

## CAPÍTULO III LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

29. Métodos de interpretación .....	119
30. Las dificultades de la interpretación .....	135

## CAPÍTULO III

### LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

#### 29. *Métodos de interpretación*

La interpretación es una tarea destinada a poner en claro los dichos de una norma que va a insertarse en la realidad. Significa desentrañar el contenido que el texto tiene en relación a esa realidad.<sup>137</sup>

En la búsqueda de una comprensión correcta pueden seguirse caminos diversos. Uno de ellos es la denominada “interpretación auténtica”, que responde al verdadero concepto de la interpretación, porque proviene del mismo sujeto que emite el precepto; en otro, puede derivarse de la lectura de terceros que prestarán su opinión particular sobre el alcance que puede asignarse. De este tipo son las interpretaciones de la jurisprudencia y la doctrina.

A su vez, cada una de estas posibilidades contrae un método de investigación, deduciendo el espíritu de las normas de su sentido “gramatical”; o derivando sus conceptos de la “lógica” aplicada en cada uno de los elementos, pudiendo entonces corresponder a los antecedentes que le dieron origen (“interpretación histórica”) o a la comparación con otras similares para deducir consecuencias semejantes (“interpretación sistemática”) que correspondan a la unidad del orden jurídico.

Esta enumeración, simple y concisa, permite observar cómo desde estos métodos se puede interpretar cualquier tipo de norma. Por ello, el estudio sistemático radica en la teoría general del derecho.

Sin embargo, al mencionar la generalidad se dificulta captar en ese marco las leyes fundamentales. Pareciera que la “interpretación constitucional” tuviera propiedades que merecen distinguirse, sobre todo cuando se advierte que “la Constitución está formada por las normas que regulan el procedimiento de creación de otras normas jurídicas, establecen los órganos competentes para crearlas y eventualmente determinan su contenido”.<sup>138</sup>

<sup>137</sup> Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 15. *Cfr.*, Gozalni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 33-38.

<sup>138</sup> López Valadez, Francisco, “La interpretación judicial de la Constitución”, *Los cambios Constitucionales*, México, UNAM, 1977, p. 44.

Además, no podemos olvidar que la transformación interna de las leyes fundamentales inscribe una modalidad adicional, de suerte que la lectura practicada tendrá variables importantes. De suyo, entonces, la interpretación constitucional muestra tres órdenes de atención, según se refiera a la modificación formal, a la interpretación judicial o a la aplicación del llamado derecho constitucional consuetudinario.<sup>139</sup>

La reforma insistente de las leyes supremas no es conveniente porque altera la estabilidad necesaria de todo cuerpo normativo, con el riesgo, además, de desafiar los fundamentos del constituyente originario.

En tal sentido, autorizadas opiniones sostienen que

La forma de evitar esta inseguridad jurídica, que resulta tanto más grave en cuanto afecta a las normas supremas, fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, consiste en el examen más a fondo de dos aspectos esenciales... el examen de las llamadas costumbres y convenciones constitucionales, que modifican o al menos matizan las mismas disposiciones constitucionales, sin afectar su vigencia formal; y... los aspectos esenciales de la interpretación de las mismas normas constitucionales, que como lo ha demostrado en forma evidente la Constitución de los Estados Unidos de 1787, ha permitido una evolución armónica y progresiva sin recurrir a constantes y perturbadoras modificaciones del mismo texto de la Ley Suprema.<sup>140</sup>

La costumbre constitucional tiene recepción doctrinaria, aceptándola para completar los textos legislativos fundamentales o bien para interpretar sus fórmulas. Mayor resistencia tiene, en cambio, la aplicación de una costumbre que vaya contra los preceptos supremos, procurando por esta senda la validez de la desuetudo.

Se advierte en esta tendencia cierta influencia de la doctrina de Scialoja, para quien toda cuestión de lectura interpretativa constituía un problema esencialmente relativo. Relativo en dependencia de tiempo y de lugar, porque si la existencia de una ley depende del reconocimiento *mutatis mutandi*, también han de guiar los principios que sirvieron de base a la formación, y como éstas provienen en gran medida de la costumbre (el derecho que rige a las leyes sólo puede ser esencialmente consuetudinario), en definitiva cualquier norma dependerá de la estructura del ente político al que la ley corresponde y, por consiguiente, será variable según los tiempos y lugares, de acuerdo con la modificación en la organización del Estado.

<sup>139</sup> *Cfr.* Wheare, K. C., *Las Constituciones Modernas*, Barcelona, 1971, pp. 73 y ss. Orozco Henríquez, José de Jesús, *El derecho constitucional consuetudinario*, México, UNAM, 1983.

<sup>140</sup> Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", *La Interpretación constitucional*, México, UNAM, 1975, p. 14.

Pero el compromiso mayor radica en la interpretación judicial, y en esto se fundamenta la importancia de la autonomía para la interpretación constitucional. Obsérvese que, aun reconocida la influencia de la costumbre, también el derecho consuetudinario es objeto de interpretación, de manera que perdería consistencia la exemplificación de Scialoja.

También el derecho se encontraría frente a un nuevo emplazamiento, porque, precisamente, los principios aplicables a la interpretación del derecho procesal difieren de los hasta aquí reseñados.

Esto es justamente lo que debe distinguirse: de un lado, “la interpretación de la norma procesal” que si bien asienta en los principios generales que desmenuzan la télesis de toda normativa, cuenta con particularidades que diseñan una metodología propia; por otro, “la interpretación judicial de las leyes”, vale decir, la interpretación en el sentido más puro de adecuar la sensibilidad de las normas en el medio donde va a insertarse y en el cuadro coordinado de todo el ordenamiento jurídico.

En suma, el derecho procesal constitucional cuenta en esta parcela de su disciplina con una de las cuestiones de mayor complejidad, porque se emplazan cuestiones que fluctúan entre el dogma de la autoridad de la ley y el de la voluntad de los jueces; o sea entre la escuela del derecho como exigencia impuesta por el legislador en nombre del Estado y la escuela de derecho libre.<sup>141</sup>

La interpretación judicial debe resolver previamente la metodología que empleará en la orientación de las normas que ha de esclarecer. Ello es de suma importancia por tratarse de integrar la Constitución, por su clara incidencia en el derecho positivo que está bajo su dogma. Es obvio también que aspectos como la realidad política e institucional participarán en la tarea de esclarecimiento y, en definitiva, como son numerosas las formas como se puede abordar esta difícil labor de política jurisdiccional, será conveniente ir mostrando las variables que presentan los métodos de interpretación.

