

La Constitución.

“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” (1). También aclara Mairal que nos aleja del derecho de origen americano su carácter causalista y la preferencia de sus juristas por volcar sus contribuciones en revistas jurídicas, inaccesibles desde nuestro país, más que en tratados de cobertura general. Frente a este hermético panorama deslumbra la claridad y el sistema de las obras francesas, que nos hacen considerar como lógicamente necesarias soluciones cuyo origen es puramente histórico y coyuntural (2). Esta intromisión de la doctrina administrativa francesa es indirectamente responsable del formalismo que impera en parte de la doctrina constitucional argentina. Esto tiene como consecuencia que algunos interpreten la Constitución como si fuera un reglamento administrativo olvidando la referencia clásica de John Marshall: es una Constitución la que estamos interpretando que no tiene la prolijidad de un Código (3). Las palabras de Marshall señalan que la Constitución es diferente a la ley y por lo tanto deben ser interpretadas en forma distinta (4). Una visión crítica de esta situación supone un retorno a las fuentes clásicas de la interpretación constitucional en la Argentina, es decir recuperar su íntima relación con el derecho constitucional norteamericano y sus precedentes judiciales. De esta práctica correcta está más alejada la doctrina constitucional argentina que los precedentes judiciales. A pesar de que muchos fallos de la Corte Suprema de nuestro país puedan ser criticables, la tendencia mantenida por el tribunal en sus precedentes es la de asociarse a la de la Corte de Estados Unidos. Esto, creo, facilita la crítica constitucional.

¿Qué es la Constitución?

Al iniciar el estudio de la Constitución la primera pregunta es ¿cuál debiera ser el contenido de su estudio? La respuesta debe estar orientada hacia el estudio de los precedentes judiciales. Si la Constitución tiene alguna **utilidad como orden normativo es que ella puede ser citada válidamente ante los jueces** para obtener una solución favorable en los diferendos. La solución de las cuestiones constitucionales se hace en los tribunales y en los fundamentos de esas decisiones se encuentran las normas para los casos futuros. De esta manera, cuando se analiza la Constitución y se busca determinar su contenido, corresponde analizar los **precedentes constitucionales**. Los fundamentos de las decisiones judiciales que se han dictados y aplicado a través del tiempo.

La Constitución tiene una redacción que data de más de 150 años y la actividad de la Corte Suprema comenzó en 1863 dando origen a las decisiones necesarias para su interpretación, desde su inicio nuestra Corte tomo como propios los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, para poder utilizar su experiencia en la interpretación constitucional. Frente a esa enorme masa de precedentes, nuestra

¹ MAIRAL, H., *Control Judicial de la Administración Pública*, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1984, pág. VII.

² MAIRAL, H., *Control Judicial...*, cit., pág. VIII.

³ En el caso “McCulloch vs. Maryland”. La Constitución no tenía “*the prolixity of a legal code*”, pero su naturaleza, “*requires, that only its great outlines should be marked, its important objects designated... We must never forget that it is a constitution we are expounding... A constitution intended to endure for ages to come, and consequently, to be adapted to the various cirses of human affairs*” (17 US 316 [1819]).

⁴ Cfr. FRANKFURTER, F., “John Marshall and the judicial function”, 69 *Harvard Law Review*, 217, 1955.

función es la de determinar aquellos que nos ayuden a construir el camino que nos permita resolver los conflictos jurídicos contemporáneos.

El Derecho Constitucional no es un conjunto de doctrinas sino un diálogo continuo sobre las cuestiones fundamentales que atañen a la naturaleza de nuestra sociedad. De este diálogo surgen divergencias importantes acerca del contenido de nuestra Constitución. Dentro de ese debate también debe incluirse la conflictiva relación entre los organismos democráticos de gobierno y las decisiones judiciales que han sido calificadas de contra mayoritarias.

En todo el análisis de este libro aparece planteado el conflicto entre una visión deontológica sobre el contenido de las normas, confrontado con un análisis sobre las consecuencias de las normas. Los estudios constitucionales están basados en teorías normativas del derecho que en muchos casos parten de presunciones inadecuadamente sencillas sobre el funcionamiento del proceso político. Para contrarrestar esta tendencia, cobra vital importancia un análisis sobre el comportamiento del proceso político frente al proceso judicial.

La Constitución es concebida como un ordenamiento sistemático y racional de la vida social a través de un documento escrito. El efecto racionalizador, la visión del contrato social, la estabilidad, la seguridad jurídica, la publicidad de los actos de gobierno, son algunos de los efectos que se desean obtener a través de la determinación del contenido constitucional en uno o varios documentos escritos, la *Constitución instrumental*. La escritura es también una garantía constitucional ya que permite la solución de los problemas relacionados con la Constitución como fuente de producción normativa y los conflictos que pudieran surgir entre la supremacía constitucional y otras fuentes del derecho.

Como **no están escritas en la Constitución todas las normas necesarias** para la solución de los conflictos, ya que no puede tener la extensión de un código, utilizamos a **los precedentes judiciales** para determinar el contenido constitucional. De esta manera la Corte Suprema es la intérprete final de la Constitución como contrato social para determinar los contenidos normativos que no fueron escritos por los constituyentes. Asimismo una Constitución muy extensa, si bien podría resolver cuestiones por aplicación directa de su contenido, perdería la futuridad necesaria de todo texto fundamental. Una Constitución debe perdurar en el tiempo, y a su característica de escritura debe asociar la de estabilidad. Aún cuando una Constitución escrita fuera muy extensa debe ser siempre interpretada al aplicarla para resolver una cuestión constitucional concreta.

La supremacía de la Constitución.

Desde El Federalista hasta John Marshall.

Fue en el caso *Marbury c/ Madison* donde se estableció que la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico debía hacerse a través del control judicial y esta visión dio una nueva concepción al estudio del derecho

constitucional.⁵ Aunque existen datos históricos que justifican la revisión judicial y que eran conocidos por el *Chief Justice* John Marshall cuando escribió esa famosa opinión. La primera es la de Lord Coke en el caso *Bonham* en 1610 en el cual establece que el derecho común, el *common law* de Inglaterra de aquella época controlaba las leyes del Parlamento y decidía si ellas pueden ser consideradas nulas cuando sean contrarias al derecho común y a la razón. Esta expresión suponía que existía un derecho consuetudinario y racional determinado por los jueces que era superior al derecho legislado. Si bien esta decisión no tuvo aplicación estricta en el futuro de Gran Bretaña si fue tomada por las Cortes coloniales de los Estados Unidos y de allí al pensamiento de Marshall. Este razonamiento fue reestablecido a medida que se desarrollaron las constituciones escritas que determinaban normas con el objetivo de poner límites al gobierno.

La gran contribución de Marshall fue considerar a la Constitución como parte del derecho, lo que establece un vínculo directo entre el constitucionalismo como movimiento político y la competencia judicial para resolver las cuestiones constitucionales. La constitución no concede explícitamente el control judicial establecido en el caso *Marbury*. Este silencio ha hecho que se haya planteado un debate sobre legitimidad del mismo. En la Convención constituyente de Filadelfia se plantearon otras alternativas como, por ejemplo, la creación de un Consejo de Revisión que estaría integrado por el presidente y por los jueces de la Corte Suprema y que eran los que deberían resolver las cuestiones planteadas en el proceso del veto de la legislación, entendiendo al veto como una manera de evitar que leyes inconstitucionales entraran en vigencia. Esta propuesta fue rechazada con argumentos que apoyan la legitimidad del control judicial y del debate puede decirse que los constituyentes en Filadelfia consideraban que la concesión de la competencia a los jueces debía incluir la necesaria para que en la decisión de casos se dejaran de lado y no se aplicaran las leyes federales y estatales que fueran consideradas inconstitucionales.

