

El Control Judicial en el análisis económico del Derecho.

El control judicial en la regulación económica.

Cuando una persona sufre un daño por una acción gubernamental, los tribunales requieren el cumplimiento del debido proceso y generalmente la necesidad de alguna reparación. Pero cuando este proceso ocurre y los perjudicados son millones, y el daño es producido no por un acto administrativo, sino por un acto legislativo o un reglamento, los tribunales se comportan de una manera mucho más cautelosa. Hay por parte de los jueces una confianza en el proceso legal y en los reglamentos para proveer de protección suficiente a los individuos. Se puede imaginar un conflicto que distingue entre la decisión judicial y la confianza en el proceso político en un sistema democrático.

De la división de poderes a la confusión de poderes.

En nuestro país este argumento tiene una distorsión debido a la adopción dentro de un sistema de división de poderes de instituciones de sistemas de confusión de poderes. Es decir que en un sistema de gobierno presidencial se han introducido normas administrativa importadas de los sistemas parlamentarios. Se ha querido explicar esta situación como la de tener un régimen constitucional de origen norteamericano y un sistema administrativo de origen francés, lo que ha sido llamado las dos caras de Jano.¹ Sin embargo, esto daría la impresión que se trata solamente de una asociación o confusión de fuentes jurídicas, a lo cual el principal problema imputable sería el de la inconsistencia. La situación es mucho más grave porque pone en juego la estabilidad de sistema de gobierno democrático. Debido a que **sobre un sistema de división de poderes se utilizan instituciones de origen parlamentario.**

En el sistema presidencial o de división de poderes, los ciudadanos eligen separadamente, en fechas y en períodos diferentes a quienes ocuparán cargos en el Congreso y al Presidente. Por esta división de poderes **la voluntad de los legisladores no coincide con la del Presidente y sus competencias están separadas por la Constitución.** Está firmemente establecida en la tradición republicana de la separación de poderes que la reglamentación de los derechos constitucionales corresponde al Poder Legislativo.

¹ “El derecho público argentino ha terminado por parecerse al dios Jano: su vertiente constitucional se orienta hacia el sistema norteamericano; su vertiente administrativa hacia los regímenes del continente europeo.” H. Mairal, Control Judicial de la Administración Pública. Vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. VII.

En los sistemas parlamentarios la situación es diversa, los ciudadanos eligen principalmente, en algunos casos, únicamente a sus representantes al **Parlamento**. La función de éstos no es exclusivamente la de legislar, sino la de **invertir y la controlar al gobierno**. Para ello existen los votos de investidura y de censura por los cuales se designa y se destituye a un gobierno. En el sistema parlamentario el gobierno depende de la voluntad del parlamento, que lo puede destituir, requiere en todos los casos, de la confianza parlamentaria para seguir gobernando. Esto último ocurre en todos los casos, aún en sistemas de parlamentarismo atenuado como el que existe en Francia desde 1958 y de Alemania desde 1949.

Debido a que **en sistema parlamentario el gobierno es consecuencia de la voluntad del parlamento y depositario de su confianza, éste último puede delegar en el gobierno la función legislativa**. Existe entre el Parlamento y el Gobierno la relación de principal a agente. Como agente del Parlamento el Gobierno legisla siguiendo sus instrucciones. En caso que la legislación no fuera del agrado del Parlamento éste podría censurar al Ministro en cuestión o más aún a todo el Gabinete. Estas prácticas eran habituales en el sistema Francés de la Tercera República y de la Italia monárquica de las cuales los juristas argentinos tomaron los fundamentos del derecho administrativo en las primeras décadas del siglo XX.

De esta práctica parlamentaria, hipertrofiada en la Argentina por la arrogancia de los gobernantes y la desidia de los jueces, han aparecido instituciones como los reglamentos autónomos, y los decretos de necesidad y urgencia. Al mismo tiempo ha tenido un crecimiento desordenado la delegación legislativa, institución típicamente parlamentaria. Más graven aún, las prácticas legislativas parlamentarias, fuera de un sistema de responsabilidad política parlamentario, crean una fuerte tendencia al autoritarismo. No solamente por quién ejerce el Poder Ejecutivo, sino hasta el último funcionario que pueda dictar un reglamento. Buchanan acuñó la frase del **“burócrata Dios”** para referirse al poder a veces omnímodo de ciertos funcionarios en el estado de bienestar. Se refería a la función puramente administrativa, en nuestro país cumple también la función legislativa.

Existe un conflicto latente entre el crecimiento de la legislación ejecutiva y el control judicial. Los sistemas parlamentarios europeos tradicionales no tienen **control judicial de constitucionalidad difuso**. Un ejercicio estricto del control de constitucionalidad por los jueces limitará probablemente en el futuro la legislación por la administración. A menos que la mente judicial sea contaminada por la doctrina administrativa europea, propia de sistemas parlamentarios, que ha sido transplantada en estas tierras.

La confusión entre el sistema parlamentario y el presidencial como fuente de poderes legislativos al Presidente ha sido descripta y criticada en la disidencia del caso Cocchia.

El caso Cocchia, Fallos 316:2624, de 1994. Voto en disidencia de los doctores Fayt y Belluscio.

"5) Aun cuando la invocación conjunta de los incs. 12 y 22 del art. 86 de la Constitución nacional pueda generar dudas sobre la naturaleza del reglamento sub examine, es manifiesto que el demandado no ha entendido ejercitar una competencia extraordinaria en circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia, en su carácter de Jefe supremo de la Nación y cabeza de la administración general del país', sino que ha entendido que su actuación se hayaba comprendida en la delegación que el Congreso le habría explícitamente conferido en el art. 10 de la ley 23.696 y en otras normas legales atinentes al programa económico de gobierno.

"6) Que, en lo que respecta a la existencia de tal directiva, el art. 10 de la ley 23.696 aparece notoriamente insuficiente como norma habilitante para que el Poder Ejecutivo suspenda la vigencia de convenios colectivos de trabajo y deje sin efecto 'todo acto normativo' que establezca 'condiciones laborales distorsivas de la productividad o que impidan o dificulten el normal ejercicio de decisión o administración empresaria, conforme lo dispuesto por los arts. 64 y 65 de la ley de contrato de trabajo', tales como las que menciona el art. 35 del decreto impugnado, disposición aplicable a todas las 'actividades portuarias, conexas afines'.

"En primer lugar, porque el citado art. 10 se limita al objeto definido por el legislador en el cap. II de la ley 23.696 (empresa, establecimiento, actividad declarada por ley sujeta a privatización), que remite al anexo de la ley en lo concerniente a la 'Administración General de Puertos, Descentralización y provincialización', lo cual tiene un alcance mucho más limitado que el que resulta del ámbito personal y material de aplicación de las normas declaradas inconstitucionales por el tribunal a quo (cfr. art. 34, decr.817/92).

"En segundo lugar, en razón de que la pretensión del Estado nacional entraña una suerte de delegación legislativa de una indeterminación y vastedad como nunca lo ha admitido este tribunal.

