

LA ARGUMENTACION JURIDICA EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL (1)

Una comparación entre la *judicial review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad)

(A propósito de la Sentencia 24-493 de la Corte Suprema Argentina, caso *Iachemet, M.^a L. vs. Armada Argentina*)

GABRIEL BOUZAT

Mi intención en este trabajo es analizar el sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*) que tiene vigencia en la República Argentina. Analizar luego la justificación y legitimidad de dicho sistema. Y, por último, compararlo con los sistemas en los cuales los Tribunales Constitucionales pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes en forma abstracta, y con carácter preventivo.

I) El sistema de control constitucional en la República Argentina es judicial, remedial y difuso. Cualquier juez, nacional o provincial, puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o de otro acto de gobierno.

La inconstitucionalidad puede ser planteada por vía de acción o de excepción. Lo primero ocurre cuando la parte actora fundamenta su pretensión directamente en la Constitución, cuestionando una ley o acto de gobierno que desconoce esa pretensión. Lo segundo, cuando la parte demandada rechaza un reclamo alegando que el mismo se fundamenta en una norma que viola la Constitución, solicitando al juez que declare su inconstitucionalidad.

En Argentina tiene vigencia la doctrina expuesta por el juez Marshall en el famoso fallo *Marbury vs. Madison*. Cuando una ley contradice la Constitución, el juez debe aplicar la Constitución y dejar de lado la ley.

(1) El presente trabajo es una versión modificada de una exposición presentada en el Seminario «La Jurisdicción Constitucional», organizado por la Universidad Diego Portales de Chile en el mes de noviembre de 1995. La presentación original tuvo por objeto comparar el sistema argentino de control judicial de constitucionalidad —*judicial review*—, con el sistema chileno de control constitucional, que atribuye a un Tribunal Constitucional la facultad para declarar la inconstitucionalidad de leyes y otras normas en forma abstracta y preventiva.

El control judicial de constitucionalidad nació en forma pretoriana, en distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia que reprodujeron la doctrina de *Marbury vs. Madison* (2). Se considera, no obstante, que tiene base constitucional, la que se deriva de una cláusula que establece la supremacía de la propia Constitución, y otra que dispone la competencia de la Corte Suprema para entender en todas las causas sobre puntos regidos por la Constitución.

La reforma constitucional de 1994 incorporó una norma expresa que admite el control judicial de constitucionalidad, al autorizar en las acciones de amparo que los jueces puedan declarar la inconstitucionalidad de las normas que vulneran derechos fundamentales.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma no implica su derogación, ni supresión, sino que la torna inaplicable en el caso de que se trate. Los alcances de la declaración de inconstitucionalidad se limitan exclusivamente al caso concreto, con independencia de la relevancia que dicha declaración pueda tener por razones extra jurídicas.

En Argentina han perdurado muchas normas que han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema. Ello ha sucedido, por ejemplo, con ciertas cláusulas de la ley de estupefacientes, del servicio militar obligatorio y de emergencia provisional.

No existe control preventivo, ni control en abstracto. El control siempre se ejerce en un caso o controversia concreta. El poder judicial puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un acto de gobierno sólo en el marco de un proceso judicial y a expreso pedido de parte.

Dicha exigencia requiere que una persona alegue la violación de un derecho constitucional, como consecuencia de la aplicación de una ley o de un acto de gobierno que considera inconstitucional.

II) Pese a las enormes facultades que se le reconocen al poder judicial para la revisión de la constitucionalidad de las leyes ha sido ejercida en Argentina de una manera muy modesta. Diversas razones explican este hecho.

1. La necesidad de que exista un caso o controversia determina que el poder judicial sólo actúa a pedido de parte. Quien plantea la inconstitucionalidad de una ley debe demostrar un perjuicio como consecuencia de la violación de un derecho constitucional. No se puede solicitar la inconstitucionalidad de una norma, por más clara que ésta pueda parecer, si no se invoca un perjuicio como consecuencia de la violación o alteración de un derecho constitucional propio.

La única excepción a este principio, a partir de la reforma constitucional de

(2) Ver fallo *Sojo*, CSJN, Fallos 32:120 y fallo *Municipalidad de la Capital c/ Elortondo*, CSJN, Fallos, 33:162.