### *1) La Constitución como norma*

La diferencia establecida por Kelsen para distinguir entre normas fundamentales y normas secundarias ha servido para imponer un criterio jerárquico en la selección de prioridades y dicciones que deben emitir cada una de las disposiciones de un orden jurídico determinado.

Así como las normas individuales están en la plataforma de aquella pirámide imaginaria, la norma constitucional se encontraba en el vértice superior coronando el sistema.

<sup>141</sup> Cfr., Mercader, Amilcar, “La función interpretadora del juez en la sentencia”, *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1947-II, p. 498.

La norma fundamental, bajo esta “lógica jurídica”, regla y legitima los poderes normativos que fuesen realizados sometidos a la guía de aquélla. Es la influencia bilateral de la que hablaba Ihering y que García de Enterría resume como la transformación del poder desnudo en poder jurídico cuando se respetan las guías de la Constitución jurídica.<sup>142</sup>

La superioridad de la norma básica es tal por varias razones: la primera y más trascendente, porque define el modo y la forma de la Constitución política de un Estado; la segunda, porque define el sistema de fuentes formales del derecho, “de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una ley será válida o un Reglamento vinculante”;<sup>143</sup> inmediatamente, porque consagra los valores determinantes para la comunidad social donde va a insertarse (con el resultado consecuente de la división entre normas operativas y programáticas).

En pocas palabras, estos tres aspectos (estructura jerárquica, origen y determinación socio-política y contenido) determinan conjuntamente la supremacía de la norma fundamental, de modo que todas las disposiciones que pretenden integrarse al ordenamiento jurídico deben adecuar sus preceptos al molde pre-esignado.

En tal sentido —agrega Fix-Zamudio— “podemos concebir a las normas constitucionales como aquellas que sirven de fundamento y apoyo a todo el ordenamiento jurídico del Estado, al cual otorgan unidad armónica a través de sus principios orientadores”.<sup>144</sup>

Adoptar la Constitución como norma supone adherir con la permanencia de sus conceptos. Precisamente en *El Federalista*, aparecen algunas notas en las que Hamilton propone que sea considerada esa perennidad como el auténtico valor fundamental, por contener una “vinculación más fuerte” que la debida a las leyes.<sup>145</sup>

Por supuesto, la Constitución de Estados Unidos de 1787 incluyó la cláusula *the supreme law of the land*, circunstancia que elevó la norma fundamental por encima de las disposiciones legislativas.

Ahora bien, aceptada la tesis de la supremacía, queda por resolver el problema interpretativo. Nadie puede negar que las constituciones son también cartabones ideológicos, dispuestas en un tiempo histórico que las define, con proyecciones hacia una sociedad pensada, y aun cuando pueda comprendérsela

142 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 116, p. 49.

143 *Ibidem*, p. 49.

144 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.* nota 87, p. 380.

145 *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 156.

en un todo armónico y uniforme, es probable que tengan diferencias semánticas que interroguen el sentido de una disposición, etcétera.

Todo ello ha causado cierto revuelo en el mecanismo de interpretar la ley superior de un Estado, porque si bien es cierto que participa de las ideas conductivas de todo sistema de inteligencia sobre cláusulas, también lo es que la técnica, la práctica y el mismo método difiere y exige una prudencia mayor. La romántica esperanza de Loewenstein de que los textos constitucionales fuesen legibles y comprensibles para todos<sup>146</sup> quedó justamente como tal, sólo una esperanza. Los métodos de interpretación que inmediatamente abordamos demostrarán la complejidad que se ha dispuesto al sistema.

## 2) *Clasificación de las normas constitucionales*

Consentido el criterio sobre la especificidad de la lectura constitucional, surgen otros inconvenientes de las múltiples expresiones que apareja interpretar una cláusula o toda la norma fundamental.

En efecto, fue ya destacado el origen de la noción que asignó a las cartas magnas el valor de supremos ordenadores de un Estado. Restaría aclarar que el concepto no fue plenamente compartido, sea porque las repúblicas monárquicas no aceptaron esa idea de superioridad, dado que el rey quedaba en clara situación de inferioridad; o bien, por el ataque de la doctrina hegeliana por la cual se intenta reducir la idea de la norma constitucional formal a la estructura de poder real que la soporta y permite darle plena captación.<sup>147</sup>

Nace así la distinción entre “constituciones formales” y “constituciones materiales”, de las cuales la primera representaría la expresión de voluntad del constituyente, en una clara elucubración del concepto racional del derecho; y la segunda, la estructura sociopolítica que respalda la funcionalidad de la norma básica, aportándole, inclusive, disposiciones complementarias que la integran. En consecuencia, así como las normas constitucionales formales son pensamientos basados en juicios de lógica jurídica; las normas constitucionales materiales son objeto de la realidad, captadas empíricamente, y conocidas como “usos constitucionales”.<sup>148</sup>

Esta distancia que se crea entre ambas constituciones, constatado en la dinámica que presenta la realidad, permite clasificar las normas de acuerdo al encuadre signado hipotéticamente en la división.

a) La Constitución formal contiene disposiciones que son invulnerables a la agresión intelectiva, a los intentos de reforma, o directamente al no uso. Son

<sup>146</sup> Loewenstein, Karl, *op. cit.*, nota 17; *cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 87, p. 381.

<sup>147</sup> *Cfr.*, García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 116, p. 42.

<sup>148</sup> Quiroga Lavie, Humberto, *op. cit.*, nota 140, p. 105.

normas que preexisten a la consagración de la carta por estar en la voluntad del constituyente. Por ejemplo, la supremacía fundamental.

De algún modo subyace en la expresión la idea de “superlegalidad constitucional” dicha por Hauriou,<sup>149</sup> estableciendo normas capitales insustituibles.

b) También en la órbita de las constituciones formales suele dividirse entre “normas programáticas” y “normas operativas”, según requieran o no de reglamentaciones para que adquieran fuerza práctica.

Por lo general, todas las normas son operativas, es decir, se aplican inmediatamente por bastarse a sí mismas. Sin embargo, reconocen limitaciones en cuanto a lo “absoluto” de sus preceptos, y en la posibilidad de “suspenderse” su ejercicio cuando existan razones superiores que lo aconsejen.

Las programáticas establecen principios fundamentales que ofrecen una especie de planificación o proyecto relativo a conductas pensadas en ciertos destinatarios. Lo cual no indica que si dicha planificación queda sin reglamento, la norma pierda efectividad porque, en definitiva, es una norma y como tal representa un valor constitucional.<sup>150</sup>

Las normas constitucionales operativas o preceptivas (*self executing*) adquieren inmediata utilidad. Son incondicionables y producen efectos jurídicos que ningún intérprete puede desconocer.

c) Las normas de organización y derechos individuales están en el plexo de una constitución formal. Es común encontrar en las leyes fundamentales una parte orgánica y otra que, por ejemplo en las constituciones americanas, suele llamarse de “derechos, deberes y garantías”. Este fraccionamiento también se utiliza en la clasificación, al advertir que los derechos consagrados en las partes dogmáticas son enunciativos y no reconocen límites ante la cláusula de los “derechos implícitos” que son representaciones teleológicas de lo que la Constitución no dice específicamente, pero que puede surgir del contexto.

