

La obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema.

Por Juan Vicente Sola

Academico Director.

Instituto de Metodología de las Ciencias Sociales.

Presentación.

En el segundo semestre del 2017 el Instituto de Metodología de las Ciencias Sociales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas realizó en varias jornadas un debate entre especialistas sobre “La obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema”. El motivo de esa investigación fue determinar si los fallos de la Corte Suprema sobre temas constitucionales eran obligatorios para los demás habitantes aunque no fueran parte del juicio y por qué razones.

Además investigar si existía estabilidad de los precedentes dictados por la Corte Suprema. Las siguientes páginas reflejan algunas de las ideas debatidas y además de esta introducción, las ideas de algunos de los participantes del Seminario.

¿Por qué los jueces interpretan la Constitución?

El control judicial difuso de constitucionalidad supone la existencia de una Constitución escrita y suprema que es aplicada por jueces que ejercen el control de su vigencia sobre el resto del ordenamiento jurídico. Este control se ejerce por igual sobre derecho legislado que sobre precedentes judiciales. Finalmente existe una Corte Suprema de Justicia que es el intérprete final de

la Constitución y la que establece los precedentes válidos que serán aplicados por legisladores y jueces. Es la misma Corte la que deberá controlar el cumplimiento de sus precedentes ante otros órganos legislativos o jurisdiccionales que no reconozcan su ejemplaridad.

Por un error habitual se supone que como el sistema de precedentes es consecuencia de que el origen del control judicial proviene de los Estados Unidos y que ese sistema utiliza el *common law* y por esa razón no sería totalmente aplicable a los sistemas de derecho legislado como es el argentino. Esta presunción tiene varios errores, el primero es que el derecho federal de los Estados Unidos es derecho legislado en su totalidad no *common law*. Este último es utilizado exclusivamente en los estados y no sobre la totalidad de sus ordenamientos jurídicos.¹ El segundo error es que la obligatoriedad de los precedentes proviene de la necesidad del cumplimiento de la Constitución por sobre el resto del ordenamiento jurídico. Si no fuera así, cada uno de los recurrentes tendría una Constitución diferente de acuerdo con la teoría jurídica que sostenga el juez que le toca en suerte. Por lo tanto si existe una distinción entre el *common law* y el derecho legislado ésta no se extiende a los precedentes constitucionales.

Es cierto que el *common law* con su experiencia en analizar precedentes ha tenido una gran influencia en la interpretación de precedentes constitucionales. El abogado y juez del *common law* tienen un mayor entrenamiento en la utilización de fallos como creadores de derecho y esta capacidad es fácilmente trasladable en la interpretación de la Constitución a través de la jurisprudencia. El desarrollo del estudio de los precedentes constitucionales fue influido por las doctrinas de Jeremy Bentham que fuera el padre del positivismo inglés, quién era muy crítico del poder de los jueces e

¹ Habitualmente se utiliza el common law para derecho de contratos, daños, societario, y derecho penal.

insistió que el hecho de la legislación judicial a través de los precedentes tenía que ser reconocido y si era posible reformado. Esta doctrina tuvo una considerable influencia en el Reino Unido y luego en los EE.UU., de dos maneras, primero las teorías positivistas del precedente desarrollaron un **sistema más estricto del *stare decisis***; al mismo tiempo se estableció una mayor preocupación teórica en las reglas que creaban precedentes y en los **elementos en los precedentes** que eran realmente **vinculantes** lo que incluye investigar la idea de ***ratio decidendi***.

La coherencia en la interpretación de normas constitucionales a través de muchos casos y las prácticas interpretativas dirigidas a asegurar una coherencia general de todo el sistema jurídico son fundamentales en sociedades que adhieren a un orden jurídico 'racional'. Un argumento similar en favor de la fuerza normativa de los precedentes concierne valores constitucionales fundamentales. Que los tribunales mantengan la uniformidad del derecho y su interpretación y aplicación de caso a caso debe ser considerado un requerimiento para asegurar el estado de derecho, que supone el tratamiento igual para todos los individuos en el sentido de la igualdad formal ante la ley.

¿Qué es un precedente?

El término precedente tiene un número diferente de significados. Es a veces aplicado, sin demasiado análisis, a un cuerpo de fallos previos supuestamente relevantes, en general esto ocurre cuando los abogados de las partes acumulan citas durante un recurso. Al mismo tiempo precedente puede ser utilizado como el resultado de una decisión particular que se considera de cierta importancia. Finalmente el término puede ser utilizado para referirse a una norma más amplia que la decisión en un caso particular puede establecer. El

análisis de la estructura del precedente se concentra en los dos últimos significados.

Partimos del concepto de precedente **como la decisión en un caso por un tribunal al que se considera que provee de ejemplaridad para un caso idéntico o similar que apareciera posteriormente.**² En el caso mencionado proviene de una decisión expresa de un tribunal pero existen los precedentes *sub silentio* que es una práctica uniforme y silenciosa, ininterrumpida pero no basada en una decisión legal.

La ratio decidendi o holding.

La primera cuestión es la necesidad de definir con algún grado de precisión cual es el **elemento que se debe extraer de una decisión**, lo que se llama la **ratio decidendi**, también llamado **holding, y** distinguir entre los elementos relevantes jurídicamente y las cuestiones circunstanciales e irrelevantes de decisiones o precedentes anteriores. El principal elemento de discusión entre juristas es saber cual es la *ratio decidendi* en un caso y como esta debe ser establecida para el futuro. Esto supone **diferenciar el elemento normativo o vinculante del precedente** de otras afirmaciones hechas por los jueces que intervienen en el caso generalmente llamadas *obiter dicta*.

La diferenciación de los elementos vinculantes y no vinculantes de un decisión judicial están históricamente conectados con la idea de una subordinación jerárquica a un tribunal superior, Corte Suprema por ejemplo, y a la práctica formal del *stare decisis*. Se puede citar a Blackstone que decía que los

² Cf. BLACK'S LAW DICTIONARY. 4th. Ed. West Publishing Co. St. Paul Minnesota. 1968 p.

1340

precedentes y las leyes debían ser aplicados a menos que fueran totalmente absurdas o injustas.³

Luego de estas consideraciones, podemos citar la definición de MacCormick sobre la *ratio decidendi*:

*Una decisión expresa o implícitamente tomada por un juez que es suficiente para resolver una cuestión de derecho planteada por los argumentos de las partes en un caso, siendo una cuestión sobre la cual una decisión era necesaria para su justificación (o para una de las justificaciones alternativas) del fallo en el caso.*⁴

Se puede intentar hacer una lista de factores que pueden ser considerados relevantes para determinar el grado de obligatoriedad normativa de un precedente:

- i) El rango jerárquico del tribunal de origen del precedente. En particular si es de la Corte Suprema.
- ii) Si la decisión fue en un fallo dividido, o con votos separados o por la Corte por unanimidad. Si es un tribunal inferior si fue un fallo del pleno.
- iii) La reputación de los integrantes del tribunal o del juez que escribe la opinión.
- iv) Cambios en el ambiente político, económico o social ocurridos desde la decisión original.

³ BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England..* Oxford, Clarendon Press, original de 1769, I p. 70. En el original *precedents and rules must be followed unless flatly absurd or unjust*.

⁴ MAC CORMICK, N. *Why cases have rationes and what they are*. En GOLDSTEIN, L. (ed). Oxford University Press, 1987, p. 234.

v) Solvencia de los argumentos que se dan en apoyo de la decisión.

vi) La antigüedad del precedente. Esto tanto por su arraigo en la sociedad como, por el contrario, si refleja una situación política o económica totalmente diferente.

vii) La presencia o ausencia de disensos.

viii) La rama del derecho a que se refiere. Si bien la Constitución es siempre suprema, hay ramas del derecho como el comercial donde existen prácticas que varían y a las que se les da un carácter vinculante.

ix) Si los precedentes constituyen una tendencia o es sólo un caso aislado.

x) Saber si el precedente ha tenido aceptación amplia en la doctrina.

xi) Si bien la obligatoriedad formal no es un concepto que admita gradación, en el caso de los precedentes no parece que pueda establecerse una dicotomía entre vinculantes y no vinculantes, sino como un cierto tipo de obligatoriedad dentro de un continuo en el que figuren también conceptos como “tiene fuerza normativa” o “sirve de fundamento suplementario”.

Los obiter dicta.

Obiter dictum o dicta significa un **comentario al pasar**, esto es, una **observación hecha por un juez al expresar su opinión en un caso**. Es concerniente a alguna norma, principio o aplicación del derecho pero no necesariamente relativa al caso o esencial para su resultado. Es una

declaración sobre derecho **enunciada por el tribunal meramente como ilustración, argumento analogía o sugerencia**. No tienen la fuerza del precedente.⁵ La consecuencia del precedente es la ***stare decisis*** que significa **adherir a los casos decididos, es la doctrina de los tribunales de no variar en un punto de derecho que ya ha sido decidido previamente en una causa similar**. Cuando una cuestión de derecho ha sido establecida por una decisión y forma un precedente el cual no se debe variar por el mismo tribunal o por un tribunal inferior a menos que ello fuera necesario para reivindicar obvios principios de derecho o remediar una injusticia continua. La doctrina se encuentra limitada a determinaciones con respecto a cuestiones litigadas y decididas necesariamente pero no es aplicable a los *obiter dicta*.⁶

Existe otra forma del *obiter dictum* que es en realidad un posible *holding* que ha sido reducido de rango por el razonamiento judicial posterior. Puede ocurrir que fue sostenido como un principio demasiado general o de alguna otra forma inapropiada para servir de precedente. Esta observación sobre la posible relación entre dos conceptos ilustra la importancia que los *obiter dicta* tienen para los precedentes constitucionales. Es una forma de moderar los efectos de una aplicación estricta del *stare decisis*, y la jerarquía que normalmente tienen los precedentes que provienen de la Corte Suprema. Esta morigeración tiene diversos caminos, una es el cambio en las circunstancias por las que un precedente que normalmente sería vinculante no tiene necesariamente que ser seguido. Otra forma de flexibilidad es la posibilidad de distinguir entre precedentes diferentes que son todos vinculantes. Dentro de estas posibilidades está la de decir que un precedente vinculante es en realidad un *obiter dictum*, o a la inversa dar el nivel de *holding* a un precedente que era considerado como *dicta*.

⁵ cf. BLACK'S p. 541.

⁶ Cf. BLACK'S p. 1578.

La doctrina de la decisión judicial.

Benjamín Cardozo es quién inicialmente determinó la teoría de la decisión judicial. Lo importante de la doctrina de Cardozo es recordarnos que el derecho es también producto del precedente, y como forma de creación del derecho no en el proceso político, pero si en el proceso judicial.⁷ El proceso judicial es la garantía de la relevancia del precedente como forma de creación de derecho, porque en **el precedente por su origen dentro de un proceso judicial se consideran en forma equilibrada todos los argumentos posibles sobre una cuestión.** No solamente utiliza el juez el método normativo para la toma de la decisión, sino que están el método filosófico, el método de la historia y de la tradición. En el final de su obra Cardozo prueba el método de la sociología y podríamos ahora agregar el económico. Nos recuerda éste método entonces novedoso y habla con franqueza del juez como legislador y nos dice que **reglas derivadas de un proceso de deducción lógica, de concepciones preestablecidas de los contratos y las obligaciones han desaparecido frente a la acción erosiva lenta pero estable de la utilidad y de la justicia.** Nos estamos separando de la concepción del pleito como un problema matemático o como un juego de deportistas, pensamos en el fin que el derecho debe servir, y llevamos sus reglas para el cumplimiento de ese servicio. Esta concepción del fin del derecho como determinante de la elección de su crecimiento fue una gran contribución de Ihering a la teoría de la jurisprudencia y que encontró su órgano, su instrumento en el método de la sociología. No puede encontrarse sabiduría en la búsqueda de un paso, de un camino, a menos que sepamos a donde nos lleva. La concepción teleológica de su función debe estar siempre en la mente del juez. Esto significa que la **filosofía jurídica es en el fondo la filosofía del pragmatismo.** Su verdad es

⁷ Benjamin Cardozo. The Nature of the Judicial Process. 1921.

relativa no absoluta. La norma que funciona bien produce un título digno de reconocimiento. Solo en determinar cómo funciona no debemos verla de una manera demasiado estrecha. No debemos certificar lo general en lo particular. **No debemos arrojar a los vientos la ventaja de la consistencia y uniformidad para hacer justicia en el caso concreto.** Debemos mantenernos dentro de los límites que el precedente, la costumbre y la larga y silenciosa y prácticamente indefinible práctica de los demás jueces a través de los años han hecho de las innovaciones en las decisiones judiciales. Pero dentro de los límites establecidos dentro del marco en el que se mueve la selección, el principio final de selección para los jueces debe ser como para los legisladores **la utilidad para el fin buscado.** No recogemos las normas del derecho maduras de los árboles. Cada juez consultando su propia experiencia debe ser consciente de los tiempos a través de los cuales vive y cuando el ejercicio libre de la voluntad y dirigido con el objetivo del bien común determina la forma y la tendencia de una norma que en el momento tuvo su origen en un acto creativo.

Esta doctrina del precedente es importante para comprender la incorporación del análisis económico a la interpretación constitucional. **De la misma manera que dentro de la acción del juez en el proceso judicial, que acepta argumentos de las partes que incluyen lo normativo, lo histórico, lo valorativo, visiones filosóficas y, sin duda argumentos sociológicos, es conveniente y útil también incorporar los argumentos económicos.** La ventaja de utilizar argumentos económicos claramente **es preferible a un sistema en el que los jueces oculten la decisión que consideran conveniente y disfracen la decisión del proceso judicial,** la sentencia, a través del **lenguaje jurídico. El lenguaje normativo es un tradicional justificador de decisiones,** es por eso que es preferible decir claramente los argumentos que fundamentan a la decisión judicial que ocultarla con otro tipo de argumentos. La importancia del estudio del análisis económico en el derecho y sobre todo la decisión judicial es que incorpora la principal ciencia social *dura* al estudio del derecho. La economía y particularmente el análisis

marginal, la **transforman en una ciencia predictiva del comportamiento humano. Y este elemento de una ciencia predictiva es su principal justificación.**

La administración de justicia es costosa, ya que lo que se asocia al proceso, los costos de los abogados, los impuestos de la justicia, el tiempo, todos los altos costos de litigar, sumado a los riesgos de error en la decisión y los costos de las apelaciones hacen que vivamos en un mundo donde la administración de justicia es también escasa. Particularmente el alto costo de transacción que insume el tiempo para concluir un proceso judicial. Los jueces deben responder a la escasez. Los efectos de una decisión judicial, quien finalmente será beneficiado por una decisión y quien perjudicado, deben ser anticipados. **La incertidumbre sobre el precedente que el juez crea, es el más elevado costo de transacción en la administración de justicia.** Las respuestas públicas y privadas a la decisión tomada por el juez pueden además variar los efectos de lo que el juez intentó lograr con su fallo. La que caracteriza el análisis de los precedentes es la creencia que el conocimiento de los efectos posibles de una decisión, las respuestas que se tomarán y la posibilidad y la posibilidad de predecir una decisión son preferibles a la incertidumbre.

A pesar de lo que pensaban los positivistas de fines del siglo XIX el derecho no es un sistema lógico cerrado.⁸ Cada litigio o incluso, cada debate jurídico, incluye definiciones sobre la situación de las cosas fuera de lo normativo, y esto es un requerimiento normal si el derecho tiene que tener alguna consecuencia sobre la realidad. Estas disputas sobre cuestiones de hecho, que intentan describir la realidad pueden ser muy difíciles de resolver. Todo litigante intenta predecir las consecuencias de la decisión judicial y también

⁸ Para una crítica amplia a este concepto ver Alf Ross, Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires, Eudeba.

como afectarán a casos futuros. Pocas opiniones judiciales evitan las predicciones sobre los efectos de ese precedente.

Cuando **se ignora del análisis económico del derecho se crea una tendencia a exaltar la redistribución de los bienes y a no considerar con demasiado interés la creación de nueva riqueza.** Todo gobernante, y también los jueces, se ven atraídos por un afán redistributivo y sufren una especie de negligencia en el análisis de como se crea la riqueza que después se podrá redistribuir. Un gobierno puede actuar sin tener en consideración las consecuencias de los costos de sus acciones, pero **en general y en largo plazo el descuido de los costos lleva a situaciones catastróficas y a injusticias mucho más graves que las que se quisieron evitar en el origen.**⁹

El principal fundamento del control judicial es que los jueces sean de alguna manera una valla o un freno para las otras ramas del gobierno y a la insistencia que éstos persigan sus objetivos de manera que, al mismo tiempo, respeten la división de poderes y los derechos individuales. La idea que los jueces puedan reemplazar a las otras ramas o aun establecerse como grandes reconstituyentes de la sociedad civil es contrario al proyecto constitucional.

Son también los jueces una valla, un límite a ciertas **tendencias redistributivas** que pueden tener los poderes políticos para fines electorales o para el cumplimiento de objetivos políticos pero que pueden ir en contra de los mandatos constitucionales, porque son fundamentalmente o expropiaciones ocultas o confiscaciones.

⁹ Para un estudio empírico de las consecuencias sobre los sectores más carenciados de regulaciones económicas supuestamente bien intencionadas ver Hernando de Soto, *The Other Path*. Perennial Library. 1989.

La teoría del discurso jurídico y el control judicial de la Constitución.