Este argumento también fue citado por Hamilton en **El Federalista N° 78**. Dice Alexander Hamilton en este documento *"quien considere atentamente los diferentes departamentos del gobierno debe percibir, que en un gobierno en el que están separados entre sí, el judicial, por la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la constitución, porque es el que tiene menor capacidad de dañarlos. El ejecutivo no sólo concede los honores, sino que también tiene la espada de la comunidad. La legislatura no sólo controla el bolsillo, sino que también prescribe las normas por las cuales los derechos y deberes de cada ciudadano serán regulados. El judicial, por el contrario, no tiene influencia ni sobre la espada ni sobre el bolsillo, no dirige ni el poder ni la riqueza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse verdaderamente que no tiene ni la fuerza ni la voluntad, sino solamente el juicio. Y debe finalmente depender de la ayuda del Poder Ejecutivo aún para la eficacia de sus decisiones.*

...La independencia plena de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una constitución limitada. Por constitución limitada entiendo una ley que contiene algunas excepciones a la autoridad de la legislatura, como es que no puede pasar leyes condenatorias de las personas ni leyes ex post facto o similares. Las limitaciones de este tipo pueden ser preservadas en la práctica solamente a través de los tribunales de justicia, cuya obligación debe ser declarar todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la constitución como nulos.

⁵ Para un estudio detallado de este caso ver el capítulo siguiente.

...No existe posición que dependa de principios más claros que la que cada acto de la autoridad delegada contraria al tenor del mandato bajo el cual ha sido ejercida es nula. Ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido. Negar esto significa afirmar que el agente es más importante que el principal, que el sirviente está por encima del patrón, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo en sí mismo, que los hombres actuando en virtud de los poderes o de competencias pueden hacer no solamente lo que esos mandatos lo autorizan sino también lo que prohíben.

Puede decirse que el Poder legislativo es en sí mismo el juez constitucional de sus propias competencias, y que la interpretación que efectúan es obligatoria para los demás departamentos, puede decirse que ésta no puede ser la presunción natural, ya que no puede ser comprendida o entendida de ninguna provisión particular en la Constitución. No puede disponerse que la Constitución tenga la intención de permitir a los representantes del pueblo sustituir su voluntad de la de sus representados. Es mucho más racional suponer que los tribunales fueron designados como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura para, entre otras cosas, mantener a la última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es la provincia propia y peculiar de los tribunales. La Constitución es en los hechos y debe ser considerada como una ley fundamental por los jueces. Por lo tanto, les corresponde a ellos determinar su significado de la misma manera que determinan el significado de una ley particular que procede del cuerpo legislativo. Si pudiera ocurrir que existe una variación irreconciliable entre las dos, aquella que tiene la obligación y validez superior debe ser naturalmente preferida, o dicho de otra manera, la Constitución debe ser preferida sobre la ley, la intención del pueblo sobre la intención de los agentes.

Esta conclusión no significa de ninguna manera una supuesta superioridad del Poder judicial sobre el Poder legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior a ambos, y donde existe la voluntad de la legislatura declarada en las leyes se enfrenta en oposición a la del pueblo declarada en la Constitución, y los jueces deben ser gobernados por esta última antes que por la primera. Ellos deben regular sus decisiones por las leyes fundamentales antes que por aquellas que no son fundamentales. La independencia de los jueces es un requisito de cuidar la Constitución y los derechos de los individuos de los efectos de los malos humores que las artes de los hombres de gobierno, o la influencia de circunstancias particulares, a veces disemina sobre el pueblo en sí mismo y que a pesar que puedan dar lugar rápidamente a una mejor información y a una reflexión más liberada, tienen la tendencia de ocasionar innovaciones peligrosas e el gobierno y opresiones serias a los partidos minoritarios”.

La posición contraria a la legitimidad del control judicial fue tomada por el juez Learned Hand que sostuvo que el poder de los jueces para ejercer el control judicial de la constitucionalidad de las leyes no era una deducción lógica de la estructura de la Constitución, sino una condición práctica para su funcionamiento exitoso, no debe ser ejercido cuando un tribunal piensa que existe una invasión en la Constitución, es siempre una cuestión preliminar cuan inoportuna una ocasión judicial requiere una respuesta de este tipo. Fue opuesto por el Profesor Wechsler que consideró que los jueces no tenían una discrecionalidad tan importante cuando correspondía resolver una cuestión constitucional, sino una obligación de los jueces de aplicar la Constitución en todos los casos. La función constitucional decía no era la de asesorar a la legislatura o al poder ejecutivo sino simplemente decidir el caso planteado y decidir de acuerdo a derecho incluyendo la Constitución.

La Corte Suprema como intérprete final de la constitución.

Análisis de 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 anuncio 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 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, para que se ordenara a Madison como Secretario de Estado a notificar 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.

La decisión y la lógica de Marshall.

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 trato 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 debió haberse excusado.

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*”.⁶

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 ejecutivo 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

⁶ La expresión de Marshall sobre derecho investido, indica que fue en este caso el iniciador de la doctrina de los derechos adquiridos.

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”*. Este párrafo indica la distinción posible entre cuestiones justiciables y las que no lo son. 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 apropiado 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 órdenes 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 originaria 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.

¿Puede la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de las leyes?

Luego de decidir que la norma de la *Judiciary Act* de 1789 era inconstitucional la Corte Suprema consideró la pregunta final, ¿tenía que cumplir con la disposición de la ley o podía declarar a ésta inconstitucional? El tribunal comenzó diciendo “la cuestión, si una ley, repugnante a la Constitución, puede ser derecho vigente (*the law of the land*), es una cuestión que interesa profundamente a los Estados Unidos; pero, felizmente no tiene una complejidad proporcional a su interés”. Marshall ofreció entonces varias razones por las cuales la Corte podía declarar a las leyes federales inconstitucionales, arguyó por ejemplo, que la Constitución impone límites a los poderes del gobierno y que esos límites no tendrían significado a menos que pudieran ser controlados judicialmente. Tomando las ideas de Alexander Hamilton expresadas en *El Federalista* N° 78, la Corte señaló: “Los poderes de la legislatura están definidos y limitados; y para que esos límites no sean confundidos u olvidados, la Constitución es escrita”.

Marshall también arguyó que es inherente a la función judicial decidir la constitucionalidad de las leyes que aplica, en lo que es probablemente la cita más frecuente de la decisión, Marshall escribió: “Es enfáticamente la facultad y el deber del departamento judicial decir lo que la ley es”.

A este argumento se ha asociado la lectura del caso “Marbury” como significando que la Corte Suprema no sólo interpreta y establece la Constitución sino que es su intérprete final y no solamente una interpretación entre varias posibles. Marshall finalmente arguyó que decidir casos que surgieran de la Constitución implicaba el poder de declarar a las leyes inconstitucionales cuando entraran en conflicto con la Carta Magna.

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.⁷

Se pueden hacer tres preguntas sobre el control de constitucionalidad a partir del precedente de **Marbury c/ Madison**. La primera es ¿por qué las decisiones del Poder Legislativo pueden ser revisadas de acuerdo a su consistencia con la Constitución? La primera es ¿por qué las decisiones del Poder Legislativo pueden ser

⁷ 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.

revisadas de acuerdo a su consistencia con la Constitución? La respuesta tradicional es la establecida en El federalista N° 78

“Ninguna norma legislativa contraria a la Constitución, puede ser válida. Negar esto sería afirmar que el agente es más grande que su principal, que el sirviente está por encima del patrón, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo en sí mismo, que hombres que actúan en virtud de mandatos no solamente pueden hacer lo que sus mandatos lo autorizan sino también lo que prohíben”.

Pero aún si asumimos que las decisiones de legislativo deben ser consistentes con la Constitución, la segunda pregunta aparece: ¿Por qué son los tribunales y finalmente la Corte Suprema de Justicia, los que están encargados de hacer cumplir esa función? Por qué no dejar que la legislatura o los tribunales locales sean los que resuelvan las cuestiones constitucionales.

Finalmente aún asumiendo que fuera la Corte Suprema la que tiene autoridad para anular la legislación federal y la local, ¿en qué circunstancias es esa autoridad debe ser ejercida? Esto nos plantea la pregunta de la **autolimitación** judicial, los jueces pueden no favorecer una legislación e inclusive oponerse a ella pero solamente pueden anularla cuando está prohibida por la Constitución. Esta doctrina de la autolimitación judicial está basada en la doctrina del artículo clásico de 1893 de James Bradley Thayer, *La Doctrina Americana del Derecho Constitucional*, el cual sostenía que el control sólo podía ser utilizado cuando existiera un claro error por parte del legislador.

