

## PORTADA

***XXII ENCUENTRO DE PROFESORES DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL***  
**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL**  
**Buenos Aires, 27/29 de Agosto de 2015.**

***ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO  
COMÚN Y PROCESAL***  
por Néstor Pedro Sagüés

Catedrático UBA y Universidad Católica Argentina. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional

*Resumen:* Las relaciones entre el derecho constitucional y el extraconstitucional, donde se encuentran el derecho común y procesal, han atravesado distintas etapas. En la primera, se produce una suerte de *desconstitucionalización* del derecho extraconstitucional, que tiende a desenvolverse autónomamente ante una constitución bloqueada, entre otras doctrinas, por las de mediación de la ley y de las cláusulas programáticas (no operativas) de la constitución. Desde fines del siglo XX, en cambio, la constitución se vuelve invasiva, merced a diferentes nuevos paradigmas: concepción de la constitución como norma exigente y operativa, interpretación del derecho subconstitucional “conforme” con la constitución, afirmación de la inconstitucionalidad por omisión, ocupación de áreas infraconstitucionales por el constituyente, “irradiación” constitucional e “infiltración” por la constitución del derecho extraconstitucional, etc. En los últimos lustros aparece otro fenómeno: la *convencionalización* de la constitución y todo el derecho nacional común y procesal, suceso que obliga a practicar nuevos encuadres y amoldamientos.

## ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO COMÚN Y PROCESAL

por Néstor Pedro Sagüés

Sumario: 1. Introducción, Derecho constitucional y derecho extraconstitucional. 2. La desconstitucionalización del derecho extraconstitucional. 3. Constitucionalización del derecho extraconstitucional. 4. Convencionalización del derecho constitucional y del derecho extraconstitucional. La constitución “convencionalizada”. 5. Proyecciones para Argentina, en materia de derecho común y procesal. 6. Riesgos del pasado y del presente. A título de conclusión.

**1. Introducción. Derecho constitucional y derecho extraconstitucional.** Las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho extra o meta constitucional han atravesado distintas etapas, desde la aparición del constitucionalismo.

El tema requiere formular algunas aclaraciones. Por “derecho constitucional” se entenderá aquí aquel sector del mundo jurídico, integrado por tres dimensiones (*normativa, fáctica y axiológica*), ocupada de la estructura y funcionalidad fundamentales del Estado (involucra, igualmente, el catálogo de los derechos fundamentales que delimitan los toques del quehacer estatal, o que le obligan a hacer algo, al par que regulan las relaciones entre los particulares). Tiene dos segmentos clave; uno, *primario*, alude al espacio constitucional con “supremacía constitucional”, ya sea que integre la Constitución formal o que esté fuera de ella, pero con instrumentos que gozan de tal jerarquía normativa (por ejemplo, en Argentina, las declaraciones y convenciones en materia de derechos humanos previstas por el art. 75 inc. 22 de la constitución). El otro, *secundario*, es el derecho constitucional sin tal categoría: v. gr., leyes de ministerios, ciudadanía, seguridad interior y exterior, defensa nacional, etc. En ambos tramos, el primario y el secundario, hay un segmento normativo formal y otro informal, o consuetudinario. (1)

El derecho extra o meta constitucional es el derecho restante, y se ocupa de asuntos “no constitucionales” en sentido preciso, como la regulación de las relaciones mercantiles y civiles, la sanción penal, el derecho de las relaciones laborales, etc. En principio, aquí están el derecho común y el procesal. También tiene un trozo formal y otro informal, o consuetudinario.

El deslinde entre el “derecho constitucional” y el derecho “extra o meta constitucional” no es siempre preciso, y muta de lugar a lugar y con el transcurso del tiempo. Además, hay áreas de *ocupación* de territorios extra constitucionales, por parte del derecho constitucional, y también zonas análogas de *infiltración* o de penetración constitucional, que varían de país a país. Conviene reseñar la evolución habida en el mapa que comentamos.