Las otras, en cambio, son taxativas, lo que significa que las competencias dispuestas no pueden ampliarse ni limitarse, sin que el desconocimiento preceptivo admita convalidación.

“Esto permite inferir que los preceptos de organización no admiten la existencia de normas implícitas mientras que ello ocurre con los derechos y garantías”.<sup>151</sup>

d) Respecto a las llamadas “constituciones materiales”, el problema surge, principalmente, de la interpretación, lo cual supone considerar la clásica cuestión

<sup>149</sup> Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, 2da. ed., Madrid, s.f., pp. 330 y ss.

<sup>150</sup> La polémica establecida al respecto es muy amplia, y no corresponde desarrollarla en este espacio. Remitimos a los fundados trabajos de Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 19, pp. 124 y ss. Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, nota 148, pp. 111 y ss.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 119.

de “constituciones rígidas” y “constituciones flexibles”, aspectos que en cuanto aquí interesa puede soslayarse. En cambio, es importante ver la tarea de intelección que sobre ellas realizan los jueces porque a través de sus desempeños se orientan cambios o sutilezas que adaptan las realidades de por sí cambiantes de toda sociedad.

Confrontan en esta dirección dos posiciones jurisprudenciales. La que expresa la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que echando mano a la “interpretación dinámica” de la Constitución, pauta, esquemas preceptivos que van resolviendo las mutaciones, preocupaciones y necesidades de la sociedad sin alterar la aparente “rigidez” de su Constitución.

Por otro, los tribunales latinoamericanos se muestran temerosos de esta interpretación progresiva, optando las instituciones políticas de cada uno por las reformas de sus cartas fundamentales, hecho que se demuestra sin esfuerzos con la aparición de numerosas constituciones iberoamericanas en los últimos años.

Sólo las constituciones de Argentina de 1853, y la de México de 1917 (después de numerosas reformas), muestran cierta continuidad.

### *3) Interpretación judicial. Reglas de hermenéutica*

Habíamos señalado que en el terreno de interpretar las normas fundamentales, como cuando se trata de disposiciones procesales, es evidente la distancia metodológica, aun conociendo la mutua interacción y el carácter genérico (de aplicación indiscriminada) de ambos.

En las dos situaciones el intérprete realiza una función eventualmente técnica, pero ha de establecer principios de abordaje y utilidad. Precisamente en el área de la interpretación es donde se debe insistir acerca de la postura funcionalista y rendidora de los actos y actitudes procesales —al acordarles eficacia y no desmerecerlos—, pero no es idéntico el caso respecto de las normas constitucionales, porque respecto a ellas no pueden alertarse insuficiencias —por vía de principio—, y si existen, deben completarse conforme a las reglas hermenéuticas que a continuación veremos.

#### *a) Interpretación orgánica*

Las normas fundamentales constituyen una “unidad orgánica”, de tal modo que sus disposiciones deben aplicarse al concierto de esa inteligencia común.

En términos aproximados se pronuncian distintos fallos jurisprudenciales de los tribunales supremos de cada país, estableciendo con ellos la promoción de un mecanismo de lectura que evite caer en parcelamientos. Se conjectura que la voluntad del constituyente no ha sido autocontradicitoria, y por eso cada disposición encuentra su correlato en otra, con lo que presenta coherencia sistemática.

Existen algunas reglas que particularizan esta forma de interpretar. Una de ellas establece el principio de la limitación prohibida, por la cual ninguna norma

constitucional puede aislarse del contexto donde se emite, so riesgo de alterar el equilibrio del conjunto. No interesa que la prescripción fuese particularizada a un artículo solamente, pues aun así, es obligación del intérprete no ignorar la totalidad del documento.

Esta regla supone confrontar todas y cada una de las disposiciones constitucionales, tal como lo indica un precedente de la Corte Suprema de Justicia argentina, cuando dice que “la Constitución, en su condición de instrumento de gobierno, debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás”.<sup>152</sup>

Para llevar a cabo esta forma de leer la Constitución se prioriza la unidad del sistema, sin que puedan imponerse limitaciones que lleguen a obstruir el curso de algún derecho o garantía establecido. Claro está que en función de esa armonía es posible restringir el alcance de ciertos derechos cuando intereses generales que estén presentes en la norma básica autoricen la excepción.

Agrega Sagües que

La interpretación orgánica intenta también lograr un amoldamiento entre las diversas prescripciones de la Constitución. Se trata de obtener, pues, la coherencia y mutua compatibilidad de sus normas, de modo tal que se las armonice y no que se las oponga; que sean aplicadas concertadamente, procurando que cada derecho sea aplicado en consonancia con los otros derechos que la misma Constitución reconoce y no en su detrimento.<sup>153</sup>

Al recaudo de armonía y plenitud debe agregarse la eficacia de la tarea intelectiva, de tal modo que la solución lograda a partir de las respuestas conseguidas no afecten el equilibrio constitucional, ni provoque un conflicto de naturaleza interna, sea institucional o entre cláusulas de la ley suprema.

Este sentido de utilidad se pregonó como manifestación necesaria en la interpretación de las normas, basándose en que la hermenéutica orgánica o sistemática de la Constitución debe propender a soluciones constructivas, a dar mayor eficacia a las acciones de gobierno, y no, finalmente, a que los valores obtenidos bloquen las tutelas diferenciales que la carta magna desprende.

#### b) Interpretación gramatical

El llamado método gramatical o exegético no hace sino rendir testimonio de lo que cada palabra expresa y transmite. A su vez, el tiempo histórico de su dictado muestra una circunstancia particular que reconoce la oportunidad y ne-

<sup>152</sup> *Cfr.*, *Fallos*, tomo 240, p. 319; 167, p. 221; 190, p. 571; p. 194, p. 371; 304, p. 1186, entre otros. Citados por Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 121, p. 91.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 92.

cesidad de su época. Esta interpretación progresiva transporta la realidad histórica del tiempo de la sanción al futuro proyectado para la generalidad.<sup>154</sup>

La opción entre darle a las palabras un significado, o buscar en la voluntad del legislador o constituyente el contenido de las disposiciones representan alternativas que puede seguir el juez ante la tarea que debe afrontar.