Habermas, la Constitución producto de un diálogo.

En la sociedad pluralista contemporánea con la fractura de las ligazones internas entre religión, ética y derecho y por la ausencia de bases religiosas o éticas comunes que puedan unir a la sociedad, la Constitución y la ley asumen de legitimación. De esta manera el derecho establece el marco normativo que regula la interacción entre ciudadanos que se tratan entre sí como extraños. En estas circunstancias la ley es obedecida en parte debido a la sanción, pero en parte porque los ciudadanos la encuentran justificada normativamente.¹⁰

Como hace notar Habermas por una parte la sanción que impone la norma ha tomado el lugar de la religión y de la ética para dar fundamento al derecho.¹¹

Por otra parte las sanciones por sí mismas no pueden dar un fundamento al régimen constitucional contemporáneo sin una creencia ampliamente difundida de su legitimidad. La investigación principal recae en la determinación de la fuente de legitimidad del derecho constitucional contemporáneo con las sanciones legales en las cuales se basa. Conjuntamente

¹⁰ HABERMAS Jürgen *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press. 1995 (trans. William Rehg). P. 10.

¹¹ Op. Cit. Cf. Pp.33 a 38.

con el compromiso con la democracia, la respuesta más atrayente a esta pregunta es que **la legitimidad de la Constitución y los precedentes constitucionales basados en ella, deriva del hecho que son en definitiva auto impuestas.**

Nos hemos referido a Hobbes que propone un contrato de asociación de todos los miembros de la sociedad. Las voluntades conflictivas de los miembros individuales son armonizadas a través de la voluntad común que emerge del contrato conjunto. Esa voluntad común trasciende las voluntades individuales pero es voluntariamente suscripta por todos los miembros de la sociedad política. Por lo tanto el contrato en Hobbes no está subordinado a la voluntad de un grupo particular de contratistas sociales. Habermas objeta al contractualismo de Hobbes que depende de la voluntad moral arbitraria de contratistas individuales.¹² En Kant la doctrina moral puede oponerse a esta objeción y superar el problema de la arbitrariedad moral al mismo tiempo que mantiene que normas morales aplicables universalmente son auto impuestas. En la moralidad kantiana cada individuo autónomo asume libremente los deberes que surgen de imperativos categóricos universales deducidos de la premisa que los individuos deben tratarse unos a otros como fines en sí mismos.¹³

Habermas rechaza la concepción de Kant por dos razones principales. En principio la visión de Kant es monológica y no inter subjetiva con cada individuo derivando en forma solipsística¹⁴ sus deberes morales sobre la base de una reflexión solitaria. Como consecuencia de este cisma la moralidad

¹² HABERMAS, op.cit. pp. 3-4.

¹³ Una posición similar de decisión individual y no colectiva de ingreso al contrato social y de la toma de decisión constitucional es sostenida por BUCHANAN & TULLOCK, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of constitutional democracy*. University of Michigan, 1965, ver Cap. 2, *The individualistic postulate*.

¹⁴ De la palabra solipsismo que supone que sólo yo existo.

universal que trasciende las concepciones opuestas del bien es incapaz de incluir el mundo sociológico de las relaciones jurídicas.

La teoría del discurso de Habermas intenta proveer un contrafacto que es al mismo tiempo dialógico y consistente con el punto de vista moral. El contrafacto de Habermas requiere de un movimiento del contrato hacia el consenso, asociado con un concepto de argumentación basada en el proceso que se desenvuelve en torno a la distinción entre acción estratégica y acción de comunicación.

Los actores que se encuentran con el fin de encontrar caminos para promover la cooperación social generalmente llevan adelante esta tarea desde el punto de vista de la acción estratégica. Guiados por su interés personal estos actores ven a sus interlocutores como potenciales instrumentos en la búsqueda de sus propios objetivos. Más aún en el contexto de las desigualdades en el poder de negociación, información y conocimiento retórico, los acuerdos contractuales entre los actores estratégicos pueden no estar en el mismo interés de todos los contratantes o aún en los intereses del grupo en su totalidad.

En la acción comunicacional, por otra parte, los actores están orientados hacia la búsqueda de una comprensión común más que a lograr un éxito personal. El modelo de acción comunicacional es el de la comunidad idealizada de científicos congregada para descubrir la verdad de una hipótesis científica. En esa comunidad la discusión estaría circunscripta por una serie de restricciones normativas. Como sería la necesidad de conceder a cada participante una oportunidad igual para presentar argumentos y el compromiso de sólo aceptar el argumento que mejor representa las normas científicas racionales. De la misma manera, en las discusiones que conciernen a normas legales o morales la acción comunicativa supone un dialogo entre actores que están orientados hacia un entendimiento concerniente a la corrección de las normas en consideración. Por lo tanto **si se da una**

oportunidad igual para presentar argumentos y un compromiso genuino de ser persuadido solamente por la fuerza del mejor argumento en una discusión racional, los actores comprometidos en una acción comunicativa solamente aceptarán como legítimas las normas de acción a las que los posibles afectados aceptarían conjuntamente sobre la base de buenas razones.

15

A través del filtro del principio del discurso, el **derecho contemporáneo legítimo debe emerger para todos los actores legales libres e iguales como auto impuesto y ese es el fundamento de su obligatoriedad**. Esta construcción del derecho legítimo contradice concepciones tradicionales sobre el tema. Esto es debido a que aún cuando todos los actores pudieran influir en la legislación democrática, es improbable que las leyes resultantes sean en el interés igualitario de todos los afectados. Porque en la ausencia de límites contra mayoritarios, es decir, las limitaciones constitucionales, las leyes democráticamente sancionadas pueden ser opresivas y su aplicación puede causar la tendencia de perpetuar una violencia oficial contra minorías legislativas desfavorecidas. Para mitigar estos peligros el derecho democrático debe ser temperado por derechos anti mayoritarios y por tanto engendrar la tensión conocida entre la mayoría legislativa y los derechos constitucionales anti mayoritarios.¹⁶

Específicamente, comparto con Habermas el rechazo a los sistemas autopoieticos de Luhmann.¹⁷ La autopoiesis considera al derecho, la economía,

¹⁵ Op.cit. pp28, 34, 51.

¹⁶ La expresión contra mayoritario y anti mayoritario, para referirse a los derechos constitucionales y al control judicial de constitucionalidad no es probablemente una expresión feliz, pero es un claro reflejo del conflicto entre mayorías políticas y límites constitucionales y al mismo tiempo tiene una amplia aceptación en la doctrina.

¹⁷ LUHMANN, *Social Systems*, trad. Bednarz, Baecker, 1995. Para una referencia jurídica cf. TEUBNER, Gunther, *Autopoietic Law*. De Gruyter. 1988.

la política y la ética como sub sistemas, diferenciados, cerrados en sí mismos y auto referenciales. Operan independientemente de los demás en un mundo cada vez más fragmentado y compartamentalizado. A pesar que en nuestro discurso imaginamos al derecho como resultante del ambiente social en la praxis aparece como un sistema cerrado y auto referencial.

El derecho funciona como puente entre los sistemas y el mundo de vida social. Desde el punto de vista de un sistema como la economía, el derecho es indispensable no como una restricción externa, sino como un elemento indispensable del mismo sistema. Sin propiedad, contratos, derecho penal reprimiendo la interferencia con el derecho de propiedad y la validez de los contratos, no existiría una economía de mercado de gran escala que funcionara. Las leyes de la oferta y la demanda y el proceso de monetización pueden ser los motores de los mercados económicos pero sin derecho la economía no podría ser institucionalizada socialmente. Desde una perspectiva más amplia, sin embargo, el derecho puede simultáneamente funcionar como un pilar estructural de la economía de mercado y al mismo tiempo como una restricción externa. Esta última función es llevada adelante no interfiriendo con el funcionamiento sistémico de los mercados económicos sino mediante la limitación o ampliación del área de funcionamiento de las fuerzas del mercado.

El paradigma liberal tradicional promueve una concepción formal de la ley y reduce la justicia a una distribución de los derechos. El fracaso del paradigma para tratar con la igualdad en los hechos no significa, sin embargo, que sea inadecuado. Este paradigma liberal puede atraer apoyo genuino a quienes creen que una economía de mercado necesariamente produce una medida adecuada de igualdad fáctica. Este paradigma liberal establece una división entre el marco privado y el marco público del ciudadano a lo cual corresponde una división suficientemente clara entre el campo de los derechos y de la participación ciudadana.

El paradigma del Estado de bienestar por otra parte fue organizado para lograr la igualdad fáctica y para nivelar las desigualdades desproporcionadas en las condiciones materiales. Pero debe confiar en la masiva y penetrante burocracia del estado administrador. En el estado administrador la ley formal es reemplazada por regulaciones y políticas burocráticas diseñadas para el cumplimiento de objetivos, y la justicia es reducida a la justicia distributiva. Sin embargo, el costo de la igualdad fáctica bajo el paradigma del Estado de bienestar es demasiado alto ya que el bienestar material solo puede ser obtenido transformándose en un cliente del estado de bienestar. Los individuos intercambian mucho de su autonomía y dignidad para lograr los beneficios básicos de bienestar social. Las decisiones básicas son abandonadas en las manos de expertos y las crecientes desigualdades en el control y uso de la información dividen al Estado entre elites gobernantes y masas administradas.

En contraste con el paradigma liberal tradicional que reemplaza, el paradigma del Estado de bienestar no establece límites claros entre lo público y lo privado, sistema y mundo social, o derechos y democracia. Aunque aceptemos la inevitabilidad del estado administrador con su burocracia, grandes organizaciones empresarias y medios de comunicación dominantes. Debemos entonces explorar como restaurar la autonomía y dignidad personal sin abandonar la búsqueda de la igualdad fáctica bajo las condiciones materiales características del nuevo estado de bienestar.

La propuesta alternativa de Habermas, el paradigma procesalista del derecho animado por el principio del discurso es elegantemente simple. Comienza describiendo a los coasociados iguales bajo la ley como autónomos y recíprocamente reconocedores de la dignidad del otro. Habermas postula que estos coasociados deben reconocer como legítima toda norma de la cual sean al mismo tiempo los autores y los destinatarios. En otras palabras si una norma puede ser reconstruida a través del contrafacto del principio del discurso como genuinamente auto impuesta como consecuencia de un consenso entre todos

aquellos a los que les es aplicable, entonces todo actor racional debe reconocer su validez normativa.

Con la idea de coasociados legales tanto como autores como destinatarios de la norma válida en mente las relaciones entre democracia y derechos por una parte y derecho, sistema y mundo social en la otra aparecen en orden. De esta manera derechos y democracia aparecen como internamente asociados como los dos pilares fundamentales sobre los que todo el Estado se apoya. Sin los derechos rescatados por el discurso los actores comunicacionales no pueden mantener el nivel de reconocimiento recíproco que debe ir conjuntamente con el consenso dialógico genuinamente logrado. Al mismo tiempo, sin democracia popular no solamente las bases del consenso se deterioran sino que el reconocimiento mutuo sería limitado ya que no todos los objetivos y aspiraciones pueden figurar en la redacción de la ley y en la política pública.

La combinación entre la teoría del discurso en la democracia y el paradigma procesal del derecho presentan nuevas formas de considerar al control de constitucionalidad y al problema antimayoritario en la justicia constitucional. Requiere de una adaptación judicial de la norma en cuestión a los hechos y circunstancias del caso concreto en consideración y que en la visión de Habermas no es un proceso automático o mecánico. Desde la perspectiva del juez la aplicación de una norma jurídica supone una elaboración posterior para promover tanto la predecibilidad de la ley y la justicia. En otras palabras, para que una decisión judicial sea legítima debe al mismo tiempo contribuir a estabilizar las expectativas y ser correcta.

El cumplir con estos dos objetivos aparece como una tarea inasible en una sociedad pluralista. Las escuelas de la hermenéutica legal, el realismo jurídico y el positivismo son inadecuadas. La hermenéutica es objetable porque resuelve el problema de la indeterminación de significado de la norma a través

del ethos del juez, que en una sociedad pluralista es tan solo un ethos entre muchos. En otras palabras la hermenéutica sostiene que el significado de un texto solo puede ser comprendido en forma convincente si el texto es ubicado en el correcto contexto histórico, cultural y normativo. En una sociedad como la nuestra marcada por un conflicto entre diferentes preferencias de valor que compiten, un juez debe necesariamente escoger entre sus propias preferencias de valor excluyendo otras. Por lo tanto la interpretación judicial hermenéutica no puede llevar a una aceptación o consenso de toda la sociedad.

El realismo jurídico, por otra parte está plenamente consciente de la contingencia de un ethos particular en una sociedad pluralista y por lo tanto se concentra en los factores externos, como las opiniones políticas, la psicología y la ideología del juez para analizar sus decisiones. Sin embargo la teoría realista elimina la diferencia estructural entre norma y política y por lo tanto no puede explicar como la ley puede estabilizar las expectativas. El positivismo jurídico, por su parte, trata de describir la función del derecho en forma impermeable a principios extralegales, pero al hacerlo, el positivismo jurídico sacrifica indebidamente lo apropiado de la norma en beneficio de su certeza.¹⁸

En la jurisdicción constitucional la función de la constitución y del control judicial ha cambiado significativamente con la sucesión de los paradigmas legales prevalecientes. En el paradigma liberal tradicional la constitución está confinada a proveer un marco para la separación de poderes y garantizar derechos a los ciudadanos y la interferencia estatal contra el funcionamiento de una esfera privada bien delimitada.¹⁹ Con la llegada del paradigma del estado de bienestar la tarea formal y claramente circunscripta del juez constitucional liberal da lugar a una visión más sensible al contexto diseñada para ajustar precisamente cada aplicación de la norma constitucional a las

¹⁸ Cf. Op.cit. pp. 11 y 12.

¹⁹ Cf. Op.cit. pp. 3 y 10.

circunstancias únicas de cada caso. La adjudicación constitucional en el paradigma del estado de bienestar depende del grado de contextualización que lleva a analizar a la constitución en forma integral, de esta manera de amplia el poder del juez hasta el punto que puede oscurecerse el límite entre el poder legislativo y el judicial.

Las complejidades reflejadas en el paradigma del estado de bienestar con el énfasis en la gran interrelación entre el estado, la economía y las esferas sociales y administrativas, deben ser tomadas en consideración. El desafío es volver a fortalecer la legitimidad normativa de la jurisdicción constitucional sin debilitar su utilidad en una sociedad compleja y en evolución, con muchos centros de poder interactivos que deben ser soportados en su diaria existencia por el ciudadano medio. Habermas adopta una visión procesalista hacia la jurisdicción constitucional, en este tema no está alejado de la obra de John Hart Ely y de Frank Michelman. Ely sostiene que las normas constitucionales deben reforzar los procesos de formación de la voluntad democrática y que el control de constitucionalidad debe concentrarse en la rectificación de injusticias debidas al mal funcionamiento de los procesos democráticos. Michelman sostiene la necesidad de un sistema republicano orientado hacia los procedimientos con énfasis en la deliberación política entre ciudadanos comprometidos. Particularmente sostiene el proceso deliberativo para justificar una amplia revisión judicial para invalidar legislación contraria al ethos republicano.

Para Habermas, la función correcta de una corte constitucional es la de supervisar la implementación de un sistema de derechos que preserve el enlace interno entre la autonomía pública y privada de los ciudadanos. Por lo tanto considera que la jurisdicción constitucional es un asociado necesario al proceso legislativo democrático. En el proceso de acción comunicativa existe un compromiso de respeto mutuo entre los ciudadanos pero basado en un diálogo entre ciudadanos que no comparten una misma concepción del bien. Basados

en la asunción que los actores comunicativos se basan en la razón para llegar a un acuerdo el control judicial debe promover aquellos derechos que puedan asegurar tanto la autonomía privada como pública en una sociedad pluralista

La aplicación de una norma constitucional por la Corte Suprema o por cualquier tribunal supone luego de la interpretación la creación de una norma individual. De esta manera la función judicial lo mismo que la legislativa es al mismo tiempo creación y aplicación de derecho. Las leyes y las normas consuetudinarias son únicamente productos semi elaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta.²⁰ El proceso a través del cual el derecho constantemente se crea a sí mismo, va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. Es un proceso de individualización y concreción siempre crecientes. La norma constitucional, que es general por antonomasia, asocia a ciertos supuestos abstractamente determinados, ciertas consecuencias determinadas de manera abstracta. En algunos casos estas consecuencias no aparecen específicamente en la Constitución misma. Esta norma constitucional tiene que ser individualizada y concretada a fin de quedar en contacto con la vida social y de aplicarse en la realidad. Para ese efecto es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas en abstracto por la norma general, se encuentran presentes en forma concreta a fin de que la sanción determinada abstractamente por la norma genérica pueda ser ordenada y ejecutada concretamente.

La función del juez con la norma constitucional no tiene carácter declarativo, el tribunal no se limita a formular derecho ya existente. Tanto al establecer la presencia de los supuestos de la norma constitucional en el caso concreto como al estipular la sanción, la decisión judicial tiene un carácter constitutivo. Es cierto que en la decisión se aplica una norma preexistente que enlaza determinada consecuencia a ciertas condiciones. Pero la existencia de las

²⁰ Cf. Kelsen, *Teoría General del derecho y del estado*. p. 159.

condiciones concretas, en relación con la consecuencia concreta, es primeramente establecida en cada caso por la resolución del tribunal. La norma individual de la decisión judicial representa la individualización y concreción necesarias de la norma general y abstracta.

