

CAPÍTULO I

El concepto de “constitución viviente” (*living constitution*)*

1. INTRODUCCIÓN.

EL PAISAJE CONSTITUCIONAL EN ESTADOS UNIDOS

La noción de “constitución viviente” nace fundamentalmente de la literatura constitucionalista estadounidense, destacándose las contribuciones de Michael Perry,¹ sin perjuicio de otros aportes y de las coincidencias parciales que dicha idea registre en varios publicistas.

Para entender el concepto de constitución viviente es necesario situarse en el escenario constitucionalista estadounidense, donde se enfrentan rudamente posiciones conservadoras y renovadoras en torno a la interpretación constitucional, conflicto que ha impactado en la idea misma de lo que es una Constitución.

Las posturas conservadoras, rotuladas también *textualistas*, *originalistas* y *preservacionistas*, cuando no *strict constructionists*, tienden a considerar a la Constitución como un documento escrito, una obra acabada cuya interpretación fiel, para merecer el nombre de tal, debe respetar tanto la palabra como la intención del constituyente histórico.

* Publicado inicialmente en la “Revista Argentina de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Ediar, 2000, año I, núm. 1, pp. 55 y ss.

¹ Cfr. Perry, Michael, *The Constitution, the Courts and Human Rights: an Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policy Making by the Judiciary*, Yale, University Press, 1982, cit. por Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 321 y ss.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

En la tarea exegética, el operador debe interpretar la Constitución con el material que ella brinda, o con los escritos de sus autores que genuinamente permitan acceder a su significado, pero sin recurrir a elementos extraconstitucionales. Por lo demás, sólo hay una interpretación posible de la Constitución: la que siga su letra y su espíritu autoral.²

Hemos concluido que desde esta perspectiva, la Constitución parece ser una estatua, o si se quiere, un testamento. El intérprete pasa a ser una suerte de albacea, en el sentido que únicamente será leal con la constitución desde el momento en que cumpla a pie juntillas las ideas del autor del documento, o sea, el constituyente histórico.

En el bando opuesto, las tendencias renovadoras —*board constructionists*— emancipan —con mayor o menor intensidad, según los casos— al intérprete de la voluntad de ese constituyente fundador. En su misión de actualizar y *aggiornar* un instrumento que tiene ya más de dos siglos, se recurre a argumentos varios. Uno de ellos es, por ejemplo, el de las “cláusulas abiertas” de la Constitución —*v. gr.*, la cláusula novena de la Constitución de Estados Unidos, cuando habla de los derechos no enumerados, o implícitos, cosa que permite al operador del sistema constitucional modernizar el catálogo de los derechos constitucionales con otros, aparte de los iniciales, incorporados según las convicciones de la conciencia jurídica actual—. Un segunda ruta puede estribar en interpretar las palabras de la Constitución no con el sentido que tenían hace doscientos años, sino con la acepción del presente —así, respecto de las ideas de igualdad, libertad, propiedad, seguridad, etc.—. Otro artificio, desarrollado como bien se sabe por Dworkin, consiste en diferenciar “conceptos” constitucionales, con “concepciones” constitucionales. Los “conceptos” serían nociones jurídicas indeterminadas —*v. gr.*, las ideas de moral pública, dignidad humana, justicia, etc.—, cuyo contenido el propio autor de la Constitución dejó al criterio de las generaciones futuras. Las “concepciones”, en cambio, resultarían ideas ya fijadas por aquel constituyente histórico, importando juicios de valor específicos y particulares descriptos por él.³ Con relación al sistema punitivo, por ejemplo, habría un “concepto” si la Constitución prohibiese

² Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 73 y ss.

³ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 215; Alonso García Enrique, *op. cit.*, pp. 100 y ss.

El concepto de “constitución viviente” (*living constitution*)

las penas crueles, y una “concepción” si prohibiese concretamente la de muerte. En la primera hipótesis, deja a cargo de los poderes públicos delimitar, según las pautas culturales de cada época, si la pena de muerte es o no una sanción cruel. En el segundo, directamente califica a la pena capital como cruel, excluyéndola como alternativa compatible con la Constitución.⁴

2. EL CONCEPTO DE “CONSTITUCIÓN VIVIENTE”

A pesar de esas tendencias aperturistas, para algunos la válvula de la renovación constitucional resultaba todavía insuficiente. Por ejemplo, que haya “cláusulas abiertas” en la Constitución, no impide que existan igualmente “cláusulas herméticas” o cerradas, que también necesitarían actualización. Por lo demás, apunta Perry, la tesis de que el autor de la Constitución dejó adrede “conceptos” indeterminados, para que sean precisados por los operadores actuales, parece ser una tesis indemostrable. En cambio, puede pensarse con mayor verosimilitud que muchas veces el constituyente quiso diseñar “concepciones” específicas, que no debían alterarse posteriormente, salvo reforma constitucional.⁴

La idea de “constitución viviente” —*living constitution*— pretende romper definitivamente con el textualismo y el originalismo revisando el concepto mismo de Constitución y el de interpretación constitucional. En concreto, postula la independencia de la actual comunidad, tanto del texto original como de las valoraciones e intenciones del constituyente histórico. Y en cuanto la “interpretación”, entiende que en realidad no se trata de “interpretar” un documento —lo que supone hallar en él el sentido que debe dársele a la Constitución—, sino de elaborar respuestas jurídicas constitucionales conforme a las necesidades del presente y a las valoraciones y creencias de la sociedad actual. En definitiva, se arriba así a un *no interpretativismo*, versión aguda del activismo judicial.