## **2. La desconstitucionalización del derecho extra constitucional.**

Durante las primeras décadas del constitucionalismo, la separación entre el derecho constitucional y el extra constitucional era bastante clara. El derecho constitucional significaba, básicamente, un derecho “organizativo”: estructuraba el Estado, indicaba su denominación, fines generales y describía su *estatuto del poder*. Atendía, preferentemente, al tema del *quién manda* y del *cómo manda*: la forma de gobierno y de Estado, los mecanismos según los cuales eran nombradas sus autoridades, las relaciones entre ellas y el procedimiento por el que engendraban normas jurídicas. Algunas veces se ocupaba, al efecto, de sus límites territoriales y símbolos patrios, incluyendo la bandera y el himno. (2)

En ese estadio del desarrollo constitucional, la constitución contemplaba también, casi siempre, un *estatuto de los derechos*, trozo que, conviene advertirlo, no era demasiado extenso y tenía serias limitaciones operativas. (i) Por ejemplo, y de acuerdo con la divulgada tesis de la “mediación legal”, los derechos constitucionales se ejercitaban “conforme las leyes que reglamenten su ejercicio”, como enfáticamente señala el art. 14 de la constitución argentina). Por ello, esos derechos, en verdad, existían según el modo en que eran regulados por las leyes ordinarias. (ii) En un operativo de pinzas, la tesis paralela, de la distinción entre normas constitucionales “programáticas” y normas “operativas”, bloqueaba a menudo el vigor de los derechos constitucionales (entrevistos, en su mayor parte, como “programáticos”),

si no existían normas legales de implementación que los motorizaran.  
(3)

En conclusión, un derecho constitucional sin normas legales de desarrollo constitucional, poco valía para el habitante común. Significativas porciones de la constitución, por tanto, eran en definitiva más “poesía constitucional”, que “derecho constitucional”. Puede hablarse así, alegóricamente, de una *constitución replegada* y, en muchos aspectos, anestesiada.

En esta etapa de la *constitución replegada*, la presencia de la constitución en el quehacer jurídico cotidiano era bastante tenue. El juez, en el ámbito de las realidades, era un *juez legal*, y no un *juez constitucional*. (4) Las sentencias rara vez se fundaban en las cláusulas constitucionales, ya que se decidían en base al derecho extra constitucional (encarnado emblemáticamente en ciertos códigos, como el civil, comercial, penal, procesal, etc.). En estos códigos, a su turno, la Constitución adoptaba un papel secundario y casi fantasmal: era un personaje que rara vez salía a escena, y del cual el jurista podía, casi siempre, prescindir. El discurso jurídico y la argumentación jurídica, en ese momento, van a ignorar la Constitución. Las construcciones jurídicas, especialmente las jusprivatistas, alcanzan en cambio un envidiable grado de calidad, sutileza, seriedad y perfeccionamiento autosuficiente, lindando con la exquisitez y el preciosismo, sin necesidad de recurrir a insumos constitucionales (al revés: si se emplean éstos, la pieza del caso parecía fundarse en razones decorativas y escasamente sólidas, de tipo político, retórico y declamatorio, poco o nada sustancioso, cuando no “impuro” –léase *politizado*-).

Salvo excepciones, el derecho extraconstitucional tendía así, espontánea y naturalmente, a perfilarse como derecho “puro”, presuntamente *apolítico*, vale decir, abstemio e independiente del derecho constitucional, o sea, como un derecho intrínsecamente desconstitucionalizado.

### **3. Constitucionalización del derecho extraconstitucional.**

En las últimas décadas del siglo XX, el panorama descrito tiende a cambiar.

- a) la primera mutación acaece en el ámbito constitucional: el eje de la Constitución tiende, al menos en parte, a desplazarse: del *estatuto del poder*, hacia el *estatuto de los derechos*. En otras palabras, la Constitución sigue

describiendo *quién* y *cómo* manda (no podía ser menos), pero se despliega también en torno al *cuánto* y al *qué* manda. Se definen mucho más los clásicos derechos constitucionales, y se enuncian igualmente otros nuevos derechos constitucionales. En sentido figurado, hay una *inflación de contenidos* y otra paralela *inflación de derechos*. La Constitución pasa de ser un mero catálogo de procedimientos y de órganos del poder, para incluir un listado, a veces muy extenso, de facultades y garantías de las personas.

