienta. Paralelamente, interpretar a la constitución (una norma que es, sobre todo y según la feliz expresión estadounidense, un *instrumento de gobierno*), (10) exige también en quien realiza tal tarea, entre otras cualidades políticas, medida, perspectiva histórica y contextual, un buen manejo de la ideología constitucional y la aptitud de medir las consecuencias y verificar los resultados de su acto de control.

c) el tercer motivo, de tipo sociológico, es la fuerte presión que experimentan los tribunales por parte de la sociedad en general, y de determinados grupos en particular, para que se cumplan las promesas de la Constitución, especialmente en asuntos de índole económico-social. Al revés de otras épocas, donde la comunidad soportaba estoicamente que esos derechos constitucionales estuviesen contenidos (en el sentido de *limitados y condicionados*) por la discreción legislativa en regularlos, y en cuánto regularlos, o en no regularlos, actualmente los reclamos sociales se traducen, si son insatisfechos en el ámbito del Poder Ejecutivo o del Legislativo, en demandas concretas, alimentadas por un cada vez más expeditivo

derecho procesal constitucional, ante los tribunales, para los cuales les resulta harto difícil, cada vez más, negarse a atenderlas so pretexto de abordar temas “políticos no justiciables”.

d) La abstención judicial en procesar y resolver, otrora, tales demandas, se fundaba, aparte de la doctrina de las *political questions*, en la tesis de la “mediación de la ley”, en el sentido que un derecho constitucional solamente se ejercita del modo en que ha sido legalmente reglamentado, con potestades cuasi soberanas, por el Poder Legislativo. En principio, desde esa perspectiva, a un juez constitucional no le tocaría instar cambios sociales, misión que correspondería al legislador. A lo más, le correspondería convalidar esos cambios, realizados por ley por el Poder Legislativo, si se cuestionara su constitucionalidad.

Actualmente la doctrina de la “mediación de la ley” todavía persiste, pero seriamente acotada. Veamos algunos de esos límites: (i) La ley debe reglamentar a la Constitución, pero no puede hacerlo irrazonablemente (doctrina del *debido proceso sustantivo*); y son los tribunales constitucionales quienes evaluarán la constitucionalidad y la razonabilidad de la reglamentación. (ii) Una reglamentación legal insuficiente, autoriza al juez constitucional, por ejemplo mediante una sentencia interpretativa *aditiva*, a añadirle, por vía de interpretación y a fin de tornar operativa a la constitución, un contenido más que la torne compatible con la ley suprema. (10) (iii) Para el caso, más simple, de no haber reglamentación legal, el derecho constitucional no puede quedar bloqueado o congelado, a merced de esa mora legisferante. Ello encuentra remedio en la doctrina de la *inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales* (en este caso, las reglamentarias), o en la *motorización directa de la Constitución* por la cual el juez del caso, debe hacer cumplir el derecho por más que no exista la ley reguladora, directriz ésta que, aunque no tan usual, está presente en algunas leyes supremas, que realizan así una suerte de *compulsión constitucional* sobre el juez. Así lo dispone, v. gr., el art. 11-3 *in fine* de la presente constitución de Ecuador: “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

En cualquiera de estos supuestos el protagonismo judicial ante un eventual cambio social puede ser más intenso que anteriormente.

e) Otra doctrina emparentada con la teoría de la “mediación de la ley”, fue la distintiva entre *cláusulas constitucionales programáticas* y *cláusulas constitucionales operativas*. Conforme a ella, solamente un puñado de reglas constitucionales resultaban autoejecutorias; la mayoría de las referidas a derechos, necesitaban, indispensablemente, de ley reglamentaria que las instrumentase. Hasta entonces, las cláusulas “programáticas” eran, en verdad, “medio normas”, o “principios de normación”, o, desde un ángulo más literario, mera poesía constitucional. Pero actualmente la nómina de las reglas programáticas tiende a comprimirse, en aras de dar la mayor actuación posible a la Constitución, recayendo obviamente en los jueces (constitucionales u ordinarios), el trabajo de efectivizar, llegado el caso *omissio medio* del Poder Legislativo, los derechos de la Constitución. (11)