Quizá la mejor definición de “constitución viviente” no venga dada por Perry, sino que se encuentra en la obra de Charles y William Beard, cuando afirman: “La teoría de que la Constitución es un documento

⁴ Alonso García, Enrique, *op. cit.*, p. 325.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

escrito es una ficción legal. La idea de que ella puede ser comprendida mediante el estudio de su texto y la historia de su desarrollo en el pasado es igualmente mística. Una Constitución es lo que el Gobierno y el pueblo, que gravitan en los asuntos públicos, reconocen y respetan como tal, lo que piensan que es”.⁵

Desde esta perspectiva, la Constitución pasa a ser un instrumento vivo, orgánico y cambiante —no faltan quienes exhiben a esta teoría como un subproducto del darwinismo social—. De hecho, esto importa concluir que ella es resancionada todos los días, aunque por supuesto eso no implica que las normas de la Constitución sean forzosamente diferentes de jornada a jornada, o de año a año. La mayoría de ellas puede ser —y de hecho, así ocurre— confirmada tal como lo estaba en el momento anterior.

3. LEGITIMACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Como tal, la doctrina de la constitución viviente tiene su fundamentación ideológica de legitimidad en el *argumento de las generaciones*. Específicamente, puntualiza que cada generación tiene “el derecho a vivir su Constitución”.⁶ Vale decir, que la generación que hizo en su momento a la Constitución —una generación de muertos, en el caso de la estadounidense—, carece de autoridad para imponer a la generación de hoy —una generación de vivos—, su modo peculiar de entender la Constitución. Resulta razonable, en efecto, que la Constitución sea interpretada e instrumentada del modo en que lo quieran los actuales habitantes del país, quienes gozarán sus beneficios y sufrirán sus defectos.

Desde este ángulo, ser leal con la Constitución no significa ser fiel a quien la hizo, sino a quien la practica y sobre quien se la aplica. Se trata, obviamente, de un nuevo concepto de interpretación legítima, y de fidelidad con la Constitución.

El *argumento de las generaciones* guarda parentesco con otro, esgrimido en su momento para sustentar la doctrina de la interpreta-

⁵ Cit. por Pritchett, Charles Herman, *La Constitución americana*, Buenos Aires, TEA, 1965, p. 1.

⁶ Cit. por Alonso García, Enrique, *op. cit.*, p. 326.

El concepto de “constitución viviente” (*living constitution*)

ción mutativa de la Constitución, como es el *argumento del constituyente actual*, cuyo origen remoto se eleva hasta Thomas Hobbes.⁷ Puntualmente, esta doctrina sostiene que la tarea de interpretar a la Constitución no consiste en averiguar qué quiso el constituyente histórico, “sino en declarar la voluntad e intenciones de los actuales herederos y poseedores del poder soberano, (ya que) quienes mantienen la Constitución tienen el poder de alterarla y se hallan en la inmediata presencia de los problemas que deben ser resueltos” (Inglis Clark).⁸ En síntesis, la Constitución debe leerse, entenderse y aplicarse del modo en que lo haría el pueblo de hoy, actuando como constituyente actual.

En cuanto al funcionamiento de la “constitución viviente”, Perry entiende que para definirla, los jueces deben proyectar en sus fallos los valores consensuados existentes en la sociedad. Ello no implica una función meramente fotográfica o pasiva para el juez, ya que los ideales sociales pueden resultar imprecisos y poco definidos. A los magistrados les toca “dar forma” a dichas creencias, o sea, a la moral pública, que a menudo es difusa y vaga. Ello importa un muy activo trabajo judicial de redefinición de ese ideal moral colectivo, y de especificación del mismo en contenidos simples y concretos.

La relación entre la judicatura y la sociedad es así dialéctica, ya que principia por la observación que hacen los jueces de las pautas y creencias sociales; prosigue por la redefinición de tales valoraciones por parte de los magistrados en sus fallos, y continúa con la apreciación social de esas sentencias, que lograrán —total o parcialmente— aceptación o rechazo por la comunidad. En otro movimiento más, los tribunales atenderán esas respuestas comunitarias y reaccionarán frente a ellas en los próximos veredictos. Alegóricamente, se ha definido así a la Corte Suprema como “un seminario de la vida nacional”.⁹

⁷ En palabras de Hobbes, “el legislador no es aquel por cuya autoridad se hicieron inicialmente las leyes, sino aquel otro por cuya autoridad continúan siendo leyes, ahora”. Cfr. Hobbes, Thomas, *Leviatán*, trad. por Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1940, p. 220.