"7) Que el **fundamento de tal negativa reposa en la esencia del sistema constitucional argentino, en el cual -como en su fuente, el constitucionalismo americano- tanto la ruptura del equilibrio entre los poderes constituidos como la confusión entre el poder constituyente y los poderes constituyentes, comportan la muerte del sistema y la no vigencia del estado de derecho. En efecto, en los regímenes de ejecutivo de origen presidencialista -que recibe su legitimación del pueblo soberano-, las delegaciones legislativas que favorecen la concentración del poder provocan -aun cuando estén inspiradas en razones de emergencia y de interés general- la ruptura del presupuesto de base. Si la**

emergencia no tiene otra respuesta que una delegación de la facultad de hacer la ley en cabeza del órgano ejecutivo es evidente que ha muerto el estado constitucional de derecho.

"Por el contrario, la delegación legislativa y la delegación de competencias en una estructura de gobierno de ejecutivo de origen parlamentario no representa riesgos para las libertades individuales. Ello es así porque la continuidad del ejecutivo al que se le delega la capacidad de legislar del propio parlamento, que mediante el voto de confianza o el voto de censura ejerce un control continuado sobre el ejercicio de las facultades conferidas, sin peligro de que el poder -o el exceso de poder- tienda a devenir tiránico.

El Control Judicial y los recursos públicos.

La división de poderes impone una gran tarea a los jueces. Son los guardianes que impiden la acumulación del poder en una rama del gobierno y también los que aseguran la utilización correcta de los recursos públicos. Podría pensarse que en una sociedad democrática la asignación de recursos debiera ser efectuada por los representantes populares exclusivamente. Pero en la asignación de recursos se plantea también el principio contramayoritario propio del control judicial.

Gordon Tullock, sostiene que **la regla de mayoría produce un presupuesto gubernamental ineficientemente grande.** Cada propietario apoya niveles extremadamente altos de gastos en la construcción o reparación del camino a su casa porque el costo en dinero es muy bajo para él, porque son los demás contribuyentes sobre todo los que pagan su gasto. Una mayoría puede unirse para cobrar impuestos sobre el 100% de la población y sobre mantener sus propios caminos. Luego que una coalición se forme y obtenga buenos caminos a través de altos impuestos, una minoría puede hacer caer suficientes votantes para transformarse en una mayoría y votar para desarrollar sus propios caminos. La llave aquí es que el apoyo de los votantes para beneficios privados provistos en forma pública beneficia bajo condiciones en que no asuman ellos, el costo completo de los aumentos presupuestarios marginales. En la asignación de recursos públicos la función judicial asegura que no se establezcan privilegios excesivos ni que se haga un gasto desmesurado como consecuencia de la dinámica de los poderes políticos.

Esta introducción sobre los intereses y valores de los jueces nos recuerda en el análisis del proceso judicial, que éstos no son diferentes del resto de los hombres y mujeres, y que por lo tanto tienen una filosofía de vida a veces no reconocida. Esta filosofía puede ser exagerada, pero existe en cada uno de nosotros una tendencia que da coherencia a la dirección de nuestros pensamientos y de nuestra

acción. Los jueces no pueden escapar a esto más que el resto de los mortales. Toda su vida fuerzas que no reconocen y no pueden mencionar están peleando dentro de él o de ella: los tiempos heredados, tradiciones y creencias convicciones adquiridas, un conjunto de situaciones de prejuicios que empujan y presionan nuestras convicciones. Entre todas estas influencias deben incluirse los criterios económicos que acepta el juez. Los códigos y las leyes no transforman el juez en superfluo ni su trabajo es mecánico. Hay espacios que rellenar, hay dudas y ambigüedades para ser resueltas, hay dificultades y errores que deben ser mitigados cuando no evitados. Podría decirse que la función del juez debería ser descubrir cual es la intención del legislador, pero descubrir la función del legislador puede llegar a ser un problema más sencillo que el juez tenga que superar para darle un sentido a la norma. La realidad es que las dificultades de interpretación surgen porque el legislador no tiene una intención definida. Cuando la pregunta se plantea sobre el objetivo o contenido de una norma probablemente no se lo haya planteado nunca el legislador, cuando lo que los jueces tienen que hacer es determinar lo que la legislatura quiso decir en un punto, pero adivinar que es lo que tenían intención en un punto que no estaba presente en su mente en ese momento, si es que ese punto alguna vez existió en la mentalidad de los legisladores. La norma finalmente frente a los jueces es fragmentaria y sin objetivos determinados. El juez es un intérprete para la comunidad de su sentido del derecho y debe suplir las omisiones, corregir las incertidumbres y armonizar los resultados a través de un método de libre decisión, lo que tradicionalmente se llamaba la libre búsqueda científica. No hay garantía de justicia excepto la personalidad del juez. Las grandes generalidades de la Constitución tienen un contenido y un significado que varía en cada época. A veces la norma en la Constitución es clara y entonces la dificultad desaparece aun cuando estén presentes, carecen del tiempo y elemento de misterio que acompaña la energía creadora. Llegamos a un espacio de misterio cuando la Constitución es silenciosa y el juez tiene que buscar en los precedentes de una norma que se pueda aplicar al caso, y él es el oráculo vivo de la ley.

Los precedentes son concepciones jurídicas básicas, son los postulados del razonamiento judicial, dentro de ellos están los hábitos de vida, las impresiones de la sociedad en las cuales estas concepciones tuvieron su origen y que por un proceso de interacción serán modificadas en su momento. Cada caso nuevo se experimenta, y si la regla aceptada que parece ser aplicable da un resultado que es reconocido como injusto, entonces esa norma es considerada.

Por cada tendencia judicial aparece una contra tendencia, para cada regla su antinomia. Nada es estable, nada es absoluto, todo es fluido y cambiante, siempre hay un devenir permanente, estamos junto a Heráclito. En este perpetuo devenir el problema que confronta el juez es en realidad doble. El debe primero extraer de los precedentes el

principio básico: La *ratio decidendi*, debe entonces determinar el paso o la dirección a través de la cual el principio debe moverse y desarrollarse, si no debe deteriorarse, secarse y morir. Los casos pasados no muestran sus principios con solo pedirlos, ellos lo entregan con dificultad y lentitud. Porque la cosa juzgada viene a nosotros muchas veces rodeada de un *obiter dictum* oscurecedor que debe ser limpiada y dejada de lado. Pero esta dicta no está siempre marcada, y uno no la reconoce con una simple vista. Si es difícil separar lo accidental y lo no esencial, presumamos que esta tarea si es realizada, y que el precedente es reconocido, solo tenemos la mitad de la tarea, el problema permanece para establecer los límites y las tendencias de desarrollo y de crecimiento. Aquí es donde el juez utiliza otros elementos que marcaré en una progresión lógica. Al lado de la regla de la analogía o del método de la filosofía, luego la línea del desarrollo histórico al que llamaré método de evolución, luego la línea de las costumbres en la comunidad a la que llamaré método de tradición, las líneas de justicia, moral y costumbres del momento y a esto llamaré el método de la sociología. De acuerdo a Holmes que dijo la vida del derecho no es la lógica, es la experiencia.² Pero Holmes no nos dijo que la lógica debe ser ignorada cuando la experiencia es silenciosa. No voy a alimentar la simetría de la estructura legal por una introducción a las inconsistencias e irrelevancias y excepciones artificiales a menos que con suficiente razón, que será comúnmente una consideración de historia, de costumbre o de política. Si me falta esa razón debo ser lógico, de la misma manera que debo ser imparcial.