f) La doctrina de la *inconstitucionalidad por omisión*, a la que ya hemos hecho referencia, ha tenido despliegues inusitados. Esbozada inicialmente pos los tribunales para dar algunas soluciones concretas, ha concluido en una multiplicidad

de recetas constitucionales que, en los últimos años, llegan hasta convertir a los tribunales constitucionales en legisladores activos, *promotores de legislación* (cuando instan o intiman al órgano legislativo renuente a sancionar la normatividad faltante), o también en *legisladores suplentes y precarios*, habilitados para sancionar la norma ausente si el órgano legislativo ocioso no lo ha hecho, y hasta tanto éste no lo haga, dictando así normas bajo condición resolutoria. (12)

En definitiva, y como conclusión general, puede registrarse un cambio de *cultura constitucional*, que importa el tránsito de la idea que hemos llamado de la *constitución-promesa* (un texto pletórico de derechos, pero de realización muy futura, y principalmente a cargo de los poderes “políticos”: el Congreso y el Presidente), a la noción de la *constitución-contrato*: una constitución reclamable y exigible ante los tribunales. (13) Ello compromete y apura, desde luego, el perfil de la judicatura como agente de cambios sociales.

También, como muestra de ese cambio cultural constitucional, puede recordarse, como bien lo subraya Humberto Nogueira Alcalá, la Observación general 9, párrafo 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en el sentido que “dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto (de derechos económicos, sociales y culturales ONU) cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones emanantes del Pacto. *La omisión por parte de los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio de imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto a las decisiones internacionales en materia de derechos humanos*”. (14)

IV. Reexamen. Roles de la jurisdicción constitucional como agente de cambios sociales. Distintos escenarios normativos.

Partiendo de una visión restringida de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, como de otra igualmente reducida del principio de “mediación de la ley” y de otra también acotada de la tesis de las cláusulas programáticas, y aceptando por lo demás una fuerte actuación de la revisión judicial de constitucionalidad, cabe diferenciar los distintos paisajes normativos donde puede plantearse la gestión del juez constitucional como agente de cambio social.

- a. *casos de clara ejecución de la Constitución.* La primera posibilidad es que la Constitución programe un cambio de modo nítido y contundente, por ejemplo enunciando sin tapujos un derecho que hasta ahora no ha sido implementado legalmente, o que si ha tenido regulación legal, ella no se cumple, o se encuentra constitucionalmente discutida.
- b. *casos de desarrollo progresivo de la Constitución.* Aquí el panorama no es tan obvio. Un tribunal constitucional puede desenvolver al texto constitucional, mediante interpretaciones extensivas partiendo de, por ejemplo, una “cláusula abierta” de ella, como la norma de “los derechos no enumerados”, vigente en varias constituciones latinoamericanas y cuyo antecedente más remoto está en la enmienda IX de la constitución norteamericana. Esta cláusula indica

que aparte de los derechos expresados en el texto constitucional, hay otros, constitucionales también, no enumerados o implícitos, que derivan, v. gr., de la forma republicana o democrática de gobierno, de la soberanía del pueblo, de la dignidad del ser humano, etc. Esos derechos son derechos *descubiertos y declarados*, después del lanzamiento de la constitución, por los jueces constitucionales. Pueden, incluso, ser derechos no entrevistos como constitucionales al momento de sancionarse la Constitución, pero que más tarde, por evolución de las creencias sociales, o por razonamiento de los jueces, sí se los reputa con esa condición jurídica (el tema se conecta, aunque no sea necesariamente idéntico, con la doctrina del derecho natural de conocimiento progresivo). Otro caso de desarrollo constitucional acaece si el juez constitucional *infiere*, o *deduce*, de un derecho constitucional explícito, otro derecho al que también categoriza como constitucional. Por ejemplo, si del derecho a la salud, concluye que presupone el derecho a la vida, con las prestaciones médicas del caso, y el derecho a contar con alimentos; o del derecho al debido proceso, extrae el derecho al acceso a la justicia; o del principio de presunción de inocencia, el derecho a la excarcelación mientras dure el proceso, bien que con ciertas limitaciones.