⁸ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, t. 3, pp. 687 y 698.

⁹ La calificación de la Corte Suprema como “un seminario de la vida nacional”, proviene de Rostow. Cfr. Alonso García, Enrique, *op. cit.*, p. 327.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

4. OBJECIONES A LA DOCTRINA DE LA “CONSTITUCIÓN VIVIENTE”. EL PROBLEMA DE LA SEGURIDAD

La “constitución viviente” es cuestionable por distintos motivos.

El primer y más fuerte argumento en su contra es la incertidumbre que rodea a una Constitución que, por reposar no en un documento escrito, sino en los deseos de la sociedad y del gobierno, se encuentra en un proceso de cambio constante e interminable. De acuerdo con las variaciones en los humores sociales cambiaría, entonces, el contenido de la Constitución. De hecho, no habría topes a esas mutaciones, y la Constitución, en el supuesto de ser en su texto formalmente rígida, pasaría a resultar flexible: una suerte de “constitución plástica”, que en definitiva, no sería una “constitución real” (Barber).¹⁰

La acusación es grave, y también, en buena medida, cierta. Frente a la doctrina conservadora de la “constitución estatua”, donde reina el valor seguridad —ya que ella se apoya en un texto de normas escritas, que tendrían una sola interpretación posible, vale decir, la literal y la del constituyente histórico—, la “constitución viviente” parece gaseosa y, naturalmente, insegura, cuando no peligrosa, “cera en manos de quienes la manejen”, según la describe Wolfe.¹¹

La doctrina de la “constitución viviente” puede asumir esta objeción respondiendo que la dosis de inseguridad que forzosamente la rodea es un precio obligado y hasta explicable que tiene que sufragarse para lograr que la Constitución sea un instrumento flexible, útil y moderno de gobierno, que además goce de aceptación social y que resulte, por tanto, más espontáneamente obedecida. Al revés, no está dispuesta a pagar, en aras de la seguridad jurídica, la insatisfacción y deslegitimación sociales que resultarían de aplicar anacrónicamente una norma tal como fue concebida para otro momento y seguramente para otra sociedad, probablemente ya inexistente, conforme a valores, creencias y expectativas actualmente irreales y superados. Tampoco está dispuesta a soportar la exégesis de una regla de la Constitución que, so pretexto de lealtad con su letra y con el constituyente histórico, bloquee el desarrollo económico del país o conduzca a una situación crítica o tensiva

¹⁰ Barber, Sotirios A., *Sobre el significado de la Constitución de los EEUU*, trad. por Ana Santos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986, p. 228.

¹¹ Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, trad. por María G. Rubio y Sonsoles Valcárcel, Madrid, Civitas, 1991, p. 495.

El concepto de “constitución viviente” (*living constitution*)

sin solución razonable, salvo el de una reforma constitucional formal que no es siempre fácil de lograr, y menos rápidamente, en países con constituciones rígidas o semipétreas.

Las críticas hacia la “constitución viviente” son más fuertes si la Constitución en cuestión es nueva, o relativamente reciente, sancionada y aceptada por una sociedad que, de todos modos, pocos años después quiere “vivirla” de distinto modo al que la entendió cuando la aprobó.¹² En tal caso, el argumento del anacronismo y el de las distintas generaciones no sería muy convincente, ya que se trataría —prácticamente— de la misma comunidad la que dictó un precepto con un contenido determinado, y después quiere darle otro, sin reformar formalmente a la Constitución.

Ante ese problema, la tesis de la “constitución viviente” puede contestar que, en términos de economía constitucional, si una interpretación mutativa, avalada por el consenso social, permite sortear las erogaciones políticas y económicas de una reforma formal, ese ahorro justificaría la aplicación de su tesis.¹³ Al mismo tiempo, si se aceptara que la legitimidad definitoria de una Constitución deriva de su funcionamiento, según los criterios sociales imperantes en el momento de su aplicación, el hecho de que la Constitución del caso sea de reciente factura, o de antigua data, no afecta la vigencia del principio legitimatorio aludido, que debería respetarse siempre.

5. EL PROBLEMA DEL CONSENSO

Una segunda objeción gira en torno al consenso que debe fundar a la “constitución viviente”, con dos interrogantes clave: ¿“cuánto” consenso cabe requerir?, ¿qué debe hacerse con el “consenso malo”?

¹² Un polémico caso es el de Perú. Su última Constitución, sancionada en 1993, dispuso en su art. 112 que el mandato presidencial durase cinco años, y que el presidente pudiese ser reelegido de inmediato para un segundo periodo. Para postularse a un tercer periodo necesita dejar un hueco o paréntesis de otro periodo. Sin embargo, a fines de 1999, el presidente se postuló a un tercer periodo consecutivo sin dejar transcurrir el periodo de intervalo, merced a una exégesis manipulada del texto constitucional. Tal actitud iba contra ese texto. Sin embargo, los sondeos de opinión parecieron indicar, en su momento, que tal interpretación, convalidada por algunos organismos del Estado, gozaba de la aprobación de la mayoría de la población.