- b) Por ello, se produce una importante *ocupación de áreas* por parte de la Constitución. Haciendo uso de su condición de derecho preferente, el derecho constitucional, convertido en una especie de corsario jurídico con patente privilegiada, secuestra tramos del antiguo derecho extra o meta constitucional, los regula discrecionalmente (de vez en cuando, hasta en exceso, cuando el constituyente se mete a legislador ordinario), se despliega y origina especialidades temáticas: hay, por ello, un derecho constitucional laboral, otro derecho constitucional civil, naturalmente un derecho constitucional penal, un derecho constitucional militar, un derecho constitucional tributario, otro derecho constitucional de la familia, un “derecho constitucional de la empresa”, otro “derecho constitucional económico”, etc.
- c) El derecho procesal, en términos históricos, fue el más “constitucionalizado” desde el inicio de la era constitucional. Ello es así porque para el constitucionalismo de la primera etapa (liberal-individualista), la tutela del debido proceso, en particular en su versión penal, fue una preocupación acentuada para terminar con los abusos del Estado en cuanto la aplicación de las penas. La constitución histórica, con frecuencia, delineó los rasgos esenciales de ese “debido proceso” y de la magistratura judicial (teoría del “juez natural”, v. gr.), y además, de vez en cuando, describió algunos “procesos constitucionales”, destinados a operar como garantía de los derechos personales (hábeas corpus

y amparo, especialmente). Por eso, hablar de “derecho constitucional procesal”, y de “derecho procesal constitucional”, no es algo que debiera llamar la atención.

(5)

d) La constitución también diseña políticas públicas, en materia de salud, vivienda, educación, desarrollo tecnológico, deporte, ocio, ambiente o vacaciones. Y surgen, a más del ciudadano abstracto, que era el viejo titular de derechos, otros sujetos constitucionales que gozan de una protección diferenciada o específica: mujeres, niños, adolescentes, ancianos, campesinos, usuarios, discapacitados, indígenas, estudiantes, consumidores, trabajadores, hasta individuos que todavía no viven hoy y que estarán por vivir mañana: las generaciones futuras, por ejemplo, mencionadas por el art. 41 de la constitución argentina.

e) La Constitución se vuelve exigente. Como norma, o súper norma, por un lado, tiende a motorizarse en todas sus cláusulas, por lo cual se diluye la división entre normas constitucionales “programáticas” y “operativas”, tesis que es hoy entrevista por muchos como una añeja estrategia de evasión constitucional. Algunos textos, en tal sentido, declaran que el juez no podrá argumentar falta de reglamentación legal para negar la vigencia de un derecho. (6) También se debilita, paralelamente, la tesis de la “mediación de la ley”, en un doble sentido. Así, (i) la ley no puede “mediar” como quiera, sino que debe resultar razonable, y no debe alterar o menguar el vigor del derecho que la Constitución enuncia. Emerge, de tal modo, la doctrina del contenido esencial de los derechos. Además, (ii) si no hay ley regulatoria, el derecho constitucional en juego no puede quedar congelado: nace así la inconstitucionalidad por omisión, que condena la mora o el silencio del legislador en instrumentar un derecho constitucional, con tanta energía como el exceso o el abuso en regularlo. En resumen, se viola la Constitución tanto por acción como por renuencia legislativa.