La doctrina de la decisión judicial en Cardozo.

Benjamín Cardozo es quién inicialmente determinó la teoría de la decisión judicial. Creo que 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.³ El proceso judicial es la garantía de la relevancia del precedente como forma de creación de derecho, porque en el precedente por ser 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 Cardozo prueba el método de la sociología. 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. Y en esto cita a Duguit. Nos estamos separando de la concepción del pleito como un problema matemático o como un juego de deportistas, pensamos en el

² Oliver Wendell Holmes. The Path of Law. 1897. Harvard Law Review. 10:459.

³ Benjamin Cardozo. The Nature of the Judicial Process. 1921.

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 relativa no absoluta. La norma que funciona bien produce un título digno de reconocimiento. Solo en determinar como funciona no debemos verla de una manera demasiado estrecha. No debemos certificar lo generado 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. Cita a Saleilles el fin en la vida interna, el alma oculta pero generadora de todos los derechos. No recogemos las normas del derecho más duras 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.

La concepción de Savigny del derecho como algo realizado sin lucha o búsqueda u objetivo, un proceso de crecimiento silencioso, de maduración en la vida y en las maneras de la historia del pueblo y en su genio dan una imagen incompleta y parcial. Es una visión parcial, y por lo tanto falsa, en la medida que implica que las costumbres del día automáticamente armadas como normas, crecidas y listas para utilización, son dadas al juez. Una jurisprudencia que no es traída constantemente en relación con el objetivo o los estándares externos incurre en el riesgo de degenerar en lo que los alemanes llaman una jurisprudencia de sentimiento. Concluye diciendo *“Mi análisis del proceso judicial llega a esto: a la lógica y la historia y la costumbre y la utilidad y los estándares aceptados de la conducta correcta, son las fuerzas que individualmente o en combinación establecen el progreso de la ley.”* Cual de estas fuerzas dominará en cada caso depende en gran medida sobre la importancia comparativa o el valor de los intereses sociales, que deben ser promovidos o limitados. Menciona también como aplicables a los principales sociólogos de la época, como Durkheim y Tarde. Es conveniente observar que los autores que cita son o alemanes o franceses, por lo tanto ha querido buscar en esta

doctrina una visión superadora a la tradición puramente anglosajona del common law.

Esta doctrina del precedente es importante para comprender la incorporación de la economía al análisis del derecho. **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 o el lenguaje normativo. **El lenguaje normativo es un tradicional justificador de decisiones,** es por eso que es preferible decir claramente la opinión correcta que lleva la decisión judicial que ocultarla con otro tipo de argumentos. La importancia del estudio de la economía o 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, que es un análisis microeconómico, la **transforman en una ciencia predictiva. Y este elemento de una ciencia predictiva es su principal justificación.**

Si todos los bienes deseables son escasos, y la conducta centrada en el interés propio es consecuencia de esa escasez, las decisiones judiciales inevitablemente crearán, transferirán o destruirán derechos valiosos que afectan las decisiones de la gente. Aun la administración de justicia es escasa, 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.

Podemos imaginar tres propuestas para un análisis de los precedentes referidos a la conciencia que deben tener los jueces de la extensión de sus actos:

1. Los **jueces deben ser conscientes que sus decisiones crean incentivos** que **influyen la conducta ex ante de los actores económicos** luego que su fallo haya sido conocido. Por lo tanto, los intentos de limitarse a considerar las consecuencias ex post van a alterar o revertir las señales que son deseables desde una perspectiva ex ante. Hay frente a un caso un análisis ex ante y un análisis ex post. Lo habitual es que el juez tome una decisión ex post, ya que conoce el caso luego que han ocurrido los acontecimientos. Pero con respecto a las consecuencias de ese precedente el juez debe analizar cual sería la conducta probable ex ante para futuros casos que ocurren luego de la determinación de su precedente.

2. **Los jueces deben tener presentes los efectos marginales de su decisión** y no los efectos promedio. La influencia de las consecuencias de su fallo, serán consideradas en los efectos marginales, y esto lleva al análisis de las diferentes consecuencias que puede tener una decisión judicial. Para decirlo de una manera más sencilla, las sentencias tienen consecuencias en varios márgenes diferentes y no en los más evidentes exclusivamente.

3. Los jueces deben incluir en su análisis la naturaleza de la legislación, en particular **la influencia de los grupos de interés en la sanción de la legislación**, porque esta influencia puede variar el significado que se da a esa norma. Suele ocurrir que una ley sea un equilibrio entre diferentes grupos de interés y por lo tanto, deba ser analizada como un contrato entre partes que compitieron por la decisión legislativa. En ese caso la decisión judicial debe reconocer el equilibrio similar a un contrato que expresa a la voluntad negociadora entre partes que influyeron sobre los legisladores con representación más real del acto legislativo que imaginarlo consecuencia de la voluntad general.

A pesar de lo que pensaban los positivistas de fines del siglo XIX el derecho no es un sistema lógico cerrado.⁴ 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 como afectarán a casos futuros. Pocas opiniones judiciales evitan las predicciones sobre los efectos de ese precedente.

Tanto los litigantes como los jueces creen que los efectos de la decisión son importantes en la determinación del resultado del caso.

⁴ Para una crítica amplia a este concepto ver Alf Ross, Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires, Eudeba.

Estas predicciones generalmente están basadas en un análisis económico tácito y generalmente imperfecto. **Es preferible hacer un análisis económico ostensible, abierto, utilizando herramientas precisas para tener una más clara idea de las consecuencias del fallo.** El análisis ex post, el análisis ex ante, el reconocimiento de los efectos marginales, el reconocimiento del carácter de la legislación como consecuencia de la influencia de grupos de interés, el análisis de costo beneficio para reconocer los medios utilizados por el legislador para los objetivos esperados, son todas herramientas útiles que pueden agregarse a las ya existentes en el análisis del derecho. Es este el caso del análisis económico. La consideración de los efectos marginales al decidir casos judiciales no tiene un fin normativo, pero es informativo y en muchas circunstancias puede equilibrar otros conceptos. Tener más y mejor información es preferible que tener menos y peor, el análisis económico es valioso para determinar las consecuencias de los fallos, inclusive para asegurarse de obtener los objetivos deseados por el juez. Un juez bien intencionado puede crear incentivos que creen consecuencias contrarias a sus aspiraciones al dictar la sentencia, porque ignora herramientas útiles para la determinación de los incentivos.