1994, se da en el caso de los derechos contra la discriminación, el medio ambiente y el de los consumidores y usuarios de servicios públicos, para cuya defensa se encuentran también legitimados el Defensor del Pueblo, y las asociaciones inscritas en un registro que tengan por principal objeto la promoción de esos derechos.

2. Otra limitación deriva del hecho de que los tribunales suelen apelar a distintos tecnicismos jurídicos para evitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma (3). Cuando la ley cuestionada puede ser interpretada en forma compatible con la Constitución, los tribunales difícilmente la declaran inconstitucional, sino que la interpretan de manera que no contradiga la Constitución, muchas veces modificando la interpretación que hacen las autoridades administrativas encargadas de aplicarla.

3. Otra limitación se deriva de la llamada teoría de las cuestiones políticas no judiciales. De acuerdo a esta teoría, en todos aquellos casos en que se cuestionan aspectos que entran dentro del ámbito de discrecionalidad de los poderes legislativo o ejecutivo, los jueces se abstienen de fallar. Ello ha sucedido en materia electoral, de declaración de estado de sitio, de intervención federal de provincias, de reconocimiento de autoridades provinciales, etc.

4. Otra limitación relevante es la doctrina de la deferencia hacia el legislativo y la presunción de validez de los actos administrativos. En función de estas doctrinas, los tribunales han adoptado un criterio restrictivo para determinar la inconstitucionalidad de las leyes u otras normas, basándose en la presunción de validez de los actos de gobierno.

5. Por último, se debe mencionar que la falta de independencia del poder judicial y la sumisión a los dictados al poder político han determinado, durante largos períodos de la historia argentina, que los tribunales hayan aceptado las leyes y actos de gobierno sin mayores cuestionamientos.

Esta tendencia cambió a partir del restablecimiento de la democracia en 1983, iniciándose una nueva era en el control de constitucionalidad de las leyes, en especial, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La década de los ochenta fue inusualmente rica en la discusión y renova-

(3) Las limitaciones que deben respetar los jueces antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley en los sistemas de *judicial review* han sido lúcidamente expuestas por el Justice Brandeis, de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, en el caso *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority* 297 U.S. Ellas son: 1) La declaración de inconstitucionalidad debe producirse en un procedimiento contencioso; 2) no se puede adelantar una decisión de inconstitucionalidad antes de la necesidad de decidirla; 3) no se debe formular una regla de constitucionalidad más amplia que la requerida por los hechos concretos a los cuales ha de aplicarse; 4) no se puede declarar la inconstitucionalidad de una norma a pedido de quien se ha beneficiado con ella; 5) las normas deben ser interpretadas de forma de evitar su posible inconstitucionalidad.

ción de la tradición constitucional argentina. A partir del restablecimiento de la democracia se debatieron en los tribunales cuestiones fundamentales relativas a la vigencia y alcance de los derechos constitucionales.

Se debe destacar el nuevo tratamiento que la Corte Suprema dio a las normas *de facto* dictadas durante la dictadura militar, rechazando la validez de las mismas, salvo que sean ratificadas por los órganos democráticos.

La Corte Suprema tuvo un gran activismo y declaró la inconstitucionalidad de la ley de matrimonio civil, en cuanto prohibía el divorcio vincular, de estupefacientes, en cuanto castiga la tenencia de droga para consumo personal, y de servicio militar obligatorio por no admitir la objeción de conciencia.

Esta situación cambió radicalmente con la ampliación de la Corte realizada por el gobierno del presidente Ménem, y la elección de seis de sus miembros en una noche. Este cambio puso fin a la independencia de la Corte Suprema del poder político.

III) Se han ofrecido distintos argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad.

El principal es el de la supremacía de la Constitución:

Este argumento fue brillantemente expuesto por el juez Marshall, en el *leading case Marbury vs. Madison* (4):

La lógica del argumento es la siguiente: 1) la función del poder judicial es la de aplicar el derecho, 2) la Constitución es la ley suprema de la Nación, 3) por consiguiente, los jueces deben aplicar la Constitución, 4) es por eso que si los jueces determinan que una ley contradice a la Constitución, la deben declarar inconstitucional. De acuerdo a este razonamiento, el control de constitucionalidad de las leyes forma parte de la función institucional del poder judicial de resolver los casos concretos aplicando las normas jurídicas (5).