Las respuestas a estas preguntas son el fundamento de nuestro derecho constitucional y probablemente la razón de esta obra.

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.⁸

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.

⁸ Se encuentra asimismo desarrollado en la sección de competencias del Congreso.

Utiliza Marshall una interpretación amplia de la Constitución que significará una fuerte ampliación de las competencias del gobierno federal. Podemos resumir sus argumentos:

- 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. El fin de la soberanía estadual para condicionar las decisiones del gobierno federal.
- 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) La **cláusula de necesidad**: 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.

Finalmente resume su teoría interpretativa en gran medida contractualista y que refirma 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**.

El origen del control de constitucionalidad en la Argentina.

El precedente de *Marbury vs. Madison* tuvo una pronta influencia en nuestra Corte Suprema, desde los fallos iniciales.

Sarmiento en los *Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina* ⁽⁹⁾, señala la teoría de la “tisana” diciendo que se debía tomar el ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos como una tisana que se compra en una farmacia y que viene envuelta con las instrucciones para su utilización. Estas “instrucciones” son precisamente los precedentes constitucionales norteamericanos. Sarmiento se pregunta sobre qué arbitrariedad o error puede ocurrir en la ejecución de las mismas disposiciones interpretadas de la misma manera, si se sigue el ejemplo norteamericano.

En la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal de 1860 en la sesión del 25 de abril se presentó el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución federal. En su primer capítulo se refiere a la influencia de la Constitución de los Estados Unidos y dice:

“Que siendo hasta el presente, el gobierno democrático de los Estados Unidos, el último resultado de la lógica humana, porque su Constitución es la única que ha sido hecha por el pueblo y para el pueblo, sin tener en vista ningún interés bastardo, sin pactar con ningún

⁹ SARMIENTO, Domingo F., *Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina*, Luz del Día, Santiago de Chile, pág. 29 y un análisis completo en las págs. 30 a 60.

hecho ilegítimo, habría tanta presunción como ignorancia en pretender innovar en materia de derecho constitucional, desconociendo las lecciones dadas por la experiencia, las verdades aceptadas por la conciencia del género humano. Y por último, que por lo menos, en aquella parte del derecho general, que se halla fuera de la cuestión, y en la que se relacionan las originales combinaciones del derecho federal moderno, no teníamos títulos para enmendar o mutilar las leyes de la nación que han fundado y consolidado prácticamente las instituciones federativas; apoyándose en esos mismos principios, invocando nosotros el especioso pretexto de la originalidad o de las especialidades nacionales, pero la verdad es una, y sus aplicaciones sólo tienen autoridad cuando cuentan con la sanción del éxito”.

El informe fue redactado por Bartolomé Mitre, Dalmacio Vélez Sarsfield, José Mármol, Antonio Ortíz Obligado y Domingo F. Sarmiento.

Sarmiento diría en la sesión del 7 de mayo de 1860:

“Adoptada la letra de la organización de la Suprema Corte federal de los Estados Unidos, tenemos que adoptar sus atribuciones y su jurisprudencia; y ya que un señor convencional, muy versado en general en materias de derecho, estudia en los juriscultos federales del país cuyas instituciones adoptamos, el mecanismo de su organización, y los límites de su jurisdicción, pudiendo en leyes del Congreso irse creando los tribunales inferiores, según el caso requiera, y designándose las atribuciones y la manera de proceder de los jueces”.

El caso “Sojo” **(10)** tiene una similitud con “Marbury” y es el que incorpora ese precedente a nuestro Derecho. Aunque la solución no es similar, ya que no se declara inconstitucional una norma.

“Es oportuno también citar el caso de ‘William Marbury vs. James Madison’ (1 Cranch 137), secretario de los Estados Unidos, en confirmación de la doctrina sostenida invariablemente por la Corte Suprema de los Estados Unidos, de que el Congreso no puede asignar jurisdicción originaria a la Suprema Corte en casos diferentes de los especificados en la Constitución. En dichos casos se establecieron las decisiones siguientes: ‘Una ley del Congreso repugnante a la Constitución, no es ley’.

El Caso “Municipalidad de la Capital C/Viuda de Elortondo” de 1888 es habitualmente citado como origen del control judicial de constitucionalidad en la Argentina porque es el primero que establece la inconstitucionalidad de una ley federal.

“Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.

El control de constitucionalidad de actos provinciales. El caso Martin vs. Hunter’s Lessee. 14 U.S. 304 (1816)

El control de constitucionalidad no se limita exclusivamente a las leyes y actos federales. Se extiende a los actos de las provincias. En el caso *Martin v/ Hunter’s Lessee* la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció su prerrogativa de revisar las

¹⁰ Cfr. CSJN, *Fallos*, 32:120. De 1887

decisiones referidas a temas constitucionales de los tribunales supremos de los estados. En el fallo el Juez Joseph Story rechazó la interpretación de que la legislación podía limitar la jurisdicción de la Corte con respecto a la constitucionalidad de las decisiones de los tribunales provinciales diciendo *"Es el caso, y no el tribunal que le dio origen, el que da la jurisdicción."*

Dijo que

"los tribunales de los Estados Unidos pueden, sin duda, revisar los actos de las autoridades ejecutivas y legislativas de los Estados, y si encuentran que son contrarios a la Constitución, pueden declararlos sin ninguna validez legal".

Adicionalmente, Story explicó la importancia de la revisión por la Corte Suprema de las sentencias de los tribunales estatales. Dijo que a pesar de que asumía que *"los jueces de las Cortes estatales son y siempre serán, del mismo nivel de conocimiento, integridad y sabiduría que los de las cortes de los Estados Unidos"*, la Constitución está basada sobre el reconocimiento de que *"los vínculos con el Estado, los prejuicios del Estado, los celos de los Estados y los intereses de los Estados pueden a veces obstruir o controlar o puede suponerse que obstruyen o controlan la regular administración de justicia"*.

Agregó la necesidad de la uniformidad de la interpretación constitucional federal y que por lo tanto, la Constitución no puede significar cosas diferentes en cada uno de los estados.

El precedente constitucional.

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.¹¹ 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 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

¹¹ Habitualmente se utiliza el *common law* para derecho de contratos, daños, societario, y derecho penal.

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.**¹² 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 precedentes y las leyes debían ser aplicados a menos que fueran totalmente absurdas o injustas.¹³

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

¹² Cf. BLACK'S LAW DICTIONARY. 4th. Ed. West Publishing Co. St. Paul Minnesota. 1968 p. 1340

¹³ 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*.

*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.*¹⁴

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.
- 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

¹⁴ MAC CORMICK, N. *Why cases have rationes and what they are*. En GOLDSTEIN, L. (ed). Oxford University Press, 1987, p. 234.

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.¹⁵ 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*.¹⁶

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*.

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 sí en el proceso judicial.¹⁷ 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

¹⁵ cf. BLACK'S p. 541.

¹⁶ Cf. BLACK'S p. 1578.

¹⁷ Benjamin Cardozo. The Nature of the Judicial Process. 1921.

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 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.¹⁸ 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.

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.**¹⁹

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.

¹⁸ Para una crítica amplia a este concepto ver Alf Ross, Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires, Eudeba.

¹⁹ 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.²⁰

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.²¹

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 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.²² 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

²⁰ HABERMAS Jürgen *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press. 1995 (trans. William Rehg). P. 10.

²¹ Op. Cit. Cf. Pp.33 a 38.

²² HABERMAS, op.cit. pp. 3-4.

deberes que surgen de imperativos categóricos universales deducidos de la premisa que los individuos deben tratarse unos a otros como fines en sí mismos.²³

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 solipsística²⁴ sus deberes morales sobre la base de una reflexión solitaria. Como consecuencia de este cisma la moralidad 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.²⁵

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

²³ 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*.

²⁴ De la palabra solipsismo que supone que sólo yo existo.

²⁵ Op.cit. pp28, 34, 51.

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.²⁶

Específicamente, comparto con Habermas el rechazo a los sistemas autopoieticos de Luhmann.²⁷ La autopoiesis considera al derecho, la economía, 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

²⁶ 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.