- c. *Casos de mutación de la constitución.* En esta hipótesis, el tribunal constitucional cambia el contenido de un derecho, con impactos sociales innegables. En Estados Unidos, respecto del derecho a la igualdad, es evidente que “Brown vs. Board of Education” le dio al mismo un sentido nuevo (igualdad como integración en las escuelas) distinto al originario de la constitución estadounidense (igualdad como segregación).
- d. *Casos de cambios promovidos desde el derecho internacional.* Cada vez con más frecuencia, y como resultado de un derecho internacional paulatinamente más exigente y penetrante, determinados instrumentos (en particular, concernientes al derecho internacional de los derechos humanos), pueden demandar cambios que muchas veces no son instrumentados en el orden doméstico, ya por desidia del legislador local, ya por negligencia de otros operadores. Según se mire, la magistratura constitucional puede considerarse como convalidadora o promotora de los cambios sociales que puedan producirse con motivo de esa instrumentación o aplicación en el orden local, de aquel derecho internacional.

V. Respuestas posibles.

Veamos ahora las eventuales recetas que pueden sugerirse en las cuatro distintas situaciones que hemos dibujado.

a) *casos de clara ejecución de la Constitución.* Si la Constitución declara explícitamente algo y el interesado requiere su aplicación, denegada por una

autoridad pública o por particulares, la actuación del juez constitucional como agente de convalidación de un cambio emergente de una ley, o de promotor del cambio hasta ahora no instrumentado legalmente, es perfectamente constitucional, dentro, naturalmente, de las modalidades constitucionales en que se ha enunciado el derecho. Algunas veces, en efecto, la propia constitución condiciona o frena el funcionamiento de un derecho a la satisfacción de ciertos recaudos de tiempo, de recursos económicos o de la adopción política de determinadas decisiones. Tales son las cláusulas “de la posibilidad”, o de la “disponibilidad”, por ejemplo. (15)

Un caso de motorización de cambio por la justicia constitucional fue el realizado por el Tribunal Constitucional Federal alemán en 1969, respecto de la igualdad entre hijos legítimos y naturales, proclamada expresamente por la ley fundamental de Bonn de 1949, y que debía instrumentarse por ley. El Tribunal, ante el silencio del legislador en efectivizar la cláusula constitucional, detectó inconstitucionalidad por omisión y decidió cumplirla por sí mismo, partiendo del supuesto de que existía una clara prescripción constitucional al respecto, un mandato incumplido durante veinte años por el legislador, y la posibilidad concreta del Tribunal de cubrir esa laguna legisferante. (16) En resumen, el Tribunal Constitucional Federal superó correctamente la tesis de la *mediación de la ley*, mediante la doctrina de la *inconstitucionalidad por omisión*. Y promovió un cambio social.

b) casos de desarrollo constitucional progresivo. Se trata de episodios muy significativos, autorizados expresa o tácitamente por el texto constitucional, y que muestran de qué manera un tribunal constitucional supremo (intérprete final de la Constitución) ejercita, guste o no, facultades constituyentes de tipo potencialmente permanente.