- f) La Constitución pasa a ser, en palabras muy gráficas, *invasiva*, o *entrometida*. (7) “Está en todas partes”. Puede hablarse, entonces, de una “omnipresencia constitucional”. (8) Nada escapa a ella: no hay espacios “extra” o “meta” constitucionales. Cualquier norma, situada en cualquier ley o código, o cualquier conducta humana, es pasible de una *mirada constitucional*. O es constitucional, o es inconstitucional. Áreas otrora vistas incluso como ajurídicas, o metajurídicas, son captadas por la Constitución. La vida privada, la conciencia personal, las convicciones religiosas o íntimas, pueden y deben ser meritadas por la Constitución, en el sentido que son acreedoras de respeto y tutela constitucional, en particular si alguien pretende violar el blindaje de reserva que la Constitución les reconoce. (9)
- g) La Constitución, aparte de *ocupar* y retener zonas otrora extra constitucionales, se *infiltra* en ese derecho extra o meta constitucional. Este último es, en palabras de Commanducci, *embebido*, *impregnado* o *saturado* por la Constitución. (10) Al mismo tiempo, el fenómeno de la *irradiación constitucional* provoca, por ejemplo, que en las relaciones entre los particulares, también deba existir una visualización constitucional, y que los derechos constitucionales rijan igualmente en esas interacciones entre sujetos privados, (11) como en el vínculo entre deudor y acreedor, entre empleador y empleado, entre usuario y consumidor y el prestador de servicios o el fabricante o intermediario de productos. De tal modo, los contratos, por ejemplo, tienen que entenderse primero según las pautas constitucionales regulatorias del mercado y recién después de acuerdo con las reglas codificadoras civiles y comerciales, o las intenciones de quienes los suscriben o adhieren a ellos.
- h) Al mismo tiempo, la sumisión del derecho extraconstitucional a la constitución se consuma con la doctrina de la interpretación “conforme” del primero respecto de la segunda. En otras palabras: el derecho no constitucional debe reinterpretarse, amoldarse y rehacerse según la Constitución, incluso mediante alargamientos o

reducciones de su contenido material, merced interpretaciones mutativas por adición o sustracción. Concomitantemente, las interpretaciones de ese derecho opuestas a la Constitución deben desestimarse: solamente valen las exégesis adecuadas, “conformes”, con la Constitución.

En términos amplios, ya por *ocupación de contenidos*, ya por *infiltración* temática o ideológica, culmina así la llamada “constitucionalización del derecho”. (12)

- i) El juez se transforma. De *juez legal*, pasa a ser, en una medida cada vez más pronunciada, *juez constitucional*. Las sentencias van a mencionar con mayor frecuencia a la Constitución, y en algunos casos (no en demasiados), se comienza el análisis interpretativo del derecho por la Constitución, para pasar recién más tarde al derecho subconstitucional. La judicatura, especializada o no en la temática constitucional, va a recurrir a menudo a la *sobreinterpretación*: la Constitución se interpreta “extensivamente”, y de ella se infieren principios implícitos, (13) aparte de los explícitos, que van a modelar las reglas constitucionales e incluso generar nuevas normas y enunciar nuevos derechos, a más de motorizar, en todo lo posible, y aun en lo imposible, a la Constitución. Una proyección de ello es la orden judicial de satisfacer derechos sin realizar un test de factibilidad en torno a la posibilidad material del Estado de realizarlos.

#### **4. Convencionalización del derecho constitucional y del derecho extraconstitucional. La constitución “convencionalizada”.**

El panorama descrito sería incompleto si no se le añade otro fenómeno de honda gravitación: la influencia del derecho internacional (denominado también “convencional”), de los derechos humanos, y de la jurisprudencia de ciertos órganos de la jurisdicción internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según la doctrina del “control de convencionalidad”, sostenida en nuestro medio por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este nuevo techo normativo impacta rudamente en el derecho doméstico, que termina por ser colonizado por el primero. El referido control, en concreto, produce: a) casos de inaplicación del derecho local, incluso el constitucional, absolutamente incompatibles con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, o la jurisprudencia apuntada (control de convencionalidad *represivo*) ; b) situaciones de adaptación, reciclaje y engarce del derecho interno a los mismos parámetros de fuente internacional, según la doctrina de la interpretación “conforme” del derecho nacional con tales directrices (control de convencionalidad *constructivo*). Tal operativo genera estos trabajos jurídicos: (i) *selección de interpretaciones*: el operador local tiene que manejarse con las interpretaciones del derecho doméstico compatibles con, por ejemplo, la convención americana sobre derechos humanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechar las que resulten incompatibles; (ii) *construcción de interpretaciones*, mediante mutaciones por adición, sustracción o mixtas, en aras de lograr que el derecho nacional coincida con los parámetros internacionalistas aludidos. (14)

Naturalmente, antes de realizar el control de convencionalidad represivo, cabe agotar todas las posibilidades de rescate que brinda el control de convencionalidad constructivo.