La utilidad de la doctrina del discurso jurídico en la descripción del procedimiento ante la Corte Suprema consiste en rescatar los elementos dialógicos que son necesarios en la determinación de la nueva norma constitucional creada por el precedente que la sentencia de la Corte puede dictar. Toda sentencia crea derecho al establecer una norma individual aplicable al caso concreto, esa norma individual es producto de la transformación que el juez realiza de la norma general hipotética. En el caso de la Constitución este procedimiento es más notorio por la vaguedad extrema que pueden tener algunas de sus normas. Es por ello que conocer la Constitución supone conocer su texto conjuntamente con los precedentes vinculantes.

Ahora bien, toda sentencia de la Corte suprema es fundada, ese fundamento es la base de un precedente futuro, es decir de una norma constitucional creada por las decisiones judiciales. Los fundamentos de la decisión de la Corte Suprema deben estar basados en los argumentos que han presentado las partes durante el debate constitucional que se produjo en los memoriales presentados ante el Tribunal. Es decir que el precedente es producto del debate que se produjo entre las partes adversarias en el caso, el dictamen del Procurador general y eventualmente, de los memoriales de *amicus curiae*.

La importancia de la doctrina del discurso jurídico y su expresión en Habermas es la de señalar el carácter democrático que el debate constitucional ante la Corte Suprema tiene en la determinación de la futura norma constitucional. En principio las partes se presentan ante la Corte Suprema para la determinación de una norma constitucional que no está determinada con claridad suficiente para permitir la resolución del caso. Si la norma existiera en forma indubitada

el caso ya hubiera sido resuelto en una instancia inferior. Pero la creación de una nueva norma constitucional, porque de eso se trata la determinación de un precedente, requiere un debate amplio en el que se incluyan todos los argumentos posibles. En este debate amplio no pueden participar todos los interesados pero se pueden incluir todos los argumentos que sostengan todos los interesados en la nueva norma. La inclusión de todos los argumentos existentes supone un debate democrático amplio, democrático no por la participación de todos los interesados en la nueva norma, sino porque asegura la participación de sus ideas, argumentos e intereses.

Al mismo tiempo el debate judicial incluye un elemento importante que es la igualdad entre las partes. Nuestra sociedad no es igualitaria, por el contrario contiene desigualdades que pueden ser chocantes, sin embargo el momento en que las partes aparecen con más cercanía al ideal constitucional de la igualdad es en el proceso judicial. Esta igualdad es favorecida por los elementos clásicos del proceso como la representación letrada y el acceso amplio a la información y todo dentro de un marco adversarial. Estas situaciones no ocurren necesariamente en el otro gran ámbito de representación popular que es el Congreso. Si bien los legisladores tienen una representación popular mayor que la de los jueces, sufren también de las distorsiones producto de los sistemas electorales y de las circunstancias políticas existentes en el momento de su decisión. En particular el poder Legislativo puede ser influido por grupos de interés u opinión bien organizados, con fondos amplios y con amplio acceso a la información. La existencia de grupos de interés es legítima y útil en el sistema democrático pero su influencia distorsiva del interés general puede ser corregida en un debate más amplio como es el proceso judicial. Como lo establece la doctrina de **Carolene Products**, (nota N°4 en el voto del *Chief Justice Stone*) la protección de minorías difusas o insulares es una de las

tareas primordiales de los jueces, porque en muchos casos esas minorías no tienen un acceso preferencial al proceso político.²¹

¿Por qué establecer el control de constitucionalidad?

Si la Supremacía de la Constitución supone la existencia del control judicial de constitucionalidad, plantea entonces una pregunta básica: ¿Por qué los constituyentes establecieron el control por los jueces de todas las normas para asegurar la supremacía constitucional?, o, en el caso que fuera creado por decisión judicial como en los Estados Unidos y en la Argentina, ¿Por qué mantienen su vigencia luego de varias reformas constitucionales? La redacción de una Constitución plantea una relación principal – agente, entre los constituyentes y la aplicación que esas normas tendrán en el futuro. A la luz del problema de agencia que aparece en el diseño constitucional, nos deberíamos preguntar ¿por qué los redactores, políticos con intereses propios,

²¹ La nota del Chief Justice Harlan Stone es la más citada del derecho constitucional y un razonamiento muy importante para determinar los fines del control judicial de constitucionalidad. La nota dice: *Diferentes consideraciones pueden ser aplicables, y puede pensarse que la que ataca la constitucionalidad de una ley imponga una carga más leve cuando la legislación esté dirigida a corregir al proceso político que es el que habitualmente se considera que puede derogar la legislación indeseada. Por lo tanto, las interferencias legislativas en las organizaciones políticas.. y en la discriminación de la información.. han estado sujetas a un control judicial más estricto que a lo que han estado otros tipos de leyes. Consideraciones similares pueden ser relevantes en situaciones comparables, cuando el derecho a voto.. o a reunirse pacíficamente se encuentra comprometidos, o cuando una ley está dirigida hacia una religión particular, .. o hacia una minoría nacional, .. o racial.. El perjuicio (prejudice) en contra de minorías discretas o insulares puede ser una condición especial en ese tipo de situaciones que tienden seriamente a limitar la operación de esos procesos políticos en los que normalmente se puede confiar la protección de las minorías, y que pueden convocar a un correspondiente escrutinio judicial más inquisitivo.* Un análisis más detallado de esta nota se encuentra en SOLA, J.V. *El Control Judicial de Constitucionalidad*. Cap. VII p. 95. La obra de ELY, J.H. *Democracy and Distrust*. Harvard. 1980, basa su análisis constitucional en este caso.

buscan establecer la revisión judicial de constitucionalidad? No es suficiente describir al control judicial como un artificio para proteger a los ciudadanos de las actividades de los políticos del futuro, sin explicar por qué sirve a los intereses de los políticos actuales, quienes, al establecer o reformar la Constitución, ejercen un poder de veto para su vigencia. La respuesta depende de las posiciones de poder presuntas de los constituyentes en el gobierno post-constitucional. El diseño constitucional se asemeja a un juego de dos etapas:

- (i) Los constituyentes eligen instituciones que se encarnan en la Constitución.
- (ii) Los constituyentes luego participan en una elección post-constitucional.

La teoría del pre-compromiso.

Para entender porqué los constituyentes en este juego pueden anhelar control judicial de constitucionalidad, se requiere de un breve repaso de las teorías en curso de independencia judicial. Una visión enfatiza el valor presente de la legislación²². Una justicia independiente, puede impedir a futuros legisladores desviarse de convenios previos establecidos por la ley, aumentando el valor presente de la legislación. En consecuencia, los políticos racionales buscarán mantener la independencia de los tribunales para maximizar el ingreso presente. En términos jurídicos, diríamos que para preservar en el futuro la vigencia de la legislación actual frente a las consecuencias de resultados electorales adversos, los legisladores dan poder a los jueces para que apliquen y mantengan las normas actuales.

Esta teoría generó numerosas críticas, especialmente en lo que concierne a la posibilidad de la nueva legislatura de derogar la legislación inicial o bien, de

²² William Landes y Richard Posner. "Adjudication as a private good" *Journal of Legal Studies*, 1979, 8: p. 235.

reformular la interpretación judicial subsiguiente. Si una legislatura puede “corregir” la interpretación judicial de leyes, ¿qué puede prevenir a una futura legislatura de aprobar meramente nueva legislación cada vez que lo desee? En otras palabras, ¿cómo puede una Corte que sirve como una agencia de una legislatura previa, restringir a la actual legislatura de aprobar nueva legislación cuando cambien sus intereses? Como respuesta, **la revisión judicial funciona como un pre-compromiso, es decir, el poder judicial es el garante del acuerdo político constitucional.**

En contraste,²³ se puede adoptar una perspectiva electoral. Los constituyentes, que serán también futuros candidatos, preferirán la independencia judicial cuando crean que probablemente perderán elecciones venideras. De lo contrario, es decir si creen que ganarán las elecciones, éstos constituyentes preferirán tribunales dependientes que puedan ser manipulados para obtener resultados favorables. Esta teoría incluye una condición constitucional (probables elecciones futuras) y una condición política (improbable éxito futuro) y provee una **teoría adecuada de la correspondiente emergencia de la independencia judicial en el ámbito constitucional.** Demuestra con evidencia empírica que la competencia entre partidos en el poder permite la independencia judicial, mientras que **la falta de alternancia en el poder y la existencia de un partido hegemónico debilita a independencia de los tribunales.**

A pesar de que pueda argumentarse que otros gobernantes puedan revertir la independencia judicial en el futuro, cuando ya no sirva sus intereses, esta crítica tiene menos cabida en el contexto de la revisión constitucional. El problema de restringir coaliciones futuras puede existir para la legislación común, pero es menos relevante en el contexto de una prohibición

²³ Mark Ramseyer. The puzzling independence of Courts: a comparative approach. Journal of legal studies, 1994, 23. p. 721.

constitucional y la revisión judicial. Modificar las Constituciones es costoso, mucho más que la legislación común, por lo tanto, el riesgo de derogación futura es menos relevante. Y si bien las Cortes supremas puedan ser manipuladas, eso es también políticamente costoso. Los constituyentes adoptan, de esta manera, un sistema de revisión judicial por tribunales independientes para restringir a los futuros gobiernos que no pueden controlar.

La revisión judicial restringirá, por supuesto, a los constituyentes si terminan por asumir el poder. Entonces los constituyentes racionales preferirán una fuerte revisión judicial en la medida que se vean a sí mismos fuera del poder. Los políticos que se visualizan fuera del poder pueden buscar cierta restricción en el gobierno, a diferencia de aquellos que confían en que permanecerán en el poder luego de las elecciones post-constitucionales, éstos preferirán una restricción menor.

El control judicial como modelo asegurador

Una revisión judicial fuerte se convierte en una **estrategia** para prevenir daños futuros a los constituyentes que puedan perder el poder. Este es el modelo asegurador de la revisión constitucional. Sirviendo como un foro para desafiar a la acción gubernamental, **la revisión constitucional proporciona una forma de seguro durante el convenio constitucional para los presuntos perdedores electorales.** De la misma manera que la presencia de los mercados de seguros disminuye los riesgos de contratación y así permite concluir contratos que de otra manera no serían demasiado riesgosos, la posibilidad de **control judicial disminuye los riesgos de “hacer la Constitución”** para aquellos constituyentes que crean que no podrán ganar poder en elecciones posteriores. La revisión judicial ayuda a concluir los convenios constitucionales que, de otra manera, podrían fracasar. Como una forma de seguro, el control

judicial es relativamente poco costoso ya que puede ser ejercida por una Corte compuesta por unos pocos miembros. Es ciertamente más económico de establecer que, una segunda cámara legislativa (que puede proteger el convenio constitucional a través de sistema de representación diferente). O que un sistema de más complejo de sanción de las leyes, como dar a una cámara el derecho de ser la iniciadora de la legislación. De esta forma, hasta el punto de que la revisión judicial sirve a los intereses de los fundadores constitucionales restringiendo a las mayorías futuras. Como un artificio de reducción de riesgo, la revisión judicial tiene un valor positivo aún si no proporciona protección perfectamente completa contra todas las contingencias. Ningún artificio de reducción de riesgo es a toda prueba, así como los aseguradores pueden quedar en bancarrota, las Cortes pueden ser ineficaces. Pero si los logros esperados de un contrato de riesgo relativamente poco costoso exceden el riesgo potencialmente catastrófico de un esquema constitucional fallido, el control judicial debería ser adoptado.

La incertidumbre aumenta la demanda de seguro político que provee el control judicial. Bajo condiciones de alta incertidumbre, puede ser especialmente útil para los gobernantes adoptar un sistema de revisión judicial para afianzar el convenio constitucional y para asegurar que ellos pueden desafiar a la acción gubernamental luego del cambio electoral futuro. La existencia de elecciones - el *sine qua non* de la democracia - aumenta la incertidumbre y, de esta manera, la demanda del control judicial. Los autócratas no tienen necesidad del control judicial. **La expansión del poder judicial alrededor del mundo es un reflejo de la democratización**, y no anti-democrático como lo sugirieron algunos analistas.

La discusión, en síntesis, puede ser entendida en términos de una simple desigualdad. Los constituyentes elegirán el control judicial sólo si los costos esperados de la pérdida electoral exceden los costos de agencia de la revisión judicial. Cuando el riesgo de pérdida electoral aumenta, hay un aumento

correspondiente en el incentivo a adoptar el control judicial. Similarmente, cuanto mayor sea la lealtad de la judicatura hacia los constituyentes, ya sea por razones ideológicas o políticas, mayor será el incentivo a adoptar el control judicial, manteniendo constantes los riesgos electorales.

La extensión del control de constitucionalidad.

La extensión y poder del control judicial puede aumentar en forma relativa al grado de incertidumbre política en el momento del diseño constitucional. El diseño constitucional de tribunales constitucionales refleja los intereses de los partidos políticos dominantes y el concepto que tribunales independientes y poderosos se asocian con situaciones de bloqueo y dispersión políticas.²⁴

El control judicial de la constitucionalidad de la legislación y de los actos administrativos es una característica central de muchos sistemas constitucionales. Esto supone plantearse preguntas fundacionales, como saber **en beneficio de quien se ejerce el control judicial** y determinar el papel de control por terceros.

Los contractualistas consideran a la democracia constitucional como un mecanismo para satisfacer las preferencias individuales a través de la acción colectiva. Establecen una analogía del esquema de democracia constitucional con una serie de relaciones entre principal y agente, en la que el pueblo confía en los gobernantes como agentes para satisfacer sus demandas colectivas. Si el pueblo es el principal en cuyo beneficio se crea la Constitución, entonces el diseño de la justicia constitucional debe responder al control sobre los agentes

²⁴ Tom Ginsburg, ECONOMIC ANALYSIS AND THE DESIGN OF CONSTITUTIONAL COURTS, *Theoretical Inquiries in Law*, January, 2002

políticos. La revisión constitucional de la legislación existe para impedir a los gobernantes que abandonen el acuerdo fundacional con los ciudadanos.

Bajo estas circunstancias, es probable que los sectores políticos que redactan la constitución busquen diseñar instituciones que los beneficien en forma estrecha antes que a los ciudadanos en forma amplia.

Puede dudarse que el diseño constitucional refleje los intereses de los ciudadanos. El diseño constitucional reflejaría los intereses de los ciudadanos si los constituyentes fueran agentes puros de esos ciudadanos. Pero esto no es estrictamente el caso, porque los ciudadanos están sujetos a los problemas de acción colectiva que les impiden organizarse y controlar los debates constitucionales. Por lo tanto, existe una razón teórica para sospechar que los constituyentes pueden explotar esta incapacidad de los ciudadanos para avanzar sus propios intereses. Mucha evidencia empírica sostiene que la redacción constitucional esta dominada por intereses de corto plazo de los constituyentes antes que los intereses de largo plazo de los ciudadanos.²⁵ Bajo estas circunstancias, es probable que los constituyentes que redactan las constituciones diseñen instituciones que los beneficien en forma precisa o ajustada antes que a los ciudadanos en forma amplia.

El derecho constitucional como derecho público

Menciono la distinción derecho público-derecho privado con fuertes dudas intelectuales. Considero que es una distinción heredada del Derecho Romano que hemos repetido secularmente sin demasiada reflexión. No aparece su utilidad como manifiesta al definir el contenido del derecho constitucional y

²⁵ Por esta razón es preferible la evolución constitucional a través de fallos judiciales que las reformas constitucionales por Convenciones constituyentes.

contiene un resabio autoritario no coincidente con la doctrina republicana. Tiene probablemente un valor didáctico al facilitar los estudios de derecho. Considerar al derecho constitucional como público no aumenta su eficacia normativa, ni hace a una norma de derecho privado dictada de acuerdo con la Constitución menos válida.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que la distinción entre el derecho público y el derecho privado ha presupuesto una inequívoca caracterización ideológica. Se ha dicho que el derecho público es más poder que Derecho, creándose una dicotomía poder-Derecho. Que el derecho público está dirigido a la prosecución del bien común, justificando por ello un menor grado de vinculación jurídica de este derecho en relación con el derecho privado, es decir, la supervivencia de una zona libre de control jurídico para los poderes públicos que persiguen el bien común. También se ha señalado el carácter autoritario a un cambio de “paradigmas” explicativos no siempre captada a tiempo. Unas veces sobreviven los “paradigmas” de épocas pasadas, es el inconveniente de las construcciones puramente dogmáticas del derecho constitucional que utilizan una interpretación puramente histórica de las normas. Es el caso de la utilización de los arquetipos del Estado liberal para explicar la conformación del Estado social de Derecho. Otras veces, se da el caso del derecho público y la naturaleza consensual del derecho privado.

Con respecto a la posible dicotomía derecho público-derecho privado debe tenerse presente que se verifica una convergencia de aspectos publicísticos y privatísticos en muchas relaciones jurídicas, derecho del trabajo, derecho administrativo, etcétera. En razón de ello se alienta la doctrina que considera preferible la adopción de un sistema pluralista de relaciones jurídicas más que un dualismo simplista en derecho público-derecho privado.

Finalmente, la distinción entre derecho público y derecho privado no se asienta en categorías ontológicas apriorísticas. Frente a cada ordenamiento jurídico se

deberán determinar las dimensiones publicísticas o privatísticas que asumen las relaciones jurídicas.