La promoción por un tribunal constitucional de un cambio, mediante la estrategia de la doctrina del desarrollo constitucional, exige desde luego una enorme responsabilidad en quien la practica: (i) está declarando derechos con rango constitucional, es decir, está engrosando el catálogo de los derechos constitucionales expresos con los implícitos, inferidos o deducidos por el juez constitucional. (ii) Está señalando a todos los poderes del Estado que el nuevo derecho se trata de un derecho *supralegal*, y por tanto, que ellos deben reconocer y aplicarlo efectivamente; (iii) indica también que es indispensable otorgarle aquella alcornica normativa ya que no basta, por su importancia y gravitación, el simple reconocimiento *legal* del derecho en cuestión; (iv) anticipa que el Estado debe asumir los costos que impone esa ampliación; y (v) alerta que el legislador no podrá negarlo, jamás, ni retacearlo.

Lo dicho advierte que un tribunal constitucional, o quien haga sus veces, cuando declara un nuevo derecho constitucional (o confiere un sentido distinto, más amplio y exigente, a uno anterior) que provoca cambios sociales, debe operar con una especial cautela, sensatez, sentido de bien común, realismo y conciencia de los límites de todo enunciado. No se trata, por cierto, de declarar utópica y livianamente “derechos imposibles”, por el mero hecho de resultar muy agradables o idealmente perfectos, si luego se carece de los medios para satisfacerlos, actitud que evidenciaría no un *cambio*, sino un verdadero *fraude* social. (17) La doctrina de la *interpretación previsor*a, o *consecuencialista*, (18) de la constitución, es aquí decisiva: en el proceso de reconocimiento del nuevo de derecho, o de reciclaje del

viejo, cabe verificar las consecuencias y medir los resultados de tal proclamación, y solamente adoptar interpretaciones constitucionales provechosas, valiosas, adecuadas y posibles. Esas interpretaciones deben ser en función de un país real, y no de una “isla de la fantasía”.

Vienen aquí bien las reflexiones de Max Weber, en torno a la necesidad de compatibilizar la “ética de la convicción” (que es una ética líricamente principista), con la “ética de las responsabilidades”, (19) que es una ética de las realidades y de las consecuencias: no se trata, por cierto, de elucubrar solamente planteos puristas que navegan en el más allá del firmamento jurídico, sino de adoptar recetas instrumentables en el medio donde se formulan. A esto lo llamaríamos el requisito de *practicabilidad* del nuevo derecho, idea que se conecta con su “análisis de factibilidad”. (20)

El papel de ese Tribunal como agente promotor del cambio social, generalmente a través del enunciado o de la tutela de derechos constitucionales, o *constitucionalizados* por él, resulta –cuando se encuentran satisfechos los recaudos aludidos- justificado.

c) *casos de mutación constitucional*. En este supuesto, el juez o tribunal constitucional va a modificar la constitución alterando el contenido anterior de un derecho. Va a enunciarlo de modo distinto al fijado por el constituyente, o por él mismo en veredictos previos. “Brown vs. Board of Education”, fue un ejemplo de ello, provocador de un sensible cambio social. “Lawrence vs. Texas”, cuando declara inconstitucional el castigo penal de relaciones homosexuales practicadas privadamente entre adultos y libremente consentidas, modifica también un modo tradicional distinto interpretar la constitución, en materia de privacidad y de igualdad, vigente pocos años atrás, v. gr., en “Bowers”. (21)

Es en esta línea de casos donde más se evidencia el rol activista y convalidante, o decididamente de promotor, de un cambio social, por parte de la jurisdicción constitucional. Vale decir, cuando decide inaugurar un modo distinto de entender a la Constitución preexistente, impactando en la estructura o en el contexto económico, religioso, político o cultural de una comunidad.

La justificación de ese cambio remite al tema de la legitimidad de las interpretaciones mutativas, en particular de las operadas más allá o inclusive, *contra constitutionem*. Sabido es que la argumentación a favor de estos operativos se asienta, por ejemplo, en la doctrina de la “constitución viviente” (*living constitution*), en el argumento de las generaciones, o en el argumento del constituyente actual. El tema lo hemos desarrollado en anterior oportunidad, y allí nos remitimos. (22) Baste recordar aquí que para tales concepciones la constitución no es ni un testamento político del poder constituyente, ni una estatua jurídica, sino algo móvil, cambiante y vivo, cuyo contenido varía en función de las creencias y valoraciones sociales del presente.