Cuando los artículos constitucionales son claros, el mecanismo exegético literal no ocasiona problemas. Todo está bien perfilado y lo único que hace el emisor es transportar a la sentencia tanto el término como la voluntad del creador.

Pero si la ambigüedad aprisiona los conceptos, ¿qué opción escoger?

Jurisprudencialmente se considera como primera fuente de interpretación la letra de la ley y las palabras que se emplean, dándole un sentido corriente. No obstante, se debe prestar atención al supuesto de tener que deducir conceptos técnicos, porque en estos casos la norma debe ser interpretada en el contexto del plexo constitucional.

Cuando de las conclusiones surge declarar inconstitucional una norma por razonarse conforme la voluntad histórica, pero no alcanza la letra de la ley para definir tal extrema situación de incompatibilidad, la primacía corresponde al método gramatical porque está asegurando la continuidad de un sistema armónico.

En este sentido se explica que, cuando las palabras carecen de precisión y se conocen las dificultades para aplicar el alcance del precepto, no debe descartarse sin más su utilidad, sin cotejarla con las exposiciones de motivos de la ley en conflicto (o de la norma), aun cuando se pueden descartar las discusiones parlamentarias que no fueron receptadas en el texto legal.<sup>155</sup>

Da cuenta el concepto de la preferencia por el método gramatical, pero ello no significa reconocer que no siempre es útil, mucho más cuando advertimos la incidencia manifiesta de otros factores condicionantes.

Justamente, el sistema de exégesis literal define en síntesis una opción entre versiones, por tanto, al interpretar no va ni a favor ni en contra de la norma, simplemente, escoge y aplica en consecuencia.

### c) Interpretación histórica

Argumentar históricamente supone analizar, entre otros elementos, las circunstancias sociopolíticas del tiempo en que la ley fue emitida, los fines perseguidos con la sanción normativa, descubrir la intención del legislador o la voluntad constituyente, y en definitiva, dar preeminencia a los acontecimientos históricos desplazando los textos literales.

La deducción a partir de hechos tan peculiares tiene respaldo en la soledad argumental que representan, a veces, los textos, debiendo integrarse con los despachos de las comisiones parlamentarias, o con las aclaraciones hechas en la

<sup>154</sup> *Cfr.*, Gozalí, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, p. 37.

<sup>155</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 121, p. 104.

sesión respectiva del cuerpo legiferante, o mediante el informe del diputado o senador que fundamentó el proyecto hecho ley.

El espíritu de la ley, como ha dado en llamarse esta averiguación sobre la voluntad legal, trasunta ciertas inseguridades.

El descrédito del Poder Legislativo, logrado a partir de sus lamentables descuidos por el derecho parlamentario (que les impone una técnica y un sistema para discutir la conveniencia de las leyes), provoca ese riesgo que mencionamos. En verdad, es bastante difícil deducir la intención del legislador hurgando en sus antecedentes. Las dificultades aumentan cuando la misma letra de la ley es poco clara, en cuyo caso, deducir el sentido de una norma por la exégesis literal como por la voluntad dispuesta se convierte en un absurdo, un notable despropósito.

Recordemos que un sector importante de la doctrina estima que el sentido de la norma no es la voluntad del legislador, sino un “sentido objetivo” independiente de tal propósito anímico. Larenz, por ejemplo, sugiere que la meta del conocimiento del intérprete debe ser una síntesis entre la “voluntad del legislador” y el “sentido normativo de la ley”, que entiende que es el que debe predominar.<sup>156</sup>

#### *4) Variables en la interpretación*

Los métodos desgranados evitan la desilusión del intérprete. Sabe que puede recurrir a cualquiera de ellos para adoptar temperamento, o reunirlos armónicamente y producir una exégesis determinada.

Pero también sabe que esas manifestaciones no siempre le indican las finalidades que él persigue. A veces lo conducen a soluciones injustas, o insuficientes, o directamente incompatibles. ¿Qué hacer?

Cuando las opciones no representan otra cosa que alternativas sin destino, la interpretación torna a estancarse, dando preeminencia a lo que está vigente aunque discutido, sin importar la evolución o el cambio de las circunstancias.

Se habla así de “interpretaciones estáticas” o conservadoras, que practica quien prefiere exagerar la hermenéutica histórica dando por resuelta la dicción constitucional conforme fue dicho en tiempos de origen.

También es posible hallar una actitud diferente, aventurada a recibir la complacencia general, asignando a las cláusulas constitucionales una dinámica consustanciada con los problemas de su época. Las fórmulas cambiantes de la realidad se receptan y cubren con los medios de asistencia que ofrecen las “lagunas de la ley”.

A esta modalidad se la denomina “interpretación evolutiva” o progresista, la cual si bien puede aceptarse en virtud del ordenamiento positivo de un lugar, resulta intolerable cuando se trata de la misma Constitución, haciéndole decir lo

<sup>156</sup> Cita de Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 121, p. 109.

que no dice. Para cambios de este tipo son las reformas y no las actitudes de los jueces legisladores.

Pero donde mayor cuidado ha de tenerse es en la llamada “interpretación mutativa”, por la cual se propicia el uso indirecto de la norma, esto es, emplearla con objetivos políticos, darle una actualidad acomodada a intereses particulares, pero diametralmente opuestos a los concebidos por su autor.<sup>157</sup>

Para esta concepción toda norma cumple un rol político y la interpretación de ella también. El uso alternativo facilita superar posibles ambigüedades, incoherencias, desajustes, y demás impropiedades de la norma (inclusive las constitucionales), ofreciéndoles una lectura ideológica adecuada a los fines que se persiguen, generalmente políticos.

Claro está que no se trata de interpretar evolutivamente, ni de crear a través de la exégesis. La problemática es muy sencilla; se reduce a extraer de una voluntad imaginaria la intención del legislador real, tornando las vivencias prácticas de entonces.

Pérez Luño ha señalado que

El problema planteado no es nuevo, ya que la función ideológica de la interpretación no dejó de hallarse presente en la polémica decimonónica sobre los métodos interpretativos. A los efectos que aquí interesan, la tesis básica del debate de Catania residía en la denuncia de la politización de la interpretación y aplicación del derecho burgués en favor de los intereses de la clase dominante. Frente a tal situación, un grupo de juristas consideraban las posibilidades de una politización del intérprete (en especial del juez) en sentido contrario, es decir, dirigida a la tutela de los intereses de las clases populares.<sup>158</sup>

El Congreso de Catania (1972) dejó en claro que a través de este sistema se podía conseguir, desde la interpretación jurídica, la consecución de metas u objetivos plenamente comprometida con una situación ideológica.