²⁷ LUHMANN, *Social Systems*, trad. Bednarz, Baecker, 1995. Para una referencia jurídica cf. TEUBNER, Gunther, *Autopoietic Law*. De Gruyter. 1988.

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.²⁸

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.²⁹ 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 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 se amplía 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

²⁸ Cf. Op.cit. pp. 11 y 12.

²⁹ Cf. Op.cit. pp. 3 y 10.

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.³⁰ 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 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

³⁰ Cf. Kelsen, *Teoría General del derecho y del estado*. p. 159.

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.³¹

¿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, 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 legislación³². 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

³¹ 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 (prejuicio) 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.

³² William Landes y Richard Posner. “Adjudication as a private good” *Journal of Legal Studies*, 1979, 8: p. 235.

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 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,³³ 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 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

³³ Mark Ramseyer. The puzzling independence of Courts: a comparative approach. Journal of legal studies, 1994, 23. p. 721.

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 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 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.³⁴

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 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.³⁵ 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.

La Constitución en la estructura jerárquica de las normas.

La supremacía de la Constitución es consecuencia de la estructura jerárquica del orden normativo. El primer elemento es reconocer la existencia de una pirámide jurídica

³⁴ Tom Ginsburg, ECONOMIC ANALYSIS AND THE DESIGN OF CONSTITUTIONAL COURTS, *Theoretical Inquiries in Law*, January, 2002

³⁵ Por esta razón es preferible la evolución constitucional a través de fallos judiciales que las reformas constitucionales por Convenciones constituyentes.

Hans Kelsen describe a la **pirámide jurídica** partiendo del carácter dinámico del sistema normativo y de la existencia de una norma fundamental que prevé una peculiaridad del derecho: éste regula su propia creación, en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida, por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación existente entre la norma que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y de subordinación. La norma que determina la creación de otra es superior a ésta, la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico es una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de éstas se halla constituida por el hecho de que la creación una norma, la del grado más bajo se encuentra determinada por otra, de grado superior, cuya creación es determinada a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regresión termina en la norma de grado más alto que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más elevado dentro del derecho nacional.³⁶

La serie continuada de fases de un proceso de creación jurídica, desde la norma fundamental a los actos jurídicos individuales, a través de la Constitución en sentido jurídico positivo, las leyes y los reglamentos, se caracteriza por un paralelismo entre el hecho y la norma. Las normas de cada grado superior delimitan como elemento de su contenido, un hecho que constituye la creación de derecho en un grado inferior. Para que el proceso jurídico avance debe realizar el hecho determinado por la norma superior. De ese modo, la norma superior concede a dicho acto su calidad específica de hecho creador de derecho, pero a su vez la norma creada por ese acto determina un nuevo hecho de creación jurídica de grado todavía inferior. Lo que frente al grado superior es un hecho, es una norma frente al grado inferior.³⁷

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, de la misma manera que la legislativa, es al mismo tiempo creación y aplicación de derecho. Las normas son únicamente³⁸ productos semielaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta.

El proceso a través del cual el derecho se crea constantemente a sí mismo, va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. La norma constitucional que es general por antonomasia, asocia a ciertos supuestos abstractos ciertas consecuencias que también son determinadas abstractamente. En muchas circunstancias las consecuencias no aparecen específicamente determinadas en la Constitución misma. Pero las normas constitucionales deben ser determinadas y concretadas para poder aplicarse en la realidad. Para ese efecto es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas en abstracto en la norma general se encuentran presentes en forma concreta a fin que la consecuencia determinada abstractamente por la norma

³⁶ Cf. Hans Kelsen. Teoría General del Derecho y del Estado. Imprenta Universitaria. Méjico 1958, pp. 127-128.

³⁷ Cf. Hans Kelsen. Teoría General del Estado. Editora Nacional. Méjico. P. 327.

³⁸ Hans Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, p. 159.

pueda ser ejecutada. Este procedimiento es la transformación de la norma general abstracta en la norma individual concreta que realiza la decisión judicial.

La función del juez frente a la norma constitucional no tiene un carácter declarativo, el tribunal no se limita a formular el 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**. Si bien es cierto que en la sentencia se aplica una norma preexistente que enlaza determinada consecuencia a ciertas condiciones. Pero la existencia de las condiciones concretas, en relación con la consecuencia establecida o presumida, es determinada inicialmente en cada caso por la resolución del tribunal. La norma individual de la decisión judicial representa la transformación y concretización necesaria de la norma general y abstracta.

Kelsen señala la existencia de la pirámide jurídica que es *“el análisis del derecho, que revela el carácter dinámico de este sistema normativo, así como la función de la norma fundamental prevé la otra peculiaridad del mismo derecho: éste regula su propia creación, en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida, por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación existente entre la norma que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras de lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra es superior a ésta, la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden-jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de éstas hallase constituida por el hecho de que la creación de una norma, la de grado más bajo se encuentra determinada por otra, de grado superior, cuya creación es determinada a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regressus termina en la norma de grado más alto o norma básica que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional” (39).*

Esta estructura jerárquica tiene en su vértice la norma fundamental en la que se basa la unidad del orden jurídico. Esa norma constituye la Constitución en sentido lógico jurídico, cuando instituye un órgano creador del derecho y la Constitución en sentido jurídico positivo surge como grado inmediatamente inferior en el momento en que dicho legislador establece normas que regulan la legislación misma. Sin embargo, la Constitución, esto es, el hecho de constituir un orden jurídico estatal fundamentando su unidad consiste en la norma fundamental e hipotética, no positiva, que es la Constitución en sentido lógico jurídico pues sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna superior de derecho positivo (40).

La serie continuada de fases de un proceso de creación jurídica, desde la norma fundamental a los actos jurídico-individuales a través de la Constitución en sentido jurídico positivo, las leyes y los reglamentos, caracterízase por un peculiar paralelismo entre el hecho y la norma. Las normas de cada grado superior delimitan

³⁹ Cfr. KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, págs. 127-128.

⁴⁰ Cfr. KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, trad. Luis Legaz y Lacambra, Nacional, México, pág. 325.

como elemento de su contenido, un hecho que constituye la creación de derecho en un grado inferior. Para que el proceso jurídico avance precisa realizar el hecho determinado por la norma superior. De ese modo, la norma superior concede a dicho acto su calidad específica de hecho creador de derecho, pero a su vez la norma creada por este acto determina un nuevo hecho de creación jurídica de grado todavía inferior. Considerando la importante diferencia que media entre el acto de creación normativa y la norma creada en este acto puede afirmarse lo siguiente: lo que frente al grado superior es un hecho, es una norma con respecto al grado inferior. Los dos límites extremos de la pura norma y el puro hecho son, de una parte la norma fundamental suprema no positiva sino hipotética supuesta por la teoría y por otra el último acto de ejecución de la norma individualizada. El orden jurídico es un sistema de complejos normativos jerárquicamente superpuestos, por lo tanto la creación de cada norma es reconocida como un hecho determinado por la norma superior, de la cual es contenido. De ello resulta que la positividad del derecho constituye, desde este punto de vista dinámico, una jerarquía de actos de individualización, creación y aplicación del derecho y el orden jurídico es un sistema regulador de su propia creación y ejecución, una cadena de creaciones sucesivas (41).

La norma individual y la aplicación concreta de las normas constitucionales.

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 semielaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta (42). 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 el 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 condiciones concretas, en relación con la consecuencia concreta, es primeramente establecida en cada caso por la resolución

⁴¹ Cfr. KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, pág. 327.

⁴² Cfr. KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, pág. 159.

del tribunal. La norma individual de la decisión judicial representa la individualización y concreción necesarias de la norma general y abstracta.

El razonamiento práctico justificatorio.

Otro argumento de índole lógica en favor del control judicial de constitucionalidad puede apoyarse en la estructura del razonamiento práctico justificatorio, como el que realizan los jueces. El razonamiento justificatorio debe siempre partir de proposiciones normativas que aceptemos por sus propios méritos y no por el hecho de que ellas han sido emitidas por cierta autoridad. Cuando esas proposiciones tienen el contenido apropiado ellas constituyen juicios morales. Vimos también que las que identificamos como normas jurídicas son proposiciones derivadas de estos juicios morales cuando ellos legitiman a cierta autoridad, y de descripciones de las prescripciones de tal autoridad.