La *teoría de los intereses preferentemente protegidos* en una relación jurídica o mediante una norma jurídica divide al derecho privado, cuando éstas protegen intereses privados, del derecho público que es cuando protegen intereses públicos. No incluye en su descripción al espacio de lo público en la empresa, en los sindicatos y en los partidos políticos, donde confluyen intereses privados e intereses públicos ordenados por normas constitucionales.

La *teoría de la especialidad del derecho* parte de la idea de que el derecho público es un derecho especial, exclusivamente regulador de los derechos y deberes de los titulares de los poderes públicos, como es el caso de las normas de organización del poder político. Muchas de estas normas incluyen también a entidades privadas, como es el caso de las normas de derechos fundamentales y de las normas de organización económica.

No obstante la inexistencia de un criterio único para distinguir entre derecho público y privado, la caracterización del derecho constitucional como derecho público tiene una función didáctica y práctica porque permite poner en relieve algunas manifestaciones típicas de este derecho. El derecho público se caracteriza por la adopción de formas de acción unilateralmente dictadas (ley, reglamento, acto administrativo, sentencia judicial) es decir *derecho coactivo*. En el derecho privado predomina, aunque no en forma exclusiva, la autonomía privada, orden igualitario, lo que lleva a un *derecho flexible*.

Los poderes públicos deben actuar y sólo pueden actuar cuando tienen competencia establecida en la Constitución o en la ley, principio de la determinación constitucional de las competencias. En cambio los sujetos de derecho privado gozan de libertad en la conformación de las relaciones jurídicas. Aunque también existe una triplicación de competencias de

atribuciones y de relaciones jurídicas en ciertas ramas de derecho privado como en el caso de los derechos reales, en el derecho de familia y en las sucesiones.

La actuación de los poderes públicos se subordina a principios constitucionales inderogables: principio de constitucionalidad, principio de legalidad, principio de razonabilidad, principio de publicidad, que no rigen o rigen en una medida diferente para las relaciones privadas.

El control jurisdiccional de los actos de las entidades públicas puede justificar jurisdicciones o procesos específicos, como lo contencioso administrativo.

El proceso legal: el paradigma de Hart y Wechsler.

El contencioso constitucional puede ser analizado desde dos modelos básicos:

- (i) el modelo de solución de controversias y
- (ii) el modelo de declaración normativa.

Estos modelos compiten por la formación de los precedentes de la Corte en un amplio espectro de temas. El primero se centra en la resolución judicial de los conflictos entre los litigantes. Históricamente, ese modelo se centra en una premisa, que impone importantes barreras a la revisión judicial de la constitucionalidad de las conductas gubernamentales. Por el contrario, el modelo de declaración normativa se concentra en la actividad de la propia Corte, y no en la de los litigantes. Si la función judicial es decir lo que la ley es, las restricciones a la autoridad judicial sólo pueden ser funcionales, sin limitarse al litigante concreto.

El modelo de resolución de conflictos ha sido históricamente dominante, pero es progresivamente reemplazado por el modelo de declaración normativa. Los litigantes no solo van a la Corte Suprema a solucionar el conflicto sino particularmente a que ésta determine el derecho aplicable, en la causa y para el futuro. Al asumir las premisas del modelo de declaración normativa, la Corte ha tratado de afirmar la jerarquía del poder judicial para garantizar que:

- (a) Tiene la decisión final cuando otro tribunal, provincial o nacional, decide sobre normas relativas a la constitucionalidad de la conducta gubernamental, y
- (b) Posee una amplia libertad para establecer la agenda y determinar qué cuestiones serán o no decididas, con independencia de la voluntad de los litigantes. Esta capacidad surge del *certiorari* establecido en el artículo 280 del Código procesal.²⁶

El modelo procesal o de resolución de conflictos y el modelo declarativo del derecho o de derechos públicos.

Los dos modelos básicos de la adjudicación cuestiones constitucionales son el modelo procesal o de resolución de conflictos y el modelo declarativo o de derechos públicos. Si el primero se centra en la actividad de los litigantes para obtener la solución de sus conflictos sin mayor referencia a la determinación de las normas aplicables en casos futuros, en segundo se centra en la actividad de los tribunales. En el papel judicial en la determinación del derecho, papel que no puede estar limitado por la actividad de los litigantes. En el caso de la Corte Suprema el modelo declarativo del derecho debe ser el dominante. Principalmente porque determina el derecho vigente y evita los altos costos de la incertidumbre jurídica. De esta manera se reducen los costos de transacción

²⁶ Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System. Sixth Edition. Actualizada por Richard H. Fallon. Foundation Press.

que sufren los habitantes, frente a la indeterminación jurídica que es una forma perversa de anomia. Al mismo tiempo se reduce la litigiosidad, ya que las normas ya determinadas y explicadas se aplican con mayor certidumbre.

La expresión en *Marbury* que el “deber” judicial es “decir lo que la ley es” es ilustrativa. Cuando un tribunal ordinario se enfrenta con un problema legal en un asunto de su conocimiento, expresa en su sentencia su propio juicio independiente sobre el contenido de la norma aplicable, particularmente aplicando el derecho constitucional. La capacidad de declaración normativa de la Corte tiene por supuesto límites. Numerosas cuestiones legales, incluidas las de una dimensión constitucional, nunca llegan a un tribunal y se resuelven de otra manera. De todas maneras Marshall observó también que el poder judicial federal se extiende a toda cuestión constitucional "que implicaría casi cada tema apropiado para la discusión y decisión legislativa decisión."²⁷ Por último, es siempre conveniente recordar que debe existir un caso o controversia antes que algún tribunal pueda analizar y resolver una cuestión constitucional.

El lenguaje de *Marbury* referido al deber de los jueces de declarar el contenido de la ley incluía un segundo entendimiento importante para la jurisprudencia constitucional: el control judicial fue diseñado para garantizar la protección de los derechos privados. *"La provincia de la Corte, es solamente decidir sobre los derechos de las personas, no preguntar cómo el ejecutivo o los funcionarios realizan tareas en las que tienen un margen de apreciación."*²⁸ Desde el inicio del control judicial dos ideas están presentes en forma conjunta:

- (a) la concepción del deber judicial de declarar el contenido de la ley, establecido firmemente en el contexto de asegurar un gobierno limitado,
- y

²⁷ John Marshall , Discurso en la Cámara de Diputados (07 de marzo 1800), en 4 los papeles de John Marshall 82, 95-96 (Charles T. Cullen ed., 1984)

²⁸ *Marbury v Madison*, EE.UU. 5 (1 Cranch) 137, 170 (1803).

(b) el control judicial concebido como protección de los derechos individuales, concepto en la época de Marshall, y en gran parte del siglo XIX, que generalmente imaginó litigantes que buscan la garantía de los derechos a la libertad y la propiedad frente a las interferencias.

Estas dos líneas argumentales que pueden ser rastreados hasta el caso *Marbury* se han convertido en los modelos de resolución de conflictos y la declaración normativa.²⁹

La situación actual es determinar si se puede restringir la función de los tribunales y de la Corte Suprema a señalar los límites de la discrecionalidad de los funcionarios y agencias gubernamentales. Por el contrario la función judicial es la de proveer las normas para el funcionamiento del estado administrador, fundadas en los principios que genéricamente establece la Constitución.

Esta evolución es producto del sistema de división de poderes y de frenos y contrapesos. En un artículo muy influyente escrito a finales del siglo XIX, James Bradley Thayer insistió en que un tribunal podría invalidar las leyes del Congreso sólo cuando estas eran producto de un error evidente.³⁰

Sin embargo ya en el precedente *Marbury*, se señala que se requiere de una sentencia judicial independiente para determinar las cuestiones de derecho, especialmente en casos constitucionales criterio universalmente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico.

La Corte Suprema y la función legislativa del Congreso.

Existe una distinción entre la función judicial y la legislativa, aunque en los

²⁹ Hart y Wechsler *The federal courts*. 4th ed. P.78

³⁰ “Clear mistake” en el original. “The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law.”

casos se creen normas. La distinción es fundamentalmente de jerarquía, los precedentes judiciales son normas constitucionales en cambio las leyes son normas infra constitucionales. Pero la distinción es más amplia ya que el precedente interpreta y aclara el contenido legal. En *Sanchez-Llamas v Oregon*, 548 EE.UU. 331, 353-54 (2006), por ejemplo, la Corte de Estados Unidos invocó *Marbury* al rechazar el argumento de que estaba vinculada y debía aceptar la interpretación de la Corte Internacional de Justicia de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. En *City of Boerne vs. Flores* 521 EE.UU. 507 (1997), la Corte de Estados Unidos invocando *Marbury*, advirtió al Congreso sobre la necesidad de definir el contenido esencial de los derechos garantizados por la Decimocuarta Enmienda, que establece el debido proceso de ley sustantivo.

Señaló la Corte que esa tarea es parte del deber judicial, y no parte de la responsabilidad legislativa del Congreso. La Corte suprema de Estados Unidos declaró en *Boerne*.

“Cuando la Corte Suprema ha interpretado la Constitución, ha actuado dentro de la provincia del Poder Judicial, que abarca el deber de decir lo que la ley es. [Marbury contra Madison, EE.UU. 5 (1 Cranch) 137, 177 (1803)]. Cuando los poderes políticos del Gobierno actúan en el contexto de una interpretación judicial de la Constitución ya decidida, se debe entender que en los casos y controversias posteriores la Corte tratará sus precedentes con el respeto debido a los principios establecidos, entre ellos el stare decisis, y las expectativas contrarias serán decepcionadas ... [E] s el precedente de esta Corte, quién controla y no [la Ley del Congreso].”

Es decir que el comportamiento del Congreso debe adoptarse a los precedentes de la Corte Suprema.

Las reglas del juez Brandeis.

La Corte suprema ha reconocido tradicionalmente que invalidar la legislación del Congreso es un asunto serio. La cita canónica es el de concurrencia del Juez Brandeis en *Ashwander v. TVA*, escrito en 1936. Dijo, que la Corte "ha llamado a menudo la atención sobre el "gran gravedad y la delicadeza de su función en el análisis sobre la validez de una ley del Congreso." ³¹

Luego declaró las siguiente "reglas" que han sido elaboradas por el Juez Brandeis "para el propio gobierno [de la Corte] ":

(i) La Corte no se "anticipa a una cuestión de derecho constitucional antes de la necesidad de decidirla." "no es el hábito de la Corte decidir sobre cuestiones de naturaleza constitucional a menos que sea absolutamente necesario . . ."

(ii) La Corte "no formulará una norma de derecho constitucional más amplia de la que es requerida por los hechos precisos a los cuales se debe aplicar. "

(iii) A pesar que una cuestión constitucional sea correctamente presentada la Corte no resolverá sobre ella si también existe alguna otra cuestión por la que se pueda resolver el caso.

También el principio interpretativo de "evitar la cuestión" (*avoidance canon*) :

(iv) Cuando está en cuestión la validez de una ley del Congreso e incluso si se plantea una seria duda de constitucionalidad es un principio fundamental que esta Corte averiguará primero si es medianamente (*fairly*) posible una construcción de la norma por que la cuestión pueda ser evitada."

Todos los cánones de interpretación citados señalan la misma dirección: En el lenguaje del Presidente Charles Evans Hughes, no se deben decidir cuestiones

³¹ *Ashwander v. Tenn. Valley Auth.*, 297 U.S. 288, 345-48 (1936) (Brandeis, J., joined by Stone, Roberts & Cardozo, JJ., concurring).

constitucionales a menos que *“necesariamente se presenten y se deban resolver.”*

Luego de la plena incorporación en los Estados Unidos del certiorari, que hace a la apelación extraordinaria ante la Corte discrecional y no reglada, las reglas de Brandeis tienen una menor utilidad para el Tribunal. Son en cambio útiles para los tribunales inferiores cuando deben analizar cuestiones constitucionales, ya que para ellos la jurisdicción es reglada y no discrecional. Este argumento es igualmente válido para la Corte Suprema argentina luego de la incorporación del certiorari en el art. 280 del Código Procesal.

La Corte Suprema decide cuestiones constitucionales pero también otras cuestiones, temas referidos a la interpretación de leyes federales, de tratados internacionales, cuestiones referidas a procedimiento y competencia judicial y también disputas entre una o más provincias. Todas estas decisiones provienen del mismo tribunal, pero tienen un carácter diferente ya que si las últimas se refieren a temas que el Congreso y el poder ejecutivo pueden reformar, como es particularmente el caso de temas legislativos y provenientes de tratados internacionales, las cuestiones constitucionales están por encima de todo el resto de las demás en cuanto a que el presidente que crea la corte tiene un rango constitucional y superior al resto del ordenamiento jurídico. La constitución en si misma es particularmente lacónica con referencia a la Corte Suprema. Es el único tribunal designado expresamente en la constitución para los demás se remite al legislador, establece la forma de elección de sus miembros, señala que tendrá un presidente, un reglamento y la capacidad de asignar sus empleados, la garantía de la inamovilidad y estabilidad el salario y brevemente se define su jurisdicción como la de "el conocimiento y decisión de todas las causas sobre puntos regidos por la constitución, y por las leyes de la nación... y por los tratados con las naciones extranjeras..." finalmente

se señala que la Corte Suprema tendrá una jurisdicción originaria y exclusiva y una jurisdicción apelada. El vasto derecho aplicable a la jurisdicción de la Corte Suprema ha surgido en gran medida de las decisiones judiciales ya que la legislación ha sido particularmente breve y en algunos casos antiguos, recordemos la ley 48 particularmente con sus artículos 14:15 y el artículo 280 del código procesal como las normas legisladas fundamentales. Es que a pesar de su brevedad la jurisdicción de la Corte Suprema proviene de la constitución y no de la legislación.

Existe un modelo estricto en la organización de la Corte Suprema de justicia que proviene de su fuente principal que fue la constitución de los Estados Unidos y su práctica de control judicial de constitucionalidad ampliamente difundido cuando se estableció el sistema constitucional argentino entre 1853 y 1860. Este sistema es descentralizado o también llamado difuso en el todo los jueces federales o locales ejercen el control de constitucionalidad, y sólo ellos pueden hacer pero sólo le ejercen a través de casos concretos sobre cuestiones que surgen en el ejercicio de la jurisdicción. Es decir que la interpretación constitucional sólo se ejerce cuando aparece en el contexto de un caso concreto que requiere de esa interpretación para su solución. La Corte Suprema es un tribunal general ya que tienen su jurisdicción "todas las causas". Esta tradición no sólo ocurre en la Argentina y los Estados Unidos, sino también en Australia, Brasil, Canadá, India y Japón.

Existe otro modelo, el europeo que es especializado y centralizado en una corte constitucional que es el único tribunal con la competencia de dar interpretaciones obligatorias de la constitución y aún anular o derogar normas de menor jerarquía. No integran la administración de justicia y para los casos comunes hay tribunales incluyendo tribunales de apelación y tribunales supremos corte de casación a los cuales está llegado la aplicación

de la constitución. Al mismo tiempo estas cortes constitucionales especializadas pueden decidir sobre la legislación en abstracto, es decir normas aprobadas recientemente por los legisladores y que no han dado lugar a casos concretos. En estos países europeos no existe un poder judicial separado e independiente y que constituya una rama de gobierno en igualdad de condiciones de poder ejecutivo y el Congreso.

Los cambios legislativos tanto en el código procesal con el artículo dos 80 que estableció el certiorari y la acordada 4/2 1007 que estableció los requisitos formales recurso extraordinario, pero resaltando tanto en la carátula como en el contenido la necesidad de citar los precedentes constitucionales aplicables al caso, han reformado el recurso extraordinario de una manera que no se asocia al establecido originalmente en la práctica basada en el artículo 14 de la ley y 41. Si el recurso extraordinario aparecía en la doctrina siguiendo la práctica de un recurso totalmente arreglado, como una institución que seguía estrictas normas procesales, su evolución presente lo lleva a la necesidad del análisis de normas o de características concentradas en la solución de las cuestiones federales constitucionales que se presenta. El ejemplo tradicional dado para el estudio del recurso extraordinario reglado es la obra Esteban Ymaz y de Rey, el recurso extraordinario. En esa obra se analizan los cinco requisitos comunes los cinco requisitos propios y los cinco requisitos formales del recurso ante la corte por apelación y se cita en detalle los casos de cada una de las variantes del recurso. La enorme trascendencia de esta obra se basó en gran medida que se concentraba en las características procesales del recurso pero no de las características constitucionales del análisis de las cuestiones federales es decir

la interpretación de la constitución, de los tratados internacionales, y de las leyes federales y sus conflictos con el resto del ordenamiento jurídico. Pero cuando aparece primero la característica de que existan cuestiones federales insustanciales es decir que no tienen trascendencia para ser consideradas con la corte la idea de un recurso puramente reglado que cumple estrictamente una serie de requisitos procesales desaparece. A esto se suma la doctrina que se desarrolla a partir de la acordada cuatro que sostiene que lo central en el recurso es determinar la importancia del Presidente constitucional aplicable al mismo, esta acordada lleva hasta el extremo de requerir que se ponga señalado con el tomo y folio del caso citado según aparece en la colección de fallos de la corte para así demostrar que el caso se refiere a una cuestión Federal importante ya que aplica un precedente reconocido o al menos la interpretación que alguno de ellos. Sin duda este cambio revolucionario no se aplica rápidamente por que por sus mismas características requiere de un nuevo discurso constitucional. Un discurso que analice no las formalidades del recurso si no el contenido de los precedentes constitucionales aplicables. Es decir se requiere un estudio más detallado por parte de los juristas de los precedentes constitucionales de la corte argentina y sus fuentes entre ellas la corte de los Estados Unidos, y también una obligación por parte de los jueces de una mayor precisión y cuidado en sus fallos. Si los fallos son las fuente de los precedentes éstos deben estar suficientemente bien redactados como para constituir un discurso constitucional homogénea, con todas las dificultades que aparecen en las dos circunstancias.