En efecto, en esta perspectiva es posible encontrar: 1. Un modelo de lectura constitucional que otorgue progreso y evolución transformadora a cada una de las cláusulas de la ley fundamental; 2. En segundo lugar, la de quienes propugnaron un marco jurídico político distinto, pero consideraban útil para ese logro el ejercicio alternativo de la función interpretativa de aquellos aspectos del sistema constitucional vigente que pueden ser instrumentalizados para su propia erosión posibilitando, de ese modo, su futura sustitución por otro<sup>159</sup>; 3. La de quienes ponen un signo de duda y prevención a la actividad judicial transformadora, porque,

<sup>157</sup> Cfr., Barcellona, Pietro ed alter, *L'uso alternativo del diritto*, tomo I, Bari (Italia), Laterza, 1973, p. 173.

<sup>158</sup> Pérez Luño, Antonio, *op. cit.*, nota 9, p. 266; ver también, López Calera, Saavedra López y Andrés Ibáñez, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, Fernando de Torres, 1978.

<sup>159</sup> Pérez Luño, Antonio, *op. cit.*, nota 9, p. 267.

porque, al ser su actividad generada por hechos individuales, puede sucumbir en la necesidad de provocar ventajas propias y no al servicio de intereses sociales.

Se cuenta como precedente de esta teoría a Carl Schmitt quien opuso a la interpretación jurídica dominante del artículo 48.2 de la Constitución de Weimar que concedía al presidente de la República la facultad de tomar medidas oportunas en caso de estado de excepción y entre ellas de suspender determinados derechos fundamentales, la de proponer una interpretación decisionista que, al interpretar la relación de derechos en sentido puramente indicativo y no restrictivo, vaciaba de contenido una de las más importantes garantías constitucionales de la libertad.

En fin, si alguna importancia tiene la teoría del uso alternativo del derecho consiste en la dimensión pragmática que obtiene, lo cual es al mismo tiempo un grave peligro, sobre todo en sociedades políticas que varían continuamente su signo definidor.

### *5) La política en la interpretación judicial*

Cuando a la Constitución se la toma como un “medio” y no como un “fin” en sí mismo, la interpretación se torna ilusoria porque ni el mismo intérprete cree en la posibilidad operante de la norma básica para que por ella se provoquen reformas.

No se trata ya de un problema jurídico, sino de la inmiscución de la política en lo puramente jurídico.

Muchos recordarán que, después de la derrota electoral sufrida por el presidente Adams, postergado por Tomás Jefferson, aquél designó en la Corte Suprema de su país a quien fuera su secretario de Estado, el luego famoso juez Marshall. De esta manera se aseguraba el control de constitucionalidad sobre las leyes que el Poder Ejecutivo aplicara y también logró el contrapeso necesario con las que emitiera el Poder Legislativo.

El famoso y polémico caso “*Marbury vs. Madison*” fue producto de estas circunstancias, demostrando la vinculación entre cuestiones políticas y control judicial (*judicial review*).<sup>160</sup>

Precisamente, como una derivación de este hecho, surge la denominada teoría del uso alternativo del derecho, por la cual se consigue desplazar absolutamente la inspiración legislativa para conseguir un empleo puramente político y especulativo.

<sup>160</sup> Una precisa síntesis la realiza González Oropeza, Manuel, “*Marbury vs. Madison: la política en la justicia*”, *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, tomo I, México, UNAM, 1988, pp. 314-331.

Conforme este destino, las instituciones jurisdiccionales encuentran limitadas sus funciones habituales, cuando no, influenciadas por la ansiedad que genera la ausencia cierta de independencia y autarquía del Poder Judicial.

La política (o los políticos) consiguen, a partir de su posición y enlace entre poderes, ubicarse en tren de *lobbyistas* de la justicia, propiciando fórmulas de ajuste, esclarecimientos forzados, y demás derivaciones de las normas que literalmente no responden al fin que se requiere.

La doctrina del “uso alternativo del derecho” demuestra cómo es posible objetar la actuación completa de la norma fundamental, propugnando acentuar la utilización de sus cláusulas descriptivas (programáticas), para integrarlas con sofismas infraconstitucionales.

Se funda esta idea en el rol político del derecho, al precisarse que la presunta “apoliticidad” del mismo (en el sentido de ser puramente ascético) es, en verdad, una posición perfectamente política.<sup>161</sup>

Así queda apresada lógicamente la “interpretación del derecho”, de modo que habrá siempre un momento político en la interpretación.<sup>162</sup> Agrega Sagües, que

La interpretación no es una tarea exclusivamente técnica, basada en un supuesto derecho ecuánime, creado por un Estado superpuesto a las clases sociales, y mediador imparcial entre estas... habrá siempre un ineliminable momento político... con la consiguiente responsabilidad por las opciones.<sup>163</sup>

Se consigue entonces eliminar la imagen certera del derecho para dar paso a una interpretación flexible, secuencial con los movimientos sociales y emparentada con los valores que se reclaman.

Los obstáculos que representa la tesis de la supremacía son obviados con la exégesis armonizante (claro está, impulsando un esfuerzo teleológico). Inclusive se llega a sostener que este principio “valdrá para el uso alternativo del derecho como herramienta ideológica, y en cuanto le sea provechoso; no así si le perjudica”.<sup>164</sup>

Los valores idealizados mudan su condición a la práctica que resulte más adecuada a los fines, dando por tierra la seguridad, orden y control que representa la función jurisdiccional.

<sup>161</sup> Sagües, Néstor Pedro “La interpretación de la Constitución (Poder Judicial *versus* Poder Constituyente)”, *Revista de Derecho*, cit., nota 75, p. 106.

<sup>162</sup> Sostiene Ferraioli, Luigi, “Magistratura democrática y el ejercicio de la función judicial”, *Política y justicia en el Estado capitalista*, Barcelona, Fontanella, 1978, p. 64, que “ser apolítico o declararse tales no significa en efecto estar fuera o por encima de la política, sino aceptar pasivamente los valores políticos ideológicos dominantes, por cuya virtud el Poder es siempre apolítico, mientras que políticas son sólo las oposiciones”.

<sup>163</sup> Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 160, p. 107.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 109.