¹³ Cfr. Zafra Valverde, José, “La interpretación de las constituciones”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 180, 1971, p. 56.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

a) La palabra “consenso” implica “acuerdo” o “asentimiento”. El problema es que dicho acuerdo puede ser el de todos —vale decir, un consenso por unanimidad, el *consensus omnium*—, o solamente el de una mayoría.

Si hay consenso unánime, los ideales y requerimientos sociales pasan a ser “creencias” —en el sentido orteguiano del vocablo—, y en tal sentido, si toda la sociedad acepta un modo específico de entender a la Constitución, o a alguna de sus cláusulas, la doctrina de la constitución viviente adquiere bastante solidez, en lo que a esas normas se refiera.

La cuestión, sin embargo, es que muy pocas veces hay consenso unánime. Con referencia a la sociedad estadounidense, Perry habla al respecto de la santidad de la familia, “la intimidad de la amistad y el amor, la libertad individual de pensamiento”, o el ideal kantiano del imperativo categórico.¹⁴ En el caso argentino, por ejemplo, puede haber consenso constitucional unánime en el rechazo de la esclavitud (art. 15), en el reclamo por la recuperación de las islas Malvinas —disposición transitoria primera, según la reforma de 1994—, o en la vigencia del sistema republicano federal de gobierno (art. 1°), como en otros pocos preceptos constitucionales; pero de ahí en más, no hay consenso total acerca de la medida e intensidad de los derechos personales y sociales que enuncia la Constitución —*v. gr.*, existen serias disidencias en la comunidad acerca de cuál es la profundidad del derecho de propiedad, de los límites y responsabilidades de la libertad de expresión sin censura, del derecho de igualdad y no discriminación, de la extensión de las garantías de los inculcados en un proceso penal, del derecho a la vida y su relación con el aborto, etc., etc.—.

En numerosos temas de honda importancia, en resumen —vale decir, en los más urticantes del momento— no hay consenso unánime. ¿Habría entonces que conformarse en ellos con el “consenso mayoritario” —*v. gr.*, el del 55% de la sociedad, sobre el 45% restante—? Y en su caso, de haber más de dos posiciones, ¿sería bastante el parecer de una primera mayoría simple, *v. gr.*, del 37%, para decir que hay consenso, en el supuesto que el segundo grupo nucleara al 33% de la comunidad, y el tercero al 30%?

¹⁴ Alonso García, Enrique, *op. cit.*, pp. 326-327.

El concepto de “constitución viviente” (*living constitution*)

La cuestión podría resolverse, quizá, exigiendo un consenso si no unánime, al menos *casi* unánime —*v. gr.*, del 90 o 95%—, en base al cual podría interpretarse a la Constitución viviente. Pero aún así las dudas persisten. Por ejemplo, si la Constitución no es únicamente un instrumento de tutela de los derechos de la mayoría —en el supuesto de que la Constitución patrocine un régimen democrático—, sino también de las minorías —en el sentido, por ejemplo, de que hay derechos personales que no pueden ser avasallados por ninguna mayoría—, el empleo del “consenso casi unánime” volverá a discutirse. El tema ha sido crudamente expuesto por Ely, quien, preocupado por la “tiranía de las mayorías”, alerta que “no tiene sentido emplear los juicios de valor de la mayoría [base del *consensus*] como vehículo para proteger minorías, contra juicios de valor de esa mayoría [expresados a través de la ley]”.¹⁵ Algunas veces, añade Tribe, lo que precisamente hay que atacar mediante la Constitución es la voluntad de la mayoría,¹⁶ si tal voluntad, plasmada *v. gr.*, en la ley, lesiona los derechos constitucionales de una minoría.

b) El problema del “consenso malo” no es menos significativo. ¿Qué ocurre si el grueso de una comunidad coincide en una solución ilegítima? ¿Debería entenderse y vivirse la Constitución como esa sociedad así lo desea?

Los ejemplos de cegueras axiológicas colectivas no son tan infrecuentes como se cree. Así, a través de muchas décadas, millones de

¹⁵ Hart Ely, John, “On Discovering Fundamental Values”, *Harvard Law Review*, núm. 5, 1978, p. 52, cit. por Alonso García Enrique, *op. cit.*, p. 336. Añade Dworkin, *op. cit.*, p. 223, “que las decisiones referentes a derechos en contra de la mayoría no son problemas que equitativamente deban quedar librados a la mayoría... hacer que la mayoría sea juez en su propia causa parece incongruente e injusto”. En cambio, en el sentido de que el recurso al consenso procura evitar el conflicto entre la voluntad de los jueces y la voluntad popular. Cfr. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 70-72.