Los caminos alternativos para predecir los efectos de decisiones, generalmente algo parecidos a la adivinanza, creencia en contra factos y la superstición no son más atractivos simplemente porque el análisis económico pueda ser incompleto. La economía parte de algunos conceptos importantes. Uno es la **maximización**, la creencia que todos tendemos a maximizar nuestra utilidad. También lo es los efectos de una **decisión racional**, o dentro del sistema de racionalidad limitada. Puede haber modelos económicos formales que excluyan relaciones personales, pero generalmente un modelo incluye elementos que normalmente tendemos a ignorar. El agente tiende a cambiar sus preferencias y todo lo que van a hacer aun cuando no sepan en que terminará, puede ser evaluado dentro de un modelo económico.

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 quiso evitar en el origen.⁵

Al mismo tiempo, cuando la decisión judicial se refiere a temas de contenido estrictamente económico, mantener las reglas de la libre competencia es una forma de asegurar que todos los sectores sociales se benefician de los frutos de su trabajo y no solamente los que pueden influir en la regulación estatal.

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 por fines electorales o por cumplimiento de fines políticos pero que pueden ir en contra de los mandatos constitucionales, porque son fundamentalmente o expropiaciones ocultas o confiscaciones.

⁵ 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.

Capítulo

¿Por qué establecer el control de constitucionalidad?

La existencia del control judicial de constitucionalidad son plantea una pregunta básica: ¿Por qué los constituyentes establecen el control?, 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, 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 elección determina si están aptos para participar en el gobierno y recibir remuneraciones. El panorama del éxito electoral y remuneraciones están, en parte, determinados por las opciones constitucionales, pero la verdadera elección es un sorteo al azar.

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. Un modelo influyente, propuesto por Landes y Posner, enfatiza el valor presente de la legislación⁶. Una justicia independiente, puede impedir a futuros legisladores desviarse de convenios previos establecidos por la ley, aumentando el valor presente de la legislación para grupos de interés. 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 reformar la interpretación judicial

⁶ William Landes y Richard Posner. “Adjudication as a private good” *Journal of Legal Studies*, 1979, 8: p. 235.

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 “vender” nueva legislación a un nuevo grupo de interés? Esta pregunta se destaca particularmente porque es la última legislatura quién controla el presupuesto y los salarios judiciales. El argumento de Landes y Posner tiene sentido para una legislatura que desee restringir a los organismos administrativas la capacidad de ignorar el acuerdo político establecido en la ley, pero los tribunales por sí solos no impiden a las futuras legislaturas de derogar compromisos establecidos por la ley.

Landes y Posner se concentran en la revisión judicial como un artificio de pre-compromiso, es decir, el poder judicial es el garante del acuerdo. En contraste, Ramseyer⁷ adopta una perspectiva electoral. Argumenta que los políticos preferirán la independencia judicial cuando creen que probablemente perderán elecciones venideras. De lo contrario, es decir si creen que ganarán las elecciones, los políticos preferirán tribunales dependientes que puedan ser manipulados para obtener resultados favorables. La teoría de Ramseyer 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 políticos 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 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

⁷ Mark Ramseyer. The puzzling independence of Courts: a comparative approach. Journal of legal studies, 1994, 23. p. 721.

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 minimax** 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. 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. Mientras que los jueces, como otras ramas de gobierno, pueden buscar expandir su presupuesto, 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 mayorías futuras, es una minoría económica. 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 políticos 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 de el 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 teoría aseguradora es superior a la teoría del “pre-compromiso” en, al menos, un aspecto: asociando el control judicial a la incertidumbre electoral, nos ayuda a entender porqué hubo una expansión global del control judicial que acompañó a la reciente ola de democratización. No está del todo claro en la teoría del pre-compromiso porqué la revisión judicial podría acompañar la expansión de la democracia. En suma, ambas teorías difieren en sus predicciones empíricas. Si el pre-compromiso es necesario para entrar en un convenio constitucional, podríamos esperar que el nivel de restricción judicial aumentara cuanto mayor fuera el tamaño del partido dominante: habría una mayor demanda de tal compromiso por el temor de que el partido dominante ganase las elecciones post-constitucionales y atropellase a los partidos menores. Si el control judicial refleja las necesidades de asegurarse, podemos esperar que el nivel de restricción judicial disminuya cuanto mayor sea el tamaño del partido dominante. Esto es porque el partido dominante, sabiendo que es probable que gobierne luego de las elecciones post-constitucionales, querrá máxima flexibilidad. Un partido contrario al riesgo preferirá, por ejemplo, una oportunidad segura de gobernar por un año a una oportunidad de una en cuatro de gobernar por cuatro años. Mientras que es probable que estos partidos contrarios al riesgo valoren el control judicial, ya que saben que estarán fuera del poder por tres años, también los partidos neutrales al riesgo valorarán la revisión judicial, ya que es todavía más probable que ellos no estén fuera del poder. Asegurarse es efectivo en la medida que exista incertidumbre intertemporal entre el tiempo en que se elijan las instituciones y el tiempo en que de hecho comiencen a operar. Ciertos elementos técnicos de seguro pueden encajar en la analogía al control judicial, pero no son necesarios para la teoría. Por ejemplo, saber que la revisión judicial está disponible, puede hacer que los miembros de un partido trabajen menos en elecciones futuras, ya que la presencia del control judicial reduce las consecuencias absolutas de la pérdida electoral. Esto puede verse como una forma de riesgo moral.

Las formas del control de constitucionalidad.

A pesar que nominalmente es ejercitado en beneficio de los ciudadanos y habitantes, el control judicial de constitucionalidad cumple una función aseguradora para los políticos que consideran que perderán el poder en las próximas elecciones. 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.⁸

El control judicial de la constitucionalidad de la legislación y de los actos administrativos es una característica central de muchos sistemas constitucionales. ¿Que colaboración puede prestar el análisis económico para comprender el diseño de control constitucional? Esto supone plantearse preguntas fundacionales, como saber en beneficio de quien se ejerce el control judicial y determinar el papel de monitoreo 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 políticos 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 monitoreo de los agentes políticos. La revisión constitucional de la legislación existe para impedir a los políticos que abandonen el acuerdo fundacional con los ciudadanos.

Bajo estas circunstancias, es probable que los 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 políticos 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 monitorear los debates constitucionales. Por lo tanto, existe una razón teórica para sospechar que los políticos pueden explotar esta incapacidad de los ciudadanos para avanzar sus

⁸ Tom Ginsburg, ECONOMIC ANALYSIS AND THE DESIGN OF CONSTITUTIONAL COURTS, *Theoretical Inquiries in Law*, January, 2002

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.⁹ Bajo estas circunstancias, es probable que los políticos que redactan las constituciones diseñen instituciones que los beneficien en forma precisa o ajustada antes que a los ciudadanos en forma amplia.

La interpretación constitucional y el control judicial.

El primer argumento que se puede dar a favor del control judicial de constitucionalidad es un argumento que parece derivar lógicamente de la noción de supremacía de la Constitución, de modo que si se admite tal supremacía esta institución parece derivar con necesidad lógica, sin que requieran consideraciones de carácter fáctico o valorativo.¹⁰

Este argumento es el contenido en el voto de John Marshall en “Marbury v. Madison” y está expuesto con tanta claridad y consistencia que bien se puede hacer referencia a él como “la lógica de Marshall”. Lo que el argumento dice simplemente es que el caso de un conflicto entre la Constitución y una ley, el juez no tiene más remedio que aplicar la Constitución, dejando de la ley, o aplicar la ley a expensas de la Constitución; y que si la Constitución se reconoce como ley suprema, lo que implica que no solamente es una ley sino que también define que otras normas son leyes y que no puede ser derogada por el legislador como una ley ordinaria, sólo cabe la primera posibilidad, ya que de lo contrario las constituciones serían “*vanos intentos del pueblo de limitar lo ilimitable*”.