En términos muy breves, y de aceptarse esta visión ultradinámica de la constitución, podría decirse que el cambio operado por la jurisdicción constitucional por vía de interpretación mutativa, logra aprobación si cuenta con una fuerte fundamentación axiológica de extrema justicia que lo exige, o cuando proyecta en su sentencia, creencias y valoraciones sociales con un muy alto grado de consenso y

que, simultáneamente, resultan satisfactorias, desde el ángulo de la justicia. Además, desde luego, tendrá que satisfacerse el requisito de *practicabilidad* material del cambio que se postula, al que ya hemos hecho referencia.

d) cambios operados por aplicación del derecho internacional. La legitimación de este operativo reformista deriva del principio del “efecto útil” (*effet utile*) de los tratados internacionales de derechos humanos e insertados, por ejemplo, en el art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica. En estos supuestos, la jurisdicción constitucional no hace sino efectivizar el derecho internacional incorporado al ámbito local por voluntad del propio Estado.

Esta exigencia que deriva tanto de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (que, como regla, impide al Estado local esgrimir normas domésticas para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones internacionales, todo en base a los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*)), como por la doctrina del “principio de convencionalidad”, establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas dos consecuencias principales son: a) los jueces nacionales deben inaplicar las reglas internas opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Pacto; b) los mismos jueces locales deben interpretar y hacer funcionar al derecho nacional, incluyendo al constitucional, conforme a dicho Pacto y jurisprudencia de la Corte Interamericana. (23).

Ahora bien: cabe reconocer, igualmente, que a menudo tales instrumentos internacionales, redactados con un lenguaje diplomático críptico y elusivo, no son los ideales para detectar directrices claras. Valga un ejemplo: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1966), que después de reconocer a toda persona un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, y al más alto nivel de salud física y mental (arts. 11 y 12), con el compromiso de los Estados de adoptar medidas para así lograrlo, determina que tal obligación se ejercerá *hasta el máximo de los recursos de que disponga, y progresivamente*. La discusión en torno a qué significa en concreto “recursos disponibles”, y el grado de “progresividad” en la vigencia del derecho, puede ser interminable.

VI. Un tope material (y jurídico-político). El presupuesto del Estado y su equilibrio. Alternativas.

Hay cambios sociales que pueden resultar gratuitos, o casi gratuitos, en términos económicos, para el Estado. Por ejemplo, la ya citada nivelación entre hijos legítimos y naturales, arbitrada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, o la integración entre niños negros y blancos en las escuelas. Pero hay otros, en particular referidos al acceso a la vivienda, salud, vida y educación, que sí repercuten en las finanzas públicas, y de modo relevante. Aparece así la problemática del quiebre del presupuesto por parte de la magistratura constitucional, máxime si la constitución dispone, al estilo del art. 176 de la de Costa Rica, por ejemplo, que no podrá autorizarse gastos sin el correspondiente ingreso probable.

El argumento para impedir ese quiebre es que el presupuesto ha sido aprobado por los representantes del pueblo (los legisladores), y que la asignación de partidas para salud, alimentación gratuita, medicamentos y atención médica,

vivienda, becas, etc., responde a necesidades sociales medidas, valoradas, concordadas global y armónicamente, según indicadores de urgencias y de posibilidades, y aprobadas por tales representantes, con la responsabilidad política del caso, en leyes del Estado que, como tales, abordan una facultad privativa del Congreso y que gozan de presunción de constitucionalidad.