Esta idea que parece tan simple oculta problemas de enorme dificultad. El control judicial de constitucionalidad implica mucho más que resolver un problema de correspondencia lógica entre las normas constitucionales y las legales o administrativas. Salvo en raras ocasiones, una contradicción clara entre la Constitución y la ley es difícil de identificar.

(4) 5 U.S. 137 (1803).

(5) Se debe tener presente que la llamada «lógica de Marshall» no es un razonamiento estrictamente lógico, ya que presupone valoraciones políticas. De la función institucional que cumplen los jueces no se puede derivar lógicamente la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. La función institucional que cumplen los jueces depende del diseño constitucional adoptado. Los ejemplos de Francia y Gran Bretaña muestran que los jueces pueden cumplir su función institucional sin estar autorizados para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Diversas circunstancias explican esta afirmación. En primer lugar, las Constituciones se caracterizan por contar con cláusulas y declaraciones muy generales, ambiguas y vagas. Segundo, frente a un caso concreto, suelen plantearse conflictos entre las propias normas constitucionales. Por último, puede darse la circunstancia de que el caso que el juez deba resolver no esté previsto por las normas constitucionales, pero cuente con propiedades relevantes semejantes a otros casos que sí están previstos por las normas constitucionales.

Lo dicho anteriormente nos debe llevar a la conclusión de que para determinar si «verdaderamente» una ley contradice la Constitución, las normas constitucionales —al igual que las legales— deben ser interpretadas y precisadas por los jueces. Pensar que los preceptos constitucionales pueden ser aplicados a los casos particulares sin una previa precisión interpretativa es una ilusión.

Para interpretar la Constitución los jueces deben realizar una tarea de determinación y reconstrucción del sentido y alcance de las normas constitucionales aplicables al caso. Sólo después de interpretadas las cláusulas correspondientes se puede señalar la existencia o no de una contradicción entre la Constitución y la ley, o el acto de gobierno cuestionado. Esta tarea interpretativa es ineludible dada la generalidad y ambigüedad de las cláusulas constitucionales.

Ahora bien, para precisar el sentido y alcance de las normas constitucionales, los jueces recurren a diversos criterios de interpretación. En ciertos casos se apela al significado «literal» del texto constitucional. En otros, a la intención «histórica» del constituyente. También apelan a la llamada intención «presunta» o «dinámica» del constituyente, es decir, a cómo hubiese legislado si hubiese previsto las nuevas circunstancias sociales. En este sentido la Corte Suprema argentina ha sostenido cosas tan vagas como decir que «el valor de la Constitución no está en su texto escrito, sino en su obra práctica, realista, de conciliación de intereses que exige, para que se la siga cumpliendo, una interpretación flexible y elástica, a fin de adaptarla a las nuevas ideas y circunstancias».

En muchos casos se apela a valores o principios «implícitos» en la Constitución, o a «valores sociales», o cierta idea de lo que se entiende por el «bien común». Se recurre, además, a valores ideales o del «Derecho natural», o al criterio de «razonabilidad en la interpretación del Derecho».

Otros criterios utilizados son los de recurrir a las interpretaciones que en el pasado hicieron los tribunales en casos análogos, o a la manera en que considera que las distintas alternativas interpretativas pueden influir en la vida social y económica del país.

Para resolver los conflictos entre diferentes cláusulas constitucionales los jueces apelan a lo que denominan una interpretación «armónica» de la Constitución.

La apelación a tan diversos criterios de interpretación lleva inevitablemente a diferentes soluciones —sobre la constitucionalidad o no de las leyes— según sea el criterio que se utilice, y cómo se relacione un criterio con otro.