En el ámbito del derecho internacional, todo esto lleva incluso a pensar en una nueva imagen constitucional: la *Constitución convencionalizada*, que es la misma constitución nacional, pero adaptada y conformada con el derecho internacional de los derechos humanos y las interpretaciones de los órganos jurisdiccionales del mismo. La “constitución convencionalizada” tiene por ende tramos inaplicables, con más otros extendidos y algunos reducidos en su contenido material.

Obviamente, también es posible hablar de un derecho extraconstitucional nacional “convencionalizado”, en términos análogos al derecho constitucional convencionalizado. El juez civil, penal o laboral, tendrá que interpretar las normas no constitucionales que aplica, según los referidos techos condicionantes sentados por el derecho internacional de los derechos humanos.

Por lo demás, el control de convencionalidad y el de constitucionalidad corren ya parejos y simultáneos. No es correcto, en efecto, que el juez local realice un mero análisis de constitucionalidad,

ignorando las pautas del derecho convencional; y viceversa. La concomitancia de ambos controles, ejercidos de modo complementario, ha sido subrayada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el segundo caso *Gelman 2*, del 20 de marzo de 2013, párrafo 88.

El juez, a su turno, también cambia de fisonomía: ex *juez legal*, después *juez constitucional*, asume (lentamente, en verdad), que también es (o debe ser) *juez convencional*, integrante del sistema jurídico (en el caso argentino) interamericano.

### **5. Proyecciones para Argentina, en materia de derecho común y procesal.**

En nuestro país el derecho común ha sido significativamente ocupado, en áreas vitales, por directrices constitucionales.

En materia de derecho laboral, por ejemplo, la reforma de 1957, a través del art. 14 “nuevo”, más conocido como art. 14 “bis”, se apropió de puntos esenciales del derecho individual como del derecho colectivo del trabajo. Sus directrices configuran una tutela especial y favorecedora del trabajador y de los gremios, circunstancia que ha repercutido, por irradiación constitucional, v. gr. en el análisis de la constitucionalidad de normas relativas a reparaciones de daños y perjuicios para el trabajador, por infortunios laborales, o para la graduación de indemnizaciones por despido, o para marcar la tutela de la libertad sindical, actualizar jubilaciones o meritar reducciones de salarios. (15) La reforma de 1994 ocupó, asimismo, temas como la generación de empleo y la formación profesional de los trabajadores, a más de enunciar el principio de justicia social (nuevo art. 75 inc. 19), que repercute en todo el mundo jurídico, pero desde luego de manera muy notoria en el ámbito del derecho del trabajo.

En la esfera civil y comercial, la constitución de 1853 legisló sobre la propiedad, admitiéndola y tutelándola como “inviolable”, autorizando su uso y disposición y previendo su expropiación, bajo rigurosas condiciones, a más de prohibir la confiscación. Reconoció el derecho a la privacidad, como el de ejercer industrias lícitas, de asociarse con fines útiles. El derecho a testar, comprensivo entonces de la herencia, como el de casarse, de comprar y enajenar bienes, figuraron asimismo en el catálogo de temas que el constituyente secuestró de la voluntad del legislador ordinario. Dedicó una mención especial a la propiedad intelectual, y aludió a la libertad de empresa, a fin de ejercer industrias y actividades lícitas.

La reforma constitucional de 1957 amplió el listado de estos rubros cateados por el constituyente: por ejemplo, bien de familia, la protección integral de ésta, vivienda digna. La de 1994 se expidió en su largo art. 42 sobre los consumidores y usuarios, y en el art. 75 inc. 19, respecto de la educación y la cultura. El derecho a un ambiente sano provocó también una extensa cláusula sobre el tema, en el art. 41.

En la esfera penal y procesal penal el art. 18, interpretado ahora extensivamente, sentó una serie de pautas decisivas, que apuntalaron el debido proceso en ese fuero (también, por infiltración posterior, en los ámbitos civil, laboral y administrativo), y el derecho penal liberal, tanto para el tratamiento de los detenidos, la imposición de penas y la misma categorización de las conductas como actos delictivos.