Por otro lado, se apunta que los magistrados judiciales carecen habitualmente de una visión de conjunto de la problemática económico-financiera del Estado, que no son idóneos para desarticular el entramado complejo de cálculos, recursos y erogaciones que refleja la ley de presupuesto, y que el hecho de disponer (judicialmente) que se satisfaga un derecho de un modo diferente al contemplado por el presupuesto, no es una tarea tan fácil, puesto que habrá que imaginar de qué recursos concretos se obtendrán los fondos para satisfacer los gastos respectivos ordenados por la judicatura (so pena, de no hacerlo así, de desatar una verdadera cacería judicial para encontrar, embargar y disponer dichos fondos en cualquier otro lado del presupuesto, con el consiguiente desorden y desarticulación en las finanzas públicas, a más de la muy posible insatisfacción de otras actividades, o incluso de remuneraciones y de otros derechos, que también pueden ser relevantes, perjudicados por la captación judicial de montos dinerarios a la que hacemos referencia).

La respuesta a estos interrogantes tiene distintas facturas. Dejando de lado aquellas cortes que han entendido que si no hay partida presupuestaria la jurisdicción constitucional nada puede hacer (lo que equivale a sostener que si no hay dinero previsto para el goce del derecho, no hay derecho, tesis cada vez menos convincente ni legítima), algunos tribunales constitucionales han concluido que para la cobertura de ciertos derechos fundamentales (o *fundamentalísimos*, si se prefiere, vinculados con el *mínimo existencial* de las personas), (24) el Estado no puede alegar indefinidamente la falta de partidas presupuestarias, y prefieren correr el riesgo del *mal menor*: requerir los montos del caso, aun a riesgo de la fractura y desequilibrio del presupuesto. Esto último se decide judicialmente, en este caso, no por *hobby* o por diletantismo de la jurisdicción constitucional, sino para cumplir con la Constitución.

Otra alternativa, más mesurada, es dilatar el goce del derecho en juego, emitiendo una sentencia exhortativa a quien corresponda (v. gr., al Poder Legislativo, pero también al Ejecutivo), para que en cierto plazo adopte las provisiones para atender presupuestariamente el goce del derecho fundamental en juego, requiriendo además que informe al Tribunal cómo la exhortación ha sido efectivamente cumplida, cosa que se valorará en una segunda sentencia, de tipo diferido. La propuesta es aplaudible, ya que respeta tanto el principio de división de los poderes como el de vigencia de los derechos humanos y constitucionales; pero debe tenerse en cuenta que ciertos derechos requieren una atención inmediata, *hoy*, y que en esos casos un fallo exhortativo a futuro, puede ser notoriamente ineficaz. En tal hipótesis, habría que retomar la ruta del goce inmediato del derecho, mediante la tesis, ya descrita, del *mal menor*.

VII. Conclusiones.

El desempeño de la magistratura constitucional como agente convalidante o promotor de cambios sociales es un fenómeno cada vez más frecuente en la

realidad contemporánea, auspiciado por posturas doctrinarias como por exigentes reclamos de la comunidad, que hoy impetra ante los tribunales reclamos desoídos en el ámbito de los otros poderes del Estado.

El detrimento de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables; la intensa motorización de la Constitución mediante una gimnasia procesal constitucional cada vez más intensa; el derrumbe de la doctrina distintoria entre cláusulas constitucionales programáticas y operativas; y el decidido ataque a la inconstitucionalidad legislativa por omisión, explica que los jueces constitucionales incursionen hoy en las políticas gubernativas, casi siempre para tutelar derechos constitucionales expresos y no enumerados.

El comportamiento de la jurisdicción constitucional como agente de cambio social es muy explicable cuando se trata de efectivizar directrices constitucionales claras, o reglas provenientes, igualmente claras, cuando las hay, del derecho internacional de los derechos humanos. Tiene que cubrir más exigencias si se trata de ejecutar derechos no emergentes directamente del texto constitucional, sino producto del desarrollo constitucional realizado por la misma jurisdicción constitucional (caso, v. gr., de los derechos constitucionales no enumerados), donde ejerce, en verdad, papeles constituyentes por encomienda de la propia constitución.