En un sentido normativo puro de Constitución, que está asociado con los ideales del constitucionalismo, tales principios morales de los que arranca el razonamiento jurídico justificatorio, como el judicial, pueden constituir parte de la Constitución. Tanto el ideal del constitucionalismo asociado con los derechos como el ideal asociado con la participación democrática, pueden constituir principios que legitiman a determinadas autoridades y pueden formar parte de la Constitución en sentido normativo. Esa Constitución puede bien servir de premisa mayor de un razonamiento justificatorio de la decisión de un juez.

De este modo, si tales principios que establecen derechos y procedimientos democráticos no legitiman ciertas leyes, por violar derechos o por haber sido dictadas sin satisfacer las exigencias de procedimientos, el contenido normativo de las leyes en cuestión no podrá ser derivado de tales principios y de la descripción de la sanción de dichas leyes, por lo que no podrá servir como razón justificatoria de una decisión judicial.

Esto implica que, en un cierto sentido, el control judicial de constitucionalidad es lógicamente inevitable; los jueces, como cualesquiera otros individuos, no pueden justificar sus decisiones en los meros hechos constituidos por la sanción de las leyes, como pretendió hacer nuestra Corte Suprema con la jurisprudencia sobre las normas *de facto*, sin incurrir en un salto espurio entre ser y deber ser; necesariamente deben fundamentar tales decisiones en principios morales, que aceptan por sus méritos intrínsecos, como los que integran la Constitución en sentido normativo. Por lo tanto, *toda decisión judicial implica ejercer un control de constitucionalidad.*

Esta necesidad de la revisión constitucional de las leyes supone un concepto normativo de Constitución, que está dado por un conjunto de principios ideales cuya validez no está determinada por hechos y textos como los que están asociados con la Constitución argentina de 1853-1860. De modo que el control de constitucionalidad que se ejerce es un control *moral o valorativo* y no un control relacionado con una norma positiva.

Sin embargo, los principios ideales no se aplican directamente a decisiones sino a prácticas institucionales, a través de un razonamiento escalonado cuyo primer plano consiste en justificar esas prácticas y cuyo segundo nivel consiste en aplicar tales

prácticas a las decisiones. Esto permite que una práctica como la generada por la Constitución argentina de 1853-1860, si resulta justificada de acuerdo con los principios ideales, sea relevante para justificar la decisión y deba, por lo tanto, ser tomada en cuenta necesariamente en la selección de las leyes aplicables. Si los principios que los jueces deben adoptar autónomamente les indican que la práctica constitucional vigente es preferible moralmente a cualquier alternativa asequible ellos deben necesariamente, seleccionar las leyes y otras normas jurídicas aplicables, de conformidad con la mejor reconstrucción posible de esa práctica.

Este argumento, basado en la estructura lógica del razonamiento al que necesitan recurrir los jueces para justificar sus decisiones, parece tener efectivamente éxito en fundamentar un control judicial de constitucionalidad sumamente amplio; un control que, por un lado, los conduce a hacer una profunda ponderación valorativa de la práctica institucional vigente en su jurisdicción, analizando sus posibilidades de reconstrucción, y, por el otro, supuesta una conclusión positiva de tal ponderación, a trascender una ley en particular para determinar si su reconocimiento, en el caso presente, satisface o no las condiciones para la continuidad de tal práctica.

La Constitución como autolimitación social.

La característica de la Constitución es que es **muy difícil de reformar**. Si nos centramos en una pregunta: ¿Por qué tenemos una Constitución? Se nos plantea la cuestión de saber por qué una sociedad comprometida con el gobierno mayoritario decide ser conducida por un documento que es muy difícil de cambiar. O dicho de otra manera, ¿Por qué una nación que apoya la legalidad en el consentimiento de los gobernados elige para constituir su vida política un compromiso por un acuerdo originario, hecho por el pueblo, obligatorio para sus hijos y estructurado deliberadamente para que sea difícil de cambiar?⁴³

Una primera respuesta es señalar que los constituyentes decidieron crear una norma que fuera deliberadamente difícil de cambiar como una manera de **prevenir la tiranía de grupos políticos organizados**, de **proteger los derechos de las minorías** y de para resistir la presión de mayorías autoritarias. Si la estructura de gobierno hubiera sido establecida en una ley ordinaria podría existir una tendencia irresistible a crear poderes dictatoriales en tiempos de crisis. Si la protección de las libertades civiles hubiera sido establecida solamente en leyes ordinarias un gobierno que tuviera una mayoría temporal podría derogarlas y perpetuarse en el poder. Si el término de los mandatos hubiera sido establecido en una ley ordinaria y no en la Constitución, los que estuvieran el poder podrían alterarlos para permanecer en él.

La metáfora de Ulises y las sirenas.

La Constitución representa la intención de la sociedad de autolimitarse para proteger los valores que más desea. Una analogía puede hacerse con la historia de **Ulises y las sirenas** que se encuentra descrita en la Odisea. Ulises temiendo el canto de las sirenas que seducía a los marinos llevándolos a la muerte ordenó que lo ataran al

⁴³ Cf. Lawrence Tribe, American Constitutional Law, 1988, p. 10.

mástil de su barco para protegerse de la tentación. Los marinos se taponaron sus oídos con cera para ser inmunes al canto de las sirenas mientras Ulises atado al mástil escuchaba el canto que no podía tener consecuencias para él. A pesar de los pedidos descarnados que Ulises hacía pidiendo su liberación, sus marinos, cumpliendo sus instrucciones anteriores, lo dejaron atado e incapaz de reaccionar al canto de las sirenas. Su vida y la de sus marinos fueron salvadas porque él reconoció su debilidad y se protegió de la misma.⁴⁴

La Constitución es el intento de la sociedad de atar sus propias manos, de limitar su capacidad para ser víctima de la debilidad que pudiera destruir sus valores más deseados. La experiencia histórica recuerda que las pasiones de un momento pueden llevar al pueblo a sacrificar los principios más elementales de libertad y justicia. Las constituciones son un intento de la sociedad de protegerse a sí misma. Ella enumera los derechos básicos, la organización fundamental, como son las elecciones regulares, la separación de poderes, la igualdad, y hace que el cambio o fractura de ellos sea muy difícil.

A pesar que la analogía entre la Constitución y Ulises es atrayente, requiere de un mayor refinamiento, ya que Ulises ata sus propias manos, pero en cambio la Constitución obliga a las generaciones futuras. Debe tenerse en cuenta que la supervivencia de la Constitución es una expectativa ampliamente deseada por todas las sociedades democráticas que siguen el cuño del constitucionalismo. Esa es la razón por la que está redactada en términos generales y abstractos que permitan la inclusión de todos los sectores de la sociedad y al mismo tiempo de una interpretación que varíe según las necesidades de los tiempos. Sirve también como un elemento unificador de la sociedad aumentando la legitimidad del gobierno y de sus decisiones. *La Constitución ha sido, virtualmente desde el momento de su ratificación, un símbolo sagrado, un emblema potente... de la Nación en sí misma.*⁴⁵

⁴⁴ La metáfora de Ulises y las Sirenas fue utilizada originalmente por Baruch Spinoza como ejemplo de la autolimitación que debía seguir el monarca. El análisis moderno fue efectuado por Jon Elster *Ulysses and the Sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge University Press, 1979.

⁴⁵ Cf. Thomas Gray, *The Constitutional Law as Scripture*. 1984.

En el inicio un contrato.

La Constitución como contrato social

Como un circuito recurrente en la teoría política el contrato social aparece nuevamente como modelo. Los contractarios contemporáneos tienen orígenes variados, juristas progresivos como Rawls o economistas libertarios como Buchanan, pero ambos y otros toman la antigua metáfora del contrato para transformarla en una hipótesis de análisis y justificación del Estado, del gobierno y de la Constitución.

