

Ratti Mendaña, Florencia Soledad

Acerca de la influencia del neoconstitucionalismo en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la CIDH: exposición de una hipótesis

IX Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2013
Facultad de Derecho - UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Ratti Mendaña, F. S. (2013, octubre). Acerca de la influencia del neoconstitucionalismo en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la CIDH : exposición de una hipótesis [en línea]. Presentado en *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Derecho natural, hermenéutica jurídica y papel del juez*, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/acerca-influencia-neoconstitucionalismo-sentencias.pdf> [Fecha de consulta:]

Acerca de la influencia del neoconstitucionalismo en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la CIDH: exposición de una hipótesis

Florencia Soledad Ratti Mendaña

- **Introducción**

Por medio de esta comunicación pretendo exponer brevemente la línea de investigación que actualmente me encuentro desarrollando en la UCA, y someter a la consideración de los presentes mi hipótesis de trabajo. Ello, con la esperanza de recibir observaciones, críticas y comentarios enriquecedores que brinden algo de luz a esta primera etapa de elaboración de la tesis que suele ser, como muchos sabrán, ardua y desconcertante.

Así las cosas, en primer lugar me referiré al objeto y a los objetivos de mi investigación. En segundo lugar, haré una breve descripción del marco teórico actual, y finalmente presentaré la hipótesis que intentaré demostrar.

- **Objeto y objetivos**

La investigación que me he propuesto tiene como objeto inmediato el análisis de la influencia del neoconstitucionalismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los objetivos específicos que espero alcanzar mediante dicho estudio son los siguientes:

- Identificar, si es que existieran, aquellos postulados neoconstitucionalistas que se exteriorizan en las sentencias de dichos tribunales
- Examinar en qué medida estos postulados han condicionado las decisiones judiciales adoptadas

A su vez, como objetivos genéricos, intentaré:

- Realizar un análisis crítico de la teoría neoconstitucionalista, evaluando los riesgos que podrían derivarse de otorgar a los jueces la facultad de definir el alcance de los derechos fundamentales;
- Hallar, desde la perspectiva iusnaturalista, razonables y objetivas pautas

orientadoras de la actuación judicial

- **Marco teórico**

En primer lugar, corresponde aclarar, como sostiene Alfonso Santiago, que el término *neoconstitucionalismo* puede indicar diversas realidades y requiere, por ende, precisión en su uso. Así pues, cada vez que utilice aquel término durante la presente comunicación me estaré refiriendo al neoconstitucionalismo como teoría jurídica, dejando en un segundo plano su concepción como proceso histórico o como postura doctrinaria.

Hecha tal aclaración, me serviré entonces de la definición de Moller, quien describe al neoconstitucionalismo como “el movimiento jurídico de oposición a la lógica del Estado decimonónico, donde imperaba el legalismo, el culto a la ley y la concepción de actividad judicial como actividad mecánica y automática de aplicación de la ley”. Me permito completar aquella definición con una idea de Santiago: por oposición a aquel Estado decimonónico, esta nueva teoría alienta un modelo de Poder Judicial activista, protector de los derechos humanos.

Sin mayores esfuerzos puede vislumbrarse en las referidas definiciones un cambio de paradigma: del “Estado de Derecho”, donde primaba la ley y el juez era automático, hemos pasado al “Estado Constitucional de Derecho”, en el que la función judicial tiene una relevancia incommensurable y se encauza hacia una finalidad primordial: la protección de los derechos fundamentales.

Esta concepción del Estado Constitucional de Derecho ha sido defendida por autores como Zagrebelsky, Alexy, Ferrajoli, Comanducci y Peces Barba, para quienes la Constitución ya no tiene como objetivo prioritario la limitación de la autoridad estatal sino la protección de los derechos fundamentales, que se encuentran consagrados en constituciones cosmopolíticas (es decir, globalizadas, que incorporan tratados internacionales y están sujetas a revisión por parte de tribunales internacionales). En este sentido, siguiendo en ello a Häberle, utilizaré la expresión *derechos fundamentales* como abarcativa de los derechos consagrados en las constituciones y en los tratados internacionales.

Ahora bien, en el contexto descripto, y desde la teoría jurídica en estudio, la protección de los derechos fundamentales suscita dos grandes cuestiones:

- la obligatoriedad de que toda norma se adecue intrínsecamente a la constitución cosmopolítica
- la necesidad de resolver los casos difíciles, trágicos o problemáticos en los que se enfrentan dos o más derechos fundamentales.