Sin embargo, a pesar de la relevancia que para la solución de los casos constitucionales tienen los criterios de interpretación a los que los jueces recurren, la determinación del criterio correcto de interpretación constitucional no ha preocupado demasiado a los juristas ni a los jueces argentinos. Da la impresión de que en Argentina no se tiene conciencia clara de la proyección práctica, ni de la relevancia institucional, de la interpretación de la Constitución en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Esto nos lleva a concluir que el problema de la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad no puede ser resuelto sin analizar los criterios y valores a los cuales deben recurrir los jueces al interpretar la Constitución.

La dogmática constitucional tiende a pensar, al menos en Argentina, que los jueces pueden interpretar la Constitución de una manera valorativamente neutra, recurriendo al texto constitucional o a la intención del constituyente.

La extensión de esta exposición no permite profundizar la crítica de esta pretensión. La doctrina constitucional norteamericana, en especial Dworkin (6) y Ely (7), ha mostrado que la apelación a los criterios gramaticales o de la intención del constituyente conlleva siempre una opción valorativa.

El control judicial de constitucionalidad exige necesariamente que los jueces realicen valoraciones de profunda relevancia política y moral, valoraciones que muchas veces no son hechas en forma expresa, sino que se ocultan utilizando diversos tecnicismos jurídicos.

El problema se convierte entonces en determinar el criterio de interpretación constitucional correcto, y compatible con el legítimo papel que en un sistema democrático de gobierno debe cumplir el poder judicial cuando se le asigna la facultad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes.

A mi entender, dicho criterio no puede ser determinado sin tener en cuenta la estructura de la argumentación jurídica —entendida como un caso especial del razonamiento práctico—, y la función institucional que deben cumplir los poderes del Estado, en especial los poderes legislativo y judicial.

Si se obvia el problema, o se llega a la conclusión de que los jueces pueden apelar discrecionalmente al criterio interpretativo que consideren conveniente, de acuerdo a las circunstancias del caso, la argumentación jurídica en materia

(6) Ver R. DWORKIN: *Taking Rights seriously*, Cambridge, Mass., 1977.

(7) Ver JOHN H. ELY: *Democracy and distrust*, Harvard U. Press, 1980.

constitucional carecería de reglas que sirvan para distinguir los razonamientos correctos de los incorrectos. Tendrían entonces razón aquellos «realistas» que consideran que el «razonamiento jurídico» es una mera racionalización que pretende justificar decisiones que los jueces adoptan por motivos personales. Ello traería como consecuencia la distorsión del sistema de separación de poderes, porque se admitiría que los jueces interpreten la Constitución con tanta libertad como para imponer su voluntad a la voluntad del legislador.

IV. Este problema nos debe llevar a reflexionar sobre las críticas al control judicial de constitucionalidad, y en especial a la llamada dificultad contramayoritaria.

La crítica más sólida que se le hace al control judicial de constitucionalidad de las leyes es la que sostiene que conlleva el ejercicio de una práctica contramayoritaria o antidemocrática.

Se afirma que los jueces no tienen legitimidad democrática para evaluar las graves cuestiones valorativas que plantea la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

El carácter antidemocrático que algunos atribuyen al control judicial de constitucionalidad depende, a su vez, del tipo de justificación de la democracia que se defiende.

Quienes, siguiendo las ideas expresadas por Madison en *El Federalista* (8), justifican la democracia como un sistema pensado para desconcentrar el poder y evitar la tiranía, pueden sostener, con coherencia, que el control judicial de constitucionalidad es democrático porque implica un importante control a los demás poderes.

En cambio, quienes se adhieren a una teoría de la democracia que se justifica en el ejercicio de la soberanía del pueblo, expresada a través de la voluntad de la mayoría, difícilmente pueden considerar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley por parte de un juez no es antidemocrática.

Desde mi punto de vista, la democracia implica algo más que la expresión de la voluntad de la mayoría. La democracia es una compleja combinación de voluntad y razón, de preferencias y principios, de medios y fines.

La democracia es un sistema que se desarrolla en una atmósfera de libertad donde se asume que no es posible proveer una justificación suficiente de las decisiones políticas apelando sólo a la voluntad de alguien, aunque sea la voluntad de la mayoría.

La democracia se identifica con el gobierno a través de la discusión, y las decisiones democráticas deben ser el resultado de esos debates públicos en los

(8) Ver HAMILTON, MADISON y JAY: *The Federalist Papers*, núm. 10.