Podría ocurrir que en algunas cuestiones uno de los poderes políticos pueda ser el interprete final. Esta es la base de la argumentación de la existencia de las cuestiones políticas. Frente a ella se plantea la posición de que el conocimiento de ***todas las causas*** que versen sobre puntos regidos por la Constitución¹¹ pueden dar lugar a proceso y por lo tanto pueden dar lugar al ejercicio pleno del control

⁹ Por esta razón es preferible la evolución constitucional a través de fallos judiciales que las reformas constitucionales por Convenciones constituyentes.

¹⁰ NINO, C.S., Fundamentos de derecho constitucional. Astrea, Buenos Aires, 1992. pp. 674, 682. Esta obra de Nino además de ser una acertada visión del derecho constitucional observado desde la teoría general del derecho, es además el principal acercamiento contemporáneo de la teoría constitucional argentina al derecho norteamericano. Reinicia la gran tradición argentina de acercamiento al derecho americano como fuente de inspiración.

¹¹ art. 116 de la Constitución argentina. Esta norma es originalmente una regla procesal establece la jurisdicción de los tribunales federales. Puede existir también un argumento circular ya que si se establece que todas las causas sobre puntos regidos en la Constitución pueden dar lugar al control judicial esto no resuelve la cuestiones que no sean causas y no son causas por que son cuestiones políticas.

judicial de Constitucionalidad.. La frase determinante de John Marshall

“es enfáticamente la provincia y el deber del departamento judicial decir lo que la ley es”.

de la misma manera en el caso *U.S. vs. Nixon*¹² la Corte Suprema sostuvo que era el deber del poder judicial determinar el significado de la Constitución, al rechazar el planteo presidencial que era función del poder ejecutivo definir los límites del privilegio ejecutivo el Chief Justice Warren Burger escribiendo en nombre de la Corte dijo:

“el abogado del Presidente... interpreta la Constitución como estableciendo un privilegio absoluto de confidencialidad para todas las comunicaciones presidenciales. Muchas decisiones de esta Corte, sin embargo, han reafirmado inequívocamente el holding de Marbury vs. Madison que ‘es enfáticamente la provincia y el deber del departamento judicial decir lo que la ley es’”.

El caso Marbury vs. Madison.

Marbury vs. Madison es la decisión más importante del derecho Constitucional americano y sin duda un fallo que ha influido en nuestro derecho Constitucional y en todo el sistema de control de Constitucionalidad. Establece la autoridad para el poder judicial de revisar la Constitucionalidad de los actos de los poderes legislativo y ejecutivo. A pesar que la Constitución guarda silencio sobre si los tribunales federales tienen esta autoridad, esta competencia ha existido prácticamente sin disputa desde que el Chief Justice Marshall diera su opinión en el caso *Marbury* en 1803.

La elección del año 1800 fue muy disputada, oponía al Presidente John Adams del partido Federalista y a su principal oponente Thomas Jefferson del partido Republicano. Jefferson venció en el voto popular y el Presidente Adams salió tercero. En enero de 1801 el secretario de Estado de Adams, John Marshall, fue nombrado como *Chief Justice* de los EE.UU., el tercero desde la creación de la Corte Suprema. Hasta que finalizara el mandato de Adams, Marshall cumplió funciones tanto como Secretario de Estado y *Chief Justice*. Adams y los federalistas deseaban mantener algo del poder perdido en esta grave derrota electoral. El 27 de febrero de 1801 menos de una semana antes de que terminara el mandato de Adams el Congreso adoptó la ley orgánica del Distrito de Columbia que autorizaba al Presidente a nombrar cuarenta y dos jueces de paz. Adams anunció sus nombramientos el 2 de marzo y el 3 de marzo, el día anterior a la inauguración de Jefferson el Senado confirmó los nombramientos, inmediatamente el Secretario de Estado y al mismo tiempo *Chief Justice* John Marshall firmó los despachos de todos los individuos y envió a su hermano James Marshall para que los entregara. Algunos nombramientos incluyendo uno para un señor William Marbury no pudieron ser entregados antes de la asunción del mando por Jefferson. Este último, ya Presidente, instruyó a su Secretario de

¹² Ver más adelante cita completa del caso US v/ Nixon.

Estado James Madison para que retuviera los nombramientos no entregados.

Marbury presentó una demanda ante la Corte Suprema de Estados Unidos pidiendo un *writ of mandamus*, es decir un equivalente a un mandamiento judicial, en el que ordenara a Madison como Secretario de Estado a entregar el nombramiento. Marbury señaló que de acuerdo a la *Judiciary Act* de 1789 se autorizaba a la Suprema Corte a otorgar estos mandamientos en un procedimiento que iniciaba ante ese tribunal a través de una vía originaria. A pesar de que la petición de Marbury fue presentada en diciembre de 1801 la Corte no la trató hasta 1803 porque el Congreso por una ley abolió los plazos de actuación (*terms*) de julio y diciembre.

El holding.

La Corte suprema falló en contra de Marbury y sostuvo que no podía Constitucionalmente oír un caso dentro de la competencia originaria del tribunal. La Corte sostuvo que a pesar de que el *Judiciary Act* de 1789 autorizaba esta jurisdicción esta norma era inconstitucional porque el Congreso no podía ampliar la jurisdicción originaria más allá de las situaciones enumeradas en la Constitución.

Debe considerarse que la Corte solo trató una cuestión de jurisdicción, dijo que no tenía la competencia para tratar el caso y todas las demás consideraciones efectuadas, tal como considerar si el nombramiento era correcto y si el poder judicial tenía la capacidad de rever una decisión ejecutiva eran básicamente impropias. Políticamente Marshall sabía que una decisión a favor de Marbury hubiera sido inútil ya que la administración de Jefferson la hubiera ignorado y esto hubiera minado la autoridad de la Corte desde el inicio de su historia. Por lo tanto puede haber incluido las partes iniciales de su opinión simplemente para señalar a la administración de Jefferson que había negado indebidamente a Marbury su comisión sabiendo que esto era lo máximo que Marshall podría hacer en favor del demandante. Otro punto a plantearse era saber si existía un conflicto de interés entre Marshall que había sido Secretario de Estado y firmado el nombramiento y responsable para su comunicación y luego redactor de la opinión del tribunal. Esta participación de Marshall en los hechos que dieron lugar al caso habría dado fuertes argumentos para indicar que debía excusarse.

La realidad es que Marshall percibió que el caso presentaba una oportunidad única, la de establecer el control judicial de Constitucionalidad en un contexto que no era probable que diera lugar a oposición. La norma declarada inconstitucional era una que había ampliado las competencias del poder judicial y que la administración Jefferson no apoyaba ni había aprobado y que por lo tanto prefería ver declarada nula.