Pues bien, ambos escenarios parecen exigir, desde la perspectiva neoconstitucionalista, un rol activo del Poder Judicial —específicamente, de aquellos órganos encargados de ejercer

el control de constitucionalidad— que se exterioriza mediante el ejercicio de dos herramientas primordiales:

- la interpretación (reinterpretación y sobreinterpretación) de las normas y de la propia constitución, ya no con vistas a hallar el sentido correcto de la norma, sino dispuestas a encontrar, entre varias interpretaciones posibles, la *interpretación conforme*, es decir, la más compatible con los derechos fundamentales, dando lugar así al dictado de sentencias manipulativas (exhortativas o aditivas) en las que se indica cómo debería ser esa norma para compatibilizar o proteger adecuadamente el derecho fundamental en juego, o se modifica la interpretación de la norma en un sentido determinado, o bien se insta al legislador al dictado de una ley (incluso con indicación de un plazo concreto para ello).

A esto debe sumarse, a nivel interamericano, el control de convencionalidad impuesto por la CIDH, a partir del caso Almonacid Arellano, que conlleva la obligatoriedad para los jueces de declarar la invalidez de aquellas normas internas (incluso la Constitución) que contradigan no solo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también la interpretación que a esta Convención le ha dado la Corte.

- la ponderación, definida como “una actividad objetiva de asignación de peso e importancia a valores contrapuestos”. Esta noción de ponderación deja entrever que ya no se persigue la armonización de derechos; se parte del conflicto entre ellos y se procura la primacía de uno sobre el otro.

En la práctica, el ejercicio de aquellas herramientas se traduce en una verdadera *creación* de Derecho por parte de los jueces, aun en los sistemas de *civil law*. De este modo, la jurisprudencia realza su calidad de fuente del derecho, gozando, en determinados casos, de un protagonismo mayor que la ley —sea mediante su actualización, sea por medio del exhorto de su dictado o incluso mediante su reemplazo frente a la omisión legislativa—. Los jueces, en un derecho absolutamente dúctil, tienen la última palabra en la definición, ponderación y delimitación del alcance de los derechos fundamentales: “las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla”.

En palabras de Santiago, “del principio que establecía que los derechos humanos valen en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos, que también cuentan con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos”. De este modo, en el neoconstitucionalismo, tal como anticipó Carnelutti, “el legislador tiene las enseñanzas de la soberanía; pero el juez tiene sus llaves”.

En tal línea de reflexión, la investigación que propongo asume como hipótesis que esta teoría neoconstitucionalista —originada en la Europa continental— no ha pasado desapercibida en las sentencias de la CSJN y de la CIDH sino que, por el contrario, ha ejercido en ellas, durante las últimas décadas, una influencia fundamental, demarcando la

tendencia constitucional y la línea argumentativa adoptada por dichos tribunales. Sostengo tal hipótesis porque creo que existen determinados fallos en los que ambas cortes habrían ido más allá de los límites tradicionales que solían autoimponerse, dando lugar a decisiones que parecerían encuadrar en aquello que los neoconstitucionalistas esperan de un *poder judicial activo*.

Desde esta tesitura, intentaré demostrar que el fundamento jurídico subyacente en ciertos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como *Sejean, Portillo, Ekmekdjian, Bahamondez, Arteaga, Mendoza, Verbitsky, Badaro, F., A.L.*, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como *Artavia Murillo, La Última Tentación de Cristo, Kimel y La Cantuta vs. Perú* se relaciona intrínsecamente con los principales postulados de la concepción neoconstitucionalista.

Ahora bien, en América Latina, el neoconstitucionalismo como teoría jurídica ha sido abordado por autores tales como Carpizo, Aguilar Cavallo, Ozuna Patiño y Carbonell. En Argentina, los principales referentes de la doctrina neoconstitucionalista, es decir, quienes defienden y desarrollan sus postulados, son Ninoy Gargarella, mientras que la crítica a dicha teoría se encuentra con frecuencia en la doctrina de Bandieri, Santiago y Portela, cuyas obras se han venido citando.