Bien resume Pérez Lufio que

Por esta vía la interpretación de la Constitución deja de ser tal, al desbordar su significación normativa, para convertirse en un fenómeno de decisión política, lo que supone negar la posibilidad de una auténtica interpretación constitucional. Con lo que a través de tal proceso el ‘uso alternativo del derecho constitucional’ termina por degenerar en ‘abuso alterativo de la Constitución’.<sup>165</sup>

La deformación evidente del sistema fundamental no admite estas soluciones extraconstitucionales o supraconstitucionales, ni aun cuando se efectúen bajo el argumento de sincerar interpretaciones adulterantes de la Constitución que representan, en apariencia, interpretaciones constitucionales.<sup>166</sup>

La transformación social y los cambios políticos no se resuelven tornando espurio el comportamiento de las instituciones. Si la justicia se presta a convalidar expresiones acomodadas a los requisitos que se planean, la ética responsable (tal como fuera expuesta por Max Weber) no existe y la libertad para intelectar normas básicas para la convivencia social y la dignidad del hombre ensayan la decadencia misma de los principios sobre los que se apoya.

Es evidente que, por esta vía, se pretende forzar el cambio social a partir del derecho. Pero ¿cómo se puede hacer una revolución a través del derecho cuando se defienden normas que se tergiversan, abusan sus cometidos o pulsan conceptos absolutamente opuestos con los aceptados con anterioridad?<sup>167</sup>

#### 6) *La doctrina del “no interpretativismo”*

Un trabajo de Felipe Miguel Beltrán sostiene que la función interpretativa debe ser lo más ascética que pueda, ha de tender al textualismo manifiesto, evitando los originalismos. Para ello, el método histórico encolumna su labor intelectiva sin posibilidad de añadir disposiciones que le parezcan consecuentes.

El juez de este mecanismo “aplica” la Constitución, no la “modifica” con sus pareceres, se impone una autorrestricción que limita en sus justos términos el control que ejercita.<sup>168</sup>

Esta idea, absolutamente conservadora de un *status quo* consolidado, encuentra actualmente una fuerte resistencia en el denominado “no interpretativismo”,

<sup>165</sup> Pérez Lufio, Antonio, *op. cit.*, nota 9, p. 268.

<sup>166</sup> Así lo propicia Sagües, *op. cit.*, nota 160, p. 117, y “Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XXXV, núm. 28, 1990.

<sup>167</sup> Cfr., la réplica del doctor José Luis Egaña en su “Comentario a la ponencia del Sr. Néstor P. Sagües”, *Revista de Derecho*, Chile, *cit.*, nota 75, pp. 119-126.

<sup>168</sup> Beltrán, Felipe M., *Originalismo e interpretación. Dworkin bs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 26 y 45.

según el cual cada generación tiene derecho a tomar de la Constitución las conveniencias que le ofrece, y adecuar aquéllas que han caído en desuso.

Para ello, los tribunales cuentan con el poder necesario para activar el cambio que se encuentra consensuado por las motivaciones sociales.

El denominado “activismo judicial” afina esta doctrina dando un protagonismo inusitado a la magistratura, especialmente, a la jurisdicción constitucional.

Se indica así que “hay que romper definitivamente con el texto y con la voluntad de los constituyentes”,<sup>169</sup> porque el juez no está facultado para “interpretar” sino para manejarse con valores y reclamos individuales y masivos que le imponen las necesidades de una sociedad angustiada por la inercia de su ley superior.

Es urgente, en consecuencia —sostienen quienes predicen esta idea— reprogramar constantemente los principios, derechos y garantías, acuñando la fórmula de la “constitución cambiante”, toda vez que ésta es un mensaje más que una estructura, y por tanto, toda mutación está legitimada por la lealtad del pueblo con sus justas reclamaciones.

En otros términos

La voluntad e intenciones de los actuales herederos y poseedores del poder soberano, quienes mantienen la Constitución, tienen el poder de alterarla y se hallan en la inmediata presencia de los problemas que deben ser resueltos. Son ellos los que confirman las cláusulas constitucionales y hacen una fuerza viviente de lo que de otro modo sería un documento mudo y sin vida.<sup>170</sup>

En la absoluta polarización entre el textualismo conservador, y el “no interpretativismo” se abren interrogantes sobre la conveniencia de aceptar una u otra, al ser ambas posiciones extremas.

Está claro que, cuando la interpretación deja de ser una simple opinión para constituirse en un hecho jurídico fundamental por las consecuencias que tiene, el problema deja de ser puramente técnico para convertirse en un planteamiento filosófico.<sup>171</sup>

Esta conclusión permite sostener que las cuestiones constitucionales abandonan su condición como hipótesis de derecho, cuando se dirigen a resolver cuestiones de poder.<sup>172</sup>

169 Cfr., Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 160, p. 113.

170 Cfr., Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, tomo 3, Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, p. 687.

171 Ascoli, Max, *La interpretación de las leyes. Ensayo de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1947, p. 8. También, Pérez Luño, Antonio, *op. cit.*, nota 9, pp. 249 y ss.

172 Así también interpretan, Fix-Zamudio, Héctor y Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 140, p. 53; Pérez Luño, Antonio, *op. cit.*, nota 9, p. 250.

En muchos países, la designación de los miembros de Poder Judicial facilita proyectar postulados de gobierno cuando de antemano se presume la convalidación jurisdiccional en aspectos que pueden estar enfrentados con textos fundamentales.

Resulta así que la interpretación jurídica, tal como fue diseñada por el derecho positivo y que Savigny desarrollara en sus epígonos más importantes, aparece en la actualidad privada de esas características.

Es probable que en esta diatriba haya influido la rigidez de las cartas constitucionales, donde no se admite ningún cambio en la parte dogmática por ser derechos y garantías de pertenencia exclusiva del hombre; y respecto de la parte orgánica institucional en la cual se predica la inmutabilidad de los órganos establecidos si no es a través de los mecanismos reformistas que el mismo sistema establezca.

Lo cierto es que a partir del establecimiento de la doctrina de los “derechos subjetivos públicos”, el avance y transformación de las sociedades y, sobre todo, la dinámica en que se desenvuelven las naciones, contribuyeron a enraizar estas nociones hacia el *aggiornamiento* constitucional, aun sin respetar la preceptiva interna.

También es verdad que a través del “no interpretativismo” se consigue una hermenéutica más amplia, dando permanencia y actualidad a definiciones fundamentales que, por razón del tiempo en que fue expresado, hayan perdido claridad conceptual. En este aspecto, la interpretación no es tal, sino mera “integración” de la norma.

Asimismo, las bondades que refleja este sistema se evidencian en “pensar la Constitución hacia adelante” sin hacer culto a los muertos. O como dice Sagües, sin rendirse ante los constituyentes y las generaciones pasadas. Además, agrega el autor

También es alejador el no interpretativismo al destacar que la interpretación de la Constitución requiere a menudo ir a datos y valoraciones extraconstitucionales, emergentes de la realidad fáctica, de la conciencia colectiva y de requerimientos contemporáneos del bien común. La Constitución, en resumen, no goza de autosuficiencia; no es un documento hermético y perfecto, que abarque todo el derecho constitucional.<sup>173</sup>

No obstante, la seducción que provocan estos serios argumentos nos impone un interrogante ¿no es este pensamiento una ilusión estéril que sirve únicamente a los intereses políticos del gobierno de turno?