En cuanto a que la función suprema justificadora del Poder Judicial es la protección de los derechos individuales, especialmente cuando los sentimientos de la mayoría son muy intensos y amenazan a grupos minoritarios, cfr. Choper, Jesse, *Judicial Review in the National Political Process: a Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1980, p. 68, cit. por Wolfe, Christopher, *op. cit.*, pp. 468 y ss.

¹⁶ Tribe, Laurence, “The Puzzling Persistence of Process-based Theories”, en *Yale Law Journal*, 1980, p. 896, cit. por Alonso García, Enrique, *op. cit.*, p. 319.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

estadounidense entendieron que la esclavitud era perfectamente compatible con los postulados de libertad personal que enunciaban las enmiendas de su Constitución. Planteada la guerra de secesión, los estados sudistas —confederados— dictaron su Carta magna reconociendo explícitamente a la esclavitud, con palmario acuerdo de su población blanca. En el siglo xx, durante los años treinta, no obstante las declaraciones de igualdad de la Constitución de Weimar, en su artículo 109, la evidente mayoría de los alemanes no tuvo obstáculos en aceptar las normas discriminatorias contra los judíos dictadas a partir de la asunción —legal, por lo demás— del régimen nazi. En Argentina, en la década de los veinte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la negación de los derechos electorales para las mujeres, a pesar del enfático enunciado constitucional de igualdad (art. 16), argumentando que tal principio de la Ley suprema no podía ignorar la diferencia entre el hombre y la mujer, “de fundamental disparidad en el orden de la naturaleza”,¹⁷ y tan absurda interpretación no fue prácticamente objetada por la sociedad local. Más recientemente, y pese a que la Constitución de Irán proclame el derecho a la vida (art. 22), la sentencia de muerte de los ayatollah contra Salman Rushdie, por razones sustancialmente religiosas y en donde se lo encontrare, pronunciada desde luego *inaudita parte*, parece haber contado en su momento con la aquiescencia del grueso de los persas.

La cuestión del “consenso malo” no preocupa demasiado a las posiciones puramente sociologistas, para las que basta que haya consenso para que algo resulte legítimo. Pero sí quita al sueño a quienes opinan, por ejemplo, que el concepto de dignidad de la persona no depende solamente de lo que una mayoría —aunque sea muy amplia— entienda por tal, y que hay derechos personales que no pueden quedar a merced del parecer del consenso colectivo.

En definitiva, el problema del consenso, dentro de la doctrina de la constitución viviente, sólo puede encauzarse si se recurre a la exigencia del *consensus omnium*, o del casi unánime —ya que, si todos o prácticamente todos acuerdan en algo, se puede suponer que ese “algo” no será desvalioso, y que no habrá dañados contra su voluntad por tal coincidencia—; y si se acepta, además, que hay derechos

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJNA), *Fallos*, 154:283. La sentencia data de 1929.

El concepto de “constitución viviente” (*living constitution*)

que gozan de una tutela superior, extraconsenso, y aún anticonsenso, por ejemplo del derecho natural.¹⁸ Otra vía de escape a la “dictadura del consenso” estriba en advertir que hay derechos de fuente internacional, incluso tutelados por organismos jurisdiccionales supranacionales —como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o los tribunales europeos de derechos humanos—, cuya explicitación y alcances no estarían descritos por el consenso nacional, y que prevalecerían sobre éste.

6. EL PROBLEMA DEL OPERADOR

¿Quién define a la “constitución viviente”? La cuestión del sujeto autorizado para declarar qué es “viviente” y que no es “viviente” en una Constitución es tan decisivo como la descripción misma que él haga. De hecho, tal descripción, fácticamente, dependerá del sujeto que la realice.

Como introducción al tema, podría decirse —dentro de la doctrina que anotamos— que todo aquel que deba aplicar la Constitución tendría que estar autorizado para hacerla funcionar como “viviente” y, por tanto, para emitir su juicio al respecto. El Congreso y el presidente son, por ende, definidores. Pero el poder judicial, y en particular la Corte Suprema de Justicia, resultan los definidores finales, al ser —formalmente— los intérpretes últimos de la Constitución.

La doctrina estadounidense ha gastado ríos de tinta en analizar las virtudes y los defectos de la judicatura para desempeñar tal tarea final. Desde la presentación del Poder Judicial como poder *contramayoritario* o *antimayoritario* —ya que sus miembros, en el orden federal no electos popularmente, pertenecen por lo común a clases medias y altas y salen de claustros universitarios de no fácil acceso ni remoción, perfilándose a menudo como de orientación conservadora—, o, por otro lado, quienes reputan a los jueces paladines de la legitimidad y del buen sentido —al poseer mayor cultura universitaria que los legisladores o