No obstante la doctrina referenciada, la posible relevancia de la presente línea de investigación radica en que se desconoce la existencia de alguna obra que hubiera profundizado el análisis de cada una de las sentencias a la luz de la teoría neoconstitucionalista. Ciertamente es que algunos autores han enumerado determinados fallos como ejemplos de la tendencia neoconstitucionalista, en un marco de análisis general de dicha teoría jurídica, y otros cuantos han percibido el riesgo de la extralimitación judicial que parecería sobrevenir con esta nueva ideología, mas entiendo que ninguno ha focalizado el examen del neoconstitucionalismo a partir del método del caso, es decir, desmenuzando las sentencias judiciales para analizar la concretización o recepción de esta doctrina por parte de los jueces.

- **Método y actividades**

Es preciso señalar que la investigación planteada exige la adopción de una postura iusfilosófica, por cuanto el análisis —y eventual crítica— de una teoría jurídica conlleva necesariamente partir desde una determinada concepción de Derecho, de ley y de justicia. Es por ello que la perspectiva iusfilosófica en la que se enmarcará la presente investigación será el iusnaturalismo clásico o aristotélico-tomista. Ello tendrá relevancia en múltiples aspectos del análisis jurídico que se procura, pues, en la búsqueda de una evaluación crítica del neoconstitucionalismo, proporcionará importantes premisas: v.gr. se entenderá que los derechos fundamentales anteceden al Estado, que pertenecen al ser humano por su condición de tal, que derivan de su naturaleza y de su dignidad; el derecho positivo se entenderá como derivación del derecho natural; la justicia se concebirá como dar a cada uno lo suyo, etc.

Por otro lado, el análisis de dos tribunales disímiles en cuanto a su composición, funciones y ámbito espacial y material aportará una riqueza inconmensurable a la investigación y permitirá asimismo un análisis comparativo permanente entre el fenómeno nacional y el

internacional.

Por último, admitiendo de que los albores del neoconstitucionalismo se sitúan en Europa continental —más específicamente, en la Alemania de posguerra— y que dicha teoría jurídica ha pisado fuerte en el continente americano algunas décadas después (a partir de la transición a la democracia, sostienen algunos), la investigación se abocará a las sentencias dictadas por ambos tribunales en los últimos cuatro decenios, aproximadamente.

Para lograr la concreción de los objetivos planteados, el plan de investigación se desarrollará en diversas etapas:

- *Exploratoria*: En primer lugar, se efectuará un estudio exhaustivo de los principales autores neoconstitucionalistas con el objeto de responder los siguientes interrogantes: ¿Qué rol le asigna esta teoría al juez? ¿Puede el juez asumir la labor legislativa? En caso afirmativo, ¿qué riesgos existirían? ¿Puede el juez crear derecho? ¿En qué condiciones y con qué límites? ¿Qué es la ponderación y en qué consiste? ¿Cuáles son los criterios de ponderación?

Una vez halladas las respuestas a las cuestiones planteadas, se relevarán las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En específico, se atenderán aquellos casos en los que *prima facie*, los jueces no se hayan limitado a *decir* el derecho, a identificar la cosa justa en el caso concreto, sino que hayan dictado algún tipo de las referidas sentencias manipulativas, *creando* derecho. En general, la mayoría de estas sentencias constituyen famosos *leading cases* fácilmente identificables por la modificación intrínseca que han introducido al ordenamiento jurídico a partir de su dictado.

Se prestará especial atención a los derechos fundamentales involucrados en cada caso y se pretenderá sistematizar, comparativamente, los criterios de interpretación o ponderación utilizados y la argumentación esgrimida.

- *Comparativa*: luego de haber analizado los textos de la doctrina neoconstitucionalista, y de haber examinado las sentencias pertinentes emanadas de los tribunales bajo examen, se realizará un análisis comparativo entre una y otras, en búsqueda de manifestaciones de postulados neoconstitucionalistas en las decisiones judiciales. Es decir, se estudiará si la función que los autores neoconstitucionalistas asignan a los jueces, específicamente en la protección de los derechos fundamentales, se ha plasmado en las decisiones judiciales dictadas por los tribunales bajo examen.
- *Analítica*: Finalmente, se realizará una etapa de análisis crítico de las sentencias

examinadas, desde una perspectiva jurídica, política y filosófica, orientada en última instancia a señalar las bondades y maldades de la influencia de la doctrina neoconstitucionalista en la argumentación jurídica de los tribunales. Asimismo, se examinará tanto la teoríaneoconstitucionalista como la práctica jurisprudencial desde el prisma iusnaturalista, a los efectos de alcanzar una delimitación objetiva de la función judicial.