De todos modos, si la Constitución condiciona la aplicación de determinados derechos o cambios a la concurrencia de determinados factores y a decisiones previas, por ejemplo, del Poder Legislativo, el operador jurisdiccional, para sortear este recaudo, deberá poner en marcha la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, respecto de la medida legislativa ausente.

Un cuarto escenario es el de los cambios sociales auspiciados por la judicatura mediante una interpretación mutativa que cambia el contenido del diseño constitucional preexistente. Puede haber fuertes razones de justicia, y también transformaciones en las creencias y valoraciones sociales, también justas y con un muy relevante grado de consenso, que justifiquen un modo judicial de entender a la Constitución diferente al tradicional, y así, visualizar hoy ciertos derechos de modo distinto al de ayer, con el consecuente impacto en las transformaciones sociales. Pero cabe también auscultar el orden de las realidades, y no enunciar derechos imposibles. Cabe cumplir, sin dudas, con el test de la practicabilidad, o análisis de factibilidad. La interpretación previsor o consecuencialista de la Constitución es una buena herramienta para huir de principismos utopistas o delirantes: el fundamentalismo perjudica de igual modo a posiciones ancladas tercamente en el pasado o a las aventuradas locamente en un edén inasible, tan futuro como fantasioso. Talibanes, por cierto, hay en todos lados.

Notas

(*) El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina. Se ha publicado en "Diálogo Político" (Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, 2010), N° 4, y en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, 2011, también de la Fundación Konrad Adenauer.

(1) Diario *La Nación*, Buenos Aires, 28/10/09.

(2) Sobre las conflictivas relaciones entre el Presidente Franklyn D. Roosevelt y la Corte Suprema, y en particular respecto de los “desastres judiciales para el *new deal*” (después superados), ver Swisher C. B. (1958), *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, trad. por Hugo Charny, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, t. II pág. 821 y sigts. Para algunos autores, el cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema, convalidatorio del *new deal*, implicó que ella “capituló sin condiciones”. Ver Currie D. P. (1993), *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, trad. por Verónica Gómez, Buenos Aires, Zavallia, pág. 48.

(3) En el caso de referencia, como se sabe, la Corte abandonó la anterior tesis jurisprudencial sentada por ejemplo en *Plessy vs. Ferguson*, de 1896, de “separados pero iguales”. Ver Barker R. S. (2005), *La constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, pág. 87.

(4) Para parte de la doctrina, en efecto, las cuestiones “políticas” carecen de naturaleza “jurídica”, y por tanto, son ajenas a las competencias de los tribunales. Ver Linares Quintana S. V. (1978), *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2ª. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, t. 3 pág. 510 y sigts.

(5) Ver Gascón Abellán M. (2009), “Los límites de la justicia constitucional: la invasión del ámbito político”, en *Revista peruana de derecho público*, Lima, nº 18, pág. 55 y sigts.

(6) Ver Laporta F. A. (1988), “Sobre la protección constitucional de los derechos sociales”, en Varios, *Congreso Internacional sobre la reforma de la Constitución. Elementos para una reforma de la Constitución*, Buenos Aires, Presidencia de la Nación, t. I pág. 177.

(7) Sobre el origen, auge y decadencia de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, nos remitimos a Sagüés N. P. (2005) *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, pág. 285 y sigts., especialmente 290 y sigts.

(8) En cuanto el repliegue de las *political questions* en el derecho argentino, cfr. Sagüés N. P. (2007), *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, págs. 178-9.

(9) *In extenso*, ver Sagüés N. P. (2005), *El tercer poder...*, ob. cit., pág. 294 y sigts.

(10) “Estados Unidos vs. Classic”, (1941), en Corwin E. S. (1987), *La constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, trad. por Aníbal Leal, Buenos Aires, Fraterna, pág. 14.