A lo expuesto cabe agregar que la reforma de 1994, al conferir rango constitucional a una serie de instrumentos internacionales de los derechos humanos, cuya lectura quintuplica a la constitución preexistente, ha acentuado en forma mayúscula la presión de la materia constitucional, o analogada a ella, sobre todo el mundo jurídico argentino.

Como consecuencia de todo esto, el perímetro de opciones del legislador para instrumentar los códigos de derecho común, o los de procedimiento, se ha visto sensiblemente reducido. Nunca la Constitución ha sido tan invasiva como hasta ahora. Y si a ello se suman las concepciones cada vez más fuertes acerca de entender a la constitución no como una estatua, o un cuerpo inerte y ya hecho, sino como un producto en permanente desarrollo (doctrina de la constitución viviente, o *living constitution*), y de visualizar a ciertos documentos regionales, como el Pacto de San José de Costa Rica, del mismo modo, (16) es posible arribar a la posición del *legislador acorralado*, en parte por el aumento de la normatividad constitucional y con rango constitucional que le fija pautas de las cuales no puede prescindir, en parte por una judicatura que lejos de ser una simple *bouche de la loi*, al estilo de Montesquieu, desenvuelve, modela, recrea y ajusta el derecho nacional en función del material controlante proveniente del constituyente local y del derecho internacional de los derechos humanos, pero interpretado finalmente por el operador judicial.

## **6. Riesgos del pasado y riesgos del presente. A título de conclusión.**

1. Hemos visto que el constitucionalismo de la primera etapa, con su *constitución replegada* por las doctrinas de la mediación de la ley y de la diferenciación entre cláusulas programáticas y cláusulas operativas, anestesió el vigor de la ley suprema relegándola a veces a mera poesía constitucional. El derecho extraconstitucional, de tal modo, tiende a desligarse de la constitución.

2. La situación presente, de la *constitución invasiva*, conlleva también sus desafíos. Una constitución plenamente motorizada, intrínsecamente mutante y cada vez más condicionadora de la actividad legislativa y ejecutiva, pero definida en última instancia y llegado el caso, transformada mediante mutaciones aditivas o sustractivas, por la jurisdicción constitucional, intérprete final de ella, puede también perder consistencia propia para concluir como una herramienta de quien la opera, transformado entonces, de *judex*, en *princeps*. (17) En ese contexto, la tentación de la manipulación ideológica de la Constitución es posible que resulte muy alta.

3. A su turno, la asunción por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la doctrina del control de convencionalidad, implica que hay otro factor condicionante decisivo, como es la jurisprudencia de dicho tribunal, cuyas pautas devienen obligatorias tanto para los jueces nacionales como para todos los órganos del Estado, especialmente los más vinculados con la administración de justicia.

4. En definitiva, el derecho común y el procesal nacional están hoy día, en muchos de sus segmentos decisivos, ocupados por una normatividad constitucional y convencional cada vez más abundante, que ha capturado varios de esos temas y los ha llevado al texto de la constitución, o les ha dado rango de tal. También aquellos derechos - común y procesal- se encuentran infiltrados, vía irradiación, por secuelas argumentativas derivadas de la normatividad constitucional y convencional, y por la jurisprudencia emanada de los órganos de la jurisdicción constitucional y supranacional del caso.

5. Todo ello concluye en un severo retraimiento, en particular, del margen de apreciación con que cuenta el legislador. En la medida en que, ya por *ocupación* o por *irradiación* o *infiltración* del derecho constitucional y del derecho convencional, el derecho procesal y el común nacionales deben someterse y resignar posiciones, en esa misma medida el legislador local pierde potencia legisferante.