¹⁸ Algunas veces es la propia Constitución la que constitucionaliza al derecho natural, declarando, *v. gr.*, que existen derechos naturales que ningún legislador ni ninguna Constitución pueden desconocer —tal es el caso del art. 33 de la Constitución argentina, que sigue a la enmienda IX de la de Estados Unidos—. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Constitución nacional. Derechos no enumerados*, Buenos Aires, Enciclopedia Jurídica Omeba-Driskill, 1986, t. III, pp. 56 y ss.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

miembros del poder ejecutivo, contar con mayor independencia respecto de partidos e intereses económicos, y un posible mejor sentido profesional para encontrar respuestas ecuanímes y de justo medio—, el lector podrá hallar un menú de opciones altamente diversificado.¹⁹

En última instancia, la incógnita sobre quién interpreta mejor —o *debe* interpretar mejor— a la Constitución —si el pueblo a través de referéndums, el Congreso en sus leyes, o el poder judicial en sus sentencias— concluye en una decisión ideológica. Ello es tan evidente que para la doctrina del gobierno mixto, por ejemplo, los presuntos sesgos aristocráticos del poder judicial importarían, antes que un defecto, una ventaja, en el sentido que la combinación de ingredientes democráticos con los aristocráticos es, para tal tesis, altamente beneficiosa en orden a la estabilidad y a la eficacia del sistema, ya que las virtudes de cada fórmula pura de gobierno compensarían los defectos que anidan en las restantes.²⁰

Dentro del marco concreto de un país determinado, el enunciado de la “constitución viviente” va a recaer finalmente en el poder judicial, o en un Tribunal Constitucional, en la medida en que la constitución —formal o consuetudinaria— de ese país encomiende a uno de tales órganos la misión de intérprete último de la propia Constitución. El asunto es distinto cuando la Constitución señala que es el Congreso a quien le toca “reformular la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria”, como lo hacía (*v. gr.*, el art. 130, inc. 4 de la anterior del Ecuador).²¹

¹⁹ Véase por ejemplo Barber, Sotirios A., *op. cit.*, pp. 252 y ss. Sobre la crítica de Bickel en cuanto el Poder Judicial, como usurpador de áreas que debería ocupar la voluntad popular, cfr. Gargarella, Roberto, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

²⁰ Los antecedentes de la doctrina del gobierno mixto se remontan a Aristóteles, Polibio y Santo Tomás de Aquino, entre otros. Pero son rescatados posteriormente por Montesquieu, cuya teoría de la división de los poderes, siguiendo el esquema inglés, es una muestra de gobierno moderado basado en la presencia de ingredientes monárquicos, aristocráticos y democráticos.

²¹ A su turno, esta norma está complementada por el art. 284 de dicha Constitución: “En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio. Tendrán la iniciativa para la presentación de proyectos de interpretación constitucional, las mismas personas u organizaciones que la tienen para la presentación de proyectos de reforma, su trámite será el establecido para la expedición de las leyes. Su aprobación requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso Nacional”. A todas luces, en esa área de interpretación el Congreso está ejerciendo un poder constituyente delegado.

El concepto de “constitución viviente” (*living constitution*)

Ahora bien: que al Poder Judicial le toque —por lo común, aunque no siempre en el derecho comparado— definir a la “constitución viviente”, no significa que esa operación principie y termine en la judicatura. Si un poder judicial no es realmente independiente, de hecho el intérprete real no será él, sino el o los sujetos del que dependa. También es cierto que el vigor y el éxito de la interpretación judicial serán tributarios, asimismo, del acierto de sus decisiones y del eco positivo que encuentren en el escenario social. Bien se ha dicho que un poder judicial enfrentado con una comunidad no contará con gran solidez para lograr que sus criterios adquieran persistencia y fuerza normativa.

Dentro ya de la tarea judicial de explicitar a la “constitución viviente”, surgen —entre otros— dos subproblemas relevantes:

a) El primero es el de la *constatación* de la “constitución viviente”. ¿Cómo conocer las creencias sociales imperantes? ¿De qué manera se fotografían los valores que gozan de consenso unánime, o cuasiunánime? Esta operación es difícil, aunque para algunos no imposible. Por ejemplo, Zafra Valverde sostiene que el intérprete de la Constitución puede determinar, de todos modos, cuál es la solución más razonable y probablemente querida por el pueblo en su carácter de constituyente actual.²² Podrá a tales fines consultar la doctrina especializada, a fin de detectar la *communis opinio*, o criterio pacíficamente aceptado, o las encuestas —si las hay— sobre el punto en cuestión.