El Chief Justice Marshall estructuró su opinión alrededor de tres preguntas. La primera era, ¿tenía derecho Marbury al nombramiento? La segunda era “*si las leyes de este país le otorgaban un remedio*”. La tercera si en caso que fuera afirmativo era la Corte Suprema quien podía conceder ese remedio. Marshall fue respondiendo estas preguntas en ese orden.

Con respecto a la primera la Corte concluyó que Marbury tenía el derecho al nombramiento porque se habían seguido todos los procedimientos apropiados “*es... decididamente la opinión de la Corte, que cuando un despacho ha sido firmado por el Presidente el nombramiento está hecho; y que el nombramiento se completa cuando el sello de los Estados Unidos ha sido fijado en él por el Secretario de Estado.*” La opinión contraria era posible ya que el Presidente Jefferson había expresado que existía un principio de derecho nunca contradicho que la notificación era uno de los elementos esenciales para la validez del acto. Pero la Corte rechazó esta idea y estableció que la notificación era meramente una costumbre y que por lo tanto la retención del nombramiento de Marbury había “*violado un derecho legal investido*”.

La segunda pregunta es ¿le otorgan a Marbury las leyes un remedio? La respuesta inicial de Marshall a esta pregunta fue que “*la propia esencia de la libertad civil consiste ciertamente en el derecho de cada individuo a reclamar la protección de las leyes en cualquier lugar que él reciba un agravio*”. La cuestión específica era saber si la Corte podía conceder a Marbury un remedio contra una inacción de la rama ejecutiva del gobierno. La Corte respondió esto declarando que “*el gobierno de los Estados Unidos ha sido llamado enfáticamente un gobierno de leyes y no de hombres.*” En otras palabras ninguna persona ni siquiera el Presidente está por encima de la ley.

La Corte entonces marcó una distinción sobre cuando el poder judicial podía conceder un remedio, esto ocurriría cuando existía un deber específico hacia una persona particular pero no cuando hay una cuestión política dejada a la discreción del ejecutivo. Marshall escribió “*Cuando las cabezas de los departamentos son los agentes políticos o confidenciales del ejecutivo, meramente para ejecutar la voluntad del Presidente, o para actuar en casos en los cuales el Ejecutivo posee una discreción Constitucional o legal, nada puede ser más perfectamente claro que sus actos sean examinables políticamente. Pero cuando un deber específico está asignado por la ley, y derechos individuales dependen del cumplimiento de este deber, aparece igualmente claro que el individuo que se considera agraviado tenga el derecho de recurrir a las leyes de este país por un remedio*”. La Corte volvió a esta distinción al considerar el próximo tema, es decir si el mandamiento o el *mandamus* era el remedio adecuado al pedido de Marbury.

Tercera cuestión, ¿puede la Corte suprema conceder este remedio? ¿Es el *mandamus* el remedio adecuado? Al considerar la primera pregunta la Corte nuevamente utilizó la distinción entre actos ministeriales, es decir, cuando el Ejecutivo tienen la obligación de actuar y actos políticos que son los que están bajo su discreción. El control judicial incluyendo la concesión de un mandamiento solo podía ser apropiada bajo la primera circunstancia. El juez Marshall dijo “*Cuestiones, en su naturaleza política, o que son, por la Constitución y las leyes, sometidas al Ejecutivo, nunca pueden ser planteadas en esta Corte... pero cuando las cabezas de los departamentos están obligados por la ley a realizar algún acto que afecta los derechos absolutos de los individuos, ... no es percibido en que terreno las Cortes del país puedan excusarse de la obligación de dictar sentencia que se le reconozca derecho al individuo agraviado.*”

El caso *Marbury* establece entonces la competencia de la justicia de revisar la Constitucionalidad de los actos del poder ejecutivo. algunos temas como el veto un proyecto de ley o la designación de un funcionario, están dentro de la discreción presidencial y no pueden ser revisados judicialmente. Pero cuando el poder ejecutivo tiene una obligación legal de hacer o de no hacer la justicia puede proveer remedio, incluyendo un mandamiento. La decisión de la Corte Suprema señalando que tenía autoridad de revisar los actos del ejecutivo atrajo una fuerte crítica, pero como la Corte había anunciado esta capacidad en un caso en el cual había decidido en favor del Presidente no hubo confrontación y no podía haber una desobediencia a la orden judicial. El poder de los tribunales federales de revisar los actos presidenciales es la base de muchas decisiones de la Corte Suprema a través de la historia de los Estados Unidos, probablemente la más notable sea *U.S. vs. Nixon* en la cual la conclusión del tribunal, su *holding* que el Presidente debía cumplir con las ordenes judiciales y proveer las grabaciones de sus conversaciones para ser utilizadas como pruebas en una investigación penal llevó a la renuncia del Presidente Richard Nixon.

Luego que concluyó que la sección 3^a de la *Judiciary Act* de 1789 autorizaba un mandamiento basado en la jurisdicción originaria la Corte entonces considero si aquella era violatoria del art. III. La Corte suprema concluyó que este artículo enumeraba todas las hipótesis de la jurisdicción originaria y que el Congreso no podía ampliarlas. El art. III establece la jurisdicción originarios para casos “*de embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y en aquellos en que un Estado sea parte.*” La Corte dijo que el Congreso no podría ampliar esta lista. El juez Marshall estableció : “*si hubiera sido la intención de dejar esto en la discreción de la legislatura de establecer el poder judicial entre la Suprema Corte y los tribunales inferiores de acuerdo con la voluntad de tal cuerpo, hubiera ciertamente sido inútil de haber procedido más allá que lo que estaba*

definido en el poder judicial, y en los tribunales en los cuales está investido”.

Más adelante Marshall agregó que de aceptarse la posibilidad de ampliar la jurisdicción originaria de la Corte suprema por ley, la enumeración del artículo III hubiera sido “*una mera redundancia,... enteramente sin significado*”, si el Congreso pudiera ampliar más áreas de jurisdicción. El análisis de Marshall nuevamente puede ser puesto en cuestión, la enumeración del art. III puede tener significado aun cuando el Congreso pudiera ampliar las posibilidades de jurisdicción originaria. Esta norma podría ser considerada como el piso, una concesión mínima de jurisdicción que no puede ser reducida por el Congreso.

Más allá de cualquier interpretación alternativa posible la decisión de la Corte de que el Congreso no podía ampliar la jurisdicción originaria de ese tribunal permanece vigente hasta hoy. Sin embargo, la conclusión de la Corte de que las categorías entre jurisdicción originaria y apelada son mutuamente excluyentes no ha sido seguida. En otros casos posteriores ella considero que el Congreso puede ampliar la jurisdicción de los jueces federales concediéndoles competencia en casos en que la Corte tiene jurisdicción originaria.¹³

Lino de la Torre s/ Recurso de Hábeas Corpus. (Fallos 19:231). Buenos Aires, Agosto 21 de 1877.

...ésta es toda la cuestión, muy delicada ciertamente y de mucha importancia; pero no muy difícil de resolver, a la luz de las buenas doctrinas.