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.**¹³ 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 contrato social es sumamente útil porque a pesar de su falta de rigor histórico, nos permite predecir el comportamiento de los actores sociales dentro del estado y frente al gobierno. Cuando el 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. No sólo con el movimiento de personas sino también con el de capitales.⁴⁶

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 las nuevas doctrinas contractualistas que van de Buchanan a Rawls⁴⁷ así lo demuestran. Los

⁴⁶ La expresión 'votar con los pies' para indicar la salida de una persona del sistema político o económico que no lo representa es de Charles Tiebout, cf. "A pure Theory of local expenditures", *Journal of Political Economy*, 64:416.

⁴⁷ James Buchanan, premio Nóbel de Economía es el fundador de la escuela de la Elección Pública (Public Choice), su obra es muy extensa pero destacaremos su libro 'El cálculo del consentimiento' en coautoría con Gordon Tullock, cf. Ver en general sobre este tema. BUCHANAN & TULLOCK, *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*. Planeta Agostini. (1962). John Rawls es el autor de la obra *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica. México. 1979

límites que establece el contrato social, la determinación de los derechos individuales y sobre todo la división de poderes, nos permiten evitar la premonición pesimista de Trasímaco,

‘Cada gobierno dicta las leyes en propio provecho: la democracia leyes democráticas; la tiranía, leyes tiranía, leyes tiránicas; e igualmente los demás. Una vez dictadas, establecen que lo justo para los súbditos es lo que es útil para ellos, y castigan al que no lo acepta así, como si fuera un hombre injusto y violador de la ley. Y es esto, precisamente,... que en todos los Estados siempre es justo lo mismo: lo que es útil al gobierno establecido. Y éste es el más fuerte, de donde se deduce,... que en todas partes se identifica lo justo con lo que es útil para el más fuerte.’⁴⁸

Una descripción del contrato social.

James Buchanan⁴⁹ inicia el análisis del contrato social con la referencia a Thomas Hobbes. En *Leviatán o Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Hobbes considera que la característica primordial del hombre es la “*cupiditas naturalis*”. El estado natural de la humanidad es la guerra de todos contra todos, “*bellum omnium contra omnes*” hasta el instante en que el temor y el deseo de calma impulsan al hombre a celebrar un acuerdo con sus semejantes por el cual las voluntades individuales contrapuestas abdican en favor de la voluntad del cuerpo político. El hombre es sociable por accidente pero no por su naturaleza. Algunos párrafos del *Leviatán* (1651) son elocuentes, “*durante el tiempo que los hombres vivían sin un poder común que los mantenga a todos con respetuoso temor, están en una condición que se llama guerra, de todos los hombres en contra de todos los hombres.*”

“En esa condición, no hay lugar para la industria, porque el fruto de ella es incierto y por lo tanto no hay cultura de la tierra, no hay navegación ni utilización de los productos que puedan ser importados a través del mar, ni edificios cómodos, ni instrumentos para mudar o retirar aquellos objetos para los cuales se requiera de mucha fuerza, ni conocimientos sobre la faz de la tierra; no habrá medida del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad; y lo que es peor de todo, un miedo continuo y peligro de muerte violenta, y la vida del hombre solitaria, pobre, sucia, brutal y corta”.

“La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás)”. En la introducción de esta restricción sobre sí mismos (en la que se los ve viviendo en repúblicas) es la visión de su propia preservación, y de la vida más satisfecha por ese motivo; esto es, de extraerse a sí mismos de la condición miserable de la guerra, que es la consecuencia necesaria de las pasiones de los hombres cuando no hay un poder visible que los mantenga atemorizados y los ate por temor al castigo al cumplimiento de sus compromisos. Porque los pactos, sin la espada, son solamente palabras y no tienen la fuerza en absoluto para dar seguridad a un hombre.

“Por lo tanto no debe sorprendernos que algo más sea requerido (además del pacto) para hacer este acuerdo constante y duradero; que es el poder común, de mantenerlos en el temor y dirigir sus acciones para el bien común”.

“El único camino para erigir ese poder común que pueda ser útil para defenderlos de la invasión de extranjeros y los daños hechos de unos contra otros y para darles seguridad de tal manera que puedan alimentarse y vivir satisfechos; es conferir todo el poder y la fuerza a un hombre o a una asamblea de hombres, que puedan reducir todas sus voluntades por la pluralidad de voces para formar una sola

⁴⁸ Cf. Trasímaco, Licofrón y Jeniades. Fragmentos y testimonios. Aguilar, Buenos Aires, 1964 p. 40. .

⁴⁹ La obra de James Buchanan es muy vasta, además del *Cálculo del Consenso* ya citado ver, ‘El Poder Fiscal’ escrito con Geoffrey Brennan publicado en castellano por Unión Editorial. Buchanan recibió el Premio Nóbel de Economía en 1987.

*voluntad... y de esta manera someter sus voluntades, cada uno a su voluntad, y sus juicios a su juicio. Esto es más que consentimiento o concordancia, es una verdadera unidad de todos ellos, en una y la misma persona, hecho el pacto de cada hombre con cada hombre, de tal manera, como si cada hombre dijera a cada hombre **yo autorizo y abandono mi derecho de gobernarme a este hombre, o a esta asamblea de hombres, con la condición de que abandonen sus derechos a él y autoricen todas sus acciones de lamisma manera.** Hecho esto, la multitud es así unida en una persona, es llamada república, en latín civitas.*

Si traducimos la elocuencia de Hobbes a términos democráticos contemporáneos podríamos decir que un maximizador racional de su utilidad 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, es decir, nos pone en una situación mejor que la que estábamos anteriormente.

El Contrato Social es un modelo para describir la Constitución. El contrato social es un elemento preconstitucional y si se cumple legitima la Constitución existente. Según la teoría de la *elección pública*⁵⁰, se puede analizar el comportamiento de las personas frente al gobierno en relación con sus actividades personales. Los gobiernos asignan los bienes llamados preferentes, que son aquellos que por una decisión política se ofrecen a una sociedad, mientras que los mercados asignan idealmente los bienes privados. Esto requiere que en una democracia un grupo de personas decida a través de una votación cuales son los bienes que el gobierno debe ofrecer y cuáles no, en cambio un individuo puede decidir por sí mismo si compra un producto en el mercado. En la elección un individuo solo tiene un voto mientras que en la decisión privada en el mercado puede concentrar sus recursos para obtener el bien que desea. Pero si aceptamos que el comportamiento racional habitual en quienes compran y venden en el mercado puede ser trasladado a las actividades de las instituciones políticas, incluyendo las normas sobre el comportamiento de las mayorías y de los representantes y funcionarios en el gobierno se nos abre una nueva interpretación de los fenómenos políticos. En ella se analizan las preferencias de los votantes y la de los gobernantes y como éstas no coinciden, al mismo tiempo como el representante puede tener intereses que aunque sean legítimos no coincidan con los de sus representados. Es decir, que expresiones como el ‘interés general’ pueden resultar ejercicios metafísicos sin relación con situaciones concretas.

²²

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. Esto también plantea la necesidad de establecer que derechos deben establecerse fuera del alcance del poder de la mayoría circunstancial.

La existencia de una Constitución escrita que no puede ser reformada por el proceso legislativo ordinario, rige para los tiempos, según la expresión del Juez Marshall⁵¹ pero

⁵⁰ En inglés *Public Choice*. Cf. En este tema la obra a de Buchanan & Tullock y además, G. BRENNAN & J. BUCHANAN, *THE REASON OF RULES: CONSTITUTIONAL POLITICAL ECONOMY* (1985)

⁵¹ En el caso *McCulloch vs. Maryland* de 1819.

como todo contrato de largo plazo necesita de una estructura de gobierno de las normas en el tiempo⁵². 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.⁵³ O probablemente los gobiernos no tendrían límite alguno.

La estructura de gobierno se utiliza para administrar los contratos de largo plazo, si los contratos no pueden, en principio, ser reformados o anulados sin el consentimiento unánime de las partes, cuando un contrato es de largo plazo requeriría una revisión permanente. 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 manera que la Constitución, un contrato establece una norma que es difícil de cambiar y está designada para gobernar el futuro. Pero la falta de una estructura de gobierno nos llevaría a vivir en una convención constituyente en sesión permanente. Según veremos la Corte Suprema es la estructura de gobierno que establece la Constitución.