Es decir el nuevo recurso extraordinario ante la corte suprema de justicia está basado en el contenido de las cuestiones federales planteadas antes que en complejas formalidades propias recurso reglado y no de un recurso que permite la flexibilidad del certiorari. Una de las características esta obra es señalar como además de la práctica estricta del recurso extraordinario la Corte Suprema ha iniciado el desarrollo de un discurso constitucional que está de acuerdo a las necesidades que el nuevo recurso requiere. Eban para el recurrente intentara desentrañar formalidades procesales cuando lo que

requiere el tribunal es determinar la importancia de la cuestión Federal planteada.

No hay duda que cuando la Corte Suprema se reunió por primera vez en sus sesiones en febrero de 1863 no podía imaginar la importancia que adquiriría en la vida constitucional argentina. Sin duda venía una visión de lo que ocurriría teniendo en cuenta la actividad de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la cual su organización estaba basada, ya los constituyentes de 1860 particularmente a partir de la influencia de Sarmiento habían logrado indicar que los fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos debían orientar la aplicación de la nueva constitución. Pero aún así no era previsible que la corte fuera reconocida unánimemente aún que sin duda con conflictos y cuestionamientos como el expositor la expositora final y autorizada de la constitución luego de 150 años de su instalación. Se plantean sin duda dos puntos básicos de análisis el primero es de los criterios que deben regir corrigen los precedentes constitucionales, es como se llega a ellos y con qué contenidos. La segunda cuestión trata de las condiciones sobre las cuales basados en las cuales estas determinaciones constitucionales deben ser hechas, es decir quien puede obtener una decisión constitucional cuando y de qué manera. Determinaciones del "quién" y "cuando" pueden plantear un recurso ante la corte es el núcleo del proceso de decisión y de la manera que deben conocer los litigantes para acercarse al tribunal. La norma constitucional es lacónica en este punto pero elocuente se refiere a que la competencia de la Corte Suprema se extiende a todas las causas que surgen bajo la constitución. Salvo la normas sobre la existencia de la Corte Suprema y su jurisdicción originaria y exclusiva todo el resto de sus normas están delegadas a la autoridad del Congreso que estableció originalmente en la ley 48 curso artículo 14 principalmente se encuentra vigente y que está tomada del Judiciary Act aprobada por el primer Congreso de los Estados Unidos en 1789. En esa ley 48 y en las reformas posteriores del código procesal particularmente el artículo dos 80 se siguió el requerimiento constitucional que sólo pueden tratarse en la corte casos es decir controversias entre actores y demandados.

Pero como todos los conceptos o normas constitucionales ha dado lugar a una amplia interpretación y se puede decir que la característica del control judicial han sido determinadas reformadas a través del tiempo por los precedentes de la misma Corte Suprema.

El modelo de los derechos privados.

Existen dos modelos clásicos que surgieron los Estados Unidos sobre la actividad judicial. El primero es el modelo los derechos privados. Ya en el primer caso que se en el que se estableció el control judicial Marbury vs. Madison de 1803 se planteó esta primera pregunta de quién y cuándo podía plantear una cuestión constitucional. En ese momento el litigio constitucional fue considerado de una manera similar a cualquier otro tipo de casos. La constitución debía ser aplicada como lo es habitualmente la ley ordinaria por los tribunales y resolver los casos planteados por los litigantes. Esto fue un avance considerable porque se rechazó cualquier misión o interpretación que la constitución sólo se refería a casos en los que se trataran cuestiones políticas que estuvieran fuera de la competencia de los tribunales ordinarios. En este sentido el caso Marbury fue el que determinó que no iba a ver lo que en términos modernos llamaríamos un control judicial concentrado y constitucionalidad. Al mismo tiempo Marbury señaló la otra gran característica que es que sus decisiones en decirlas de la corte, eran finales y determinaban la interpretación autorizada de la constitución, con lo que prevalecían por sobre las de la autoridad de cualquier otro órgano de gobierno.

El ejercicio de este poder de anular la legislación del Congreso y de las legislaturas locales requiere una gran responsabilidad y genera algo de temor a una los jueces, particularmente cuando la oposición de los poderes políticos al ejercicio de este poder es frecuentemente intensa, agresiva y de alto volumen. La respuesta de la corte fue un conjunto flexible de doctrinas, entre ellas el que la cuestión sea madura, que no sea abstracta, que las partes tenga legitimación

activa y pasiva, que no sea una cuestión política, que se hayan agotado otros remedios posibles, que proveyeron los mecanismos para evitar la decisión de cuestiones constitucionales. En parte estas doctrinas reflejan una fuerte ambivalencia sobre el ejercicio del control judicial en una sociedad democrática que a su vez considera que la intervención judicial debe ocurrir exclusivamente cuando sea inevitable y que ocurra en circunstancias que permitan evitar precedentes "erróneos". En parte también reflejan la intuición que la intervención judicial frecuente en el proceso político podría generar una reacción amplia que hubiera destruido a la corte en sus orígenes o en otros momentos de crisis. Este paso cauteloso de la Corte Suprema en sus orígenes cumplió también un importante función: permitió que el ejercicio pleno del control judicial se consolidará en tiempos políticos aceptables para la sociedad y para los partidos políticos gobernantes. Una de las razones por las cuales inicialmente Sarmiento y luego la propia Corte Suprema aceptara los presidentes norteamericano como propios era que de alguna manera ahorra el camino que la corte había tenido que pasar en ese país durante 50 años que incluyeron 60 años que incluyeron una guerra civil..

Estas doctrinas limitativas del ejercicio pleno el poder judicial que se incorporaron diría aún más se mimetizaron en el proceso judicial tradicional. En el caso Marbury, el juez Marshall enfatizó la necesidad de la protección judicial de los derechos legales, "investidos" y declaró que era "enfáticamente la provincia de la corte de decidir exclusivamente sobre los derechos de los individuos,..." más aún estableció una analogía entre el litigio constitucional y la aplicación ordinaria del derecho en cualquier litigio, sugiriendo que el control judicial estaba limitado a la protección de derechos personales concretos e identificables similares a aquellos protegidos por los tribunales ordinarios. Esta visión de la función judicial tuvo una amplia consecuencia particularmente en los finales del siglo XIX y los inicios del siglo XX. De esta manera se consideró que la corte carecía de una función especial de controlar o asesorar al poder legislativo o al ejecutivo y solamente en los casos que se trataran derechos individuales herida cuando la corte tenía la tarea indudable

de decidir el caso y determinar si estaba de acuerdo con la constitución. Esta doctrina continuó prácticamente por gran parte del siglo XX y es la visión constitucional que está detrás de la aplicación del recurso extraordinario como una cuestión puramente procesal con formalidades particulares pero que no tenían referencia con relación a la complejidad y a la extensión de la cuestión constitucional tratada..

El modelo de derechos privados es totalmente insatisfactorio, ya que incluso el análisis de los grandes temas del control constitucional como son la división de poderes y el federalismo. El control judicial de constitucionalidad no puede ser visto como la consecuencia de un mecanismo que impida el daño indebido a intereses privados, esa tradición privatista de los derechos la que impide, o mejor dicho hubiera impedido el desarrollo efectivo del control judicial de constitucionalidad y la vigencia efectiva de la constitución.

El modelo de la creación normativa.

No existe discusión presente que la constitución requiere de una interpretación autorizada. Si asumimos el criterio de que el mejor modelo explicativo de la constitución es el del contrato de largo plazo la Corte Suprema de Justicia y los tribunales inferiores constituyen la estructura de gobierno de ese contrato que llamamos constitución. El monopolio de la Corte Suprema en el ejercicio de esta función de intérprete final de la constitución está firmemente establecido tanto en la doctrina constitucional como en la práctica institucional que los gobiernos constitucionales. La cuestión que se nos plantea es si pueden decir requieren para ejercer esta función la existencia de un caso concreto, o si la decisión definición de caso en los planteos constitucionales debe ser más abierto que en las controversias comunes de derecho. Esta situación quedado evidente cuando se debe cumplir el requisito constitucional de la protección de los intereses o derechos de incidencia colectiva, o también llamados intereses difusos como ha sido tradicional los casos referidos a los derechos de defensa del consumidor y de la competencia y los derechos al medio ambiente sano y equilibrado, son casos que afectan a muchas personas que si bien pudieran

litigar individualmente para su protección no aparece que ésta sea la mejor forma de proteger los debido a que el contenido de cada demanda individual puede ser tan reducida que sea inferior a los costos del proceso judicial. En ese sentido aparece el proceso constitucional como una función pública, en el sentido que aunque parezca anómalo establecer un derecho de las personas que nos y es en la realidad práctica un derecho de una persona en particular nos vemos cada vez más familiarizados con la aplicación judicial de los intereses de grupos en los juicios efectuados por individuos o grupos de personas que pueden no ser los beneficiarios directos de la decisión obtenida. De esta manera los derechos y garantías constitucionales de libertad de expresión y libertad religiosa y más aún de libertad personal y de propiedad privada incluyen un derecho oponerse a toda regulación inconstitucional de esta manera se reconoce la característica pública de todo de toda decisión judicial de temas constitucionales que reconoce un derecho de los ciudadanos en la existencia de que los poderes gubernamentales actúen en forma regular. Imaginar a la a los litigios constitucionales desde el modelo los derechos privados en no reconocer que toda la adjudicación constitucional es fundamentalmente una actividad jurídica y política diferente a la litigiosidad judicial habitual. Y la diferencia esta tanto en el contexto de los materiales sobre los que se toma la decisión judicial, la naturaleza de los intereses de quienes participan y sobre la técnica que se utiliza para fallar los casos. Incluye decisiones que tratan sobre la distribución de las competencias políticas en el gobierno en los que se pide a la Corte Suprema que toma decisiones sobre la base de cláusulas constitucionales amplias y en algunos casos imprecisa y que rechace las elecciones tomadas por las otras instituciones de la sociedad en la analogía con los litigios ordinarios es puramente formal, las decisiones constitucionales ocurren generalmente dentro del contexto de un juicio tradicional y conocido por todos los abogados litigantes. Esta función especial de la corte con relación a la constitución le es concedida por que es el intérprete final autorizado del texto. La corte entonces es un órgano necesario para el orden constitucional. ify que la capacidad para

decidir cuestiones regionales me de un y dentro del poder para disponer en resolver casos concretos pierde sustancia. Ya en Marbury aparecen los fundamentos para un modelo distinto de actividad judicial, en su énfasis que una constitución escrita impone límites a todos los órganos del gobierno el juez Marshall asoció el control judicial al axioma político del gobierno limitado de esta manera el litigio constitucional se transforma en una acción pública que puede no o no referirse al derecho privados..

El modelo del control constitucional con una función especial de la corte requiere que las cuestiones estén claramente definidas y sean capaces de una solución judicial. Al mismo tiempo al mismo requiere que las cuestiones constitucionales planteadas en los tribunales estén suficientemente controladas para asegurar que la intervención judicial no supera la capacidad de las ramas políticas del gobierno.

Si el caso Marbury estableció el control judicial como una forma de cumplir el fundamento político que el gobierno limitado, esta actividad no podía restringirse a la protección de los derechos privados exclusivamente. Si esto era comprensible para los constituyentes no es cromadas en la *actualidad, ya que éstas una situación donde se puede aplicar la frase de Holmes "el presente tiene derecho a gobernarse a sí mismo en la mayor medida de lo que le sea posible"*³². Esta función especial de la competencia judicial transforma al litigio constitucional en una acción pública y por lo tanto requiere una mayor delimitación del perímetro en que desarrollan su actividad los tribunales dentro de este modelo. De lo contrario pueden surgir conflictos a veces de difícil solución con la rama política del gobierno nacional.

La primera limitación puede sugerir que la manera en que la cuestión constitucional se plantea sea la de litigio tradicional que busca remedios habituales. Es la visión estricta en el caso tradicional Flast v. Cohen, que

³² (en Collected legal papers. 1921, p. 121)

establece que la legitimación activa está relacionada a la pregunta si la cuestión planteada ha sido presentada en un contexto adversarial y de la manera que históricamente vista como siendo capaces de una solución judicial. Pero al mismo tiempo si la constitución debe durar "para los tiempos" según la expresión utilizada en el caso Mc Culloch de 1819, es cierto que el proceso constitucional no puede estar limitado a la visión que se tenía en tiempos de la sanción de la constitución, de esta manera aparece la importancia de las acciones declarativas que permiten entre otras cosas establecer las características de la separación de poderes y frenos y contrapesos y de esta manera limitar la acción gubernamental ya sea del poder ejecutivo o de la administración. Lo que es necesario es que la cuestión constitucional sea introducida de una manera suficientemente concreta que permita la solución del problema. Esto requiere información concreta porque de lo contrario se pedirá al tribunal que se introduzcan cuestiones puramente dialécticas o debates estériles o abstractos. Es decir que los hechos y la manera que se aplica la constitución a situaciones prácticas concretas determina el contenido de la decisión. Por supuesto existen también casos en que las cuestiones sean tan generales, o afecten una cantidad importante de personas que puedan resolverse de manera genérica. Pero esta situación es que podríamos llamar generales son mucho menos comunes de lo que parece y es bueno como práctica del litigante en casos constitucionales determinar con claridad cómo las normas y prácticas cuestionadas afectan a cuestiones de hecho concretas. El requisito de que exista un caso fundamentalmente tiene como objetivo evitar que la Corte Suprema y en general los demás tribunales dicten opiniones consultivas. De esta manera es necesario que existan por lo menos dos adversarios. Existe sobre esto una larga práctica que tiene su origen cuando el presidente Washington solicitó a la Corte suprema su opinión sobre varias cuestiones que surgían de la neutralidad de los Estados Unidos en la guerra entre Inglaterra y Francia. La Corte se negó a prestar su consejo y señaló que sólo podía tomar decisiones en casos concretos. Esto tiene un fundamento importante el primero es que la falta de adversarios para analizar un caso

plantea el riesgo que la decisión constitucional de la corte de no sea suficientemente considerada. Al mismo tiempo si el derecho es dialógico, la fuente principal de información sobre el caso que tienen los jueces es la que proviene de las expresiones de las partes quienes son las que ofrecerán los hechos los analizarán y debatirán sobre el derecho aplicable a la decisión. Una opinión consultiva, es decir un caso en que no están presentes las dos partes pone al tribunal ante una situación donde no cuenta con un análisis detallado de la información sobre el caso que debe fallar y ni siquiera sobre el derecho aplicable a un cuanto éste se presuma conocido por los jueces.

Un problema a resolver: los jueces frente a la inacción gubernamental.

La inacción gubernamental tiene causas estructurales y no solamente la pasividad política frente a un problema complejo. El proceso legislativo requiere de consultas y negociaciones entre muchos sectores interesados, la presencia de grupos de interés contrapuestos que impiden muchas veces que sea tomada la decisión adecuada. Los afectados por la contaminación son una población dispersa y su posibilidad de participar en la decisión de los poderes políticos es muchas veces ímproba, sino imposible. Ya en 1938 en el caso *Carolene Products*, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que una de sus funciones era la de defender a las "*minorías discretas o insulares*" quienes por su dispersión o extrema pobreza no podían influir en las decisiones gubernamentales. Esta práctica ha llevado a que sean los tribunales los que hayan podido solucionar estas cuestiones que no puedan ser debidamente resueltas por el proceso político. Así fue el caso de la integración racial de las escuelas iniciado en el caso *Brown* de 1954 que llevaría más de una década hasta cumplir su objetivo³³. De la misma manera se puede citar la reforma de los sistemas carcelario y hospitalario por acción judicial. El procedimiento

³³ Cf. *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*. 347 U.S. 483 (1954).

utilizado fue el de acciones de clase y los jueces establecieron en la sentencia los principios aplicables e intimaron a los demandados a proponer un plan de solución de la controversia.

Sin duda continúa vigente la preocupación de la escuela del realismo jurídico que los jueces pueden decidir los casos sobre la base de sus preferencias particulares, sus mitos heredados o su psicología personal. La respuesta que da Posner es que los jueces tienen incentivos correctos para decidir estas cuestiones ya que cuentan con estabilidad en el cargo y un salario estable que no variará por motivo de sus decisiones.³⁴ Si esto es así los ciudadanos se dirigirán a los jueces en términos de defensa del interés público, antes que a los funcionarios públicos. Al mismo tiempo se puede realizar el control de las consecuencias de la decisión judicial para compararlas con los beneficios sociales que otorga. Más aún, por los incentivos estables inherentes al cargo judicial es probable que los jueces puedan comprender con más claridad cuestiones de interés general que los poderes políticos que están naturalmente influidos por cuestiones de oportunidad política y por la actividad de grupos de interés bien organizados.