El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares.

?Qué sucede, pues, en la República que nos ha servido de modelo,..?

Este fallo es de particular importancia porque está firmado por José Benjamín Gorostiaga. En la disidencia Saturnino Laspiur hace también un análisis de los precedentes norteamericanos por lo que el fallo de la Corte argentina es un debate sobre precedentes de un tribunal extranjero.

Sojo Fallos 32:120

¹³ cf *Ames vs. Kansas, ex. Rel. Johnson* en 1884. Más generalmente al considerar que el art. III es el techo de la jurisdicción federal *Marbury* ayudó a establecer el principio de que los tribunales federales son Cortes de jurisdicción limitada y que el Congreso no puede ampliar la jurisdicción establecida en el art. III de la Constitución.

la Corte aplicó una inconstitucionalidad de oficio al argüir a favor de la aplicación del precedente de Marbury no citado por las partes. Utilizó la doctrina americana sin que existieran las características de duda en el cumplimiento de la decisión judicial que aparecen en Marbury.

En el dictamen el Procurador general Eduardo Costa sostiene la vigencia de la ley 48 en cuanto al hábeas corpus, *“los que han deducido este recurso en la Capital, todos han recurrido directamente a V.E. prescindiendo de los jueces de sección.”* Agrega más adelante, *“Surge hasta ahora la duda acerca de si todos hemos estado equivocados: acerca del derecho con que V.E. ha conocido originariamente estos recursos.”* Cita en su apoyo a la doctrina americana y agrega *“Estando de perfecto acuerdo la doctrina establecida por esta Corte con la que rige para la Corte americana, no veo la necesidad de investigar, si el Congreso ha podido ampliar los casos de jurisdicción originaria que la Constitución determina.”* Cita finalmente a Marshall en el caso “Bunford” *“Hay alguna oscuridad en la ley del Congreso, y algunas dudas se han suscitado en la Corte con respecto a la interpretación de la Constitución. La Corte, sin embargo, a favor de la libertad, hace lugar al recurso”.*

El fallo es del 22 de septiembre de 1887.

Dice: *“La misión que incumbe a la Suprema Corte de mantener a los diversos poderes tanto nacionales como provinciales en la esfera de las facultades trazadas por la Constitución, la obliga a ella misma a absoluta estrictez para no extralimitar la suya, como la mayor garantía que puede ofrecer a los derechos individuales.”*

“No es dado a persona o poder alguno, ampliar o extender los casos en que la Corte Suprema ejerce jurisdicción exclusiva y originaria por mandato imperativo de la Constitución Nacional.”

“La Constitución argentina y la de Estados Unidos, concuerdan en las disposiciones que fundan la jurisdicción de la Suprema Corte, y los fallos de la de los Estados Unidos, así como las opiniones de sus más reputados expositores están contestes en que no puede darse caso ni por ley del Congreso que altere la jurisdicción originaria de la Corte extendiéndola a otros casos que a los que la Constitución imperativamente la ha limitado, de tal modo que la ley y el auto que en transgresión se dictase, no sería de efecto alguno.”

“La redacción de los textos de la Constitución Nacional y de la americana en los artículos de la referencia, que no difieren sino el orden metódico de sus incisos, es en la argentina más clara respecto de la limitación de los casos en que ambas preceptúan que debe entenderse la Corte originariamente.”

Sojo es, en los hechos, el primer caso en que la Corte declara una ley federal inconstitucional, en este caso la ley 48 cuando establecía que el Tribunal tenía jurisdicción originaria y exclusiva en casos de habeas corpus. La declaración no fue expresa sino implícita.

Cooper vs. Aaron. en 1958.

En este caso un juez federal ordeno la desegregación de las escuelas publicas en Little Rock, Arkansas. Las autoridades estatales desobedecieron esta orden en parte basadas en la preocupación expresada que el cumplimiento llevaría a actos de violencia y en parte basados en la argumentación de que no estaba obligada a cumplir con las sentencias de desegregación dispuestos por los jueces federales.

En una opinión inusual ya que fue individualmente firmada por cada *Justice* la Corte suprema rechazó esta posición y enfáticamente declaro: *“el artículo VI de la Constitución hace a la Constitución ‘la ley suprema de la Nación’ (the supreme Law of the Land)... Marbury vs. Madison... declaró el principio básico que la justicia federal es suprema en la exposición de la ley de la Constitución y que tal principio ha sido desde entonces por esta Corte y por la Nación como una característica indispensable de nuestro sistema Constitucional... Cada legislador estadual y funcionario ejecutivo y judicial están solemnemente comprometidos por juramento a ‘sostener esta Constitución’”*.

McCulloch vs. Maryland.

La Constitucionalidad del Segundo Banco de los Estados Unidos. El debate sobre los derechos implícitos, la hegemonía del gobierno federal al controlar las finanzas y también sobre la interpretación dinámica de la Constitución.

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 establecido en 1815 luego de la guerra de 1812 y pro las prácticas irresponsables de los bancos estatales. La Asamblea de Maryland impuso un impuesto a todos los bancos que no estuvieran concedida la carta por la legislatura local. La ley fue aprobada por el primer Congreso luego de la Constitución y no pasó desapercibida.

Argumento histórico.

- 1.) El gobierno procede directamente del pueblo y no de los estados. El gobierno es enfáticamente el gobierno del pueblo. El fin de la soberanía estadual.
- 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 por la mente humana. **No debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando.**

- 3.) La **necessary and proper clause**, 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, son constitucionales.

La Constitución tiene la intención de **durar por en las edades futuras** (ages to come) y por lo tanto **adaptarse a las crisis variadas de los asuntos humanos.**

La estructura del precedente constitucional.

La primera distinción que debe realizarse entre el precedente judicial y el precedente constitucional es que este último no necesita el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de la validez de sus decisiones. Si en cuanto a la posibilidad de creación jurídica en forma habitual por los jueces se puede hacer la distinción tradicional entre el *common law* y el derecho legislado en el segundo caso esa distinción no es válida para los sistemas que reconozcan el control judicial difuso de constitucionalidad. En efecto, en todos ellos existe 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 interprete 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 lo tanto si existe una distinción entre *common law* y derecho legislado esta 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, era muy crítico del poder de los jueces e 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'.¹⁴ 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.

El termino 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 termino 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.¹⁵ 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 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*, 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 tras afirmaciones hechas por los jueces que intervienen en el caso generalmente llamadas *obiter dicta*.

¹⁴ En el sentido que Weber da al término.

¹⁵ Cf. BLACK'S LAW DICTIONARY. 4th. Ed. West Publishing Co. St. Paul Minnesota. 1968 p. 1340

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.¹⁶ 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*.¹⁷

El concepto de eficiencia en los fallos de la Corte Suprema.