Es entonces cuando retornamos a esa responsabilidad ética que refirió Weber, porque al intérprete deben atribuirse condiciones suficientes de libertad para ex-

<sup>173</sup> Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 160, p. 114.

presarse en el marco preciso de un sistema constitucional. Cuando esa independencia está difuminada o presenta signos de interrogación, la facilidad hacia el cambio lo único que provoca es un orden jurídico infraconstitucional.

Ello no significa que sea ilegítimo, bien se ha hablado de la “legitimación por procedimientos” que tienen consenso y aceptación por los resultados. Simplemente, decimos que no son interpretaciones constitucionales; relacionan a la Constitución, la sacan de contexto, y de sus consagraciones surgen dicciones novedosas que pretenden transformarse en derechos de la evolución.

Quizá el resumen esté magníficamente expresado por el profesor chileno Cea Egaña

La Constitución en su esencia y el constitucionalismo, para ser aún más claro, es la regulación del Poder por el Derecho, es decir, exactamente lo contrario de lo que está panteado por la ley del uso alternativo del derecho. Es la sumisión en un Estado de Derecho del Poder a la norma jurídica justa. Ese es el constitucionalismo. Dicho en otras palabras, es correcto decir que el Derecho no es neutro, ¡de acuerdo! Pero no es también infinitamente manipulable, puesto que, entre otras consecuencias, es el Derecho el que en una sociedad civilizada debe regular al Poder, es decir, al proceso político y hacerlo con sujeción a un plexo de valores objetivados en la Constitución.<sup>174</sup>

### 30. *Las dificultades de la interpretación*

El ejercicio de interpretar la Constitución o las normas, con el consiguiente estado de controlar y fiscalizar a los órganos que comparten la administración del Poder, tiene limitaciones.

En primer lugar a los jueces se les prohíbe efectuar declaraciones “in abstracto”, pues lo contrario implica superar la órbita de la función jurisdiccional para convertir a los jueces en revisores supremos de la validez de las normas creadas por el gobierno central o de las provincias federadas. Tales declaraciones serían, por lo demás, eminentemente teóricas y extrañas a la tarea de los magistrados.<sup>175</sup>

Asimismo, la función de los jueces es decidir, aplicando el derecho en los casos concretos suscitados entre partes con intereses jurídicos contrapuestos, sin poder expedirse fuera del contexto que se limita.

Otras restricciones se encuentran en la legitimación que debe acreditar quien activa la protección jurisdiccional contra el exceso legislativo; de modo que sólo actúa quien tenga un interés personal y directo, y un derecho vulnerado por la norma que impugna.

<sup>174</sup> Cea Egaña, José Luis, *op. cit.*, nota 166, p. 122.

<sup>175</sup> Ghigliani, Alejandro, *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1952, p. 80.

El hecho individual y el “caso concreto” para ventilarlo advienen así una suerte de cortapisas que imponen flexibilizarlos a la luz de la subjetivización y socialización de los problemas.

Es evidente que si la norma es inconstitucional para uno también lo es para otros, pues no se conciben sinrazones que determinen la inaplicabilidad.

El derecho procesal, en este aspecto, debe superar su esquema premodelado en formulismos rígidos y estancados, como el “pedido de parte”, “litisconsorcio” (para el proceso con pluralidad de partes) y la “cosa juzgada”.

Pero no hemos de avanzar en este tramo, porque las cuestiones procesales fueron vistas con anterioridad; es oportuno mostrar ahora los grandes problemas que surgen con otras consagraciones.

### *1) Las cuestiones políticas*

Las cuestiones políticas constituyen una de las exclusiones a la injerencia de los jueces. Están inmersas en una categoría más amplia: “las cuestiones no justiciables”, y en verdad, resulta por demás complejo ofrecer una noción precisa sobre los actos que abarcan.

Un viejo estudio de Gastón Jèze<sup>176</sup> decía que “los actos llamados de gobierno no tienen una naturaleza especial. No hay, pues, razón jurídica para poner en jaque el sistema general de control jurisdiccional”.

Esta asimilación de las cuestiones políticas a los actos de gobierno, si bien cuentan con el asentimiento legislativo, e inclusive, de leyes fundamentales, han logrado dimensionar tal espectro de situaciones que constituyen verdaderas excepciones arbitrarias.

Sin embargo, en la exageración de estas cuestiones ha contribuido el mismo Poder Judicial, porque han sido los jueces quienes elaboraron el principio del motivo político, generando un sinnúmero de ampliaciones que no contaban con respaldo legal.

En Argentina, por ejemplo, las “cuestiones políticas no justiciables” son de viejo cuño. Reconocen su antecedente en el caso “Cullen c/ Llerena” (7 de setiembre de 1893),<sup>177</sup> donde se cuestionaba la intervención federal en una provincia. Allí se indicó que “la intervención nacional en las provincias, en todos los casos en que la Constitución lo prescribe y lo permite, es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde, exclusivamente a los poderes políticos de la Nación”.

<sup>176</sup> Jèze, Gastón, *Principios generales de derecho administrativo*, tomo I, trad. de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma, 1948, p. 414.

<sup>177</sup> Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, tomo 53, p. 420.

Luego fueron ampliadas a las “cuestiones electorales”, destacando el Alto Tribunal que son “cuestiones políticas irrevisables”, el sorteo de candidatos electos, la formación de padrones electorales, la oficialización de listas, los conflictos internos de los partidos, las decisiones tomadas en materia electoral por los tribunales de provincia, etcétera.<sup>178</sup>

Esta tendencia fue abandonada en 1965, y absolutamente, una vez constituidos los tribunales con competencia electoral.

También se consideraron “cuestiones no justiciables” las vinculadas con la formación y procedimiento para la sanción de una ley. En 1963 la Corte dijo que no eran facultades jurisdiccionales admitidas las de examinar el procedimiento adoptado por el Poder Legislativo en la formación y sanción de las leyes, “salvo el supuesto de incumplimiento de los requisitos constitucionales mínimos e indispensables que condicionan la creación de la norma”.<sup>179</sup>

Son sucesivas las excepciones que se consagran para evitar la interpretación o participación de la justicia en temas de hondo compromiso político-institucional.