Aún así, cabe reconocer, en términos de sociología del conocimiento, que a falta de datos estadísticos precisos el investigador —juez o no— bien puede filtrar o distorsionar realidades —conciente o subconcientemente— conforme a su posición ideológica, sus necesidades económicas, sus prejuicios, fobias e intereses personales. Por ejemplo, en un tema tan significativo como los indultos a favor de los comandantes en jefe dispuestos en Argentina por el poder ejecutivo —oportunamente condenados por la justicia civil, a raíz de los dolorosos episodios del terrorismo de Estado y de la “guerra sucia”, durante los años setenta—, discusión que involucraba tanto la legitimidad intrínseca de tales condonaciones como su constitucionalidad, el apasionamiento del tema provocó —y provoca— que en rigor de verdad no se cuente con datos confiables, cuando se decretaron los indultos, acerca de qué porcentaje

²² Zafra Valverde, José, “La interpretación de las Constituciones”, *cit.*, p. 56, y *Teoría fundamental del Estado*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1967, p. 265.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

de la sociedad los repudiaba, qué otro los consideraba adecuados y cuál no quería pronunciarse o no tenía opinión. Lo único que queda claro, eso sí, fue que no existió en tal momento consenso unánime ni cuasiunánime sobre su aceptación o rechazo comunitario.

b) La segunda cuestión que aparece en este tramo del debate es el *radio de acción del operador*. Fuera de los raros casos en que se descubra un claro criterio social unánime o cuasiunánime sobre un punto determinado de la Constitución, lo más usual será que haya, como Perry lo reconoce, tendencias comunitarias poco definidas, difusas e imprecisas, a las que el juez tendría que “dar forma”.

Es aquí cuando se produce un singular contacto entre las posturas dinámicas y evolutivas en torno a la interpretación de la Constitución, y las posturas hiperactivistas de la “constitución viviente”. Para las primeras, la Constitución debe ser adaptada por los operadores a las urgencias del momento en el que debe aplicarse, en homenaje a su eficacia y éxito como instrumento de gobierno,²³ todo ello sin insistir demasiado en el respeto a las creencias sociales predominantes, desde luego, sin proponer ignorarlas.

Para la doctrina de la “constitución viviente”, el juez debe dar también esas respuestas satisfactorias, pero especificando y concretando —a su leal saber y entender— los requerimientos sociales imprecisos que tengan consenso. Su función, debe quedar entendido, no es de ninguna manera libre y discrecional, en el sentido que no tendría que fabricar soluciones contrarias a esas creencias difusas, sino que debería construirlas dentro del marco de posibilidades que ellas permitan. Pero de cualquier manera, el papel del juez es singularmente activo. En ciertos y no frecuentes casos, proyectará en el caso a resolver la creencia social ya definida; en otros, cuando la creencia es imprecisa, la especificará y concretará. En ambos, será protagonista del cambio, resolviendo incluso contra el texto literal de la Constitución o la voluntad del constituyente histórico autor de la norma en juego.

²³ La tesis de que la Constitución está “destinada a perdurar en las eras futuras, y por consiguiente (debe) adaptarse a las diferentes crisis de los asuntos humanos”, fue sostenida ya por el *Chief Justice* Marshall en *Mc Culloch vs. Maryland*, en 1819. Cfr. Corwin, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, ed. revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat, trad. por Anibal Leal, Buenos Aires, Fraterna, 1987, p. 13.

El concepto de “constitución viviente” (*living constitution*)

Quedaría un punto oscuro en este discurso: ¿qué ocurre, ante una norma constitucional anacrónica y disfuncional, si para *aggiornarla* no existe consenso social, ni preciso ni impreciso? En tal situación, ¿debería el juez respetar el texto y la intención del constituyente histórico, lo que conduciría a una respuesta jurídica poco fructífera, o podría evadirse de aquéllos, en aras de producir una exégesis dinámica y exitosa —en el sentido de más útil— de la Constitución?

La doctrina de la “constitución viviente” podría responder a estas preguntas explicando que si no existen vivencias sociales en la materia bajo examen, no hay —en ese punto— “constitución viviente” y que, por tanto, el adherente a esta doctrina estaría en libertad de acción para resolver el tema, ya según la constitución escrita, ya según una interpretación mutativa de ella, operada en la hipótesis solamente por cuenta y riesgo del juez.

7. EVALUACIÓN

La doctrina de la “constitución viviente” es más fácil de comprender para aquellas posiciones que entienden que el mundo jurídico se integra no solamente con normas, sino también con realidades —posiciones bidimensionalistas— y con valores —posturas tridimensionalistas—. ²⁴

En efecto: si acepta que el derecho también se ocupa de conductas, puede asumirse que toda norma tiene algo de “viviente”, en el sentido que es o no cumplida —y en este último caso, con diversas modalidades de efectivización— en un medio social. Asimismo, la admisión de la existencia de la dimensión fáctica del mundo jurídico facilita comprender la vigencia y la fuerza del derecho consuetudinario, que engendra normas, modifica, afianza o deroga a las de derecho formal.

Por ende, desde esta perspectiva, no será extraño aceptar que en alguna medida toda constitución es “viviente”, y que hay cláusulas “muertas” —si la sociedad y los tribunales u otros operadores de la Constitución no quieren hacerlas funcionar—, como también que otros artículos son “vivos” conforme las apetencias de los operadores y del pueblo. ²⁵ En base a esto, algunas veces se producen “reformas” consti-

²⁴ Cfr. por ejemplo Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 33 y ss.