Habitualmente el concepto de eficiencia es asociado con la noción de cumplir un objetivo al menor costo posible. A este concepto de eficiencia en la producción puede también incorporarse el **concepto de eficiencia en la adjudicación**. Hay quienes han tenido una opinión negativa de la eficiencia como concepto constitucional. **Darían la impresión que preferirían un Constitución que patrocinara una utilización ineficiente de los recursos.**¹⁸

Los precedentes de la Corte Suprema han considerado el concepto de eficiencia en un sentido genérico como elemento de formación del principio de razonabilidad. De esta manera la Corte se incorpora a la existencia de la razonabilidad económica. Si bien en los precedentes que se mencionan a continuación, la Corte Suprema no utiliza el concepto técnico de eficiencia, es decir los criterios de Pareto y Hicks – Kaldor, la importancia radica en la **asociación de la eficiencia con la razonabilidad**. Es decir que la eficiencia es un elemento de la razonabilidad, particularmente en el criterio utilizado en el análisis costo beneficio puede transformarse en un elemento útil para la concretización del control de la constitucionalidad. Intentaré una

¹⁶ cf. BLACK'S p. 541.

¹⁷ Cf. BLACK'S p. 1578.

¹⁸ Doy este ejemplo de una interpretación algo dramática de lo ya dicho, sobre la eficiencia en la adjudicación: La principal diferencia entre ambos sistemas radica en que el constitucionalismo liberal hace profesión de fe acerca de la existencia de un orden natural, con consecuencia necesaria de la mayor eficiencia económica de la economía de mercado. En cambio, el constitucionalismo social niega la existencia de un orden natural, resultando la economía de mercado un mero reparto de injusticias. MARTIN PAOLANTONIO ANTECEDENTES Y EVOLUCION DEL CONSTITUCIONALISMO –CONSTITUCIONALISMO LIBERAL Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. LECCIONES Y ENSAYOS, 15 de Agosto de 1987,

tipología que incluya diferentes criterios de eficiencia en los precedentes constitucionales.

La eficiencia en la organización del empleo público.

*Corresponde dejar sin efecto la sentencia que -fundada en que el decreto impugnado se basaba en normas locales- rechazó la acción de amparo por no encuadrar en el supuesto de "ilegalidad manifiesta" a que se refiere el art. 3ro. de la ley 2257 de la Provincia de Catamarca. Ello así, pues aún cuando se acepte como válida la facultad del gobierno provincial de disponer el "traslado" de sus agentes con base en una ley local, es evidente que aquél ha ejercido dichas atribuciones con arbitrariedad manifiesta ya que los dispuestos exceden el marco de lo que pueda razonablemente entenderse por "reubicación" del personal, afectándose de tal manera el derecho a la estabilidad de los empleados públicos garantizado por la Constitución Nacional, ya que el nuevo destino asignado a los actores, en razón de las inconvenientes y perjuicios que les acarrearía, los podría colocar en la necesidad de renunciar a sus empleos, por lo que la medida adoptada no guarda adecuada razonabilidad con la disposición legal que le sirve de sustento, ni con **los principios de "reordenamiento y eficiencia administrativa"** invocados.* ¹⁹

*Dentro de las restricciones legales a la estabilidad administrativa impuestas como una razonable coordinación entre el interés privado y el interés público en la renovación de los cuadros que integran la administración pública para **lograr una mayor eficiencia funcional**- se encuentra la que impone un límite temporal a ese derecho en función de la posibilidad en que se halla el agente de obtener un beneficio previsional (arts. 22 y 23 de la ley 22.140) y que puede tener lugar si el interesado se acoge voluntariamente a esa situación o también cuando se halla en condiciones de obtener el porcentaje máximo del haber de la jubilación ordinaria, supuesto que autoriza a prescindir de la voluntad del empleado y disponer su baja transcurrido el plazo legal desde la intimación formulada por la superioridad, procedimiento éste reglamentado en el decreto 1797/80.*

²⁰

La eficiencia en la utilización de los recursos naturales compartidos.

*Habida cuenta de que no ha quedado acreditado de manera clara y convincente; **un notorio mal uso de la red de riego mendocina del río Atuel**, pese a las imperfecciones y deficiencias constatadas y que, aún la obtención de un rendimiento relevante del sistema que lleve su eficiencia a 0,50, no produciría excedente, la reconocida*

¹⁹ ANA S. PAIS AHUMADA Y OTROS s/ RECURSO DE AMPARO. ESTABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. SENTENCIA del 9 de Abril de 1985

²⁰ ROBERTO OSVALDO FERRER c/ MRIO. DE DEFENSA s/ RESOL. NRO. 361 SENTENCIA del 25 de Noviembre de 1986

*aceptación por la Provincia de La Pampa de los consuntivos "actuales" y "efectivos" conduce a desestimar su reclamo toda vez que no ha acreditado con la necesaria certeza el uso abusivo que atribuye a la Provincia de Mendoza.*²¹

La eficiencia en el ejercicio del control judicial de constitucionalidad.

La Corte Suprema utilizó el concepto de eficiencia para superar los límites procesales que impedían el ejercicio del control de constitucionalidad. Estas interpretaciones han rescatado la importancia del análisis de la cuestión constitucional por encima de las formas procesales generalmente frustratorias del control judicial efectivo. En estos casos, la Corte ha reconocido los altos costos de procesales que se imponen a quienes buscan un precedente constitucional y la utilizado el criterio de eficiencia como limitación a los costos excesivos.

*La existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención de la Corte superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional confiado a ella. Se trata de **condiciones pertinentes para la eficiencia del control de constitucionalidad** y de la casación federal que la Corte debe cumplir, cuya consideración ha guiado tradicionalmente la interpretación de las normas que gobiernan la jurisdicción del tribunal.*²²

*Las cuestiones de competencia tienden a proteger a los litigantes a fin de **asegurar la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones judiciales**, y si para ello es indispensable remover los obstáculos que puedan encontrar los jueces para desempeñar eficazmente sus funciones, no caben interpretaciones que sólo conducen a atribuir más importancia a los medios que se instrumentan para alcanzar dicha finalidad, que a ésta en sí misma.*²³

La eficiencia como justificación del arbitraje.

La Corte Suprema ha utilizado el criterio de eficiencia como fundamento de la solución arbitral de las controversias, el arbitraje limita los costos del proceso al permitir a las partes escoger las normas procesales simplificadas y ajustadas al caso, y elegir árbitros especializados en la materia tratada.

²¹ *La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos. SENTENCIA del 3 de Diciembre de 1987*

²² ENFRENTAMIENTO ENTRE FUERZAS LEGALES Y SUBVERSIVAS s/ CONTIENDA NEGATIVA DE COMPETENCIA INTERLOCUTORIO del 1 de Septiembre de 1988

²³ Moltedo, Eduardo Guillermo c/ Municipalidad de Pinamar s/ competencia - demanda contencioso administrativa SENTENCIA del 29 de Septiembre de 1988

En el juicio arbitral pueden las partes elegir libremente, para jueces, a personas que tengan todos los conocimientos, así jurídicos como técnicos, para la mejor solución del litigio de que se trata. Se evita con esto la consulta a peritos, con economía de tiempo y dinero, y se asegura la eficiencia del fallo (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert).²⁴

²⁴ Blanco, Guillermo y otro c/ Petroquímica Bahía Blanca y otro s/ recurso ordinario. SENTENCIA del 29 de Abril de 1997.