Este es el **dilema que se plantea ante un tribunal** cuando debe afrontar una cuestión como la del Riachuelo, de la misma manera que debió ser afrontada a fines de la década del 60 por los jueces federales en los Estados Unidos para la reforma de las cárceles.³⁵ Inicialmente la ventaja institucional comparativa se encuentra en el poder legislativo, que pueden llamar a consultas, realizar amplias investigaciones, obtener el asesoramiento de expertos y asignar recursos, al mismo tiempo que puede equilibrar esos gastos con otras prioridades como puede ser la educación o la seguridad. Al mismo tiempo, si el Legislativo no puede determinar las estrategias específicas para resolver el

³⁴ Cf. Richard Posner. 'What do judges maximize?' op. cit.

³⁵ Cf. Malcolm M. **Feeley** & Van Swearingen 'The prison conditions cases and the bureaucratization of american corrections: influences, impacts and implications.' Pace Law Review, Spring 2004, 24 PACELR 433.

tema puede delegar esta función al poder Ejecutivo para que aplique el programa establecido legislativamente. En esta visión inicial el juez no podría realizar ninguna de estas actividades y debería limitarse a resolver el problema complejo de la contaminación inter jurisdiccional masiva dentro de un proceso adversarial.

El dilema se plantea cuando tanto el Legislativo como el Ejecutivo no están dispuestos a actuar. Esta incapacidad institucional por parte de instituciones renuentes indica un defecto estructural de nuestro sistema político mayoritario. El problema es entonces que el Legislativo y el Ejecutivo no actúan y que las condiciones de contaminación masiva del Riachuelo continúan y obligan a quienes están cerca de la ribera a vivir en condiciones inhumanas sin que ningún otro actor institucional pueda intervenir. Esta falla fue percibida por la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir de lo escrito por el Presidente Harlan Stone en la **nota a pie de página N° 4** en el caso ***United States vs. Carolene Products Co. en 1938*** ya mencionado.³⁶

Según esta doctrina son los tribunales los más indicados para resolver los casos en que hay una presencia de minorías discretas o insulares o la violación de derechos fundamentales. Ya que en esas circunstancias las instituciones óptimas no tienen la voluntad de actuar ni lo harán en un futuro apreciable.

Esta nota está dividida en tres párrafos y cada uno señala una excepción a la tradicional presunción de constitucionalidad de los actos legislativos. Establece las tres circunstancias en que el control judicial de la constitucionalidad de leyes o actos debe ser más estricto.

Dice la Nota N° 4, en el tercer inciso refiriéndose a los impedimentos de una decisión judicial:

³⁶ cf. 304 U.S. 144, (1938). Para un análisis del caso ver Juan Vicente Sola, Control Judicial de Constitucionalidad, 2ª ed. Buenos Aires, Lexis Nexis 2006. Ver también Juan Vicente Sola. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo 1. La Ley Buenos Aires. 2009.

3. *‘Ni tampoco debemos indagar si consideraciones similares entran en la revisión de leyes dirigidas a minorías religiosas o raciales, si **el perjuicio contra minorías discretas o insulares** puede ser una condición especial que tienen seriamente a limitar la operación de aquellos procesos políticos en los que se confía habitualmente para proteger a minorías y que pueden convocar a una más inquisitiva investigación judicial’.*

Este tercer párrafo requiere de un mayor escrutinio judicial cuando se refiere a la protección de **las minorías discretas e insulares** que se encuentran desprotegidas por el proceso político habitual. La formula de *Carolene* concentra su atención en la debilidad política de las minorías, del perjuicio y discriminación que sufren en una democracia pluralista. Este es un problema que no tiene fin ya que nuevos sectores aparecerán luego que a otros se los repare de su exclusión social. En cada época aparecerán grupos perjudicados que requerirán de la aplicación de los principios de **Carolene Products** para incorporarse a un proceso pluralista más justo.

En una democracia las minorías son las que han perdido en una confrontación electoral. La democracia es un sistema mayoritario y las minorías son en alguna manera excluidas de la cosa pública, dentro de la alternancia asociada con el sistema democrático pueden ser una mayoría política en el futuro. Pero es un error de ingenuidad imaginar a la democracia como si existiera una mayoría única y bien definida por sobre una minoría constante y coherente. La sociedad política contemporánea incluye una multiplicidad de grupos de interés que representan los intereses de una fracción y que negocian entre si por ventajas con el poder y para obtener el apoyo mutuo. Si se acepta que la actividad política incluye un conflicto entre distintos grupos es comprensible la preocupación planteada en la nota del caso **Carolene** a favor de las minorías que tienen dificultades para hacer conocer sus intereses o no pueden asociarse con otros grupos en su defensa. De esta manera estarán fuera del proceso legislativo y por esta razón la protección judicial es una corrección a esta situación y justifica la existencia de un elemento contra mayoritario en el

control judicial. La Corte Suprema al intervenir en defensa de este tipo de minorías, produce el resultado que hubiera obtenido si hubieran tenido una posibilidad de participar en el proceso legislativo. Debemos tener en cuenta que las minorías son generalmente antipáticas para las mayorías y para los grupos de interés que influyen en el poder. Porque su influencia está dispersa sin poder concentrarse para influir en temas de gobierno, el caso de las **minorías dispersas**, o por en contrario si están concentradas en una región o sector social excluido o empobrecido, las **minorías insulares**. Solo los tribunales podrán rescatarlos de la discriminación.

Bruce Ackerman sugiere que la doctrina de *Carolene Products* debería dirigir la atención judicial a proteger a grupos o minorías que sean **‘anónimas y difusas’** que son los que generalmente tienen una seria desventaja en la sociedad pluralista.³⁷ Al ser anónimas no puede atraer la atención de los principales actores en el proceso legislativo, y al ser difusas en el territorio no pueden concentrarse en un proceso electoral o de influencia en la toma de decisiones políticas, ni siquiera en una región. Si un grupo pasa inadvertido para la realidad política su única oportunidad es una demanda judicial. Es el caso de quien sufre las consecuencias de enfrentar a grupos muy poderosos y se encuentra en un mayor grado de indefensión si la minoría a la que pertenece está diseminada en un gran espacio. Una gran empresa estará más fácilmente dispuesta a hacer concesiones a un grupo organizado regionalmente que a grupos dispersos.

Una minoría dispersa y en este sentido la palabra insular puede también significar el de minoría aislada, tendría altos costos económicos y de esfuerzo personal para organizarse. Los costos de transacción serían prohibitivos. Las poblaciones dispersas no pueden organizarse fácilmente para petitionar a las autoridades o para enfrentar a grandes organizaciones. Esta desorganización

³⁷ Bruce Ackerman, ‘Beyond Carolene Products’ Harvard Law Review, vol 98, 1985 p. 713.

puede tener consecuencias tributarias, ya que es más sencillo imponer a grupos numerosos y dispersos que a grupos organizados y concentrados. Es con el ejercicio del control judicial que se protege a sectores que están en un estado particular de indefensión. Una minoría concentrada, tendrá bajos costos de transacción y de organización y podrá influir en el sistema político.

El argumento ínsito en *Carolene Products* es el referido a la participación en el proceso gubernamental. A pesar que no podríamos convencer a cada uno de nuestros legisladores y administradores, podemos insistir que consideren seriamente nuestros reclamos. Analizarlos convenientemente y rechazarlos solamente luego de que decidan que son contrarios al interés público. Si un grupo no logra recibir este tratamiento sufre un perjuicio, existe un daño especial por no ser consideradas las razones sostenidas por este grupo, separadas del análisis general del proceso legislativo. Este es el perjuicio que trata de superar la doctrina de *Carolene*, sin que al utilizarla los jueces asuman la tarea de prescribir valores sustantivos. Esta doctrina es procesal y no valorativa y es una nueva formulación del principio de igualdad política. Se asocia a los derechos constitucionales de petición a las autoridades y de asociación. Da una solución a los casos en que las minorías no pueden, por razones de hecho o por la preeminencia de grupos más importantes acceder a sus derechos.

Esta **teoría del refuerzo de la representación** esbozada en la nota N° 4 de *Carolene Products* le asigna al juez una función para la que está particularmente capacitado. En la medida en que ellos son expertos en las cuestiones procesales, incluyendo en las cuestiones constitucionales y en las que se debaten la regulación económica y políticas públicas. Esta actividad judicial es particularmente importante cuando el proceso político no funcione debidamente para responder a estas demandas.

Es decir, que esto permite nuevas posibilidades discursivas al permitir al juez decidir el caso como segunda opción ya que quién tenía la competencia originalmente no está dispuesto a actuar. Si existe un mandato constitucional precisa como es en este caso la defensa del medio ambiente frente a una contaminación interjurisdiccional masiva, es el juez en él quien debe buscar los medios procesales adecuados para resolver la cuestión que quedaría pendiente si no fuera por esa alternativa. La acción judicial puede no ser lo mejor posible de la única solución en el caso concreto.

La cuestión justiciable.

La segunda limitación que surge de la constitución es que la cuestión sea una cuestión justiciable es decir que pueda ser resuelta por el juez. Esto elevado al debate de una cuestión que en gran medida es histórica que es el de las llamadas "cuestiones políticas" en la medida que la Corte Suprema ha asumido su función de intérprete autorizado de la constitución la extensión de las cuestiones políticas se ha limitado hasta casi su extinción. Sin duda existen situaciones cuando la corte simplemente no encuentra cuáles son las normas aplicables, generalmente por qué no existe en el tema una información adecuada sobre los hechos de la causa. También cuando los hechos sobre los cuales la decisión debe basarse son complejos, inciertos e inabarcables dentro de los términos tradicionales de la actividad judicial. En algunos casos la cuestión se plantea de una manera equívoca y un tanto oculta en la búsqueda de la decisión una cuestión que no puede definirse en términos constitucionales, a menos que se trate de temas generales o evidentes. En esa situación es el tema de la cuestión política está asociada con el requisito de la cuestión esté madura para su decisión, es como si estableciéramos un continuo en el cual la cuestión política está en un extremo en el que las dificultades de hecho fueron intratables.

Lo que define a nuestro sistema judicial del control de constitucionalidad es su carácter descentralizado. Todos los tribunales, no importa su jerarquía, ya sean federales o locales deciden sobre las cuestiones constitucionales que están bajo su competencia. Esto surge no solamente de la cláusula de supremacía y del capítulo del poder judicial de la constitución, sino también de el presidente Marbury, aplicado por nuestra Corte Suprema desde sus orígenes y que dice que la constitución debe ser aplicada como cualquier otra norma jurídica. Este sistema descentralizado o difuso marca un contraste notorio con otros sistemas en los que tribunales deciden cuestiones constitucionales pero sólo en ciertos contextos. El sistema descentralizado o difuso también define la interpretación de la constitución y su aplicación a todas las causas. Es por ello que están complejo trasladar precedentes de sistemas concentrados a sistemas descentralizados, intentarlo generalmente lleva a la confusión y a decisiones desafortunadas. Más aún podemos decir que existe un derecho constitucional diferente según el sistema de control de constitucionalidad sea concentrado o descentralizado. Existe por lo tanto un riesgo de pleitos donde se analicen cuestiones puramente ideológicas, favorecidos por la posibilidad de que existan acciones colectivas o de clase, que si bien son necesarias, pueden llevar al planteo de cambio de una parte considerable del ordenamiento jurídico. Es por eso que el interés personal acreditado en la causa es un elemento importante del control judicial de constitucionalidad.

Con respecto a la actividad legisladora del Congreso en materia de jurisdicción constitución debe distinguirse la capacidad que tienen los legisladores en organizar los tribunales inferiores federales a la capacidad de organizar el trabajo de la Corte Suprema de Justicia. En todos los casos no pueden limitar la jurisdicción constitucional ya que ésta proviene de directamente la constitución a todos los tribunales federales, pero si bien tiene la libertad de organizar el funcionamiento de los tribunales inferiores no puede actuar de la misma manera con la competencia apelada de la Corte Suprema y su

capacidad para decidir "todas las causas" en la que se analice la constitución los tratados internacionales y las leyes federales según reza la misma constitución. Aún cuando no existieran tribunales federales inferiores, la Corte Suprema tendría su jurisdicción sobre todas las apelaciones de los tribunales locales, al mismo tiempo que su jurisdicción originaria y exclusiva. La jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales federales para resolver cuestiones constitucionales proviene de la constitución y no de la voluntad del Congreso.

Legitimación activa.

Legitimación activa.

Entre los requisitos que exige la Corte Suprema para la resolución de un caso se incluye la legitimación activa. Este requerimiento es consecuencia de la decisión que exista un caso o causa según la expresión utilizada en la constitución. Si los demás aspectos del caso se concentran en las cuestiones planteadas la legitimación refiere a quien bajo el caso, si los demás aspectos del caso o causa necesitan analizar de las cuestiones que se litigan han sido traídas correctamente a la corte, el análisis de la legitimación activa observa si el recurrente es la persona correcta para litigar esas cuestiones. Como la legitimación es una cuestión jurisdiccional, un tribunal federal no puede considerar el caso a menos que el actor establezca su legitimación para hacerlo. Esta legitimación se restringe al análisis básico particularmente que la parte tiene un interés suficiente en una controversia justiciable que permita una solución judicial de esa controversia. (Sierra club v. Morton, 400 U. S. 727, 1972) de esta quien recurra a un tribunal federal debe demostrar tres cosas: lesión actual, causa sesión y reparación posible. (454 U. S. 464, 1982) específicamente debe demostrar que personalmente ha sufrido una lesión actual o que esté amenazado de ella como resultado de una conducta la posiblemente ilegal del demandado, que la lesión puede ser rastreada

razonablemente a la acción cuestionada y que esta lesión puede ser reparada por una decisión favorable. Esto significa que el individuo no puede demandar ante los tribunales federales ni recurrir a la Corte Suprema a menos que exista un daño actual o la amenaza del mismo que fue la causa de la acción y que puede ser remediado por la decisión del tribunal. Esto en términos generales significa que no puedo reclamar por una lesión que sea causado a otra persona, o que hay perjuicio generales abstractos que no son suficientes para reconocer la legitimación. Quien no ha sido dañado no puede plantear el caso contra una actividad que no ha causado la lesión. Al mismo tiempo tampoco se puede reclamar judicialmente por un daño que la decisión judicial no pueda remediar. El objeto de estos límites es asegurar que los casos son planteados por las personas adecuadas y que los temas o las cuestiones planteadas serán liquidadas en forma plena de esta manera se asegura la división de poderes y los tribunales federales no se transforman en legisladores de hecho. (Allen v. Wright, 1984).

Es decir la legitimación surge como todas las doctrinas de la justicia habilidad del requisitos establecidos en el artículo 116 de la constitución que dice al respecto "corresponde a la Corte Suprema de los tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas...". De una manera sencilla la legitimación identifica quién puede plantear un caso en el que se reclame contra alguna acción gubernamental que viola la constitución, las leyes federales o los tratados internacionales. Otras doctrinas de justicia habilidad identifican qué tipo de acciones pueden ser planteadas, el caso de las cuestiones políticas, y cuando pueden ser traídas al conocimiento de los tribunales, son las doctrinas sobre cuestiones abstractas o sobre oportunidad y madurez de la cuestión. En términos generales las personas tienen legitimación activa para atacar una acción gubernamental sólo si sufre un agravio por esta actividad. Generalmente la legitimación no es un problema que impida el acceso a los tribunales, ya que la agravio es generalmente visible y en la mayor parte de los casos o cuestiones constitucionales no se plantea un problema de

legitimación. En algunos casos la acción gubernamental impone un agravio que no es tangible o evidente que en ningún individuo en particular, son los casos en que los actores recurrentes actúan en su capacidad de ciudadanos o contribuyentes y sostienen su derecho no en que han sufrido una lesión actual si no en que el comportamiento gubernamental establece o inflige un agravio a todos los ciudadanos o contribuyentes por su comportamiento contrario a la constitución.

La visión tradicional de la legitimación sufrió un cambio a raíz del aumento de la actividad gubernamental y cuando la visión de la titularidad de los derechos se hizo más difusa. Cuando la legislación y la regulación administrativa estableció beneficios para un grupo particular y los que han sido dejados fuera de serie beneficio consideran que las normas han sido discriminatorias se plantea esta nueva pregunta si pueden reclamar judicialmente. Aparece un concepto de lesión que es menos evidente que el tradicional. Al mismo tiempo los gobiernos activistas en materia regulatoria generan oposición política. Sus opositores buscan una transferencia del sector político del gobierno hacia los tribunales señalando que estas normas estaban fuera de las competencias gubernamentales. En este caso los actores plantean su legitimación en términos más generales, en algunos casos señalando que son contribuyentes tienen la presión tributaria aumentada y por lo tanto una lesión concreta cuando se aplican cierto tipo de regulaciones que aumentan el gasto público. En algunas circunstancias que este comportamiento estuvo asociado con la idea del debido proceso sustantivo que establecía algún mayor control judicial sobre la regulación económica. En los Estados Unidos a partir de 1960 se disminuyeron los requisitos de la legitimación. El primer caso *Flast v. Cohen* de 1968 en que la Corte Suprema reconoció la legitimación activa de un contribuyente para cuestionar gastos efectuados en violación de la cláusula constitucional que impedía el establecimiento de una religión oficial. De acuerdo con la doctrina de la legitimación activa del contribuyente debía ser permitida cuando la constitución establece limitaciones específicas a la

capacidad del Congreso para gastar recursos públicos. En el caso *Association of Data Processing Services v. Camp* de 1970 la Corte Suprema admitió la legitimación activa de cualquier persona que estuviera genéricamente dentro de la zona de interés que el Congreso buscaba proteger. Estas decisiones autorizan una supervisión judicial más amplia de la acción gubernamental de lo que permitían las antiguas versiones de la legitimación y de esta manera un mayor control social de la actividad gubernamental o de comportamientos de particulares que pudieran ser contrarios a la constitución.