(10) Respecto de las sentencias aditivas, cfr. Díaz Revorio F. J. (2003), *La interpretación constitucional de la ley*, Lima, Palestra, pág. 253 y sigts. Sobre la inconstitucionalidad por omisión y su cobertura judicial y constitucional, incluyendo el uso de la *compulsión constitucional*, derivamos a Sagüés N. P. (2006), *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, pág. 129 y sigts., esp. pág. 136.

(11) Ver Pina R. E. (1973), *Cláusulas constitucionales programáticas*, Buenos Aires, Astrea, pág. 72-108.

(12) Por ejemplo, v. Sagüés N. P., “La Corte Constitucional del Ecuador como legislador suplente y precario”, en Bazán V. (Coord.) (2010), *Derecho Procesal Constitucional europeo y americano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. I pág. 573 y sigts.

(13) Sagüés N. P. (2001), *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, pág. 253.

(14) Nogueira H. (2009), “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Universidad de Talca, Año 7 Nº 2, pág. 191. La bastardilla es nuestra.

(15) Por ejemplo, el art. 8º inc. 17 de la anterior constitución de la República Dominicana, dispuso que “El Estado prestará, asimismo, asistencia social a los pobres. Dicha asistencia consistirá en alimentos, vestimenta y hasta donde sea posible, alojamiento adecuado”. Y el art. 59 *in fine* de la

constitución de Ecuador de 1998, establecía que las pensiones por jubilación debían ajustarse anualmente, pero “según las disponibilidades del fondo respectivo”.

(16) Cfr. Pina R. E. (1973), ob. y págs. cit. en nota 10.

(17) Sobre los “derechos imposibles”, expresión que hemos tomado de Germán J. Bidart Campos, y su diferenciación con los “derechos imposibilitados”, ver Sagüés N. P. (2005), *El tercer poder*, ob. cit., pág. 149 y sigts.

(18) En cuanto a la interpretación previsor, derivamos al lector a Sagüés N. P. (2006), *La interpretación judicial de la Constitución*, ob. cit., pág. 83 y sigts.

(19) Cfr. Weber M. (2005), *El político y el científico*, Buenos Aires, Libertador, pág. 72 y sigts.

(20) El “análisis de factibilidad” alude –principalmente- al impacto económico de un derecho que genera deberes prestacionales, efecto que puede repercutir tanto en el presupuesto del Estado como en las empresas o en los trabajadores, en orden a disponer una adecuada previsión y asignación de recursos. Ver por ejemplo Jimena Quesada L. (2009), “La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas”, en *Estudios de Economía aplicada*, vol. 27-3, Valladolid, Facultad de Ciencias Económicas, págs. 743-766.

(21) Sobre el caso “Lawrence vs. Texas”, y el empleo del dato sociológico y el recurso al intérprete externo para resolverlo, ver Sagüés M. S. (2004), “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de Lawrence vs. Texas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 1, México, Porrúa, pág. 205 y sigts.

(22) Respecto de la interpretación constitucional mutativa y la doctrina de la constitución viviente, ver Sagüés N. P. (2006), *La interpretación judicial de la Constitución*, ob. cit., págs. 45-6, 75-6; Sagüés N. P. (2000) “Sobre el concepto de “constitución viviente, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, año I nº 1, pág. 58 y sigts.

(23) Cfr. Hitters J. C. (2008), “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en *Revista peruana de Derecho Público*, Lima, Grijley, Nº 17 pág. 133 y sigts.; Sagüés N. P. (2009), “El control de convencionalidad, con particular referencia a las constituciones nacionales”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2009-B-271, y Sagüés N. P. (2010), “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”, en *La Ley*, Buenos Aires, 11/8/2010., pág. 1 y sigts.

(24) Figueiredo M. (2009), “El control de las políticas públicas por el Poder Judicial en Brasil”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, ob. cit., pág. 87 y sigts., esp. págs. 117-119. Al principio de resguardo del mínimo existencial se opone algunas veces, observa el autor, el de “reserva de lo posible”, por el Estado.