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 unos constituyentes históricos e impuesta a los ciudadanos. Nuestra propia Constitución establece los límites del contrato social cuando reconoce el límite de **las acciones privadas que se encuentran fuera de la autoridad del Estado** según expresa el artículo 19.⁵⁴ 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 con la idea contractualista de Constitución.

Una teoría de la justicia en Rawls

Si la tradición contractualista que nos recuerda Buchanan es primordialmente garantista, la que propone Rawls sobre la teoría del contrato social, tiene una particular preocupación sobre la justicia. Su concepción contractualista se observa cuando analiza uno de los principios de la justicia.

La imparcialidad

“La idea básica es que cuando un número de personas se comprometen en una empresa cooperativa, mutuamente ventajosa y conforme a reglas, restringiendo por tanto su libertad en la medida en que sea

⁵² ‘Estructura de gobierno’ es una versión castellana de la palabra “governance” utilizada particularmente por la escuela neo institucional en economía, puede ser traducida asimismo como “buen gobierno”.

⁵³ 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.

⁵⁴ La elegancia del texto hace la cita obligada: **“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.”**

necesario para que se produzcan ventajas para todos, entonces aquellos que se han sometido a estas restricciones tienen derecho a una aceptación semejante por parte de aquellos que se benefician de tal sumisión. No está permitido obtener ganancias del trabajo cooperativo de los demás sin haber cumplido con nuestra parte proporcional...

“Conforme al principio de imparcialidad no es posible estar obligado por instituciones injustas o, en todo caso, por instituciones que excedan los límites de la injusticia tolerable”.

Rawls analiza cómo es la situación inicial frente al contrato social.⁵⁵⁶

“La intuitiva de la justicia como imparcialidad es considerar los principios de la justicia como el objeto de un acuerdo original en una situación inicial debidamente definida. Estos principios son los que serían aceptados por personas racionales dedicadas a promover sus intereses y que estuvieran en esta posición de igualdad con el objeto de establecer los términos básicos de su asociación”.

“Ahora bien, es obvio que nadie puede obtener todo lo que quiere: la mera existencia de otras personas lo impide. Lo absolutamente bueno para cualquiera es que todos los demás se le unan en la realización de su propia concepción del bien, cualquiera que esta sea, y de no ser así, que se exija a todos los demás actuar justamente, pero autorizándole a eximirse de hacerlo cuando le parezca. Dado que las demás personas jamás convendrían en asociarse bajo tales términos, estas formas de egoísmo serían rechazadas...

...seguimos un procedimiento familiar en la teoría social: se describe una situación simplificada en la cual individuos racionales que tienen ciertos fines y (p.144) que están relacionados entre sí de cierta manera, habrán de escoger entre diversos cursos de acción teniendo a la vista su conocimiento de las circunstancias. Lo que estos individuos harán, se deriva entonces de un razonamiento estrictamente deductivo a partir de estas presuposiciones acerca de sus creencias e intereses. Su conducta es según la resultante de gustos y obstáculos...la posición original (el origen del contrato social) es una situación puramente hipotética. No es necesario que algo parecido a tal posición haya existido nunca, aunque poniendo en práctica deliberadamente las restricciones que ella inspira podamos remediar las reflexiones que habría de producir en las partes... (p.163)

¿Velo de la ignorancia o de incertidumbre?

“La intención de la posición original es establecer un procedimiento equitativo según el cual cualesquiera que sean los principios convenidos, éstos sean justos. El objetivo es utilizar la noción de la justicia puramente procesal como base de la teoría. De alguna manera tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho. Ahora bien, para lograr esto supongo que las partes están situadas bajo un velo de ignorancia. No saben cómo las diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares, viéndose así obligadas a evaluar los principios únicamente sobre la base de consideraciones generales.

“Se supone, entonces, que las partes no conocen ciertos tipos de hechos determinados. Ante todo, **nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología... más todavía, supongo que las partes no conocen las circunstancias particulares de su propia sociedad...**

“Entonces, en la medida que sea posible, los únicos hechos particulares que conocen las partes son que su sociedad está sujeta a las circunstancias de la justicia, con todo lo que esto implica. Estas observaciones muestran que la posición original no debe ser imaginada como una asamblea general que

⁵⁵ Rawls, J., Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica. México. 1979 p. 143

*incluye en un momento dado a todos los que vivirán en un tiempo determinado...La posición original tiene que ser interpretada de manera que en cualquier momento se pueda adoptar su perspectiva. Es indiferente cuando se adopta este punto de vista y quién lo hace: las restricciones deberán ser tales que siempre se escogen los mismos principios. El velo de ignorancia es una condición clave para que esto suceda. Asegura no sólo que la información disponible es relevante, sino que es en todo momento la misma”.*⁵⁷

El concepto del velo de ignorancia como restricción de la información es un concepto típicamente económico. Las decisiones 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 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**. 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.⁵⁸ Una opinión similar es a la que llega Buchanan cuando se refiere al velo de incertidumbre, no es necesario imaginar una decisión tan compleja como la del velo de ignorancia. Simplemente como la información es incompleta y nos encontramos en una situación de incertidumbre el actor racional aceptará un contrato social que minimice sus riesgos y que asegure una riqueza mínima en todas las circunstancias.

⁵⁷ ⁵⁷ ²⁵ Rawls, J., Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica. México. 1979 p.166

⁵⁸ ²⁶ Esta aversión es tan grande que adoptan el sistema de decisión “maximin”.

La Constitución como un Contrato de largo plazo.

¿Por qué tenemos un gobierno?

La pregunta central si imaginamos un contrato social es por qué los individuos eligen tener un gobierno. Un “gobierno” significa **un ambiente en el que cada uno no tendrá libertad para ejercitar todas sus preferencias**, ya que existe algún elemento de control impuesto por esta estructura. El fundamento es que cada uno consentirá **una pérdida de libertad actual o potencial cuando hay una maximización de utilidad en ella**. La razón básica para dar una porción básica de la libertad propia es que es una parte necesaria del contrato social con otros que estarán igualmente limitados. Debemos entregar algo para inducir la cooperación de los demás.

El acuerdo para limitar la libertad propia no solamente constituye el elemento necesario en el contrato social para lograr la formación de un gobierno, sino que puede aumentar el poder propio para influir en los demás. El ejemplo es el de tener un sistema de gobierno que permita el cumplimiento de los contratos. La pregunta es saber ¿cómo la existencia del gobierno mejora la situación de los individuos? La razón básica está asociada al concepto de **externalidad**, tanto positiva como negativa. La imposibilidad para el productor de una obra de internalizar las externalidades positivas, es decir, la protección de lo producido por su trabajo, puede llevar a que el productor o inventor no lleve a producción algo que todos considerarán valioso, pero que no están dispuestos a producir esperando que alguien más se lo quite o lo lleve a la producción sin su autorización. En algunos casos, estos productos son **“bienes públicos”**. Un bien público tiene una externalidad positiva pero puede ocurrir que los usuarios no estén dispuestos a pagarlos. Es el caso del cuidador del barrio con el cual todos se benefician pero algunos no quieren pagar. En los bienes públicos existe el riesgo de comportamientos oportunistas de quienes quieren beneficiarse con el esfuerzo del grupo pero no quieren hacer una contribución.

Las **externalidades negativas** son el opuesto de lo dicho. Si en las externalidades positivas el productor incurre en todos los costos pero es incapaz de capturar todos los beneficios, en las negativas todos los beneficios de la producción son captados por el productor pero los costos de producción son en parte asumidos por otros. Es el caso de la fábrica que contamina el aire o el agua pero no incurre en costo alguno por las consecuencias de su acción. Existe la posibilidad de que las externalidades puedan ser controladas por acuerdos privados, pero esto es difícil sin el paso crítico de determinar el derecho al uso del agua o los niveles de contaminación permitidos. La negociación requiere de una determinación de títulos de propiedad previa.