En otros casos la Corte Suprema de Estados Unidos identificó dos aspectos de la doctrina legitimación, el de la lesión efectiva "injury in fact" y el de la causación. En el caso por ejemplo de una acción gubernamental atacada debe existir una lesión causada por esa actividad y el tribunal debe ser capaz de ordenar un remedio que el agravio o lesión sufrida.

La actualidad o madurez del caso. (ripeness)

Es una de las cuestiones que surgen al determinar la justicia habilidad un caso y es de alguna manera el opuesto de la cuestión abstracta. Si una cuestión de bien abstracta es por qué ha cesado de existir como una controversia vigente por el contrario si una causa no ha madurado es decir no tiene inmediatez es que todavía no se ha transformado en una amenaza concreta a la propiedad y libertad otros derechos de una persona. Se trata de cuestiones que son riesgos hipotéticos pero no actuales.

La Corte Suprema Intérprete Final del contrato social.

El contrato social es un modelo de legitimación de la pertenencia del individuo dentro del estado. Es una justificación de la existencia del gobierno. Como todo modelo, es una simplificación de la realidad y por lo tanto, las

críticas en cuanto a su sencillez frente a la complejidad de la vida social, son infundadas. **Los modelos teóricos deben ser considerados primariamente por la certeza de sus predicciones antes que por la realidad de sus presunciones.**³⁸ Esta es una buena aclaración para quienes piensan que es históricamente falso hablar de un contrato que nunca fue concluido o de un estado de naturaleza que nunca existió. La ventaja de un modelo es que nos permite simplificar la muy compleja realidad social y, de esta manera, **comprender mejor ciertos fenómenos y predecir comportamientos futuros.** Esta capacidad de predicción de los modelos es lo que los hace particularmente útiles en las ciencias sociales. Se sacrifican ciertas variables para distinguir otras, pero si el modelo es útil nos permite predecir el comportamiento.

El modelo de contrato social es, en este sentido, sumamente útil porque a pesar de que falte de rigor histórico, nos permite predecir la visión que tienen los miembros de la sociedad sobre la eficiencia del estado. Cuando el modelo de contrato no se cumple, aparecen los riesgos de conflicto social, o si la que se encuentra desprotegida es una minoría, ésta emigra. Este voto con los pies es mucho más común de lo que aparece a simple vista. No sólo se emigra físicamente mudándose con su familia a otro estado, sino que pueden mudarse más fácilmente capitales o inversiones a otros espacios. Este fenómeno es evidente en la historia argentina, que se benefició de la gran inmigración a fines del siglo XIX y que ahora enfrenta un fenómeno inverso. El fenómeno ocurrió no sólo con el movimiento de personas sino también con el de capitales y de inversiones.

Las reglas del contrato social son mucho más estrictas y útiles de lo que una lectura puramente histórica podría suponer. El renacimiento de este modelo en

³⁸ cf. Anthony Downs, *An economic theory of democracy*. New York 1957 p. 21, citando a Milton Friedman.

las nuevas doctrinas contractualistas que van de Buchanan a Rawls así lo demuestran.

El análisis económico explica porqué individuos racionales pueden preferir una autoridad económica coercitiva sobre la libertad del estado de naturaleza. Un maximizador racional en un estado de naturaleza impone costos externos sobre los demás y retiene beneficios externos de los otros de una manera ineficiente y costosa que impide a la sociedad llegar a un nivel más elevado de bienestar, que logra un gobierno que controla las externalidades.

Al admitir mutuamente someterse a un estado coercitivo, los individuos se obligan a comportarse en forma más responsable y eficiente mejorando el bienestar de todos. La teoría contractualista tiene un gran atractivo al asociar al gobierno la necesidad del consentimiento de los gobernados como fundamento de la autoridad estatal.³⁹

Rawls sostiene también la teoría del contrato social, si bien, con una particular preocupación con respecto a la justicia. La concepción contractualista se observa cuando analiza uno de los principios de la justicia.

El concepto del velo de ignorancia como restricción de la información es un concepto típicamente económico. Las decisiones económicas no se toman con información completa. Generalmente quien toma una decisión hace el cálculo de conveniencia entre tomar la decisión con la información que posee, o hace frente al costo de la información necesaria para tomar una decisión más informada.

Detrás del velo de ignorancia, Rawls concluye que dos principios sobre la justicia serán elegidos. El primero será que **cada individuo tendrá derecho a una libertad básica compatible con la libertad similar de los otros**. El segundo sería que **las desigualdades sociales y económicas se organizarán**

³⁹ ver Disidencia de Warren en Pérez vs. Brownell.

de tal manera que se pueda esperar razonablemente que sean para ventaja de todos. Este segundo principio, llamado de diferencia, permitirá las desigualdades de ingreso y riqueza para los que resulten en mejor situación. Sólo lo estarán si los que están en el fondo de la distribución también mejoran. Existe una similitud entre el principio de diferencia de Rawls y los estándares de eficiencia de Pareto. Esta es la distinción entre el utilitarismo y el criterio de eficiencia Hicks-Kaldor, que permite a los individuos empeorar en la medida que el bienestar general o la riqueza general aumenten.

En el modelo de Rawls es central la creencia de que la gente tiene **aversión al riesgo**. Esta aversión es tan grande que adoptan el sistema de decisión “maximin”. Bajo la regla maximin los individuos asumen que finalmente estarán entre los peores de la sociedad y entonces escogen los principios de gobierno que maximizará el bienestar de los que estarán peor.

Un maximizador racional elegirá entrar en el contrato social solamente si al hacerlo aumenta su nivel de bienestar. Esto implica que un contrato social como todo otro acuerdo es eficiente. Sin embargo, en algunos casos la teoría contractualista se concentra en criterios éticos y no económicos. De esta manera se puede **justificar contractualmente una acción estatal intrusiva**.

Es Contrato Social es un modelo para describir la Constitución. Aun cuando, las doctrinas contractualistas no tengan un contenido histórico, es interesante el concepto de contrato social como elemento preconstitucional y como forma de legitimación de la Constitución existente. El contractualismo está incluido en la teoría de la elección pública, el *Public Choice*. Esta doctrina analiza el hecho que los gobiernos asignan los bienes públicos mientras que los mercados asignan idealmente los bienes privados. La democracia requiere que un grupo de personas decida a través de una votación mientras que un individuo puede decidir por si mismo, si compra un producto en el mercado. Esta doctrina utiliza modelos económicos de comportamiento racional para explicar las

actividades de las instituciones políticas, incluyendo las normas sobre el comportamiento de las mayorías y de los representantes y funcionarios en el gobierno.

El término constitucionalismo incluye varios significados, supone en nuestra tradición la idea de un gobierno limitado por la división de poderes, el control judicial, las elecciones abiertas como forma de selección de los altos funcionarios y legisladores y la protección de los derechos humanos. Supone también que la Constitución no puede ser reformada de la misma manera que la legislación ordinaria, se requiere una mayoría calificada o una súper mayoría.⁴⁰ Esto también plantea la necesidad de establecer que derechos deben establecerse fuera del alcance del poder de la mayoría circunstancial.

El problema económico que plantea la existencia de una Constitución escrita que no puede ser reformada por el proceso legislativo ordinario, es el de la estructura de gobierno (governance) de las normas en el tiempo⁴¹. Si las normas constitucionales pudieran reformarse con la sencillez de una ley, las constituciones serían funcionalmente leyes y solo tendrían los límites de las convenciones constitucionales.⁴²

El tema de la estructura de gobierno ha sido debatida en torno de los contratos de largo plazo y a situaciones similares como son las concesiones de servicios públicos. Un contrato no puede, en principio, ser reformado o anulado sin el consentimiento unánime de las partes. En este sentido el modelo de contrato puede ser asimilado al concepto de Constitución que requiere para su reforma una mayoría calificada y es lo que la diferencia de la ley ordinaria. De la misma

⁴⁰ Cf. En este tema la obra ya mencionada de Buchanan & Tullock y además, G. BRENNAN & J. BUCHANAN, THE REASON OF RULES: CONSTITUTIONAL POLITICAL ECONOMY (1985)

⁴¹ La palabra “governance” utilizada particularmente por la escuela neo institucional en economía puede ser traducida como “estructuras de gobierno” o “buen gobierno”.

⁴² Es decir un límite puramente cultural, según la expresión de Dicey. Pero nuestra tradición política no ha tenido un respeto generalizado de las normas constitucionales, sino todo lo contrario.

manera que la Constitución, un contrato establece una norma que es difícil de cambiar y está designada para gobernar el futuro.

Tradicionalmente el concepto de Constitución ha sido asociado al contrato social. Las doctrinas contractualistas clásicas desde Hobbes han sido base para la creación de constituciones que establecen la organización del gobierno y las declaraciones de derechos. Asimismo las doctrinas contractualistas son una fuente de la legitimidad del constitucionalismo en la idea que la Constitución es aceptada por todos los ciudadanos que la consideran aceptable. Este modelo contractualista de Constitución describe con más precisión al sistema constitucional que la idea de una ley suprema que es legislada por otros e impuesta a los ciudadanos. En cuanto los límites del contrato social que establece la Constitución puede hacerse referencia a las acciones privadas fuera de la autoridad del Estado establecidas expresamente en el artículo 19. El derecho a la intimidad y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar en las constituciones modernas están asociados a la idea contractualista de Constitución.

Los derechos de las minorías.

Existe una paradoja referida a los derechos de las minorías, por un lado existe la tradición constitucional originada en la nota N° 4 en *Carolene Products*⁴³ que un mayor escrutinio debe realizarse cuando una norma discrimine contra minorías discretas o insulares. Pero al mismo tiempo una minoría suficientemente poderosa que pueda obtener protección constitucional no debería temer una discriminación realizada por medio de la ley. Pueden imaginarse tres respuestas. La primera es que personas que temen pertenecer

⁴³ En el caso *United States vs. Carolene Products* de 1938 donde el presidente de la Corte Suprema Harlan Stone escribió la nota al pie de página N°4. Para un análisis más detallado ver John Hart Ely, *Democracy and Distrust*. 1980; Juan Vicente Sola, *Control Judicial de Constitucionalidad*, Lexis Nexis, 2001.

a una minoría desfavorecida en el futuro favorecerían una protección constitucional para todas las minorías aún en casos de personas que les disgustan. Una segunda posibilidad es que los intereses de los grupos mayoritarios y minoritarios puedan estar tan imbricados que se pueda formar una amplia mayoría que apoye una norma constitucional porque los miembros de estos grupos teman que el equilibrio del poder político pueda variar en contra de alguno de ellos. Finalmente, los grupos de interés participan también de las deliberaciones constitucionales y un grupo minoritario puede tener la fuerza política necesaria para obtener una norma constitucional que lo favorezca a pesar que una mayoría de votantes no la busque.

Dado que muchos cambios de política mejoran el bienestar de un grupo a expensas de otro, debemos preguntarnos cuanto estamos dispuestos a reducir el bienestar de un grupo para aumentar el de otro. Desgraciadamente cuando no hay unanimidad, no existe ningún mecanismo aceptable para sumar las preferencias de distintos miembros de la sociedad y llegar a una función social de bienestar. Esto se asocia a la idea del contrato social. De esta manera para que un programa impositivo fuera aceptable, el bienestar de los contribuyentes debe ser mayor a que si no existiera el Estado. De esta manera si determinamos como sería una sociedad en el Estado de naturaleza sin carreteras públicas, sin educación, sin policía, sin ninguno de los bienes públicos, podemos afirmar que otra persona más rica que tiene que pagar un tipo impositivo elevado estaría peor en un mundo totalmente fuera del contrato social.

Podemos utilizar el criterio de eficiencia Hicks Kaldor, también llamado criterio de costo beneficio para determinar porque una persona acepta el contrato social. Un proyecto cumple el criterio de eficiencia de costo beneficio cuando quienes se benefician por él obtienen una ventaja mayor que la pérdida que sufren los perjudicados, de tal manera que los beneficiados pueden compensar a los perdedores. En términos generales podemos decir que los beneficios

superan a los costos. El criterio Hicks Kaldor es indispensable en la aplicación de la economía de bienestar.⁴⁴

Los fundamentos del contrato constitucional: El caso McCulloch vs. Maryland de 1819.

Este caso es el segundo gran precedente redactado por el *Chief Justice* John Marshall, analiza los temas de las competencias del gobierno federal y particularmente las reglas de la interpretación constitucional. Se analizaba la Constitucionalidad del Segundo Banco de los Estados Unidos.

El debate se esboza en el Primer Banco de los Estados Unidos durante la presidencia de Washington, 1791. Se oponen por inconstitucional Madison que era representante y Jefferson el Secretario de Estado lo defiende Hamilton el Secretario del tesoro, el debate se centra en las facultades implícitas del Congreso. Jefferson no es un poder “necesario”, Hamilton asocia la actividad bancaria a la función de cobrar impuestos. El Banco no fue renovado cuando se venció la carta de 20 años. La oposición vino de los sectores agrarios partidarios de la autonomía estatal y particularmente de los bancos privados.

Fue reestablecido en 1815 luego de la guerra de 1812 y por las prácticas irresponsables de los bancos estatales. La Asamblea de Maryland impuso un impuesto a todos los bancos que no estuvieran sus estatutos concedida por la legislatura local.

Marshall interpreta la Constitución que significará con un contrato de largo plazo con la Corte Suprema como estructura de gobierno. Podemos resumir sus argumentos:

⁴⁴ Robert Cooter y Tomás Ulen. Law and Economics. Second ed. 1997. p. 42.

- 1) El gobierno procede directamente del pueblo y no de los estados por lo tanto el gobierno es enfáticamente el gobierno del pueblo y no de la voluntad de los estados.
- 2) La extensión de los poderes legislativos dentro de la Constitución, Reconoce que todas las competencias no están mencionadas en la Constitución pero dice que para tener un detalle exacto de todas las subdivisiones de las cuales sus grandes poderes requieren y de todos los medios necesarios para su ejecución tendría la extensión de un código que no podría ser comprendido abrazado por la mente humana. **No debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando que no puede tener la extensión de un código.**
- 3) Si el fin es legítimo, si está dentro del marco de la Constitución y todos los medios adaptados al fin que no estén prohibidos pero coinciden con la letra y el espíritu de la Constitución, las decisiones son constitucionales. Aunque no estuvieran previstas en la letra de la Constitución.

Resume su teoría interpretativa contractualista y reafirma su gran precedente anterior que la Corte Suprema es el intérprete final de una Constitución que por su extensión requiere interpretaciones amplias. La Constitución tiene la intención de **durar para las épocas futuras** (*ages to come*) y por lo tanto debe **adaptarse a las crisis variadas de los asuntos humanos**. Esa Constitución debe ser breve, ya que un texto verboso del tamaño de un código requeriría de revisiones cotidianas. Pero al mismo tiempo requiere de un órgano que complete sus normas, son los tribunales y finalmente la Corte Suprema.

La Constitución como un Contrato de largo plazo.

Un contrato que establece una estructura de gobierno para interpretar las normas que se aplicarán en el tiempo para resolver contingencias probables o

hipotéticas es un “contrato contingente”. El costo de anticipar y resolver todas las contingencias que pudieran ocurrir es muy elevado. En el caso de contratos que permanecen vigentes por un futuro indefinido o gobiernan un amplio campo de interacciones sociales, la posibilidad de contingencias es muy grande. De tal manera que es muy difícil preverlas y pueden no existir respuestas especificadas en el contrato. Una alternativa frente a estas circunstancias es una interpretación del contrato hecha por un tribunal que pueda ofrecer la solución que las partes hubieran podido brindar si hubieran negociado con relación a esta contingencia concreta. La dificultad es que la contingencia puede ocurrir muchos años más tarde de la redacción del contrato y a un tribunal puede resultarle imposible imaginar lo que las partes hubieran resuelto en esa contingencia si la hubieran previsto y hubieran hecho una referencia concreta en el texto contractual.

Otra alternativa es una renegociación entre las partes. Esta solución podría ser razonable si la situación es un monopolio bilateral en los que existe una dependencia mutua que crea un incentivo para encontrar una solución, aunque también la negociación es costosa. Esta solución es inaplicable en los casos que una parte en el contrato tenga un monopolio cuando la contingencia ocurre, como es el caso de una empresa de servicios públicos, que debe enfrentar un conjunto de consumidores desorganizados en un futuro indefinido. Esta última sería la situación del derecho constitucional si la Constitución debiera enfrentarse a problemas no previstos en su texto por los constituyentes, y dejara a los arreglos constitucionales futuros de la sociedad a una renegociación entre el gobierno y el pueblo.

Otra solución posible es que exista una agencia permanente que actúe como representante de los consumidores, este es el marco constitucional de la Corte Suprema, que fue diseñada para que fuera independiente de las otras ramas del gobierno. Cuando es percibida como un protector regulatorio de la ciudadanía, la Corte no puede adoptar una interpretación estrecha de la

Constitución, ya que ese texto no puede prever todas las contingencias posibles y en particular las que han surgido en un plazo de ciento cincuenta años. De esta manera la importancia de la Constitución es que establece límites exteriores al ejercicio de la discrecionalidad judicial antes que determinar normas concretas para una decisión. Esta visión describe en forma realista el contenido del derecho constitucional como un cuerpo de derecho creado por los jueces, contenido en el texto constitucional pero no derivado de él en un sentido estricto.