Una senda adecuada para encontrar una “cuestión política” resultan las llamadas “facultades privativas” del Poder Legislativo o Ejecutivo, porque la sumisión al fraccionamiento de atribuciones bajo el esquema republicano de la trinidad estatal no tolera compartir atribuciones que son exclusivas.

También son materias de este carácter la declaración del estado de sitio, la suspensión de garantías constitucionales (aun cuando se las controla bajo la premisa de la “razonabilidad del acto”), las decisiones sobre indultos, amnistías, etcétera.

De lo expuesto, la doctrina más característica ha disputado la legalidad y legitimidad de estas situaciones no justiciables.

La autonomía constitucional, que cuentan para su tratamiento, de alguna manera las ha dotado de suficiencia y libertad para obrar con criterios que llegan a ser abusivos. Por eso, más que “cuestiones políticas”, la división tendría que pensarse sobre la base de las zonas de reserva o privativas con que cuenta cada órgano, que al ser constitucionalmente “cuestiones jurídicas” admiten el control subsiguiente sobre la razonabilidad de su establecimiento.

De esta manera el posible “desvío de poder” podrá alertarse, cuando no, denunciarse directamente.

Los argumentos que avalan la excepcionalidad son varios. Entre ellos: la división de poderes (interferencia indebida del Judicial en actividades del Ejecutivo); las facultades privativas (por ejemplo, de funciones propias); el gobierno de

<sup>178</sup> Un resumen enjundioso está en el trabajo de Haro, Ricardo, “Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial? (análisis en el derecho constitucional argentino)”, *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, tomo I, cit., nota 159, pp. 333-362.

<sup>179</sup> Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, tomo 256, p. 556.

los jueces (reemplazo del criterio administrador por el judicial o “judiciocracia”); pero ninguno de ellos consigue conmover un dato que se revela inicial: la supremacía constitucional opera en todos los ámbitos y, al permitirse la irrevisión, lo único que se obtiene es convalidar un acto agresivo a la carta fundamental.

## 2) *El derecho de la emergencia*

Las dificultades del control judicial para revisar los actos legislativos y las acciones de gobierno mientras perdura la situación de emergencia ha derivado, sorprendentemente, en una interpretación mutativa de la realidad que se ampara bajo el denominado “derecho de la emergencia”.

La cuestión terminológica es importante, porque existe un casuismo desmesurado que pone bajo la protección de este estado a ciertas actitudes que distan bastante de ser necesarias e imprescindibles por la urgencia.

La emergencia se refiere a una situación de crisis que obliga a someter las instituciones a un estado provisional que altera el juego operante de las funciones de gobierno. Se aumentan los poderes de la administración, el parlamento queda inerte ante la legislación de emergencia (decretos de necesidad y urgencia, poderes de necesidad, atribuciones provenientes de la crisis, etcétera) y, finalmente, el poder judicial encuentra que el estado de excepción configura una “cuestión no justiciable”.

Los estados de emergencia tienen, a su vez, institutos propios por los que se expresan tales como la “suspensión de garantías”, el “estado de sitio”, y en materia legislativa arrasa con la supremacía constitucional a partir de los decretos que invocan la necesidad y urgencia proveniente de la crisis por la que el Estado atraviesa.

La temporalidad pensada para el régimen se torna reiteradas veces en permanencia cuando el administrador se encuentra facilitada la tarea política ante la ausencia de controles.

Esto se ha constatado en los numerosos gobiernos militares que proliferaron en Latinoamérica restringiendo los mecanismos constitucionales. La “dictadura constitucional” emerge, en cuanto significa otorgar facultades excepcionales a los órganos de gobierno, y en particular al Legislativo y predominantemente al Ejecutivo, para que pueda hacer frente de una manera rápida y eficaz a las situaciones que ponen en peligro el orden constitucional.<sup>180</sup>

Es verdad también, y no debe ocultarse, que aun los gobiernos constitucionales y democráticos abusan de este sistema, al propiciarles un argumento consistente para elaborar y desarrollar un plan de acción que, si debiera contar con el

<sup>180</sup> Cfr., Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, 1974, pp. 123-154; Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 73, p. 514.

apoyo parlamentario, le sería difícil controlar ante el juego de frenos y contrapesos que obliga toda gestión participativa.

Los decretos de necesidad y urgencia aparecen así como verdaderas leyes que violentan el orden constitucional, y no es posible admitir la tolerancia jurisdiccional.

Señala Fix-Zamudio que

La revisión judicial de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas puede utilizarse durante las situaciones de emergencia o de excepción, para examinar la concordancia de las medidas generales que adoptan con motivo de la declaración de los estados de excepción, incluyendo la declaración misma, aun cuando sea con limitaciones en cuanto a la apreciación de la oportunidad y finalidad políticas de las declaraciones respectivas, y en cuanto afectan la normalidad constitucional y los derechos fundamentales de los gobernados.<sup>181</sup>

La gravedad crítica del Estado, extremo conducente para declarar la emergencia, tiene salidas menos drásticas, siendo, a veces, suficiente que concurran supuestos de anormalidad institucional que sobrevienen inesperadamente, pero que representan un peligro, cualquiera que fuera su índole para la vida y la comunidad.<sup>182</sup>

Doctrinariamente existen dos valiosos antecedentes que reparan en estas transformaciones de un derecho que, ideado para salvaguardar las instituciones, puede convertirse en la misma causa de los despotismos.

Uno de ellos proviene de la “Comisión Internacional de Juristas”, que dice: “El control judicial durante un estado de emergencia es esencial al concepto de un estado que como ese, representa la substitución de un normal estado de derecho por un excepcional estado de derecho, en lugar de consistir en la subordinación del principio de legalidad por un gobierno arbitrario”.<sup>183</sup>

El otro pertenece a la Opinión Consultiva número 8 del 6 de octubre de 1987 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>184</sup> donde se destaca que la emergencia no autoriza a sacrificar todos los instrumentos corrientes que protegen las garantías y los derechos fundamentales. Las únicas restricciones que se admiten son las estrictamente necesarias, y ellas requieren de interpretación al efecto.

Se concluye que las herramientas que nunca pueden suspenderse son el amparo y el *habeas corpus* porque representan los medios procesales idóneos para revisar la legalidad en una sociedad democrática.

<sup>181</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 73, p. 514.

<sup>182</sup> Cfr., Padilla, Miguel M., “El control judicial durante las emergencias en la República Argentina”, *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, tomo I, *cit.*, nota 159, pp. 2307-2325.

<sup>183</sup> “States of emergency: their impact human rights”, Ginebra, 1983, citado por Padilla, Miguel M., *op. cit.*, nota 181, p. 2313.

<sup>184</sup> *In extenso* puede consultarse en Gozáñni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, pp. 279-287.