La existencia de bienes públicos sugiere que el bienestar de los individuos requiere de la cooperación. El problema es que la cooperación en larga escala es una difícil obtención y corre el riesgo de comportamientos oportunistas.⁵⁹ Por ello, aún los maximizadores del interés propio consienten en la pérdida de la libertad que está asociada con la existencia de un gobierno.

⁵⁹ Los juegos oportunistas más habituales son el **free rider** es de quien viaja sin pagar, también se utiliza el término polizón, y el **‘Hold out’** que se refiere a quién no participa en la decisión y espera para obtener un beneficio posterior.

Son circunstancias en las cuales el sistema de gobierno es más eficiente que el “estado de naturaleza” o la ausencia de gobierno. La cantidad de libertad personal que los individuos están dispuestos a ceder estará determinada por la valoración que hacen de esa libertad frente al valor obtenido al asociar la libertad de cada persona al formar un gobierno.

Si utilizamos la medida de **Pareto** para determinar la eficiencia, diríamos que **no hay gobierno a menos que todos los que quedan sujetos a él presten su consentimiento**. Por otra parte, si se utiliza el criterio Hicks-Kaldor, también llamado de eficiencia costo beneficio, en la medida que **los que se benefician del gobierno maximizan su utilidad más que los que pierden con su existencia, de tal manera que pudieran compensarlos** aunque no lo hagan efectivamente.

Un gobierno que establezca la coerción de los individuos no cumple con ningún criterio de eficiencia. Si el gobierno pudiera simplemente ser establecido por una mayoría del pueblo que mejora con ello y está de acuerdo en someter a la minoría. Esta subordinación de la minoría no sólo no sería eficiente en el criterio de Pareto, sino que no existe garantía que será eficiente en el criterio Hicks-Kaldor, ya que es imposible de saber si los beneficios obtenidos por la mayoría pueden ser superiores a las pérdidas incurridas por la minoría.

El contrato constitucional.

El modelo de contrato de largo plazo describe a la Constitución mucho más que imaginarla como una ley fundamental. La idea de una Constitución impuesta por una decisión de una mayoría supone que no establece límites adecuados al gobierno. Por el contrario, la Constitución, como un contrato, resuelve el método de organización del gobierno que se crea, y le establece límites que debe aceptar.

Utilizar la analogía de un contrato de largo plazo para definir la Constitución no supone considerar a las constituciones como similares al 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 tenido una información fragmentaria y que no hubieran llegado a una solución unánime. Como ciudadanos apoyamos la Constitución porque es mejor que la anarquía o la dictadura, sus alternativas no demasiado lejanas en nuestra historia. Pero la aquiescencia no es necesariamente consentimiento y podemos decir que si bien la analogía del contrato es útil, la Constitución no es estrictamente uno. Ello no impide que utilicemos el modelo del contrato social para interpretar al Estado constitucional.

Ahora bien, en un contrato el costo de anticipar y resolver todas las contingencias que pudieran presentarse 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 inmensa. De tal manera que es muy difícil preverlas y pueden no existir respuestas específicas 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 situación 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 acuerdo 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 cuando la contingencia ocurre el monopolio exclusivo del uso de la fuerza, como es el caso del gobierno, que debe enfrentar un conjunto de habitantes desorganizados en un futuro indefinido. Esta sería la situación si la Constitución debiera enfrentarse a problemas no previstos por los constituyentes en su texto, y dejara los arreglos constitucionales futuros de la sociedad a una renegociación entre el gobierno y el pueblo.

La solución posible es que exista **una agencia permanente que actúe como representante de los habitantes y ciudadanos**, 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 de la ciudadanía que regula la solución de conflictos, 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 Corte Suprema como ‘estructura de gobierno’ de la Constitución.

La Constitución contiene normas redactadas en términos muy generales pero cuyas 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. Lo que caracteriza a estas normas tan generales es que delegan la autoridad para definir su contenido en las personas que administran la aplicación de esas normas, es decir en los jueces. Podemos entonces **describir a la Corte Suprema como el agente de la presente generación**, si bien limitado por el texto de la Constitución, para hacer cumplir un contrato social que nos une en una sociedad de convivencia. Es decir que la Corte Suprema cumple con esta función antes que como el agente de los constituyentes. Esto último no sería realista porque los constituyentes históricos han muerto y las instrucciones que dejaron son extremadamente vagas, 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.

El tema de los incentivos judiciales lleva a la perplejidad, ya que la estabilidad de los jueces en su empleo y a la integridad de su salario tiende a reducir la función del interés propio en la toma de decisiones por los jueces. Podemos entonces preguntarnos porque confiaríamos en la protección que nos brindan los jueces y que incentivos tendrían ellos para apoyar nuestras demandas antes que a la mayoría que es generalmente más poderosa.⁶⁰ Al mismo tiempo ¿no deberían las minorías

⁶⁰ 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” 304 U.S. 144, (1938). y también analizada en la obra de John Hart Ely, *Democracy and Distrust*. Harvard. 1980.

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. La independencia es la principal fuente de legitimación del control judicial de la legislación.

La interpretación constitucional plantea costos, debidos a la inflexibilidad si las normas son demasiado precisas y no describen la realidad actual, o costos de agencia si las normas son demasiado generales, ya que les darían una gran amplitud a los intérpretes. Pero estos costos últimos 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.

Tomemos como ejemplo de los riesgos de no tener un intérprete final de la Constitución la situación que se daría aun en una norma constitucional inflexible pero de fácil aplicación, 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 su determinación, esto llevaría a búsqueda de rentas y ventajas políticas 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. Baste recordar las consecuencias que para el erario público tuvo la reforma constitucional para lograr la reelección presidencial en 1994. 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 es menor.

Una teoría económica de la Constitución.

Una visión económica de la Constitución parte de una base contractualista. De esta manera la Constitución es el cálculo que hace cada persona al ingresar en el contrato social. Este cálculo sobre el equilibrio entre los beneficios y los costos de integrar el Estado, de separar lo que es una decisión individual y lo que es una decisión colectiva y los límites que tiene cada una de ellas, conforma la **decisión constitucional**. Este cálculo y esta decisión son individuales, y son las razones por las cuales aceptamos y cumplimos el contrato social, y por las que permanecemos dentro del Estado.

Cada individuo hace **un cálculo para determinar las actividades que deberán organizarse por decisión privada y cuales organizarse colectivamente**. Su decisión final debe basarse en una comparación de los costos de su organización privada con lo que espera recaigan sobre él como resultado de la misma organización colectiva. Los costos que una actividad organizada en forma colectiva imponen sobre cada individuo dependen del modo en el cual se toman las decisiones colectivas. Por lo tanto, la elección de la forma en que se toman las decisiones no es independiente de la elección sobre el método de organización.⁶¹

Hay dos elementos en los costos de interdependencia:

1. **los posibles beneficios de la acción colectiva**, que pueden medirse en términos de las **reducciones en los costos** que el **comportamiento**

⁶¹ Buchanan & Tullock "El cálculo del consentimiento" página 100.

particular de otros individuos puede asignar sobre **el individuo que toma la decisión**.

2. Sin embargo, la acción colectiva también requerirá que el individuo gaste algún tiempo y esfuerzo en la búsqueda de acuerdo con sus compañeros al tomar las decisiones para el grupo. **Bajo ciertas reglas de toma de decisiones, el grupo puede tomar opciones contrarias al propio interés del individuo.** En cualquier caso, la participación en la actividad colectiva es costosa para el individuo y el hombre racional tendrá en cuenta este hecho en el período de su elección constitucional. La acción colectiva requerirá que **el individuo gaste tiempo y esfuerzo en tomar decisiones con todo el grupo y para eso requerirá buscar el acuerdo con los otros individuos. Según las normas que se utilicen para la toma de decisiones, el grupo puede tomar opciones contrarias al interés del individuo.**

Como dijimos, la participación en la actividad colectiva es costosa para el individuo y un hombre racional tendrá en cuenta este hecho en el período de la elección constitucional. Podemos utilizar los dos elementos de los costos de interdependencia y desarrollar **dos funciones de costos**:

- a) los costos externos de la decisión que nos es impuesta
- b) los costos de la decisión que nos interesa.