Si aceptamos la idea de la Constitución como un contrato social nos permite incorporar al análisis constitucional las herramientas provistas por la doctrina contractualista moderna. Entre ellos los elementos comunes entre John Rawls a través de su obra clásica "Teoría de la Justicia"⁴⁵, y los muchos comentarios que en esta obra se hicieron y particularmente por James Buchanan quien completó la doctrina del contrato social con el velo de incertidumbre, por Hayek que después de conocer la obra de Rawls amplió en gran medida su visión de los derechos naturales,⁴⁶ y finalmente con otro economista distinguido como Edmund Phelps⁴⁷. Esta visión contractualista moderna continúa la asociación de la Constitución con un contrato social realizada originalmente por John Marshall en el caso *McCulloch vs. Maryland* en 1819⁴⁸. Marshall comenzó su análisis de la interpretación constitucional en una famosa frase *"no olvidemos que es una constitución la que estamos interpretando y una constitución no puede tener la verbosidad de un código."*

⁴⁵ Fondo de Cultura Económica, México 1975. segunda edición de 1995.

⁴⁶ Para la compatibilidad entre la obra de Rawls y la de Hayek ver Sola, Juan Vicente, Hayek: the Rule of Law and the Challenge of Emergency. En <http://capitalism.columbia.edu/files/ccs/SOLA%20Session%204%202011-09-02.pdf>

⁴⁷ Edmund Phelps colaboró con John Rawls en la redacción de su obra 'Teoría de la Justicia' tal como lo reconoce Rawls en el prólogo de esa obra. Phelps tiene varias obras dedicadas al tema de la justicia y la economía, como *Economic Justice*. Penguin 1973 y fundamentalmente *Rewarding Work: How to Restore Participation and Self-Support to Free Enterprise*. Harvard 1999. También *Designing Inclusion: Tools to Raise Low-end Pay and Employment in Private Enterprise*. Cambridge University Press. 2003. Asimismo su comunicación al incorporarse a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. 'La buena vida y la buena economía'. Buenos Aires, 2008.

⁴⁸ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

Señaló que una Constitución debía durar "para los tiempos" y que por lo tanto no podía ser muy extensa, porque como en un contrato muy extenso ésta debiera reformarse a medida que cambiaran las circunstancias y lo que resultaba imposible si el texto debía tener una duración prolongada. Es decir que debido a la incertidumbre que existe naturalmente en la vida de las sociedades una Constitución debía ser lacónica en sus descripciones por qué no podría describir detalladamente en sus normas todas las soluciones para las circunstancias cambiantes.

La siguiente pregunta que debemos formularnos es ¿quién administra este contrato de largo plazo que llamamos la Constitución? Es decir ¿cuál es su órgano de gobierno? ⁴⁹. Marshall había dado respuesta a esta pregunta en un fallo anterior y uno de los más famosos *Marbury vs. Madison*⁵⁰ donde establece que "*es enfáticamente la provincia del poder judicial decir lo que la ley es*", por lo que correspondía a los jueces y en última instancia a la Corte Suprema determinar el contenido de la Constitución. Este fue el inicio de la determinación del contenido constitucional a través de los precedentes que surgieron de la solución de las cuestiones constitucionales presentadas a los tribunales. La Constitución dejó de ser un texto formal único y se transformó en una "novela por entregas" según la expresión de Ronald Dworkin.⁵¹

Esta idea se ve reforzada aún por autores que no son contractualistas como es el caso de Jürgen Habermas que es un filósofo neokantiano y como tal tiene contactos con la idea original de Kant del contrato social.⁵² En Habermas el derecho debe ser dialógico, es decir productos de un debate entre las partes y

⁴⁹ "Governance" en inglés. Sobre estructuras de gobierno en los contratos de largo plazo ver Oliver E. Williamson (2002). "The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract". *Journal of Economic Perspectives* 16 (3): 171–195. Williamson obtuvo el Premio Nobel de Economía en el año 2009.

⁵⁰ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

⁵¹ La metáfora de la novela por entregas 'chain novel' fue mencionada originalmente en Ronald Dworkin, *Law's Empire* Harvard, 1986, pags. 228-238.

⁵² Jürgen Habermas *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* The MIT Press 1998. Sobre la teoría de Kant del Contrato Social ver Stanford Encyclopedia of Philosophy. Kant's Social and Political Philosophy. <http://plato.stanford.edu/entries/kant-social-political/#SocCon>

el juez, no existe una solución monológica para el derecho puede haber una norma inicial hipotética pero que para ser aplicada de debatirse en un juicio por las partes y el juez. En la idea de Habermas la prueba de legitimidad de una norma es que sea autoimpuesta, es decir que sea aceptada de tal manera que pueda ser considerada como impuesta por uno mismo y esto requiere participar en el debate de su sanción. Lo que legitima al debate judicial en una sociedad democrática es que permite un debate sobre la norma que efectivamente se va a aplicar. En esto hay un punto de contacto con otro neokantiano Hans Kelsen. Kelsen señala que una norma general hipotética para aplicarse debe transformarse en una norma individual obligatoria, si bien no dice estrictamente cómo se produce la transformación, menciona que es a través de una decisión judicial. Es decir que en el debate judicial la norma general se transforma en la norma individual pero lo que fundamentalmente realiza el juez luego del debate con las partes es determinar, e inclusive crea una norma en la que se base la resolución del caso actual y que servirá de precedente para casos futuros.⁵³

Habermas también nos recuerda el trabajo de Frank Michelman⁵⁴ que desarrolla la doctrina republicana del poder y la basa en la necesidad del debate previo a la redacción de las normas. El ideal de Michelman es la asamblea donde todos los habitantes participan y debaten la norma esto le recuerda al *'town hall'* en las pequeñas poblaciones donde los vecinos se reunían para debatir los problemas y establecer la solución. El equivalente contemporáneo de asambleas es el Congreso, pero como 'el mismo señala el Congreso no somos nosotros aun cuando hayamos votado para elegir a sus integrantes, y cuando una norma nos afecta directamente nuestra intención es la de participar en ese debate. Esa participación en el debate en el Congreso impone muy elevados costos de transacción para los interesados lo que la transforma en imposible para el común de los habitantes. Pero está

⁵³ Hans Kelsen. *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, 1945. pp. 113 y ss.

⁵⁴ Ver en Habermas, *Between Facts and Norms...* op.cit p.267 cap. 6.3.

participación está garantizada en el debate judicial y es por eso que tanto Habermas como Michelman consideran que la decisión judicial es democrática ya que permite a las personas participar en el debate de las normas que se le van a aplicar.

La decisión judicial como intérprete de la Constitución, entendida como un contrato de largo plazo que hace posible la convivencia entre los habitantes a través de las generaciones, requiere que haya un gobierno limitado pero también una sociedad que acepta sus decisiones. Fundamentalmente porque hay cierto tipo de decisiones que un gobierno mayoritario no puede tomar eficazmente. Tradicionalmente son de tres tipos:

1. las referidas a los derechos individuales garantizados en la Constitución pero que entran en conflicto con la legislación o reglamentación existentes.
2. las relacionadas con el sistema político y electoral ya que afecta directamente los intereses políticos y personales de los legisladores y funcionarios que deben tomar las decisiones, y
3. también el de las minorías que pueden ser discriminadas o simplemente ser consideradas antipáticas en un gobierno mayoritario.

Esta idea de la función judicial fue planteada originalmente por el juez Stone en la nota al pie de página N° 4 en el caso *Carolene Products* de 1938⁵⁵ y desarrollada la hora también clásica de John Hart Ely "Democracia y desconfianza".⁵⁶ Existen definiciones más amplias sobre los contenidos de la decisión judicial que puede resultar siendo la decisión definitiva sobre todas las normas que reglamenten los derechos constitucionales.⁵⁷

Si consideramos a la Constitución con un contrato de largo plazo y los jueces como la estructura de gobierno de ese contrato, hay razones prácticas dentro

⁵⁵ *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938)

⁵⁶ John Hart Ely. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard 1980. P. 75 y ss.

⁵⁷ Andrew P. Morriss, Bruce Yandle, Andrew Dorchak. *Regulation by litigation*. Yale University Press 2008. P. 33 'Modes of regulation'. Esta obra escrita por economistas es algo sesgada en su descripción del proceso judicial.

del sistema de división de poderes que también fundamentan la expansión del ejercicio del control judicial de constitucionalidad. Estas razones están asociadas con la economía de los costos de transacción. Toda reforma de la legislación es muy costosa ya que requiere un número importante de transacciones dentro de la sociedad. Quien quiera cambiar la legislación o la reglamentación en general se ve obligado a crear ya sean organizaciones no gubernamentales especializadas sobre el tema, o influir en un partido político, o desarrollar un lobby público u oculto suficientemente eficaz para obtener su objetivo. Es por ello que resulta una tarea prohibitivamente costosa cambiar la legislación por quien se ve afectado por ella. En cambio iniciar una acción judicial es relativamente sencillo y con bajos costos de transacción, particularmente si existen los medios procesales adecuados. Un elemento a tener en cuenta es que el juez siempre tomará una decisión ya que se excluye el silencio como respuesta, cambio frente a los poderes políticos solo existe el derecho constitucional de peticionar.

La Corte Suprema como ‘estructura de gobierno de la Constitución’.

Recordamos al inicio la vaguedad de las normas constitucionales y que a pesar de ellos sus consecuencias son variadas y precisas, expresiones como “usar y disponer de su propiedad” o “bienestar general” han sido los fundamentos para decisiones que han definido la extensión de los derechos individuales. Estas normas tan generales delegan la autoridad de definir su contenido en las personas que administran la aplicación de esas normas, es decir en los jueces. Corte Suprema como el agente de la presente generación para la definición del texto de la Constitución, y no un agente de los constituyentes. Esta última situación no es realista ya que los costos de agencia serían muy elevados porque los constituyentes históricos han muerto y las instrucciones que dejaron extremadamente vagas y aún los textos modernos pierden actualidad

con el paso del tiempo. Existe por lo tanto un incentivo muy débil para ser un agente fiel del pasado.

Los jueces tienen buenos incentivos para cumplir su misión, la estabilidad de los jueces en su empleo y a la integridad de su salario tienden a reducir la función del interés propio en la toma de decisiones por los jueces. Por ese motivo las minorías confían en la protección que les brindan los jueces y en sus incentivos para apoyar sus demandas antes que a la mayoría que es generalmente más poderosa.⁵⁸ Al mismo tiempo ¿no deberían las minorías concentrarse en el proceso legislativo donde los grupos de interés, que invariablemente son grupos minoritarios, tienen éxito influyendo en la legislación? La respuesta no puede ser definitiva, pero la estabilidad judicial, tanto en el cargo como en el salario, les permite dar soluciones independientes de la influencia política y en este caso pueden proteger a las minorías “discretas e insulares” que no tienen protección en el proceso legislativo.

Utilizar la analogía de un contrato de largo plazo para definir la Constitución no supone considerar a las constituciones como incluidas en el consentimiento estricto que dos adultos adecuadamente informados prestan al incorporarse a un contrato. Todo ello en gran medida debido a que la Constitución no es ratificada por el voto popular y que los votantes hubieran poseído una información fragmentaria y que no hubieran llegado a una solución unánime. En general apoyamos la Constitución porque es mejor que la anarquía o la dictadura, sus alternativas no demasiado lejanas en nuestra historia. El consentimiento tácito permite que utilicemos el modelo del contrato social para interpretar al Estado constitucional.

⁵⁸ La función judicial en la protección de las minorías “difusas o insulares” fue establecida en la nota N° 4 en el voto del Chief Justice Harlan Stone en el caso “U.S. vs Caronene Products” y también analizada en la obra de John Hart Ely, “Democracia y Desconfianza”.

Un contrato que establece una estructura de gobierno para interpretar las normas que se aplicarán en el tiempo para resolver contingencias probables o hipotéticas es un “contrato contingente”. El costo de anticipar y resolver todas las contingencias que pudieran ocurrir en la aplicación de un contrato es muy elevado. En el caso de contratos que permanecen vigentes por un futuro indefinido y gobiernan un amplio campo de interacciones sociales, la posibilidad de contingencias es muy grande. De tal manera que es muy difícil preverlas y pueden no existir respuestas especificadas en el contrato. Una alternativa frente a estas circunstancias es una interpretación del contrato hecha por un tribunal que pueda ofrecer la solución que las partes hubieran podido brindar si hubieran negociado con relación a esta contingencia concreta. La dificultad es que la contingencia puede ocurrir muchos años más tarde de la redacción del contrato y a un tribunal puede resultarle imposible imaginar lo que las partes hubieran resuelto en esa contingencia si la hubieran previsto y hubieran hecho una referencia concreta en el texto contractual. La alternativa es una negociación política, pero en esta negociación de un lado hay un monopolista, el gobierno que tiene el monopolio de la fuerza, de esta manera sería imposible acceder a una negociación franca y a un resultado ecuánime. La otra solución es que exista una agencia permanente que actúe como representante de los ciudadanos, los consumidores del derecho, éste es el marco constitucional de la Corte Suprema, diseñada para que fuera independiente de las otras ramas del gobierno. Como es percibida como un protector de la ciudadanía, la Corte no puede adoptar una interpretación estrecha de la Constitución, ya que ese texto no puede prever todas las contingencias posibles y en particular las que han surgido en un plazo de ciento cincuenta años. De esta manera la importancia de la Constitución es que establece límites exteriores al ejercicio de la discrecionalidad judicial antes que determinar normas concretas para una decisión. Esta visión describe en forma realista el contenido del derecho constitucional como un cuerpo de derecho creado por los jueces, contenido en el texto constitucional pero no derivado de él en un sentido estricto.

La interpretación constitucional plantea costos, costos debido a la inflexibilidad si las normas son demasiado precisas o costos de agencia si las normas son demasiados generales. Pero esos costos son aceptables cuando la característica súper mayoritaria que separa a la norma constitucional de otras normas legales es la que permite extraer ciertos temas de la agenda política habitual.

Si tomamos una norma constitucional inflexible pero de fácil interpretación, la que establece tres senadores por cada provincia, dos por la mayoría y uno por la minoría. Si este tema se dejara a la política de voto mayoritario llevaría búsqueda de rentas que serían muy costosas. Porque si el voto de una mayoría simple permitiera variar la representación política o expropiar la riqueza de una minoría, se dedicarían recursos enormes para lograr esa legislación o para evitarla. La existencia del requisito súper mayoritario que tiene la norma constitucional, limita el debate legislativo a cuestiones de menor importancia, donde el riesgo para la libertad o los bienes de las personas no permite por su magnitud el gasto desproporcionado de recursos para redistribuir la riqueza entre las personas.

La Corte Suprema y las ramas políticas del gobierno.

A pesar de sus momentos de fortaleza, el sistema político argentino muestra una amplia fragmentación, esa situación exhibe una tendencia a que el poder judicial sea relativamente independiente del poder político. En forma consistente, esto puede verse en el período vigente de la creación del estado hasta la década del treinta, donde se desarrolló una doctrina similar a la norteamericana. Luego de ese período existió un mayor acercamiento del poder judicial al poder político, sin embargo la distancia entre política y justicia se

mantuvo, lo cual se percibe en la jurisprudencia de la Corte. La inestabilidad institucional producto de los continuos golpes de estado y el juicio político a la Corte de 1947 y la reacción del poder político, modificaron esta situación. El primer elemento condujo a una alta capacidad de elección sobre los miembros de la Corte por parte del Presidente. De este modo, la Corte dejó de desafiar al poder político.

La actitud de auto limitación (o self restraint), elemento esencial para el equilibrio entre los poderes, se vio imposibilitada por la alta capacidad de tomar decisiones oportunistas que se le abría al poder Ejecutivo en el marco de inestabilidad institucional, además de las mayorías parlamentaria con las que contaba el ejecutivo, como ocurrió en los gobiernos de Perón, Frondizi y Menem, pese a las grandes diferencias entre estos actores. Perón pudo destituir a los tres miembros de la Corte con los que disentía y sumó a ello la renuncia de un cuarto miembro, pudiendo nombrar a cuatro jueces complacientes al quinto juez que había sido recientemente nombrado por el ejecutivo del 43. Frondizi y Menem ampliaron el número de miembros de la Corte. De esta manera el Presidente Frondizi contó con una mayoría en la Corte durante todo su mandato, el Presidente Illia recibió la Corte integrada y solo designó las vacantes que se producían. El presidente tuvo una integración favorable en la Corte Suprema Menem en gran parte de su mandato. La administración del Presidente Alfonsín pudo designar a los cinco miembros de la Corte al inicio de su mandato, en lugar de los nombramientos efectuados por el gobierno militar.

Las Cortes realizaron asimismo funciones de control de los gobiernos provinciales como árbitro del federalismo, herencia de la tradición norteamericana y el tribunal constitucional suizo. La aplicación de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, es una posición extrema dentro de la teoría de la auto limitación. La inestabilidad institucional del país ha puesto en peligro el equilibrio entre los poderes. La posibilidad creciente de que los

diferentes gobiernos nombren jueces a su gusto limitó el desarrollo de una política de revisión judicial, imposibilitando las funciones de la Corte en el sistema de frenos y contrapesos. La creación de una Corte Suprema independiente es un proceso, nadie conoce el futuro pero todos conocemos nuestro deber, la construcción de un estado de derecho.