6. Tal reducción no es necesariamente ilegítima: al contrario, puede justificarse, en la medida en que el derecho constitucional y el

derecho convencional proporcionen respuestas jurídicas razonables, en aras, asimismo, de erigir un *jus constitutionale commune* respetuoso de los postulados básicos de derecho natural que hacen a la dignidad humana. Pero no es legítimo enclaustrar al legislador dentro de las pautas fijadas libérrima y discrecionalmente por la judicatura, convertida así, mediante un *cerrojo judicial*, en adjudicadora suprema de derechos, e indirectamente, en *súper legislador*. El pase de las sentencias tradicionales, destinadas a resolver conflictos, a las *sentencias exhortativas*, donde el juez provoca actividad legisferante al instar al legislador a actuar de un modo determinado, adoptado así roles nomogenéticos, para concluir francamente en las *sentencias legislativas*, en las que directamente crea ley, es una muestra de ello. En la última de estas hipótesis, emerge al fin en escena el fantasma que Prieto Sanchís denominó, con acierto, *la omnipotencia judicial*. (9)

#### Notas

(\*) El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

(1) Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, reimpresión, Buenos Aires 2004, Astrea, pág. 231.

(2) Por ejemplo, constitución de Malta, arts. 1º, 3º y 4º; de Irlanda de 1937, arts. 1º, 2º, 7º. Versión de Daranas Peláez Mariano, *Las constituciones europeas*, Madrid 1979, ed. Nacional, t. II págs. 1147/8 y 1335/6.

(3) Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, ob. cit., pág. 260 y sigts.

(4) Sagüés Néstor Pedro, *Del juez legal al juez constitucional*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2004, N° 4 pág. 337 y sigts.

(5) Siguiendo a Héctor Fix Zamudio, el derecho constitucional procesal se ocupa de las reglas constitucionales relativas al debido proceso, que operan como garantía de las partes. El derecho procesal constitucional atendería más bien a la jurisdicción constitucional, incluyendo los procesos constitucionales. Sobre el tema, derivamos al lector a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4º ed., reimpresión, Buenos Aires 2013, Astrea, t. 1 pág. 3 y sigts.

(6) Constitución de Ecuador de 2008, art. 11 inc. 4º: “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

(7) Comanducci Paolo, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª. ed., Madrid 2005, Trotta, pág. 83. Respecto a la constitución “entrometida”, según Guastini, ver Sánchez Gil Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México 2006, Porrúa, pág. 26.

(8) Prieto Sanchís Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., pág. 131.

(9) Ello importa concluir con la antigua distinción entre “mundo jurídico” y “mundo privado”, como si éste fuera ajurídico. Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, 1977, Depalma, pág. 151.

(10) Comanducci Paolo, *Formas de (neo)constitucionalismo*, ob. cit., pág. 81.

(11) Ver sobre la doctrina alemana de la *drittwirkung* (proyección de la constitución al ámbito de las relaciones privadas), como consecuencia de la irradiación de la constitución, Sánchez Gil Rubén, *Constitucionalización...* ob. cit., pág. 47.

(12) En palabras de Peralta, “todos los agentes jurídicos se ven impelidos a realizar una permanente referencia al texto fundamental, para obtener así la validez radical de toda producción de carácter jurídico”. Cfr. Peralta Ramón, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid 1994, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, pág. 48, cit. por Sánchez Gil Rubén, *Constitucionalización...* ob. cit., pág. 49.

(13) Comanducci Paolo, *Formas de (neo)constitucionalismo*, ob. cit., pág. 81.

(14) Ver Sagüés Néstor Pedro, *De la constitución nacional a la constitución “convencionalizada”*, en Jurisprudencia Argentina, 2013-IV-1342. También, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México 2013, Porrúa, pág. 354.

(15) Sobre tal jurisprudencia ver nuestro *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., reimpresión, Buenos Aires 2014, págs. 714, 715 y 720,

(16) Tal es la interpretación que da la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Pacto de San José de Costa Rica, y en general a los tratados sobre derechos humanos, entendidos como “instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Ver opinión consultiva 16/99 párrafo 114, y *caso de la Masacre de Mapiripán*, párrafo 106, entre otros; cfr. Mary Beloff, *Art. 17. Protección de la familia*, en Steiner Christian y Uribe Patricia, *Convención americana sobre derechos humanos. Comentario*, Fundación Konrad Adenauer, La Paz, 2014, pág. 389.

(17) Tomamos esta expresión de Manuel Aragón Reyes, *La interpretación de la Constitución y el carácter objetivo del control jurisdiccional*, Córdoba 1986, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, separata, *passim*.