²⁵ Por ejemplo, en el caso argentino, una regla constitucional “muerta” es la del art. 55, que exige —para ser Senador— contar con una renta anual de dos mil pesos

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

tucionales informales —“*mutaciones*”— por vía de interpretación, que en la realidad terminan por imponerse. En la interpretación mutativa, el texto constitucional permanece incólume —como una especie de estuche—, pero su contenido cambia.²⁶ Cabe alertar que la batalla entre la constitución “formal” —entiéndase: la Constitución, según su letra y el espíritu del constituyente histórico— y la constitución “viviente”, se da en el ámbito fáctico o dimensión existencial del mundo jurídico, o sea, en el terreno propio de la constitución viviente, en *su* territorio, y ello define en mucho el resultado del conflicto.

Por lo demás, interpretar a la Constitución según las valoraciones sociales existentes, en las que haya un real y no meramente hipotético consenso unánime o cuasiunánime, no parece nada absurdo, siempre que ese funcionamiento de la Constitución no violente a los derechos naturales de las personas y de las sociedades, ni afecte los compromisos internacionales del Estado del caso.

Al mismo tiempo, cabe constatar que diversos fallos judiciales, y algunos de varias décadas atrás, han expuesto una posición que, sin calificar a la constitución como “viviente”, la han entendido aproximadamente así. Por ejemplo, en “*Avico c. de la Pesa*”, la Corte Suprema argentina, después de indicar que la interpretación de las normas estriba en “adaptar el texto, liberal y humanamente, a las realidades y exigencias de la vida moderna, sin rezagarse a buscar obstinadamente cuál había sido, hace cien años, el pensamiento de los autores del código al redactar tal o cual artículo”, añadió que “no hay jurista moderno que no se preocupe de poner su interpretación en armonía con las necesidades

fuertes o una entrada equivalente —ello importaría un ingreso aproximado de tres mil dólares mensuales—, regla de tipo oligárquico hoy reputada ilegítima por la comunidad. Otra norma constitucional morigerada es la del art. 75, inc. 1º, que declara que los derechos aduaneros serán uniformes en todo el país, lo que no ha impedido regímenes impositivos más beneficiosos para ciertos territorios en desarrollo, y la existencia de “zonas francas”. El juicio penal por jurados, en el ámbito nacional, no obstante la programación constitucional de los arts. 24; 75, inc. 12, y 118, no se ha implementado todavía —casi ciento cincuenta años de haberse sancionado la constitución—, ante la evidente falta de voluntad política y de impulso comunitario para instrumentarlo. Los ejemplos de cómo cada cláusula de la Constitución es “vívida” de modo peculiar por la sociedad, podrían multiplicarse indefinidamente.

²⁶ Sobre la interpretación constitucional mutativa, nos remitimos a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., pp. 58 y ss.

El concepto de “constitución viviente” (*living constitution*)

actuales y con las ideas cambiantes o circundantes”.²⁷ En “Bressani *c.* Provincia de Mendoza”, expuso que en la interpretación de la Constitución no debía olvidarse que era una “creación viva, impregnada de realidad... a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación”.²⁸ Y en “Merck *c.* Nación Argentina”, reiteró que la “realidad viviente” de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponerse a ello el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera”.²⁹

Los puntos más espinosos de la doctrina de la “constitución viviente” son el poco apego que profesa a la seguridad jurídica —al menos, en el sentido tradicional de ella—, y el excesivo protagonismo que puede dar a los jueces en la definición de lo que resulta “viviente”. Ante esos riesgos cabe reconocer que ante la evidente aceleración de la historia, la interpretación de la Constitución no puede menos que evolucionar y cambiar sensiblemente con mayor velocidad que décadas atrás, y que los jueces muchas veces tienen que definir encrucijadas constitucionales donde no existen creencias sociales bien nítidas ni tampoco unánimes que ellos puedan proyectar.³⁰

Ante tales dilemas, bueno es que reconozcan que allí deciden no como oráculos del pueblo, atribuyéndose la cuasidivina función de exponer una voluntad social que en esos casos no existe —aunque sí en otros, donde tienen en principio que seguirla, según la doctrina de la constitución viviente—, sino como órganos del Estado a los que la propia Constitución les asigna tal tarea de clarificación de la Constitución, cubriendo sus lagunas, disipando cuando las hay a sus contradicciones o terminando con sus ambigüedades. Pero eso lo tienen que hacer se acepte o se rechace a la doctrina de la “constitución viviente”.

²⁷ CSJNA, *Fallos*, 172:55 y 56.

²⁸ *Ibidem*, 178:9. Véase también 292:26.

²⁹ *Ibidem*, 211:162. Cfr. igualmente 308:2268, considerando 16.

³⁰ Véase al respecto Miller, Jonathan, “Control de constitucionalidad: el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia”, en *El derecho*, Buenos Aires, t. 120-919, con referencia al conflictivo caso “Roe vs. Wade”, relativo al aborto y resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos, donde “no existía consenso sobre los valores de la comunidad” relativos a esa cuestión.